



PRAKTIKER-REPORT (PR)

Monatsschrift für den praktisch tätigen Juristen

39. Jahrg.

August 2014

Heft 08

Aus dem Inhalt

- | | |
|----------------------|--|
| BGH: | Erstattungsfähigkeit von Sachverständigenkosten |
| BGH: | Betrugsschaden bei Vereinbarung von Rückvergütungen |
| BerlVerfGH: | Verfassungsmäßigkeit polizeilicher Übersichtsaufnahmen |
| BGH: | Kostenerstattung bei Vollstreckung Zug-um-Zug |
| VerfG Rh-Pf: | Beweisverwertungsverbot |
| VGH Kassel: | Zwangsgeldfestsetzung bei mehreren Zwangsgeldern |
| OVG Lüneburg: | Forderung von Schadensersatz durch Leistungsbescheid |



Impressum:

Verlag und Redaktion:

Juristischer Verlag Juridicus GbR

Hiberniastraße 6

45883 Gelsenkirchen

Tel.: 0209 / 945 806 – 35

Fax: 0209 / 945 806 – 50

info@juridicus.de

www.juridicus.de

Verantwortliche Redakteure:

Silke Wollburg, Hiberniastraße 6, 45879 Gelsenkirchen

Britta Wegner, Hiberniastraße 6, 45879 Gelsenkirchen

Urheber und Verlagsrechte:

Die in dieser Zeitschrift veröffentlichten Beiträge sind urheberrechtlich geschützt. Alle Rechte, insbesondere die der Übersetzung in fremde Sprachen, sind vorbehalten. Kein Teil dieser Zeitschrift darf ohne schriftliche Genehmigung des Verlages in irgendeiner Form – durch Fotokopie, Mikrofilme oder andere Verfahren – reproduziert, gespeichert oder in eine von Maschinen, insbesondere von Datenverarbeitungsanlagen, verwendbare Sprache übertragen werden. Auch die Rechte der Wiedergabe durch Vortrag, Funk- und Fernsehsendung, im Magnettonverfahren oder auf ähnlichem Wege bleiben vorbehalten. Fotokopien für den persönlichen und sonstigen Eigengebrauch dürfen nur von einzelnen Beiträgen und Teilen daraus als Einzelkopien hergestellt werden.

Die Verlagsrechte erstrecken sich auch auf die veröffentlichten Gerichtsentscheidungen und deren Leitsätze, die urheberrechtlichen Schutz genießen, soweit sie von der Schriftleitung redigiert bzw. erarbeitet sind.

Erscheinungsweise: monatlich

Bezugspreise: vierteljährlich 20,70 € (3 Hefte), inkl. Versandkosten
Zahlung quartalsweise im Voraus

Inhalt

Aus der Gesetzgebung

Die Neuregelung der Honorarberatung über Finanzinstrumente 1

Brandaktuell

BVerfG: Veröffentlichung der Anklageschrift vor der Verhandlung
(Verfassungsmäßigkeit der Strafbarkeit) 3

Zivilrecht

BGH : Erstattungsfähigkeit von Sachverständigenkosten
(zum Zwecke der Nacherfüllung) 4

OLG Karlsruhe: Beschaffenheitsvereinbarung beim Gebrauchtwagenkauf
(„TÜV neu“) 7

Strafrecht

BGH: Betrugsschaden
(Vereinbarung von Rückvergütungen) 11

OLG Hamburg: Verwendung verbotener Kennzeichen
(Unzulässigkeit der Verwendung nahezu identischer Kennzeichen) 13

öffentl. Recht

BerlVerfGH: Anfertigung polizeilicher Übersichtsaufnahmen
(Verfassungsmäßigkeit der Ermächtigung) 17

Kurzauslese I

BGH: Kenntnisabhängige Verjährung
(Beginn bei Anspruchsübergang) 24

OLG Dresden: Anscheinsbeweis
(Unberechtigte Kartenverfügungen) 24

BGH: Herausgabeanspruch (Erledigung in der Zwangsvollstreckung) 25

BGH: Inverkehrbringen von Arzneimitteln
(Versendung) 25

BGH: Rücktritt vom versuchten Totschlag
(Einvernehmlicher Rücktritt aller Tatbeteiligten) 26

VGH München: Akteneinsichtsrecht
(Kein Anspruch auf Einsichtnahme in polizeiliche Dienst- u. Einsatzpläne) 26

BVerfG: Äußerungen des Bundespräsidenten
(verfassungsgerichtliche Kontrolle) 26

BVerfG: Abgeordnetenimmunität (Zulässigkeit der
Beobachtung von Abgeordneten durch den Verfassungsschutz) 27

BGH: Wissens- und Informationseinheit
(Zurechnung bei einer Behörde) 28

Zivilrecht

BGH: Vollstreckung Zug-um-Zug
(Erstattungsfähigkeit von Rechtsanwalts- und Gerichtsvollzieherkosten) 29

OLG Karlsruhe: Zulässigkeit der Feststellungsklage
(Unklarheiten über Schadenshöhe) 31

Strafrecht

VerfG Rh-Pf: Beweisverwertungsverbot
(durch Privatperson rechtswidrig/strafbar erlangtes Beweismittel)..... 34

öffentl. Recht

VGH Kassel: Zwangsgeldfestsetzung
(Gesamtbetrag bei mehreren Zwangsgeldern)..... 37

OVG Lüneburg: Forderung von Schadensersatz durch Leistungsbescheid
(öffentliche Abgaben und Kosten)..... 39

Kurzauslese II

BVerfG: Richterliche Hinweispflicht
(Gehörsverletzung)..... 42

BGH: Richterliche Hinweispflicht
(Änderung der Rechtsauffassung)..... 42

OLG Koblenz: Vernehmung von Amts wegen
(Parteivernehmung)..... 42

LG Stuttgart: Einstweiliges Verfügungsverfahren
(Zustellung von Anerkenntnisurteilen im Parteibetrieb)..... 43

OLG Nürnberg: Hilfsweise eingelegte Beschwerde
(Unzulässigkeit)..... 43

OLG Hamm: Öffentliche Zustellung
(Folgen der fehlenden Belehrung)..... 43

BGH: Urteilszustellung
(vor Erstellung des Protokolls)..... 44

LG Berlin: Mithören eines Telefonats
(Zulässigkeit des Zeugenbeweises)..... 44

BGH: Angefochtener Verwaltungsakt
(Tatbestandswirkung)..... 44

HessVGH: Anwaltszwang
(Ablehnungsgesuch vor dem OVG/VerwGH)..... 45

OVG NRW: Urteilsinhalt/-form
(fehlende Unterschrift)..... 45

Speziell für Rechtsanwälte und Notare

Gebühren und Kosten

OLG Hamm: Gebot der kostensparenden Prozessführung
(Verbindung von Sorgerechts- und Scheidungsverfahren)..... 46

OLG Celle: Kostenfestsetzungsverfahren
(keine Festsetzung der Beratungsgebühr)..... 46

OLG Hamm: Einigungsgebühr
(übereinstimmende Erledigungserklärungen)..... 47

BGH: Geschäftsgebühr
(Einheitlichkeit des Auftrags bei teilweiser Erfüllung)..... 47

BGH: Terminsgebühr
(Verfahrensabsprachen)..... 48

OLG Karlsruhe: Verfahrenswert
(Befreiungsanspruch eines Mitschuldners)..... 48

OLG Hamm: Verfahrenswert
(nicht bezifferter Zugewinnstufenantrag)..... 48

Inhaltsverzeichnis

OLG Düsseldorf:	Gerichtliche Kostenentscheidung nach Rücknahme eines Strafantrags (Unanfechtbarkeit).....	49
OLG Celle:	Kostenrechnung der Staatsanwaltschaft (inhaltliche Anforderungen).....	48
Aus der Praxis		
BGH:	Anwaltliche Recherchepflicht (zuständiges Rechtsmittelgericht).....	51
OLG München:	Freistellungsanspruch (Erstattung von Rechtsanwaltskosten).....	51
BAG:	Eigenkündigung des Arbeitnehmers (Verpflichtung zur Erstattung von Fortbildungskosten).....	51
KG:	Auskunftsanspruch (trotz Einwand der Unterhaltsverwirkung).....	52
OLG Koblenz:	Anspruch auf Herausgabe von Nutzungen (Schadensschätzung).....	53
OVG Hamburg:	Hochschulverfahren (zulässige Hinzuziehung eines Rechtsanwalts).....	53
BGH:	Antrag auf Erlass einer richterlichen Durchsuchungsanordnung (kein Formularzwang im Verwaltungsvollstreckungsverfahren).....	53
Steuern		
BFH:	Häusliches Arbeitszimmer (Poolarbeitsplatz).....	55
BFH:	Häusliches Arbeitszimmer (Telearbeitsplatz).....	55
BGH:	Steuerberaterhaftung (Geltung des Anscheinsbeweises).....	56
Weitere Schriftumsnachweise		57

Aus der Gesetzgebung

Die Neuregelung der Honorarberatung über Finanzinstrumente

Gesetz zur Förderung und Regulierung einer Honorarberatung über Finanzinstrumente (Honoraranlageberatungsgesetz) vom 15.07.2013 (BGBl. I S. 2390); In-Kraft-Treten am 01.08.2014

I. Allgemeines

Bislang entsprach es gängiger Praxis, dass Berater Kunden nicht immer die für sie passenden Finanzprodukte verkauften, sondern solche, bei denen sie selbst hohe Provisionen erhielten. Das neue Gesetz soll sowohl für den Bereich der nach dem Kreditwesengesetz (KWG) regulierten Institute als auch für die aktuell nach § 34f GewO beaufsichtigten Finanzanlagenvermittler eine **neue, gesetzlich definierte Form der (Honorar-)Anlageberatung** schaffen, die dem Kunden ein **alternatives Angebot zur provisionsbasierten Anlageberatung bieten** soll. **Ziel des Gesetzes** ist es, die **Honorarberatung als eigenständiges Berufsfeld zu etablieren**, den aggressiven Verkauf von Finanzprodukten einzudämmen und neutrale Beratung zu fördern.

Die Dienstleistungsanbieter haben künftig die **Wahl zwischen Honorarberatung und provisionsbasierter Anlageberatung**, allerdings für Institute i. S. d. KWG und Finanzanlagenvermittler i. S. d. GewO mit unterschiedlichen organisatorischen Konsequenzen: Finanzanlagenvermittler unterliegen **strengerer organisatorischen Beschränkungen**, da sie – anders als Institute – provisionsbasierte Beratung nicht mehr neben einer Honorarberatung unter einer Erlaubnis nach § 34f GewO erbringen dürfen, sondern vielmehr bei einer Entscheidung für die Honorar-Finanzanlagenberatung eine separate Erlaubnis nach § 34h GewO beantragen müssen.

II. Die gesetzlichen Neuregelungen im Überblick

Finanzanlagenberater müssen sich zukünftig entscheiden, ob sie weiterhin mit einer Erlaubnis nach § 34f GewO (provisionsbasiert) arbeiten möchten oder ob sie als sog. Honorar-Finanzanlagenberater nach dem § 34h GewO n.F. arbeiten möchten. Für letzteren Fall stellt **§ 34h GewO n.F.** eine **separate Erlaubnis als Honorar-Finanzanlagenberater** dar. Eine **parallele Ausübung provisions- und honorarbasierter Tätigkeit** unter einer der beiden Gewerbeerlaubnisse (§ 34f GewO oder § 34h GewO n.F.) ist vom Gesetzgeber **ausdrücklich nicht gestattet**, auch nicht bei entsprechend funktionaler oder sonst organisatorischer Trennung.

Die Anforderung der **funktionalen und organisatorischen sowie personellen Trennung der Honorar-Anlageberatung von der provisionsbasierten Anlageberatung** wird die Institute vor **erhebliche organisatorische Herausforderungen** stellen. Denn typischerweise werden die Knowhow-Träger und dem Kunden vertrauten Ansprechpartner, d.h. die Kundenberater, im provisionsbasierten wie auch Honorar-Anlageberatungsbereich dieselben sein. Hier wird künftig eine klare Trennlinie erforderlich sein, welche Berater künftig ausschließlich im provisionsbasierten und welche im honorarbasierten Bereich tätig sein werden.

I. Ü. gelten für Honorar-Finanzanlagenberater die gleichen Anforderungen wie für Institute, insbesondere das **Gebot der hinreichenden Marktanalyse** und das **grundsätzliche Zuwendungsverbot** sowie die **Verpflichtung zur Auskehrung ausnahmsweise erhaltener monetärer Zuwendungen**.

Dem Kunden muss rechtzeitig vor Beginn einer Beratung in verständlicher Form mitgeteilt werden, ob die Anlageberatung als Honorar-Anlageberatung oder weiter als provisionsbasierte Beratung erbracht wird (Wohlverhaltenspflichten).

Zulässig ist die Honorar-Anlageberatung darüber hinaus nur dann, wenn sich der Honorar-Anlageberater einen **hinreichenden Marktüberblick** verschafft, d.h. seiner Beratung eine hinreichende Anzahl von möglichen Finanzinstrumenten zugrunde legt, die hinsichtlich der Art und ihres Anbieters oder Emittenten hinreichend gestreut sind.

Der Gesetzgeber möchte jedenfalls bei den Neuregelungen im WpHG für Institute (vgl. § 31 IVc WpHG n. F.) im Rahmen der Honorar-Anlageberatung **keinerlei nicht-monetäre Zuwendungen mehr zulassen**. Insoweit werden im Bereich der Honorar-Anlageberatung künftig Einladungen zu Produkt-Roadshows, soweit diese nicht rein fachbezogene Inhalte haben, kritisch zu betrachten sein. Reine Fachveranstaltungen bzgl. der einzelnen Finanzinstrumente und -produkte dürften aber nach wie vor zulässig sein und nicht als „nicht-monetäre Zuwendung“ i. S. des Honorar-Anlageberatungsgesetzes qualifizieren, da sie insoweit keinen geldwerten Vorteil für den Honorar-Anlageberater bzw. das Institut begründen.

Brandaktuell

BGB
§ 823 I

Veröffentlichung der Anklageschrift vor der Verhandlung Verfassungsmäßigkeit der Strafbarkeit

BGB

(BVerfG in becklink 1033557; Beschluss vom 27.06.2014 - Az.: 2 BvR 429/12)

1. Das **strafbewehrte Verbot**, eine Anklageschrift im Wortlaut öffentlich mitzuteilen, bevor sie in öffentlicher Verhandlung erörtert wurde (§ 353d Nr. 3 StGB), ist **mit dem Grundgesetz vereinbar**, auch wenn die Veröffentlichung mit dem Willen des Betroffenen erfolgt.
2. Der Straftatbestand solle nicht nur die Rechte des Angeklagten schützen, sondern auch verhindern, dass **Verfahrensbeteiligte** – insbesondere Laienrichter und Zeugen – **in ihrer Unbefangenheit beeinträchtigt** werden.

Fall: Der Beschwerdeführer wurde im April 2009 wegen gewerbsmäßigen Betrugs in Tateinheit mit gewerbsmäßiger Urkundenfälschung angeklagt. Mit Beschluss vom 01.12.2009 ließ das Landgericht die Anklage teilweise zu und eröffnete das Hauptverfahren. In der ersten Dezemberhälfte 2009 stellte der Beschwerdeführer diesen Beschluss sowie Teile der Anklageschrift auf seiner Homepage als Download zur Verfügung. Das Amtsgericht verurteilte den Beschwerdeführer deshalb wegen verbotener Mitteilung über Gerichtsverhandlungen (§ 353d Nr. 3 StGB) zu einer Geldstrafe in Höhe von zehn Tagessätzen à 16 Euro. Berufung und Revision des Beschwerdeführers blieben ohne Erfolg. Hiergegen hat der Beschwerdeführer Verfassungsbeschwerde erhoben.

I. keine Verletzung der Meinungsfreiheit (Art. 5 I 1 GG) und des allgemeinen Persönlichkeitsrechts (Art. 2 I GG i.V.m. Art. 1 I GG)

Ferner ist das BVerfG der Ansicht, dass § 353d Nr. 3 StGB auch in Fällen der **Veröffentlichung mit dem Willen des Betroffenen** nicht die Meinungsfreiheit (Art. 5 I 1 GG) oder das allgemeine Persönlichkeitsrecht (Art. 2 I i.V.m. Art. 1 I GG) verletzt.

„§ 353d Nr. 3 StGB verfolge eine **doppelte Schutzrichtung**. Er solle in erster Linie verhindern, dass **Verfahrensbeteiligte**, insbesondere Laienrichter und Zeugen, durch die vorzeitige Veröffentlichung amtlicher Schriftstücke **in ihrer Unbefangenheit beeinträchtigt werden**. Damit diene die Strafvorschrift einerseits der Ermittlung des wahren Sachverhalts als Grundlage der gerichtlichen Entscheidung und **gewährleiste** andererseits die **unbedingte Neutralität des Gerichts**. Daneben träten als Schutzgut die Persönlichkeitsrechte der Betroffenen und – hinsichtlich des Angeklagten – die Aufrechterhaltung der Unschuldsvermutung.“

Wegen dieser doppelten Schutzrichtung entfällt die Zwecktauglichkeit der Vorschrift nicht allein dadurch, dass sich ein Betroffener durch die verfrühte Veröffentlichung **seines eigenen Schutzes begibt**. Bedeutung und Tragweite des materiellen Schuldprinzips und der Neutralität des Gerichts für das rechtsstaatliche Strafverfahren rechtfertigten bereits isoliert betrachtet die Strafbarkeit seines Handelns. Daneben stehe weiterhin der Schutz der Persönlichkeitsrechte von anderen Betroffenen, etwa von Mitangeklagten oder Nebenklägern.

II. Eignung des Verbots

§ 353d Nr. 3 StGB stellt nur die Veröffentlichung der Anklageschrift im Wortlaut unter Strafe. Wiedergaben in indirekter Rede sind vom Tatbestand ausgenommen. Dies könnte dazu führen, dass die Regelung zur Erreichung der vorstehenden gesetzgeberischen Ziele ungeeignet ist.

„Die hierdurch bestehenden Umgehungsmöglichkeiten seien der **Meinungsfreiheit geschuldet**, die es gebiete, nur absolut notwendige Einschränkungen vorzunehmen. Gegenüber der erkennbaren Meinungsäußerung komme dem Zitat die besondere Überzeugungs- und Beweiskraft des Faktums zu. Nur eine **wortgetreue Wiedergabe von Akteilen** erwecke den Eindruck **amtlicher Authentizität** und bezwecke diesen regelmäßig auch. Sie werde deshalb in der Regel weitergehende Wirkung haben als die bloße Mitteilung eines Dritten, in der über den Inhalt amtlicher Akten berichtet werde. Gerade für den Schutz der Unbefangenheit der Verfahrensbeteiligten ist dieser Unterschied wesentlich.“ (BVerfG aaO)

III. Angemessenheit des Verbots

„§ 353d Nr. 3 StGB sei auch angemessen, selbst wenn die **Veröffentlichung mit dem Willen des Betroffenen** erfolge, so das BVerfG. Insbesondere sei zu berücksichtigen, dass die Strafvorschrift sich bereits begrifflich nicht auf Elemente des persönlichen Meinens und Dafürhaltens, sondern nur auf Tatsachenbehauptungen erstrecke. Zudem sei das Verbot zeitlich beschränkt bis zur Erörterung in der mündlichen Verhandlung. Auch während dieser Dauer blieben Formen der indirekten Wiedergabe erlaubt. Schließlich sei zu berücksichtigen, dass § 353d Nr. 3 StGB für alle Verfahrensbeteiligten des Strafprozesses gilt, einschließlich der Staatsanwaltschaft und der Nebenklage. Ein einseitiges Recht des Angeklagten zur Veröffentlichung würde die Wahrheitsfindung als zentrales Element des Strafprozesses zugunsten einer außerprozessualen Diskussion zurückdrängen.“ (BVerfG aaO)

Entscheidungen materielles Recht

BGB
§ 439 II

Erstattungsfähigkeit von Sachverständigenkosten zum Zwecke der Nacherfüllung

ZivilR

(BGH in MDR 2014, 764; Urteil vom 30.04.2014 - VIII ZR 275/13)

1. **§ 439 II BGB** erfasst verschuldensunabhängig **auch Sachverständigenkosten**, die einem Käufer entstehen, um die Ursache der Mangelerscheinungen des Kaufgegenstandes aufzufinden und auf diese Weise zur Vorbereitung eines die Nacherfüllung einschließenden Gewährleistungsanspruchs die Verantwortlichkeit für den Mangel zu klären.
2. Stehen der Mangel und die Mangelverantwortlichkeit des Verkäufers fest, besteht der Erstattungsanspruch für die **"zum Zwecke der Nacherfüllung"** aufgewandten Sachverständigenkosten auch dann fort, wenn der Käufer **später zur Minderung übergeht**.

Fall: Die Kläger kauften im Herbst 2009 bei der Beklagten, die unter anderem mit Bodenbelägen handelt, Massivholzfertigparkett, das sie anschließend durch einen Schreiner in ihr Wohnhaus einbauen ließen. Dieser ging dabei nach einer von der Beklagten mitgelieferten Verlegeanleitung vor, die von der Streithelferin der Beklagten als der Herstellerin des Parketts stammte. In der Folgezeit traten an dem verlegten Parkett Verwölbungen und andere Veränderungen wie etwa ein Schrumpfen in Randbereichen auf. Die von den Klägern erhobene Mängelrüge wies die Beklagte nach Rücksprache mit der Streithelferin zurück, weil die Veränderungen nach deren Einschätzung auf einer zu geringen Raumfeuchte beruhten. Die Kläger beauftragten daraufhin einen Privatsachverständigen mit der Begutachtung der Mangelerscheinungen und wandten dafür 1.258,72 EUR an Sachverständigenhonorar auf. Als Gutachtensergebnis stellte sich heraus, dass die Veränderungen des Bodenbelages auf eine in diesem Fall ungeeignete, in der mitgelieferten Verlegeanleitung so aber als zulässig und möglich empfohlene Art der Verlegung zurückzuführen war. Hierauf gestützt, begehrten die Kläger anschließend eine Minderung des Kaufpreises um 30 Prozent sowie die Erstattung der Kosten für die Einholung des Privatgutachtens. Der auf Rückerstattung des Minderungsbetrags, auf Ersatz der für die Einholung des Privatgutachtens aufgewandten Kosten sowie auf Freistellung der Kläger von vorgerichtlichen Anwaltskosten gerichteten Klage hat das Amtsgericht nur hinsichtlich des Minderungsbetrags stattgegeben. Haben die Kläger darüber hinaus einen Anspruch auf Erstattung der Sachverständigenkosten?

Ein Anspruch auf Erstattung der Sachverständigenkosten könnte sich aus § 439 II BGB ergeben. Dort ist geregelt, dass der Verkäufer die zum Zwecke der Nacherfüllung erforderlichen Kosten, insbesondere Transport-, Wege-, Arbeits- und Materialkosten zu tragen hat.

I. **§ 439 II BGB als Anspruchsgrundlage für Sachverständigenkosten**

Hinsichtlich der Kosten für ein privates Sachverständigengutachten, welches der Auffindung der Ursache der Mangelerscheinungen und der Klärung der Verantwortlichkeit für den Mangel dient, liegt noch keine höchstrichterliche Entscheidung vor. Die Beantwortung dieser Frage ist im Schrifttum umstritten.

1. **Mindermeinung: kein Erstattungsanspruch**

*„Teilweise wird angenommen, dass § 439 II BGB keine Anspruchsgrundlage bilde für Aufwendungen des Käufers, die lediglich der Vorbereitung von Gewährleistungsansprüchen dienen; derartige Aufwendungen seien, da sie **mit der Behebung des Mangels nicht zusammenhängen**, nur auf der Grundlage von § 280 I BGB ersatzfähig (MüKo-BGB/Westermann, 6. Aufl., § 439 Rn. 15; BeckOK-BGB/Faust, Stand März 2011, § 439 Rn. 21 f.).“* (BGH aaO)

2. **herrschende Meinung: Erstattungsanspruch besteht**

*„Überwiegend wird jedoch die Auffassung vertreten, dass darunter auch **Aufwendungen zur Klärung einer unklaren Mängelursache** fielen, weil das damit verbundene Kostenrisiko grundsätzlich dem Verkäufer zugewiesen sei (Stau-dinger/Matusche-Beckmann, BGB, Neubearb. 2014, § 439 Rn. 16, 90; Palandt/Weidenkaff, BGB, 73. Aufl., § 439 Rn. 11; Jauernig/Berger, BGB, 15. Aufl., § 439 Rn. 37; Erman/Grunewald, BGB, 13. Aufl., § 439 Rn. 7; jurisPK-BGB/Pammler, 6. Aufl., § 439 Rn. 51; Rein-king/Eggert, Der Autokauf, 12. Aufl., Rn. 757 f.; Martis, MDR 2011, 1218, 1223 f.).“* (BGH aaO)

3. **Standpunkt des BGH**

Diese strittige Frage wurde nun vom BGH dahingehend entschieden, dass mit der herrschenden Meinung vom Bestehen eines Erstattungsanspruchs auszugehen ist.

a) § 439 II BGB als eigenständige Anspruchsgrundlage

Nach Auffassung des BGH ist § 439 II BGB dabei eine eigenständige Anspruchsgrundlage

aa) Wortlautauslegung

„Der Wortlaut lässt es ohne Weiteres zu, darunter auch die **zur Klärung der Mangelursache erforderlichen Sachverständigenkosten** zu fassen. Denn letztere werden mit der Zielrichtung, dem Käufer die Durchsetzung eines daran anknüpfenden Nacherfüllungsanspruchs zu ermöglichen, und damit "zum Zwecke der Nacherfüllung" aufgewandt.“ (BGH aaO)

bb) Entstehungsgeschichte

Bereits die Entstehungsgeschichte der Norm spricht für ein solches Verständnis.

*„Denn es war die Absicht des Gesetzgebers, mit Schaffung des § 439 II BGB den auf das vereinbarte Nachbesserungsrecht bezogenen, ansonsten aber weitgehend wortlautidentischen **bisherigen § 476a Satz 1 BGB aF zu übernehmen** und darin aufgehen zu lassen (BT-Drucks. 14/6040, S. 205, 231). Für diesen war durch die höchstrichterliche Rechtsprechung (BGH, Urteile vom 23.01.1991 - VIII ZR 122/90, aaO; vom 17.02.1999 - X ZR 40/96, NJW-RR 1999, 813 unter II; ähnlich auch schon BGH, Urteil vom 22.03.1979 - VII ZR 142/78, WM 1979, 724 unter I 3) geklärt, dass es sich um eine eigenständige, **von einem Verschulden des Verkäufers unabhängige Anspruchsgrundlage** des Käufers auf Erstattung seiner notwendigen Aufwendungen handelt. Dazu zählen auch Kosten, die für ein die Schadensursache untersuchendes und der Vorbereitung der Nachbesserung dienendes Gutachten aufgewandt werden. Dass der Gesetzgeber von dem so geprägten Normverständnis abrücken wollte, ist nicht ersichtlich.“* (BGH aaO)

cc) Berücksichtigung der europäischen Verbrauchsgüterkaufrichtlinie

Gegen ein solches Verständnis spricht auch nicht die Vorgabe der europäischen Verbrauchsgüterkaufrichtlinie.

*„Zu Unrecht geht die Revision davon aus, dass die in Art. 3 II der Richtlinie aufgeführten Rechtsbehelfe **keine verschuldensunabhängige Haftung** für die in § 439 II BGB genannten Aufwendungen **zuließen**, sondern dass es dazu einer in Art. 8 I der Richtlinie angesprochenen Verschuldenshaftung bedürfe. Diese Sichtweise verkennt nicht nur den gegenüber den sonstigen Rechten und Pflichten der Kaufvertragsparteien eigenständigen Anspruchscharakter des § 439 II BGB und die hiermit verbundene Absicht des nationalen deutschen Gesetzgebers, mit dieser Norm die von Art. 3 III 1, IV der Richtlinie geforderte **Unentgeltlichkeit der Nacherfüllung verschuldensunabhängig zu gewährleisten** (BT-Drucks. 14/6040, S. 231; vgl. dazu auch Senatsurteil vom 21.12.2011 - VIII ZR 70/08, BGHZ 192, 148 Rn. 50).“* (BGH aaO)

Außerdem wäre der Gesetzgeber auch nicht gehindert gewesen, die Richtlinie durch die Übernahme der in § 476a S. 1 BGB aF vorgefundenen Regelung **überschießend umzusetzen**, ohne dabei auf gesetzessystematische Grenzen zu stoßen.

*„Denn Art. 8 II der Richtlinie hat es - wie in Erwägungsgrund 24 eigens hervorgehoben ist - den Mitgliedstaaten freigestellt, im Anwendungsbereich der Richtlinie **strengere Bestimmungen zu erlassen oder aufrechtzuerhalten**, um ein höheres Schutzniveau für die Verbraucher sicherzustellen. Das schließt es ein, den nach bisherigem Recht gemäß § 476a S. 1 BGB aF für das vertraglich vereinbarte Nachbesserungsrecht enthaltenen Schutzstandard beizubehalten und auf das gesetzliche Nacherfüllungsrecht gemäß § 439 I BGB auszudehnen.“* (BGH aaO)

II. Vorliegen der Voraussetzungen im vorliegenden Fall

Der Erstattungsanspruch nach § 439 II BGB setzt voraus, dass das Sachverständigengutachten „zum Zwecke der Nacherfüllung“ eingeholt wurde. Dem könnte entgegenstehen, dass der Kläger nachträglich von einem Nacherfüllungsanspruch gemäß § 439 I BGB auf die Geltendmachung eines Minderungsrechts gemäß § 441 BGB übergegangen ist.

*„Dies ändert nichts daran, dass die angefallenen Sachverständigenkosten jedenfalls zum Zeitpunkt ihrer für den Ersatzanspruch maßgeblichen Entstehung nach den unangegriffenen Feststellungen des Berufungsgerichts zumindest auch **zum Zwecke der Nacherfüllung** als dem anderen Gewährleistungsrechten **vorgeschalteten Gewährleistungsrecht** aufgewandt worden sind und aus damaliger Sicht zur Klärung der Ursache des Mangels und seiner Zurechnung erforderlich waren (vgl. BGH, Urteil vom 08.05.2012 - XI ZR 61/11, WM 2012, 1189 Rn. 28, zu § 670 BGB). Ob derartige Aufwendungen anschließend **tatsächlich zu einer (erfolgreichen) Nacherfüllung** führen, ist für den zuvor bereits wirksam entstandenen Ersatzanspruch **ohne Bedeutung** (jurisPK-*

*BGB/Pammler, aaO Rn. 50). Das gilt insbesondere auch dann, wenn der Verkäufer - wie hier nach den unangegriffenen Feststellungen des Berufungsgerichts geschehen - anschließend **weiterhin jegliche Mängel bestritten hat** und deshalb der Käufer eine Nacherfüllung auch im Falle einer Fristsetzung unter keinen Umständen erwarten konnte, so dass für ihn gemäß § 437 Nr. 2, § 440, § 323 II Nr. 1, § 441 I 1 BGB der letztlich eingeschlagene Weg zur Kaufpreisminderung eröffnet war.“ (BGH aaO)*

III. Ergebnis

Die Kläger haben gegen die Beklagte einen Anspruch auf Erstattung der Kosten eines vorgerichtlichen Privatgutachtens nach § 439 II BGB.

1. Beschreibt der Verkäufer einen Gebrauchtwagen für eine Versteigerung bei eBay mit dem Zusatz „**TÜV neu**“, so liegt darin in der Regel eine Willenserklärung, die auf den Abschluss einer entsprechenden **Beschaffenheitsvereinbarung** im Sinne von § 434 I 1 BGB gerichtet ist.
2. Schließen die Parteien auf der Basis eines vorausgegangenen Angebots bei eBay einen **schriftlichen Kaufvertrag** ab, wird die verbindliche Beschreibung bei eBay („TÜV neu“) in der Regel auch dann Bestandteil des Kaufvertrages, wenn die **Beschreibung im Kaufvertrag nicht ausdrücklich erwähnt** wird.
3. Ein **formularmäßiger Gewährleistungsausschluss** im Kaufvertrag beseitigt nicht die Haftung des Verkäufers aus einer gleichzeitig abgeschlossenen Beschaffenheitsvereinbarung.
4. Soll mit „TÜV neu“ auf eine kurz vorher durchgeführte TÜV-Prüfung hingewiesen werden, so ist diese Beschreibung dahingehend zu verstehen, dass bei der TÜV-Prüfung **kein erheblicher Mangel festgestellt** wurde, bzw. dass ein vom TÜV möglicherweise festgestellter erheblicher Mangel, den der Käufer nicht kennt, vom Verkäufer vor Abschluss des Kaufvertrages beseitigt wurde (hier: Korrosion an tragenden Teilen).

Fall: Der Kl. verlangt von dem Bekl. die Rückabwicklung eines Gebrauchtwagenkaufs. Im August 2011 bot der Bekl. ein amerikanisches Pickup-Fahrzeug Chevrolet Avalanche auf der Internetplattform eBay zur Versteigerung an. Er hatte einen Mindestpreis von 12.700 Euro festgesetzt; die Dauer der Versteigerung war auf zehn Tage angesetzt. Der Bekl. hatte seinem Angebot bei eBay verschiedene Fotos von dem Fahrzeug und eine ausführliche Beschreibung beigelegt. In dieser Beschreibung hieß es unter anderem:

„Hallo eBay und willkommen in meiner Auktion, Gegenstand dieser Auktion ist ein ehrlicher Chevrolet Avalanche Z71 Pickup ... BJ 2002, fast fünf Jahre in meinem Besitz. Tachostand 78.321 Miles, TÜV & AU neu (April)...“.

Es folgte eine ausführliche Beschreibung von Ausstattungs-Details. Außerdem wurden im Angebot des Bekl. kleinere Mängel wie folgt beschrieben:

„Die Ledersitzfläche hat hinten auf der Beifahrerseite ein kleines Loch! Sollte also mal von einem Aufbereiter bearbeitet werden. Die kleinen Steinschläge, die leider bei so einem Riesen nicht ausbleiben, können von jedem Lackdoktor für kleines Geld beseitigt werden. Der Außenspiegel an der Beifahrerseite ist beim Einklappen aus der Feder gesprungen, habe einen neuen gekauft, müsste nächste Woche geliefert werden.“

Der Kl. hatte Interesse an dem Fahrzeug und nahm zum Bekl. Telefonkontakt auf. Telefonisch und per E-Mail einigten sich die Parteien darauf, dass der Kl. das Fahrzeug zu einem Kaufpreis von 13.000 Euro erwerben sollte. Auf Grund der Absprache mit dem Kl. beendete der Bekl. am 20.8.2011 – vor Ablauf der Auktionsfrist – die eBay-Auktion. Am 22.08.2011 wurde das Fahrzeug dem Kl. absprachegemäß an dessen Wohnort in U. gebracht. Die Parteien unterzeichneten einen vom Bekl. vorbereiteten schriftlichen Kaufvertrag. In dem Kaufvertrag (ADAC-Formular 2010) war ein formularmäßiger „Ausschluss der Sachmängelhaftung“ vereinbart. In der Rubrik „Zusatzausstattung bzw. folgendes Zubehör“ wurde handschriftlich eingetragen: „Siehe eBay-Auktion!“ Mit dem Fahrzeug erhielt der Kl. auch verschiedene Papiere, unter anderem einen TÜV-Bericht von der Hauptuntersuchung vom 23.05.2011. In diesem Bericht wurden „geringe Mängel“ festgestellt, die Prüf-Plakette wurde zugeteilt. Die festgestellten Mängel waren in dem Bericht wie folgt bezeichnet: „Korrosion sonst tragende Teile – schwächt bei Nichtbehandlung die tragende Struktur“. Der Bericht weist zudem darauf hin, dass Halter und Fahrer für die unverzügliche Beseitigung aller Mängel verantwortlich sind. Die im TÜV-Bericht festgestellte Korrosion wurde vom Bekl. vor der Übergabe des Fahrzeugs an den Kl. am 22.08.2011 nicht beseitigt. Zwischen den Parteien ist streitig, zu welchem Zeitpunkt der Kl. vom Inhalt des TÜV-Berichts Kenntnis genommen hat. In der Folgezeit machte der Kl. gegenüber dem Bekl. verschiedene Mängel des Fahrzeugs geltend, und verlangte eine Beseitigung der Mängel, insbesondere der im TÜV-Bericht genannten Korrosion an tragenden Teilen des Fahrzeugs. Die Prozessbevollmächtigte setzte dem Bekl. zur Mängelbeseitigung Fristen. Der Bekl. reagierte nicht. Mit Schreiben seiner Prozessbevollmächtigten vom 19.01.2012 ließ der Kl. den Rücktritt vom Kaufvertrag erklären und verlangt nun die Rückabwicklung des Kaufvertrags auf Grund seines Rücktritts. Zu Recht?

Der Kl. kann nach §§ 437 Nr. 2, 323 I, 346 I BGB die Rückabwicklung des Kaufvertrages verlangen, wenn er wirksam vom Vertrag zurückgetreten ist.

Zwischen den Parteien ist wirksam ein schriftlicher Kaufvertrag nach § 433 BGB geschlossen worden. Allerdings könnte der Kl. nach §§ 323 I, 434 I 1, 437 Nr. 2 BGB wirksam vom Vertrag zurückgetreten sein.

I. Vorliegen eines Sachmangels bei Gefahrübergang

Als Rücktrittsgrund kommt hier das Vorliegen eines Sachmangels nach § 434 I 1 BGB in Betracht. Es könnte eine Abweichung der Ist-Beschaffenheit von der vertraglich vereinbarten Beschaffenheit im Sinne des § 434 I 1 BGB vorliegen. Eine Beschaffenheitsvereinbarung könnte darin zu sehen, dass der Bekl. in der Beschreibung des Fahrzeugs auf eBay den Hinweis „TÜV & AU neu (April)“ gegeben hat. Dies könnte eine verbindliche Willenserklärung zur Beschaffenheit des angebotenen Pickup sein.

1. Auslegung des Begriffs „TÜV neu“

*„Die Bedeutung einer Fahrzeugbeschreibung auf eBay ist grundsätzlich **durch Auslegung zu ermitteln**. Maßgeblich für die Auslegung ist der Empfängerhorizont von Interessenten, an welche die Beschreibung auf eBay gerichtet ist. „TÜV neu“ wird – unter Umständen mit verschiedenen Zusätzen – beim Verkauf von Gebrauchtwagen in der Praxis oft zur Konkretisierung des Angebots verwendet. Aus der Sicht des Kaufinteressenten soll damit auf bestimmte Vorteile des Angebots hingewiesen werden. Mit dem Hinweis „TÜV & AU neu (April)“ wird zum einen beschrieben, dass das Fahrzeug erst kurze Zeit vor dem Angebot die **TÜV-Untersuchung erfolgreich bestanden** hat. Bei einem Angebot im August 2007 bedeutet das für den Interessenten, dass er weiß, dass er das Fahrzeug bei einem Erwerb mindestens bis April 2009 ohne neue TÜV-Untersuchung fahren kann.*

*Zum anderen ist die Formulierung „TÜV neu“ jedenfalls in gewissem Umfang im Sinne einer **Beschreibung des technischen Zustands des Fahrzeugs** zu verstehen. Die TÜV-Untersuchung dient der Feststellung technischer Mängel, welche die Verkehrssicherheit beeinträchtigen können. „TÜV neu“ heißt für einen Kaufinteressenten daher, dass entweder bei der TÜV-Untersuchung **keine erheblichen Mängel festgestellt** wurden (denn sonst wäre die TÜV-Plakette nicht vergeben worden), oder, dass vom TÜV **festgestellte erhebliche Mängel vom Verkäufer beseitigt** wurden. Dass der Verkäufer vom TÜV ausdrücklich festgestellte erhebliche Mängel nicht beseitigt hat, obwohl er vom TÜV zur „unverzöglichen Beseitigung aller Mängel“ aufgefordert wurde, ist bei einer Fahrzeugbeschreibung „TÜV & AU neu (April)“ nicht zu erwarten.“ (OLG Karlsruhe aaO)*

Soweit in der Rechtsprechung unterschiedliche Auffassungen zu der Frage vertreten werden, ob die Klausel „TÜV neu“ gleichzeitig eine eigene Erklärung des Verkäufers zur Verkehrssicherheit des Fahrzeugs enthält, oder ob der Hinweis lediglich – ohne eigene Erklärungen zur Beschaffenheit – die Feststellungen des TÜV bei einer Untersuchung wiedergeben soll (vgl. mit teilweise unterschiedlichen Tendenzen die Entscheidungen OLG München, Urt. v. 19.10.1990 – 21 U 6283/90; OLG Karlsruhe, VersR 1993, 192; OLG Köln, OLGReport 1997, 172; OLG Köln, NZV 1998, 466 = VersR 2000, 246) ist diese Auseinandersetzung im vorliegenden Fall nicht relevant, auch soweit dabei zum Teil die Auffassung vertreten wird, „TÜV neu“ bedeute nur, dass der TÜV keine sicherheitsrelevanten Mängel festgestellt hat, nicht jedoch, dass diese Feststellung des TÜV auch zutreffend war (so OLG München, Urt. v. 19.10.1990 – 21 U 6283/90; anders OLG Karlsruhe, VersR 1993, 192).

*„Vorliegend geht es darum, dass „TÜV neu“ aus der Sicht des Käufers – mindestens – bedeutet, dass der TÜV bei der angegebenen Untersuchung **keine sicherheitsrelevanten Mängel festgestellt** hat, bzw., dass der Verkäufer seiner **Verpflichtung** zur unverzüglichen Beseitigung vom TÜV festgestellter Mängel **nachgekommen** ist.“ (OLG Karlsruhe aaO)*

2. Rechtsbindungswille des Verkäufers

Allerdings könnte es sich bei dem Hinweis „TÜV & AU neu“ auf eBay um eine unverbindliche Fahrzeugbeschreibung handeln. Zu einer Beschaffenheitsvereinbarung nach § 434 I 1 BGB kann es hingegen nur gekommen sein, wenn diese Beschreibung zugleich eine Willenserklärung zur Beschaffenheit des angebotenen Fahrzeugs i.S.v. § 434 I 1 BGB darstellt.

a) Charakter von Angebotsbeschreibungen auf eBay

Die Verbindlichkeit kann sich zunächst aus dem Charakter der Angebotsbeschreibungen auf eBay ergeben.

*„Die Versteigerung eines Fahrzeugs auf eBay läuft in der Regel so ab, dass das **Angebot auf eBay die einzige Grundlage** – und die einzige Information – für den Kaufinteressenten ist, der ein bestimmtes Gebot abgibt. Das Angebot auf eBay und das Gebot des Meistbietenden führen beim Ablauf der Versteigerungsfrist zum **Zustandekommen eines verbindlichen Kaufvertrags**. Dem Käufer stehen dabei in der Regel für seine Entscheidung keine anderen Informationen zur Verfügung, als Daten, Lichtbilder und Fahrzeugbeschreibung des Verkäufers bei eBay. Das bedeutet, dass der Fahrzeugbe-*

schreibung im Angebot auf eBay erhebliche Bedeutung für die Entscheidung des Käufers zukommt; dieser muss sich für seine Entscheidung auf die Richtigkeit der Angaben des Verkäufers verlassen können. **Fahrzeugbeschreibungen** des Verkäufers im Rahmen einer Auktion bei eBay sind daher in der Regel im Sinne **verbindlicher Willenserklärungen gem. § 434 I 1 BGB** zu verstehen, wenn nicht der Verkäufer ausdrücklich bei seinen Angaben auf die Unverbindlichkeit hinweist (vgl. zu Beschaffenheitsvereinbarungen durch Erklärungen in Angeboten auf eBay BGHZ 170, 86 = NJW 2007, 1346; BGH, NJW 2013, 1074 Rn. 14 ff.; KG, NJW-RR 2012, 290 = MMR 2011, 585; OLG Schleswig, DAR 2012, 581 = BeckRS 2012, 21210; OLG Köln, Beschl. v. 28.3.2011 – 3 U 174/10, BeckRS 2011, 14828).“ (OLG Karlsruhe aaO)

b) konkrete Formulierung

Die Verbindlichkeit kann sich darüber hinaus aber auch aus den konkreten Formulierungen im Angebot des Bekl. ergeben.

