



# ZEITSCHRIFTENAUSWERTUNG (ZA)

Zeitschrift für Jurastudium und Ausbildung

---

**39. Jahrg.**

**Februar 2014**

**Heft 02**

---

**Aus dem Inhalt:**

- OLG Frankfurt:** Einwendungsdurchgriff bei verbundenem Geschäft
- BGH:** Nötigung durch anwaltliches Mahnschreiben
- BGH:** Untreue bei Vermögensbetreuungspflicht eines Rechtsanwalts
- OVG Lüneburg:** Teilausschluss von der Gemeinderatssitzung
- VGH Mannheim:** Präventives Versammlungsverbot
- LG Köln:** Zweijährige Sperrfrist für Vermögensauskunft
- OVG:** Aussetzung der Vollziehung durch Behörde



#### **Impressum:**

#### **Verlag und Redaktion:**

Juristischer Verlag Juridicus GbR  
Hiberniastraße 6  
45879 Gelsenkirchen

Tel.: 0209 / 945 806 –35

Fax: 0209 / 945 806 – 50

[info@juridicus.de](mailto:info@juridicus.de)

[www.juridicus.de](http://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

**Bezugspreis:** vierteljährlich 17,40 € (3 Hefte), inkl. Versandkosten

Zahlung quartalsweise im Voraus

## Inhalt

### Aus der Gesetzgebung

Die Übertragung von Aufgaben der Gerichte auf Notare .....	1
--	---

### Brandaktuell

BVerfG:	Versagung von Prozesskostenhilfe (Amtshaftungsklage wegen Menschenwürdeverletzung) .....	2
---------	---	---

### Zivilrecht

OLG Frankfurt:	Einwendungsdurchgriff bei verbundenem Geschäft (auch bei Verjährung der Kaufpreisforderung) .....	3
OLG Hamm:	Vertrag mit Schutzwirkung für Dritte (Tieruntersuchungsvertrag) .....	6

### Strafrecht

BGH:	Nötigung (Anwaltliches Mahnschreiben) .....	10
BGH:	Untreue (Vermögensbetreuungspflicht eines Rechtsanwalts) .....	13

### öffentl. Recht

OVG Lüneburg:	Teilausschluss von der Gemeinderatssitzung (keine Entscheidungsbefugnis des Bürgermeisters) .....	15
VGH Mannheim:	präventives Versammlungsverbot (Anforderungen an Allgemeinverfügung) .....	18

### Kurzauslese I

BGH:	Titulierter Mietzahlungsanspruch (Verwirkung) .....	24
BGH:	Nacherfüllungskosten (Einrede der Unverhältnismäßigkeit) .....	24
OLG Brandenburg:	Rückgabe des Mietobjekts (verwahrloster Zustand des Mietobjekts) .....	24
LAG S-H:	Außerordentliche Kündigung eines Arbeitsvertrages (beharrliche Arbeitsverweigerung) .....	25
BGH:	Prognose drohender Zahlungsunfähigkeit (Einbeziehung nicht fälliger Zahlungspflichten) .....	25
BGH:	Kinderpornographie (Öffentliches Zugänglichmachen im Internet) .....	26
BGH:	Fremdnützige Untreue (Gewerbsmäßigkeit) .....	26
BGH:	Inverkehrbringen falsch gekennzeichnete Arzneimittel (Vollendung bei Postversand) .....	26
OLG Karlsruhe:	Gefahrverdacht (Entschädigungsanspruch des als Störer in Anspruch genommenen Eigentümers) .....	26
BVerfG:	Partei Eigenschaft (Einflussnahme auf politische Willensbildung des Volkes) .....	27
VG Saarloius:	Sondernutzung (Aufstellen von Altkleidercontainern) .....	27
OVG Münster:	Geschäftsführung ohne Auftrag (Träger öffentlicher Verwaltung) .....	28

**Zivilrecht**

BGH:	Widerklage in zweiter Instanz (Berufungszurückweisung durch Beschluss).....	29
LG Köln:	Zweijährige Sperrfrist für Vermögensauskunft (Geltung in Altfällen).....	32

**Strafrecht**

BGH:	Rechtsmittelverzicht (Unwirksamkeit nach konkludent-informeller Urteilsabsprache).....	36
------	---	----

**öffentl. Recht**

OVG Lüneburg:	Aussetzung der Vollziehung durch Behörde (nach erstinstanzlicher Klageabweisung).....	38
---------------	--	----

**Kurzauslese II**

BGH:	Unzulässigkeit der Zwangsvollstreckung (Aufrechnung mit Kostenerstattungsanspruch).....	41
BGH:	Zwangsversteigerung (Umfang richterlicher Hinweispflicht).....	41
OLG Frankfurt a.M.:	Haftbefehl (Sperrwirkung einer Entscheidung nach § 121 StPO).....	41
OLG Naumburg:	Notwendige Verteidigung (Verständigung).....	42
OLG Celle:	Widerspruch gegen Beweisverwertung (Präklusion in der Berufungsinstanz).....	42
BFH:	Rechtsbehelfsbelehrung (Umfang).....	42
BGH:	Entscheidungsaufhebung durch Verfassungsgericht (neuer Rechtszug).....	43
VGH Kassel:	Eröffnung des Verwaltungsrechtswegs (Bindung an erstinstanzliche Bejahung des Verwaltungsrechtswegs).....	43
OLG Nürnberg:	Eröffnung des Verwaltungsrechtswegs (selbstständiges Beweisverfahren).....	43
OLG Karlsruhe:	Verwaltungsakt (Bestimmung der Erlassbehörde).....	44

<b>Weitere Schriftumsnachweise</b> .....	45
--	----

<b>Übersicht:</b>	Inzidentprüfung der Verfassungsmäßigkeit von Gesetzen .....	48
-------------------	---	----

**Aus der mdl. Prüfung**

Referendarprüfung:	Strafrecht.....	49
Assessorprüfung:	Zivilrecht.....	50

## Aus der Gesetzgebung

### Die Übertragung von Aufgaben der Gerichte auf Notare

Gesetz zur Übertragung von Aufgaben im Bereich der freiwilligen Gerichtsbarkeit auf Notare (NotAufg-ÜbG.) v. 26.06.2013; In-Kraft-Treten am 01.09.2013 (BGBl. I 2013, 1800)

#### I. Allgemeines

Am 07.06.2013 hat der Bundesrat im zweiten Durchgang das Gesetz zur Übertragung von Aufgaben im Bereich der freiwilligen Gerichtsbarkeit auf Notare gebilligt. Den **Notaren** wird durch die **Aufgabenübertragung** ermöglicht, in verstärktem Maße **zur Entlastung der Gerichte beizutragen**.

Die im Gesetzentwurf noch vorgesehene Möglichkeit der Länder, auch die Aufgaben des Nachlassgerichts erster Instanz auf Notare zu übertragen, entfällt, da die dafür notwendige Änderung des Grundgesetzes nicht zustande kam. Vorgesehen ist dagegen ein generelles Recht der Notare, Grundbuchinhalte mitzuteilen. Die Länder können bestimmen, dass die **Erteilung eines Erbscheins notariell beurkundet** werden muss und die **eidesstattliche Versicherung nur vor einem Notar abzugeben** ist.

Die Inanspruchnahme von Notaren soll für den Bürger viele **Vorteile** bringen, denn Notarinnen und Notare bieten eine **größere Bürgernähe** als Gerichte, welche sich neben der flexibleren Erreichbarkeit insbesondere auch durch die Präsenz in der Fläche auszeichnet. Notare sind zudem allesamt hochqualifizierte Volljuristen, die insbesondere im Erbrecht über eine hervorragende Expertise verfügen. Da der „Standard-Erbfall“ aufgrund der gesellschaftlichen Entwicklung eher zum Ausnahmefall wird, werden fundierte Kenntnisse und eine qualifizierte Beratung auch in komplizierten Konstellationen immer wichtiger.

Schließlich sind Notare zur **Entlastung der Justiz** in besonderem Maße geeignet, da sie bereits Träger eines öffentlichen Amtes sind, die für die Beurkundung von Rechtsvorgängen und andere Aufgaben auf dem Gebiet der vorsorgenden Rechtspflege bestellt werden und in klassischer Weise Funktionen ausüben, die aus dem Aufgabenbereich des Staates abgeleitet sind. Durch diese **besondere Stellung des Notarwesens** wird die Möglichkeit eröffnet, eine Übertragung einzelner Aufgaben unter Wahrung ihres Wesensgehalts vorzunehmen. Entscheidend ist dabei, dass durch die Übertragung von Zuständigkeiten und Aufgaben auf die Notare diese weiterhin hoheitlich und unter staatlicher Kontrolle ausgeführt werden.

#### II. Die wesentlichen Neuregelungen im Überblick

Künftig sind Notare für **Nachlassvermittlungsverfahren** zuständig. Außerdem wird es den Bundesländern ermöglicht, den Notaren die **ausschließliche Zuständigkeit für die Beurkundung von Erbscheinsanträgen** zu übertragen, wodurch die **Qualitätssicherung im Erbscheinsverfahren verbessert** wird: Die Bundesländer würden bei Einführung der nun möglichen Bestimmung der ausschließlichen Zuständigkeit der Notare für die Beurkundung von Erbscheinsanträgen das Vier-Augen-Prinzip einsetzen. Derzeit können Erbscheinsanträge direkt bei den Nachlassgerichten beurkundet werden. Da diese dann auch über die - selbst beurkundeten - Anträge entscheiden, ist die unabhängige Kontrolle eines weiteren Juristen nicht gewährleistet.

Auch das **Nachlassvermittlungsverfahren** könnte durch die gesetzlichen Neuregelungen an Attraktivität gewinnen und in vielen Fällen eine **Alternative zur streitigen Auseinandersetzung** werden.