„Es handelt sich um eine **ausführliche verbale Fahrzeugbeschreibung**, insbesondere zu den Ausstattungsmerkmalen des Fahrzeugs, aber **auch zu kleineren Mängeln**. Der Bekl. hat auf ein Loch in der Ledersitzfläche, auf Steinschlag-Schäden und einen defekten Außenspiegel hingewiesen. In der Überschrift des Angebots ist die Rede von einem „ehrlichen Chevrolet Avalanche Z71 Pickup“. Es handelt sich bei diesen Formulierungen um zusätzliche Hinweise für einen Interessenten, dass der Verkäufer das Fahrzeug **in allen für den Käufer wesentlichen Punkten beschreiben** wollte. Wenn der Bekl. auf Kleinstmängel (Loch in der Ledersitzfläche, Steinschlagschäden und defekter Außenspiegel) hinweist, dann kann der Käufer nicht damit rechnen, dass bei der Erklärung „TÜV neu“ vom TÜV schriftlich festgestellte und dem Verkäufer bekannte, sicherheitsrelevante Mängel (Rost) nicht angegeben werden.“ (OLG Karlsruhe aaO)

c) Vertragsschluss durch schriftlichen Kaufvertrag statt durch Gebot

Hier könnte aber gleichwohl deshalb etwas anderes gelten, weil der Vertrag letztlich nicht durch das Gebot des Kl. unmittelbar zustande gekommen ist, sondern die Parteien – anders als bei eBay-Auktionen üblich – einen schriftlichen Kaufvertrag geschlossen haben.

„Der schriftliche Kaufvertrag ändert allerdings nichts daran, dass die **Angebotsbeschreibung** des Bekl. auf eBay „TÜV & AU neu (April)“ **Teil des Kaufvertrags** im Sinne einer Beschaffenheitsvereinbarung geworden ist. Dabei kommt es auch nicht darauf an, ob die Parteien – wie der Kl. geltend macht – bereits kurz vor dem schriftlichen Vertrag einen (verbindlichen) Kaufvertrag per Telefon und E-Mail abgeschlossen haben; ein solcher vorheriger Kaufvertrag wäre durch den schriftlichen Vertrag überholt.

Grundlage des schriftlichen Vertrags war das **vorherige Angebot des Bekl.** auf eBay. Maßgeblich für die Kaufentscheidung des Kl. war die Fahrzeugbeschreibung, die der Kl. aus dem Internet kannte. Die Parteien hatten im Kaufvertragsformular bei den „Angaben des Verkäufers“ für die „Zusatzausstattung bzw. folgendes Zubehör“ ausdrücklich auf die eBay-Auktion hingewiesen. In der Rechtsprechung ist daher anerkannt, dass das Angebot auf eBay in der Regel auch ohne ausdrückliche Erwähnung im anschließenden schriftlichen Vertrag den Charakter einer Beschaffenheitsvereinbarung haben soll (vgl. hierzu BGH, NJW 2013, 1074, Rn. 14 ff.; KG, NJW-RR 2012, 290 = MMR 2011, 585; OLG Schleswig, DAR 2012, 581 = BeckRS 2012, 21210; OLG Köln, DAR 2011, 260 = BeckRS 2011, 14828). Der schriftliche Kaufvertrag ist mithin dahingehend auszulegen, dass die Beschreibung im Angebot auf eBay – einschließlich der verbindlichen Erklärung zur Beschaffenheit iSv § 434 I 1 BGB – maßgeblich sein sollte.“ (OLG Karlsruhe aaO)

Etwas anderes gilt auch nicht deshalb, weil der schriftliche Kaufvertrag nach einem Abbruch der Internet-Auktion abgeschlossen wurde. Die Beschaffenheitsvereinbarung gilt dennoch weiter.

„Denn auch vorliegend war das Internet-Angebot nach den Umständen des Falls **aus der Sicht beider Parteien maßgeblich für den schriftlichen Vertrag**. Eine andere Auslegung des Kaufvertrags käme nur dann in Betracht, wenn die Parteien im schriftlichen Vertrag von der Fahrzeugbeschreibung auf eBay insgesamt oder in bestimmten Einzelpunkten Abstand genommen hätten. Dies ist jedoch nicht der Fall. Aus dem schriftlichen Kaufvertrag ergibt sich keine Änderung oder Relativierung der Beschreibung „TÜV neu“.“ (OLG Karlsruhe aaO)

Das Fahrzeug war daher mangelhaft, da es bei Übergabe (§ 446 BGB) nicht der vereinbarten Beschaffenheit entsprach. Das Fahrzeug wies Korrosion an tragenden Teilen auf, die bei Nichtbehandlung die tragende Struktur schwächen konnten. Korrosion an tragenden Teilen ist grundsätzlich ein wesentlicher Mangel, da es sich um einen für die Verkehrssicherheit relevanten Umstand handelt. Den im TÜV-Protokoll vom 23.05.2011 angegebenen Mangel hat der Kl. bis zur Übergabe nicht beseitigt.

II. kein Ausschluss der Gewährleistung

Die Gewährleistung könnte aber ausgeschlossen sein.

1. vereinbarter Gewährleistungsausschluss

Allerdings haben die Parteien einen Gewährleistungsausschluss vereinbart. Dies ist bei Privatverkäufen von gebrachten Waren grundsätzlich ohne weiteres möglich. Fraglich ist jedoch, ob der wirksam vereinbarte Gewährleistungsausschluss sich auch auf die Beschaffenheitsvereinbarung beziehen kann.

*„Ein Gewährleistungsausschluss in einem Gebrauchtwagen-Kaufvertrag ist generell dahingehend zu verstehen, dass dieser solche Eigenschaften des Fahrzeugs nicht betreffen soll, die Gegenstand einer gleichzeitigen Beschaffenheitsvereinbarung im Vertrag sind. Eine andere Auslegung würde dem in der Beschaffenheitsvereinbarung zum Ausdruck gekommenen **Willen der Parteien widersprechen** (vgl. zur begrenzten Wirkung eines Gewährleistungsausschlusses bei einer gleichzeitigen Beschaffenheitsvereinbarung BGHZ 170, 86 = NJW 2007, 1346; BGH, NJW 2013, 1074 Rn. 19).“* (OLG Karlsruhe aaO)

Der vereinbarte Gewährleistungsausschluss umfasst nicht die Beschaffenheitsvereinbarung.

2. Arglist des Käufers

Die Gewährleistung ist aber nach § 442 BGB auch dann ausgeschlossen, wenn er bei Vertragsschluss den Mangel kennt oder ihm ein Mangel infolge grober Fahrlässigkeit unbekannt geblieben ist.

*„Die **Beweislast für eine positive Kenntnis** des Käufers vom Mangel obliegt dem Verkäufer (vgl. Palandt/Weidenkaff, BGB, 73. Aufl. 2014, § 442 Rn. 6). Eine Kenntnis des Kl. wäre nur dann anzunehmen, wenn er vor Abschluss des Vertrags nicht nur den TÜV-Bericht ausgehändigt erhalten hätte, sondern wenn er die **Feststellungen in diesem Bericht vor Vertragsschluss auch zur Kenntnis genommen** hätte. Denn für die Behauptung, dem Kl. sei die Korrosion bei Abschluss des Vertrags „bekannt“ gewesen, hat der Bekl. keinen Beweis angetreten.*

*Auch eine **grob fahrlässige Unkenntnis** (§ 442 I 2 BGB) kann der Senat nicht feststellen. Ob es für den Kl. zweckmäßig gewesen wäre, das Fahrzeug vor Vertragsschluss einer technischen Untersuchung zu unterziehen, ist ohne Bedeutung. Denn es gehört zum **Wesen einer Beschaffenheitsangabe** des Verkäufers, dass der Käufer diesen Angaben **vertrauen** darf. Es war daher keinesfalls grob fahrlässig, dass der Kl. auf die Beschreibung „TÜV neu“ ohne eigene Prüfung vor Vertragsschluss vertraut hat. Dabei ist auch zu berücksichtigen, dass es heute vielfach üblich ist, Gebrauchtwagen auf dem privaten Markt ohne eingehende technische Prüfungen zu verkaufen. Anders wären insbesondere auch Versteigerungen auf eBay nicht denkbar.“* (OLG Karlsruhe aaO)

III. Vorliegen der weiteren Voraussetzungen für einen Rücktritt

Dem Bekl. wurde mehrfach eine Frist zur Nacherfüllung gesetzt, so dass der Kl. nach § 323 I BGB mit Rücktrittserklärung vom Vertrag zurückgetreten konnte, zumal der Mangel auch nach § 323 V 2 BGB erheblich war.

IV. Ergebnis

Nach dem Rücktritt des Kl. ist der Bekl. gem. § 346 I BGB zur Zahlung von 10.794,14 Euro nebst Zinsen verpflichtet, Zug um Zug gegen Rückgabe des Fahrzeugs.

Betrugsschaden
Vereinbarung von Rückvergütungen

(BGH in NJW 2014, 2295; Beschluss vom 25.04.2014 – 1 StR 13/13)

Werden bei der Einreichung eines Subventionsantrags Zahlungsrückflüsse verschwiegen, liegt eine konkludente Täuschung vor: Der Antragsteller hat mit dem Subventionsantrag nämlich sinngemäß erklärt, dass die geltend gemachten Kosten tatsächlich aufwandsgestützt sind.

Fall: Der Angekl. hat als Geschäftsführer mehrerer Firmen ein Tourismusprojekt initiiert. Im Rahmen der Beauftragung von Baufirmen für das Projekt machte er die Auftragsvergabe davon abhängig, dass jeweils ca. 12,5 % des in Auftrag gegebenen Umsatzvolumens an ihn persönlich ausgezahlt wurden. Mit diesem Geld in Höhe von mindestens zwei Millionen Euro finanzierte er teilweise seine eigene Beteiligung am Bauprojekt.

Für das Projekt beantragte der Angekl. für die T-Gesellschaft (nachfolgend: T), deren Mitgeschäftsführer und Mitgesellschafter er war, bei der Investitionsbank des Landes Brandenburg auf der Grundlage der vergebenen Aufträge Fördermittel, wobei er aber die an ihn gezahlten Rückvergütungen verschwieg. Die Investitionsbank des Landes Brandenburg (nachfolgend: I), welche die Förderung des Projekts zur «Verbesserung der regionalen Wirtschaftsstruktur» übernommen hatte, zahlte auf die angegebenen zuwendungsfähigen Kosten von circa 34,6 Millionen Euro eine Fördersumme von 9,6 Millionen Euro aus.

Zu prüfen ist, ob ein **Betrug** zum Nachteil der I gem. § 263 StGB gegeben ist. Dies ist dann zu bejahen, wenn der Angekl. als (Mit-)Geschäftsführer der Zuwendungsempfängerin **bei der Antragstellung über subventionsrechtlich erhebliche Preisbestandteile getäuscht** hat.

- I. Der zwischen der T und den beauftragten Baufirmen vereinbarte Preis war nicht ordnungsgemäß zu Stande gekommen: Der **Angekl. war** nämlich als Geschäftsführer der T dazu **verpflichtet**, gegenüber den Mitgeschäftsführern **die ihm selbst zugeflossenen Provisionen offenzulegen**.

„Dies folgt aus den ihm in seiner Rolle als Geschäftsführer der T obliegenden Pflichten: **Als Geschäftsführer** musste er die **Vermögensinteressen der T wahrnehmen**, was insbesondere das **Verbot der Schädigung des Unternehmensvermögens** beinhaltet. Dies begründet für den Geschäftsführer nicht nur die Pflicht zur aktiven Förderung der Gesellschaft, die ihn treffende Treuepflicht **verwehrt** es ihm ebenso, die **Ressourcen der Gesellschaft für eigene Zwecke zu verwenden** (Henssler/Strohn, Gesellschaftsrecht, 2. Aufl., § 35 GmbHG Rn 15). Kommt es hierbei zu Kollisionen zwischen den Interessen der Gesellschaft und denen des Geschäftsführers, muss der Geschäftsführer solche vermeiden, zumindest aber offenlegen (Baumbach/Hueck, GmbHG, 20. Aufl., § 43 Rn 17). Deshalb muss der Geschäftsführer auch alles tun, um eine Geschäftschance (und sei es nur die Realisierung möglicher Preissenkungsspielräume) für die Gesellschaft zu nutzen (BGH NJW-RR 2013, 363 = NZG 2013, 216).“ (BGH aaO)

- II. **Rückvergütungen**, die von dem Generalunternehmer und den Nachunternehmern an den Angekl. geflossen sind, **waren für die Preisbildung** im Verhältnis zwischen der P und der T **von entscheidender Bedeutung**.

Der **BGH** hat solche **Zahlungsrückflüsse in st. Rspr. als schadensbegründend angesehen**. Dem liegt die Erwägung zu Grunde, dass jedenfalls mindestens der Betrag, den der Vertragspartner für solche Zahlungen leistet, als Nachlass regelmäßig in die Preisgestaltung einfließen wird (BGHSt 49, 317] = NJW 2005, 300 = NStZ 2005, 569; BGHSt 50, 299 = NJW 2006, 925 = NStZ 2006, 210; vgl. auch Wabnitz/Janovsky, HdB des Wirtschafts- und Steuerstrafrechts, 4. Aufl., Kap. IV Rn. 199 f.).

„Bei der vorliegenden Sachverhaltsgestaltung bestand zwar die **Besonderheit**, dass der Angekl. der Alleingeschäftsführer und Alleingesellschafter war, mithin der Vermögensverlust durch die Zahlungsrückflüsse nur das allein ihm zugeordnete Gesellschaftsvermögen betraf. Gleichwohl gelten diese Grundsätze auch hier, weil durch den Pauschalvertrag mit der T die im Preis enthaltenen verschleierte Rückflussbeträge an diese weiterberechnet wurden. Als Mitgesellschafter und Mitgeschäftsführer dieser Gesellschaft, der gegenüber der Angekl. auf Grund seiner Geschäftsführerstellung dort zu ausschließlich am Wohl dieser Gesellschaft orientierten unternehmerischen Entscheidungen verpflichtet war, hätte er nicht ohne Weiteres einen Preis akzeptieren dürfen, der – wie er wusste – in diesem Umfang Rückflussbeträge an ihn persönlich enthielt. Zumindest hätte er diese aufdecken müssen, was der Angekl., weil der Mitgeschäftsführer keinen Überblick über die Finanzinterna hatte, nicht getan hat. Dies wird im Übrigen schon aus seiner verdeckten Vorgehensweise deutlich.“ (BGH aaO)

- III. Der Umstand, dass der Angekl. als von den Beschränkungen des § 181 BGB befreiter Geschäftsführer der T bereits einen Preis vereinbart hat, der in unzulässiger Weise die an ihn

zurückgeflossenen Beträge nicht herausgerechnet hat, wirkt sich im **Verhältnis zur I als Subventionsgeberin** aus.

*„Wie für den Angekl. offensichtlich war, wollte die Subventionsgeberin nur diejenigen Kosten gegenüber der T in Höhe der Subventionsquote abdecken, die dieser entstanden sind. In diesem Sinne **ansatzfähig sind aber nur solche Kosten, welche die T [gegenüber der Baufirma] überhaupt nur übernehmen durfte**. Soweit an den Angekl. zurückgeflossene Beträge in die Preisbildung eingegangen sind, war der Angekl. in seiner Eigenschaft als zugleich weiterer Geschäftsführer der T nicht berechtigt, diese als Preisbestandteile der T weiter zu berechnen. Damit stellen jedenfalls die **Rückflussbeträge auch keine gegenüber der I subventionsfähigen Preisbestandteile** dar. Dies war dem Angekl. als erfahrenem Unternehmer bewusst. Deshalb hat er die Zahlungsrückflüsse verdeckt, um sie sowohl der T als auch mittelbar der I weiterberechnen zu können.“ (BGH aaO)*

- IV. Mit der Einreichung des Förderantrags hat der Angekl. damit **konkludent getäuscht**. Er hat mit dem Subventionsantrag nämlich **singemäß erklärt, dass die geltend gemachten Kosten aufwandsgestützt sind**.

*„Dies war – ohne dass es auf die Auslegung der Nebenbestimmung über „verbundene Unternehmen“ ankäme – aber schon deshalb unrichtig, weil die geltend gemachten Kosten verdeckte Zahlungsrückflüsse an ihn ausgewiesen haben, die damit lediglich **zum Schein als subventionsfähiger Aufwand** in die Preisbildung eingestellt wurden.“ (BGH aaO)*

- V. **Ergebnis:** Der Angeklagte hat dadurch, dass er bei der Stellung des Subventionsantrags die Zahlungsrückflüsse und sonstigen, an ihn gezahlten Provisionen verschwiegen hat, konkludent über subventionserhebliche Preisbestandteile getäuscht und sich dadurch wegen Betruges nach § 263 StGB strafbar gemacht.

VereinsG StrafR
Verwendung verbotener Kennzeichen
 § 20 I 1 Nr. 5 **Unzulässigkeit der Verwendung nahezu identischer Kennzeichen**

(OLG Hamburg in NStZ-RR 2014, 259; Urteil vom 07.04.2014 – 1-31/13 Rev)

1. Sowohl der von dem im Jahre 1983 durch den Bundesinnenminister verbotenen „Hells Angels Motor Club e. V.“ als Vereinswappen verwendete **stilisierte Totenkopf** als auch der von Mitgliedern dieses verbotenen Vereins auf der Rückseite ihrer „Vereinskluft“ in roten Buchstaben vor weißem Hintergrund getragene **Schriftzug „Hells Angels“** stellt ein **vereinsrechtlich verbotenes Kennzeichen** dar.
2. Nur **unwesentliche Abweichungen** eines Kennzeichens stellen dessen Übereinstimmung mit dem inkriminierten Originalkennzeichen noch nicht in Frage und **unterliegen** daher **ebenfalls dem strafbewehrten vereinsrechtlichen Verwendungsverbot**.

Fall: Der Angekl. ist Mitglied des Ortsvereins „Hells Angels MC Harbor City“. Er übersandte der Staatsanwaltschaft zwei Photographien von sich und führte schriftlich dazu u. a. aus, dass er sich „letzte Woche in Hamburg am Michel“ in seiner „Vereinskluft“ habe ablichten lassen. Der Angekl. ist auf den Lichtbildern im Bereich der Hauptkirche St. Michaelis („Michel“) zu sehen und trägt eine „ärmellose Jeansweste“. Auf deren Rückseite ist „mittig der stilisierte weiße rot/schwarz behelmte Totenkopf mit rot/gold-gelbfarbenen rechtsschwingenden Engelsflügeln aufgenäht“. Rechts unter dem „Engelsflügel“ war ein Aufnäher angebracht, der auf weißem Grund die roten Großbuchstaben „MC“ darstellt. Über dem „Totenkopf“ ist ein „halbkreisförmig nach unten gebogener Aufnäher mit dem in roten Großbuchstaben auf weißem Grund dargestellten Schriftzug ‚HELLS ANGELS‘ angebracht“. Hiermit korrespondiert ein unter dem „Totenkopf“ aufgenähtes „halbkreisförmig nach oben gebogene[s]“ Stoffteil. Dieses enthält in derselben Größe und Farbgebung den Schriftzug „HARBOR CITY“. Beide Schriftzüge bilden keinen „geschlossenen Kreis“.

Zu prüfen ist, ob sich der Angekl. wegen des **öffentlichen Verwendens von Kennzeichen eines verbotenen Vereins nach § 20 I 1 Nr. 5 und S. 2 VereinsG** strafbar gemacht hat.

I. Bei den in Frage stehenden Symbolen, dem **„stilisierte Totenkopf“** und dem **Schriftzug „HELLS ANGELS“**, handelt es sich **vereinsrechtlich um Kennzeichen**.

1. Nach **§ 9 I VereinsG** sind Kennzeichen solche **Organisationsmittel, die den Zusammenhalt der Vereinsmitglieder stärken** und die **Vereinigung von anderen Organisationen unterscheiden** (Erbs/Kohlhaas, Strafrechtliche Nebengesetze, 146. ErgLfg., VereinsG § 9 Rn 3).

Ein Kennzeichen wird dadurch geprägt, dass es als **allgemeines Symbol einem bestimmten Verein zugeordnet und von außenstehenden Dritten erkannt oder wiedererkannt** wird (vgl. Groh, VereinsG, § 9 Rn 6). Dies können nach § 20 I 1 Nr. 5, § 9 II 1 VereinsG namentlich sein Fahnen, Abzeichen, Uniformstücke, Parolen und Grußformen, die durch ihren Symbolwert auf den Vereinszweck hinweisen. Dabei muss der Symbolgehalt im Wesentlichen aus sich heraus und ohne Berücksichtigung der Gesamtumstände, etwa Örtlichkeiten, anderer Symbole oder aber der konkreten Art der Verwendung verständlich sein (BGH NStZ 1999, 87). Dem Vereinsrecht sind zusammengesetzte Kennzeichen fremd (vgl. Groh aaO, § 9 Rn 6). Abzustellen ist deshalb auf jedes Symbol und nicht auf deren Anordnung im Ensemble (OLG Celle NStZ 2008, 159; Rau/Zieschack NStZ 2008, 131).

2. Gemessen an diesen vereinsrechtlichen Maßgaben handelt es sich bei dem vom verbotenen „Hells Angels Motor-Club e.V.“ verwendeten **stilisierten behelmteten Totenkopfs „mit rot/gold-gelbfarbenen rechtsschwingenden Engelsflügeln“** um **Kennzeichen i. S. des § 9 II 1 VereinsG**.

*„Dies gilt namentlich mit Blick auf die durch § 3 der Satzung des verbotenen Ortsvereins „Hells Angels Motor-Club e.V.“ erfolgte **Widmung**. Hiernach war der in Rede stehende stilisierte Totenkopf das „Vereinswappen“ und Clubblem, das überdies auf der „Vereinskluft“ zu tragen war.*

Vor dem Hintergrund der rechtsfehlerfrei getroffenen Urteilsfeststellungen zur Bestimmung des verbotenen Kennzeichens keine Gesamtschau sämtlicher auf der „Vereinskluft“ abgebildeten Symbole veranlasst: Der 1983 durch den Bundesminister des Innern verbotene „Hells Angels Motor-Club e.V.“ aus Hamburg war der erste in Deutschland gegründete Ableger der weltweit aktiven Gruppierung „Hells Angels“. Für diesen bestand schon deshalb kein Anlass, sich zu anderen national aktiven Ortsvereinen abzugrenzen. Naheliegend aus diesem Grund hat er sich nach seiner Vereinssatzung auch nur den Totenkopf - ohne jeden Zusatz - als „Vereinswappen“ gegeben (§ 3 der Vereinssatzung). Dieses vom Landgericht festgestellte initiale Alleinstellungsmerkmal im Bundesgebiet machte jeden weiteren Unterscheidungszusatz - verstanden etwa im Sinne eines zusammengesetzten Symboles (vgl. hierzu nur Reuter, Verbotene Symbole [2006], S. 136 f.) - ersichtlich entbehrlich. Mangels Neben- oder Schwestervereinen war namentlich der stilisierte Totenkopf im

Geltungsbereich des Vereinsrechts bereits damals erkennbar diesem verbotenen Verein zuzuordnen.“ (OLG Hamburg aaO)

3. Vor diesem Hintergrund **kommt** auch eine am gesetzlichen Schutzzweck orientierte **Einschränkung des Kennzeichenbegriffs nicht in Betracht**, denn diese ist höchst-richterlich allein für Fälle anerkannt, in denen die Verwendung des in Rede stehenden Kennzeichens in offenkundiger und eindeutiger Weise die Gegnerschaft zu der verbotenen Organisation und die Bekämpfung der von ihr verfolgten Ziele zum Ausdruck bringt (vgl. - zu § 86a StGB - nur BGHSt 51, 244; BGHSt 25, 30, 32 f.).

4. Dies gilt gleichermaßen für den **Schriftzug „HELLS ANGELS“**.

„Zwar ist - betreffend den ähnlich ausgestalteten Tatbestand des § 86a StGB allerdings nicht unumstritten (vgl. etwa Groh aaO, § 9 Rn 7) - anerkannt, dass der Vereinsname nicht ohne weiteres ein Kennzeichen ist, sofern nicht weitere Umstände hinzutreten (vgl. BGHSt 54, 61; MüKo-StGB/Steinmetz, 2. Aufl., § 86a Rn 9 m. w. Nachw.). Jede Einzelfallwürdigung des Vereinsnamens und eine sich hieran anschließende Auslegung haben sich - schon mit Blick auf den verfassungsrechtlich verbürgten Bestimmtheitsgrundsatz (Art. 103 II GG) - an den in § 9 II 1 VereinsG beispielhaft aufgezählten markanten Kennzeichen zu orientieren.

Diesen strengen verfassungsrechtlichen Maßgaben hält die tatgerichtliche Bewertung hier stand. Die Feststellungen belegen tragfähig dessen Eigenschaft als Teil einer Uniform (vgl. § 9 II 1 VereinsG):

Der Schriftzug war Bestandteil der „einheitlichen Kleidung“ der Mitglieder des verbotenen Vereins „Hells Angels Motor Club e.V.“. Diese trugen den Schriftzug in Höhe der Schulterblätter auf ihrer „Vereinskluff“. Die gut lesbaren Großbuchstaben waren „halbkreisförmig nach unten“ gebogen und in der signifikanten Schriftart „Hessian Regular“ dargestellt. Dabei kontrastierten die in roter Farbe gehaltenen Buchstaben weithin sichtbar vor weißem Hintergrund an dieser Stelle der „Vereinskluff“. Die den Mitgliedern des verbotenen Hamburger Ortsvereins zur Last gelegten Gewalthandlungen „wurden in Vereinskluff der Hell’s Angels begangen und begründeten oder bestätigten deren Ruf als besonders gewalttätige und brutale Rockergruppe“ (BVerwGE 80, 299). Dieses einheitliche und normierte Auftreten zielte - wie für normiertes Auftreten gerade aus dem militärischen Bereich allgemein bekannt - gerade ab auf Wiedererkennung und Solidarisierung der Mitglieder untereinander und Abgrenzung zu allen Außenstehenden. Der „Vereinskluff“ kam daher erkennbar der Charakter eines uniformierten Auftretens zu, dessen wesentlicher Bestandteil der organisationsbezogene Schriftzug „Hells Angels“ war.

Selbst wenn der gesetzliche Tatbestand des § 9 II 1 VereinsG - was nicht naheliegt - nur auf amtliche Uniformstücke ausdrücklich abzielen sollte (vgl. etwa § 132a StGB), erweist sich der in Rede stehende Schriftzug zumindest als Teil einer „Pseudo-Uniform“, die - auch als Ergebnis der gebotenen engen Auslegung (vgl. Art. 103 II GG) - wertungsmäßig zumindest neben den amtlichen Uniformstücken steht. Dies gilt zumal da die Mitglieder des verbotenen „Hells Angels Motor Club e.V.“ aus Hamburg ihrerseits die Nähe zur strafen militärischen Organisation suchten (vgl. etwa zum Vereinsamt des „Sergeant at Arms“ BVerwG aaO, S. 310).“ (OLG Hamburg aaO)

II. Die Verwendung dieser Kennzeichen ist verboten gem. § 9 I 1 Nr. 1 VereinsG.

1. Die Kennzeichen erweisen sich als solche des im Jahre 1983 rechtskräftig verbotenen „Hells Angels Motor Club e.V.“ aus Hamburg.

„Dieser war als „erster deutscher Hells Angels Verein“ im Jahre 1973 gegründet worden. Satzungsgemäß zeigte dessen „Vereinswappen“ den „stilisierten weißen behelmteten Totenkopf mit rechtsseitigem Engelsflügel auf rotem Grund“. Damit hat die Berufungsstrafkammer widerspruchsfrei und lückenlos belegt, dass erstmals der „Hells Angels Motor-Club e.V.“ aus Hamburg diese beiden Aufnäher als Kennzeichen im Bundesgebiet führte.“ (OLG Hamburg aaO)

2. Durch die **bestandskräftige Verbotsverfügung vom 21.10.1983** steht fest, dass „Zweck und Tätigkeit des ‚Hells Angels Motor-Club e.V.‘ Hamburg den Strafgesetzen zuwider“ liefen.

„Diese rechtsfeindliche Gesinnung wird symbolisiert durch die vorstehend benannten und in Deutschland erstmals von diesem verbotenen Verein verwendeten Kennzeichen. Deshalb dürfen - ebenfalls bestandskräftig mit der Verbotsverfügung angeordnet - diese „Kennzeichen weder verbreitet noch öffentlich oder in einer Versammlung verwendet werden“. Der Makel der rechtsfeindlichen Gesinnung haftet diesen Kennzeichen bis heute an, so dass sie durch keinen Verein im Bundesgebiet verwendet werden dürfen. Dass diese Kennzeichen möglicherweise nicht originär vom verbotenen Hamburger Verein entwickelt, sondern - nahelegend - aus in den Vereinigten Staaten bestehenden Ortsvereinen der Gruppierung mit deren Billigung übernommen worden waren, ist für die vereinsrechtliche Bewertung bedeutungslos. Maßgeblich ist vielmehr die erste Verwendung und Widmung dieser Kennzeichen im Geltungsbereich des Vereinsgesetzes und damit im Bereich des deutschen Ordnungsrechts.“ (OLG Hamburg aaO)

III. Der Angekl. hat gegen das strafbewehrte Kennzeichenverbot verstoßen, denn er hat **Kennzeichen öffentlich verwendet, die identisch waren mit denen des verbotenen „Hells Angels Motor-Club e.V.“ Hamburg.**

1. Der mit Blick auf die Weite des Kennzeichenbegriffs anzuwendende **strenge rechtliche Maßstab** fordert zwar keine absolute, jede - auch kleinste - Abweichung vom verbotenen Originalkennzeichen ausschließende Übereinstimmung, notwendig ist aber ein signifikant hohes Maß sinnlich wahrnehmbarer Übereinstimmung mit der konkreten Ausgestaltung des durch die verbotene Organisation verwendeten Originalkennzeichens.

Hierfür muss der **Gesamtvergleich zwischen dem inkriminierten Originalkennzeichen und dem durch einen Täter verwendeten Kennzeichen** aus der Sicht eines unbefangenen nicht besonders sachkundigen und nicht genau prüfenden Betrachters keine oder nur solche Unterschiede aufweisen, die so geringfügig sind, dass sie diesem Betrachter auf den ersten Blick ohne weiteres entgehen könnten.

2. Noch strengere rechtliche Anforderungen sind auch mit Blick auf das **Bestimmtheitsgebot** (Art. 103 II GG) und mit Rücksicht auf eine **klare Abgrenzung zum Tatbestandsmerkmal der Verwechslungsfähigkeit nach § 9 II 2 VereinsG** nicht geboten.

„Vor der Einführung des § 9 II 2 VereinsG durch Art. 9 Nr. 1 Terrorismusbekämpfungsgesetz bestand - hinsichtlich des in gleicher Weise gefassten § 86a StGB - bereits Einigkeit darüber, dass unwesentliche Abweichungen eines Kennzeichens dessen Übereinstimmung mit dem inkriminierten Originalkennzeichen noch nicht in Frage stellen (Stegbauer NSTz 2006, 677; ferner zu § 86a StGB etwa Laufhütte/Kuschel, LK, 12. Aufl., § 86a Rn 6 f; vgl. ferner Foth JR 1982, 382; OLG Hamburg NSTz 1981, 393 mit zust. Anm. Bottke JR 1982, 77; OLG Oldenburg NSTz 1988, 74). Durch die Verwechslungseignetheit sollte vielmehr - korrespondierend mit § 86a II 2 StGB (vgl. BT-Drucks. 14/7386, S. 49) - der Umgang mit solchen Symbolen geregelt werden, die Abwandlungen von den üblicherweise durch die verbotenen Organisationen verwendeten Kennzeichen darstellten oder sich als nur „sehr lebhaft gedankliche Verbindungen“ zu diesen erwiesen und bei denen wegen dieser Divergenzen unsicher ist, ob sie noch als verbotene Originalkennzeichen identifiziert werden könnten (vgl. BT-Drucks. 12/4825, S. 6 unter Hinweis auf BGH BeckRS 1981, 05203; vgl. ferner BGHSt 25, 128; Fischer, StGB, 61. Aufl., § 86a Rn 8). Die hier vorgenommene Identitätsprüfung erfasst hingegen Fälle signifikanter Übereinstimmung mit dem Originalkennzeichen und ist daher der Prüfung einer Verwechslungseignetheit vorgelagert.“ (OLG Hamburg aaO)

3. Gemessen hieran stimmen die Kennzeichen des „stilisierten Totenkopfs“ sowie des Schriftzug „HELLS ANGELS“ nach **Form** sowie **Farb- bzw. Schriftgestaltung** und **Symbolgröße** mit denen des verbotenen Vereins jeweils überein.

„Das Landgericht hat rechtsfehlerfrei dem Zusatz „Harbor City“ keine diese Kennzeichenqualität berührende Bedeutung beigemessen. Nach den Urteilsfeststellungen lag es fern, dass dieser hinzugefügte Name des - im Nachgang zu der das Kennzeichenverbot begründenden bestandskräftigen Verbotsverfügung errichteten - Ortsvereins „Harbor City“ an den Charakteristika der für sich selbstständigen Kennzeichen etwas ändert (vgl. zu § 86a StGB etwa Stegbauer JR 2002, 182; Reuter aaO, S. 136 f.).“ (OLG Hamburg aaO)

4. Diese **Kennzeichen** hat der Angekl. **öffentlich verwendet**.

*„Zureichend hierfür ist jeder Gebrauch, der das Kennzeichen optisch oder akustisch wahrnehmbar macht (vgl. bereits BGHSt 23, 267; BGHSt 28, 394; ferner Erbs/Kohlhaas, VereinsG § 9 Rn 4 f. [Stand: Mai 2002]; Groh aaO, § 9 Rn 3). Ob das Kennzeichen tatsächlich wahrgenommen wird, ist wegen des Charakters § 20 AI 1 Nr. 5 VereinsG als **abstraktes Gefährdungsdelikt** unerheblich. Der [Angekl.] hat die Kennzeichen am Tattagvor der Hamburger Hauptkirche St. Michaelis („Michel“) auf dem Rücken seiner „Verenskluft“ getragen.“ (OLG Hamburg aaO)*

IV. Dieses Ergebnis begegnet auch **keinen verfassungsrechtlichen Bedenken**.

1. Eine **Verletzung des Art. 14 I GG** ist nicht gegeben.

*„Zwar wird dem [Angekl.] der freie Umgang mit den beiden Kennzeichen in der Öffentlichkeit hierdurch verwehrt. Die **Eigentumsgarantie gilt aber nicht schrankenlos**, sondern wird durch die Gesetze näher bestimmt. Eine solche Schranke ergibt sich ersichtlich aus § 20 I 1 Nr. 5, § 9 I VereinsG. Eine Enteignung oder ein enteignungsgleicher Eingriff liegen demnach nicht vor (a. A. wohl Bock HRRS 2012, 83, 88).“ (OLG Hamburg aaO)*

2. Auch **rechtliche Wertungswidersprüche** in Bezug auf das Markenrecht **ergeben sich nicht**.

*„Es mag sein, dass der „geflügelte Totenkopf“ sowie die „Schriftzüge, die Schriftart und Schriftform ‚rot auf weiß‘, in Deutschland wie im Gebiet der Europäischen Union „markenrechtlich geschützt“ sind. Den notwendigen Gleichlauf zwischen dem hierdurch berührten Privatrecht einerseits und ordnungsrechtlichen staatlichen Maßnahmen andererseits ermöglichen § 8 II Nr. 9 MarkenG sowie - unionsrechtlich - Art. 3 II lit. a) der Verordnung (EG) Nr. 207/2009 des Rates vom 26.02.2009 über die Gemeinschaftsmarke (ABl. Nr. L 78 S. 1 -GemeinschaftsmarkenVO). Ein im Einzelfall bestehendes Spannungsverhältnis löst etwa § 8 II Nr. 9 MarkenG durch ein angeordnetes **absolutes Schutzhinderniss zugunsten des staatlichen Ordnungsanspruchs** auf (vgl. hierzu etwa BPatG, Beschlüsse v. 23. Juli 1997 - 28 W (pat) 245/96 [Totenkopf mit Engels-*

flügeln I], 28 W (pat) 250/96 [Totenkopf mit Engelsflügeln II] und 28 W (pat) 251/96 [Hells Angels]; ferner Fezer, Markenrecht, 4. Aufl., Rn. 657). Hiernach sind Marken von der Eintragung ausgeschlossen oder zu löschen (vgl. § 50 MarkenG; Art. 7f GemeinschaftsmarkenVO), deren Benutzung ersichtlich nach sonstigen Vorschriften im öffentlichen Interesse untersagt werden kann.“ (OLG Hamburg aaO)

3. Darüber hinaus wird durch dieses Normverständnis auch nicht unzulässig in die positive **allgemeine Vereinigungsfreiheit nach Art. 9 I GG** eingegriffen (vgl. zum Schutzbereich BVerfGE 80, 244; ferner nur Maunz/Dürig GG, Stand 2013, Art. 9 Rn 1, 42 m. w. Nachw.).

„In Deutschland können auch zukünftig Vereine gegründet werden, die sich als Teile der „Hells Angels“-Gruppierung verstehen. Soweit dem Ortsverein „Hells Angels Harbor City“ in Hamburg und dessen Mitgliedern allein die öffentliche Verwendung der konkreten Kennzeichen mit der vorgenannten rechtlichen Bewertung verboten ist, liegt freilich ein Eingriff in deren freie Betätigung im Zuge einer Vereinigung und damit in den Schutzbereich des Art. 9 I GG vor (vgl. etwa Scholz aaO, Rn 34, 43). Dieser findet hier allerdings seine Rechtfertigung in der einfach-gesetzlichen Schranke (Art. 9 II GG) des § 9 II 1 VereinsG und trifft im konkreten Fall den [Angekl.] nicht unverhältnismäßig. Es ist namentlich **nicht erkennbar, dass** dieser oder ein Motorradclub und dessen Mitglieder **für eine Vereinsbetätigung konstitutiv auf diese inkriminierten Kennzeichen angewiesen** wären.“ (OLG Hamburg aaO)

4. Schließlich ist durch diese Normauslegung auch **kein Verstoß gegen den Grundsatz der Gewaltenteilung** gegeben.

„Selbstverständlich obliegt es auch weiterhin den Verwaltungsbehörden, **Vereinsverbote** auszusprechen. Ein solches **wird durch das Normverständnis auch nicht bewirkt** (a. A. wohl noch BayObLGSt 2004, 180; Rau/Zieschack aaO, S. 134; Bock HRRS 2012, 83). Dass in der nordrhein-westfälischen Verbotsverfügung ausweislich der Urteilsfeststellungen der Hinweis auf Möglichkeiten enthalten war, der Verwechslungsgefahr mit einem verbotenen Verein durch einen Hinweis auf den „Standort eines Chapters“ hinreichend begegnen zu können, ändert an dieser Wertung nichts. Soweit hiermit ordnungsbehördlich der hier von der Berufungsstrafkammer festgestellte historische Hintergrund der in Rede stehenden Kennzeichen erkennbar übersehen wurde, ändert dies nichts an der dem Strafsenat obliegenden umfassenden Auslegungs- und Entscheidungspflicht.“ (OLG Hamburg aaO)

1. Die Gesetzgebungskompetenz für das Versammlungsrecht ist im Zuge der **Föderalismusreform** durch die Änderung des Art. 74 I Nr. 3 GG vom Bund auf die Länder übergegangen
2. Diese **teilweise Ersetzung** ist verfassungsgemäß, wenn es sich um einen abgrenzbaren Teilbereich handelt.
3. Ein Eingriff ist nicht nur bei einem Verbot oder einer Beschränkung anzunehmen, sondern bereits dann, wenn von staatlichen Maßnahmen eine Wirkung ausgeht, die den Einzelnen **davon abhalten** kann, sein **Grundrecht auszuüben**.
4. Ein schon durch diese Unsicherheit entstehendes **Gefühl des Beobachtetseins** bei Versammlungen unter freiem Himmel kann sich in einer die Eingriffsschwelle übersteigenden Art und Weise auf die innere Freiheit zur Grundrechtsbetätigung auswirken.
5. **Rechtsstaatsprinzip** und **Demokratiegebot** verpflichten den Gesetzgeber, die für die Grundrechtsverwirklichung maßgeblichen Regelungen selbst zu treffen und dabei seine Vorschriften so bestimmt zu fassen, wie dies nach der Eigenart der zu ordnenden Lebenssachverhalte mit Rücksicht auf den Normzweck möglich ist.
6. Offene Übersichtsaufnahmen ohne Aufzeichnung sind bei großen oder unübersichtlichen Versammlungen im Einzelfall nach sorgfältiger Gefahrenprognose zulässig und verstoßen nicht gegen Art. 8 I GG.

Fall: Gegenstand des Normenkontrollantrags ist das Gesetz über Aufnahmen und Aufzeichnungen von Bild und Ton bei Versammlungen unter freiem Himmel und Aufzügen vom 23.04.2013 (VersammIG Bln) Ast. sind 62 Mitglieder des Abgeordnetenhauses von Berlin. Mit dem Erlass des Versammlungsgesetzes von 1953 – VersammIG – hatte der Bund von seiner bis 2006 bestehenden konkurrierenden Gesetzgebungskompetenz für das Versammlungsrecht Gebrauch gemacht. Durch Art. 1 Nr. 7 des Gesetzes zur Änderung des Grundgesetzes vom 08.08.2006 (BGBl. I, 2034) ging die Kompetenz im Rahmen der Föderalismusreform auf die Länder über. Das Versammlungsgesetz des Bundes gilt nach der Übergangsregelung in Art. 125 a I GG seitdem als Bundesrecht fort, bis es durch eigene Regelungen der Länder ersetzt wird.

Als erstes Land machte Bayern mit dem Erlass des Bayerischen Versammlungsgesetzes vom 22.07.2008 – BayVersG – von seiner Kompetenz Gebrauch und schuf dabei in Art. 9 eine gesetzliche Grundlage für Bild- und Tonaufnahmen sowie Aufzeichnungen. Auf eine hiergegen gerichtete Verfassungsbeschwerde ordnete das BVerfG durch Beschluss vom 17.02.2009 (BVerfGE 122, 342 = NVwZ 2009, 441) im Wege der einstweiligen Anordnung an, dass Übersichtsaufnahmen von Versammlungen zur Lenkung und Leitung eines Polizeieinsatzes einstweilen nur zulässig sind, wenn sie wegen der Größe oder Unübersichtlichkeit der Versammlung im Einzelfall erforderlich sind. Nach Änderung des Gesetzes nahm das BVerfG die aufrecht erhaltene Rechtssatzverfassungsbeschwerde nicht zur Entscheidung an, weil jetzt sämtliche Maßnahmen offen und damit für den einzelnen Betroffenen wahrnehmbar zu erfolgen haben, so dass zunächst um fachgerichtlichen Rechtsschutz nachgesucht werden kann (BVerfG [1. Kammer des Ersten Senats], NVwZ 2012, 818).

Im Juli 2010 entschied das VG, dass die Beobachtung von Versammlungen mittels eines Videowagens der Polizei und die Übertragung der Bilder in Echtzeit im so genannten Kamera-Monitor-Prinzip unabhängig von einer Speicherung der Bilder einen Eingriff in die Grundrechte auf Versammlungsfreiheit und auf informationelle Selbstbestimmung darstellten und somit einer Rechtsgrundlage bedürften, die in Berlin nicht existiere (VG Berlin, NVwZ 2010, 1442). In der Folge wurde das von den Ast. angegriffene „Gesetz über Aufnahmen und Aufzeichnungen von Bild und Ton bei Versammlungen unter freiem Himmel und Aufzügen“ vom 23.04.2013 – VersammIG Bln – erlassen. Es hat folgenden Wortlaut:

„§ 1.