Neben der genannten Aufgabenübertragung sieht das Gesetz auch vor, dass Notare künftig **Bescheinigungen über rechtsgeschäftliche Vollmachten** erteilen und demnächst selbst über die **Erteilung einer weiteren vollstreckbaren Ausfertigung ihrer Urkunden** entscheiden können. Weiter wird klargestellt, dass Notare die **Kompetenz zu isolierten, d. h. von Beurkundung und Beratung unabhängigen Grundbucheinsichten** haben.

## Brandaktuell

GG  
Art. 3/20

### Versagung von Prozesskostenhilfe Amtshaftungsklage wegen Menschenwürdeverletzung

GG

(BVerfG in Pressemitteilung 05/14, Beschluss vom 26.12.2013 - 1 BvR 2531/12)

Über die Entschädigungspflicht des Staates wegen Menschenwürdeverletzungen darf nicht ohne Weiteres bereits im Prozesskostenhilfverfahren entschieden werden.

**Fall:** Der Beschwerdeführer, der eine lebenslange Freiheitsstrafe wegen Mordes mit anschließender Sicherungsverwahrung verbüßt, wurde im November 2009 wegen plötzlich auftretender krampfartiger Schmerzen im Unterleib von mehreren Justizvollzugsbediensteten in eine Klinik verbracht. Ihm wurden dabei Hand- und Fußfesseln angelegt, die auch während der Behandlung in der Klinik nicht abgenommen wurden. Im Beisein der Justizvollzugsbediensteten und von Polizeibeamten wurden ihm im Behandlungszimmer mehrere Einläufe verabreicht. Dabei wurde ihm nicht gestattet, im Anschluss daran die im Behandlungszimmer befindliche fensterlose Toilette aufzusuchen. Vielmehr musste er seine Notdurft im Beisein der Beamten im Behandlungszimmer auf einem Toilettenstuhl verrichten.

Die Strafvollstreckungskammer stellte rechtskräftig fest, dass die Sicherungsmaßnahmen, insbesondere die fort-dauernde Fesselung des Beschwerdeführers anlässlich des Krankenhausaufenthaltes, rechtswidrig waren.

Zur Geltendmachung von Amtshaftungsansprüchen stellte der Beschwerdeführer einen Antrag auf Prozesskostenhilfe. Diesen Antrag lehnten Land- und Oberlandesgericht mangels hinreichender Erfolgsaussicht ab. Die Fesselung habe zwar einen erheblichen Eingriff in das allgemeine Persönlichkeitsrecht und auch in die Menschenwürde des Beschwerdeführers dargestellt; dieser sei jedoch durch die Entscheidung der Strafvollstreckungskammer auch ohne Geldentschädigung hinreichend ausgeglichen.

Hiergegen richtet sich die Verfassungsbeschwerde des Beschwerdeführers mit der Begründung, dass diese Prüfung im Prozesskostenhilfeprüfungsverfahren nicht hätte erfolgen dürfen. Wird die Verfassungsbeschwerde Erfolg haben?

Die Verfassungsbeschwerde wird Erfolg haben, wenn sie zulässig und begründet ist.

#### I. Zulässigkeit der Verfassungsbeschwerde

Hinsichtlich der Zulässigkeit der Verfassungsbeschwerde bestehen keine Bedenken.

#### II. Begründetheit der Verfassungsbeschwerde

*„Es läuft dem **Gebot der Rechtsschutzgleichheit** zuwider, wenn ein Fachgericht das Zivilprozessrecht dahingehend auslegt, dass auch schwierige, noch nicht geklärte Rechtsfragen im Prozesskostenhilfverfahren „durchentschieden“ werden können. Dies ist der Fall, wenn Prozesskostenhilfe für eine maßgeblich **von einer Einzel-fallbetrachtung abhängige**, von der Rechtsprechung **noch nicht geklärte Entschädigungsfrage** wegen einer - vom Fachgericht selbst als gegeben erachteten - Menschenwürdeverletzung versagt wird.“* (BVerfG aaO)

Zwar ist in der fachgerichtlichen Rechtsprechung abstrakt geklärt, dass auch bei Verletzungen der Menschenwürde nicht in jedem Falle eine Wiedergutmachung durch Geldentschädigung auszugleichen ist.

*„Zur Frage, wann eine Entschädigungspflicht besteht, gibt es jedoch noch keine obergerichtliche Rechtsprechung, die vorliegend zur abschließenden Bewertung bereits im summarischen Verfahren herangezogen werden könnte. Diese Prüfung in das Prozesskostenhilfverfahren vorzuverlegen und damit eine bloß summarische Prüfung an die Stelle des Erkenntnisverfahrens treten zu lassen überspannt die Anforderungen an die Erfolgsaussichten im Prozesskostenhilfverfahren. Dies gilt insbesondere vor dem Hintergrund, dass in Fällen der Menschenwürdeverletzung die entschädigungspflichtige Erheblichkeitsschwelle niedriger als bei bloßen Verletzungen des allgemeinen Persönlichkeitsrechts anzusetzen ist.“* (BVerfG aaO)

#### III. Ergebnis

Die angegriffene Entscheidung des Oberlandesgerichts verletzt den Beschwerdeführer in seinem Anspruch auf Rechtsschutzgleichheit aus Art. 3 I GG i.V.m. Art. 20 III GG und ist daher aufzuheben.

## Entscheidungen materielles Recht

BGB  
§§ 358, 359

**Einwendungsdurchgriff bei verbundenem Geschäft**  
**Berufung auf kaufvertragliche Verjährung gegenüber Darlehen**  
(OLG Frankfurt a.M. in MDR 2014, 75; Urteil vom 19.09.2013 – 15 U 11/12)

ZivilR

1. Zu den Einwendungen im Sinne des § 359 Satz 1 BGB zählt **auch die Einrede der Verjährung**.
2. Der Käufer und Darlehensnehmer ist bei einem verbundenen Geschäft im Sinne der §§ 358, 359 BGB so zu stellen, wie er **bei einem nicht finanzierten Teilzahlungsgeschäft** stehen würde, bei dem er den Kaufpreis in Raten an den Verkäufer zu entrichten hätte.
3. Für den Begriff der **Verhandlung** im Sinne des § 203 BGB reicht **jeder Meinungs-austausch** über den Anspruch oder seine tatsächliche Grundlage aus, wenn nicht sofort und eindeutig die Verhandlung abgelehnt wird. Die Hemmung endet erst bei Beendigung des Austausches, also spätestens dann, wenn eine Rückäußerung zu erwarten gewesen wäre.

### A. Grundlagenwissen: Der Einwendungsdurchgriff bei verbundenen Geschäften

Nach § 359 BGB kann der Verbraucher die Rückzahlung des Darlehens verweigern, soweit Einwendungen aus dem verbundenen Vertrag ihn gegenüber dem Unternehmer, mit dem er den verbundenen Vertrag geschlossen hat, zur Verweigerung seiner Leistung berechtigen würden (sog. Einwendungsdurchgriff).

#### I. Verbraucherdarlehensvertrag, § 491 BGB

**Darlehensvertrag** ist ein Vertrag, durch den ein Darlehensgeber einem Darlehensnehmer einen Geldbetrag zur Verfügung stellt und dafür den vereinbarten Zins erhält. Um ein Verbraucherdarlehen handelt es sich dabei, wenn der **Darlehensgeber Unternehmer** im Sinne des § 14 BGB ist und der **Darlehensnehmer Verbraucher** nach § 13 BGB.

#### II. verbundenes Geschäft, § 358 III BGB

Zunächst muss es sich bei dem Verbraucherdarlehensvertrag überhaupt um ein verbundenes Geschäft i.S.d. § 358 III BGB handeln.

Ein solches ist anzunehmen, wenn das **Darlehen der Finanzierung des anderen Vertrags dient** und die Verträge eine **wirtschaftliche Einheit** bilden, was nach § 358 III 2 BGB anzunehmen ist, wenn bei Finanzierung durch einen Dritten dieser sich bei der **Vorbereitung oder dem Abschluss des Verbraucherdarlehensvertrages der Mitwirkung des Unternehmers**, und damit des Vertragspartners des Verbrauchers aus dem zu finanzierenden Geschäft, bedient.

*Anders ist es, wenn der Käufer zunächst bei einer Bank ein Darlehen aufnimmt, um dann mit dem erhaltenen Geld Geschäfte zu tätigen. Hier ist die wirtschaftliche Einheit schon von vornherein nicht anzunehmen. Dies gilt auch dann, wenn der Verkäufer nach vertraglichen Vorverhandlungen bei Fragen der Finanzierung ein bestimmtes Geldinstitut empfiehlt, ohne sich weiter in den Vertragsabschluss einzuschalten.*

#### III. weitere Voraussetzungen des Einwendungsdurchgriffs nach § 359 BGB

Die Annahme eines verbundenen Geschäfts nach § 358 I BGB führt nach § 359 BGB dazu, dass der Käufer dem Darlehensgeber solche Einwendungen entgegenhalten kann, die ihn auch gegenüber dem Verkäufer selbst zur **Verweigerung der Kaufpreiszahlung berechtigen** würden, falls er diesen noch nicht gezahlt hätte.

**Beispiel:** Bei einem finanzierten Möbelkauf erklärt der Käufer den Rücktritt wegen Mangelhaftigkeit der gelieferten Einzelstücke. Nun tritt die Bank an ihn heran und verlangt die Zahlung der Darlehensraten. Diesem Begehren kann der Käufer entgegenhalten, dass er zurückgetreten ist und insofern nach § 346 BGB nicht mehr zur Kaufpreiszahlung verpflichtet ist.

## B. Berufung auf kaufvertragliche Verjährung gegenüber finanzierendem Darlehensvertrag (vgl. OLG Frankfurt in MDR 20174, 75)

**Fall:** Die Parteien streiten über Bestand und Umfang eines Rückzahlungsanspruches der Klägerin aus einem zwischen den Parteien am 21.03.2003 geschlossenen Darlehensvertrag. Mit diesem Vertrag verpflichtete sich die Klägerin, dem Beklagten ein Darlehen in Höhe von 22.857,99 EUR zu gewähren. Das Darlehen diente zur Finanzierung eines Personenkraftwagens der Marke B. Vermittelt worden war das Darlehen durch den damaligen B-Vertragshändler C in O1; dort erwarb der Beklagte auch das zu finanzierende Fahrzeug mit Vertrag vom selben Tag.

Nach den Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Klägerin wurde diese (Sicherungs-)Eigentümerin des Fahrzeuges; der Gebrauch wurde dem Beklagten gegen Zahlung der monatlich fälligen Raten (84 monatliche Raten, beginnend mit 198,99 EUR zum 01.05.2003, und sodann monatliche Raten zu je 273,00 EUR, fällig jeweils am 1. eines Monats) überlassen. Am 07.04.2004 erlitt das Fahrzeug unfallbedingt einen wirtschaftlichen Totalschaden. Das beschädigte Fahrzeug wurde zum Autohaus C geschleppt. Das Autohaus C rechnete mit dem Kaskoversicherer unmittelbar ab. Unter Berücksichtigung eines Selbstbehaltes von 300,00 EUR überwies die Kaskoversicherung unmittelbar an das Autohaus C den Entschädigungsbetrag von 16.062,46 EUR. Das Autohaus C behielt das beschädigte Fahrzeug und reparierte dieses in Folge. Das Autohaus C übergab sodann der Klägerin einen Scheck in Höhe von 16.220,40 EUR. Den Gegenwert schrieb die Klägerin dem Beklagtenkonto am 03.06.2004 gut. Unter dem 04.06.2004 schrieb die Klägerin dem Beklagten: [...] Ihre Finanzierung ist vorbehaltlich der Einlösung des von der Firma C eingereichten Schecks in Höhe von 16.220,40 EUR erledigt. [...] Unter der Voraussetzung, dass die vertraglich per Lastschrift von uns eingezogenen Raten bis einschließlich 01.06.2004 eingelöst bleiben, haben wir Ihnen das Guthaben von 273,00 EUR auf das Konto [...] überwiesen. Der Fahrzeugbrief wurde Herrn C vom Autohaus C ausgehändigt, das Autohaus C verwertete das Fahrzeug. Der eingezogene Scheck über 16.220,40 EUR wurde sodann jedoch wieder rückbelastet.

Mit Schreiben vom 08.07.2005 teilte die Klägerin dem Beklagten mit, die neue Bruttoforderung betrage 6.320,70 EUR. Mit Schreiben vom 07.10.2005 forderte die Klägerin den Beklagten unter Fristsetzung bis zum 19.10.2005 auf, die fehlenden Raten nebst Kosten zu leisten. Unter dem 23.03.2009 teilten die damaligen Bevollmächtigten der Klägerin dem Beklagten mit, dass sein Konto wegen Zahlungsverzuges mit sofortiger Wirkung gekündigt werde. Am 17.04.2009 ging der Antrag auf Erlass eines Mahnbescheides beim zuständigen Mahngericht ein. Mit der Klage verfolgt die Kl. ihren Anspruch auf Rückzahlung des Darlehens. Wird die Klage Erfolg haben?

Die Kl. könnte gegen den Bek. einen Anspruch auf Rückzahlung des Darlehens nach §§ 607, 498 BGB haben. Die Kündigung wegen Zahlungsverzuges würde jedoch erfordern, dass die Voraussetzungen für eine Gesamtfälligkeit nach § 498 BGB vorgelegen haben. Dies kann jedoch dahinstehen, wenn der Darlehensrückzahlungsanspruch verjährt ist.

Nach § 359 Satz 1 BGB kann ein Verbraucher die Rückzahlung des Darlehens verweigern, soweit Einwendungen aus einem verbundenen Vertrag ihn gegenüber dem Unternehmer, mit dem er den verbundenen Vertrag geschlossen hat, zur Verweigerung seiner Leistung berechtigten würden (sog. Einwendungsdurchgriff).

### I. Vorliegen eines verbundenen Geschäfts

Bei dem Darlehensvertrag vom 21.03.2003 und dem Kaufvertrag über den Personenkraftwagen der Marke B könnte es sich handelt es sich um verbundene Verträge im Sinne des § 358 BGB gehandelt haben.

Die Darlehensaufnahme diente der **Kaufpreisfinanzierung für das gekaufte Fahrzeug** und die Finanzierung wurde durch den Verkäufer ermittelt, so dass beide Verträge als wirtschaftliche Einheit anzusehen sind. Damit ist auch der Einwendungsdurchgriff grundsätzlich anwendbar.

### II. Einwendungsdurchgriff auch bei Verjährung

Fraglich ist allerdings, ob der Einwendungsdurchgriff auch hinsichtlich der Verjährungsfragen gilt, ob es also für den Rückzahlungsanspruch des Darlehensgebers darauf ankommt, dass der Kaufpreisanspruch des Verkäufers noch nicht verjährt ist,

„Nach dem **Schutzzweck** des § 359 S. 1 BGB soll der Verbraucher gegenüber (Rück-)Zahlungsansprüchen des Darlehensgebers **grundsätzlich genauso stehen wie er gegenüber der Kaufpreisforderung des Verkäufers stünde**, wenn nur mit diesem kontrahiert worden wäre. Das Gesetz stellt daher beim Einwendungsdurchgriff auf die **hypothetische Rechtslage** ab, die bestehen würde, wenn der **Verbraucher nur dem Verkäufer gegenüberstünde**. Das ergibt sich aus der vom Gesetzgeber gewählten Konjunktiv-Formulierung berechtigen würden (vgl. BGH, Urteil vom 25.09.2001 - XI ZR 109/01, BGHZ 149, 43, 47 f.; Kessal-Wulf, in: Staudinger, BGB, Neubearbeitung 2012, § 359, Rn. 7). Der Käufer und Darlehensnehmer ist nach dem klaren Gesetzeswortlaut beim verbundenen Geschäft also **so zu stellen**, wie er bei **einem**

*nicht finanzierten Teilzahlungsgeschäft stehen würde, bei dem er den Kaufpreis in Raten an den Verkäufer zu entrichten hätte. Daher sind noch **offene Darlehensraten grundsätzlich wie Kaufpreistraten zu behandeln** (vgl. BGH, Urteil vom 25.09.2001 - XI ZR 109/01, BGHZ 149, 43, 48; Kessal-Wulf, in: Staudinger, BGB, Neubearbeitung 2012, § 359, Rn. 7).*

*Folgerichtig kann der Verbraucher **alle den Kaufpreisanspruch betreffenden rechtshindernden, rechtsvernichtenden und rechtshemmenden Einwendungen oder Einreden auch dem Darlehensgeber entgegenhalten**. Dazu zählt auch die Einrede der Verjährung, da die bei Teilzahlungskrediten typische Auszahlung des Darlehens an den Verkäufer mit ihrer Erfüllungswirkung außer Betracht zu bleiben hat (vgl. BGH, Urteil vom 25.09.2001 - XI ZR 109/01, BGHZ 149, 43, 46 ff.; Urteil vom 14.09.2004 - XI ZR 248/03, NJW-RR 2005, 415, 416; OLG Stuttgart, Urteil vom 19.02.2001 - 6 U 121/00, NJW-RR 2002, 856; Coester, Jura 1992, 617, 622; Kessal-Wulf, in: Staudinger, BGB, Neubearbeitung 2012, § 359, Rn. 7; Ring, in: Dauner-Lieb/Langen (Hrsg.), BGB, Band 2/1, 2. Aufl. 2012, § 359, Rn. 8; Emmerich, JuS 2002, 297, 298; Grüneberg, in: Palandt, BGB, 72. Aufl. 2013, §359, Rn. 3; Prasse, in: Schulze/Grziwotz/Lauda (Hrsg.), BGB: Kommentiertes Vertrags- und Prozessformularbuch, 2011, § 359, Rn. 13).*“ (OLG Frankfurt aaO)

Vor diesem Hintergrund unterliegt die durch eine Kündigung des Darlehensvertrages entstandene Rückzahlungsforderung bei einem finanzierten Kauf der kaufrechtlichen Verjährung.

*„Zwar sind seit dem 01.01.2002 die Verjährungsfristen für Ansprüche aus einem Darlehensvertrag auf der einen und aus einem Kaufvertrag auf der anderen Seite **grundsätzlich gleich lang** (§§ 195, 199 Abs. 1 BGB). Gleichwohl bleibt der Einwendungsdurchgriff in derartigen Fällen von Bedeutung, da der **Beginn der jeweiligen Verjährungsfrist an unterschiedliche Zeitpunkte anknüpft** (vgl. dazu etwa Grüneberg, in: Palandt, BGB, 72. Aufl. 2013, § 359, Rn. 3; Habersack, in: Münchener Kommentar zum BGB, 6. Aufl. 2012, § 359, Rn. 42; Ring, in: Dauner-Lieb/Langen (Hrsg.), BGB, Band 2/1, 2. Aufl. 2012, § 359, Rn. 8).*“ (OLG Frankfurt aaO)

### III. Verjährung des Anspruchs auf Kaufpreiszahlung

Für den Einwendungsdurchgriff kommt es folglich darauf an, ob der Kaufpreisanspruch schon verjährt gewesen wäre, sofern dieser Vertrag als Teilzahlungsvertrag ausgestaltet gewesen wäre.

Mit der Übernahme des Fahrzeugs durch den B-Vertragshändler C nach dem Unfall im April 2004 wäre bei einem Abzahlungsgeschäft der restliche Kaufpreis fällig gewesen, welcher dann mit den Zahlungen der Kaskoversicherung verrechnet worden wäre. Der Zahlungsanspruch wäre hier grundsätzlich mit Ablauf des 31.12.2007 verjährt gewesen (§§ 195, 199 I BGB).