- 1) Die Polizei darf Bild- und Tonaufnahmen von Teilnehmerinnen und Teilnehmern bei oder im Zusammenhang mit öffentlichen Versammlungen unter freiem Himmel und Aufzügen nur anfertigen, wenn tatsächliche Anhaltspunkte die Annahme rechtfertigen, dass von ihnen erhebliche Gefahren für die öffentliche Sicherheit oder Ordnung ausgehen. Die Maßnahmen dürfen auch durchgeführt werden, wenn Dritte unvermeidbar betroffen werden.
- 2) Die Unterlagen sind nach Beendigung der öffentlichen Versammlung oder zeitlich und sachlich damit unmittelbar im Zusammenhang stehender Ereignisse unverzüglich zu vernichten, soweit sie nicht benötigt werden

1. für die Verfolgung von Straftaten von Teilnehmerinnen und Teilnehmern oder
2. im Einzelfall zur Gefahrenabwehr, weil die betr. Person verdächtig ist, Straftaten bei oder im Zusammenhang mit der öffentlichen Versammlung vorbereitet oder begangen zu haben, und deshalb zu besorgen ist, dass von ihr erhebliche Gefahren für künftige öffentliche Versammlungen oder Aufzüge ausgehen.

Unterlagen, die aus den in Satz 1 Nr. 2 aufgeführten Gründen nicht vernichtet wurden, sind in jedem Fall spätestens nach Ablauf von drei Jahren seit ihrer Entstehung zu vernichten, es sei denn, sie würden inzwischen zu dem in Satz 1 Nr. 1 aufgeführten Zweck benötigt.

- 3) Im Übrigen darf die Polizei Übersichtsaufnahmen von Versammlungen unter freiem Himmel und Aufzügen sowie ihrem Umfeld nur anfertigen, wenn dies wegen der Größe oder Unübersichtlichkeit der Versammlung oder des Aufzuges im Einzelfall zur Lenkung und Leitung des Polizeieinsatzes erforderlich ist. Die Übersichtsaufnahmen sind offen anzufertigen und dürfen weder aufgezeichnet noch zur Identifikation der Teilnehmerinnen und Teilnehmer genutzt werden. Die Versammlungsleitung ist unverzüglich über die Anfertigung von Übersichtsaufnahmen in Kenntnis zu setzen.“

§ 2. Dieses Gesetz schränkt das Grundrecht der Versammlungsfreiheit (Art. 8 GG) ein.

§ 3. Dieses Gesetz ersetzt § 19 a VersammlG.

Die Ast. hielten das Gesetz wegen förmlicher Unvereinbarkeit mit der Verfassung von Berlin, § 1 III auch wegen materiellen Verfassungswidrigkeit für nichtig. Zu Recht?

I. Zulässigkeit des Normenkontrollantrags

„Der Normenkontrollantrag ist zulässig. Er ist von mehr als 1/4 der Mitglieder des Abgeordnetenhauses gestellt (Art. 84 II Nr. 2 der Berliner Verfassung [im Folgenden: VvB] und §§ 14 Nr. 4 und 43 BlnVerfGHG. Die Ast. bezeichnen einen **zulässigen Antragsgegenstand** (Art. 84 II Nr. 2 VvB, § 43 Nr. 1 BlnVerfGHG). Sie machen geltend, das angegriffene Gesetz über Aufnahmen und Aufzeichnungen von Bild und Ton bei Versammlungen unter freiem Himmel und Aufzügen vom 23.4.2013 sei insgesamt wegen **förmlicher Unvereinbarkeit infolge fehlender Gesetzgebungskompetenz** und § 1 III VersammlG Bln des Gesetzes wegen sachlicher Unvereinbarkeit mit der Verfassung von Berlin nichtig.“ (BerlVerfGH aaO)

Der Zulässigkeit des Antrags steht nicht entgegen, dass der geltend gemachte förmliche Verfassungsverstoß aus der Kompetenzordnung des Grundgesetzes folgen soll.

„Durch diese Rüge wird das Grundgesetz nicht selbst zum Gegenstand des Antrags. Vielmehr machen die Ast. eine Verletzung der Verfassung von Berlin durch einen Kompetenzmangel geltend. Der VerfGH Bln ist im Verfahren der abstrakten Normenkontrolle befugt, die Gesetzgebungskompetenz des Landes Berlin nach der Kompetenzordnung des Grundgesetzes zu überprüfen (vgl. VerfGH Bln, LVerfGE 5, 37 [42 ff.] = NVwZ 1997, 790; VerfGH Bln, Urt. v. 13.5.2013 – VerfGH 32/12, BeckRS 2013, 50675; Urt. v. 13.5.2013 – VerfGH 155/11, BeckRS 2013, 50633).“ (BerlVerfGH aaO)

Zwar ist vorrangig die Landesverfassung der Prüfungsmaßstab und alleiniger Entscheidungsmaßstab das Landesverfassungsgericht.

„Allerdings kann die Landesverfassung eine **eigenständige Anordnung** dahingehend enthalten, dass die Landesstaatsgewalt die **Verbandskompetenzordnung der Bundesverfassung zu beachten** hat (BVerfGE 60, 175 [205] = NJW 1982, 1579; u. Hinw. auf: BVerfGE 103, 332 [350 f.] = NVwZ-RR 2002, 81). [Dies] gilt ... für Art. 84 II Nr. 2 VvB, der die Prüfung der förmlichen Verfassungsgemäßheit einer Norm im Verfahren der abstrakten Normenkontrolle dem VerfGH Bln überantwortet. Hierzu zählt nämlich insbesondere und in erster Linie die **Gesetzgebungsbefugnis** (vgl. zum Bundesrecht: BVerfGE 130, 151 [185] = NJW 2012, 1419 Rn. 127 = NVwZ 2012, 748 Ls.). Das Land Berlin hat auf Grund seiner Eigenstaatlichkeit ein **unabgeleitetes Recht der Gesetzgebung**, im föderalen System der Bundesrepublik aber nur, soweit das Grundgesetz **nicht dem Bund vorrangige Gesetzgebungsbefugnisse** verleiht (Art. 70 I GG). Die Verpflichtung zur Wahrung der grundgesetzlichen Kompetenzordnung als einem Kernelement der bundesstaatlichen Verfasstheit ergibt sich zudem aus der Gliedstaatsklausel in Art. 1 II VvB (entsprechend: VerfGH NRW, Urt. v. 19.5.1992 – 5/91; VerfGH RhPf, Urt. v. 02.11.2000 – VGH N 2/00; VerfGH Sachs, Urt. v. 21.6.2012 – Vf.77-II-11; auch: Bethge in Maunz/Schmidt-Bleibtreu/Klein/Bethge, BVerfGG, Stand: Juli 2007, § 85 Rn. 31; aA zu Art. 64 der Bremischen Landesverfassung: StGH Brem, NVwZ 2013, 1335 Ls. = BeckRS 2013, 53208). Außerdem bindet Art. 1 III VvB die Ausübung der Landesstaatsgewalt ausdrücklich an die Beachtung der Bundesverfassung.“ (BerlVerfGH aaO)

Dem steht auch nicht die Entscheidungskompetenz des BVerfG entgegen.

„Art. 100 III GG setzt voraus, dass die **Auslegung des Grundgesetzes** Gegenstand der Rechtsfindung des Verfassungsgerichts eines Landes sein und insbesondere bei **Verfassungsstreitigkeiten innerhalb eines Landes** eine Rolle spielen kann (BVerfGE 103, 332 [355] = NVwZ-RR 2002, 81); er sichert zugleich die einheitliche Auslegung des Grundgesetzes und das Letztentscheidungsrecht des BVerfG. Art. 100 I GG ist nicht betroffen, soweit lediglich mittelbar auf die Kompetenzbestimmungen des Grundgesetzes zurückgegriffen wird (vgl. VerfGH Bln, Urt. v. 13.05.2013 – VerfGH 32/12, BeckRS 2013, 50675; u. Hinw. auf: VerfG Bbg, LKV 2003, 372).“ (BerlVerfGH aaO)

II. Begründetheit des Normenkontrollantrags

Der Normenkontrollantrag ist begründet, wenn das Gesetz über Aufnahmen und Aufzeichnungen von Bild und Ton bei Versammlungen unter freiem Himmel und Aufzügen vom 23.04.2013 – VersammlG Bln förmlich und sachlich mit der Verfassung von Berlin vereinbar ist.

1. Formelle Verfassungsmäßigkeit

Hinsichtlich der formellen Verfassungsmäßigkeit rügt der Normenkontrollantrag das Fehlen der Gesetzgebungskompetenz.

*„Die **Gesetzgebungskompetenz** für das Versammlungsrecht ist im Zuge der Föderalismusreform durch die Änderung des Art. 74 I Nr. 3 GG vom Bund **auf die Länder übergegangen** (vgl. Art. 1 Nr. 7 des Gesetzes zur Änderung des Grundgesetzes vom 28.08.2006, BGBl. I, 2034). Das Land Berlin hat seither die Kompetenz zur gesetzlichen Regelung des Versammlungsrechts nach Art. 70 I i.V.m. Art 125a GG. Soweit das Versammlungsgesetz des Bundes nach Art. 125 a I 1 GG zunächst als **Bundesrecht** fort gilt, kann es nach Art. 125 a I 2 GG **durch Landesrecht „ersetzt“** werden. Von dieser Ersetzungsbefugnis hat das Land Berlin mit dem Erlass des angegriffenen Gesetzes in Übereinstimmung mit der Verfassung von Berlin (VvB) sowie der von ihr vorausgesetzten und anerkannten bundesstaatlichen Kompetenzordnung Gebrauch gemacht.“* (BerlVerfGH aaO)

Allerdings hat das Land Berlin keine umfassende Regelung des Versammlungsrechts für Berlin getroffen, sondern lediglich den als Bundesrecht fortgeltenden § 19 a VersammlG, welcher die entsprechende Anwendung von § 12 a VersammlG für Versammlungen unter freiem Himmel und Aufzügen anordnet, ersetzt. Ansonsten gilt das Versammlungsgesetz des Bundes fort. Fraglich ist daher, ob die auf das Land Berlin übergegangene Gesetzgebungskompetenz auch die Befugnis zu einer nur fragmentarischen landesrechtlichen Regelung unter Fortgeltung der bundesrechtlichen Regelung im Übrigen umfasst.

*„Diese teilweise Ersetzung ist verfassungsgemäß. Die **Zulässigkeit einer Teilersetzung** wird weder in der Rechtsprechung noch in der Literatur grundsätzlich in Zweifel gezogen (vgl. BVerfGE 111, 10 [30] = NJW 2004, 2363 = NVwZ 2004, 1346 Ls.; BVerwGE 137, 148 = NZA-RR 2010, 554 Rn. 36; OVG Münster, Urf. v. 12.02.2013 – 3 A 2192/10, BeckRS 2013, 48675 m.w.N; OVG Berlin-Brandenburg, Urf. v. 29.06.2012 – OVG 4 B 2/10; Degenhart in Sachs, Grundgesetz, 6. Aufl. 2011, Art. 125 a Rn. 6; Stettner in Dreier, Grundgesetz, 2. Aufl. 2008, Art. 125 a Rn. 9; Uhle in Maunz/Dürig, Grundgesetz, 46. EL [Stand: März 2006], Art. 125 a Rn. 30; Wolff in v. Mangoldt/Klein/Starck, Kommentar zum Grundgesetz, 6. Aufl. 2010, Art. 125 a Rn. 27; a.A. wohl hinsichtlich der Ersetzung einzelner Normen: Kim in v. Münch/Kunig, Grundgesetz, 6. Aufl. 2012, Art. 125 a Rn. 3).“* (BerlVerfGH aaO)

Ist eine Teilersetzung somit grundsätzlich zulässig, so sieht das BVerfG gleichwohl eine Notwendigkeit, eine „Mischlage aus Bundes- und Landesrecht für ein und denselben Regelungsgegenstand im selben Anwendungsbereich“ zu vermeiden, die im bestehenden System der Gesetzgebung ein Fremdkörper wäre. Das BVerfG hat daher eine nur teilweise Ersetzung des Bundesrechts nur dann für zulässig erachtet, wenn „der Landesgesetzgeber die Materie, gegebenenfalls auch einen abgrenzbaren Teilbereich, in eigener Verantwortung regelt“ (BVerfGE 111, 10 = NJW 2004, 2363 = NVwZ 2004, 1346 Ls.). Fraglich ist, ob es sich hier um einen solchen abgrenzbaren Teilbereich des Versammlungsrechts handelt.

*„An einer **eigenverantwortlichen und abgrenzbaren Teilbereichsregelung** bestehen keine Bedenken. Bereits in der Gesetzesüberschrift kommt zum Ausdruck, welchen Anwendungsbereich das Gesetz „über **Aufnahmen und Aufzeichnungen von Bild und Ton bei Versammlungen unter freiem Himmel und Aufzügen**“ hat. Es baut zum einen auf der durch Art. 26 VvB vorgegebenen Abgrenzung zwischen Versammlungen unter freiem Himmel und in geschlossenen Räumen auf. Zum anderen bezeichnen Bild- und Tonaufnahmen eine **eigenständige Handlungskategorie**. Auch könnte das angegriffene Gesetz sogar ohne die übrigen fortgeltenden Bestimmungen des Versammlungsgesetzes des Bundes Anwendung finden. Denn die Ausübung der Versammlungsfreiheit ist in der Verfassung von Berlin unmittelbar durch Art. 26 VvB gewährleistet. Einer gesetzlichen Grundlage bedarf die Grundrechtsausübung nicht, lediglich deren Beschränkung (Art. 26 S. 2 VvB). Die Vorschriften des angegriffenen Gesetzes bilden dafür einen in sich **geschlossenen Regelungszusammenhang**. Ob und in welcher Weise bei Versammlungen und Aufzügen unter freiem Himmel in Berlin auf versammlungsrechtlicher Grundlage Bild- und Tonaufnahmen angefertigt werden dürfen, entscheidet sich alleine nach dem angegriffenen Gesetz.“* (BerlVerfGH aaO)

Dem könnte es allerdings widersprechen, dass § 1 I und II des Gesetzes praktisch wörtlich § 12 a I und II VersammlG entsprechen, auf den § 19 a VersammlG verweist.

„Dem Landesgesetzgeber steht es im Rahmen des Art. 125 a I 2 GG frei, Bundesrecht entweder durch eine **inhaltlich und textlich neue Regelung** oder durch ein mit dem bisherigen Bundesrecht **gleich lautendes Landesrecht** zu ersetzen (vgl. BVerfGE 111, 10 = NJW 2004, 2363 = NVwZ 2004, 1346 Ls.). Unerheblich ist weiterhin, dass der Landesgesetzgeber den Verweis auf die Befugnisse zur Erhebung personenbezogener Informationen nach Maßgabe der Strafprozessordnung und des Gesetzes über Ordnungswidrigkeiten in § 12 a III VersammlG nicht übernommen hat.“ (BerlVerfGH aaO)

2. materielle Verfassungswidrigkeit

Neben der förmlichen Verfassungsmäßigkeit des Gesetzes wurde hinsichtlich der Regelung in § 1 III BlnVersammlG auch die sachliche Unvereinbarkeit mit der Verfassung von Berlin gerügt.

a) Schutzbereich

Die Versammlungsfreiheit ist in weitgehender Übereinstimmung mit Art. 8 GG in Art. 26 VvB gewährleistet, wonach sich Männer und Frauen zu gesetzlich zulässigen Zwecken friedlich und unbewaffnet versammeln dürfen (S. 1); für Versammlungen unter freiem Himmel kann dieses Grundrecht durch Gesetz oder auf Grund eines Gesetzes beschränkt werden (S. 2). Durch die Anfertigung von Übersichtsaufnahmen von Versammlungen ist dieser Schutzbereich ohne weiteres betroffen.

b) Eingriff

Fraglich ist jedoch, ob die nach der angegriffenen Regelung einfachrechtlich zulässigen Übersichtsaufnahmen nach dem so genannten Kamera-Monitor-Prinzip ohne Aufzeichnung einen Eingriff darstellen.

Eingriff ist jedes dem Staat zurechenbare Verhalten, das die Betätigung im grundrechtlich geschützten Bereich unmittelbar oder mittelbar unmöglich macht oder erschwert.

„Ein solcher Eingriff liegt ... nicht nur dann vor, wenn eine **Versammlung verboten oder aufgelöst** wird, sondern bereits dann, wenn die Art und Weise ihrer Durchführung durch staatliche Maßnahmen beschränkt wird. Dasselbe gilt, wenn von staatlichen Maßnahmen eine **Wirkung** ausgeht, die den Einzelnen **davon abhalten** kann, sein **Grundrecht auszuüben** (vgl. zum Bundesrecht: BVerfG, NVwZ-RR 2010, 625). Art. 26 VvB schützt in diesem Sinne auch die so genannte innere Versammlungsfreiheit, d.h. den **individuellen Entschluss**, sein Grundrecht durch Teilnahme an der kollektiven öffentlichen Meinungskundgabe in freier Selbstbestimmung wahrzunehmen (vgl. BVerfGE 122, 342 [369] = NVwZ 2009, 441). Unvereinbar mit dem Grundrecht auf Versammlungsfreiheit wäre es namentlich, wenn Versammlungen ihren **staatsfreien, unreglementierten Charakter** durch exzessive Observationen und Registrierungen verlieren würden (BVerfGE 69, 315 [349] = NJW 1985, 2395 – Brokdorf). Denn wer damit rechnet, dass die Teilnahme an einer Versammlung **behördlich registriert** wird und ihm dadurch **persönliche Risiken** entstehen können, wird möglicherweise auf die Ausübung seines Grundrechts verzichten. Dies würde nicht nur die individuellen Entfaltungschancen des Einzelnen beeinträchtigen, sondern auch das Gemeinwohl, weil die kollektive öffentliche Meinungskundgabe eine elementare Funktionsbedingung eines auf Handlungs- und Mitwirkungsfähigkeit seiner Bürger gegründeten demokratischen und freiheitlichen Gemeinwesens ist (vgl. BVerfGE 122, 342 = NVwZ 2009, 441; u. Hinw. auf: BVerfGE 65, 1 [43] = NJW 1984, 419).

Nach diesen Grundsätzen kann nicht ausgeschlossen werden, dass auch eine Videobeobachtung durch eine bloße Übersichtsperspektive ohne Aufzeichnung, zu der § 1 III VersammlG Bln ermächtigt, **einschüchternde Wirkung auf Versammlungsteilnehmer entfalten** und diese in ihrer Grundrechtsausübung beeinflussen oder sogar von ihr abhalten kann. Der einzelne Versammlungsteilnehmer kann regelmäßig oder häufig aus seiner Perspektive nicht – bzw. allenfalls nach einer entsprechenden Information durch die Polizei oder die Versammlungsleitung – erkennen, ob ihn eine **Kamera identifizierend aufnimmt** und ob die **Aufnahme aufgezeichnet wird**. Ein schon durch diese Unsicherheit entstehendes Gefühl des Beobachtetseins bei Versammlungen unter freiem Himmel kann sich in einer die Eingriffsschwelle übersteigenden Art und Weise auf die innere Freiheit zur Grundrechtsbetätigung auswirken (aa: Waldhoff, JuS 2011, 479 f. = NVwZ 2010, 1442).“ (BerlVerfGH aaO)

Die Videobeobachtung einer Versammlung greift daher auch unabhängig von der Identifizierbarkeit einzelner Versammlungsteilnehmer in das Grundrecht auf Versammlungsfreiheit ein.

c) Rechtfertigung

Dieser Eingriff könnte gerechtfertigt sein.

aa) Beschränkbarkeit

Aufgrund des Gesetzesvorbehaltes in Art. 26 S. 2 VvB (= Art. 8 II GG) können Beschränkungen des Rechts auf Versammlungsfreiheit durch Gesetz vorgesehen werden für Versammlungen unter freiem Himmel. Gerade für diesen Bereich gilt das angegriffene Gesetz, so dass es grundsätzlich vom Gesetzesvorbehalt gedeckt sein kann.

bb) Grenzen der Beschränkbarkeit

Dies gilt jedoch nur, wenn die Grenzen der Beschränkbarkeit eingehalten werden, also insbesondere das Verhältnismäßigkeitsprinzip berücksichtigt ist.

(1) Bestimmtheitsgebot

Eine in ein Grundrecht eingreifende Regelung muss hinreichend bestimmt sein.

*„Rechtsstaatsprinzip und Demokratiegebot verpflichten den Gesetzgeber, die für die Grundrechtsverwirklichung maßgeblichen Regelungen selbst zu treffen und dabei seine Vorschriften so bestimmt zu fassen, wie dies nach der Eigenart der zu ordnenden Lebensverhalte mit Rücksicht auf den Normzweck möglich ist (VerfGH Bln, Beschl. v. 25.3.1999 – VerfGH 35/97; vgl. zum Bundesrecht: BVerfG, NVwZ 2013, 1468 Rn. 126 m.w.N). Die Betr. müssen die **Rechtslage erkennen** und ihr Verhalten daran ausrichten können, und die gesetzesausführende Verwaltung muss für ihr Verhalten steuernde und begrenzende Handlungsmaßstäbe vorfinden. Die notwendige Bestimmtheit fehlt einer Norm allerdings nicht schon deshalb, weil sie der Auslegung bedarf. Es ist in erster Linie **Aufgabe der Rechtsanwendung, Zweifelsfragen** zu klären und Auslegungsprobleme mit den herkömmlichen Mitteln juristischer Methode zu bewältigen (VerfGH Bln, Beschl. v. 25.3.1999 – VerfGH 35/97, LKV 1999, 361; NVwZ-RR 2010, 825; zum Bundesrecht: BVerfG, NVwZ 2013, 1468 Rn. 127 m.w.N).“ (BerlVerfGH)*

Die angegriffene Vorschrift genügt hinsichtlich des Begriffs der Übersichtsaufnahme sowie der Leitung und Lenkung eines Polizeieinsatzes über die hinreichende Bestimmtheit [wird ausgeführt].

(2) Verhältnismäßigkeit

„Der verfassungsrechtliche Grundsatz der Verhältnismäßigkeit verlangt, dass das gewählte Mittel zur Erreichung des angestrebten Ziels geeignet und erforderlich ist und der damit verbundene Grundrechtseingriff nicht außer Verhältnis zu dem angestrebten Zweck steht (VerfGH Bln, Beschl. v. 1.4.2008 – VerfGH 120/07, Rn. 54 m.w.N).“ (BerlVerfGH aaO)

(a) Geeignetheit und Erforderlichkeit

Die Geeignetheit erfordert verfassungsrechtlich nicht, dass das Regelungsziel stets tatsächlich erreicht wird, sondern es genügt, wenn die Regelung die **Zweckerreichung fördert** (vgl. BVerfGE 125, 260 [317 f.] Rn. 207 = NJW 2010, 833 = NVwZ 2010, 770 Ls.; st. Rspr.).

Erforderlich ist eine gesetzliche Regelung, wenn kein anderes geeignetes und **mindestens gleich wirksames**, aber das beschränkte Grundrecht nicht oder **weniger stark einschränkendes Mittel** zur Verfügung steht. Dabei verfügt der Gesetzgeber über einen Beurteilungs- und Prognosespielraum (vgl. zum Bundesrecht: BVerfGE 126, 112 [145] = NVwZ 2010, 1212).

*„[Die Regelung] verfolgt mit der **Förderung einer effizienten Lenkung und Leitung von Polizeieinsätzen** bei großen oder unübersichtlichen Versammlungen einen legitimen Zweck, nämlich die Abwehr von Gefahren für die öffentliche Sicherheit und Ordnung, die erfahrungsgemäß von großen und unübersichtlichen Versammlungen ausgehen können. Ihre Anwendung hat sich dabei stets auch daran zu orientieren, dass es vorrangige Aufgabe der Polizei ist, die Ausübung des Grundrechts, sich **frei und friedlich zu versammeln**, zu gewährleisten und zu schützen. Dafür ist § 1 III VersammIG Bln auch geeignet und erforderlich. **Gleich geeignete mildere Mittel** als die Anfertigung offener Übersichtsaufnahmen ohne Aufzeichnung sind **nicht erkennbar**. Insbesondere ist nicht zu beanstanden, dass der Gesetzgeber die mündliche Übermittlung von Lagebildern durch Beamte vor Ort für weniger geeignet gehalten hat (vgl. BlnAbghs-Dr 17/0642, S. 4).“ (BerlVerfGH aa)*

(b) Angemessenheit

Eine Maßnahme ist nur angemessen, wenn die mit ihr verbundene Schwere der gesetzlichen Grundrechtsbeschränkung bei einer Gesamtabwägung mit dem Ziel, einen angemessenen Ausgleich zwischen Individual- und Allgemeininteresse herzustellen (vgl. zum Bundesrecht: BVerfGE 133, 277 = NJW 2013, 1499 Rn. 109 = NVwZ 2013, 1335 Ls.; st. Rspr.), nicht außer Verhältnis zu dem Gewicht der sie rechtfertigenden Gründe steht.

Auch bei Berücksichtigung der besonderen Bedeutung der Versammlungsfreiheit für eine demokratische Gesellschaft haben die betr. Allgemeininteressen, nämlich der Schutz der öffentlichen Sicherheit und Ordnung vor möglichen, von einer Versammlung ausgehenden Gefahren und damit die Wahrung des öffentlichen Friedens, ein hohes Gewicht. Gleichzeitig ist die Intensität des in der Anfertigung von der Übersichtsaufnahmen liegenden Eingriffs mit Rücksicht auf die zu beachtenden normativen Einschränkungen und die in der mündlichen Verhandlung berichteten Vorkehrungen der Berliner Polizei bei der Anwendung des Eingriffstatbestandes als vergleichsweise gering anzusehen.

*„Übersichtsaufnahmen sind nach den angegriffenen Vorschriften nur rechtmäßig, wenn und soweit sie bei **großen oder unübersichtlichen Versammlungen im Einzelfall erforderlich** sind (vgl. dazu auch: VG Göttingen, Urt. v. 11.12.2013 – 1 A 283/12, BeckRS 2014, 45148). Sie stellen somit **keine stets zulässige Maßnahme** bei derartigen Versammlungen dar. Es müssen vielmehr Einzelfall bezogene Gründe bestehen, die eine Anwendung dieses Instruments erforderlich machen. Insofern ist ... zumindest eine **abstrakte Gefahrenprognose erforderlich**. Daraus müssen sich Anhaltspunkte ergeben, die im Einzelfall eine Anfertigung von Übersichtsaufnahmen erfordern. Die Entscheidung über den Einsatz von Übersichtsaufnahmen und ihre Anfertigung sind im Übrigen **vollständig gerichtlich überprüfbar**.*

*Hinsichtlich der Intensität und des Gewichts des Grundrechtseingriffs durch Übersichtsaufnahmen ist zunächst die nach § 1 III 2 und 3 VersammIG Bln angeordnete **offene** (d.h. zumindest wahrnehmbare: vgl. BVerfG, NVwZ 2012, 818 Rn. 12) **Anfertigung** solcher Aufnahmen einschließlich der **Pflicht zur Unterrichtung der Versammlungsleitung** zu beachten. Die Offenheit der Maßnahme ist ein wichtiger Beitrag zur Wahrung ihrer Verhältnismäßigkeit im engeren Sinn. Heimliche Eingriffe stehen stets unter einem erhöhten Rechtfertigungszwang (vgl. zum Bundesrecht: BVerfGE 120, 274 [325] = NJW 2008, 822). Ein **verdeckter oder verschleierter Einsatz von Übersichtsaufnahmen** ist nach der gesetzlich angeordneten Offenheit **stets unzulässig**, auch wenn aus tatsächlichen Gründen die Erkennbarkeit für jeden einzelnen Teilnehmer nicht zu jedem Zeitpunkt gewährleistet werden kann und muss. [Gerade] bei den ... nach § 1 III 1 VersammIG Bln voraussetzungsgemäß allein in Betracht kommenden großen oder unübersichtlichen Versammlungen kann eine **sichere Erkennbarkeit nicht zuverlässig** garantiert werden, ohne durch eine auffällige Art und Weise der Anfertigung oder durch ständige oder besonders plakative Hinweise die Gefahr von **Einschüchterungseffekten sogar noch zu erhöhen**. Bei der Auswahl der Standorte ist gleichwohl stets auf Wahrnehmbarkeit zu achten. Der Herstellung der gebotenen Offenheit dient im Übrigen auch die Information der Versammlungsleitung über die Anfertigung von Übersichtsaufnahmen (§ 1 III 3 VersammIG Bln). Eine **unzureichende Information** der Versammlungsleitung kann zur **formellen Rechtswidrigkeit** der Maßnahme führen.“ (BerlVerfGH aaO)*

Weiterhin ist das Verbot der Identifikation einzelner Teilnehmer zu beachten. Zwar kann eine Identifizierbarkeit von Versammlungsteilnehmern im Einzelfall technisch möglich sein und tatsächlich – unabsichtlich durch technisches Versehen oder bewusst illegal – nicht gänzlich ausgeschlossen werden.

*„§ 1 III 2 VersammIG Bln **verbietet jedoch ausdrücklich**, die Aufnahmen zur Identifikation von Teilnehmerinnen und Teilnehmern einer Versammlung zu nutzen. Das steht zugleich **jeder weiteren Verwendung** aller aus Übersichtsaufnahmen etwa gewonnenen personenbezogenen Erkenntnisse zu Eingriffen im Rahmen der Lenkung und Leitung des Polizeieinsatzes **entgegen**. Gleichwohl mögliche Einschüchterungseffekte gegenüber (auch potenziellen) Versammlungsteilnehmern sind angesichts der grund-*

legenden Bedeutung der Versammlungsfreiheit zwar nicht bedeutungslos. Schon angesichts der gesetzlich angeordneten **offenen Anfertigung** und der **flüchtigen Natur von Übersichtsaufnahmen** nach dem Kamera-Monitor-Prinzip sowie des Verbots der Identifikation ist das Ausmaß der Grundrechtsberührung aber **nicht als schwerwiegend anzusehen** (vgl. zum Bayerischen Versammlungsgesetz: BVerfG, NVwZ 2009, 441). Durch die mit der Veröffentlichung von Gesetzen verbundene **Publizitätswirkung** (vgl. BVerfG, NVwZ 2002, 1365) ist überdies davon auszugehen, dass (auch potenziellen) Versammlungsteilnehmern die restriktiven Voraussetzungen einer Anfertigung von Übersichtsaufnahmen im Land Berlin bekannt sind oder jedenfalls bekannt sein können.“ (BerlVerfGH aaO)

Von Belang ist dabei auch, dass der Berliner Gesetzgeber – abweichend von bisher verfassungsrechtlich nicht verworfenen anderen landesgesetzlichen Regelungen – auf die **Aufzeichnung von Übersichtsaufnahmen gänzlich verzichtet** hat.

„Dem danach bei einer Gesamtbetrachtung **vergleichsweise wenig intensiven Eingriff** mit eher nur potenziellen Auswirkungen auf die innere Versammlungsfreiheit steht das im öffentlichen Interesse verfolgte Ziel einer effizienten Einsatzleitung gegenüber, das nicht zuletzt auch im **Interesse der Versammlungsteilnehmer** liegt. Aus verfassungsrechtlicher Sicht besteht die Aufgabe der Polizei dabei wegen des im Ausgangspunkt staatsfreien, unreglementierten Charakters von Versammlungen (vgl. BVerfG, NJW 1985, 2395 = NVwZ 1985, 898 Ls. – Brokdorf) **ausschließlich darin, die freie und friedliche Durchführung von Versammlungen zu gewährleisten**, indem sie feststellbare abstrakte und konkrete Gefahren für die öffentliche Sicherheit oder Ordnung (einschließlich und namentlich für die Unversehrtheit der Versammlungsteilnehmer und Dritter) abwendet.“ (BerlVerfGH aaO)

3. Ergebnis

Der Eingriff in die Versammlungsfreiheit ist verhältnismäßig und daher gerechtfertigt.

„Aus den zugleich berührten Grundrechten auf freie Meinungsäußerung nach Art. 14 I VvB (Art. 5 I 1 GG) und auf freie Bestimmung über die Preisgabe persönlicher Daten nach Art. 33 VvB (Art. 2 I GG i.V.m. Art. 1 I GG) ergeben sich für den vorliegenden Zusammenhang keine weiterreichenden Einschränkungen.“ (BerlVerfGH aaO)

Das Gesetz über Aufnahmen und Aufzeichnungen von Bild und Ton bei Versammlungen unter freiem Himmel und Aufzügen vom 23.04.2013 (VersammIG Bln) ist folglich verfassungsgemäß.

Kurzauslese I

Sie können sich darauf beschränken, die nachfolgenden Seiten zu überfliegen. Was Ihnen davon bemerkenswert und „merkwürdig“ erscheint, können Sie durch Randstriche oder auf andere Weise hervorheben, um eine Markierung für Repetitionen zu haben.

BGB
§ 199

Kenntnisabhängige Verjährung Beginn bei Anspruchsübergang

BGB

(BGH in FamRZ 2014, 1101 = NJW 2014, 2492; Urteil vom 30.04.2014 – IV ZR 30/13)

Ist der **Verjährungsbeginn kenntnisabhängig**, kommt es für Beginn und Lauf der Verjährung im Falle des Gläubigerwechsels – gleich aus welchem Rechtsgrund – zunächst auf den **Kenntnisstand des ursprünglichen Gläubigers** an.

„Hatte dieser die für den Verjährungsbeginn erforderliche Kenntnis, geht der Anspruch so, d. h. mit in Gang gesetzter Verjährung auf den Rechtsnachfolger über, selbst wenn dieser die Kenntnis nicht mit oder erst nach dem Übergang des Anspruchs auf ihn erhält.

Nur wenn der Kenntnisstand des Rechtsvorgängers nicht geeignet war, die Verjährung in Lauf zu setzen, ist auf den Rechtsnachfolger abzustellen (Erman/Schmidt-Räntsch, BGB, 13. Aufl., § 199 Rn 17; MüKo-BGB/Grothe, 6. Aufl., § 199 Rn 36; Lakkis in jurisPK-BGB, § 199 Rn 45; Palandt/Ellenberger, BGB, 73. Aufl., § 199 Rn 26; Staudinger/Peters/Jacoby, BGB, Neubearb. 2009, § 199 Rn 56; so auch LG München I MedR 2011, 514). Diese Beurteilung wurde auch zu der vergleichbaren Regelung des § 852 BGB a. F. vertreten (BGH NJW-RR 1990, 343 = VersR 1990, 497; BGH NJW 1982, 1761 = VersR 1982, 546; BGHZ 48, 181 = NJW 1967, 2199; BGH VersR 1961, 910; Krefit, RGRK, 12. Aufl., § 852 BGB Rn 38). Sowohl im Falle der Individualsukzession gem. den §§ 412, 404 BGB als auch im Falle der Universalsukzession nach § 1922 I BGB erwirbt der Rechtsnachfolger die der Verjährung unterliegende Forderung in dem Zustand, in dem sie sich im Zeitpunkt des Rechtsübergangs befindet, d. h. bereits verjährt, mit laufender Verjährung oder mit noch nicht begonnener Verjährung (vgl. BGHZ 48, 181 = NJW 1967, 2199).“ (BGH aaO)

BGB
§§ 675 u – 675 w

Anscheinsbeweis Unberechtigte Kartenverfügungen

BGB

(OLG Dresden in NJW-RR 2014, 824; Urteil vom 06.02.2014 – 8 U 1218/13)

Auf mit der **Originalkarte bewirkte Barabhebungen an Geldautomaten**, die seit dem 31.10.2009 stattgefunden haben und daher dem Geltungsbereich der §§ 675 u bis 675 w BGB unterliegen, sind die **Regeln des Anscheinsbeweises sind grds. weiter anwendbar**.

- I. Nach der **Rspr. des BGH** spricht grds. der Anscheinsbeweis dafür, dass der Karteninhaber die PIN auf der EC-Karte notiert oder gemeinsam mit dieser verwahrt hat, wenn zeitnah nach dem Diebstahl einer EC-Karte unter Verwendung dieser Karte und Eingabe der richtigen persönlichen Geheimzahl (PIN) an Geldausgabeautomaten Bargeld abgehoben wird und andere Ursachen für den Missbrauch nach der Lebenserfahrung außer Betracht bleiben (BGHZ 160, 308; BGH, Beschluss v. 06.07.2010 - XI ZR 224/09; BGH, Urteil v. 29.11.2011 - XI ZR 370/10).

Dies hat der **BGH auch noch nach Einführung der Zahlungsdiensterichtlinie für vor dem 31.10.2009 durchgeführte Zahlungsvorgänge bestätigt** und dahin konkretisiert, dass der Beweis des ersten Anscheins nur angenommen werden kann, wenn bei der missbräuchlichen Abhebung die Originalkarte eingesetzt worden ist, weil bei Abhebungen an Geldautomaten mit Hilfe einer Kartendublette die hierfür vorausgesetzte Typizität fehle. Denn für den Missbrauch einer Kartenkopie sei es bedeutungslos, ob die -nicht eingesetzte - Originalkarte und die PIN gemeinsam aufbewahrt worden sind (BGH, Urteil v. 29.11.2011 - XI ZR 370/10).

- II. **Ob die Regeln des Anscheinsbeweises** auch nach neuer Rechtslage **fortgelten, ist allerdings in Rspr. und Schrifttum umstritten** (vgl. die Nachweise bei Kollrus MDR 2012, 377; Erman, BGB, § 675w Rn 12). Dies liegt vor allem darin begründet, dass die verfahrensrechtlichen Auswirkungen des Anscheinsbeweises im Kontext der Beweissystematik des § 675w BGB zu betrachten sind.

Kritiker einer Fortgeltung der Regeln des Anscheinsbeweises argumentieren, dass der Wortlaut des § 675w Satz 3 BGB, wonach Nutzungs- und Authentifizierungsaufzeichnungen als Nachweis für eine Verletzung von § 675i BGB oder für einen vorsätzlich oder grob fahrlässigen Verstoß gegen eine oder mehrere Nutzungsbedingungen „allein nicht notwendigerweise“ ausreichen, richtlinienkonform zu interpretieren sei mit der Folge, dass jegliche Abweichung von der in § 675w BGB (Art. 59 II ZdRL) aufgestellten Beweisregel, unzulässig sei (Franck/Masarie WM 2009, 1117; AG Berlin-Mitte, Urteil v. 25.11.2009 - 21 C 442/08, Rn 33).

Nach der - weit überwiegenden - **Gegenauffassung**, der sich auch OLG Dresden aaO anschließt, ist der Wortlaut „allein nicht notwendigerweise“ aber nur so zu verstehen, dass lediglich zwingende Beweisregeln, nicht aber widerlegbare Beweiserleichterungen unzulässig sind.

*„Der Anscheinsbeweis führt nicht zu einer zwingenden Beweislastumkehr, weil der Nachweis eines atypischen Verhaltens möglich bleibt (vgl. OLG Düsseldorf, Urteil v. 06.07.2012 - I-17 U 79/11; LG Berlin, Urteil v. 22.06.2010 -10 S 10/09; AG Frankfurt, Urteil v. 10.11.2010 - 29 C 1461/10 - 85; Erman, BGB, § 675w Rn 12; MüKo-BGB/Casper, 6. Aufl. 2012, § 675w Rn 13; Casper/Pfeifle WM 2009, 2343; Nobbe WM 2011, 961; Lohmann/Koch WM 2008, 57; Grundmann WM 2009, 1157; Kollrus MDR 2012, 377). Hierfür spricht auch, dass der Gesetzgeber in der **Gesetzesbegründung** ausdrücklich ausgeführt hat, dass **mit der Einführung des § 675w BGB keine grundlegenden Änderungen in der bisherigen Rspr. verbunden seien** (BT-Drucks. 16/11643, 114 f.).“ (OLG Dresden aaO)*

(BGH in NJW 2014, 2199; Urteil vom 14.03.2014 – V ZR 115/13)

Der **Verlust des Besitzes**, den der Besitzer einer Sache **infolge einer (drohenden) Zwangsvollstreckung** eines auf die Herausgabe der Sache gerichteten vorläufig vollstreckbaren Titels erleidet, **lässt den Herausgabeanspruch nach § 985 BGB nicht entfallen** und führt daher nicht zur Erledigung der Hauptsache.

- I. Wird aus einem vorläufig vollstreckbaren Urteil, einem Arrestbefehl oder einer einstweiligen Verfügung vollstreckt, tritt nach der **BGH-Rspr. keine Erfüllung i. S. des § 362 I BGB** (BGHZ 86, 267 = NJW 1983, 1111) und damit auch keine Erledigung ein. Dasselbe gilt für Leistungen, die zur Abwendung der Zwangsvollstreckung aus einem vorläufig vollstreckbaren Titel erbracht werden (BGHZ 94, 268 = NJW 1985, 2405; BGH NJW-RR 2006, 16).

Die Leistung erfolgt in beiden Fällen unter dem Vorbehalt des Rechtskrafteintritts (BGHZ 86, 267 = NJW 1983, 1111), sofern der Schuldner nicht ausdrücklich etwas anderes bestimmt (MüKo-BGB/Fetzer, 6. Aufl., § 362 Rn 28; MüKo-ZPO/Götz, 4. Aufl., § 708 Rn 5; Musielak, ZPO, 10. Aufl., § 708 Rn 4; Saenger/Ullrich/Siebert, ZPO, 5. Aufl., § 708 Rn 2; Krüger NJW 1990, 1208). Daher stellt auch die Räumung im Wege der Zwangsvollstreckung keine Erfüllung des Rückgewähranspruchs nach § 546 I ZPO (BGH NJW 2004, 1736) und damit kein die Hauptsache erledigendes Ereignis dar (BGH NJW 2011, 1135).

- II. Für den Herausgabeanspruch nach § 985 BGB gilt nach Auffassung des **BGH aaO nichts anderes**.

- Allerdings wird vertreten, dass jeder Besitzverlust zum Wegfall der Vindikationslage führe und deshalb auch der auf einer (drohenden) Zwangsvollstreckung eines vorläufig vollstreckbaren, auf die Herausgabe einer Sache gerichteten Titels beruhende Besitzverlust die Erledigung der Hauptsache zur Folge habe (BeckOK BGB/Fritzsche, 29. Ed. 29, § 985 Rn 10; Staudinger/Gursky, BGB, Neubearb. 2013, § 985 Rn 48, 55).
- Diese Auffassung wird von **BGH aaO** jedoch abgelehnt.

„Ein sachgerechter Grund, die Rechtsfolgen einer Zwangsvollstreckung aus einem vorläufig vollstreckbaren Titel bei einem Herausgabeanspruch nach § 985 BGB abweichend von anderen Ansprüchen zu behandeln, ist nicht erkennbar. Der Streitgegenstand des Verfahrens wird mit der zwangsweisen Herausgabe der Sache nicht beseitigt. Sie erfolgt, wie andere Erfüllungshandlungen, unter dem Vorbehalt des Rechtskrafteintritts und soll nur für diesen Fall materiell-rechtliche Wirkungen entfalten. Das rechtfertigt es, bis zum Eintritt der Rechtskraft für den Herausgabeanspruch von einer fortbestehenden Vindikationslage zwischen den Parteien auszugehen (so i. E. auch RG HRR 1929 Nr. 104; OLG DüsseldorfZMR 2010, 677; OLG-Report 2009, 341; Palandt/Bassenge, BGB, 73. Aufl., § 985 Rn 5; MüKo-BGB/Baldus, 6. Aufl., § 985 Rn 153).

Nur so lassen sich zudem Wertungswidersprüche insbesondere zu dem Herausgabeanspruch nach § 546 I BGB vermeiden. Bei diesem hat die zwangsweise Räumung einer Wohnung keine Erledigung der Hauptsache zur Folge (BGH NJW 2011, 1135). Konkurriert der Anspruch aus § 546 BGB, wie häufig, mit einem Anspruch aus § 985 BGB (vgl. dazu BGHZ 79, 232 = NJW 1981, 865), wäre es unverständlich, wenn die Vollstreckung aus einem stattgebenden Urteil den einen Anspruch unberührt, den anderen dagegen entfallen ließe.“ (BGH aaO)

(BGH in NStZ 2014, 468; Urteil vom 18.09.2013 – 2 StR 535/12)

Vollendetes Inverkehrbringen von Arzneimitteln durch Abgabe an andere i. S. des § 95 AMG setzt bei einer Versendung voraus, dass die **Sendung tatsächlich in den Zugriffsbereich des Empfängers gelangt**.