*„Allerdings war die **Verjährung zeitweise gehemmt**, da zwischen den Parteien einige Monate lang **Verhandlungen** im Sinne des § 203 BGB über den Anspruch der Klägerin **schwebten**. Für den Begriff der Verhandlung im Sinne des § 203 BGB reicht nämlich **jeder Meinungs austausch über den Anspruch oder seine tatsächliche Grundlage** aus, wenn nicht sofort und eindeutig die Verhandlung abgelehnt wird (s. etwa BGH, Urteil vom 26.09.2006 - VI ZR 124/05, juris; Ellenberger, in: Palandt, BGB, 72. Aufl. 2013, § 203, Rn. 2). Im vorliegenden Fall haben Verhandlungen in diesem Sinne zwischen den Parteien im Zeitraum zwischen dem 08.07.2005 und dem 07.10.2005 stattgefunden. Sodann sind die Verhandlungen zwischen den Parteien eingeschlafen. In einem derartigen Fall enden die Verhandlungen in jenem Zeitpunkt, in dem nach Treu und Glauben eine Äußerung der anderen Seite spätestens zu erwarten gewesen wäre. Dabei ist es unerheblich, welche Seite sich nun verschweigt (vgl. Peters/Jacoby, in: Staudinger, BGB, Neubearbeitung 2009, § 203, Rn. 13). Hier wäre mit Blick auf die Fristsetzung in dem Schreiben der Klägerin vom 07.10.2005 **spätestens am 19.10.2005** eine Äußerung von Seiten des Beklagten zu erwarten gewesen, so dass mit Ablauf dieses Tages die Verhandlungen im Sinne des § 203 BGB ein Ende gefunden haben. Damit war der Zahlungsanspruch mit Ablauf des 12.04.2008 verjährt, so dass der Eingang des Antrags auf Erlass eines Mahnbescheides beim Amtsgericht Hagen am 17.04.2009 keine Hemmung der Verjährung mehr herbeiführen konnte.“* (OLG Frankfurt aaO)

### IV. Ergebnis

Die von dem Beklagten erhobene Verjährungseinrede greift durch. Die Klage ist unbegründet.

BGB  
§ 328 analog

## Vertrag mit Schutzwirkung für Dritte Tieruntersuchungsvertrag

ZivilR

(OLG Hamm in NJW RR 2014, 29; Urteil vom 05.09.2013 – 21 U 143/12)

Ein zwischen Verkäufer und Tierarzt im Zusammenhang mit dem Abschluss eines Kaufvertrags über ein Pferd geschlossener Vertrag über die Durchführung einer tierärztlichen Ankaufuntersuchung entfaltet Schutzwirkung für den Kaufinteressenten.

### A. Grundlagenwissen: Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter (§ 328 BGB analog)

#### I. Voraussetzungen

##### 1. Sonderbeziehung zwischen den Hauptparteie

Die Frage nach einem Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter stellt sich immer dann, wenn jemand einen Schaden erlitten hat, der aber in einem vertraglichen/vertragsähnlichen Verhältnis mit dem Schädiger steht, aber mit einer Person, die eine solche Beziehung zum Schädiger hat (sog. n.

##### 2. Leistungsnähe

Darüber hinaus muss der geschädigte Dritte der Gefahr durch die Verletzung der vertraglichen Pflichten ebenso ausgesetzt sein wie der Gläubiger.

##### 3. Gläubigernähe

Schließlich muss der Gl. ein berechtigtes Interesse an der Einbeziehung des Dritten in den Vertragsschutz haben. Dies ist regelmäßig anzunehmen, wenn ein Dritter bestimmungsgemäß mit Leistung in Kontakt kommen soll (hypothetischer Parteiwille). Dies ist insbesondere dann anzunehmen, wenn in Vorbereitung von Vertragsabschlüssen Begutachtungen erfolgen, die für den Abschluss selbst relevant sein sollen.

##### 4. Erkennbarkeit

Diese Gläubigernähe muss für den Schuldner erkennbar sein, d.h. der einbezogene Personenkreis muss eng und überschaubar sein.

##### 5. Schutzbedürftigkeit des Dritten

Der Dritte muss schutzbedürftig sein. Dies ist der Fall, wenn er keinen eigenen vertraglichen Anspruch gegen den Schädiger hat.

### B. Drittschutzwirkung des Tieruntersuchungsvertrages (vgl. OLG Hamm in NJW RR 2014, 29)

**Fall:** Die Parteien streiten um Schadensersatzansprüche der Kl. aus einem Vertrag über die Durchführung einer tierärztlichen Ankaufuntersuchung. Die Bekl. betreibt eine tierärztliche Praxis für Pferde in Form einer GbR. Mit Kaufvertrag vom 10.07.2010 erwarb die Kl. von dem Pferdehändler F die Schimmel-Stute I (bzw. nunmehr G), deren Alter in § 2 Nr. 1. des Vertrags mit vier Jahren angegeben war. Nach § 5 des Kaufvertrags stand dieser unter der aufschiebenden Bedingung der erfolgreichen Durchführung einer Ankaufuntersuchung durch den Gesellschafter der Bekl. Dr. M. Der Verkäufer des Pferdes beauftragte daraufhin die Bekl. mit der Durchführung einer klinischen Ankaufuntersuchung. In den dem Untersuchungsprotokoll vorangestellten Allgemeinen Vertragsbedingungen der Bekl. heißt es u. a.:

*„Der Umfang der Untersuchung wird in Abstimmung mit dem Tierarzt festgelegt und durch das nachfolgende Protokoll wiedergegeben. Eine weitergehende Untersuchungspflicht besteht nicht. Eine Prognose zur zukünftigen Entwicklung des Gesundheitszustandes, der Einsatzfähigkeit und der Verwendbarkeit des Pferdes wird nicht gestellt. Ist der Auftraggeber Verkäufer eines Pferdes, ist dieser berechtigt, das Untersuchungsprotokoll dem Kaufinteressenten vorzulegen. Der Käufer des Pferdes kann aus dieser Vorgehensweise keine Ansprüche gegen den Tierarzt herleiten. Darauf hat der Auftraggeber den Käufer ausdrücklich hinzuweisen. Die Haftung des Tierarztes wird auf grobes Verschulden beschränkt. Sofern nicht der Anspruch aus Verletzung des Lebens, des Körpers und der Gesundheit von Menschen betroffen ist. Die Verjährungsfrist für eventuelle Haftungsansprüche gegen den Tierarzt beträgt sechs Monate.“*

Im Untersuchungsprotokoll selbst ist das Geburtsdatum des Pferdes mit „20/04/2006“ angegeben, was der Eintragung im Pferdepass entspricht. Unter „Ausbildungs-/Trainingsstand“ heißt es „geritten“, und unter „Beabsichtigter Verwendungszweck“ findet sich die Eintragung „Reitpferd“. Nach Nr. 7 des Protokolls („Ge-

sundheitszustand“) wurde bei einer Adspektion von Maul und Gebiss „2 x Wolfszahn“ festgestellt. Die Kl. billigte das Untersuchungsprotokoll, so dass der Kaufvertrag wirksam wurde. Anschließend beauftragte sie ihrerseits die Tierärztin Dr. T mit der Entfernung der beiden Wolfszähne. Nachdem sich – wie sie behauptet – in diesem Zusammenhang herausgestellt hatte, dass das Pferd entgegen den Angaben im Kaufvertrag noch keine vier, sondern erst etwa zweieinhalb Jahre alt war, nahm die Kl. zunächst in einem vor dem AG Bad Oeynhausen geführten Rechtsstreit den Verkäufer F auf Schadensersatz in Höhe von rund 3.800,00 EUR in Anspruch. Die Parteien dieses Verfahrens schlossen letztlich einen Vergleich, wonach der Verkäufer an die Kl. zur Abgeltung sämtlicher wechselseitiger Forderungen einschließlich der Kosten der Unterhaltung des Pferdes und des Einreitens 5.000,00 EUR zu zahlen hatte. Diesen Vergleich konnte der Verkäufer F allerdings letztlich nicht erfüllen, sondern gab im Rahmen der Zwangsvollstreckung die eidesstattliche Versicherung ab. Die Kl. verlangte unter dem Gesichtspunkt der Verletzung von Pflichten aus dem Vertrag über die Durchführung der Ankaufsuntersuchung von der Bekl. Schadensersatz und zwar zum einen in Höhe von rund 4.700,00 EUR für die in der Zeit vom Kauf der Stute bis zum 31.08.2011 angefallenen Kosten für die Unterbringung, Verpflegung, Versicherung und tiermedizinische Versorgung. Hat die Kl. hierauf einen Anspruch?

Die Kl. könnte gegen die Bekl. einen Anspruch auf Schadensersatz aus §§ 634 Nr. 4, 280 I BGB in Verbindung mit den Grundsätzen über den Vertrag mit Schutzwirkung für Dritte (§ 328 BGB analog) haben.

### I. Vorliegen der Voraussetzungen für einen Vertrag mit Schutzwirkung für Dritte analog § 328 BGB

Ein Anspruch der Kl. gegen die Bekl. aus § 280 I BGB setzt voraus, dass die Bekl. die ihr obliegenden Verpflichtungen aus einer vertraglichen Beziehung verletzt hat. Da die Kl. aber gar keine unmittelbare vertragliche Beziehung zu der Bekl. hat, sondern diese allein mit dem Verkäufer in einem Vertragsverhältnis stand, kommt eine Haftung der Bekl. gegenüber der Kl. nur in Betracht, wenn der Vertrag zwischen dem Verkäufer und der Bekl. die Kl. als Käuferin des Tieres in den Schutzbereich des Vertrages mit einbezieht, es sich also analog § 328 BGB um einen Vertrag mit Schutzwirkung für Dritte handelt.

„Ein – wie hier – zwischen Verkäufer und Tierarzt im Zusammenhang mit dem Abschluss eines Kaufvertrags geschlossener Vertrag über die Durchführung einer tierärztlichen Ankaufsuntersuchung entfaltet Schutzwirkung für den Kaufinteressenten. Dies ergibt sich aus der – der Bekl. naturgemäß bekannten – **Bestimmung der Ankaufsuntersuchung**, der Kl. als Kaufinteressentin **Aufschluss über die gesundheitliche Verfassung des Tieres** zu geben und ihr so als Grundlage für ihren Kaufentschluss zu dienen (vgl. OLG Köln, NJW-RR 1992, 49; sowie auch OLG Hamm, NJOZ 2006, 4207 jeweils m.w.N.).“ (OLG Hamm aaO)

### II. Haftungsausschluss durch AGB der Bekl.

Allerdings hat die Bekl. in ihren AGB eine Haftung gegenüber der Kl. ausdrücklich ausgeschlossen, den Bekl. aber zur Vorlage des Untersuchungsprotokolls berechtigt. Dies könnte einer Haftung nach den Grundsätzen des Vertrages mit Schutzwirkung für Dritte entgegenstehen.

„Durch die Verwendung einer solchen Klausel will die Bekl. **offenbar bewusst die eigene Haftung gegenüber Kaufinteressenten nach den Grundsätzen über den Vertrag mit Schutzwirkung für Dritte ausschließen**, wenn nicht diese, sondern die potenziellen Verkäufer die Ankaufsuntersuchung in Auftrag geben.

Hiermit dringt sie allerdings nicht durch. Dabei verkennt der Senat zunächst nicht, dass sich die Kl. grundsätzlich **Haftungsbeschränkungen und -freizeichnungen**, die sich aus dem Verhältnis zwischen der Bekl. und ihrem Vertragspartner, dem Verkäufer F, ergeben, analog § 334 BGB entgegenhalten lassen muss (vgl. BGH, NJW 1971, 1931 [1932]). Eine **Haftungsfreizeichnung nur zu Lasten der Kl.** ist aber in der vorliegenden Konstellation zum einen als **venire contra factum proprium** gem. § 242 BGB und zum anderen als AGB – was der Senat jedoch letztlich offenlassen kann – entweder bereits gem. §§ 309 Nrn. 7 u. 8 lit. b aa BGB oder aber jedenfalls gem. § 307 I, II BGB unwirksam (vgl. Gottwald, in: MüKo-BGB, 6. Aufl. [2012], § 328 BGB Rn. 191 m.w.N.).

Der insoweit (möglicherweise) gegenteiligen Auffassung des 12. Zivilsenats (vgl. OLG Hamm, Urt. v. 29.05.2013 – 12 U 178/12, BeckRS 2013, 10193, aus dem sich der genaue Wortlaut der dort einschlägigen Klausel allerdings nicht ergibt) folgt der erkennende Senat nicht. Die Bekl. **kann nicht einerseits** dadurch einen **Vertrauenstatbestand schaffen**, dass sie die Vorlage des Untersuchungsergebnisses an den jeweiligen Kaufinteressenten ausdrücklich gestattet, weil es gerade Sinn und Zweck einer – auch vom Verkäufer in Auftrag gegebenen – Ankaufsuntersuchung ist, dem Käufer hierdurch eine (entscheidende) Grundlage für seinen Kaufentschluss zu verschaffen, **zugleich aber jegliche Haftung hierfür** gegenüber dem Dritten **ausschließen** wollen. Dies gilt umso mehr, als ein Schaden in Folge einer fehlerhaft durchgeführten Ankaufsuntersuchung typischerweise gerade – **ausschließlich** – beim Käufer eintritt.“ (OLG Hamm aaO)

Die Kl. kann daher nach den Grundsätzen über den Vertrag mit Schutzwirkung für Dritte (§ 328 BGB analog) aus dem zwischen der Bekl. und dem Verkäufer des Pferdes am 10.07.2010 geschlossenen Vertrag über die Durchführung einer klinischen Ankaufuntersuchung, der als Werkvertrag zu qualifizieren ist (vgl. BGH, NJW 2012, 1070 Rn. 14; BGHZ 192, 182 = NJW 2012, 1071 Rn. 14; NJW-RR 2012, 540 Rn. 12 jeweils m.w.N.), unmittelbar Schadensersatzansprüche gegen die Bekl. geltend machen.

### III. Pflichtverletzung der Bekl.

Eine Haftung der Bekl. setzt weiterhin voraus, dass sie die ihr nach dem Werkvertrag obliegenden Pflichten verletzt hat.

*„Die Bekl. bzw. ihr für sie handelnder Gesellschafter Dr. M hat bei der Untersuchung der Stute I (bzw. nunmehr G) der Kl. eine ihr **obliegende Pflicht verletzt**. Dies ergibt sich aus dem **überzeugenden Gutachten** des Sachverständigen Dr. X, an dessen Qualifikation auf Grund seiner langjährigen Berufserfahrung keinerlei Zweifel besteht. Zudem ist die Qualität der Gutachten des Sachverständigen Dr. X dem Senat aus einer Vielzahl vergleichbarer Verfahren hinreichend bekannt.*

*Hierbei verkennt der Senat nicht, dass eine **Altersbestimmung anhand des Zahnstatus** weder nach dem Wortlaut des Vertrags noch – wie der Sachverständige weiter ausgeführt hat – zum Zwecke der zweifelsfreien Identifizierung des Pferdes geschuldet war. Insoweit lag der Bekl. der zu der streitgegenständlichen Stute gehörige **Pferdepass** vor, der nach dem Gutachten des Sachverständigen Dr. X im Zusammenhang mit dem **implantierten Microchip** als Identifizierungsdokument dient und speziell zu diesem Zweck eingeführt wurde, weshalb man ihn mit einem Personalausweis für Menschen vergleichen könne. Durchgreifenden Anlass, an dessen Inhalt zu zweifeln, hatte die Bekl. nicht, soweit es allein um die Feststellung der Identität der Stute I bzw. G ging. Dass der Pass zwar ein konkretes Geburtsdatum, aber keinerlei weitere Angaben zum Stammbaum des Pferdes enthält, ändert hieran nichts. Die Bekl. musste aber auf die sich bei der **tatsächlich durchgeführten Untersuchung des Gebisses** ergebenden Zweifel an der Eintragung im Pferdepass betreffend das Geburtsdatum hinweisen. Hierin ist nach Auffassung des Senats die haftungsbegründende Verletzung einer Nebenpflicht zu sehen.“ (OLG Hamm aaO)*

### IV. Fristsetzung

Grundsätzlich kann ein Schadensersatzanspruch nach § 280 I BGB nur nach erfolgter Fristsetzung für eine Nachbesserung geltend gemacht werden. Dies ist hier aber nicht erfolgt.

*„Da durch eine Nachbesserung des Gutachtens der streitgegenständliche **Schaden**, der der Kl. durch den Ankauf des Pferdes entstanden ist, **nicht mehr verhindert oder vermindert** werden kann, sondern die Kl. vielmehr **Schadensersatz wegen Mangelfolgeschäden** begehrt, war eine mit einer entsprechenden Fristsetzung verbundene Aufforderung zur Mängelbeseitigung (§§ 634 Nr. 4, 281 BGB) entbehrlich (vgl. BGHZ 181, 317 = NJW 2009, 2674 Rn. 9 m.w.N.; Kniffka/Krause-Allenstein, BauvertragsR [Stand: 2012], § 636 BGB Rn. 42; OLG Hamm, NJOZ 2006, 4207).“ (OLG Hamm aaO)*

### V. Kausalität zwischen Pflichtverletzung und Schaden

Die Schlechterfüllung des Werkvertrags müsste für den Kaufentschluss der Kl. kausal geworden.

*„Nach dem Ergebnis der Erörterungen im Termin vor dem LG vom 22.08.2012 hätte die Kl. das Pferd **nicht gekauft**, wenn sie **gewusst** hätte, dass es seinerzeit **erst gut zwei Jahre alt** war. Diese Angaben hat die Bekl. nicht (mehr) bestritten (§ 138 III ZPO). Ungeachtet dessen ist bei der Prüfung des hypothetischen Kausalverlaufs grundsätzlich auf die **Entscheidung eines „vernünftigen“ Käufers** abzustellen. Die Ursächlichkeit der Pflichtverletzung für die Kaufentscheidung wird danach vermutet (vgl. BGH, NJW 2004, 1868 [1869] m.w.N.; OLG Hamm, NJW-RR 1996, 736 [737] m.w.N.). Anhaltspunkte, die diese Vermutung erschüttern oder widerlegen würden, sind weder vorgetragen oder sonst ersichtlich.“ (OLG Hamm aaO)*

### VI. Verantwortlichkeit

Die Bekl. müsste für ihre Pflichtverletzung auch verantwortlich sein.

*„Gemäß § 280 I 2 BGB wird das Verschulden der Bekl. bzw. ihres Gesellschafters Dr. M, welches sie sich analog § 31 BGB zurechnen lassen muss (vgl. bspw. BGH, NJW 2003, 1445 [1446 f.]; NJW 2007, 2490 [2491] m.w.N.), vermutet. Gegenteilige Anhaltspunkte sind nicht ersichtlich.“ (OLG Hamm aaO)*

Die Bekl. hat durch ihre Allgemeinen Vertragsbedingungen ihre Haftung auch **nicht wirksam auf Fälle grober Fahrlässigkeit beschränkt**.

*„Dem steht nicht entgegen, dass die maßgebliche Klausel den Anforderungen des § 309 Nr. 7 BGB formal entspricht. Eine **Haftungsfreizeichnung bzw. -beschränkung** ist nämlich nach der ständigen Rechtsprechung des BGH (vgl. u. a. NJW 1993, 335 = NJW-RR 1993, 564 L m.w.N.), der der Senat folgt, gem. § 307 I, II Nr. 2 BGB insbesondere dann **unwirksam**, wenn die verwendete Klausel **wesentliche Pflichten***

(„**Kardinalpflichten**“), die sich aus der Natur des Vertrags ergeben, so **einschränkt**, dass die Erreichung des Vertragszwecks gefährdet ist. Dabei kommt es für die Frage, ob die Klausel wirksam ist oder nicht, naturgemäß nicht auf den Einzelfall an, vorliegend also die Frage, ob insbesondere die Altersbestimmung anhand des Zahnstatus oder Feststellungen zur Eignung des Pferdes als Reitpferd eine Kardinalpflicht waren. Abzustellen ist vielmehr auf die **abstrakte Formulierung** der Klausel.