- Gem. **§ 95 I Nr. 3 a AMG i. V. mit § 8 I Nr. 1 a AMG** wird bestraft, wer hinsichtlich ihrer Identität oder Herkunft falsch gekennzeichnete Arzneimittel oder Wirkstoffe herstellt oder in den Verkehr bringt.
- Nach der **Legaldefinition des § 4 XVII AMG** ist Inverkehrbringen das Vorrätighalten zum Verkauf oder zu sonstiger Abgabe, das Feilhalten oder Feilbieten und die Abgabe an andere.

Soweit das Gesetz das Vorrätighalten zum Verkauf, das Feilhalten oder Feilbieten der Tathandlung des Inverkehrbringens zuordnet, setzt dies in allen Fällen beim Täter eine **Lager- oder Vorratshaltung von Arzneimitteln** voraus (zum Vorrätighalten BGH StV 1998, 663; zum BGHSt 23, 286; a.A. für den Internethandel MüKo/StGB-Freund, 2. Aufl., § 4 AMG Rn 30; zum Feilbieten Körner/Patzak/Volkmer, BtMG und AMG, 7. Aufl., § 95 AMG Rn 51). Das **bloße Anbieten ohne Vorratshaltung ist kein Inverkehrbringen** (vgl. Horn NJW 1977, 2329; RehmannAMG, 3. Aufl., § 4 Rn 18; Sander, Arzneimittelrecht, § 4 Anm. 21 [Stand August 2011]; Kloesel/Cyran, Arzneimittelrecht, § 4 Anm. 56 [119. Lieferung 2011]).

- Abgabe i. S. des § 4 XVII AMG** ist die **körperliche Übergabe an einen anderen** durch den Inhaber der Verfügungsgewalt in einer Weise, dass der Empfänger tatsächlich in die Lage versetzt wird, sich des Arzneimittels zu bemächtigen und mit ihm nach seinem Belieben umzugehen, insbesondere es zu konsumieren oder weiterzugeben (vgl. Horn NJW 1977, 2329; für das Inverkehrbringen von Falschgeld BGHSt 35, 21; BGH NStZ 2013, 465 m. w. Nachw.).

Zur **Vollendung der Tat** ist es im Falle einer **Versendung** daher stets erforderlich, dass das **Arzneimittel in den Zugriffsbereich des Adressaten gelangt**, denn erst dadurch kommt es zu einer Gesundheitsgefährdung, der das Arzneimittelgesetz mit seinen Straftatbeständen begegnen will (vgl. BT-Dr 13/9996 S. 13).

„Nur ein **Versuch liegt deshalb vor, wenn der Täter ein Arzneimittel verschickt, es aber bei dem Adressaten nicht ankommt**, weil Zollbeamte die Sendungen am Zielflughafen der Luftfracht in Empfang genommen und in staatlichen Gewahrsam überführt haben.

Ebenso ist die Sendung nicht in den Verkehr gelangt, nachdem Beamte des Landeskriminalamts diese an einer Tarnadresse in Empfang genommen und damit ebenfalls direkt in staatlichen Gewahrsam übergeleitet haben (vgl. für Inverkehrbringen von Falschgeld durch Abgabe an einen Verdeckten Ermittler BGHSt 34, 108).“ (BGH aaO)

StGB
§ 24 II 1

Rücktritt vom versuchten Totschlag Einvernehmlicher Rücktritt aller Tatbeteiligten

StGB

(BGH in StV 2014, 472; Beschluss vom 27.02.2014 – 1 StR 367/13)

Der **Rücktritt nach § 24 II S. 1 StGB** erfasst auch solche Konstellationen, in denen die **Tatbeteiligten den Rücktritt einvernehmlich durchführen**. Ausreichend ist es, wenn die Tatbeteiligten einvernehmlich nicht weiterhandelten, obwohl sie dies hätten tun können.

- I. Nach **§ 24 II 1 StGB** wird wegen eines von mehreren Beteiligten begangenen Versuchs nicht bestraft, wer die Vollendung der Tat verhindert. Dafür bedarf es grds. - ebenso wie bei dem Rücktritt des Alleintäters vom beendeten Versuch (§ 24 I 1 Alt. 2 StGB) - einer Mitursächlichkeit des Zurücktretens für das Ausbleiben der Tatvollendung (BGH NSTZ-RR 2012, 167).

Nach der **im Ergebnis einhelligen Rspr. des BGH** erfasst der Rücktritt gem. § 24 II 1 StGB aber auch solche Konstellationen, in denen die Tatbeteiligten den Rücktritt einvernehmlich durchführen (BGHSt 42, 158; BGH NSTZ 1989, 317; BGH NSTZ-RR 2012, 167; im Ergebnis ebenso BGH StraFo 2003, 207; BGH NSTZ 2011, 337). Dafür genügt es, dass die Tatbeteiligten einvernehmlich nicht weiterhandelten, obwohl sie dies hätten tun können (BGH StraFo 2003, 207; BGH NSTZ 2011, 337; BGH NSTZRR 2012, 167).

- II. Nach diesen Grundsätzen ist ein **Rücktritt von einem Totschlagsversuchen gem. § 24 II 1 StGB gegeben, wenn die Angreifer von weiteren Verletzungshandlungen absehen, weil sie die von ihnen verfolgten Ziele aufgrund der den Opfern zugefügten Verletzungen und Demütigungen bereits als erreicht ansahen**.

„Auch wenn ein ausdrückliches Einvernehmen aller an den Totschlagsdelikten beteiligten Angekl., trotz Möglichkeit auf weiteres gewalttätiges Vorgehen gegen die erkennbar nicht gravierend verletzten Nebenkläger zu verzichten, nicht festgestellt ist, liegen die Voraussetzungen eines einvernehmlichen Rücktritts von beiden Versuchstaten vor: Im **Gesamtzusammenhang** des festgestellten dynamischen, durch das Vorgehen in mehreren Gruppen gekennzeichneten Geschehens **genügt eine durch sämtliche Angreifer stillschweigend getroffene Übereinkunft, von weiteren Gewalthandlungen abzusehen, den Anforderungen einvernehmlichen Nichtweiterhandelns beim strafbefreienden Rücktritt von dem durch mehrere Tatbeteiligte begangenen Versuch**.

Dass die Angekl. ihre außertatbestandlichen Handlungsziele, Rache und Machtdemonstration, bereits aufgrund des vorherigen Vorgehens erreicht hatten, steht dem Rücktritt nicht entgegen (vgl. Fischer, StGB, 61. Aufl., § 24 Rn 9 m. w. Nachw.). Da das Landgericht Furcht vor der Ergreifung durch die Polizei als Motiv für das Absehen von weiteren Gewalthandlungen ausgeschlossen und dieses vielmehr in dem Erreichen der im vorstehenden Absatz genannten Ziele gesehen hat, erfolgte der Rücktritt auch freiwillig.“ (BGH aaO)

BayPAG
§ 48 I 1

Akteneinsichtsrecht

öffR

Kein Anspruch auf Einsichtnahme in polizeiliche Dienst- u. Einsatzpläne

(VGH München in NVwZ-RR 2014, 558; Beschluss vom 11.03.2014 – 10 C 14.58)

In einem ggf. einzuleitenden Ordnungswidrigkeitenverfahren besteht **kein Anspruch des Anzeigenerstatters auf Einsichtnahme in Dienst- und Einsatzpläne der Polizei**.

„Art. 48 I 1 BayPAG regelt einen etwaigen **Auskunftsanspruch des Kl. über die zu seiner Person gespeicherten Daten**. Art. 29 I 1 BayVwVfG betrifft das Akteneinsichtsrecht der an einem Verwaltungsverfahren Bet. i. S. des Art. 13 BayVwVfG. Ein solches Verwaltungsverfahren liegt jedoch in Bezug auf die vom Kl. gemeldete Ruhestörung nicht vor. In einem ggf. einzuleitenden Ordnungswidrigkeitenverfahren hätte der Kl. als Anzeigenerstatter gerade kein Akteneinsichtsrecht (vgl. § 49 I OWiG).“ (VGH München aaO)

GG
Art. 21 I, 28 I, 38 I

Äußerungen des Bundespräsidenten Verfassungsgerichtliche Kontrolle

GG

(BVerfG in DÖV 2014, 673; Urteil vom 10.06.2014 – 2 BvE 4/13)

Einzelne Äußerungen des Bundespräsidenten können gerichtlich nur dann beanstandet werden, wenn er mit ihnen unter evidenter Vernachlässigung seiner Integrationsaufgabe und damit willkürlich Partei ergreift.

- I. In Erfüllung seiner **Repräsentations- und Integrationsaufgabe** obliegt es dem Bundespräsidenten, im **Interesse der Wahrung und Förderung des Gemeinwesens** das Wort zu ergreifen und die Öffentlichkeit durch seine Beiträge auf von ihm identifizierte Missstände und Fehlentwicklungen - insbesondere solche, die den Zusammenhalt der Bürger und das friedliche Zusammenleben aller Einwohner gefährden - aufmerksam zu machen sowie um Engagement bei deren Beseitigung zu werben.

Er kann in diesem Sinn integrierend nur wirken, wenn es ihm freisteht, nicht nur die Risiken und Gefahren für das Gemeinwohl, sondern auch mögliche Ursachen und Verursacher zu benennen. Gehen Risiken und Gefahren nach Einschätzung des Bun-

despräsidenten von einer bestimmten politischen Partei aus, ist er nicht gehindert, die von ihm erkannten Zusammenhänge zum Gegenstand seiner öffentlichen Äußerungen zu machen. Dem steht die verfassungsrechtliche Erwartung nicht entgegen, dass der Bundespräsident - insbesondere zu Wahlkampfzeiten - eine gewisse Distanz zu Zielen und Aktivitäten von politischen Parteien und gesellschaftlichen Gruppen wahr, weil mit ihr nicht die Vorstellung eines politisch indifferenten Amtswalters verbunden ist.

Äußerungen des Bundespräsidenten sind dabei **verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden**, solange sie **erkennbar einem Gemeinwohlziel verpflichtet** und **nicht auf die Ausgrenzung oder Begünstigung einer Partei um ihrer selbst willen** angelegt sind.

- II. Entsprechend diesen Grundsätzen kann der **Bundespräsident** auch **weitgehend frei darüber entscheiden, bei welcher Gelegenheit und in welcher Form er sich äußert** und in welcher Weise er auf die jeweilige Kommunikationssituation eingeht. Er ist insbesondere nicht gehindert, sein Anliegen auch in zugespitzter Wortwahl vorzubringen, wenn er dies für angezeigt hält.

Mit der Repräsentations- und Integrationsaufgabe des Bundespräsidenten nicht mehr im Einklang stehen aber **Äußerungen, die keinen Beitrag zur sachlichen Auseinandersetzung** liefern, sondern ausgrenzend wirken, wie dies grds. bei beleidigenden, insbesondere solchen Äußerungen der Fall sein wird, die in anderen Zusammenhängen als "Schmähekritik" (vgl. BVerfGE 93, 266 m. w. Nachw.) qualifiziert werden.

- III. Die **verfassungsgerichtliche Kontrolle** von Äußerungen des Bundespräsidenten, die die Chancengleichheit der Parteien berühren, hat zu berücksichtigen, dass es **ausschließlich Sache des Bundespräsidenten** selbst ist, darüber zu befinden, **wie er seine Amtsführung gestaltet und seine Integrationsfunktion wahrnimmt**.

*„Inwieweit er sich dabei am Leitbild eines **„neutralen Bundespräsidenten“** orientiert, unterliegt weder generell noch im Einzelfall gerichtlicher Überprüfung. Andererseits widerspräche es rechtsstaatlichen Grundsätzen, wären politische Parteien, deren Recht auf Chancengleichheit ein wesentlicher Bestandteil der demokratischen Grundordnung ist, im Verhältnis zum Bundespräsidenten rechtsschutzlos gestellt.*

Vor diesem Hintergrund erscheint es geboten, aber auch ausreichend, negative Äußerungen des Bundespräsidenten über eine Partei gerichtlich daraufhin zu überprüfen, ob er mit ihnen unter evidenter Vernachlässigung seiner Integrationsfunktion und damit willkürlich Partei ergriffen hat.“ (BVerfG aaO)

GG

Abgeordnetenimmunität

öffR

Art. 38 I 2

Zulässigkeit der Beobachtung von Abgeordneten durch den Verfassungsschutz

(BVerfG in BayVBl 2014, 434; Urteil vom 17.09.2013 – 2 BvR 2436/10 u. 2 BvE 6/08)

In der **Beobachtung eines Abgeordneten durch Behörden des Verfassungsschutzes** liegt ein **Eingriff** in die sich aus Art. 38 I 2 GG ergebende **Freiheit des Abgeordneten von exekutiver Beobachtung, Beaufsichtigung und Kontrolle** („freies Mandat“). Dieser Eingriff kann im Einzelfall zum Schutz der freiheitlichen demokratischen Grundordnung gerechtfertigt sein, unterliegt aber **strengen Verhältnismäßigkeitsanforderungen** und bedarf einer Rechtsgrundlage, die den Grundsätzen des Gesetzesvorbehalts genügt.

- I. **Art. 38 I 2 GG** etabliert einen spezifischen **Kontrollzusammenhang zwischen Bundestag und Bundesregierung** als zentrales Bindeglied zwischen Gewaltenteilung und Demokratieprinzip (vgl. Möllers JZ 2011, 48; Gusy ZRP 2008, 36). Dieser Kontrollzusammenhang geht von den gewählten Abgeordneten aus; er verläuft mit dem demokratischen Legitimationsstrang vom Deutschen Bundestag hin zur Bundesregierung, nicht hingegen umgekehrt von der Regierung zum Parlament. Während die Kontrolle von Regierung und Verwaltung zum Kernbereich der parlamentarischen Aufgaben gehört, das parlamentarische Regierungssystem mithin grundlegend durch die Kontrollfunktion des Parlaments geprägt ist (vgl. BVerfGE 67, 100 [130] = NJW 1984, 2271), wird das Parlament seinerseits durch andere Verfassungsorgane nicht in vergleichbarer Weise kontrolliert (vgl. aber zur allgemeinen wechselseitigen Gewaltenkontrolle BVerfGE 95, 1 = NJW 1997, 383 = NVwZ 1997, 261 m. w. Nachw.). Eine demokratische „Kontrolle“ des Parlaments erfolgt vor allem durch die Wähler, die im Akt der Wahl gem. Art. 38 I 1 GG die Konsequenz aus ihrer Beurteilung der Tätigkeit von regierender Mehrheit und Opposition ziehen.
- II. Gleichwohl sind die **einzelnen Abgeordneten nicht von vornherein jeder exekutiven Kontrolle entzogen**; diese ist jedoch in erster Linie eine eigene Angelegenheit des Deutschen Bundestages, der dabei im Rahmen der Parlamentsautonomie handelt.

Das Grundgesetz statuiert deshalb in den von ihm geregelten Fällen von Maßnahmen gegen Abgeordnete ausdrücklich ein **Genehmigungserfordernis** für den Zugriff der Exekutive auf einen Abgeordneten (vgl. Art. 46 II–IV GG) und errichtet damit **prozedurale Hindernisse**, die nicht nur dem Schutz des einzelnen Abgeordneten, sondern, vermittelt durch diesen Schutz, in erster Linie der **Wahrung der Parlamentsautonomie** dienen (vgl. BVerfGE 102, 224 = NJW 2000, 3771; BVerfGE 104, 310 = NJW 2002, 1111 = NVwZ 2002, 1102). Das Parlament entscheidet dabei grds. in eigener Verantwortung, ob es die Genehmigung erteilt oder versagt. Kern dieser politischen Entscheidung ist eine Interessenabwägung zwischen den Belangen des Parlaments und den anderen Hoheitsträgern aufgegebenen Gemeinwohlbelangen, wobei dem Bundestag ein weiter Entscheidungsspielraum zukommt (vgl. BVerfGE 80, 188 = NJW 1990, 373 = NVwZ 1990, 253; BVerfGE 84, 304 = NJW 1991, 2474 = NVwZ 1991, 977; BVerfGE 104, 310 = NJW 2002, 1111 = NVwZ 2002, 1102). Auch die Überprüfung eines Abgeordneten auf eine Tätigkeit für den Staatssicherheitsdienst der ehemaligen Deutschen Demokratischen Republik erfolgt vor dem Hintergrund der davon berührten Parlamentsautonomie ausschließlich durch das Parlament selbst, und zwar im Rahmen einer Kollegialen-quete auf Grund einer speziellen Rechtsgrundlage im Abgeordnetengesetz (§ 44 c II AbgG; zum inhaltsgleichen § 44 b II AbgG a. F., vgl. BVerfGE 94, 351 = NJW 1996, 2720 = NVwZ 1996, 1197; BVerfGE 99, 19 = NJW 1998, 3042).

- III. Die **Freiheit des Mandats** ist aber **nicht schrankenlos gewährleistet**, sondern kann durch andere Rechtsgüter von Verfassungsrang begrenzt werden.

Anerkannte Rechtsgüter in diesem Sinne sind insbes. die Repräsentationsfunktion und die Funktionsfähigkeit des Parlaments (vgl. BVerfGE 80, 188 = NJW 1990, 373 = NVwZ 1990, 253; BVerfGE 84, 304 = NJW 1991, 2474 = NVwZ 1991, 977; BVerfGE 96, 264 = NJW 1998, 3037; BVerfGE 99, 19 = NJW 1998, 3042; BVerfGE 112, 118 = NJW 2005, 203 = NVwZ 2005, 437; BVerfGE 118, 277 = NVwZ 2007, 916 = NJW 2008, 49; BVerfGE 130, 318 = NVwZ 2012, 495 = NJW 2012, 1419).

1. Der **Schutz der freiheitlichen demokratischen Grundordnung** kann ein **Grund für die zulässige Beschränkung verfassungsrechtlich geschützter Güter** sein.

*„In der Rspr. des BVerfG ist anerkannt, dass eine **Beschränkung von Freiheitsrechten zum Schutz der freiheitlichen demokratischen Grundordnung zulässig** sein kann, weil das Grundgesetz sich für eine streitbare Demokratie entschieden hat (vgl. BVerfGE 5, 85 = NJW 1938, 1393; BVerfGE 13, 46 = RzW 1961, 375; BVerfGE 28, 36 = NJW 1970, 1268; BVerfGE 30, 1 = NJW 1971, 275). Verfassungsfeinde sollen nicht unter Berufung auf Freiheiten, die das Grundgesetz gewährt, die Verfassungsordnung oder den Bestand des Staates gefährden, beeinträchtigen oder zerstören dürfen (vgl. Art. 9 II, 18, 21 GG).“* (BVerfG aaO)

2. Die **Voraussetzungen** für die Zulässigkeit des Eingriffs müssen **hinreichend klar und bestimmt geregelt** sein (vgl. BVerfGE 128, 282 [317] = NJW 2011, 2113).

*„Der Gesetzgeber ist gehalten, seine Vorschriften so bestimmt zu fassen, wie dies nach der Eigenart der zu ordnenden Lebenssachverhalte mit Rücksicht auf den Normzweck möglich ist (vgl. BVerfGE 49, 168 = NJW 1978, 2446; BVerfGE 59, 104 = NJW 1982, 1275; BVerfGE 78, 205 = NJW 1988, 2593 = NVwZ 1988, 1017; BVerfGE 103, 332 = NVwZ-RR 2002, 81; BVerfGE 128, 282 = NJW 2011, 2113). Die Betroffenen müssen die **Rechtslage erkennen und ihr Verhalten daran ausrichten** können (vgl. BVerfGE 103, 332 = NVwZ-RR 2002, 81; BVerfGE 113, 348 = NJW 2005, 2603; BVerfGE 128, 282 = NJW 2011, 2113), und die **gesetzesausführende Verwaltung muss für ihr Verhalten steuernde und begrenzende Handlungsmaßstäbe vorfinden** (vgl. BVerfGE 110, 33 = NJW 2004, 2213 = NVwZ 2004, 1223; BVerfGE 113, 348 = NJW 2005, 2603; BVerfGE 128, 282 = NJW 2011, 2113).*

Die notwendige Bestimmtheit fehlt aber nicht schon deshalb, weil eine Norm auslegungsbedürftig ist (vgl. BVerfGE 45, 400 = NJW 1977, 1723; BVerfGE 117, 71 = NJW 2007, 1933; BVerfGE 128, 282 = NJW 2011, 2113; st. Rspr.). Dem Bestimmtheitserfordernis ist vielmehr genügt, wenn die Auslegungsprobleme mit herkömmlichen juristischen Methoden bewältigt werden können (vgl. BVerfGE 17, 67 = NJW 1963, 1915; BVerfGE 83, 130 = NJW 1991, 1471 = NVwZ 1991, 663; BVerfGE 127, 335). Es ist in erster Linie Aufgabe der Rechtsanwendungsorgane, Zweifelsfragen zu klären (vgl. BVerfGE 31, 255 = NJW 1971, 2167; BVerfGE 127, 335) und Auslegungsprobleme mit den herkömmlichen Mitteln juristischer Methode zu bewältigen (vgl. BVerfGE 83, 130 = NJW 1991, 1471 = NVwZ 1991, 663; BVerfGE 127, 335 m. w. Nachw.).“ (BVerfG aaO)

3. Diese **Grundsätze gelten auch für die wesentlichen Regelungen über die Ausübung des Mandats durch die gewählten Abgeordneten des Deutschen Bundestages und die Bestimmung des Verhältnisses des freien Mandats** der demokratisch gewählten Abgeordneten einerseits **und des Schutzes der freiheitlichen demokratischen Grundordnung** andererseits.

„Die danach zu treffende Abwägung zwischen den Interessen des Parlaments und des gewählten Abgeordneten einerseits sowie der im Sinne der ‚streitbaren Demokratie‘ agierenden Exekutive andererseits, die ‚Synthese aus ‚streitbarer Demokratie‘ und der Idee des auf gegenseitige Toleranz angelegten parlamentarisch-demokratischen Rechtsstaats‘ (Stern, Das StaatsR der BRep. Dtschld. I, 2. Aufl. [1984], S. 207 f.), bedürfen, auch soweit es um die Beobachtung von Abgeordneten durch Behörden des Verfassungsschutzes geht, einer Entscheidung des parlamentarischen Gesetzgebers. Das Parlament muss selbst die wesentliche Entscheidung treffen, ob es eine Beobachtung seiner Mitglieder – im Rahmen des verfassungsrechtlich Erlaubten – zulässt oder nicht und unter welchen Voraussetzungen dies der Fall sein soll.“ (BVerfG aaO)

InsO
§ 133

Wissens- und Informationseinheit Zurechnung bei einer Behörde

öffR

(BGH in BB 2014, 1729; Beschluss vom 26.06.2014 – IX ZR 200/12)

Das **vorhandene Wissen der Finanzbehörde** wird **einer anderen Behörde desselben Rechtsträgers auch dann zugerechnet, wenn diese die Informationen erst im Laufe des Rechtsstreits** zum Zwecke der Aufrechnung einholt.

*„Die aufgabenbezogene Handlungs- und Informationseinheit entsteht ab dem Zeitpunkt, ab dem eine Behörde von der Möglichkeit der Wissensbeschaffung bei anderen Behörden desselben Rechtsträgers Gebrauch macht. In diesem Fall hat sie sich das gesamte rechtserhebliche Wissen der einbezogenen Behörden hinsichtlich des abgewickelten Vorgangs zurechnen zu lassen, mithin auch das Wissen um den Gläubigerbenachteiligungsvorsatz des Schuldners zum Zeitpunkt des § 140 InsO. Ab dem Zeitpunkt der Wissensbeschaffung ist auf das zuzurechnende Gesamtwissen der beteiligten Behörden abzustellen (BGHZ 190, 201). Es genügt für die Wissenszurechnung, **dass die Möglichkeit bestand, die Informationen im maßgeblichen Zeitpunkt innerhalb der Organisation zusammenzuführen**. Die Wissenszurechnung findet deshalb auch statt, wenn die zuständige Behörde erst zu einem späteren Zeitpunkt prüft, ob sie mit rückständigen Steuerforderungen aufrechnen kann.“* (BGH aaO)

Entscheidungen Verfahrensrecht

ZPO
§ 788

Vollstreckung Zug-um-Zug Erstattungsfähigkeit von Rechtsanwalts- und Gerichtsvollzieherkosten (BGH in WM 2014, 1389; Beschluss vom 05.06.2014 - VII ZB 21/12)

ZPO

1. Der Gläubiger eines Titels, der eine **Vollstreckung nur Zug um Zug** erlaubt, kann die für das **Angebot der Gegenleistung** durch den Gerichtsvollzieher entstehenden Gerichtsvollziehergebühren im Regelfall als **notwendige Kosten der Zwangsvollstreckung** von dem Schuldner erstattet verlangen.
2. Gleiches gilt für die **Anwaltskosten**, die durch die Inanspruchnahme anwaltlicher Hilfe bei der Beauftragung des Gerichtsvollziehers ausgelöst werden.

Fall: Die Parteien streiten über die Erstattungsfähigkeit von Rechtsanwalts- und Gerichtsvollzieherkosten. Die Gläubiger betreiben die Zwangsvollstreckung aus einem Urteil, durch das die Schuldnerin zu einer Zahlung Zug um Zug gegen Aushändigung von Inhaberschuldverschreibungen verurteilt worden war.

Die Gläubiger erteilten über ihre damaligen Verfahrensbevollmächtigten dem Gerichtsvollzieher den Auftrag, die Inhaberschuldverschreibungen der Hauptzahlstelle der Schuldnerin in F. anzubieten. Auf Bitten des Gerichtsvollziehers übersandten die Verfahrensbevollmächtigten der Gläubiger zusätzlich einen Vollstreckungsauftrag, mit dem neben der Andienung der Inhaberschuldverschreibungen die Pfändung und - für den Fall der Fruchtlosigkeit - die Abnahme der eidesstattlichen Versicherung beantragt wurde. Über das erfolglose Angebot der Inhaberschuldverschreibungen benachrichtigte der Gerichtsvollzieher die Gläubiger mit Schreiben vom 15.01.2009, in dem er zugleich auch den Annahmeverzug der Schuldnerin beurkundete.

Das Amtsgericht - Vollstreckungsgericht - hat - soweit hier von Interesse - die von den Verfahrensbevollmächtigten der Gläubiger abgerechneten Gebühren in Höhe von 1.574,97 € ebenso wie die durch den Gerichtsvollzieher abgerechneten Gebühren in Höhe von 18 € als notwendige Kosten der Zwangsvollstreckung angesehen und als erstattungsfähig festgesetzt. Zu Recht?

Erstattungsfähig sind nach § 788 ZPO alle notwendigen Kosten der Zwangsvollstreckung.

I. Begriff der notwendigen Kosten der Zwangsvollstreckung

„Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs gehören zu den Kosten der Zwangsvollstreckung i.S.d. § 788 Abs. 1 ZPO **alle Aufwendungen**, die gemacht werden, um **unmittelbar die Vollstreckung aus dem Titel vorzubereiten** oder die einzelnen Vollstreckungsakte **durchzuführen** (vgl. BGH, Beschlüsse vom 24.01.2006 - VII ZB 74/05, NJW 2006, 1598 Rn. 9; vom 20.12.2005 - VII ZB 57/05, NJW 2006, 1141 Rn. 10; vom 14.04.2005 - V ZB 5/05, NJW 2005, 2460, 2461). **Notwendig** sind diese Kosten, wenn sie für eine Maßnahme angefallen sind, die der Gläubiger zum Zeitpunkt ihrer **Vornahme bei verständiger Würdigung der Sachlage zur Durchsetzung seines titulierten Anspruchs objektiv für erforderlich** halten durfte (vgl. BGH, Beschlüsse vom 04.10.2012 - VII ZB 11/10, NJW 2012, 3789 Rn. 11; vom 10.12.2009 - VII ZB 88/08, NJW 2010, 1007 Rn. 10; vom 24.01.2006 - VII ZB 74/05, aaO Rn. 11; vom 14.04.2005 - V ZB 5/05, NJW 2005, 2460, 2462).“ (BGH aaO)

II. Kosten des Leistungsangebots durch den Gläubiger

Fraglich ist jedoch, ob auch die Kosten, die dem Gläubiger dadurch entstehen, dass der dem Schuldner nach § 756 ZPO die seinerseits geschuldete Leistung anbieten muss, zu den notwendigen Kosten der Vollstreckung aus einem Zug-um-Zug Urteil gehören.

1. Gerichtsvollzieherkosten

„Die Beauftragung des Gerichtsvollziehers mit der **Andienung der Inhaberschuldverschreibungen** bei der Schuldnerin war eine Maßnahme, die von den Gläubigern veranlasst wurde, um **unmittelbar die Zwangsvollstreckung** gegenüber der Schuldnerin **vorzubereiten**. Durch das tatsächliche Angebot des Gerichtsvollziehers gemäß § 756 I ZPO bei der Schuldnerin sollten die Voraussetzungen für die Vollstreckbarkeit des Zug um Zug Titels gemäß §§ 756, 765 ZPO herbeigeführt werden.“

Ein Gläubiger, dem der **Nachweis der Befriedigung oder des Annahmeverzuges** des Schuldners durch öffentliche oder öffentlich beglaubigte Urkunden **nicht möglich** ist, kann aus einer Zug um Zug Verurteilung, wie sie hier nach den Feststellungen des Beschwerdegerichts vorliegt, **ohne Mithilfe des Gerichtsvollziehers nicht vollstrecken**. Als besondere Voraussetzung der Zwangsvollstreckung ist in diesem Fall sowohl für eine Vollstreckungsmaßnahme durch den Gerichtsvollzieher als auch für eine Vollstreckungsmaßnahme durch ein anderes Vollstreckungsorgan das vorangegangene Angebot der Gegenleistung durch den Gerichtsvollzieher nötig, §§ 756, 765 ZPO (vgl. Wiczorek/Schütze/Salzmann, ZPO, 3. Aufl., § 756 Rn. 9; MüKo-ZPO/Heßler, 4. Aufl., § 756 Rn. 2).“ (BGH aaO)

Das Gesetz eröffnet dem Gläubiger in § 756 ZPO ausdrücklich die Möglichkeit, die ihm nach dem Titel obliegende Gegenleistung durch den Gerichtsvollzieher anbieten zu lassen und hierdurch die Voraussetzungen für den Vollstreckungsbeginn aus der Zug um Zug Verurteilung zu schaffen.

*„Wählt der Gläubiger diesen Weg, dann kann er die hierfür anfallenden Gerichtsvollzieherkosten im Regelfall als **notwendige Kosten der Zwangsvollstreckung** von dem Schuldner erstattet verlangen. Der Schuldner eines Zug um Zug Titels weiß mit dessen Erlass, dass der Gläubiger jederzeit Vollstreckungsmaßnahmen gegen ihn einleiten kann, um die nach dem Titel geschuldete Leistung zwangsweise durchzusetzen. Um Nachteile aus der drohenden Vollstreckung zu vermeiden, ist der Schuldner gehalten, **initiativ tätig** zu werden und gegenüber dem Gläubiger seine freiwillige Leistungsbereitschaft im Austausch gegen die ihm aufgrund des Zug um Zug Titels gebührende Gegenleistung zu signalisieren. Handelt er nicht entsprechend, sind die für das Angebot der Gegenleistung durch den Gerichtsvollzieher entstehenden Gerichtsvollziehergebühren durch den Schuldner veranlasst, denn dieser hat es zur Einleitung von Zwangsvollstreckungsmaßnahmen kommen lassen (vgl. zum **Veranlasserprinzip** BGH, Beschluss vom 24. Januar 2006 - VII ZB 74/05, NJW 2006, 1598 Rn. 9).“* (BGH aaO)

So liegt es hier. Die Kosten für den beauftragten Gerichtsvollzieher sind angefallen, weil ein Vorgehen der Gläubiger nach § 756 I ZPO zur Durchsetzung des Titels notwendig geworden ist. Es handelt sich daher um festsetzungsfähige notwendige Kosten der Zwangsvollstreckung.

2. Anwaltskosten

Fraglich ist, ob dies auch für die Anwaltskosten gilt, die für die Einleitung der Vollstreckungsmaßnahmen angefallen sind.

Denn diese Kosten müssten in gleicher Weise wie die Gerichtsvollzieherkosten durch die Schuldnerin veranlasst worden sein, die es zur Einleitung von Zwangsvollstreckungsmaßnahmen hat kommen lassen.

*„Die Gläubiger durften die Einschaltung ihrer Verfahrensbevollmächtigten für die Beauftragung des Gerichtsvollziehers **bei vernünftiger Würdigung der Sachlage** auch für **objektiv erforderlich** halten. Die Kosten anwaltlicher Hilfe bei der Durchführung der Zwangsvollstreckung sind **regelmäßig als notwendig** anzusehen (vgl. BGH, Beschluss vom 24.01.2006 - VII ZB 74/05, aaO Rn. 13; Gaul/Schilken/Becker-Eberhard, Zwangsvollstreckungsrecht, 12. Aufl., § 46 Rn. 18; Musielak/Lackmann, ZPO, 11. Aufl., § 788 Rn. 7; Wieczorek/Schütze/Steiner, ZPO, 3. Aufl., § 788 Rn. 16). Anhaltspunkte dafür, dass hier ausnahmsweise etwas anderes gelten müsste, weil die Rechtsverfolgung in der Zwangsvollstreckung für die Gläubiger besonders einfach gelagert gewesen wäre, bestehen nicht (vgl. BGH, Beschlüsse vom 23.06.2010 - XII ZB 242/09, BGHZ 186, 70 Rn. 23, 25; vom 25.09.2003 - IXa ZB 192/03, FamRZ 2003, 1921). Die Zwangsvollstreckung aus dem von den Gläubigern vollstreckten Titel, der eine **Vollstreckung nur Zug um Zug** erlaubt, ist **nicht so einfach gelagert**, dass ihnen die Durchführung ohne anwaltliche Hilfe zugemutet werden konnte.“* (BGH aaO)

Auch die im Streit stehenden Anwaltskosten, die durch die Inanspruchnahme anwaltlicher Hilfe bei der Beauftragung des Gerichtsvollziehers ausgelöst wurden, sind dem Grunde nach als notwendige Kosten der Zwangsvollstreckung im Sinne des § 788 Abs. 1 Satz 1 ZPO anzusehen.

ZPO
§ 256**Zulässigkeit der Feststellungsklage
Unklarheiten über Schadenshöhe**

ZPO

(OLG Karlsruhe in BeckRS 2014, 13897, Urteil vom 05.06.2014 - 9 U 99/13)

1. Erhält der Versicherungsnehmer zum Ausgleich seines Schadens eine Zahlung von einem Dritten, der als Schädiger haftpflichtig ist, so vermindert diese Zahlung den Schaden, welchen der Versicherungsnehmer gegen seinen Schadenversicherer geltend machen kann.
2. Eine auf **Feststellung der Leistungspflicht des Versicherers** gerichtete Klage kann nur dann Erfolg haben, wenn sich feststellen lässt, dass dem Versicherungsnehmer ein Schaden im Sinne der Versicherungsbedingungen entstanden ist. Lässt sich auch durch eine Beweisaufnahme nicht mehr klären, ob der ursprüngliche Schaden die bereits von einem Dritten erhaltene Zahlung übersteigt, ist die Feststellungsklage unbegründet.

Fall: Der Kläger ist Eigentümer des Anwesens L. 12 in B.. Auf dem Grundstück befindet sich ein Gebäude, welches für ein Autohaus gewerblich genutzt wurde. Im ersten Obergeschoss des Gebäudes befindet sich die Wohnung des Klägers. Der Kläger hat bei der Beklagten eine Gebäudeversicherung unterhalten, durch welche das Anwesen unter anderem gegen Sturmschäden versichert war. Im vorliegenden Rechtsstreit macht er Ansprüche aus dieser Versicherung geltend.

Im Jahr 2008 ließ der Kläger an dem Gebäude durch die Zimmerei O. K. Arbeiten durchführen. Das bis dahin bestehende Flachdach sollte durch ein Steildach (Walmdach) ersetzt werden. Die Zimmerei O. K. errichtete einen Dachstuhl auf dem Gebäude. In einem zeitlichen Zusammenhang mit diesen Arbeiten kam es zu Schäden am Flachdach und dadurch zu Feuchtigkeitsschäden im Gebäude. Die Zimmerei O. K., bzw. deren Haftpflichtversicherer, leistete dem Kläger Schadensersatz in Höhe von 9.300,00 €. Weitergehende Ansprüche des Klägers gegen die Zimmerei O. K. blieben im Verfahren des Landgerichts Waldshut-Tiengen - 1 O 117/10 - erfolglos.

Der Kläger hat gegen die Beklagte Feststellungsklage erhoben mit dem Ziel der Feststellung, dass diese verpflichtet sei, dem Kläger aus dem Versicherungsvertrag zur Gebäudeversicherung Versicherungsschutz zu gewähren wegen des Sturmschadens vom 11.07.2008. Am 11.07.2008 sei es an dem betreffenden Gebäude zu einem Sturmschaden gekommen. Bretter, die zur Errichtung des Dachstuhls benutzt wurden, seien durch den Sturm aus der Verankerung gerissen worden. Dadurch sei die auf dem ursprünglichen Flachdach befindliche Folie zerstört worden. Eine sehr große Menge an Regenwasser sei in das Gebäude eingedrungen. Es seien erhebliche Feuchtigkeitsschäden im Gebäude entstanden.

Das Landgericht hat mit Urteil vom 01.07.2011 die Klage als unzulässig abgewiesen. Es bestehe kein Feststellungsinteresse. Denn es sei dem Kläger möglich und zumutbar, den geltend gemachten Schaden zu beziffern. Gegenüber der Feststellungsklage sei die in Betracht kommende Leistungsklage vorrangig. Auf die Berufung des Klägers hat der Senat mit Urteil vom 18.05.2012 - 9 U 139/11 - das erstinstanzliche Urteil aufgehoben und das Verfahren an das Landgericht zurückverwiesen. Der Senat hat ausgeführt, die Feststellungsklage sei entgegen der Auffassung des Landgerichts zulässig. Ein Feststellungsinteresse im Sinne von § 256 I ZPO ergebe sich jedenfalls daraus, dass die Feststellungsklage dazu dienen könne, das in den Versicherungsbedingungen vorgesehene Sachverständigenverfahren vorzubereiten. Das Landgericht habe daher die Begründetheit der Feststellungsklage zu prüfen.

Das Landgericht hat daraufhin ein schriftliches Gutachten des Deutschen Wetterdienstes eingeholt zu der Frage, ob - entsprechend der Behauptung des Klägers - am 11.07.2008 in B. im Bereich der Straße „L.“ ein orkanartiger Sturm mit Windstärke 11 geherrscht habe. Im Ergebnis hat das Landgericht die Klage jedoch als un schlüssig abgewiesen, da der Sachvortrag des Klägers zum Schadenshergang unzureichend sei. Zu Recht?

Die Zulässigkeit der Feststellungsklage bereits zuvor durch Urteil des OLG Karlsruhe vom 18.05.2012 - 9 U 139/11. Es kommt daher lediglich darauf an, ob die Klage begründet ist.

I. Haftung dem Grunde nach

Die Voraussetzungen für einen Anspruch des Klägers aus dem Versicherungsvertrag mit der Beklagten wegen des Schadensfalles vom 11.07.2008 sind dem Grunde nach gegeben.

„Bei der Beklagten bestand für das fragliche Anwesen eine Gebäudeversicherung entsprechend dem im ersten Berufungsverfahren vorgelegten Versicherungsschein (9 U 139/11, 103 ff.). Versichert war insbesondere das Risiko „Sturm/Hagel“. Für die Versicherung galten die Allgemeinen Bedingungen der Gebäudeversicherung Baden-Württemberg über die Feuer- und Elementarschadensversicherung (FEVB 1993, vorgelegt in 9 U 139/11 -, As. 143 ff.). Eine nachträgliche Vereinbarung der neueren Bedingungen (FEVB 2001) ist von der Beklagten nicht dargetan.“ (OLG Karlsruhe aaO)

II. Schlüssigkeit der Klage

Fraglich ist, ob die Klage entgegen der Annahme des erstinstanzlichen Gerichts schlüssig war. Schlüssig ist eine Klage, wenn der geltend gemachte Anspruch nach dem klägerischen Vortrag gegeben ist.

Der Kläger hat vorgetragen, dass am 11.07.2008 in B. im Bereich der Straße „L.“ ein orkanartiger Sturm mit Windstärke 11 geherrscht habe. Es sei es an dem betreffenden Gebäude zu einem Sturmschaden gekommen. Bretter, die zur Errichtung des Dachstuhls benutzt wurden, seien durch den Sturm aus der Verankerung gerissen worden. Dadurch sei die auf dem ursprünglichen Flachdach befindliche Folie zerstört worden. Eine sehr große Menge an Regenwasser sei in das Gebäude eingedrungen. Es seien erhebliche Feuchtigkeitsschäden im Gebäude entstanden.

Legt man diesen Vortrag zugrunde, so besteht grundsätzlich ein Anspruch des Klägers gegen die Beklagte als Gebäudeversicherer auf Ersatz des eingetretenen Sturmschadens, so dass die Klage schlüssig ist.

III. Begründetheit der Klage

Diesen Vortrag muss der Kläger jedoch auch beweisen. Zudem muss ihm nachweislich ein über den bereits von der Zimmerei O. K. ausgeglichenen Schaden hinausgehender finanzieller Nachteil entstanden sein.

1. Beweisbarkeit des Eintritts eines Sturmschadens

*„Am 11.07.2008 traten in B. bei einem lokalen Gewitter im Bereich des klägerischen Anwesens starke Winde und Böen von **jedenfalls Windstärke 10** auf. Im Zusammenhang mit den Arbeiten am Dachstuhl befand sich auf dem Dach des klägerischen Anwesens ein durch ein Gerüstseil gesicherter Bretterstapel. Aus diesem Stapel wurde ein Brett durch eine Sturmböe herausgerissen. Das vom Sturmwind erfasste Brett flog auf die Dachfolie und drang mit einer Kante in die Folie ein. Es entstand ein Loch in der Dachabdichtung, durch welches erhebliche Mengen Regenwasser in das Gebäude gelangten. Auf diese Weise wurden erhebliche Feuchtigkeitsschäden im Anwesen des Klägers verursacht.*

*Aus dem festgestellten Sachverhalt ergibt sich ein **Versicherungsfall** (Sturm im Sinne von § 3 Abs. 3 a FEVB 1993), für welchen die Beklagte einzustehen hat. Die Beklagte hat grundsätzlich einzustehen für diejenigen Schäden, die durch den Sturm am Gebäude des Klägers entstanden sind, einschließlich der Feuchtigkeitsschäden im Gebäude. Denn gemäß § 6 Abs. 4 b FEVB 1993 besteht in der Elementarschadensversicherung Versicherungsschutz auch bei eingedrungenem Regen, wenn - wie vorliegend - Wassereintritt durch einen Sturmschaden verursacht wurde. Der Umstand, dass der Schaden wohl gleichzeitig durch eine Pflichtverletzung der Bauhandwerker verursacht wurde (möglicherweise unzureichende Sicherung des Bretterstapels auf dem Dach), ändert grundsätzlich nichts an der Leistungspflicht der Beklagten im Rahmen der Elementarschadensversicherung.“ (OLG Karlsruhe aaO)*

2. Leistungspflicht der Beklagten

Aus der grundsätzlichen Versicherungshaftung müsste sich aber auch eine Leistungspflicht der Beklagten ergeben. Dazu muss sich feststellen lassen, dass dem Kläger durch den Versicherungsfall ein Schaden entstanden ist bzw. dass ein - für die Leistungspflicht der Beklagten erforderlicher - Schaden heute noch gegeben ist.

Der Kläger hat wegen desselben Schadensfalls von der Zimmerei O. K. bzw. von deren Haftpflichtversicherung eine Leistung in Höhe von 9.300,00 € erhalten.

*„Mit dieser Zahlung sollten Aufwendungen des Klägers abgegolten werden zur Beseitigung **derjenigen Schäden**, die auch Gegenstand des vorliegenden Rechtsstreits sind. Erhält der Versicherungsnehmer in der Schadensversicherung wegen eines bestimmten Schadensfalls eine **Leistung von einem Dritten**, so kann er **denselben Schaden nicht noch einmal** gegenüber dem Versicherer geltend machen. Es fehlt dann - in der Höhe der bereits erlangten Leistungen - an einem vom Versicherer zu ersetzenden Schaden (vgl. Prölss in Prölss/Marin, Versicherungsvertragsgesetz, 27. Auflage 2004, § 67 VVG, Rn. 32). Ein vom Versicherer zu ersetzender Schaden kommt nur dann in Betracht, wenn der **Gesamtschaden** den Betrag, den der Versicherungsnehmer von einem dritten Schädiger erlangt hat, **übersteigt**.“ (OLG Karlsruhe aaO)*

Voraussetzung für eine Leistungspflicht der Beklagten ist daher ein Schaden im Sinne der Versicherungsbedingungen, der über 9.300,00 € liegt.

*„Die **Beweislast** für den eingetretenen Schaden obliegt im Verhältnis zum Versicherer dem **Versicherungsnehmer**. Mithin wäre es Sache des Klägers, nachzuweisen, dass der nach den Versicherungsbedingungen eingetretene Sturmschaden einen Betrag von 9.300,00 € übersteigt.“ (OLG Karlsruhe aaO)*

Fraglich ist, ob dem Kläger das Führen dieses Beweises gelungen ist.

*„Der Senat folgt zur Frage des Versicherungsschadens den Ausführungen des Sachverständigen Br.. Dieser hat in einem anderen Verfahren (Landgericht Waldshut-Tiengen - 1 OH 6/08 -, damals auf Antrag des Klägers gegen die Zimmerei O. K.) die erforderlichen Aufwendungen zur Beseitigung des Sturmschadens auf insgesamt 10.500,00 € beziffert, wobei auch die **Beseitigung sämtlicher Feuchtigkeitsschäden** im Gebäude berücksichtigt war. Auf dieses frühere Gutachten hat sich der Sachverständige im Senatstermin*

vom 15.04.2014 bezogen, so dass die damaligen Feststellungen des Sachverständigen auch im vorliegenden Rechtstreit maßgeblich sind.“ (OLG Karlsruhe aaO)

Damit bleibt die vom Kläger bereits erlangte Entschädigung von 9.300,00 zwar hinter dem festgestellten Schaden zurück, gleichwohl kann der Kläger einen weiteren Schaden jedoch nur dann von der Beklagten ersetzt verlangen, wenn dieser nachweislich auf den Sturm zurückzuführen ist.

„Nach dem Gutachten des Sachverständigen besteht zwar **kein Zweifel** daran, dass durch den **Sturmschaden** vom 11.07.2008 ein **erheblicher Wassereintritt** im Gebäude des Klägers verursacht wurde. Es bestehen jedoch Abgrenzungsschwierigkeiten insoweit, als nicht feststeht, ob der Sturmschaden die **einzigste Ursache für den Wassereintritt** war. Nach dem Gutachten des Sachverständigen lässt sich zum einen nicht ausschließen, dass in jedenfalls geringerem Umfang **möglicherweise schon Feuchtigkeitsschäden vor dem Sturm** vorhanden waren. Zum anderen ist es nach dem Gutachten des Sachverständigen Br. zumindest möglich, dass **Klebestellen auf der Dachfolie**, die nichts mit dem Sturmschaden zu tun hatten, undicht gewesen sein können, so dass bei Regen auch an diesen Stellen in gewissem Umfang - auch unabhängig von der sturmbedingten Beschädigung der Dichtung - Wasser in das Gebäude gelangt sein kann.

Es ist vielmehr **möglich**, dass ein **Teil der Feuchtigkeitsschäden** - wahrscheinlich ein eher kleinerer Teil - **nicht durch den Sturm verursacht** wurde, und daher auch nicht von der Beklagten zu ersetzen wäre. Das bedeutet: Trotz des vom Sachverständigen errechneten Gesamtbetrages von 10.500,00 € steht nicht fest, dass die zur Beseitigung des eigentlichen Sturmschadens erforderlichen Aufwendungen 9.300,00 € übersteigen. Bei einer zeitnahen Dokumentation der vorhandenen Feuchtigkeitsschäden wären die Chancen einer exakten Schadensfeststellung und einer Abgrenzung der Sturmschäden deutlich besser gewesen. Aus Beweislastgründen muss sich die Unterlassung einer zeitnahen Schadensdokumentation im Rechtstreit zu Lasten des Klägers auswirken.“ (OLG Karlsruhe aaO)

IV. Ergebnis

Ein Schaden im Sinne der Versicherungsbedingungen ist daher nicht eingetreten. Die Feststellungsklage ist unbegründet.

(VerfG Rh-Pf in StV 2014, 469 = NJW 2014, 1434; Urteil vom 24.02.2014 –VGh B 26/13)

Die **rechtswidrige oder strafbare Erlangung eines Beweismittels durch eine Privatperson** führt nur in **Ausnahmefällen** zu einer **Unverwertbarkeit dieses Beweismittels** in einem Strafverfahren.

Fall: Gegen den Bf. wird wegen des Verdachts der Hinterziehung von Einkommensteuer und Solidaritätszuschlag in den Veranlagungszeiträumen 2007 bis 2011 ermittelt. Ausweislich eines Vermerks des Finanzamts T. wurde dem Land Rheinland-Pfalz im Jahr 2012 von einer Privatperson ein Datenpaket der „X-AG“ angeboten und von diesem erworben. Die entsprechenden Datensätze der Bankkunden aus dem Zuständigkeitsbereich der Steuerfahndung T. seien an diese übergeben worden. Das AG Koblenz ordnete auf Antrag der StA die Durchsicherung der Wohnung und des Arbeitsplatzes des Bf. an. Bestimmte Tatsachen ließen erwarten, dass die Durchsicherungshandlung zur Auffindung von Beweismitteln führen werde. Gegen den Bf. bestehe nach den bisherigen Ermittlungen der Verdacht der Einkommensteuerhinterziehung sowie der Hinterziehung von Solidaritätszuschlag. Die Ermittlungen hätten ergeben, dass der Bf. bei der „X-AG“ und/oder einem der Tochterunternehmen, der „Y-AG“ oder der „... Bank“, Konten unterhalten habe, die am 31.12.2005 einen Stand von 718.343,93 Euro und am 31.10.2010 einen Stand von 673.545,49 Euro aufgewiesen hätten. Der Bf. habe Einkünfte aus diesem Kapitalvermögen nicht erklärt.

Bei der am 16.04.2013 vollzogenen Durchsicherung der Wohnung des Bf., des Tresors auf seinem ehemaligen Arbeitsplatz und seines Bankfachs wurden Unterlagen (eine Karteikarte bzgl. einer luxemburgischen Bank sowie ein Eintragungsgesuch Aktienregister) sichergestellt.

Zu prüfen ist, ob die gerichtlichen (Durchsuchungs-)Beschlüsse auf Daten und Informationen gestützt werden durften, die das Land Rheinland-Pfalz von einer Privatperson, die diese zuvor auf rechtswidrige oder strafbare Weise erlangt hat, erworben hatte. Dies könnte dazu führen, dass die bei der Durchsicherung sichergestellten Beweismittel einem Verwertungsverbot unterliegen.

Es könnte nämlich gegen das **Gebot des fairen Verfahrens** i. V. mit Art. 7 I RhPfVerf. bzw. mit dem **Gebot effektiven Rechtsschutzes** nach Art. 124 RhPfVerf verstoßen, dass die Gerichte in den Durchsuchungsbeschlüssen auch im Hinblick auf die möglicherweise strafbare Erlangung der Steuerdaten-CD durch den privaten Informanten kein Verwertungsverbot angenommen haben.

I. Die Wertung, dass die **rechtswidrige oder strafbare Erlangung eines Beweismittels durch eine Privatperson nicht per se zur Unverwertbarkeit dieses Beweismittels** im Strafverfahren führt, entspricht der **fachgerichtlichen Rspr.** (vgl. BGHSt 36, 167 = NJW 1989, 2760 m. w. Nachw.; LG Bochum BeckRS 2010, 07104) und **steht mit dem Verfassungsrecht in Einklang** (vgl. BVerfG NJW 2011, 2417; ferner BVerfGE 34, 238 = NJW 1973, 891).

Besteht schon bei rechtswidriger Erhebung von Informationen durch staatliche Stellen von Verfassungen wegen nicht ohne Weiteres ein Verwertungsverbot, so muss dies i. d. R. erst recht gelten, wenn lediglich ein rechtswidriges oder strafbares Handeln von Privatpersonen in Frage steht.

*„Denn **Beweiserhebungsvorschriften richten sich nach Wortlaut, Systematik und Zweck an Ermittlungsbehörden, nicht an Privatpersonen** (BVerfG NJW 2011, 2417). Letztere sind zudem – anders als staatliche Stellen – weder dem Rechtsstaatsprinzip noch unmittelbar den Grundrechten verpflichtet (vgl. hierzu auch Kaspar GA 2013, 206). In der **Verwertung einer in strafbarer Weise beschafften Information** liegt auch **kein widerprüchliches Verhalten des Staates**. Denn sie stellt keine Billigung der vorangegangenen Beweisbeschaffung dar und schließt selbst eine spätere strafrechtliche Verfolgung des Informanten nicht aus (Kaspar GA 2013, 206). Somit **kommt es auch in Steuerangelegenheiten auf die Motive des Informanten nicht entscheidend an**. Ob dieser aus Gerechtigkeitsgefühl oder aber aus weniger hehren Beweggründen gehandelt hat, ist für die Verwertung steuerlich relevanter Mitteilungen unerheblich (vgl. VerfGH Rh-Pf AS 27, 199 = NJW 1999, 2264).*

*Aus dem **verfassungsrechtlichen Gebot eines fairen, rechtsstaatlichen Verfahrens**, in dessen Rahmen auch die **Belange einer funktionstüchtigen Strafrechtspflege zu berücksichtigen** sind, kann daher nur in besonderen Ausnahmefällen ein Verwertungsverbot für Informationen abgeleitet werden, die in rechtswidriger oder strafbewehrter Weise von Privatpersonen beschafft wurden. Dies ist etwa bei der Erlangung der Informationen durch eine schwerwiegende menschenrechtswidrige Behandlung der Fall (vgl. hierzu auch OLG Celle NJW 1985, 640; Meyer-Goßner, StPO, 56. Aufl. 2013, § 136 a Rn 3). In der Rspr. und im Schrifttum wird zudem ein Verwertungsverbot dann in Betracht gezogen, wenn das private Handeln dem Staat zuzurechnen ist, weil es letztlich als*

staatliches Handeln erscheint (vgl. LG Düsseldorf vom 17.09.2010 – 14 Qs-131 Js 150/1060/10, vorgesehen für BeckRS 2014, 07071; Kölbl NStZ 2008, 241; Ostendorf ZIS 2010, 301).“ (VerfG Rh-Pf aaO)

II. Eine auf Ausnahmefälle beschränkte **Zurechnung des privaten Handelns zur staatlichen Sphäre kann ebenfalls nicht angenommen werden.**

1. Die den Fachgerichten mitgeteilten Umstände des Datenerwerbs waren ausreichend, um auf dieser Grundlage über eine Zurechnung des privaten Handelns zur staatlichen Sphäre befinden zu können.

„Zwar enthalten die hier angegriffenen gerichtlichen Entscheidungen keine Ausführungen zu der Frage, wie es zu dem Datenerwerb kam und welche Überlegungen die Finanzbehörden zu dem Ankauf angestellt haben. Aus der mit Antragstellung auf Erlass eines Durchsuchungsbeschlusses vorgelegten Akte der StA ist allerdings zu entnehmen, dass es zu dem Erwerb der Daten seitens des Landes Rheinland-Pfalz durch ein Angebot des Informanten kam. Eine **aktive Beteiligung staatlicher Stellen an der Beschaffung der ausländischen Bankdaten** oder eine sonstige Einflussnahme wurde **nicht geschildert und fand auch nicht statt**. Diese Tatsachengrundlage ist für die Beurteilung der Frage, ob sich das Land den „Datendiebstahl“ zurechnen lassen muss, noch ausreichend.“ (VerfG Rh-Pf aaO)

2. Danach war **aus verfassungsrechtlicher Sicht hier eine Zurechnung des privaten Handelns zum Staat nicht geboten.**

„Der **Anbieter der angekauften Steuerdaten-CD [handelte] aus eigenem Antrieb** und ist von sich aus an die deutschen Behörden herangetreten, um die Daten zur Verfügung zu stellen. Hierauf sei von Seiten des Ministeriums der Finanzen lediglich reagiert worden, ein aktives Bemühen habe es nicht gegeben. Damit **lag hier eine konkludente Beauftragung oder Förderung des privaten Handelns** (vgl. hierzu Kaspar GA 2013, 206) **nicht vor**. Ob überhaupt jemand tätig wurde, wo, wann und wie dies geschehen sollte, war für die staatlichen Behörden – anders etwa als in den Fällen des gezielten Einsatzes eines Mitgefängenen zur Aushorchung eines Zellengenossen (vgl. etwa BGH NJW 1987, 2525; BGH NJW 1998, 3506) – nicht vorhersehbar. Das **Tätigwerden beruhte vielmehr auf einer eigenen Willensentschließung der Privatperson**. Ein **bewusstes Zusammenwirken der staatlichen Behörden und des Informanten** oder die Möglichkeit des Staates, auf das Geschehen Einfluss zu nehmen, die es gerechtfertigt erschienen ließe, die Privatperson als „verlängerten Arm“ des Staates anzusehen, **bestand nicht**.

Sofern der Bf. der Ansicht ist, eine Zurechnung des privaten Handelns zur staatlichen Sphäre sei bereits deswegen geboten, weil die angeblich inzwischen routinemäßige Praxis des Datenankaufs und der Bezahlung des Informanten eine **Anreizwirkung** habe, so kann dem nicht gefolgt werden: Es ist verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden, dass die Gerichte eine Gleichstellung von privatem und staatlichem Handeln nicht bereits deswegen angenommen haben, weil möglicherweise der Staat durch frühere vereinzelte Ankäufe von Steuerdaten-CDs einen gewissen Anreiz dazu gesetzt hat, im Ausland unerlaubterweise Daten von Bankkunden zu ermitteln und an deutsche Behörden weiterzugeben. Dabei ist zum einen zu berücksichtigen, dass es zu dem hier allein maßgeblichen Zeitpunkt des Ankaufs der Daten-CD in der Vergangenheit in nur wenigen Fällen zu einem Ankauf von Daten gekommen war (vgl. BT-Drs. 17/14680 vom 03.09.2013). Zum anderen bestand jedenfalls zu diesem Zeitpunkt noch **kein Automatismus eines Erwerbs bzw. einer Geldzahlung** (vgl. auch Kaspar GA 2013, 206). Die vorhandene Anreizwirkung war daher noch nicht von derartigem Gewicht, dass sie sich als Eingliederung des privaten Beweisbeschaffers in die staatliche Sphäre dargestellt hätte.“ (VerfG Rh-Pf aaO)

3. Daraus folgt jedoch nicht, dass zukünftig jegliche Verwertung von ausländischen Bankdaten, die durch ein rechtswidriges oder strafbewehrtes Verhalten eines privaten Dritten erlangt wurden, ohne Weiteres mit der Verfassung in Einklang steht.

„Dies gilt jedenfalls solange, wie der Gesetzgeber den Ankauf solcher in rechtswidriger oder gar strafbarer Weise erlangten Daten nicht ausdrücklich legitimiert, sondern **Finanz- und Strafverfolgungsbehörden auf einer zumindest unklaren rechtlichen Grundlage operieren**. Vielmehr ist es denkbar, dass zukünftig gleichsam mosaikartig eine Situation entstehen könnte, die es als gerechtfertigt erscheinen lässt, das Handeln eines privaten Informanten der staatlichen Sphäre zuzurechnen. Denn die Behörden dürfen nicht jedes auf Eigeninitiative beruhende unrechtmäßige Einwirken Dritter auf private Schutzgüter bewusst ausnutzen (Eisenberg, Beweisrecht der StPO, 8. Aufl. 2013, Rn 401). Sollte es daher etwa zu einer verstärkten Involvierung staatlicher Behörden in das Procedere bezüglich der Datenbeschaffung oder zu einer planmäßigen Intensivierung der Zusammenarbeit zwischen staatlichen Behörden und privaten Informanten kommen, wird die Frage der Zurechnung des privaten Handelns zum Staat und damit die Frage eines möglichen Verwertungsverbots solcher Daten neu aufgeworfen.

Solange sich die Rolle staatlicher Behörden nicht allein auf eine schlichte Entgegennahme von Bankdaten ohne Gegenleistung und ohne irgendeine Einflussnahme auf das Geschehen beschränken sollte, sind auch die Gesamtumstände in den Blick zu nehmen: So können für die Frage der Zurechnung auch ein ggf. erheblicher Anstieg von Ankäufen ausländischer Bankdaten und eine damit verbundene Anreizwirkung zur Beschaffung dieser Daten von Bedeutung sein. Hierbei wird etwa einerseits in Rechnung zu stellen sein, wie häufig und in welchen zeitlichen Abständen es zu ernstzunehmenden Angeboten durch private Informanten und daraufhin zu einem Ankauf von Bankdaten in der Vergangenheit gekommen ist, in wie vielen Fällen andererseits ein Erwerb von Bankdaten durch staatliche Stellen abgelehnt wurde. Von Rele-

vanz wäre es schließlich auch, wenn es bereits in der Vergangenheit zu einer Zusammenarbeit mit denselben Personen in ähnlichen Fällen gekommen sein sollte.

Die **Gerichte** sind daher **zukünftig** auch **gehalten, zu überprüfen, wie sich das Ausmaß und der Grad der staatlichen Beteiligung hinsichtlich der Erlangung der Daten darstellen**. Hierbei sind sie auf eine möglichst umfassende Information der Staatsanwaltschaften bzw. Finanzbehörden zu den Umständen des Datenerwerbs angewiesen, um ihrer Prüfpflicht nachzukommen. Dies betrifft den konkreten Einzelfall ebenso wie die Gesamtentwicklung. Eine **Beobachtungs- und Reaktionspflicht des Staates** ist gerade für die Ausräumung des **Spannungsverhältnisses zwischen Wahrheitsermittlung und Verwertungsverboten** im Hinblick auf die **Funktionalität der Strafrechtspflege** und einem **effektiven Grundrechtsschutz** nicht verzichtbar (Landau NSTZ 2007, 121). Die Intensität der Prüfungspflicht wird es daher in aller Regel auch ausschließen, ohne eigene Abwägung und Bewertung auf mehrere Jahre zurückliegende Entscheidungen anderer Gerichte zu scheinbar parallel gelagerten Fällen pauschal Bezug zu nehmen. Die Entscheidung darüber, wo die Grenze für eine Zurechnung des privaten Handelns zum Staat zu ziehen ist, obliegt dabei jedoch letztlich ebenso in erster Linie den Fachgerichten, wie die Entscheidung darüber, welche Folgen sich aus einer Zurechnung des privaten Handelns zum Staat ergeben.“ (VerfG Rh-Pf aaO)

(VGH Kassel in NVwZ-RR 2014, 505; Beschluss vom 28.01.2014 – 6 A 1875/13)

1. Für die Zulassung der Berufung wegen grundsätzlicher Bedeutung (§ 124 II Nr. 3 VwGO) muss dargetan werden, welche konkrete und in ihrer Bedeutung **über den Einzelfall hinausgehende Rechtsfrage** oder welche bestimmte und für eine Vielzahl gleichgelagerter Fälle bedeutsame **Frage tatsächlicher Art** einer Klärung bedarf.
2. Dass ein Rechtsstreit **in irgendeiner Form zur Klärung ungeklärter Rechtsfragen beitragen** kann, reicht zur Zulassung des Rechtsmittels allein nicht aus.
3. Ernstliche Zweifel an der Richtigkeit der verwaltungsgerichtlichen Entscheidung liegen vor, wenn ein **einzelner tragender Rechtssatz** oder eine **erhebliche Tatsachenfeststellung** mit schlüssigen Gegenargumenten so infrage gestellt wird, dass eine Änderung der Entscheidung zumindest möglich erscheint
4. Der Gesamtbetrag aus der Festsetzung mehrerer Zwangsgelder kann die Höchstgrenze nach § 11 III VwVG bzw. nach den spezielleren Regelungen in anderen Gesetzen übersteigen.

Fall: Die Kl. ist eine ausländische Bank, die über das Internet in deutscher Sprache Bankleistungen anbot. Die Bekl. untersagte der Kl. diese Bankgeschäfte und gab ihr auf, über bestehende Konten bei Kreditinstituten in der Bundesrepublik Deutschland Auskunft zu erteilen. Widerspruch und Klage gegen die Verfügung blieben erfolglos. Mit Bescheid vom 23.09.2010 drohte die Bekl. der Kl. die Festsetzung eines Zwangsgelds von 100.000 Euro an und setzte mit Verfügung vom 24.01.2011 das Zwangsgeld in dieser Höhe fest. Gleichzeitig drohte die Behörde ein erneutes Zwangsgeld i.H.v. 150.000 Euro für den Fall an, dass die Kl. der Aufforderung weiterhin nicht nachkomme.

Da die Kl. gleichwohl die Auskunft verweigerte, setzte die Bekl. mit Bescheid vom 06.12.2011 das Zwangsgeld von 150.000 Euro fest und drohte die Festsetzung eines weiteren Zwangsgelds von 250.000 Euro an. Gegen diesen Bescheid legte die Kl. erfolglos Widerspruch ein und erhob am 16.07.2012 Klage, jedoch beschränkt auf die (erneute) Androhung des Zwangsgelds. Mit Urteil vom 01.07.2013 wies das VG (VG Frankfurt a. M., UrT. v. 1.7.2013 – 9 K 2364/12, BeckRS 2013, 56397) die Klage mit der Begründung ab, die Androhung eines weiteren, über die bislang schon festgesetzten (und teilweise beigetriebenen) Zwangsgelder von insgesamt 250.000 Euro hinausgehenden Zwangsgelds sei nicht fehlerhaft. Am 12.08.2013 hat die Kl. den Antrag auf Zulassung der Berufung gestellt. Sie macht die Zulassungsgründe der grundsätzlichen Bedeutung der Rechtssache und der ernstlichen Zweifel an der Richtigkeit der Entscheidung geltend. Ist der zulässige Antrag begründet?

Der Antrag auf Zulassung der Berufung ist begründet, wenn einer der geltend gemachten Zulassungsgründe vorliegt.

I. Zulassung der Berufung wegen grundsätzlicher Bedeutung der Rechtssache (§ 124 II Nr. 3 VwGO)

Für die Geltendmachung dieses Zulassungsgrundes muss dargetan werden, welche konkrete und in ihrer Bedeutung **über den Einzelfall hinausgehende Rechtsfrage** oder welche bestimmte und für eine Vielzahl gleichgelagerter Fälle bedeutsame Frage tatsächlicher Art im Berufungsverfahren geklärt werden soll und inwiefern diese Frage einer Klärung im Berufungsverfahren bedarf.

*„Nicht ausreichend für die Bejahung der grundsätzlichen Bedeutung der Rechtssache ist folglich, wenn im zur Entscheidung stehenden Verfahren eine **rechtliche Frage** aufgetreten ist, die **bislang nicht** oder – nach Ansicht des jeweiligen Ast. – **nicht ausreichend in Literatur und Rechtsprechung geklärt** ist. Im Hinblick hierauf kann eine von dem jeweiligen Ast. im Zulassungsantrag zur Frage der grundsätzlichen Bedeutung lediglich allgemein aufgeworfene rechtliche Problematik nicht dazu führen, die grundsätzliche Bedeutung der Rechtssache zu bejahen (VGH Kassel, NVwZ 2014, 533).“* (VGH Kassel aaO)

Fraglich ist daher, ob es über den konkreten Fall hinaus von Relevanz ist, ob mehrere auf Grund des § 17 S. 4 FinDAG und des § 13 VI 1 VwVG angedrohte Zwangsgelder in ihrer Summe die Höchstgrenze von 250.000 Euro überschreiten dürfen.

*„Die Herausarbeitung der **Bedeutung der Klärung für andere Verfahren** ist im vorliegenden Fall deshalb von besonderer Relevanz, weil ausweislich der von der Kl. behaupteten fehlenden Rechtsprechung und Behandlung in der Literatur – was nicht zutrifft – die praktische Bedeutung einer Überschreitung der Höchstgrenze nach § 11 III VwVG oder in Fachgesetzen durch mehrere Zwangsgelder zweifelhaft erscheinen würde. Dass ein Rechtsstreit **in irgendeiner Form zur Klärung ungeklärter Rechtsfragen beitragen** kann, reicht – wie ausgeführt –*

zur Zulassung des Rechtsmittels allein nicht aus. Vielmehr muss der Beitrag in der Klärung einer durch den Einzelfall aufgeworfenen bestimmten Rechtsfrage bestehen.

Es ist aber darüber hinaus festzustellen, dass die von der Kl. aufgeworfene **Frage sich auf Grund der gesetzlichen Vorschriften** ohne die Durchführung eines Berufungsverfahrens in dem Sinne **beantworten lässt**, dass im Bereich der Finanzdienstleistungsaufsicht die Festsetzung von mehreren Zwangsgeldern zur Erzwingung von unvertretbaren Handlungen auch dann zulässig ist, wenn die Summe der Zwangsgelder die genannte Höchstgrenze überschreitet. Nach dem in § 17 Finanzdienstleistungsaufsichtsg (FinDAG) niedergelegten Grundsatz der Selbstvollstreckung kann die Bekl. ihre eigenen Verfügungen mit Zwangsmitteln nach den Bestimmungen des Verwaltungs-Vollstreckungsgesetzes (VwVG) durchsetzen, wobei die Höhe des Zwangsgeldes auf bis zu 250.000 Euro heraufgesetzt ist. Das Problem der **im Einzelfall verbotenen Kumulation von Zwangsgeldandrohungen** für Verbote (vgl. BVerwG, NVwZ 1998, 230) stellt sich dabei auf Grund der Sonderregelung in § 17 S. 2 FinDAG bereits nicht. Für **Gebote der Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht**, die durch bestandskräftig gewordene oder sofort vollziehbare Verwaltungsakte (§ 49 Kreditwesengesetz) dem Pflichtigen auferlegt worden sind (vgl. § 6 VwVG), gilt indes, dass das **Zwangsgeld in einer bestimmten Höhe nach pflichtgemäßem Ermessen** festzusetzen ist, wobei die Androhung eines weiteren Zwangsgelds erst nach Festsetzung des vorherigen erfolgen darf. Bei beharrlichen Verstößen bzw. Uneinsichtigkeit des Pflichtigen können **wiederholte Zwangsgelder bis zur Höchstgrenze erhöht** werden (vgl. VGH Kassel, NVwZ-RR 2008, 782 = ESVGH 58, 235).“ (VGH Kassel aaO)

Allerdings könnte sich die Unzulässigkeit der Überschreitung der Höchstgrenze durch wiederholt angedrohte und festgesetzte Zwangsgelder aus dem Wortlaut in § 13 VI VwVG ergeben.

„Da die Festsetzung eines Zwangsgelds **nicht Sanktionscharakter** hat, sondern **sichern soll**, dass der Pflichtige dem Gebot oder Verbot auch nachkommt, ist entscheidend auf die **Zweckerreichung** abzustellen. Die Festsetzung eines Zwangsgelds oder die Vollstreckung ist erst einzustellen, wenn der Zweck der Maßnahme erreicht ist (§ 15 III VwVG). Dass das **einzelne Zwangsgeld** die jeweilige vom einschlägigen Gesetz vorgegebene **Höchstgrenze nicht überschreiten** darf, liegt auf der Hand, ist indes kein Maßstab zum Verständnis der Norm dahingehend, Zwangsgelder dürften insgesamt nur bis zur angegebenen Höhe festgesetzt werden.

Der **Gesamtbetrag** aus der Festsetzung mehrerer Zwangsgelder **kann** vielmehr die **Höchstgrenze** nach § 11 III VwVG bzw. nach den spezielleren Regelungen in anderen Gesetzen **übersteigen**, wenn sich der **Pflichtige beharrlich weigert**, dem Gebot oder Verbot nachzukommen (vgl. Engelhardt/App, VwVG/VwZG, 8. Aufl. 2008, § 13 Rn. 11; ebenso: OVG Münster, NVwZ-RR 1993, 671; OVG Lüneburg, Urt. V. 21.8.2002 – 1 LB 3335/01, BeckRS 2002, 23688 – jew. Für das Landesrecht).“ (VGH Kassel aaO)

Eine Zulassung der Berufung wegen grundsätzlicher Bedeutung (§ 124 II Nr. 3 VwGO) kommt daher nicht in Betracht.

II. Zulassung der Berufung wegen ernstlicher Zweifel an der Richtigkeit der Entscheidung (§ 124 II Nr. 1 VwGO)

Ernstliche Zweifel an der Richtigkeit der verwaltungsgerichtlichen Entscheidung liegen nach der Rechtsprechung des BVerfG in dessen Beschluss vom 20.12.2010 (BVerfG, NVwZ 2011, 546) und dessen Beschluss vom 23.06.2000 (BVerfG, NVwZ 2000, 1163 = DVBl 2000, 145) vor, wenn ein **einzelner tragender Rechtssatz** oder eine **erhebliche Tatsachenfeststellung** mit schlüssigen Gegenargumenten so infrage gestellt wird, dass eine Änderung der Entscheidung zumindest möglich erscheint. **Schlüssige Gegenargumente** liegen dann vor, wenn der Ast. substantiiert rechtliche oder tatsächliche Umstände aufzeigt, aus denen sich die **gesicherte Möglichkeit** ergibt, dass die erstinstanzliche **Entscheidung unrichtig** ist. Fraglich ist, ob das hier angenommen werden kann

„Aus der Begründung des Antrags auf Zulassung der Berufung ergibt sich ein entsprechender Zweifel an der Richtigkeit des angegriffenen Urteils nicht, denn **weder** wird von der Kl. eine **Tatsachenfeststellung des VG infrage** gestellt – eine Verkenning von Tatsachen hält die Kl. dem VG nicht vor – **noch ein tragender Rechtssatz** des angegriffenen Urteils **erfolgreich relativiert**. Es ist bereits zweifelhaft, ob die Kl. mit den Ausführungen zu den ernstlichen Zweifeln dem Begründungsgebot nach § 124 a III VwGO genügt. Die Kl. benennt zur Begründung des Zulassungsgrundes nämlich keinen konkreten Rechtssatz, sondern verweist lediglich auf die Ausführungen unter I.1. des Begründungsschriftsatzes. In diesem Abschnitt finden sich indes nur drei Absätze, wobei der erste lediglich die Begründung des VG wiederholt. Zu Gunsten der Kl. unterstellt, die Begründung des Zulassungsantrags entspräche den gesetzlichen Anforderungen noch, ist aber festzustellen, dass die geltend gemachten rechtlichen Bewertungen die Zulassung der Berufung wegen ernstlicher Zweifel nicht rechtfertigen. Die angegriffene Entscheidung ist, wie oben dargestellt, im Ergebnis materiell zutreffend, da das VG zutreffend die Klage als unbegründet abgewiesen hat.“ (VGH Kassel aaO)

Eine Zulassung der Berufung wegen ernstlicher Zweifel an der Richtigkeit der Entscheidung (§ 124 II Nr. 2 VwGO) kommt folglich ebenfalls nicht in Betracht.

„Diese Geldforderung soll dem **Ersatz** der der Antragsgegnerin **für die Entsorgung** des in ihrer Kläranlage angefallenen verunreinigten Klärschlammes sowie für die **Reinigung dieser Kläranlage** entstandenen zuzählenden Kosten dienen, die die Antragsgegnerin auf eine satzungswidrige Nutzung der Abwasseranlage durch die Antragstellerin zurückführt. Für die dadurch entstandenen **Schäden** haftet nach Auffassung der Antragsgegnerin die Antragstellerin auf der Grundlage des § 18 Abs. 1 der Abwasserbeseitigungssatzung. Es handelt sich mithin um eine der **Erstattung von Aufwendungen vergleichbare Forderung von Schadensersatz** und nicht um einen in einem Verwaltungsverfahren entstandenen Gebühren- oder Auslagenanspruch.“ (OVG Lüneburg aaO)

Es handelt sich daher bei dem geltend gemachten Betrag nicht um öffentliche Kosten i.S.d. § 80 II 1 Nr. 1 VwGO.

2. Begriff der öffentlichen Abgaben

Unter dem Begriff der öffentlichen Abgaben im Sinne des § 80 II 1 Nr. 1 VwGO sind **hoheitlich geltend gemachte öffentlich-rechtliche Geldforderungen** zu verstehen, die den Zweck haben, den **Finanzbedarf des Hoheitsträgers** für die Erfüllung seiner öffentlichen Aufgaben zu decken.

„Die Abgabe muss jedoch **nicht allein** oder **primär der Finanzierung dienen**, sondern kann daneben - mit gleichem Stellenwert - auch eine **Lenkungs-, Antriebs-, Zwangs- oder Straffunktion** besitzen, solange die Finanzierungsfunktion gegenüber den übrigen Zwecken der Abgabe nicht in den Hintergrund tritt und nur noch als Nebeneffekt erscheint (vgl. BVerwG, Urteil vom 17.12.1992 - 4 C 30.90 -, juris, Rn. 14 ff.; Nds. OVG, Beschluss vom 20.01.2009 - 4 ME 3/09 -, juris, Rn. 5; Funke-Kaiser, aaO., Rn. 26; Kopp/Schenke, aaO., § 80, Rn. 57; Puttler aaO., Rn. 58 f.; jew. m.w.N.). Für die geforderte Finanzierungsfunktion reicht allerdings die **schlichte Absicht der Erzielung von Einnahmen** nicht aus, die jeder Geldforderung der öffentlichen Hand in Zeiten angespannter Haushalte immanent ist. Die Finanzierungsfunktion muss vielmehr der einer **Steuer, einer Gebühr** oder eines **Beitrags vergleichbar** sein (vgl. BVerwG, Urteil vom 17.12.1992 aaO.). Das ist dann der Fall, wenn mit der betreffenden „Abgabe“ eine **stetig fortlaufende und vorhersehbare Deckung des öffentlichen Finanzbedarfs** im Sinne einer geordneten Haushaltsführung erreicht wird und beabsichtigt ist. Der am fortlaufenden Eingang finanzieller Mittel interessierten öffentlichen Hand sollen nach dem Zweck der Ausnahmvorschrift des § 80 II 1 Nr. 1 VwGO durch die Einlegung von Rechtsbehelfen lediglich solche Gelder nicht vorenthalten werden, auf deren Eingang sie fest rechnen durfte, und die sie daher **für ihre Aufgabenerfüllung eingeplant** hat (vgl. Nds. OVG, Beschluss vom 24.06.1996 - 10 M 944/96 -, juris, Rn. 4; Funke-Kaiser, aaO.; Puttler aaO., Rn. 55; Schoch in Schoch/Schneider/Bier, VwGO, § 80, Rn. 132, Loseblatt, Stand September 2011; jew. m.w.N.). Nur dann ist das Entfallen der gesetzlich grundsätzlich angeordneten aufschiebenden Wirkung gerechtfertigt.“ (OVG Lüneburg aaO)

Fraglich ist, ob die Geltendmachung von Schadensersatz geeignet ist, diese Voraussetzungen zu erfüllen.

„Der Forderung von Schadensersatz kommt die gerade beschriebene Finanzierungsfunktion für die Aufgabenerfüllung der Antragsgegnerin nicht zu. Wie die Antragstellerin zutreffend ausführt, ist **ausschließlicher Zweck** des angeforderten Abschlags auf den geltend gemachten Schadensersatz, einen **entstandenen Schaden nachträglich zu decken**, nicht aber der Antragsgegnerin durch Bereitstellung der erforderlichen Mittel die **generelle Aufgabenerfüllung im Bereich der Abwasserbeseitigung** zu ermöglichen. Diese Mittel werden vielmehr durch die Erhebung entsprechender Abwasserbeiträge und -gebühren aufgebracht. Die Leistung von Schadensersatz dient demgegenüber der Kompensation von Aufwendungen in einem Einzelfall und ist nicht Bestandteil eines eingeplanten stetigen Mittelzuflusses.“ (OVG Lüneburg aaO)

Es liegt daher auch nicht die Geltendmachung öffentlicher Abgaben vor.

3. Zwischenergebnis

Die aufschiebende Wirkung des Widerspruchs ist demnach nicht nach § 80 II 1 Nr. 1 VwGO und auch nicht aus sonstigen Gründen entfallen. Der Antragstellerin fehlt daher das erforderliche Rechtsschutzinteresse. Der gestellte Antrag ist mithin zur Wahrung der Rechtsposition der Antragstellerin nicht erforderlich.

II. Feststellung der aufschiebenden Wirkung

Allerdings vertritt die Antragsgegnerin die fehlerhafte Auffassung, die aufschiebende Wirkung der Widerspruch sei nach § 80 II 1 Nr. 1 VwGO ausgeschlossen und beabsichtigt auf dieser Grundlage die Durchführung von Vollstreckungsmaßnahmen.

„[Es] liegt ein Fall einer **drohenden sogenannten „faktischen Vollziehung“**“ (vgl. dazu: Kopp/Schenke, aaO., Rn. 181) vor, die dem als Hilfsantrag gestellten Antrag auf Feststellung der aufschiebenden Wirkung in **entsprechender Anwendung des § 80 V VwGO** zum Erfolg verhilft (für einen Antrag nach § 123 VwGO hingegen: Funke-Kaiser, aaO., Rn. 119). Die Antragstellerin muss nicht abwarten, bis die Vollstreckung eingeleitet worden ist.“ (OVG Lüneburg aaO)

Vor diesem Hintergrund wird der Hilfsantrag Erfolg haben.

III. obiter dictum zur Geltendmachung von Schadensersatz durch Leistungsbescheid

Das OVG Münster hat die vorliegende Entscheidung zum Anlass genommen, sich auch rechtlich mit der Frage auseinander zu setzen, ob die Antragsgegnerin denn überhaupt berechtigt war, den geltend gemachten Schadensersatz durch Leistungsbescheid festzusetzen.

1. Vorbehalt des Gesetzes auch bei Leistungsbescheid

*„Der Erlass eines belastenden Verwaltungsaktes setzt nicht nur voraus, dass für die getroffene Maßnahme in materieller Hinsicht eine gesetzliche Grundlage besteht, sondern auch, dass die Behörde in der Form eines Verwaltungsaktes handeln darf. Dies ist besonders für die Geltendmachung von öffentlich-rechtlichen Leistungsansprüchen gegenüber dem Bürger von Bedeutung. Hier ist **nicht nur das Vorliegen eines öffentlich-rechtlichen Anspruchs** der Behörde (z. B. auf Zahlung eines Geldbetrages) Voraussetzung, sondern auch eine **Ermächtigung der Behörde, diesen Anspruch gerade durch Verwaltungsakt festzusetzen** (vgl. Kopp/Ramsauer, VwVfG 13. Aufl. 2012, § 35, Rn. 23, m.w.N.). Dies ergibt sich schon daraus, dass die Behörde sich durch Erlass eines Verwaltungsaktes einen **Vollstreckungstitel selber schaffen** und den Adressaten auf diese Weise zwingen kann, seine Rechte durch aktives Handeln zu wahren. Nicht die Behörde ist veranlasst, ihre durch Leistungsbescheid titulierte Forderung auf gerichtlichem Wege durchzusetzen; vielmehr obliegt es dem Adressaten, um Rechtsschutz gegen den Verwaltungsakt nachzusuchen.“* (OVG Lüneburg aaO)

2. Befugnis zum Leistungsbescheid auch ohne ausdrückliche gesetzliche Grundlage

Allerdings sind Fälle anerkannt, in denen eine Behörde auch ohne eine geschriebene Ermächtigungsgrundlage ihre Ansprüche durch Leistungsbescheid geltend machen kann (z.B. im Bereich des Beamtenverhältnisses sowie vergleichbarer Verhältnisse und bei der Rückforderung einer durch Verwaltungsakt gewährten Leistung (vgl. Kopp/Ramsauer, aaO., Rn. 23a m.w.N.).

*„Eine derartige Fallkonstellation liegt hier nicht vor. Insbesondere rechtfertigt das **„Kanalbenutzungsverhältnis“** nicht den Erlass des angefochtenen Leistungsbescheides. Nicht jedes subordinationsrechtlich geprägte Verhältnis führt zwangsläufig zu dem Schluss, dass die **Über- und Unterordnung sämtliche Einzelansprüche umfasst, die daraus erwachsen. Diese muss vielmehr gerade auch im Hinblick auf den Anspruch bestehen, der durch den Verwaltungsakt geregelt werden soll. Eine Regel des Inhalts, dass ein dem öffentlichen Recht zuzuordnendes Rechtsverhältnis im Zweifel auf ein umfassendes und für alle Beziehungen geltendes Über- und Unterordnungsverhältnis angelegt ist, existiert nicht.**“* (OVG Lüneburg aaO)

Es kommt demnach darauf an, ob das hier relevante Kanalbenutzungsverhältnis durch eine umfassende Über- und Unterordnung geprägt ist.

*„Zwischen den Beteiligten besteht ein **vertragsähnliches öffentlich-rechtliches Schuldverhältnis**, dessen Verletzung Schadensersatzansprüche nach den im Zivilrecht entwickelten Grundsätzen der positiven Forderungsverletzung nach sich ziehen kann (vgl. BVerwG, Urteil vom 01.03.1995 - 8 C 36.92 -, juris, Rn. 10). **Lediglich Teilbereiche** des Kanalbenutzungsverhältnisses sind **subordinationsrechtlich geprägt**. [wird ausgeführt]. Zulässig sind insoweit alle **Bestimmungen, die im Interesse einer ordnungsgemäßen und störungsfreien Erfüllung der Abwasserbeseitigungspflicht, insbesondere einer schadlosen Ableitung und Behandlung des Abwassers, erforderlich sind** (vgl. Nds. OVG, Urteil vom 10.01.2012 - 9 KN 162/10 -, juris, Rn. 71). Damit einher geht auch die Befugnis, **entsprechende Regelungen durch Verwaltungsakt durchzusetzen**.*

*Dazu gehört die Leistung von Schadensersatz jedoch nicht. Die Geltendmachung eines Schadensersatzanspruchs **dient nicht der schadlosen Ableitung und Behandlung des Abwassers**, sondern kommt erst dann in Betracht, wenn diese im Einzelfall durch eine unsachgemäße Einleitung bereits gescheitert ist. Zu diesem Zeitpunkt besteht kein Bedürfnis mehr für die schnelle und einfache Schaffung eines von der Behörde ggf. zu vollstreckenden Titels. Es ist **kein sachlicher Gesichtspunkt erkennbar**, die geschädigte öffentliche Hand gegenüber dem Bürger zu privilegieren, der auf die gerichtliche Durchsetzung seines Schadensersatzanspruchs im Wege der Leistungsklage angewiesen ist.*

*Aus den vorstehenden Gründen ist es in der **obergerichtlichen Rechtsprechung seit langem anerkannt**, dass in Fällen eines Anschluss- und Benutzungsverhältnisses **Schadensersatzforderungen der öffentlichen Hand nicht durch Verwaltungsakt** geltend gemacht werden können (vgl. grundlegend: VGH BW, aaO., Rn. 6 ff.; OVG NRW, Urteil vom 26.03.1996 - 5 A 3812)2 -, juris, Rn. 51; Bay. VGH, Urteil vom 04.08.2005 - 4 B 01.622 -, juris, Rn. 39; OVG MV, Beschluss vom 19.07.2007 - 1 L 68/06 -, juris, Rn. 5 ff.).“* (OVG Lüneburg aaO)

Ist der Antragsgegnerin der Weg des Erlasses eines Leistungsbescheides verschlossen, so ist sie gehalten, ihren Schadensersatzanspruch auf dem Klagewege durch Erhebung einer Leistungsklage geltend zu machen.

Kurzauslese II

Sie können sich darauf beschränken, die nachfolgenden Seiten zu überfliegen. Was Ihnen davon bemerkenswert und „merkwürdig“ erscheint, können Sie durch Randstriche oder auf andere Weise hervorheben, um eine Markierung für Repetitionen zu haben.