Danach hat die Bekl. ihre **Haftung generell**, ohne nach einzelnen Pflichten zu differenzieren, **auf grobes Verschulden beschränkt**, sofern nicht ein Anspruch aus Verletzung des Lebens, des Körpers oder der Gesundheit von Menschen betroffen ist. Sie erfasst mithin ohne jede Einschränkung Schädigungen des Auftraggebers bei der Erbringung einer geschuldeten Leistung der Bekl. und schließt dadurch die Haftung der Bekl. auch für den Fall einer etwaigen schuldhaften Verletzung vertraglicher Hauptleistungspflichten aus. Eine so weitgehende Einschränkung selbst der Hauptleistungspflichten der Bekl. gefährdet zweifellos die Erreichung des Vertragszwecks, weil die Bekl. nach der Formulierung der Klausel auch bei der Erbringung ihrer Hauptleistungspflichten die hierbei gebotene Sorgfalt bis zur Grenze der groben Fahrlässigkeit sanktionslos vernachlässigen durfte (vgl. BGH, NJW 1993, 335 = NJW-RR 1993, 564 L.)“ (OLG Hamm aaO)

## VII. Schaden

Der Kl. ist in Folge der Pflichtverletzung der Bekl. ein Schaden in der zuerkannten Höhe entstanden. Erfüllt der Tierarzt seine ihm im Rahmen der Ankaufsuntersuchung obliegenden Pflichten nicht, haftet er gem. §§ 634 Nr. 4, 280 I BGB auf Ersatz desjenigen Schadens, der der Kl. dadurch entstanden ist, dass sie das Pferd auf Grund des fehlerhaften Befunds erworben hat (vgl. BGH, NJW 2012, 1070 Rn. 14; BGHZ 192, 182 = NJW 2012, 1071 Rn. 14).

„Nach der gefestigten Rechtsprechung des BGH (vgl. NJW 1992, 228 [230]; NJW 2004, 1868 [1869 f.] jeweils m.w.N.), der der Senat folgt, muss der Schuldner, durch dessen Pflichtverletzung der Gläubiger zum Abschluss eines ihm nachteiligen Vertrags veranlasst worden ist, den Gläubiger **so stellen, als hätte dieser die nachteilige Disposition nicht getroffen**. Ist – wie hier – infolge der Pflichtverletzung ein nachteiliger Vertrag über den Erwerb eines Gegenstands abgeschlossen worden, so kann der Geschädigte wählen, ob er an dem Geschäft festhalten und darüber hinaus zusätzliche Vermögenseinbußen ersetzt verlangen, oder ob er den so genannten „großen“ Schadensersatz unter Übereignung der Kaufsache geltend machen, also Ersatz des für den Kauf aufgewandten Betrags und etwaiger Folgeschäden Zug um Zug gegen Übertragung des erworbenen Gegenstands verlangen will (vgl. BGH, NJW-RR 2009, 603 Rn. 10 m.w.N.).

Da die Kl. vorliegend als Schaden im Wesentlichen „nur“ diejenigen Unterbringungs-, Verpflegungs- und Behandlungskosten beansprucht, die für denjenigen Zeitraum „nutzlos“ angefallen sind, in dem die erworbene Stute alters- und entwicklungsbedingt noch nicht geritten werden durfte, jedoch gerade nicht die Erstattung (auch) des Kaufpreises, sondern das Pferd grundsätzlich behalten möchte, hat die Bekl. ihrerseits keinen Anspruch auf Herausgabe und Übereignung des Pferdes (vgl. BGHZ 192, 182 = NJW 2012, 1071 Rn. 25).“ (OLG Hamm aaO)

Danach hat die Bekl. der Kl. diejenigen abgesehen vom Kaufpreis angefallenen Vermögenseinbußen zu ersetzen, die sie nicht gehabt hätte, wenn sie den Kaufvertrag mit dem Zeugen F nicht bereits im Juli 2010 abgeschlossen hätte, sondern erst zu einem Zeitpunkt, als das Pferd tatsächlich – wie vertraglich vereinbart – vier Jahre alt war. Eine **grundsätzliche Begrenzung dieses Anspruchs auf die Höhe des Kaufpreises** (vgl. bspw. BGH, NJW 2004, 1868 [1870] m.w.N. zu der Frage, ob der Schadensersatzanspruch wegen Verletzung eines Beratungsvertrags über den Erwerb von Eigentumswohnungen zu Anlagezwecken auf einen angemessenen Ausgleich des Minderwerts der Kaufsache zu beschränken ist) oder eine Subsidiarität der Haftung der Bekl. gegenüber derjenigen des Verkäufers F vermag der Senat dabei **nicht zu erkennen**.“ (OLG Hamm aaO)

## VIII. Verhältnis zur Haftung des Verkäufers

Die Bekl. haftet nicht lediglich subsidiär.

„Die **Verpflichtung des Verkäufers F** zur Rückabwicklung des Kaufvertrags **und der bekl. Tierarztpraxis** auf Ersatz des der Kl. infolge des Abschlusses des Kaufvertrags entstandenen Vermögensschadens **stehen** vielmehr **gleichstufig nebeneinander** [wird ausgeführt]. Die Kl. war danach weder gem. §§ 242, 254 II 1 BGB noch aus sonstigen Gründen gehalten, zunächst den Zeugen F als Verkäufer in Anspruch nehmen, was sie aber im Übrigen – wenn auch letztlich erfolglos – getan hat. Es stand ihr vielmehr grundsätzlich frei, welchen Gesamtschuldner sie in Anspruch nimmt (vgl. BGH, NJW 2012, 1070 Rn. 17 bis 19; BGHZ 192, 182 = NJW 2012, 1071 Rn. 15 bis 19).“ (OLG Hamm aaO)

## IX. Ergebnis

Die Kl. hat gegen die Bekl. einen Anspruch auf Schadensersatz aus §§ 634 Nr. 4, 280 I BGB in Verbindung mit den Grundsätzen über den Vertrag mit Schutzwirkung für Dritte (§ 328 BGB analog).

**Nötigung**  
**Anwaltliches Mahnschreiben**

(BGH in NJW 2014, 401; Beschluss vom 05.09.2013 – 1 StR 162/13)

Die **Androhung einer Strafanzeige in einem anwaltlichen Mahnschreiben** ist nicht lediglich eine Warnung, sondern eine **Drohung mit einem empfindlichen Übel**, die auch dann als verwerflich i. S. v. § 240 II StGB anzusehen ist, wenn dem Rechtsanwalt der betrügerische Hintergrund der Forderungen nicht positiv bekannt war.

**Fall:** Gegenstand des Verfahrens sind anwaltliche Mahnschreiben an die Kunden sog. Gewinnspieleintragungsdienste. Diesen war über ein Callcenter angeboten worden, sie gegen einen Teilnehmerbeitrag in Gewinnspiele einzutragen. Dies geschah aber nicht. Nachdem es bei Einzug der Teilnehmerbeiträge mittels Lastschrifteinzug immer häufiger zu Rücklastschriften kam, entschloss sich der gesondert verurteilte Verantwortliche des Gewinnspieleintragungsdienstes dazu, die Kunden über einen Rechtsanwalt mahnen zu lassen, um so auf sie Druck auszuüben und dadurch zur Zahlung der unberechtigten Forderungen zu veranlassen. Er konnte den Angekl. als «Inkassoanwalt» gewinnen und beauftragte ihn mit der Erstellung mehrerer Entwürfe für Mahnschreiben. Dass der Angekl. bei deren Erstellung Kenntnis von der fehlenden Eintragung der Kunden in die Gewinnspiele hatte, konnte das LG nicht feststellen.

Die entsprechend den Entwürfen gefertigten Mahnschreiben erweckten den Anschein, der Angekl. habe die Forderungen aus den Gewinnspieleintragungen geprüft. Tatsächlich wurden die Namen der Empfänger vom Verantwortlichen des Gewinnspieleintragungsdienstes selbst eingesetzt. Der Angekl. kümmerte sich weder darum, an wen die Briefe versandt wurden, noch darum, ob der Gewinnspieleintragungsdienst tatsächlich eine Forderung gegen den jeweiligen Empfänger des Schreibens hatte.

Im Gegensatz dazu behauptete der Angekl. in den Mahnschreiben, er sei mit der Durchsetzung der berechtigten Forderungen gegen den jeweiligen Empfänger beauftragt worden und werde dies auch konsequent tun. Seine Mandantin behalte sich vor, bei nicht fristgerechter Zahlung den Sachverhalt der Staatsanwaltschaft zur Überprüfung wegen des Verdachts des Betruges vorzulegen. Tatsächlich war zwischen dem Auftraggeber und dem Angekl. aber vereinbart worden, dass tatsächlich keinesfalls eine gerichtliche Geltendmachung der Forderungen oder aber die Erstattung von Strafanzeigen erfolgen sollte. Vielmehr sollten bei Beschwerden oder «Kündigungen» seitens der Kunden diesen ohne weitere Prüfung stets sämtliche etwa bereits geleistete Zahlungen zurückerstattet werden.

Aufgrund der Mahnaktionen gingen fast 860.000 EUR ein, von denen ca. 140.000 EUR an den Angekl. gezahlt wurden.

Zu prüfen ist, ob der Versand der **anwaltlichen Mahnschreiben** den **Tatbestand des § 240 StGB erfüllt**.

I. Eine **Nötigung** setzt voraus, dass **mit einem Übel gedroht** wird, wobei das **Übel empfindlich** sein und die **Androhung des Übels zu dem angestrebten Zweck** gem. § 240 II StGB als **verwerflich** anzusehen sein muss.

1. Bei einem **Übel** handelt es sich um eine **künftige nachteilige Veränderung der Außenwelt** (vgl. Fischer, StGB, 60. Aufl., § 240 Rn 32; NK-StGB/Toepel, 4. Aufl., § 240 Rn 103).