ZPO
§ 139 I 2

Richterliche Hinweispflicht Gehörsverletzung

ZPO

(BVerfG in BayVBI 2014, 448; Entscheidung vom 29.01.2014 – Vf. 18-VI-12)

Nicht jeder Verstoß gegen die sich aus § 139 ZPO ergebende richterliche Hinweispflicht stellt gleichzeitig eine Verletzung des rechtlichen Gehörs dar.

„Das Grundrecht des Art. 91 I BV begründet keine allgemeine und unbegrenzte Aufklärungs- und Hinweispflicht. Das Gericht ist verfassungsrechtlich nicht gehalten, die Rechtslage mit den Parteien zu erörtern, sie auf alle möglicherweise maßgeblichen Umstände hinzuweisen oder vor dem Erlass seiner Entscheidung darzulegen, welchen Sachverhalt oder welche Rechtsmeinung es seiner Entscheidung zugrunde legen wird (st. Rspr.; vgl. VerfGHE 51, 49; VerfGHE 58, 266). Hinweis-, Aufklärungs- und Erörterungspflichten, die über die verfassungsrechtlichen Mindestanforderungen hinausgehen, sich zu dem der Entscheidung zugrunde gelegten Sachverhalt zu äußern, sind, auch wenn sie im einfachen Prozessrecht verankert sind, nicht von der Schutzwirkung des Rechts auf Gehör umfasst (VerfGHE 44, 96). Mit der Behauptung, das Gericht habe die Hinweispflicht nach § 139 I ZPO verletzt, kann daher ein Verstoß gegen Art. 91 I BV grds. nicht dargetan werden. Verletzungen der Aufklärungspflicht könnten nur dann zu einem Verstoß gegen Art. 91 I BV führen, wenn das Gericht einen vor seiner Entscheidung überhaupt nicht erörterten tatsächlichen oder rechtlichen Gesichtspunkt zur Grundlage seiner Entscheidung macht und dadurch dem Rechtsstreit eine Wendung gibt, mit der die Parteien nach dem bisherigen Verlauf des Verfahrens nicht rechnen konnten. In einem solchen Fall legt das Gericht seiner Entscheidung letztlich einen Sachverhalt zugrunde, zu dem sich die Parteien nicht äußern konnten (st. Rspr.; vgl. VerfGHE 44, 96; VerfGH 58, 266). Insoweit geht § 139 ZPO über das verfassungsrechtlich gewährleistete Minimum an richtigem Gehör hinaus (vgl. BVerfGE 60, 305; BVerfG NJW-RR 2005, 936; Prütting/Gehrlein, ZPO, § 139 Rn 3; Zimmermann, ZPO, 9. Aufl. 2011, § 139 Rn 3).“ (BVerfG aaO)

ZPO
§ 139 II

Richterliche Hinweispflicht Änderung der Rechtsauffassung

ZPO

(BGH in MDR 2014, 854 = r+s 2014, 427; Beschluss vom 29.04.2014 – VI ZR 530/12)

Erteilt das Gericht nach § 139 II ZPO einen rechtlichen Hinweis im Hinblick auf eine entscheidungserhebliche Frage, so darf es diese Frage im Urteil nicht abweichend von seiner zuvor geäußerten Rechtsauffassung entscheiden, ohne die Verfahrensbeteiligten zuvor auf die Änderung der rechtlichen Beurteilung hingewiesen und ihnen Gelegenheit zur Stellungnahme gegeben zu haben.

„Art. 103 I GG räumt dem Einzelnen das Recht ein, vor einer Entscheidung, die seine Rechte betrifft, zu Wort zu kommen, um Einfluss auf das Verfahren und sein Ergebnis nehmen zu können. Zwar muss ein Verfahrensbeteiligter grds. alle vertretbaren rechtlichen Gesichtspunkte von sich aus in Betracht ziehen und seinen Vortrag hierauf einstellen. Eine dem verfassungsrechtlichen Anspruch genügende Gewährleistung rechtlichen Gehörs setzt aber voraus, dass ein Verfahrensbeteiligter bei Anwendung der von ihm zu verlangenden Sorgfalt erkennen kann, auf welche Gesichtspunkte es für die Entscheidung ankommen kann. Erteilt das Gericht einen rechtlichen Hinweis in einer entscheidungserheblichen Frage, so darf es diese Frage im Urteil nicht abweichend von seiner geäußerten Rechtsauffassung entscheiden, ohne die Verfahrensbeteiligten zuvor auf die Änderung der rechtlichen Beurteilung hingewiesen und ihnen Gelegenheit zur Stellungnahme gegeben zu haben (vgl. BGH NJW-RR 11, 1009; BVerfG NJW 96, 3202).“ (BGH aaO)

ZPO
§ 448

Vernehmung von Amts wegen Parteiernennung

ZPO

(OLG Koblenz in MDR 2014, 858; Beschluss vom 20.02.2014 – 3 U 1396/13)

§ 448 ZPO will und darf nicht die beweisbelastete Partei von den Folgen der Beweisfähigkeit befreien. Ihr Zweck besteht vielmehr darin, wenn nach dem Ergebnis der Verhandlungen eine gewisse Wahrscheinlichkeit für die Richtigkeit der streitigen Behauptung spricht und andere Erkenntnisquellen nicht mehr zur Verfügung stehen, dem Gericht ein Mittel zur Gewinnung der letzten Klarheit an die Hand zu geben.

„Nach § 448 ZPO kann das Gericht, auch ohne Antrag einer Partei und ohne Rücksicht auf die Beweislast, die Vernehmung einer Partei oder beider Parteien anordnen, wenn das Ergebnis der Verhandlungen und einer etwaigen Beweisaufnahme nicht dazu ausreicht, um seine Überzeugung von der Wahrheit oder Unwahrheit von einer zu erweisenden Tatsache zu begründen. Die Vorschrift will und darf nicht die beweisbelastete Partei von den Folgen der Beweisfähigkeit befreien. Ihr Zweck besteht vielmehr darin, wenn nach dem Ergebnis der Verhandlungen eine gewisse Wahrscheinlichkeit für die Richtigkeit der streitigen Behauptung spricht und andere Erkenntnisquellen nicht mehr zur Verfügung stehen, dem Gericht ein Mittel zur Gewinnung der letzten Klarheit an die Hand zu geben (Zöller/Greger, ZPO, 30. Auflage 2014, § 448 Rn 2). Auch wenn die tatbestandlichen Voraussetzungen nach § 448 ZPO vorliegen, ist das Gericht zur Parteiernennung von Amts wegen nicht verpflichtet. Die Parteiernennung steht im pflichtgemäßen Ermessen des Gerichts (Zöller/Greger aaO, Rn 4 a). Für die Ausübung des Ermessens ist insbesondere von Bedeutung, ob das Gericht von der Parteiernennung eine Ausräumung seiner Restzweifel erwartet. Dies beurteilt sich nach dem Grad der Wahrscheinlichkeit, die bereits für die zu beweisende Behauptung einerseits spricht und dem voraussichtlichen Überzeugungswert der Parteaussage andererseits; eine vorweggenommene Beweiswürdigung ist insoweit ausnahmsweise zulässig (Zöller/Greger, ebd.; BGH WM 1968, 406).“ (OLG Koblenz aaO)

ZPO
§ 929 II

Einstweiliges Verfügungsverfahren
Zustellung von Anerkenntnisurteilen im Parteibetrieb
(LG Stuttgart in MMR 2014, 536; Urteil vom 21.02.2014 – 11 O 28/13)

ZPO

Teil-Anerkenntnisurteile, die im einstweiligen Verfügungsverfahren ergehen, sind im Parteibetrieb nach § 929 II ZPO zuzustellen.

„Das Erfordernis der Parteizustellung gilt auch für Urteilsverfügungen. Diese werden den Parteien zwar gem. §§ 317, 166 II ZPO von Amts wegen zugestellt und damit zur Kenntnis gebracht. Der Sinn und Zweck der Vollziehungsfrist besteht jedoch darin, dass der Gläubiger seinen Vollziehungswillen dokumentiert und dies ist durch eine bloße Amtszustellung nicht möglich (vgl. OLG Stuttgart GRUR-RR 2009, 194).

Das Erfordernis der Zustellung im Parteibetrieb entfällt auch nicht deshalb, weil die Aufhebungskl. die Unterlassungsverpflichtung anerkannt und sich an diese gehalten hat. In einem solchen Fall ist zwar eine Verwirklichung des Titels durch den Gläubiger i. S. einer Zwangsvollstreckung nicht erforderlich, weshalb die Vollziehung durch Zustellung im Parteibetrieb als bloße Förmerei angesehen werden könnte. Hiergegen spricht jedoch der Sinn und Zweck des Vollziehungserfordernisses: Wie bereits ausgeführt wurde, soll der Gläubiger mit der Vollziehung für die ganze Dauer des Verfügungsverfahrens die Eilbedürftigkeit dokumentieren und mit der Frist soll sichergestellt werden, dass sich die Umstände, die dem Erlass der einstweiligen Verfügung zu Grunde lagen, möglichst bis zum Beginn der Vollziehung des Titels nicht verändert haben. Um diesen Zweck der Vollziehung zu erfüllen, ist ein irgendwie geartetes Signal des Gläubigers erforderlich, das seinen Vollziehungswillen zweifelsfrei dokumentiert. Ein bloßes Zuwarten genügt hierfür nicht, insbesondere dann nicht, wenn es wie vorliegend um ein Unterlassungsgebot, also ein Dauerverhalten geht, das innerhalb der Vollziehungsfrist nicht, wie z.B. die Duldung einer bestimmten Maßnahme, vollständig erfüllt werden kann. Hinzu kommt, dass der Schuldner im Hinblick auf den Anspruch nach § 945 ZPO, der an die „Vollziehung“ der einstweiligen Verfügung anknüpft, wissen muss, ob der Gläubiger tatsächlich Rechte aus dem Titel durchsetzen will.

Vom Erfordernis einer Zustellung im Parteibetrieb ist schließlich auch nicht im Hinblick auf das Vorliegen eines Anerkenntnisurteils eine Ausnahme zu machen. Ein Anerkenntnis hat grds. nur prozessuale Wirkungen und es bestehen keine Anhaltspunkte dafür, dass die Aufhebungskl. zum Zeitpunkt der Abgabe des Anerkenntnisses damit auch den materiell-rechtlichen Unterlassungsanspruch wie bei einer Abschlusserklärung anerkennen wollte. Dem Anerkenntnis kann daher nicht die Wirkung beigemessen werden, dass die Aufhebungskl. damit auf ihre Rechte aus § 927 ZPO verzichten wollte (vgl. OLG Hamm NJW-RR 1986, 1232).“ (LG Stuttgart aaO)

FamFG
§§ 58 ff.

Hilfswise eingelegte Beschwerde
Unzulässigkeit

FamFG

(OLG Nürnberg in MDR 2014, 798; Beschluss vom 26.03.2014 – 11 UF 1513/13)

Beantragt ein Beteiligter die Berichtigung eines Beschlusses des Erstgerichts und legt er **"hilfswise" Beschwerde** ein, handelt es sich um eine **unzulässige, weil bedingte Beschwerde**.

„Die Einlegung der Beschwerde darf aber nicht von außerprozessualen Bedingungen abhängig gemacht werden (BVerfGE 40, 272 ff. spricht von einem „allgemein anerkannten Grundsatz des Prozessrechts“). Um eine solche Bedingung handelt es sich aber im vorliegenden Verfahren. Mit der Unzulässigkeit des bedingten Rechtsmittels soll der Status einer erlassenen Entscheidung eindeutig festgelegt werden (Musielak/Borth, FamFG, 4. Aufl., § 64 FamFG Rn 7). So kann etwa auch keine zulässige Beschwerde unter der Bedingung der Bewilligung von Verfahrenskostenhilfe eingelegt werden.

Der Sinn dieser Regelung zeigt sich im vorliegenden Verfahren besonders deutlich: Während nämlich bei einem Antrag auf Berichtigung die Rechtskraft der Ehescheidung während des Berichtigungsverfahrens (jedenfalls in der Regel) eintritt, besteht bei einer Beschwerde des Versorgungsträgers für die Ehegatten binnen eines Monats gem. § 145 I FamFG nach Zustellung des der Beschwerdeschrift die Möglichkeit, auch den Scheidungsausspruch anzugreifen. Würde man die Einlegung einer von dem Misserfolg eines Berichtigungsantrags abhängigen Beschwerde zulassen, so bliebe auch die Rechtskraft der Scheidung ungewiss. Es wäre nämlich schon unklar, ob die Frist nach § 145 I FamFG mit Zustellung der Beschwerdeschrift oder erst mit dem die Berichtigung ablehnenden Beschluss beginnt, wobei allerdings die Berichtigung gem. § 42 FamFG „jederzeit“ erfolgen kann. Der Versorgungsträger, der den Entscheidungsprozess des Gerichts nicht unbedingt nachvollziehen kann, wird hierdurch auch nicht unbillig belastet, weil bei nicht zweifelsfreiem Erfolg des Berichtigungsverfahrens der Weg der (unbedingten) Beschwerde offensteht (OLG Saarbrücken NJW-RR 2010, 1221; Vollkommer, § 319 ZPO Rn 21).“ (OLG Nürnberg aaO)

StPO
§ 35a S. 2

Öffentliche Zustellung
Folgen der fehlenden Belehrung

StPO

(OLG Hamm in NStZ 2014, 421; Beschluss vom 17.12.2013 – 3 RVs 91/13 u. 3 Ws 400/13)

I. Die **fehlende Belehrung** nach § 35a S. 2 StPO berührt die **Wirksamkeit der öffentlichen Zustellung** der Ladung zur Berufungshauptverhandlung **nicht**.

1. Nach einer in **Rspr. und Lit.** teilweise vertretenen Ansicht handelt es sich bei der Belehrung nach § 35a S. 2 StPO um eine Wirksamkeitsvoraussetzung für eine öffentliche Zustellung nach § 40 III StPO (vgl. OLG Köln NStE Nr. 4 zu § 40 StPO; SK/StPO-Weßlau, § 40 StPO Rn 14, OLG Bbg. Beschl. v. 08.09.2009 – 1 Ss 53/09, 1 Ws 123/09; Wendisch NStZ 1988, 377); eine fehlende Belehrung führt danach zur Unwirksamkeit der Zustellung.
2. **OLG Hamm aaO lehnt diese Auffassung jedoch ab.**

„Diese Auffassung bezieht sich zur Begründung zum einen auf den engen Zusammenhang zwischen § 35a S. 2 StPO und § 40 III StPO (vgl. OLG Bbg. aaO). Für diese Ansicht spreche zum anderen die Gesetzgebungsgeschichte. So heißt es in der Begründung zum Gesetzentwurf der BReg für das Strafverfahrensänderungsgesetz 1984, der § 35a S. 2 StPO in seiner jetzigen Fassung enthält: „Der neue § 35a S. 2 StPO stellt sicher, dass der neue § 40 III StPO nur nach entsprechender Belehrung anwendbar ist. Einer ausdrücklichen Bestimmung darüber, dass diese Belehrung erteilt sein muss, wenn öf-

fentlich zugestellt werden soll, bedarf es nicht, weil sich aus dem Gesamtzusammenhang ergibt, dass sie Zulässigkeitsvoraussetzung einer Maßnahme nach § 40 III ist.“ (BT-Dr 10/1313, S. 18). Dieses Verständnis hat indes keinen Niederschlag im **Gesetzeswortlaut des § 40 III StPO** und in der **Gesetzessystematik** gefunden. **§ 40 III StPO führt die Voraussetzungen einer öffentlichen Zustellung in seinem Anwendungsbereich vielmehr abschließend auf.** Der Annahme einer Unwirksamkeit der öffentlichen Zustellung nach § 40 III StPO bedarf es auch nicht, um einen wirksamen Rechtsschutz für den von einer mangelnden Belehrung nach § 35 a S. 2 StPO Betroffenen zu gewährleisten. **Ein ausreichender Schutz ergibt sich aus den Regelungen über die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand.**“ (OLG Hamm aaO)

- II. **Fehlt eine Belehrung** nach § 35 a S. 2 StPO, so führt dies aber dazu, dass die **Versäumung der Berufungshauptverhandlung** nach §§ 329 III, 44 S. 2 StPO **als unverschuldet anzusehen** ist.

„Nach § 44 S. 2 StPO ist die **Versäumung einer Rechtsmittelfrist u. a. dann als unverschuldet anzusehen**, wenn eine Belehrung nach § 35 a S. 2 StPO unterblieben ist. Aus § 329 III StPO ergibt sich, dass in seinem Anwendungsbereich die **Versäumung eines Termins der Versäumung einer Frist im Sinne der Vorschriften über die Wiedereinsetzung gleichzusetzen ist.** Die **Versäumung eines Termins, zu dem unter Verstoß gegen § 35 a S. 2 StPO durch öffentliche Zustellung nach § 40 III StPO geladen worden ist, ist dementsprechend im Anwendungsbereich des § 329 III StPO als unverschuldet anzusehen** (i. E. ebenso OLG Frankfurt NStZ 1988, 376; KMR/StPO-Ziegler, § 35 a, Rn 24; LR/StPO-Wendisch, § 35 a, Rn 29; Meyer-Goßner, StPO, 56. Aufl., § 35 a Rn 16, 13).“ (OLG Hamm aaO)

StPO
§ 273 IV

Urteilszustellung
Vor Erstellung des Protokolls

StPO

(BGH in NStZ 2014, 420; Beschluss vom 13.02.2013 – 4 StR 246/12)

§ 273 IV StPO ist eine **zwingende Verfahrensvorschrift**, deren Verletzung zur Unwirksamkeit der Urteilszustellung führt.

„Nach § 273 IV StPO darf das Urteil nicht zugestellt werden, bevor das Protokoll fertiggestellt ist. Durch diese Regelung soll sichergestellt werden, dass mit dem Protokoll schon zu Beginn der regelmäßig mit der Urteilszustellung in Lauf gesetzten **Revisionsbegründungsfrist** eine abgeschlossene Grundlage für die Entscheidung über die Anbringung von Verfahrensrügen vorliegt, die dem Anfechtungsberechtigten während der gesamten Revisionsbegründungsfrist zur Einsichtnahme offen steht (vgl. BGHSt 37, 287; BGH NStZ 2002, 160; BGH NStZ 1991, 502; Entwurf der BReg. zum StPÄG 1964, BR-Dr 9/62, S. 41). **§ 273 IV StPO ist eine zwingende Verfahrensvorschrift, deren Verletzung zur Unwirksamkeit der Zustellung führt** (vgl. BGHSt 27, 80; LR-Stuckenberg 26. Aufl., § 273 Rn 65 m. w. Nachw.; BR-Dr 9/62, aaO). Gem. § 271 I 1 StPO ist die Niederschrift über die Hauptverhandlung vom Vorsitzenden und den mit der Protokollierung befassten Urkundsbeamten der Geschäftsstelle zu unterschreiben. Die Fertigstellung des Protokolls erfolgt nach ständiger Rechtsprechung des BGH zu dem Zeitpunkt, zu dem die letzte der für die Beurkundung des gesamten Protokollinhalts erforderlichen Unterschriften geleistet wurde (vgl. BGHSt 51, 298; BGH BGHR StPO § 271 Protokoll 1; BGH NStZ 1992, 29; BGH BGHR StPO § 145 a Unterrichtung 1; BGH NStZ 1984, 89; BGHSt 23, 115; vgl. auch BR-Dr 9/62, aaO).“ (BGH aaO)

GG
Art. 2 I, 1 I

Mithören eines Telefonats
Zulässigkeit des Zeugenbeweises

GG

(LG Berlin in MDR 2014, 860; Beschluss vom 15.05.2014 – 67 S 90/14)

Benennt eine Prozesspartei für eine von ihr behauptete mündliche Abrede einen Zeugen, der ein **Telefongespräch** der Parteien über eine Mithöreinrichtung **mitgehört** haben soll, **ohne sich zuvor** sämtlichen Gesprächsteilnehmern zu **offenbaren, unterfällt dieser Beweisantritt einem Beweiserhebungsverbot.**

„Denn in der Erhebung und Verwertung der Aussage eines Zeugen, der ein Telefonat ohne Einwilligung des Gesprächspartners mitgehört hat, liegt selbst angesichts der weiter **fortschreitenden Entwicklung der Telekommunikationstechnologie ein Eingriff in das durch Art. 2 I i. V. mit Art. 1 I GG geschützte Recht des Gesprächspartners am gesprochenen Wort**, für den es einer dem Rang des grundrechtlichen Schutzes des allgemeinen Persönlichkeitsrechts Rechnung tragenden Rechtfertigung bedarf (BVerfG NJW 2002, 3619; BGH NJW-RR 2010, 1289). Dabei reicht das Interesse an einer funktionstüchtigen Straf- und Zivilrechtspflege nicht aus, um im Rahmen der erforderlichen Abwägung von einem gleichen oder höheren Gewicht ausgehen zu können, als es dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht zukommt. Vielmehr müssen weitere Aspekte hinzutreten, die ergeben, dass das **Interesse an der Beweiserhebung trotz der Persönlichkeitsrechtsbeeinträchtigung schutzwürdig** ist. Davon kann ausnahmsweise nur bei **notwehrähnlichen Situationen** wie der Anfertigung heimlicher Tonbandaufnahmen zur Feststellung der Identität eines anonymen Anrufers oder zur Feststellung erpresserischer Drohungen oder dem Fall eines auf andere Weise nicht abwehrbaren Angriffs auf die berufliche Existenz ausgegangen werden (BGH aaO, m. w. Nachw.).“ (LG Berlin aaO)

UWG
§ 4 Nr. 11

Angefochtener Verwaltungsakt
Tatbestandswirkung

UWG

(BGH in MDR 2014, 794; Urteil vom 24.09.2013 – I ZR 73/12)

Die **Tatbestandswirkung eines (nicht nichtigen) Verwaltungsakts entfällt nicht dadurch, dass dieser angefochten ist und die Anfechtung aufschiebende Wirkung hat.**

„Die **aufschiebende Wirkung** einer Anfechtungsklage **begründet lediglich eine Vollziehbarkeithemmung; der Verwaltungsakt als solcher bleibt davon unberührt** und damit wirksam (vgl. BVerfG NVwZ 1989, 48; BVerfGE 132, 250 = NJW 2009, 1099). Dementsprechend ist die zuständige Landesbehörde an den Verwaltungsakt auch dann gebunden, wenn dieser angefochten worden ist.“ (BGH aaO)

(HessVGH in DÖV 2014, 720; Beschluss vom 11.03.2014 – 10 A 500/13)

Ein **Ablehnungsgesuch nach § 54 I VwGO i. V. m. §§ 41, 49 ZPO unterliegt** vor dem Oberverwaltungsgericht/ Verwaltungsgerichtshof **dem Vertretungszwang** nach § 67 IV 1 VwGO.

- I. Nach **§ 67 IV 1 VwGO** müssen sich die Beteiligten u.a. vor dem Oberverwaltungsgericht, außer im Prozesskostenhilfverfahren, durch Prozessbevollmächtigte vertreten lassen. Der dort geregelte **Vertretungszwang nimmt** nach der ausdrücklichen Regelung **nur Handlungen im Prozesskostenhilfverfahren aus** und **gilt** somit für alle anderen Prozesshandlungen (so auch Kugele, VwGO, 1. Aufl. 2013, § 67 Rn 21) und daher nach ganz überwiegender Auffassung in Rspr. und Lit., der sich HessVGH aaO anschließt, **auch für Ablehnungsgesuche**.

so auch BVerwG, Beschluss vom 11.12.2012 - 8 B 58/12 -; Bay. VGH, Urteil vom 26.06.2012 - 1 B 11.2741 - und Beschluss vom 23.02.2009 - 11 B 07. 30511 -; OVG NRW, Beschluss vom 10.05.2011 - 17 E 512/11 -; OVG Berlin-Bbg, Beschluss vom 22.12.2009 - OVG 10 B4.09 -; Nds. OVG, Beschluss vom 28.11.2008 - 5 LA 104/05 -, alle Juris-Ausdruck; Bader. u.a., VwGO, 5. Aufl. 2011, § 67 Rn 27; Kopp/Schenke, VwGO, 19. Aufl. 2013, § 67 Rn 30; Schoch/Schneider/Bier, VwGO, Stand April 2013, § 67 Rn 67; Redeker/v. Oertzen, VwGO, 15. Aufl. 2010, § 54 Rn 14; Schmidt, Eyermann, VwGO, 13. Aufl. 2010, § 54, Rn 17; Posser/Wolff, VwGO, 2. Aufl. 2014, § 67, Rn 45; a. A. Posser/Wolff aaO, § 54 Rn 31; Görditz, VwGO, 1. Aufl. 2013, § 54 Rn 37

- II. Nach einer **anderen Auffassung** kann nach der entsprechend anwendbaren Regelung in § 44 I 2. Halbs. ZPO ein Ablehnungsgesuch vor der Geschäftsstelle zu Protokoll erklärt werden, weshalb der Vertretungszwang nicht gilt.

Damit ist offenbar gemeint, dass nach §78 III ZPO der Vertretungszwang für Prozesshandlungen nicht gilt, die vor dem Urkundsbeamten der Geschäftsstelle vorgenommen werden können, und dass diese Regelung nach § 173 S. 1 ZPO auch im Verwaltungsprozess entsprechende Anwendung finden müsse. So ist zumindest früher unter Anwendung der genannten Bestimmungen in der Rspr. die Auffassung vertreten worden, dass Ablehnungsgesuche nicht dem Vertretungszwang des § 67 VwGO unterliegen (vgl. etwa Bay. VGH, Beschluss vom 21.04.2006 - 9 BV 05.1863 -, Juris-Ausdruck).

*„Allerdings betrafen diese Entscheidungen die Fassung, die die genannte Bestimmung vor ihrer Neufassung durch das am 01.07.2008 in Kraft getretene Gesetz zur Neuregelung des Rechtsberatungsrechts vom 12.12.2007 (BGBl I Seite 2840) erfahren hat. Diese Neufassung der Bestimmung nimmt vom Vertretungszwang ausdrücklich lediglich das Prozesskostenhilfverfahren aus, womit der Gesetzgeber offensichtlich zum Ausdruck bringen wollte, dass andere Ausnahmen grds. nicht zuzulassen sind, sofern sich solche nicht aus ausdrücklichen **Spezialvorschriften** ergeben (vgl. etwa § 66 V 1 GKG; § 33 VII 1 RVG). Nach dieser Neufassung der Vorschrift des § 67 IV VwGO besteht für die Annahme einer Verdrängung dieser Regelung durch § 44 I 2. Halbs. i.V. m. § 78 III ZPO kein Raum mehr (so ausdrücklich BVerwG, Beschluss vom 11.12.2012, aaO, mit ausführlicher Begründung unter Berücksichtigung der Entstehungsgeschichte zur Neuregelung des § 67 IV VwGO; Bay. VGH, Beschluss vom 26.06.2012, aaO; Nds. OVG, Beschluss vom 28.11.2008, aaO; Kopp/Schenke aaO; Schoch/Schneider/Bier, VwGO, Stand April 2013, § 67 Rn 6; a. A. auch für die derzeitige Rechtslage noch Posser/Wolff aaO und Görditz aaO). Dieser Auffassung gebührt der Vorrang.“* (HessVGH aaO)

(OVG NRW in DÖV 2014, 720; Urteil vom 01.04.2014 – 8 A 655/12)

Die **fehlende Unterschrift** eines an der Entscheidung beteiligten Richters unter ein erstinstanzliches Urteil kann noch **im Berufungsverfahren nachgeholt** werden.

- I. **Mit Nachholung der Unterschrift und erneuter Zustellung wird** das bis dahin **unwirksame (Schein-)Urteil existent** und damit Gegenstand des Berufungsverfahrens, ohne dass es einer erneuten Rechtsmitteleinlegung bedarf (vgl. Sodan/Ziekow, VwGO, 3. Aufl. 2010, § 117 Rn 58; vgl. zur Unwirksamkeit des Urteils bis zur Nachholung der Unterschrift: BVerwGE 91, 242).
- II. Der Umstand, dass die **fehlende Unterschrift erst nach Ablauf von fünf Monaten** nach dem Tag der gerichtlichen Entscheidung **nachgeholt wurde, steht dem nicht entgegen**.

*„Zwar ist die **nachträgliche Abfassung, Unterzeichnung und Übergabe der Urteilsurschrift an die Geschäftsstelle gem. § 117 IV VwGO nach den Grundsätzen der Entscheidung des Gem. Senats der obersten Gerichtshöfe des Bundes vom 27.04.1993** (vgl. BVerwGE 92, 367), **auf längstens diese Frist begrenzt**. Dies gilt jedenfalls für Urteile, die aufgrund einer mündlichen Verhandlung ergehen und nach § 116 I oder II VwGO verkündet werden (vgl. BVerwG NVwZ-RR 2003, 460; vgl. zur Anwendbarkeit der 5-Monats-Frist auf Kammerentscheidungen ohne mündliche Verhandlung (§ 116 III VwGO): Sodan/Ziekow, VwGO, 3. Aufl. 2010, § 138 Rn 249).*

Wird diese Frist überschritten, ist das Urteil verfahrensfehlerhaft zustande gekommen und i. S. des §138 Nr. 6 VwGO nicht mit Gründen versehen; dies führt im Revisionsverfahren zur Aufhebung des Urteils (vgl. zu § 547 Nr. 6 ZPO: BGH NJW 2006, 1881; BGH NJW-RR 2007, 141).

*Dies gilt indes nicht gleichermaßen für das Berufungsverfahren, weil sich die **Überprüfung der erstinstanzlichen Entscheidung durch den Senat - anders als im Revisionsverfahren (vgl. § 137 VwGO) - nicht darauf beschränkt, ob diese Entscheidung auf der Verletzung geltenden Rechts beruht, sondern der Senat eine von der Entscheidung des Verwaltungsgerichts unabhängige umfassende Neuprüfung des Rechtsstreits vornimmt** (vgl. Sodan/Ziekow, VwGO, 3. Aufl. 2010, § 124 Rn 221).“* (OVG NRW aaO)

Speziell für Rechtsanwälte und Notare

Gebühren und Kosten

RVG
§§ 33, 56

Gebot der kostensparenden Prozessführung Verbindung von Sorgerechts- und Scheidungsverfahren

RVG

(OLG Hamm in MDR 2014, 858; Beschluss vom 30.01.2014 – 6 WF 143/13)

Es besteht **keine gebührenrechtliche Obliegenheit zur Verbindung von Sorgerechts- und Scheidungsverfahren**, weil diese **beiden Verfahren nicht in einem engen rechtlichen Zusammenhang stehen** und das **Sorgerechtsverfahren zudem dem besonderen Vorrang- und Beschleunigungsgebot unterliegt**.

- I. Nach dem **Gebot der kostensparenden Prozessführung** sind Beteiligte, denen Verfahrenskostenhilfe bewilligt worden ist, und auch der ihnen beigeordnete Rechtsanwalt, gegenüber der Landeskasse grds. dazu verpflichtet, die Verfahrensgestaltung zu wählen, bei der die geringsten Kosten anfallen, sofern nicht vernünftige Gründe für eine andere Verfahrensgestaltung gegeben sind.

Abzustellen ist dabei auf die Sicht einer auf sparsame Prozessführung bedachten Partei und damit auf die Frage, ob auch eine Partei, die die Verfahrenskosten selbst zu tragen hat, unterschiedliche Rechtsstreitigkeiten anhängig gemacht und von einer gemeinsamen Prozessführung Abstand genommen hätte. Dabei kann der Grundsatz der kostensparenden Prozessführung nicht nur dadurch verletzt werden, dass gesonderte Verfahren eingeleitet werden, sondern auch dadurch, dass nicht auf eine Verbindung gesonderter und in engem rechtlichen Zusammenhang stehender Verfahren hingewirkt wird.

Ein **Verstoß gegen den Grundsatz kostensparender Verfahrensführung kann auch noch im Vergütungs-festsetzungsverfahren berücksichtigt werden**, und zwar auch dann, wenn eine Verfahrenskostenhilfebewilligung für getrennte Verfahren erfolgt ist.

- II. Die **unterlassene Hinwirkung auf eine Verbindung** des Sorgerechtsverfahrens mit dem später eingeleiteten Scheidungsverfahren **begründet** nach diesen Vorgaben **keinen Verstoß gegen den Grundsatz kostensparender Prozessführung**.

„Denn zum einen besteht zwischen Sorgerechts- und Scheidungsverfahren kein enger rechtlicher Zusammenhang, die entscheidungserheblichen Fragen im Sorgerechtsverfahren sind vielmehr gänzlich anders als diejenigen im Scheidungsverfahren: Während in Sorgerechtsverfahren die Frage der Erziehungsfähigkeit der Kindeseltern zu beurteilen ist, steht in Scheidungs- und Versorgungsausgleichsverfahren das Scheitern der Ehe und der Ausgleich der erworbenen Rentenanwartschaften im Vordergrund.

Zum anderen unterliegen Sorgerechtsverfahren dem besonderen Vorrang- und Beschleunigungsgebot nach § 155 FamFG, die Verbindung mit einem Scheidungs- und Versorgungsausgleichsverfahren kann diesem Gebot zuwiderlaufen, wenn letzteres umfangreiche Ermittlungen erfordert. Sorgerechtssachen gehören daher nicht (mehr) in den Zwangsverbund, sondern sind gem. § 137 III FamFG antragsabhängige Folgesachen, wobei es auch der unbemittelten Partei grundsätzlich frei steht, ob sie einen Antrag auf Aufnahme in den Verbund stellt (BGH NJW 2005, 1497).

Soweit im Streitfall in beiden Verfahren ein gemeinsamer Termin zur mündlichen Verhandlung stattgefunden hat und beide Verfahren im Rahmen dieses Termins zeitgleich beendet worden sind, begründet dies keinen Ausnahmefall, der eine freie Entscheidung der unbemittelten Partei einschränkte. Denn diese Entwicklung der beiden, nicht in engem rechtlichen Zusammenhang stehenden und verfahrensrechtlich unterschiedlich zu behandelnden Verfahren war zum Zeitpunkt der möglichen Stellung eines Verbindungsantrages nicht erkennbar.

Im Ergebnis sind daher vernünftige und nachvollziehbare Gründe für die getrennte Führung des Sorgerechtsverfahrens von dem Scheidungsverfahren anzuerkennen.“ (OLG Hamm aaO)

RVG
§ 35

Kostenfestsetzungsverfahren Keine Festsetzung der Beratungsgebühr

RVG

(OLG Celle in NJW-RR 2014, 952; Beschluss vom 03.01.2014 – 2 W 275/13)

Kosten, die einer im gerichtlichen Verfahren anwaltlich nicht vertretenen Partei für ihre **außergerichtliche anwaltliche Beratung** entstanden sind, sind **im Kostenfestsetzungsverfahren nicht festzusetzen**.

„Die Ast. haben sich im Verfahren nicht von einem Anwalt vertreten lassen, so dass dafür keine – nach der Kostengrundentscheidung nunmehr zu erstattenden – Rechtsanwaltsgebühren nach dem RVG entstanden sind. Dass diese fiktiven und tatsächlich nicht entstandenen Rechtsanwaltskosten für eine anwaltliche Vertretung im Verfahren höher wären als die tatsächlichen Kosten der erfolgten Beratung sind, kann für sich genommen jedoch keine Begründung dafür bilden, dass die in Bezug zu den nicht entstandenen fiktiven Kosten geringeren tatsächlichen Kosten allein wegen der Kostenersparnis dadurch zu notwendigen Kosten der Rechtsverfolgung werden. Das LG hat seine Kostenfestsetzung insoweit aber lediglich damit begründet, dass die festgesetzten Kosten unter den Kosten gemäß RVG liegen würden und hat sich mit den diesbzgl. Einwänden der Ag. weder im Kostenfestsetzungsbeschluss noch im Nichtabhilfebeschluss näher auseinandergesetzt.

Vor allem aber wird die Festsetzung von Gebühren, die durch außergerichtliche Anwaltstätigkeit entstanden sind, im Kostenfestsetzungsverfahren nach §§ 104 ff. ZPO überwiegend abgelehnt (vgl. Zöller/Herget, § 104 Rn 21 – „außergerichtliche Anwaltskosten“

m. w. Nachw.; OLG Rostock JurBüro 2008, 371; a. A: LG Berlin AGS 2008, 268), auch wenn diese Kosten als prozessbezogen und damit dem Grunde nach erstattungsfähig anzusehen sein sollten.

Bei der **Ratsgebühr nach § 34 RVG** handelt es sich um eine **vereinbarte Gebühr, welche grds. als im Kostenfestsetzungsverfahren nicht erstattungsfähig angesehen wird, sondern die ggf. im Wege eines materiell-rechtlichen Kostenerstattungsanspruchs einzuklagen ist, weil sich das auf vereinfachte und klare Prüfungskriterien zugeschnittene Kostenfestsetzungsverfahren nicht für die Festsetzung von Beträgen aus Honorarvereinbarungen eignet** (vgl. Zöller/Herget, § 91Rn 13 – „Ratsgebühr“; OLG Rostock JurBüro 2008, 371 m. w. Nachw.).“ (OLG Celle aaO)

VV RVG
Nr. 1000

Einigungsgebühr Übereinstimmende Erledigungserklärungen

VV RVG

(OLG Hamm in MDR 2014, 839; Beschluss vom 30.12.2013 – 6 WF 129/13)

Bei **übereinstimmenden Erledigungserklärungen** der Beteiligten handelt es sich um **Verfahrenshandlungen, die die Rechtshängigkeit der geltend gemachten Ansprüche beenden**; hierin ist aber **keine Einigung** zu sehen, die das Entstehen der Gebühr nach Nr. 1000 VV RVG rechtfertigt.

„Gem. Nr. 1000 VV RVG entsteht die **Einigungsgebühr für die Mitwirkung beim Abschluss eines Vertrages, durch den der Streit oder die Ungewissheit über ein Rechtsverhältnis beseitigt wird**. Ein solcher Vertrag ist hier hinsichtlich des geltend gemachten Anspruchs auf Übertragung des Sorgerechts gemäß § 1671 BGB nicht abgeschlossen worden. Vielmehr haben die Kindeseltern das Verfahren in der Hauptsache übereinstimmend für erledigt erklärt.

Bei den übereinstimmenden Erklärungen der Beteiligten, dass sich das Verfahren in der Hauptsache erledigt habe, handelt es sich um Verfahrenshandlungen, die lediglich die Rechtshängigkeit der geltend gemachten Ansprüche beenden, nicht aber um eine Einigung i. S. von Nr. 1000 VV RVG.

Soweit der Bet. zu 1) vorträgt, der übereinstimmenden Erledigungserklärung habe eine Vereinbarung der Kindeseltern zugrunde gelegen, rechtfertigt dies keine andere Entscheidung in der Sache. **Es fehlt an dem Erfordernis der Beseitigung der Ungewissheit über ein Rechtsverhältnis**. Dies wäre nur dann erfüllt, wenn zugleich eine materiell-rechtliche Einigung zwischen den Kindeseltern erfolgt wäre. Eine solche ist jedoch vorliegend nicht ersichtlich, insbesondere ist weder eine Erklärung der Kindeseltern dahingehend erfolgt, dass wechselseitige Sorgerechtsansprüche nicht mehr geltend gemacht werden noch ist eine einvernehmliche Kostenregelung getroffen worden (so auch KG Berlin FamRZ 2013, 1247; OLG Köln MDR 2006, 539; Hartmann, Kostengesetze, 43. Aufl., Nr. 1000 VV RVG, Rn 27).“ (OLG Hamm aaO)

VV RVG
Nr. 2300

Geschäftsgebühr Einheitlichkeit des Auftrags bei teilweiser Erfüllung

VV RVG

(BGH in MDR 2014, 864; Urteil vom 20.05.2014 – VI ZR 396/13)

Ein Rechtsanwalt kann die **Gebühr gem. Nr. 2300 VV RVG** auch dann **nur einmal aus dem Gesamtgegenstandswert** - und nicht zweimal aus (dann niedrigeren) Teilgegenstandswerten - verlangen, **wenn** die von ihm für seinen Mandanten geltend gemachte **Forderung außergerichtlich nur teilweise erfüllt wird und ihm deshalb für den noch offenen Teil der Forderung Klageauftrag erteilt wird**.

- I. Ob die Gebühren für die Inanspruchnahme anwaltlicher Tätigkeit einheitlich aus einem Gesamtwert oder, was für den Rechtsanwalt insbesondere im Hinblick auf den degressiven Verlauf der Gebührentabelle regelmäßig günstiger ist, jeweils gesondert aus dann niedrigeren Teilwerten berechnet werden, hängt - wie sich aus §§ 15, 22 RVG ergibt - davon ab, ob es sich um **eine oder mehrere Angelegenheiten** handelt.

Unter **einer Angelegenheit im gebührenrechtlichen Sinne** wird dabei **das gesamte Geschäft** verstanden, das der Rechtsanwalt auftragsgemäß für seinen Auftraggeber besorgen soll (BGH VersR 2012, 331; BGH NJW 2013, 1610; BGH MDR 1984, 561).

Die **maßgebliche Einheitlichkeit des Auftrags** wird **nicht dadurch in Frage gestellt, dass** die vom Rechtsanwalt geschuldete **außergerichtliche Geltendmachung einer Forderung nur teilweise zum Erfolg führt**.

„Denn auch die sich nach Zahlung eines Teilbetrags ggf. nur noch auf einen Teilbetrag der ursprünglichen Forderung beziehende außergerichtliche Tätigkeit wird vom Rechtsanwalt aufgrund des **ursprünglichen Auftrags** geschuldet. Ebenso wenig führt der Umstand, dass dem Rechtsanwalt hinsichtlich des vorgerichtlich nicht ausgeglichenen Teils der Forderung schließlich auch Klageauftrag erteilt wird, dazu, dass seine vorgerichtliche Tätigkeit insoweit nicht mehr vom ursprünglichen Auftrag umfasst wäre.“ (BGH aaO)

- II. Der Entscheidung des **BGH VersR 1968, 1145 lässt sich nichts Gegenteiliges entnehmen**.

„Dabei kann offenbleiben, ob und inwieweit auch im Geltungsbereich des Rechtsanwaltsvergütungsgesetzes Raum für eine Anwendung der in der genannten Entscheidung für den Geltungsbereich der Bundesrechtsanwaltsvergütungsordnung (BRAGO) aufgestellten Grundsätze besteht. Denn die Aussage, eine bereits aus einem einheitlichen Gesamtgegenstandswert entstandene Geschäftsgebühr sei im Falle eines späteren, nur einen Teil der Forderung betreffenden Klageauftrags rückwirkend dahingehend neu zu berechnen, dass statt einer Geschäftsgebühr aus dem Gesamtstreitwert zwei getrennte Geschäftsgebühren aus den jeweiligen Teilstreitwerten entstehen, lässt sich dieser Entscheidung nicht entnehmen. Sie befasst sich vielmehr allein mit der Höhe der Geschäftsgebühr nach § 118 I BRAGO a. F. bzgl. des nicht vom Klageauftrag erfassten Teils der Forderung sowie mit der Höhe der für den anderen Teil der Forderung angefallenen Gebühren nach § 31 BRAGO a. F. Eine Aussage zur Berechnung der nach § 118 I BRAGO a. F. auch für den später vom Klageauftrag erfassten Teil der Forderung entstandenen, nach § 118 II BRAGO a. F. aber auf die Gebühren nach § 31 BRAGO a. F. anzurechnenden Gebühren enthält sie demgegenüber nicht.“ (BGH aaO)

VV RVG
Nr. 3202

Terminsgebühr
Verfahrensabsprachen

RVG

(BGH in NJW-RR 2014, 958; Beschluss vom 06.03.2014 – VII ZB 40/13)

Gespräche über Verfahrensabsprachen, mit deren Befolgung eine Beendigung des Verfahrens nicht verbunden ist, wie z. B. Gespräche über eine bloße Zustimmung zum Ruhen des Verfahrens, **lösen keine Terminsgebühr** nach Vorbem. 3 III Hs. 1 Fall 3 VV RVG aus.

„Die **Terminsgebühr** gem. Nr. 3202 VV RVG entsteht nach der Vorb. 3 III Hs. 1 Fall 3 VV RVG u. a. **für die Mitwirkung an auf die Erledigung des Verfahrens gerichteten Besprechungen** auch ohne Beteiligung des Gerichts. Die **Terminsgebühr ersetzt** nach dem Willen des Gesetzgebers sowohl die **frühere Verhandlungs- als auch die frühere Erörterungsgebühr** (vgl. BT-Drs. 15/1971, 209). Im Vergleich zu diesen Gebühren ist der Anwendungsbereich der Terminsgebühr erweitert worden. Mit der Regelung der Terminsgebühr soll ein Anreiz dafür geschaffen werden, dass der Anwalt nach seiner Bestellung in jeder Phase des Verfahrens zu einer möglichst frühen, der Sach- und Rechtslage entsprechenden Beendigung des Verfahrens beiträgt. Deshalb soll die Terminsgebühr schon dann verdient sein, wenn der Anwalt an auf die Erledigung des Verfahrens gerichteten Besprechungen ohne Beteiligung des Gerichts mitwirkt, insbesondere wenn diese auf den Abschluss des Verfahrens durch eine gütliche Regelung zielen (vgl. BT-Drs. 15/1971, 209). Für die Entstehung einer Terminsgebühr kann es ausreichen, wenn bestimmte **Rahmenbedingungen für eine mögliche Einigung in mehreren Parallelverfahren abgeklärt** und/oder unterschiedliche Vorstellungen der Prozessparteien über die Erledigung der Parallelfälle unter Einschluss des streitigen Verfahrens ausgetauscht werden (vgl. BGH NJW 2007, 2858; BGH NJW-RR 2007, 1578, jew. m. w. Nachw.). Andere Gespräche als solche zur Vermeidung oder Erledigung lösen eine Terminsgebühr allerdings nicht aus (vgl. Gerold/Schmidt/Müller-Rabe, RVG, 21. Aufl., Vorb. 3 VV RVG Rn 173). Hierher gehören etwa Gespräche über Verfahrensabsprachen, mit deren Befolgung eine Beendigung des Verfahrens nicht verbunden ist, wie etwa Gespräche über eine bloße Zustimmung zum Ruhen des Verfahrens (vgl. KG AGS 2012, 173; OLG Stuttgart AGS 2009, 316; Gerold/Schmidt/Müller-Rabe, Vorb. 3 VV RVG Rn 173).“ (BGH aaO)

FamGKG
§ 34

Verfahrenswert
Befreiungsanspruch eines Mitschuldners

FamGKG

(OLG Karlsruhe in FamRZ 2014, 1225; Beschluss vom 11.09.2013 – 18 WF 164/13)

Der **Verfahrenswert für die Geltendmachung des Anspruchs eines Mitschuldners** gegen den anderen auf **Befreiung von einer Verbindlichkeit** richtet sich nach dem **Anteil des Zustimmungspflichtigen im Innenverhältnis**.

„Der **Wert eines Antrags auf Befreiung von einer Verbindlichkeit** richtet sich **grds. nach dem Geldbetrag der Verbindlichkeit** (BGH NJW-RR 1990, 958; BGH MDR 1995, 196; OLG Rostock OLGR 2009, 223; OLG Köln MDR 1985, 769). Maßgeblicher Zeitpunkt für die Wertfestsetzung ist die **Einreichung des Antrags auf Befreiung**, vgl. § 34 FamGKG (s. auch OLG Rostock aaO). Verlangt ein Gesamtschuldner von dem anderen Gesamtschuldner Befreiung von einer Verbindlichkeit, so ist dessen **Anteil an der Gesamtschuld des noch valuierten Darlehens im Innenverhältnis** anzusetzen (OLG Düsseldorf FamRZ 1994, 57; OLG Rostock OLGR 2009, 223; Musielak/Heinrich, ZPO, 9. Auflage 2012, § 3 Rn 24 Stichwort „Befreiung“; Zöller/Herget, ZPO, 29. Auflage 2012, § 3 Rn 16 Stichwort „Befreiung“; MüKo-ZPO/Wöstmann, 3. Auflage 2008, § 3 Rn 72).“ (OLG Karlsruhe aaO)

FamGKG
§ 38

Verfahrenswert
Nicht bezifferter Zugewinnstufenantrag

FamGKG

(OLG Hamm in NJOZ 2014, 2043 = FamRZ 2014, 1224; Urteil vom 14.03.2014 – V ZR 115/13)

Kommt es bei einem **Zugewinnstufenklageantrag** i. S. des § 38 FamGKG **nach der Auskunftserteilung nicht mehr** zu einer **Bezifferung** des in der zweiten Stufe verfolgten Zahlungsanspruchs, so ist dieser **Zahlungsanspruch** dennoch **bei der Bestimmung des Verfahrenswertes zu berücksichtigen**.

- I. Ausgangspunkt der rechtlichen Überlegungen ist **§ 44 GKG** (heute: § 38 FamGKG). Nach dieser Vorschrift ist bei einer **Stufenklage**, bei der mit den Klageanträgen auf Rechnungslegung oder auf Vorlage eines Vermögensverzeichnisses oder auf Abgabe einer eidesstattlichen Versicherung der Klage auf Herausgabe desjenigen verbunden ist, was der Bekl. aus dem zu Grunde liegenden Rechtsverhältnis schuldet, **für den Streitwert nur einer der verbundenen Ansprüche, und zwar der höhere, maßgebend**.

„Dieses **Additionsverbot** beruht auf der Überlegung, dass die Rechnungslegung wie auch die Vorlage eines Vermögensverzeichnisses und die Abgabe einer eidesstattlichen Versicherung den Leistungsanspruch nur vorbereiten, das Interesse des Kl. an dem ganzen Prozess aber in der Regel auf den Wert der Leistungen beschränkt ist, die er als Ergebnis der Auskunft beansprucht. Für den Streitwert der Stufenklage ist daher letztlich der Zahlungsanspruch maßgebend, (Zöller/Herget, ZPO, 29. Aufl., § 3 Rn 16 – Stichwort: Stufenklage).

Dies gilt nach Ansicht des Senats auch dann, wenn es nicht mehr zu einer Bezifferung des in der letzten Stufe verfolgten Zahlungsanspruchs kommt, dieser vielmehr zurückgenommen wird, (so auch OLG Brandenburg AGS 2009, 134; OLG Karlsruhe FamRZ 2008, 1205; OLG Koblenz OLG-Report 2008, 490; KG FamRZ 2007, 69; OLG Celle MDR 2003, 55; OLG Dresden MDR 1998, 64; Zöller/Herget, § 3 Rn 16 – Stichwort: Stufenklage).“ (OLG Hamm aaO)

- II. Soweit in der **Rspr.** die Auffassung vertreten wird, der **Wert der Stufenklage richte sich allein nach der Auskunftsstufe**, wenn es nach Auskunftserteilung – gleich aus welchen Gründen – nicht mehr zur Bezifferung komme (so OLG Stuttgart OLG-Report 2009, 267; OLG Dresden NJW-RR 1997, 1430 = MDR 1997, 691; OLG Frankfurt a. M. JurBüro 1987, 878), **folgt OLG Hamm aaO dieser Auffassung nicht**.

„Denn **mit der Einreichung einer Stufenklage wird auch bereits der unbezifferte Zahlungsantrag in seinem ganzen Umfang anhängig** (BGH NJW 1991, 1893; KG OLG-Report 2006, 1005) und ist gem. § 40 GKG daher auch kostenrechtlich zu bewerten.

Diese Bewertung des unbezifferten Zahlungsantrags nach § 3 ZPO, § 48 GKG hat sich an den Vorstellungen des KI. bei Einleitung des Verfahrens zu orientieren und zwar auch dann, wenn sich nach Auskunftserteilung ein höherer oder niedriger Anspruch als ursprünglich gedacht ergibt. Eine auf nachfolgende Erkenntnisse beruhende Prüfung soll gerade vermieden werden, wenn und soweit es nicht zu einer Bezifferung der Leistungsstufe gekommen ist (OLG Hamm FamRZ 2004, 1664; OLG Brandenburg AGS 2009, 134).“ (OLG Hamm aaO)

StPO
§§ 469 III, 470

Gerichtl. Kostenentscheidung nach Rücknahme eines Strafantrags
Unanfechtbarkeit

StPO

(OLG Düsseldorf in NSTZ 2014, 424; Beschluss vom 18.11.2013 – III-2 Ws 545/13)

Hat die StA das **Ermittlungsverfahren wegen Rücknahme des Strafantrags eingestellt**, so ist die nach § 470 StPO zu treffende **gerichtliche Kosten- und Auslagenentscheidung** in entsprechender Anwendung des § 469 III StPO **unanfechtbar**.

- I. Die **Sachlage bei den in § 469 StPO und § 470 StPO geregelten Kostenpflichten** ist **vergleichbar**, wobei die gerichtliche Prüfung der Voraussetzungen des § 470 StPO – hier ist lediglich die Rücknahme des Strafantrags festzustellen – sogar wesentlich einfacher ist.

Demgegenüber sind im Falle des § 469 StPO auch **subjektive Voraussetzungen** zu prüfen, nämlich ob der Anzeigende die **unwahre Anzeige vorsätzlich oder leichtfertig erstattet** hat.

„Daher ist es folgerichtig, im Falle der Einstellung des Ermittlungsverfahrens nach Rücknahme des Strafantrags nicht nur § 469 II StPO, sondern auch § 469 III StPO entsprechend anzuwenden mit der Folge, dass die gerichtliche Kosten- und Auslagenentscheidung unanfechtbar ist.

Diese Bewertung wird bestätigt durch die Regelung des **§ 467 a III StPO**: Nimmt die StA die öffentliche Klage zurück und stellt sie das Verfahren – etwa nach § 170 II StPO – ein, ist die daraufhin ergehende Kosten- und Auslagenentscheidung ebenfalls unanfechtbar. Es ist **kein sachlicher Grund ersichtlich, nach Einstellung des Ermittlungsverfahrens im Falle des § 470 StPO eine Anfechtbarkeit der gerichtlichen Kosten- und Auslagenentscheidung zuzulassen**, während eine solche Anfechtungsmöglichkeit bei gerichtlichen Kosten- und Auslagenentscheidungen, die im Anschluss an eine Einstellungsverfügung der StA gesetzlich vorgesehen sind, ansonsten ausgeschlossen ist. Die Erwägungen, die den Gesetzgeber im Rahmen des Strafverfahrensänderungsgesetzes vom 27.01.1987 zur Vermeidung von Ungereimtheiten veranlasst haben, die Unanfechtbarkeitsregelungen in § 467 a III StPO und § 469 III StPO zu normieren (vgl. BT-Drucksache 10/1313, S. 41), gelten gleichermaßen für den Fall des § 470 StPO, der bei der damaligen Novellierung außer Betracht geblieben ist.“ (OLG Düsseldorf aaO)

- II. Soweit in der **Kommentarlit.** ohne Einschränkung angeführt wird, dass gegen eine nach § 470 StPO ergangene Kosten- und Auslagenentscheidung die sofortige Beschwerde nach § 464 III 1 StPO zulässig sei (vgl. Meyer-Goßner StPO, 56. Aufl., § 470 Rdn 8; KK-Gieg StPO, 6. Aufl., § 470 Rdn 4; Pfeiffer StPO, 5. Aufl., § 470 Rdn 4), weist OLG Düsseldorf aaO darauf hin, dass die vorgelagerte erforderliche Differenzierung, ob die Einstellung des Verfahrens auf einer Verfügung der StA oder einer gerichtlichen Entscheidung beruhte, fehlt.

„Dass im Falle einer **gerichtlichen Einstellungsentscheidung** die nach § 470 StPO getroffene Kosten- und Auslagenentscheidung **der Regelung des § 464 III StPO unterfällt**, entspricht **einhelliger Auffassung**. **Zu einer Einstellungsverfügung der StA passt § 464 III 1 StPO hingegen systematisch nicht**, weil sich § 464 I StPO allein auf gerichtliche Entscheidungen (Urteil, Strafbefehl oder jede eine Untersuchung einstellende Entscheidung) bezieht.“ (OLG Düsseldorf aaO)

KostVfg
§ 27 I

Kostenrechnung der Staatsanwaltschaft
Inhaltliche Anforderungen

KostVfg

(OLG Celle in NSTZ 2014, 264; Beschluss vom 21.03.2014 – 1 Ws 100/14)

- I. Die **Kostenrechnung der Staatsanwaltschaft** muss **hinreichend deutlich** sein und dem Verurteilten Klarheit über die Rechtsgrundlage der Kostenforderung vermitteln sowie es ihm ermöglichen, die **mit der Zahlungspflicht verknüpften Einzelheiten in allen Teilen nachzuprüfen**. Reichen dazu die in § 27 KostVfg vorgeschriebenen Angaben nicht aus, bedarf die Kostenrechnung einer **weiteren Begründung**.

„Zwar mag die Kostenrechnung – durch welche der Kostenansatz technisch erfolgt (vgl. § 4 KostVfg) – den Anforderungen des § 27 I KostVfg genügen, weil sie die Sache, die Geschäftsnummer und den Kostenschuldner bezeichnet sowie die einzelnen Kostenansätze unter Hinweis auf die angewendeten Vorschriften anführt sowie auch den Gesamtbetrag der Kosten ausweist.

Eine diesen Anforderungen genügende Kostenrechnung ist aber nicht in jedem Fall rechtlich beanstandungsfrei: Dabei ist nämlich zu beachten, dass die **KostVfg kein Gesetz** ist, sondern lediglich eine für die Kostenbeamten des Bundes und der Länder **intern verbindliche Verwaltungsanweisung** enthält, welche – mit Ausnahme einer möglichen Selbstbindung der Justizverwaltung – **weder Rechte des Kostenschuldners begründet, noch seine Rechte zu beschränken vermag** (vgl. BGH Rpfleger 1975, 432; OLG Köln JurBüro 2013, 433; Hartmann, KostenG, 42. Aufl., Abschn. VII Rn 1).

Die **Gerichtskosten und Auslagen des Strafverfahrens** nach § 464 a I StPO sind **öffentlich-rechtliche Abgaben**, die durch den Kostenansatz geltend gemacht werden (vgl. BVerfG NJW 1970, 853). Der Kostenansatz selbst ist ein Justizverwaltungsakt (vgl. Binz/Dorndörfer, GKG/FamGKG/JVEG, 2. Aufl., § 19 Rn 2; Hartmann, § 19 GKG Rn 1; OLG Köln JurBüro 2013, 433).

Soweit die Kostengesetze keine Regelungen über das Verfahren hinsichtlich dieses Justizverwaltungsaktes – wie hier zur Frage der Begründung der Kostenrechnung – enthalten, sind daher die heute allgemein anerkannten Grundsätze des Verwaltungsverfahrens heranzuziehen, wie sie sich im VwVfG, der AO sowie im SGB X niedergeschlagen haben (vgl. OLG Saarbrücken Rpfleger 2001, 461; Korintenberg/Lappe, § 14 Rn 2). Da die Kostenrechnung dem Schuldner die Möglichkeit eröffnet, den Rechtsweg zu beschreiten (Art. 19 IV GG), muss sie ihm **Klarheit über die Rechtsgrundlage der Gebührenforderung vermitteln**. Dazu mag im Regelfall die Angabe der angewandten Vorschriften und die Nennung der einzelnen Gebühren und Auslagenbeträge genügen (§ 27 KostVfg). Soweit diese Angaben jedoch zum Verständnis des Verwaltungsaktes nicht ausreichen,

bedarf er der weiteren Begründung (vgl. § 39 VwVfG; OLG Zweibrücken JurBüro 1982, 271; Korintenberg/Lappe, § 14 Rn 12). Maßgebend für den notwendigen Inhalt muss dabei letztendlich der **Zweck einer Kostenrechnung** sein, dem Kostenschuldner zu ermöglichen, die mit der Zahlungspflicht verknüpften Einzelheiten in allen Teilen nachzuprüfen (vgl. OLG Schleswig SchlHA 2012, 111; Oestreich/Hellstab/Trenkle, GKG, § 19 Rn 13). Letztendlich folgt dies bereits aus dem rechtsstaatlichen Grundsatz, dass derjenige, in dessen Rechte eingegriffen oder der mit einer hoheitlichen Maßnahme belastet wird, einen Anspruch darauf hat, die Gründe hierfür zu erfahren, weil er nur dann seine Rechte sachgemäß verteidigen kann (vgl. BVerfGE 6, 32 = NJW 1957, 297; BGH Rpfleger 1975, 432; OLG Köln JurBüro 2013, 433). Eine **nähere Begründung** ist **insbesondere auch bei Ermessensentscheidungen des Kostenbeamten erforderlich** (vgl. OLG Saarbrücken OLGR 1997, 207; Korintenberg/Lappe, § 14 Rn 12).

Diesen Anforderungen wird die Kostenrechnung im vorliegenden Fall nicht gerecht: Es ist bereits nicht mitgeteilt worden, aus welchen Gründen die Kostenbeamtin ihr Ermessen dahingehend ausgeübt hat, die Auslagen für die Telefonüberwachung und die Übersetzungskosten der Polizei nicht auf alle 4 gemeinsam Verurteilten zu verteilen. Darüber hinaus ist die Ermittlung der Höhe dieser Kostenansätze in der Kostenrechnung nicht nachvollziehbar begründet worden. Der schlichte Verweis auf Aktenbände oder auf bloße Blattzahlen von Aktenbänden ist nicht geeignet, eine prüffähige Kostenrechnung zu bewirken (vgl. OLG Schleswig SchlHA 2012, 111).“ (OLG Celle aaO)

2. Ein **Mangel in der Begründung** der staatsanwaltschaftlichen Kostenrechnung **kann nicht im gerichtlichen Verfahren geheilt werden.**

„Da die vorliegende Kostenrechnung auf Grund mangelnder Begründung **keine ordnungsgemäße Grundlage für die Kostenerhebung** darstellt, ist sie – auch insoweit in Anlehnung an das Verwaltungsrecht (vgl. Stelkens/Bonk/Sachs, VwVfG, 8. Aufl., § 39 Rn 27) – **als formell rechtswidrig ohne weitere sachliche Prüfung aufzuheben** (vgl. Waldner, § 14 Rn 6; OLG Schleswig SchlHA 2012, 111). Der Begründungsmangel kann insbesondere nicht im gerichtlichen Verfahren geheilt werden. Denn erst durch eine hinreichende Begründung der Kostenrechnung wird der Schuldner in die Lage versetzt, konkrete und substantiierte Einwendungen zu erheben, die das Gericht sodann zu einer entsprechenden Prüfung veranlassen.“ (OLG Celle aaO)

Aus der Praxis

ZPO
§ 85 II

Anwaltliche Recherchepflicht Zuständiges Rechtsmittelgericht

ZPO

(BGH in NZM 2014, 555 = NJW 2014, 2503; Beschluss vom 15.05.2014 – V ZB 172/13)

Ein Rechtsanwalt **genügt** seinen **anwaltlichen Sorgfaltspflichten zur Ermittlung des zuständigen Rechtsmittelgerichts nicht** allein dadurch, **dass er über ein Anwaltsprogramm recherchiert bzw. Abfragen im Internet** (hier: Landesjustizportal) durchführt oder entsprechende Aufträge an sein Kanzleipersonal erteilt. Vielmehr muss er, wenn er die zur Anwendung kommenden Gesetze nicht kennt, diese anhand geeigneter Quellen, wie z.B. aus Vorschriftendatenbanken, ermitteln.

„An den mit der Berufungseinlegung betrauten Rechtsanwalt sind mit Blick auf die Ermittlung des zuständigen Rechtsmittelgerichts hohe Sorgfaltspflichten zu stellen (BGH ZMR 2010, 774 = WuM 2010, 592). Die Prüfung der Rechtsmittelzuständigkeit obliegt dem Rechtsanwalt und kann von ihm nicht delegiert werden (BGH NJW-RR 2010, 1096 = NZM 2010, 445; BGH NJW 2009, 1750). Bei einer bundesrechtlichen Zuständigkeitsregelung, die abweichende Regelungen durch das Landesrecht zulässt, umfasst die Prüfung auch die Frage, ob das betreffende Land hiervon Gebrauch gemacht hat (BGH NJW-RR 2010, 1096 = NZM 2010, 445 m. w. Nachw.). Ein Rechtsirrtum eines Rechtsanwalts ist regelmäßig nicht unverschuldet. Er muss die Gesetze kennen, die in einer Anwaltspraxis gewöhnlich zur Anwendung kommen (BGH NJW 1993, 2538), oder diese anhand geeigneter Quellen, etwa von Vorschriftendatenbanken (BGH NJW-RR 2010, 1096), ermitteln. Diesen Maßstäben entsprach das Vorgehen der Prozessbevollmächtigten der Bekl. nicht (wird ausgeführt).

Unabhängig davon ist die Prüfung der Zuständigkeit nicht mit der gebotenen Sorgfalt vorgenommen worden. Die Rechtsbeschwerde verweist darauf, dass weder das Rechtsanwaltsprogramm noch Abfragen im Internet einen Hinweis auf die nach § 72 II 2 GVG i. V. mit § 10 der niedersächsischen Verordnung zur Regelung von Zuständigkeiten in der Gerichtsbarkeit und der Justizverwaltung vom 18.12.2009 (NdsZustVO-Justiz) bestehende Rechtsmittelzuständigkeit des LG Aurich ergeben hätten. Die Recherchen anhand der angeführten Quellen genügen jedoch nicht der anwaltlichen Sorgfaltspflicht: Der Ausdruck der Internetabfrage in dem Landesjustizportal eignet sich nicht zur Feststellung, ob die niedersächsische Landesregierung von der nach § 72 II 2 GVG bestehenden Ermächtigung Gebrauch gemacht hat. Die Abfrage wurde unter dem Link „Service“ und dort wiederum unter dem Link „Ratgeber für gerichtliche Verfahren“ vorgenommen. Der ausgedruckte Text enthält eine Kurzdarstellung, die in allgemeiner Natur auch den Rechtsmittelweg erläutert und dort gerade ausführt, dass „im Regelfall“ das für den Sitz des OLG in dem Bezirk zuständige LG das Berufungsgericht ist. Danach ist die Frage, ob und in welcher Weise in Niedersachsen von der Ermächtigung des § 72 II 2 GVG Gebrauch gemacht wurde, völlig offen. Dies gilt auch für die Abfrage im Orts- und Gerichtsverzeichnis. Zu der Rechtsmittelzuständigkeit in Wohnungseigentumssachen für das AG Brake äußert sich dieses Verzeichnis nicht. Eine Erläuterung des verwendeten Rechtsanwaltsprogramms ist nicht erfolgt, so dass schon aus diesem Grund keine Aussage darüber getroffen werden kann, ob dieses in geeigneter und zuverlässiger Weise Auskunft über die Rechtslage in Niedersachsen geben konnte. Das vor diesem Hintergrund gegebene Verschulden ihrer Prozessbevollmächtigten müssen sich die Bekl. zurechnen lassen (§ 85 II ZPO).“ (BGH aaO)

BGB
§ 249 I, II 1

Freistellungsanspruch Erstattung von Rechtsanwaltskosten

BGB

(OLG München in NJOZ 2014, 1234; Urteil vom 23.05.2014 – 10 U 5007/13)

Rechtsanwaltskosten können – ebenso wie bereits angefallene Sachverständigenkosten oder geschätzte Reparaturkosten - **im Schadensersatzprozess geltend gemacht werden**. Der Geschädigte muss sich diesbzgl. **nicht auf einen Freistellungsanspruch** verweisen lassen.

„Dem kann nicht entgegengehalten werden, dass in dem Fall, dass das Gericht nur einen Teil der Ansprüche für gerechtfertigt hält und sich die geltend gemachten vorprozessualen Anwaltskosten sonach als übersetzt erweisen, der Schadensersatzgläubiger mangels entsprechender Rechnungsstellung die Anwaltsgebühren nicht zu entrichten habe und es deshalb an einem ersatzfähigen Schaden fehle. Die Rechnungsstellung nach § 10 I RVG betrifft (nur) die Einforderbarkeit der Vergütung im Verhältnis zum Mandanten des Anwalts (Schneider, RVG, 3. Aufl. 2006, § 10 Rn 1). Sie bedeutet, wie sich aus § 10 III RVG zwingend ergibt, nicht etwa, dass der Anwalt überhaupt keinen materiell-rechtlichen Anspruch hat – dieser entsteht mit dem ersten Tätigwerden des Anwalts und wird gem. § 8 I 1 RVG mit Erledigung des Auftrags bzw. Beendigung der Angelegenheit fällig (vgl. auch Schneider, § 10 Rn 1; Hartmann, Kostengesetze, 39. Aufl. 2009, § 10 RVG Rn 1). § 10 I RVG gilt nicht im Bereich des materiell-rechtlichen Kostenerstattungsanspruchs (BGH NJW 2011, 2509; Schneider, § 10 Rn 11; a. A. LG Bonn AGS 2006; offengelassen von AG Düsseldorf AGS 2004, 191).

Weiter ist zu bedenken, dass bei Zugrundelegung der gegenteiligen Ansicht der Schadensersatzgläubiger einen Befreiungsanspruch gegen den Schädiger hätte (vgl. BGH NJW 1970, 1122; BGH NJW 2011, 2509; AG Düsseldorf AGS 2004, 191; AG Karlsruhe NZV 2005, 326 = SP 2005, 144; BGH ZfS 2005, 309 = AGS 2005, 253 = JurBüro 2005, 194), worauf ihn das Gericht nach § 139 I 2 ZPO hinweisen müsste, um ihm die Möglichkeit der Klageumstellung nach § 264 Nr. 3 ZPO (vgl. RGZ 139, 315; BGHZ 29, 337 = NJW 1959, 886; BGH NJW 1994, 944 = MDR 1994, 1145; OLG Stuttgart NJOZ 2012, 404 = MDR 2011, 1258) zu eröffnen.“ (OLG München aaO)

BGB
§§ 306 III, 307 I 1, 310 III

Eigenkündigung des Arbeitnehmers Verpflichtung zur Erstattung von Fortbildungskosten

BGB

(BAG in DB 2014, 1620; Urteil vom 14.03.2014 – V ZR 115/13)

Unwirksam ist eine **Klausel in AGB**, die die **Rückzahlung von Fortbildungskosten in jedem Fall einer vom Arbeitnehmer ausgesprochenen Kündigung** vorsieht, ohne dabei solche Kündigungen des Arbeitnehmers auszunehmen, die aus Gründen erfolgen, die der Sphäre des Arbeitgebers zuzurechnen sind.

I. Es ist **nicht zulässig**, die **Rückzahlungspflicht des Arbeitnehmers schlechthin an das Ausscheiden aufgrund einer Eigenkündigung des Arbeitnehmers** innerhalb der vereinbarten Bindungsfrist zu **knüpfen**. Vielmehr muss nach dem Grund des vorzeitigen Ausscheidens differenziert werden (so bereits BAGE 118, 36).

1. Eine Rückzahlungsklausel stellt **nur dann eine ausgewogene Gesamregelung dar, wenn es der Arbeitnehmer selbst in der Hand hat, durch eigene Betriebstreu der Rückzahlungsverpflichtung zu entgehen**. Verluste aufgrund von Investitionen, die nachträglich wertlos werden, hat grds. der Arbeitgeber zu tragen.

„Hätte der Arbeitnehmer die in seine Aus- und Weiterbildung investierten Betriebsausgaben auch dann zu erstatten, wenn die Gründe für die vorzeitige Beendigung des Arbeitsverhältnisses ausschließlich dem Verantwortungs- und Risikobereich des Arbeitgebers zuzurechnen sind, würde er mit den Kosten einer fehlgeschlagenen Investition des Arbeitgebers belastet. Sieht eine Vertragsklausel auch für einen solchen Fall eine Rückzahlungspflicht vor, berücksichtigt sie entgegen § 307 I 1 BGB nicht die wechselseitigen Interessen beider Vertragspartner, sondern nur diejenigen des Arbeitgebers.“ (BAG aaO)

2. Nichts anderes gilt, wenn der Arbeitgeber an der weiteren Qualifikation des Arbeitnehmers selbst kein Interesse gehabt haben sollte, denn in diesem Fall wäre die vorgesehene **Bindungsdauer** von vornherein nicht **durch ein billigenwertes Interesse des Arbeitgebers gerechtfertigt**, dass sich die von dem Arbeitnehmer zu erstattenden Fortbildungskosten amortisieren und der Arbeitnehmer seine neu erworbene Qualifikation in seine Tätigkeit einbringt.

„Die Vorteile der Ausbildung und die Dauer der Bindung müssen in einem angemessenen Verhältnis zueinander stehen (BAGE 129, 121). Soweit die Rspr. Regelwerte entwickelt hat, sind diese einzelfallbezogenen Abweichungen zugänglich. Zu berücksichtigen sind auch die Vorteile, die der Arbeitgeber aus der Fortbildung des Arbeitnehmers zu ziehen plant. Das Interesse des Arbeitgebers, der seinem Arbeitnehmer eine Aus- oder Weiterbildung finanziert, geht typischerweise dahin, die vom Arbeitnehmer erworbene Qualifikation möglichst langfristig für seinen Betrieb nutzen zu können (BAGE 109, 345).

Dieses grundsätzlich berechnete Interesse gestattet es dem Arbeitgeber, als Ausgleich für seine finanziellen Aufwendungen von einem sich vorzeitig abkehrenden Arbeitnehmer die Kosten der Ausbildung ganz oder zeitanteilig zurückzuerlangen (BAGE 118, 36).

*Wollte oder konnte die Bekl. die durch die Fortbildung erlangte weitere Qualifikation des Kl. nicht nutzen, kann der **Bleibedruck**, den die Dauer der Rückzahlungsverpflichtung auf den Kl. ausübt und durch den er in seiner durch Art. 12 GG geschützten Kündigungsfreiheit betroffen wird, nicht gegen ein Interesse der Bekl. an einer möglichst weitgehenden Nutzung der erworbenen Qualifikation des Kl. abgewogen werden. Es **fehlt an einer Rechtfertigung der langen Bindungsdauer** (vgl. zur Bindungsdauer bei „normalen“ Sonderzahlungen: HWK/Thüsing, 6. Aufl., § 611 BGB Rn 113 m. w. Nachw.; ErfK/Preis, 14. Aufl., § 611 BGB Rn 550 m. w. Nachw.).*

Der Umstand, dass nach dem Fortbildungsvertrag nicht die Bekl., sondern der Kl. die Verpflichtungen im Rahmen der Fortbildung einging und die Bekl. dem Kl. zur Erfüllung dieser Verpflichtungen über das Kontokorrentkonto einen Kredit einräumte, ist für die Frage der Erstattungspflicht des Klägers ohne Bedeutung. Der Erstattung von Ausbildungskosten sind bei einer solchen Konstruktion dieselben Grenzen wie bei einer unmittelbaren Kostentragung durch den Arbeitgeber gesetzt, wenn ihre Bindungsintensität und -folge denen einer typischen Rückzahlungsvereinbarung entsprechen (vgl. Schmidt NZA 2004, 1002; Preis/Stoffels, Der Arbeitsvertrag, II A 120 Rn 64).“ (BAG aaO)

II. Die Rückzahlungsklausel ist auch nicht lediglich insoweit teilunwirksam, als sie die Rückzahlungsverpflichtung an Gründe im **Risiko- und Verantwortungsbereich des Arbeitgebers** bindet, denen die Klausel ist nicht teilbar (vgl. zur Teilbarkeit: BAGE 118, 36).

*„Eine **ergänzende Vertragsauslegung scheidet aus**. Durch eine solche würde die **Regelung des § 307 BGB unterlaufen** (vgl. BAGE 118, 36). Das Festhalten am Vertrag stellt sich nicht als unzumutbare Härte i. S. des § 306 III BGB für die Bekl. dar. Bei Vertragsschluss im November 2008 konnte auch kein schützenswertes Vertrauen der Bekl. darauf bestehen, die von ihr gewählte Vertragsgestaltung könne einer Inhaltskontrolle standhalten. In der Rspr. war seit langem anerkannt, dass eine vom Arbeitgeber in einem Formulararbeitsvertrag aufgestellte Klausel, nach welcher der Arbeitnehmer vom Arbeitgeber getragene Ausbildungskosten bei Beendigung des Arbeitsverhältnisses ohne jede Rücksicht auf den Beendigungsgrund zurückzahlen muss, unwirksam ist, weil sie den Arbeitnehmer benachteiligt.“ (BAG aaO)*

BGB
§ 985

Auskunftsanspruch
Trotz Einwand der Unterhaltsverwirkung

BGB

(KG in MDR 2014, 838; Beschluss vom 21.03.2014 – 17 WF 65/14)

Bei einem **Stufenantrag** muss der Unterhaltspflichtige regelmäßig **auch dann Auskunft über seine Einkommens- und Vermögensverhältnisse erteilen, wenn** er beabsichtigt, in der Leistungsstufe den **Einwand der Unterhaltsverwirkung** nach § 1579 BGB zu erheben.

*„Richtig ist zwar der Ausgangspunkt der Beschwerde, wonach ein **Auskunftsanspruch dann nicht besteht, wenn feststeht, dass die zu erteilende Auskunft den Unterhaltsanspruch unter keinem denkbaren Gesichtspunkt beeinflussen kann** (vgl. nur Büte/Poppen/Menne-Büte, Unterhaltsrecht [2. Aufl. 2009], § 1605 Rn 7). Für den Fall, dass der auf Auskunft in Anspruch genommene Beteiligte sich mit dem Einwand der Unterhaltsverwirkung verteidigt, ist aber anerkannt, dass die Auskunftspflicht nur dann entfällt, wenn Umstände vorliegen, die auch ohne Einbeziehung der Einkommens- und Vermögensverhältnisse den **Unterhaltsanspruch zweifelsfrei entfallen** lassen (vgl. BGH FamRZ 1983, 996; Büte/Poppen/Menne-Büte, Unterhaltsrecht [2. Aufl. 2009], § 1605 Rn 7).*

*Unabhängig hiervon bedarf es der Kenntnis der wirtschaftlichen Verhältnisse des Pflichtigen aber auch deshalb, weil eine Verwirkung i. S. des § 1579 BGB, selbst wenn einer der im Gesetz (§ 1579 Nr. 2 bis 8 BGB) genannten Gründe vorliegen sollte, nicht automatisch zu einem Wegfall der Unterhaltspflicht führt, sondern lediglich den Weg zu einer **Ermessensentscheidung** öffnet, bei der unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalles der Unterhaltsanspruch herabzusetzen, zu versagen oder zeitlich zu begrenzen ist. Zu den danach maßgeblichen Gesichtspunkten gehört aber u.a. auch die Frage, wie sehr der Unterhaltspflichtige durch die Unter-*

haltsforderung belastet wird (vgl. Eschenbruch/Schürmann/Menne-Eschenbruch, Der Unterhaltsprozess [6. Aufl. 2013], Kap. 1 Rn 1714; Palandt/Brudermüller, BGB [73. Aufl. 2014], § 1579 Rn 38: "... nach Maßgabe des Grades der wirtschaftlichen Belastung des Verpflichteten ...").

Entsprechendes gilt auch für die weiteren, in § 1579 BGB genannten Tatbestände; auch insoweit bedarf es, bevor eine (ganz oder teilweise) Unterhaltsverwirkung bejaht werden kann, stets der Kenntnis der wirtschaftlichen Verhältnisse auch des Unterhaltspflichtigen, um die Rechtsfolgen eines eventuellen, vom Antragsgegner behaupteten Verstoßes gegen § 1579 Nr. 2 bis 8 BGB beurteilen und einschätzen zu können (vgl. Palandt/Brudermüller, BGB [73. Aufl. 2014], § 1579 Rn 36).“ (KG aaO)

BGB
§§ 987 I, 988, 346

Anspruch auf Herausgabe von Nutzungen Schadensschätzung

BGB

(OLG Koblenz in MDR 2014, 770; Beschluss vom 12.03.2014 – 3 U 1448/13)

Ist ein **Anspruch auf Herausgabe der Nutzungen eines Pkw** gegeben, so kann die **Höhe des Anspruchs** unter Berücksichtigung der richterlichen Freischätzung gem. § 287 ZPO **nach der Formel Gebrauchsvorteil = (Bruttoverkaufspreis x gefahrene Kilometer): erwartete Gesamtfahrleistung** bestimmt werden. Die Berechnungsansätze der sog. **Schwacke-Liste** sind **nicht in Anwendung** zu bringen.

„Zutreffend [ist] bei der Bemessung des Wertersatzes der Eigennutzung eines Pkw's im Rahmen von § 987 I und § 988 BGB auf die zu § 346 BGB entwickelten Grundsätze abgestellt. Unter Berücksichtigung der richterlichen Freischätzung nach § 287 ZPO ist der ausgleichspflichtige Gebrauchsvorteil nach der Formel:

Gebrauchsvorteil = (Bruttoverkaufspreis x gefahrene Kilometer): erwartete Gesamtfahrleistung

zu bestimmen (vgl. Staudinger/Kaiser, BGB, 2012, § 346 Rn. 255).

Zutreffend berücksichtigt dabei das Landgericht, dass es sich hier um ein Gebrauchtfahrzeug handelt, so dass neben der zu erwartende Gesamtfahrleistung die während der Besitzzeit der Bekl. zurückgelegten Kilometer maßgebend sind. Der Senat teilt die Auffassung des Landgerichts, dass das von der Kl. zu fordernde Nutzungsentgelt nicht nach der Schwacke-Liste zu bemessen ist.“ (OLG Koblenz aaO)

VwGO
§ 162 II

Hochschulverfahren Zulässige Hinzuziehung eines Rechtsanwalts

VwGO

(OVG Hamburg in NVwZ-RR 2014, 630; Beschluss vom 03.02.2014 – 3 Nc 2/13)

Die **Hinzuziehung eines Rechtsanwaltes für die Durchführung eines Widerspruchsverfahrens** gegen die Ablehnung der Zulassung zum Studium ist **notwendig** i. S. des § 162 II VwGO, **wenn** nach Abschluss des auf vorläufige Zulassung zum Studium gerichteten Verfahrens des vorläufigen Rechtsschutzes das **Widerspruchsverfahren nicht nur formal betrieben, sondern qualifiziert begründet werden soll oder muss**, weil die Hochschule deutlich gemacht hat, dass sie eine (endgültige) Zulassung zum Studium vorzunehmen nicht bereit ist.

„Zwar ist nach der **st. Rspr. des Senats** (vgl. OVG Hamburg NordÖR 2000, 155), die **Zuziehung eines Bevollmächtigten im Streit um die Zuweisung eines Studienplatzes für das Vorverfahren regelmäßig nicht notwendig** i. S. des § 162 II 2 VwGO bzw. des § 80 II HmbVwVfG, weil sich die Bedeutung des Widerspruchs im Regelfall darin erschöpft, den Eintritt der Bestandskraft des Ablehnungsbescheides zu verhindern und es einem Studienplatzbewerber zumutbar ist, einen solchen Widerspruch auch ohne anwaltliche Hilfe zu erheben.

Anders stellt sich die Sachlage aber dar, **wenn nach Abschluss des auf vorläufige Zulassung zum Studium gerichteten Verfahrens des vorläufigen gerichtlichen Rechtsschutzes das Widerspruchsverfahren nicht nur formal betrieben werden soll oder muss**, weil die Hochschule deutlich gemacht hat, dass sie auch nach der Entscheidung im Verfahren des vorläufigen Rechtsschutzes eine (endgültige) Zulassung zum Studium vorzunehmen nicht bereit ist. Solches ist regelmäßig dann anzunehmen, wenn das Verfahren des vorläufigen Rechtsschutzes (im Ergebnis) keinen Erfolg hatte. Aber auch dann, wenn die Hochschule, die eine Zulassung zum Studium aufgrund einer einstweiligen Anordnung unter dem Vorbehalt der Vorläufigkeit vorgenommen hat, diesen Vorbehalt nach der Rückmeldung zum Folgesemester nicht von sich aus auflöst und eine endgültige Zulassung ausspricht, ist solchem Verhalten ihr Wille zu entnehmen, dass sie ohne Verpflichtung in einem Hauptsacheverfahren zur endgültigen Zulassung in dem Studienfach nicht bereit ist.

Bei solcher Sachlage, die eine **inhaltliche Begründung des Widerspruchs** und damit die Darlegung **erfordert**, weshalb der geltend gemachte Anspruch auf Zulassung zum Studium entgegen der Ansicht der Hochschule besteht, ist es dem Studienplatzbewerber nicht (mehr) zumutbar, das Vorverfahren ohne anwaltliche Hilfe zu betreiben. Denn zum einen handelt es sich bei dem dann inhaltlich zu beurteilenden Hochschulzulassungsrecht um eine **rechtliche Spezialmaterie**, bei der anwaltliche Hilfe zu suchen grds. nahe liegt, zum anderen erhält das Widerspruchsverfahren gegen die Versagung der Zulassung zum Studium für den Bewerber dann erhebliche Bedeutung, wenn es, ggf. nach Ausschöpfung des gerichtlichen Eilverfahrens, die einzige Möglichkeit ist, den geltend gemachten Anspruch gegenüber der Hochschule durchzusetzen.“ (OVG Hamburg aaO)

AO
§ 287 IV

Antrag auf Erlass einer richterlichen Durchsuchungsanordnung Kein Formularzwang im Verwaltungsvollstreckungsverfahren

AO

(BGH in Rpfleger 2014, 436 = MDR 2014, 801; Beschluss vom 20.03.2014 – VII ZB 64/13)

Der **Formularzwang nach § 758a VI ZPO i. V. mit §§ 1, 3 ZVfV** gilt nicht für **Anträge auf Erlass einer richterlichen Durchsuchungsanordnung im Verwaltungsvollstreckungsverfahren** nach § 287 IV AO.

„§ 287 AO sollte der Anpassung an den neu eingeführten § 758a ZPO dienen (BT-Drucks. 13/9088, S. 25). Er beinhaltet eine eigenständige, neben § 758a ZPO stehende Regelung der Wohnungsdurchsuchung im Rahmen der Verwaltungsvollstreckung nach der Abgabenordnung. Einen Verweis auf § 758a ZPO enthält § 287 AO, anders als bspw. § 6 JBeitrO, nicht. Während der Gesetzgeber in anderen vollstreckungsrechtlichen Regelungen der Abgabenordnung Verweise auf zivilprozessuale Vorschriften aufgenommen hat, z.B. §§ 262 bis 266 AO, §§ 295, 308, 309, 314, 316 AO sowie §§ 319 bis 322 AO, hat er im Rahmen des § 287 AO davon abgesehen. § 287 IV 3 AO regelt lediglich die Zuständigkeit der Amtsgerichte für den Erlass einer Durchsuchungsanordnung. Dies hat zur Folge, dass das Amtsgericht das Verfahrensrecht der Zivilprozessordnung, nicht hingegen das der Finanzgerichtsordnung anzuwenden hat (Zöller/Stöber, ZPO, 30. Aufl., § 758a Rn 44). Daraus ist jedoch mangels eines ausdrücklichen Verweises in § 287 AO nicht abzuleiten, dass die **strenge Formvorschrift des § 758a VI ZPO** auch auf einen Antrag auf richterliche Anordnung einer Wohnungsdurchsuchung im Rahmen der Verwaltungsvollstreckung nach der Abgabenordnung anzuwenden ist.

Gegen eine Anwendbarkeit der §§ 1, 3 ZVFV auf Finanzbehörden spricht auch der in der **Gesetzesbegründung** zur Zwangsvollstreckungsformularverordnung zum Ausdruck kommende **Wille des Verordnungsgebers** sowie die **äußere Gestaltung des Antragsformulars** selbst. Die Gesetzesbegründung benennt die Durchsuchungsanordnung nach § 758a ZPO, nicht hingegen diejenige nach § 287 AO (BR-Drucks. 326/12, S. 1). Das Antragsformular nach Anlage 1 zu § 1 ZVFV ist nicht auf einen Antrag der Finanzbehörden zugeschnitten. Auf Seite 1 des Formulars ist lediglich der Durchsuchungsbeschluss nach § 758a ZPO aufgeführt. Auf Seite 2 sind als Antragsteller nur "Herrn/Frau/Firma", nicht hingegen Behörden genannt. Zudem enthält das Formular auf Seite 2 den vorgegebenen Textbaustein: "(...) der zuständige Gerichtsvollzieher (...)". Eine Möglichkeit, stattdessen den Vollziehungsbeamten einzutragen, sieht das Formular nicht vor.“ (BGH aaO)

Steuerrecht

ESTG

§§ 9 V, 4 V 1 Nr. 6b S. 1, 2 u. 3

Häusliches Arbeitszimmer

Poolarbeitsplatz

SteuerR

(BFH in NJW 2014, 2143; Urteil vom 26.02.2014 – VI R 37/13)

Ein **Poolarbeitsplatz**, bei dem sich acht Mitarbeiter drei Arbeitsplätze teilen, steht nicht als ein „anderer Arbeitsplatz“ i. S. von § 9 V i. V. mit § 4 V 1 Nr. 6b S. 2 EStG zur Verfügung, wenn er zur Erledigung der Innendienstarbeiten nicht in dem erforderlichen Umfang genutzt werden kann. In einem solchen Fall sind die **Aufwendungen eines Steuerpflichtigen** für das häusliche Arbeitszimmer **als Werbungskosten zu berücksichtigen**.