*„Dies trifft für eine Strafanzeige zu, weil daraus zumindest ein Ermittlungsverfahren mit seinen vielfältigen nachteiligen Folgen erwachsen kann (vgl. Kudlich/Melloh JuS 2005, 912; MüKo-StGB/Sinn, 2. Aufl., § 240 Rn 78 m. w. Nachw.).“* (BGH aaO)

2. Der **Täter droht mit einem Übel**, wenn er (sei es zutreffend oder nicht) **behauptet, er habe auf dessen Eintritt Einfluss** (vgl. BGH NStZ 2012, 347; zusammenfassend Fischer, § 240 Rn 31 m. w. Nachw.).

Soll das **Übel von einem Dritten verwirklicht** werden, muss er also die **Vorstellung erwecken wollen, er könne den Dritten in der angekündigten Richtung beeinflussen** und wolle dies für den Fall der Verweigerung des verlangten Verhaltens auch tun (vgl. BGH NStZ 2009, 692; LK-StGB/Träger/Altwater, 11. Aufl., § 240 Rn 56; insoweit vergleichbar zur Erpressung BGH NStZ-RR 2007, 16; BGHSt 7, 197 = NJW 1955, 719 jew. M. w. Nachw.). Andernfalls läge lediglich eine nicht von § 240 StGB erfasste Warnung vor (vgl. BGH NStZ 2009, 692; BGH NJW 1957, 596).

Allerdings kann auch eine **scheinbare Warnung** eine Drohung enthalten (LK-StGB/Vogel, 12. Aufl., § 253 Rn 8). Die Abgrenzung von Warnung und Drohung ist

ebenso aus der Sicht des Empfängers zu bestimmen wie die Frage, ob das, was angekündigt ist, ein empfindliches Übel ist (vgl. hierzu BGH NSTZ 2012, 347; LK-StGB/Vogel, 12. Aufl., § 253 Rn 7).

*„Der Angekl. hat in dem Schreiben mitgeteilt, die rechtlichen Interessen der Mandantin würden nunmehr von ihm wahrgenommen. Die Forderung der Mandantin sei berechtigt und er werde sie konsequent durchsetzen. Zahlungen seien auf sein Konto zu leisten. Dieser **Gesamtzusammenhang** des Briefes ergibt, dass der Angekl. mit der von ihm gewählten Formulierung, die „Mandantin“ behalte sich die Erstattung einer Strafanzeige vor, zwar vordergründig lediglich gewarnt hat, aber dennoch hinreichend deutlich zum Ausdruck gebracht hat, er habe **auf die Erstattung einer Strafanzeige maßgeblichen Einfluss**. Daher ist nicht ersichtlich, dass die Strafkammer mit der Annahme, der Angekl. habe sich selbst Einfluss auf die Erstattung einer Strafanzeige zugeschrieben, die Grenzen möglicher trichterlicher Auslegung überschritten haben könnte (vgl. speziell zur Ankündigung eines Rechtsanwalts, der Mandant werde Strafanzeige erstatten, Kudlich/Melloh JuS 2005, 912).“ (BGH aaO)*

3. **Empfindlich** i. S. v. § 240 I StGB ist ein angedrohtes Übel, wenn der **in Aussicht gestellte Nachteil so erheblich** ist, dass seine Ankündigung den Bedrohten im Sinne des Täterverlangens motivieren kann (vgl. Fischer, § 240 Rn 32 a m. w. Nachw.).

*„Die Androhung einer Strafanzeige ist im Grundsatz geeignet, den Bedrohten zur Begleichung geltend gemachter Geldforderungen zu motivieren.*

*Besonderheiten des Einzelfalls, die dazu führten, dass die Empfindlichkeit des Übels – auch unter Berücksichtigung normativer Gesichtspunkte – gleichwohl zu verneinen wäre, sind hier nicht zu erkennen.*

*Derartige Besonderheiten können insbes. dann vorliegen, wenn und soweit gerade von dem Bedrohten in seiner (häufig: beruflichen) Lage erwartet werden kann, dass er der Drohung in besonnener Selbstbehauptung standhält (BGH NSTZ 1992, 278; BGHSt 26, 267 = NJW 1976, 760; in vergleichbarem Sinne [zu § 105 StGB] auch BGHSt 32, 165 = NJW 1984, 931; vgl. auch SK-StGB/Horn/Wolters, 59. Lfg., § 240 Rn 10).*

*Vergleichbare Besonderheiten liegen hier nicht vor: Die Empfänger der Schreiben befanden sich in keiner Lage, die das Gewicht der Bedrohung mit einer gegen sie gerichteten Strafanzeige verringern könnte. Vielmehr erlangte für sie die Drohung durch das Mahnschreiben eines Rechtsanwalts ein besonderes Gewicht, wie dies auch beabsichtigt war. Ebenso wie die **Position des Bedrohten das Gewicht einer Drohung mindern kann, kann es sich – wie hier – durch die berufliche Stellung des Drohenden erhöhen.***

*Der Senat teilt auch nicht die Auffassung der Revision, wonach hier deshalb nicht mit einem empfindlichen Übel gedroht sei, weil Verbraucher ein „besonderes Interesse“ daran hätten, sich einem Straf- oder Zivilverfahren zu stellen, in dem es um die von ihnen bestrittene Inanspruchnahme von Leistungen geht (so missverständlich OLG Karlsruhe NSTZ-RR 1996, 296). Ein derartiger Rechts- oder Erfahrungssatz besteht nicht.“ (BGH aaO)*

4. **Rechtswidrig** i. S. v. § 240 II StGB ist die Androhung eines Übels, wenn sie **im Verhältnis zum jeweilig angestrebten Zweck als verwerflich** anzusehen ist.

- a) Dies ist dann der Fall, wenn die **Verquickung von Mittel und Zweck mit den Grundsätzen eines geordneten Zusammenlebens unvereinbar** ist, sie also „sozial unerträglich“ ist (so schon BGHSt 18, 389 = NJW 1963, 1629; vgl. auch LK-StGB/Träger/Altwater, 11. Aufl., § 240 Rn 69, 86; die in diesem Zusammenhang auch verwendete, inhaltlich identische Formulierung, wonach verwerflich sei, was „nach richtigem allgemeinem Urteil sittlich zu missbilligen“ sei, geht auf noch ältere Rspr. [BGH [GSSt], BGHSt 2, 194 = NJW 1952, 593] zurück).

- b) Die Besonderheit des vorliegenden Falls besteht darin, dass die **objektive Lage und die Kenntnis des Angekl. auseinanderfielen**.

*„Objektiv hat der Angekl. Ö darin unterstützt, Geld für nicht erfolgte Eintragungen in Gewinnspiele einzutreiben. Es bedarf keiner Darlegung, dass dies im aufgezeigten Sinne verwerflich ist.*

*Demgegenüber hat die Strafkammer aber nicht festgestellt, dass der Angekl. Betrügereien oder sonstiges unseriöses Gebaren von Ö für möglich hielt.*

*Wäre nicht schon bei dem Sachverhalt, den der Angekl. sich vorstellte, die Drohung mit der Strafanzeige als verwerflich anzusehen, läge letztlich ein Tatbestandsirrtum vor, der den Vorsatz ausschließt (vgl. schon BGH LM § 240 StGB Nr. 3; NK-StGB/Toepel, § 240 Rn 195).*

*So verhält es sich hier nicht: Wie dargelegt, gingen die Vereinbarungen zwischen Ö und dem Angekl. dahin, jede Befassung von StA und/oder Gericht mit den Vorgängen zu vermeiden. Eigene Ansprüche sollten dort nicht geltend gemacht, geltend gemachte Ansprüche von Kunden sollten ohne Weiteres umgehend voll erfüllt werden. Dies kann den Angekl. jedenfalls nicht in der Auffassung bestärkt haben, die Forderungen Ö's seien ordnungsgemäß zu Stande gekommen, sondern belegt, dass ihm die zivilrechtlichen Beziehungen zwischen Ö und seinen Kunden gleichgültig waren. Dem entspricht, dass*

*Kundenbeschwerden ohne irgendeine Überprüfung immer Erfolg hatten. Da aber diese zivilrechtlichen Beziehungen von der Frage, ob und inwieweit sich die Kunden in irgendeiner Weise strafbar gemacht haben können, nicht zu trennen ist, war ihm auch dies gleichgültig. Hierauf hebt die Strafkammer zu Recht ab. Es ist auch nicht ersichtlich, dass die Strafkammer eine gebotene Erörterung gegenläufiger Gesichtspunkte (vgl. BGH NStZ 2012, 347) unterlassen hätte. Vielmehr verfasste er auch dann noch weitere, im Kern unveränderte Entwürfe, die er Ö uneingeschränkt zur Verfügung stellte, nachdem die erwarteten Beschwerdeschreiben von Kunden und Strafanzeigen kurz nach Versendung der ersten Mahnschreiben im Juni 2009 eingegangen waren.*

*Ebenso wenig ist unter diesen Umständen ersichtlich, dass die Strafkammer gehalten gewesen wäre, aus den nur schwer nachvollziehbaren rechtlichen Erwägungen des Angekl. (sie gingen von Haus-türwiderrufsgeschäften aus, obwohl Fernabsatzverträge vorlagen) auf Vorstellungen des Angekl. zu schließen, die – trafen sie zu – sein Verhalten nicht als verwerflich erscheinen ließen.*

*Dies gilt auch, soweit die Revision geltend macht, die Strafkammer hätte näher bezeichnete Möglichkeiten von rechtlichen Detailüberlegungen des Angekl. über formale Fragen des Widerrufsrechts erwägen müssen. Naheliegende und damit erörterungsbedürftige Möglichkeiten zeigt sie damit nicht auf (vgl. BGH wistra 2013, 67).*

*Vielmehr hat der Angekl. es Ö ermöglicht, seine **Berufsbezeichnung als Anwalt einzusetzen, um dadurch generell die Position der Adressaten als faktisch aussichtslos erscheinen zu lassen.** Letztlich sollten auf diese Weise juristische Laien durch die Autorität eines Organs der Rechtspflege zur Hinnahme der nur scheinbar vom Angekl. stammenden Wertungen veranlasst werden. Der Angekl. wollte, dass sie sich lediglich noch vor die Wahl gestellt sahen, entweder – als kleineres Übel – die Forderungen des Ö sofort zu erfüllen, ohne dass es aus seiner Sicht darauf ankam, ob die Forderungen berechtigt waren oder nicht, oder andernfalls mit größeren Übeln rechnen zu müssen (vgl. hierzu schon OLG Karlsruhe Justiz 1981, 212). Dies waren neben einer zivilrechtlichen Verurteilung, Konten- und Gehaltspfändungen, Negativeinträgen in Kreditauskunfteien und – teilweise – einer öffentlichen Erörterung der Teilnahme an Gewinnspielen „nicht jugendfreien Inhalts“ auch die Erstattung einer Strafanzeige wegen Betrugs.*

*Auf dieser Grundlage hat die Strafkammer die Verquickung von Mittel und Zweck im Ergebnis zutreffend als verwerflich i. S. v. § 240 II StGB bewertet.“ (BGH aaO)*

- II. **Ergebnis:** Durch den Versand der anwaltlichen Mahnschreiben ist der Tatbestand des § 240 I StGB verwirklicht worden.