- I. Gem. **§ 9 V i. V. mit § 4 V 1 Nr. 6b S. 1 EStG** kann ein Steuerpflichtiger Aufwendungen für ein häusliches Arbeitszimmer nicht als Werbungskosten abziehen. Dies gilt jedoch dann nicht, wenn für die betriebliche oder berufliche Tätigkeit kein anderer Arbeitsplatz zur Verfügung steht (§ 4 V 1 Nr. 6b S. 2 EStG).

In diesem Fall wird die **Höhe der abziehbaren Aufwendungen auf 1.250 Euro begrenzt**; die **Beschränkung der Höhe nach gilt nicht, wenn das Arbeitszimmer den Mittelpunkt der gesamten betrieblichen und beruflichen Betätigung bildet** (§ 4 V 1 Nr. 6b S. 3 EStG).

- II. „**Anderer Arbeitsplatz**“ i. S. des **§ 4 V 1 Nr. 6b S. 2 EStG** ist grds. jeder Arbeitsplatz, der zur Erledigung büromäßiger Arbeiten geeignet ist. Weitere Anforderungen an die Beschaffenheit des Arbeitsplatzes sind nicht zu stellen.

„Die Abzugsbeschränkung setzt insbesondere keinen eigenen, räumlich abgeschlossenen Arbeitsbereich voraus. Auch ein Raum, den sich der Steuerpflichtige mit weiteren Personen teilt, kann ein anderer Arbeitsplatz i. S. der Abzugsbeschränkung sein. So hat der Senat bereits entschieden, dass ein Arbeitsplatz in einem Großraumbüro auch dann „ein anderer Arbeitsplatz“ i. S. des § 4 V 1 Nr. 6b S. 2 EStG ist, wenn er dem Steuerpflichtigen nicht individuell zugeordnet ist (BFHE 203, 130 = NJW 2003, 3798). Entsprechendes gilt für einen Poolarbeitsplatz.“ (BFH aaO)

- III. Der andere Arbeitsplatz steht aber nur dann „für die betriebliche oder berufliche Tätigkeit ... zur Verfügung“, wenn ihn der Steuerpflichtige in dem konkret erforderlichen Umfang und in der konkret erforderlichen Art und Weise **tatsächlich nutzen** kann.

„Denn nur dann ist der Steuerpflichtige nicht auf das häusliche Arbeitszimmer angewiesen. Muss er hingegen dort einen **nicht unerheblichen Teil seiner beruflichen Tätigkeit verrichten**, weil er seinen Arbeitsplatz nur eingeschränkt nutzen kann, kommt das Abzugsverbot des § 9 V i. V. mit § 4 V 1 Nr. 6b S. 1 EStG nach seinem Sinn und Zweck nicht zum Tragen. Denn auch in einem solchen Fall ist das häusliche Arbeitszimmer notwendig und er **kann sich diesen Aufwendungen nicht entziehen** (BFHE 203, 130 = NJW 2003, 3798; BFHE 235, 372 = NJW 2012, 639 = NZA-RR 2012, 89 m. w. Nachw.).“ (BFH aaO)

- IV. Allerdings ist eine „**jederzeitige Zugriffsmöglichkeit**“ auf den anderen Arbeitsplatz **nicht zwingende Voraussetzung des beschränkten Werbungskostenabzugs**.

„Dies folgt schon aus dem **Wortlaut des § 4 V 1 Nr. 6b S. 2 EStG**, der nicht auf eine „jederzeitige Verfügbarkeit“ des anderen Arbeitsplatzes abstellt, sondern auf eine Verfügbarkeit „für die betriebliche oder berufliche Tätigkeit“. Daher kann grds. auch ein Poolarbeitszimmer als ein anderer Arbeitsplatz i. S. des § 4 V 1 Nr. 6b S. 2 EStG zur Verfügung stehen, wenn bei diesem nach den tatsächlichen Gegebenheiten insbesondere durch eine ausreichende Anzahl an Poolarbeitsplätzen, ggf. ergänzt durch arbeitgeberseitig organisierte dienstliche Nutzungseinteilungen, gewährleistet ist, dass der Arbeitnehmer seine beruflichen Tätigkeiten in dem konkret erforderlichen Umfang dort erledigen kann.“ (BFH aaO)

ESTG

§§ 9 V, 4 V 1 Nr. 6

Häusliches Arbeitszimmer

Telearbeitsplatz

SteuerR

(BFH in NJW 2014, 2142; Urteil vom 26.02.2014 – VI R 40/12)

Grds. **kann** auch ein **Telearbeitsplatz**, d. h. ein Raum, in dem ein Steuerpflichtiger zu Hause einen Arbeitsplatz unterhält, **dem Typus des häuslichen Arbeitszimmers entsprechen**.

Fall: Die Kl. sind zusammen zur Einkommensteuer veranlagte Eheleute. Der Kl. war im Streitjahr als Oberregierungsrat beim X.-Amt in W. nichtselbstständig beschäftigt. Als Werbungskosten machte er neben Aufwendungen für Fahrten zwischen der Wohnung und der Arbeitsstätte Kosten für ein Arbeitszimmer i. H. von 509 Euro (11 % der Hausfläche) geltend. Er legte dazu eine „Einvernehmliche Anordnung“ zwischen ihm und seinem Dienstherrn über die Einrichtung eines Telearbeitsplatzes vor. Danach verpflichtete sich der Kl., in seiner Wohnung einen geeigneten Arbeitsbereich zur Verfügung zu stellen und Beauftragten seines Dienstherrn nach Ankündigung den Zutritt zu gestatten. Von der regelmäßigen wöchentlichen Arbeitszeit sollten 24 Stunden (Dienstag, Mittwoch und Donnerstag) in der Dienststelle, die restliche Arbeitszeit zu Hause abgeleistet werden. Der Telearbeitsplatz sollte vom Dienstherrn in Absprache mit dem Kl. eingerichtet und vom Dienstherrn mit Arbeitsmitteln ausgestattet werden; eine Kostenerstattung für Raumnutzung, Energie und Mobiliar war nicht vorgesehen. Auf Anfrage des Kl. versagte der Arbeitgeber eine Bestätigung des Inhalts, dass dem Kl. sein Büro an den Heimarbeitstagen nicht zur Verfügung stehe. Eine solche Vereinbarung für Telearbeiter, die eine solche Bestätigung rechtfertige, gebe es nicht. Der Bkl. (das Finanzamt) berücksichtigte die Aufwendungen für das Arbeitszimmer nicht.

- I. Der **im Gesetz nicht näher bestimmte Begriff des häuslichen Arbeitszimmers** erfasst nach der mittlerweile **st. Rspr. des BFH** das häusliche Büro, d. h. einen Arbeitsraum, der seiner Lage, Funktion und Ausstattung nach in die häusliche Sphäre des Steuerpflichtigen eingebunden ist und vorwiegend der Erledigung gedanklicher, schriftlicher oder verwaltungstechnischer Arbeiten dient (st. Rspr., vgl. BFHE 236, 92 = BStBl. II 2012, 236 = NJW 2012, 703 = NZA-RR 2012, 143 m. w. Nachw.). Der Nutzung entsprechend ist das häusliche Arbeitszimmer

typischerweise mit Büromöbeln eingerichtet, wobei der Schreibtisch regelmäßig das zentrale Möbelstück darstellt (BFHE 201, 27 = BStBl. II 2003, 185 = NJW 2003, 693; BFHE 205, 46 = BStBl. II 2005, 203 = DStRE 2004, 676 = NJW 2004, 2264).

Anderes gilt für Räumlichkeiten, die ihrer Ausstattung und Funktion nach nicht einem Büro entsprechen. Solche Räume sind nicht dem Typus des häuslichen Arbeitszimmers zuzuordnen. Dies gilt auch dann, wenn sie nach ihrer Lage mit dem Wohnraum des Steuerpflichtigen verbunden und deswegen in dessen häusliche Sphäre eingebunden sind.

Von der Rspr. dazu bisher entschiedene Fälle betrafen Lager, Werkstätten, Arztpraxen oder Ausstellungsräume (BFH BFH/NV 2003, 1163; BFHE 200, 336 = NJW 2003, 604; BFHE 205, 46 = DStRE 2004, 676 = NJW 2004, 2264; BFHE 201, 166 = DStR 2003, 589 = NJW 2003, 2936; BFH BFH/NV 2003, 1560 = BeckRS 2003, 25002419; BFHE 201, 27 = NJW 2003, 693; BFHE 204, 176 = DStR 2004, 415 = NJW 2004, 1268).

Im Einzelfall ist das häusliche Arbeitszimmer von anderen beruflich oder betrieblich genutzten Zimmern im häuslichen Bereich auf Grund einer **Gesamtwürdigung der Umstände des Einzelfalls** abzugrenzen (BFHE 201, 27 = NJW 2003, 693). Ist eine Zuordnung zum Typus des häuslichen Arbeitszimmers nicht möglich, so sind die durch die berufliche Nutzung veranlassten Aufwendungen grds. unbeschränkt als Werbungskosten gem. § 9 I 1 EStG abziehbar, sofern die betreffenden Räumlichkeiten nahezu ausschließlich beruflich genutzt werden (BFHE 205, 46 = DStRE 2004, 676 = NJW 2004, 2264; BFHE 216, 110 = BStBl. II 2007, 304 = NZM 2007, 457).

- II. Im hier vorliegenden Streitfall ist indes in Anbetracht der **Vereinbarungen im Hinblick auf die Einrichtung des Telearbeitsplatzes** kein häusliches Arbeitszimmer vorhanden.

*„Denn der Raum wird vom Kl. i. S. der vorgenannten Rechtsgrundsätze **büromäßig genutzt** und **dient der Erledigung gedanklicher, schriftlicher und verwaltungstechnischer Arbeiten**. Der als Arbeitszimmer genutzte Raum zu Hause weist auch ansonsten keine Besonderheiten auf, die den Raum nicht als typisches häusliches Arbeitszimmer erscheinen ließen. Auch mit Blick auf den Arbeitsplatz in der Dienststelle folgt nichts anderes. Denn nach den Feststellungen war es dem Kl. weder untersagt, seinen Arbeitsplatz dort auch an den eigentlichen häuslichen Arbeitstagen zu nutzen, noch war der in der Dienststelle zur Verfügung gestellte Arbeitsplatz hinsichtlich der Nutzung eingeschränkt. Dementsprechend war der Arbeitgeber nach den Feststellungen des FG auch nicht bereit, für steuerliche Zwecke eine Bestätigung darüber zu erteilen, dass der Kl. an seinen Telearbeitstagen kein Büro zur Verfügung habe.“* (BFH aaO)

- III. Ein Werbungskostenabzug lässt sich vorliegend auch nicht unmittelbar auf § 9 V i. V. mit § 4 V 1 Nr. 6 b S. 2, 3 EStG mit der Annahme stützen, dass dem Kl. ein anderer Arbeitsplatz i. S. dieser Vorschrift nicht zur Verfügung gestanden habe.

*„Denn ein solcher **„anderer Arbeitsplatz“** ist **grds. jeder Arbeitsplatz, sofern er zur Erledigung büromäßiger Arbeiten geeignet ist** (vgl. BFHE 203, 130 = BStBl. II 2004, 78 = NJW 2003, 3798). Dazu muss dieser andere Arbeitsplatz allerdings so beschaffen sein, dass der Steuerpflichtige auf das häusliche Arbeitszimmer nicht angewiesen ist. Deshalb steht der andere Arbeitsplatz nur dann **„für die betriebliche oder berufliche Tätigkeit ... zur Verfügung“**, wenn ihn der Steuerpflichtige in dem konkret erforderlichen Umfang und in der konkret erforderlichen Art und Weise tatsächlich nutzen kann (vgl. BFHE 203, 130 = BStBl. II 2004, 78 = NJW 2003, 3798).*

*Daran gemessen tragen die **Dienstvereinbarungen** über die Einrichtung des Telearbeitsplatzes weder nach ihrem unmittelbaren Wortlaut noch nach ihrem Sinn und Zweck die Annahme, dass dem Kl. am Dienstsitz kein anderer Arbeitsplatz im vorgenannten Sinne zur Verfügung gestanden habe. Denn dieser Annahme stehen die Feststellungen entgegen, dass es dem Kl. nicht untersagt war, seinen dienstlichen Arbeitsplatz auch an den häuslichen Arbeitstagen weiterhin zu nutzen, dass der dienstliche Arbeitsplatz hinsichtlich dessen Nutzung nicht eingeschränkt war und der Arbeitgeber Gegenteiliges auch nicht bestätigen konnte.“* (BFH aaO)

BGB
§§ 280, 249

Steuerberaterhaftung
Geltung des Anscheinsbeweises

BGB

(BGH in ZIP 2014, 1490; Beschluss vom 15.05.2014 – IX ZR 267/12)

Bei der **Steuerberaterhaftung** bestimmen sich **Beweiserleichterungen für den Ursachenzusammenhang** zwischen Pflichtverletzung und Schaden nach den **Grundsätzen des Anscheinsbeweises**.

- I. Nach der **st. Rspr. des BGH** (BGHZ 123, 311) handelt es sich in Fällen der Rechtsberaterhaftung um einen Anwendungsfall des Anscheinsbeweises. Vorauszusetzen ist demnach ein Sachverhalt, der nach der Lebenserfahrung aufgrund objektiv deutlich für eine bestimmte Reaktion sprechender Umstände einer typisierenden Betrachtungsweise zugänglich ist. Dies ist anzunehmen, wenn bei zutreffender rechtlicher Beratung vom Standpunkt eines vernünftigen Betrachters aus allein eine Entscheidung nahe gelegen hätte (BGH WM 2000, 1351; BGH WM 2008, 1042; BGH WM 2009, 715; st. Rspr.).
- II. **Hieran ist auch nach der auf anderem Gebiet ergangenen neueren Rspr. zum aufklärungsrichtigen Verhalten festzuhalten.** Dies gilt auch für die neueren Entscheidungen zur Anlageberatungshaftung (BGHZ 193, 159; BGH BKR 2013, 212; vgl. auch Schwab NJW 2012, 3274).

*„Danach besteht zu Lasten des Anlageberaters **eine zur Beweislastumkehr führende widerlegbare tatsächliche Vermutung**, dass der Schaden bei pflichtgemäßer Aufklärung nicht eingetreten wäre. Sie wird mit dem besonderen Schutzzweck der Aufklärungspflicht gerechtfertigt und greift auch dann ein, wenn der pflichtgemäß aufgeklärte Anleger verschiedene Handlungsalternativen gehabt hätte. Auf Umstände, die nach der Lebenserfahrung **typischerweise die Annahme eines bestimmten Geschehensablaufs** rechtfertigen, ist diese Rspr. wegen ihrer Begründung aus dem Schutzzweck der verletzten Pflicht nicht angewiesen.*

Mit dem Ansatz einer widerlegbaren tatsächlichen Vermutung hat sich der Senat schon in seinem Grundsatzurteil vom 30. September 1993 auseinandergesetzt und entschieden, dass nur die Grundsätze des Anscheinsbeweises zu einer angemessenen Risikoverteilung zwischen rechtl. Berater und Mandanten führen. Daran wird festgehalten.“ (BGH aaO)

Weitere Schrifttumsnachweise

I. Zivilrecht

1. **Stamm:** Kehrtwende des BGH bei der Bekämpfung der Schwarzarbeit (NJW 2014, 2145)
 Bespr. der Entsch. BGH NJW 2014, 1805, wonach die Protagonisten einer **Schwarzgeldabrede** künftig nicht mehr auf gerichtliche Hilfe rechnen können, wenn das Schwarzgeldgeschäft misslingt; spiegelbildlich zu der durch § 134 BGB unterbundenen Vertragsabwicklung ist mittels § 817 S. 2 BGB eine **Rückabwicklung gesperrt**. - Diese Entscheidung hat **Signalwirkung für sämtliche § 817 BGB betreffenden Fallkonstellationen**: Sie betont die generalpräventiven Wirkungen des § 134 BGB und leitet zu einem ganzheitlichen Verständnismodell über, das für individuelle Parteiinteressen keinen Raum mehr lässt.
2. **Witt:** Aus- und Einbaukosten in der Sachmängelhaftung bei einem Kaufvertrag zwischen Unternehmen (NJW 2014, 2156)
 Bespr. der Entsch. BGH NJW 2014, 2183 - Der **Regress nach § 478 BGB** setzt stets einen **Verbrauchsgüterkauf**, d. h. den Weiterverkauf an einen Verbraucher, voraus; ein Regress ist nicht zugelassen, wenn gar kein Kauf-, sondern ein Werkvertrag vorliegt. - Dass der BGH in einem obiter dictum seine – fragwürdige – Rspr. zu § 278 BGB, wonach der **Hersteller der Kaufsache nicht Erfüllungsgehilfe des Händlers** ist, der die Sache an seinen Kunden verkauft, auf den Werklieferungsvertrag überträgt, vermag nach Ansicht des Autors angesichts der Nähe dieser Vertragsart zum Werkvertrag nicht zu überzeugen. - **Praktische Konsequenz** des Ausspruchs ist, dass der **Werklieferer mangels Verschuldenszurechnung eine vertragliche Schadensersatzhaftung nicht zu fürchten braucht, wenn er Vorleistungen auf externe Personen auslagert**.
3. **Borges:** Die Haftung des Internetanschlusshabers für Urheberrechtsverletzungen durch Dritte (NJW 2014, 2305)
 Besprechung der Entsch. BGH NJW 2014, 2360 und BGH NJW 2013, 1441 - Die Wertung des BGH, dass der **Internetanschlusshaber grds. nicht dazu verpflichtet** ist, **Ehegatten und volljährige Kinder**, denen er die Nutzung eines Internetanschlusses zur Verfügung stellt, **zu belehren**, ist jedenfalls **auf alle volljährigen Personen zu übertragen**: Bei diesen fehlt es grds. an einer Belehrungspflicht des Anschlussinhabers, da von einem Verständnis hinsichtlich der Unzulässigkeit von Rechtsverletzungen per Internet ausgegangen werden kann. - Offen ist neben weiteren Fallgruppen vor allem die **Bedeutung der Haftungsbeschränkung des § 8 TMG** und des diesem zu Grunde liegenden Art. EWG RL 2000 31 Artikel 12 E-Commerce-Richtlinie.
4. **Dzida:** Tat- und Verdachtskündigung bei komplexen Sachverhalten (NZA 2014, 809)
Bei komplexen Sachverhalten der Wirtschaftskriminalität in Unternehmen beginnt die Frist des § 626 II BGB erst dann, wenn das gesamte Netz von Compliance-Verstößen aufgedeckt ist, was i. d. R. erst bei Vorlage des Untersuchungsberichts der Fall ist; dies gilt auch dann, wenn ein Arbeitnehmer während der Ermittlungen ein erschöpfendes Geständnis ablegt. - Bei komplexen Sachverhalten, die mit komplexen Rechtsfragen verbunden sind, wird der **Beginn der Frist des 626 II BGB dadurch gehemmt, dass der Arbeitgeber Rechtsrat einholt**, um bewerten zu lassen, ob die bislang ermittelten Tatsachen die beabsichtigte Kündigung tragen oder weitere Aufklärungsmaßnahmen unternommen werden müssen. - Bei komplexen Sachverhalten ist der Beginn der Frist des § 626 II BGB gehemmt, solange der Kündigungsberechtigte die zur Aufklärung des Kündigungssachverhalts nach pflichtgemäßem Ermessen notwendig erscheinenden Maßnahmen mit der gebotenen Eile durchführt, auch wenn diese deutlich länger als zwei oder drei Monate dauern. - **Auch bei komplexen Sachverhalten ist es nicht erforderlich, dem Arbeitnehmer im Rahmen der Anhörung vor Ausspruch der Verdachtskündigung eine schriftliche Darstellung der Vorfälle**, auf die der Arbeitgeber seinen Verdacht stützt, **zu übersenden**; kann sich der Arbeitnehmer im Anhörungstermin nicht zu dem Sachverhalt äußern, weil er hierzu seine Unterlagen einsehen müsste, und bietet er an, dies zur Sachverhaltsaufklärung zu tun, muss der Arbeitgeber einen weiteren Anhörungstermin anberaumen.
5. **Nietsch:** Schadensersatz beim Deckungskauf trotz Erfüllung (NJW 2014, 2385)
Problemstellung: Muss der **Gläubiger im Rahmen eines verzugsbedingten Deckungskaufs Mehrkosten aufwenden**, stellt sich die **Frage, unter welchen Voraussetzungen er** deswegen vom Schuldner **Schadensersatz fordern kann**; Bedeutung hat diese Frage insbesondere dann, wenn er am Vertrag festhalten möchte; es stellt sich die Frage, ob ein Schadensersatzanspruch neben dem Erfüllungsanspruch besteht oder ob zwischen beiden eine Wahl getroffen werden muss. – Der **BGH** hat die **Mehrkosten eines Deckungskaufs** jüngst **als Schaden statt der Leistung eingeordnet** und daraus gefolgert, dass ein Ersatz neben der Erfüllung nicht in Betracht kommt, da der Gläubiger sonst durch einen Ersatzanspruch schadensrechtlich bereichert werden könnte.
6. **Kirchheim:** Die Störung der Hauptverhandlung durch in §§ 177, 178 GVG nicht genannte, an der Hauptverhandlung beteiligte Personen (NSTz 2014, 431)
Problemstellung: **Adressaten von Maßnahmen nach §§ 177, 178 GVG können nur Parteien, Beschuldigte, Zeugen, Sachverständige oder bei der Verhandlung nicht beteiligte Personen sein**; wird die Hauptverhand-

lung durch andere an der Verhandlung beteiligte Personen, insbesondere Verteidiger oder Staatsanwälte, gestört, sind diese **Vorschriften – auch in Extremfällen – nicht anwendbar**. – Wird die Hauptverhandlung durch in §§ 177, 178 GVG nicht genannte Verfahrensbeteiligte in schwerwiegender Weise gestört, müssen der Vorsitzende bzw. das Gericht im Interesse der **Funktionsfähigkeit der Rechtspflege** im konkreten Einzelfall in die Lage versetzt werden, zeitnah und effektiv den ordnungsgemäßen Fortgang der Hauptverhandlung sicherzustellen. – Aus der „**Roben-Rspr.**“ des BVerfG, des BGH und der OLG, die zu Verstößen gegen die Pflicht zum Tragen der Berufstracht ergangen ist, folgt, dass **Verfahrensbeteiligte**, die die Ordnung der Sitzung stören, **durch eine Anordnung nach § 176 GVG zurückgewiesen** werden können; dadurch verlieren sie ihre Stellung als an der Sitzung Beteiligte, so dass – wenn sie weiterhin stören – gegen sie Maßnahmen nach §§ 177, 178 GVG ergriffen werden könnten. – Nach der hier vertretenen Auffassung ist die Zurückweisung von Verfahrensbeteiligten auf der Grundlage des geltenden Rechts indes abzulehnen, da hierfür derzeit **keine ausreichende gesetzliche Rechtsgrundlage** existiert; angesichts der abschließenden Regelungen in §§ 177, 178 GVG kann eine Zurückweisung insbesondere nicht auf § 176 GVG gestützt werden; de lege ferenda sollte nach Auffassung des Autors jedoch eine Rechtsgrundlage für die Zurückweisung von Verfahrensbeteiligten geschaffen werden, denn dieses Instrument werde zum einen den Bedürfnissen der Praxis gerecht, zum anderen lasse es sich so ausgestalten, dass sowohl die verfahrensrechtliche Stellung der Adressaten als auch die betroffenen verfassungsrechtlichen Belange angemessen berücksichtigt werden.

II. Strafrecht

1. **Landau:** Das Urteil des Zweiten Senats des BVerfG zu den Absprachen im Strafprozess vom 19.03.2013 (NSTZ 2014, 425)

Bespr. der Entsch. BGH NJW 2013, 1058

2. **Fromm:** Neues zur „Umbeordnung“ des Pflichtverteidigers (NJOZ 2014, 1081)

Die **Pflichtverteidigung hat sich erübrigt, wenn der Beschuldigte einen anderen Verteidiger mit seiner Vertretung beauftragt** hat und dieser die Wahl annimmt; in diesem Falle ist die Bestellung des Officialverteidigers zwingend zurückzunehmen. – Auf Grund der **Gefahr des faktischen Unterlaufens der freien Verteidigerwahl** im Falle eines Untersuchungshäftlings muss bei den Voraussetzungen für den Pflichtverteidigerwechsel abgestuft werden: Ist das Vertrauen des Pflichtverteidigers durch staatlichen Akt „oktroiert“ worden, muss der Wechsel zum eigentlichen Anwalt des Vertrauens unter erleichterten Voraussetzungen möglich gemacht werden als in der bisherigen Rechtsprechung anerkannt. – Mangels einer wirklichen Entfaltung eines **Vertrauensverhältnisses** im Falle der Beiordnung durch staatlichen Akt gebührt dem Recht des Beschuldigten auf freie Wahl eines Anwalts aus § 137 StPO grds. der Vorrang gegenüber den Interessen der Staatskasse auf möglichst niedrige Verfahrenskosten. – Einem **Pflichtverteidigerwechsel ist jedenfalls dann unter erleichterten Voraussetzungen zuzustimmen**, wenn der weiteren Zusammenarbeit mit dem bisherigen Verteidiger die Vertrauensgrundlage entzogen ist oder die Qualität der Verteidigung ansonsten leiden würde. – Der **Beschuldigte hat keinen Einfluss auf eine abgeänderte Entscheidung des Gerichts bzgl. des Pflichtverteidigers, wenn er** in bössartiger Weise zur **Verzögerung des Verfahrens beitragen will** und eine Hauptverhandlung durch seine geänderte Auffassung „platzen“ würde. – Die gerichtliche Fürsorgepflicht gebietet eine Zustimmung zum Wechsel des Pflichtverteidigers, wenn der bisherige Pflichtverteidiger damit einverstanden ist, durch die Beiordnung des neuen Verteidigers keine Verfahrensverzögerung verursacht wird und keine Mehrkosten für die Staatskasse entstehen.

III. Öffentliches Recht

1. **Ismer/Meßerschmidt:** Vor Ernennung begangene Straftaten im Beamtenrecht (DÖV 2014, 594)

Nach der **Rspr. des BAG darf der Arbeitgeber nach Vorstrafen fragen**, wenn ein Zusammenhang mit der zu besetzenden Stelle besteht und die Tat nicht aus dem Bundeszentralregister gelöscht ist; dasselbe gilt für laufende Straf- und Ermittlungsverfahren, nicht aber für allgemeine Fragen nach eingestellten Verfahren; vergleichbare Grundsätze sind, wengleich mit den gebotenen Modifikationen, auch im Beamtenrecht anzuwenden: Eine **Verbeamtung scheidet bei Unwürdigkeit aus**; dafür **reichen eingestellte Strafverfahren grds. nicht aus**; bei einer erfolgten Verurteilung ist demgegenüber eine Gesamtwürdigung vorzunehmen; bei laufenden Ermittlungsverfahren kommen eine Zurückstellung der Bewerbung sowie eine Verbeamtung auf Widerruf in Betracht. – Bei **Ba-gatelletaten** muss der Dienstherr – insbesondere in grundrechtssensiblen Bereichen – allerdings sofort verbeamteten, da keine relevante Unsicherheit besteht; ist die Verbeamtung trotz zuvor begangener Straftaten oder laufender Verfahren erfolgt, kommt eine Rücknahme wegen arglistiger Täuschung oder Unwürdigkeit in Betracht; bei der **arglistigen Täuschung** ist allerdings **Kausalität erforderlich**; auch scheidet aus Gründen der Verhältnismäßigkeit eine Rücknahme aus, wenn der Beamte über ein laufendes Verfahren getäuscht hat, es aber später zu einem Freispruch oder zur Verhängung einer nicht zur Unwürdigkeit begründenden Strafe kommt. – Eine Rücknahme wegen Unwürdigkeit setzt voraus, dass der Beamte im Ernennungszeitpunkt bereits verurteilt war; die in § 24 BeamStG genannten Freiheitsstrafen sind dabei als Mindestgrenzen heranzuziehen; ferner ist § 51 IBZRG zu beachten. – Bei **Auslandsstrafaten** ist zudem eine Einzelfallprüfung erforderlich, ob eine Gleichstellung mit deutschen Straftaten erfolgen kann; dies setzt insbesondere eine Strafbarkeit der Tat im Inland – und nicht nur Qualifikation als Ordnungswidrigkeit – voraus, wenn sie im Inland begangen worden wäre.

2. Spilker: Postmortaler Schutz durch das Grundgesetz (DÖV 2014, 637)

Problemstellung: Die Reichweite des postmortalen Rechtsschutzes ist weder verfassungsrechtlich konkretisiert noch in der Rspr. und Wissenschaft abschließend geklärt; postmortal besteht zwar mangels Grundrechtsträgerschaft kein subjektiv-öffentliches Recht mehr, jedoch eine aus den Wertentscheidungen des Grundgesetzes und der Menschenwürde abgeleitete Pflicht, vor Beeinträchtigungen der Würde des Menschen zu schützen, diese endet nicht mit dem Tod. - In der **zivilrechtlichen Rspr.** ist dies für das aus der Menschenwürde abgeleitete (postmortale) allgemeine Persönlichkeitsrecht i. S. d. § 823 I BGB anerkannt und wird auf die Wertentscheidungen des Grundgesetzes zurückgeführt. - Während das BVerfG bislang nur einen postmortalen Schutz bei Angriffen auf die Menschenwürde bejaht hat, vertritt der Autor die Ansicht, dass ein **postmortaler Persönlichkeitsschutz auch aufgrund einer Reflexwirkung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts gewährleistet** sein muss: Die in der **Menschenwürde** und den Grundrechten zum Ausdruck kommende Wertentscheidung des Gesetzgebers verpflichtet dazu, **Schutzwirkungen bestimmter Grundrechte auch postmortal und unabhängig von der Existenz des Rechtsträgers zu garantieren**; dies gilt dann, wenn postmortale Angelegenheiten im Schutzbereich des Grundrechts zu Lebzeiten geregelt werden können; da es dem Grundrechtsträger nicht auf die Regelung an sich, sondern auf die postmortale Berücksichtigung dieser ankommt, wäre eine **Begrenzung der Schutzwirkung auf die Lebenszeit widersprüchlich und entspräche nicht den Wertentscheidungen des Grundgesetzes**. - Das allgemeine Persönlichkeitsrecht umfasst ferner ein Recht auf ein unbeeinträchtigtes Ansehen der Angehörigen an den Verstorbenen; daher bestehen bei postmortalen Rechtsverletzungen regelmäßig auch Abwehransprüche naher Angehöriger.

3. Scheidler: Strohmannverhältnisse im Gewerberecht in der verwaltungsgerichtlichen Rspr. (GewA 2014, 238)

Ein **Strohmannverhältnis** liegt vor, wenn ein (eigentlich) Gewerbetreibender einen anderen lediglich als jederzeit steuerbare Marionette vorschiebt, um **zwecks Täuschung des Rechts- und Wirtschaftsverkehrs die wahren faktisch-wirtschaftlichen Machtverhältnisse zu verschleiern**; auf diese Weise gehen Gewerbetreibende vor allem dann vor, wenn ihnen – etwa wegen fehlender oder weggefallener Zuverlässigkeit – die Ausübung des Gewerbes gem. § 35 I GewO untersagt wurde oder wenn ihnen (bei einem erlaubnispflichtigen) Gewerbe die erforderliche **Erlaubnis aus personenbezogenen Gründen versagt** wurde; das Vorliegen eines Strohmannverhältnisses bedarf besonderer Nachweise und ist eine tatsächliche Frage des Einzelfalles, deren Beantwortung aus Indizien abzuleiten ist. - Der Sinn der rechtlichen Erfassung des Strohmannverhältnisses liegt darin, den Hintermann in den gewerberechtlichen Ordnungsrahmen einzubeziehen und damit die tatsächlichen Verhältnisse zur Grundlage ordnungsbehördlicher Entscheidungen machen zu können; gewerberechtliche Anordnungen sind daher gegenüber dem Hintermann möglich, da er der eigentlich Gewerbetreibende ist. - Nach der Rspr. – auch des BVerfG – kann aber auch der **Strohmann Adressat gewerberechtlicher Anordnungen** sein, obwohl er tatsächlich nicht Gewerbetreibender ist; seine Heranziehung rechtfertigt sich daraus, dass er nach außen hin den Anschein erweckt, Gewerbetreibender zu sein; die Strohmanntheorie muss allerdings auf Ausnahmefälle beschränkt bleiben, deren Sonderbewertung sich aus dem Vorwurf erklärt, in diesem Fall liege ein der Verschleierung tatsächlicher Verhältnisse dienender Rechtsformenmissbrauch vor. - Besonderheiten ergeben sich bei juristischen Personen wie etwa einer AG oder GmbH, die ebenfalls Gewerbetreibende sein können: Nur sie und nicht die sie vertretenden natürlichen Personen sind Gewerbetreibende, so dass Adressat einer Untersagungsverfügung grds. nur die juristische Person sein kann; unter bestimmten Voraussetzungen lässt die Rspr. aber auch hier den Strohmanngedanken zu, so dass ein Durchgriff auf die die juristische Person vertretenden natürlichen Personen möglich ist; Voraussetzung ist, dass ein Gewerbetreibender zur Verschleierung der wirklichen Machtverhältnisse eine juristische Person vorschiebt, die ohne eigene unternehmerische Tätigkeit nur als Marionette des Gewerbetreibenden am Wirtschaftsleben teilnimmt. - Da sich die für ein Strohmannverhältnis sprechenden subjektiven Umstände in der Praxis in der Regel schwer ermitteln lassen, ist es oft zielführender, bei juristischen Personen mit herkömmlichen Mitteln des Gewerberechts den durch Strohmannverhältnisse hervorgerufenen Missständen zu begegnen, namentlich durch ein behördliches Vorgehen nach § 35 VIIa GewO, der es ermöglicht, eine Gewerbeuntersagung auch gegen Vertretungsberechtigte oder mit der Leitung des Gewerbebetriebes beauftragte Personen auszusprechen.

4. Berger: Geschäftsführung ohne Auftrag zwischen Verwaltungsträgern (DÖV 2014, 662)

Jede **Zuständigkeits- und Aufgabennorm weist dem jeweiligen Aufgabenträger grds. auch die Verantwortung für die Kosten zu**; Abweichungen von dieser allgemeinen Kostenverteilung sind Abweichungen von der Zuständigkeitsordnung. - Ein Gesetz, welches Abweichungen dieser Aufgaben- und Kostenverteilung zwischen Verwaltungsträgern vorsieht und einen Aufgabenträger von der Kostenlast zulasten eines anderen Verwaltungsträgers befreit, muss den rechtsstaatlichen Anforderungen an die hier sog. **Kostenklarheit** genügen; danach muss eine von der Zuständigkeits- und Kostenverteilung abweichende Regelung bereichsspezifisch und hinreichend eindeutig erfolgen; die **zivilrechtlichen Regelungen über die Geschäftsführung ohne Auftrag gem. §§ 677, 683 i. V. m. § 670 BGB genügen diesen rechtsstaatlichen Anforderungen nicht**, denn sie sind **weder bereichsspezifisch noch hinreichend eindeutig**; die §§ 677 ff. BGB dürfen also nicht dahingehend ausgelegt werden, dass sie einem Aufgabenträger gegenüber einem anderen Hoheitsträger einen Anspruch auf Kostenerstattung zuerkennen. - Die Frage nach der Anwendbarkeit der §§ 677 ff. BGB auf das Verhältnis von Hoheitsträgern ist also hochgradig voraussetzungsabhängig; dies erklärt die jahrzehntelang unversöhnlich nebeneinander stehenden Ansätze von Rspr. und Lit.; umso wichtiger ist es, bereits auf der Primärebene die Zuständigkeiten klar und eindeutig abzugrenzen, um die Fallgruppen paralleler Aufgabenverantwortlichkeiten von Hoheitsträgern bereits von vornherein zu begrenzen.

IV. Richter / Staatsanwälte / Rechtsanwälte / Notare

1. **Dölling:** Die Vollstreckbarerklärung der Kostenentscheidung im Zivilurteil (NJW 2014, 2468)

Ob ein Urteil die Vollstreckung nur wegen der Kosten ermöglicht und ob die vollstreckbaren Kosten die Wertgrenze des § 708 Nr. 11 Var. 2 ZPO übersteigen, ist für jede Partei des Rechtsstreits und für jedes Prozessrechtsverhältnis gesondert zu ermitteln. - **Vollstreckbare Kosten** sind diejenigen **Kosten, die voraussichtlich im Kostenfestsetzungsverfahren festgesetzt werden**; ihr Betrag ist zu schätzen, wobei bei unsicherer Entwicklung in der Regel zu Gunsten des Schuldners der höhere Vollstreckungsbetrag zu Grunde zu legen ist, auf eine etwaige Kostenausgleichung kommt es danach nicht an. - Zu berücksichtigen sind in erster Linie **Gerichtskosten und Rechtsanwaltskosten**; Gerichtskosten kommen nur in Betracht, soweit der Gläubiger sie bereits gezahlt hat und auch nicht von der Staatskasse zurückverlangen kann; Rechtsanwaltskosten sind auch ohne Zahlung, jedoch immer nur in Höhe der gesetzlichen Vergütung zu berücksichtigen, die **Umsatzsteuer** dabei nur insoweit, als der Gläubiger sie nicht im Wege des Vorsteuerabzugs erstattet verlangen kann; die Anrechnung der vorgerichtlichen Geschäfts- auf die Verfahrensgebühr kommt nur dann zum Tragen, wenn die Geschäftsgebühr auf Grund eines materiell-rechtlichen Erstattungsanspruchs im selben Urteil in voller Höhe tituliert wird; **maßgeblich für die Berechnung der Gerichts- und Rechtsanwaltskosten ist die endgültige Streitwertfestsetzung bei Verfahrensabschluss**. - Kann ein Gläubiger gegen mehrere Schuldner als Streitgenossen vollstrecken, so ist der jeweils vollstreckbare Betrag maßgeblich; haften die Schuldner jedoch gesamtschuldnerisch für die Kosten, so kommt es in jedem Prozessrechtsverhältnis auf die Höhe der Gesamtschuld an: Stehen auf Gläubigerseite Streitgenossen, so hat die Vollstreckbarerklärung hinsichtlich der Anwaltskosten für jeden von ihnen zu unterstellen, dass er einen eigenen Anwalt beauftragt hat, auch wenn sie sich tatsächlich von einem gemeinsamen Anwalt haben vertreten lassen; Gerichtskosten sind bei demjenigen zu berücksichtigen, der sie bezahlt hat; haben mehrere Streitgenossen einen Gerichtskostenvorschuss von einem gemeinsamen Konto eingezahlt, so kann jeder in Höhe seines Kopfteils vollstrecken. - Ist einer Partei **PKH bewilligt** worden, so ergeben sich **Besonderheiten nur für die Gerichtskosten**: Obsiegt die nicht bedürftige Partei, so kann sie keine Gerichtskosten vollstrecken, sondern muss sie von der Staatskasse erstattet verlangen, weshalb die Gerichtskosten bei der für sie ergehenden Vollstreckbarerklärung nicht zu berücksichtigen sind; obsiegt die bedürftige Partei, kann sie Gerichtskosten nur insoweit vollstrecken, als sie sie im Rahmen der getroffenen Zahlungsbestimmungen geleistet hat; für die Vollstreckbarerklärung ist auf den Zahlungsstand bei Verkündung des Urteils abzustellen.

2. **Tiedtke:** KostO und GNotKG - Kostenrechtsprechung 2013 (DNotZ 2014, 575)

3. **Merkt:** Der Syndikusanwalt und Corporate Governance (NJW 2014, 2310)

Nach der **Grundsatzentscheidungen des BSG** vom 03.04.2014 können Syndikusanwälte wegen ihrer abgängigen Beschäftigung bei einem nichtanwaltlichen Arbeitgeber zukünftig nicht mehr nach § 6 SGB VI von der Zwangsmitgliedschaft in der gesetzlichen Rentenversicherung befreit werden. – Diese Entscheidung wird heftig kritisiert; dabei stehen vor allem **drei Aspekte** im Vordergrund: Erstens, dass **den Syndici** vom BSG zu Unrecht der **Status als unabhängige Rechtsanwälte abgesprochen** werde und dass es nicht Aufgabe des BSG sein könne, das Berufsbild des Syndikusanwalts verbindlich zu definieren; zweitens, dass diese Rspr. die **Attraktivität des Berufs des Syndikusanwalts deutlich verschlechtere** und drittens, dass dies wiederum einen **Rückgang der Anwaltszulassungen auslösen** könne, was dann zu einem Anstieg der Beitragslast für die verbleibenden Kammermitglieder führe; auch wird mit Blick auf den vom BSG für befreite Syndici gewährten Vertrauens- und Bestandsschutz, der beim Wechsel des Arbeitgebers erlischt, vor einer Beeinträchtigung der beruflichen Mobilität von Syndici mit negativen Folgen für den Arbeitsmarkt gewarnt, ebenso vor den finanziellen Folgen für Arbeitgeber und vor möglichen Weiterungen für andere freie Berufe.

4. **Wendt:** Die Rspr. des IV. Zivilsenats des BGH zur Rechtsschutzversicherung (r+s 2014, 328)

Protokolle für die mündliche Prüfung

Warum Prüfungsprotokolle?

In der mündlichen Prüfung kann grundsätzlich der gesamte Ausbildungsstoff abgefragt werden. Um Euch die Vorbereitung auf die mündliche Prüfung zu vereinfachen, bieten wir Prüfungsprotokolle an. Zwar sind längst nicht alle Prüfer „protokollfest“, d.h. prüfen sich wiederholende Fälle, die Protokolle geben Euch jedoch auf jeden Fall Aufschluss nicht nur über die Person des Prüfers, sondern auch über Themengebiete, die dieser prüft. Hierdurch ist der Vorbereitungsumfang stark eingegrenzt. Natürlich habt Ihr auch nicht die Sicherheit, dass der Prüfer nicht gerade in Eurer Prüfung ein anderes Thema bevorzugt. Ihr werdet Euch jedoch dann über die verstrichene Gelegenheit ärgern, wenn sich herausstellt, dass Eure Mitsstreiter einen entscheidenden Vorteil hatten, weil sie den Protokollen Informationen zur Vorbereitung entnehmen konnten, die Ihr nicht hattet.

Wie läuft das ab?

Nach der erfolgreichen Registrierung auf unserer Plattform www.juridicus.de tragt Ihr Eure Prüfung ein und erhaltet die Protokolle Eurer Prüfer aus den letzten Jahren. Im Gegenzug versprecht Ihr uns, von Eurer Prüfung ebenfalls entsprechende Protokolle abzuliefern. Euch stehen alle Protokolle von den jeweiligen Prüfern zum Download bereit. Falls Euer Prüfer sowohl im 1. als auch im 2. Staatsexamen prüft, habt Ihr die Möglichkeit beide Protokollmappen herunterzuladen.

Was könnt Ihr sonst noch tun?

Zu empfehlen ist, die Zeitschriftenauswertung (ZA) der letzten Monate vor dem mündlichen Examenstermin durchzuarbeiten. Es gilt nämlich folgender Erfahrungssatz:

Prüfungsstoff im Mündlichen