**Untreue**  
**Vermögensbetreuungspflicht eines Rechtsanwalts**  
 (BGH in StV 2014, 95; Beschluss vom 05.03.2013 – 3 StR 438/12)

1. Die zivilrechtlich als **Geschäftsbesorgungsvertrag** einzuordnende Rechtsbeziehung zwischen einem mit der Führung eines bürgerlichen Rechtsstreits beauftragten Rechtsanwalts und seinem Auftraggeber **kann grds. für den Rechtsanwalt Treuepflichten i. S. des § 266 I StGB begründen**.
2. Die **Erhebung einer von vornherein aussichtslosen Widerklage begründet** für sich genommen **keine Untreue des Rechtsanwalts zum Nachteil seines Mandanten**.

**Fall:** Der Angekl. ist Rechtsanwalt. Als solcher war er über mehrere Jahre wiederholt für die Sparkasse (S) tätig. Im konkreten Fall war er von S mit der Erhebung einer Widerklage in einem Zivilrechtsstreit beauftragt worden, den diese mit zwei ehemaligen Vorständen führte. Die Auftragserteilung war auf der Grundlage eines von S zuvor eingeholten Gutachtens einer Wirtschaftsprüfungsgesellschaft erfolgt, das zu dem Ergebnis kam, unter den betreffenden Vorständen seien Verluste in Millionenhöhe entstanden. In seiner Widerklageschrift übernahm der Angekl. die Ausführungen aus dem Gutachten weitgehend wörtlich. Ein danach von der Gegenseite unterbreitetes Vergleichsangebot lehnte S ohne Mitwirkung von A ab. Das zuständige Zivilgericht wies die Widerklage als unbegründet ab.

Nach den Feststellungen der Strafkammer hat der Angekl. gewusst, dass die Widerklage keine Aussicht auf Erfolg gehabt hat und zudem selbst im Falle eines Obsiegens nicht die Möglichkeit bestanden habe, die geltend gemachte Forderung über den von einer Versicherung abgedeckten Betrag hinaus zu realisieren. Dem Angekl. ging es dabei darum, Gebühreneinkünfte zu erzielen, auf die er in seiner äußerst schwierigen finanziellen Situation dringend angewiesen gewesen sei.

Der Angekl. könnte sich wegen **Untreue gem. § 266 I StGB** strafbar gemacht haben.

I. **Voraussetzung des Treuebruchstatbestands** gem. § 266 I StGB ist die **tatsächliche Einwirkungsmacht auf fremdes Vermögen**, der ein besonders **schützenswertes Vertrauen in die Wahrnehmung fremder Vermögensinteressen** zu Grunde liegt.

1. Wegen der Weite des Tatbestands sind die durch § 266 I StGB strafrechtlich geschützten Treueverhältnisse auf die Fälle zu beschränken, in denen für den Betreuenden eine **besonders qualifizierte Pflichtenstellung in Bezug auf das fremde Vermögen begründet** wird.

*„Diese muss über allgemeine vertragliche Sorgfalts- und Rücksichtnahmepflichten ebenso hinausgehen wie über eine rein tatsächliche Einwirkungsmöglichkeit. Erforderlich ist, dass sich die **Vermögensfürsorge als Hauptpflicht, also als zumindest mitbestimmende und nicht nur beiläufige Verpflichtung** darstellt. Es muss hinzukommen, dass dem Täter die ihm übertragene Tätigkeit nicht durch ins Einzelne gehende Weisungen vorgezeichnet ist, sondern ihm Raum für eigenverantwortliche Entscheidungen und eine gewisse Selbstständigkeit belassen wird. Hierbei ist nicht nur auf die Weite des dem Täter eingeräumten Spielraums abzustellen, sondern auch auf das Fehlen von Kontrolle, also auf seine tatsächlichen Möglichkeiten, ohne eine gleichzeitige Steuerung und Überwachung durch den Treugeber auf dessen Vermögen zuzugreifen (BVerfGE 126, 170 = NJW 2010, 3209 = NSTZ 2010, 626; BGH, wistra 2008, 427 m. w. Nachw.).“ (BGH aaO)*

2. Der nähere Inhalt des so umschriebenen Treueverhältnisses ergibt sich, wenn er – wie hier allein in Betracht kommend – auf einem Rechtsgeschäft beruht, regelmäßig aus dem **allgemeinen Zivil- oder Gesellschaftsrecht** (BGH NSTZ 2010, 632).

Dabei kann eine vertragliche Beziehung, die sich insgesamt als Treueverhältnis i. S. des § 266 I StGB darstellt, **Verpflichtungen enthalten, deren Einhaltung nicht vom Untreuetatbestand geschützt wird**. Maßgebend für die Abgrenzung sind insoweit Inhalt und Umfang der Treueabrede, wie sie sich aus den Vertragsvereinbarungen bei sachgerechter Auslegung ergibt (BGH NSTZ 1986, 361; BGH NJW 1991, 1069; BGH NSTZ 1994, 35).

II. In Anwendung dieser Grundsätze hat die Rspr. die zivilrechtlich als **Geschäftsbesorgungsvertrag** gem. § 675 BGB einzuordnende Rechtsbeziehung **zwischen einem mit der Führung eines bürgerlichen Rechtsstreits beauftragten Rechtsanwalt und seinem Auf-**

**traggeber grds. als Rechtsverhältnis angesehen, das für den Rechtsanwalt Treuepflichten i. S. des § 266 I StGB begründen kann.**

Sie hat jedoch ausdrücklich offengelassen, ob dies immer der Fall ist und im Zusammenhang mit der Beauftragung des Rechtsanwalts zur Einziehung und Durchsetzung von Forderungen auf den Einzelfall abgestellt (BGH, NJW 1960, 1629; BGHSt 15, 372 = NJW 1961, 931; BGH, NJW 1983, 461 = NStZ 1983, 168). Danach wurde eine strafbewehrte Pflicht zur Betreuung fremden Vermögens etwa unter der Voraussetzung angenommen, dass der Rechtsanwalt eine Geldforderung von beträchtlicher Höhe geltend zu machen hatte, er damit wegen seiner besonderen Sachkunde betraut war, es ihm überlassen war, wie er die Forderung durchsetzte, er an besondere Weisungen oder Beschränkungen nicht gebunden und zum Abschluss eines Vergleichs ermächtigt war (BGH, NJW 1983, 461 = NStZ 1983, 168).

III. Ausgehend von diesen Maßstäben kann die **Verletzung einer selbstständigen Pflicht des Angekl., das Vermögen der S. zu betreuen**, nicht angenommen werden.

*„Die Urteilsgründe teilen bereits Näheres zu Zustandekommen, Inhalt und Ausgestaltung des Mandatsverhältnisses zwischen dem Angekl. und der S. nicht mit. Ihnen ist daher nicht zu entnehmen, dass dem Angekl. die Entscheidung über das „ob“ und „wie“ der Widerklage zur selbstverantwortlichen Umsetzung nach eigener Beurteilung übertragen worden war. Eine derartige **Selbstständigkeit** ergibt sich auch nicht aus ihrem Zusammenhang. Der festgestellte Kontext der Widerklageerhebung spricht im Gegenteil eher dagegen, dass der Angekl. im Zusammenhang hiermit über einen Freiraum verfügte, der ausreichte, um eine Vermögensbetreuungspflicht i. S. des § 266 StGB begründen zu können. So holte die S. vor Erhebung der Widerklage ein Gutachten einer Wirtschaftsprüfungsgesellschaft ein. Der **Inhalt der Widerklage** beruhte sodann nicht auf Vorgaben des Angekl., sondern folgte ganz weitgehend den dortigen Ausführungen. Hinzu kommt, dass die S. mit den Widerbeklagten während des erstinstanzlichen Zivilverfahrens über eine einverständliche Beendigung des Rechtsstreits verhandelte, ohne dass der Angekl. hiervon überhaupt wusste und in die Vergleichsverhandlungen eingebunden war.*

*Demgegenüber tragen die vom LG für eine selbstständige Vermögensbetreuungspflicht des Angekl. angeführten Argumente nicht: Der Umstand, dass der Angekl. bis Ende 2004 in zumindest acht weiteren Verfahren für die S. tätig war und dort als „Haus- und Hofanwalt“ angesehen wurde, verliert vor dem Hintergrund des herausragenden Umfangs und der **besonderen Bedeutung der hier in Rede stehenden Widerklage** sowie der **konkreten Umstände ihres Zustandekommens, Inhalts und der Betreuung des Verfahrens** durch die S. entscheidend an Bedeutung. Mit Blick hierauf wird auch weder eine enge Einbindung des Angekl. in die Abläufe vor der Erhebung der Widerklage noch gar eine Selbstständigkeit allein dadurch belegt, dass der Angekl. an einem Gespräch teilnahm, in dem die ausreichende Bevollmächtigung der Wirtschaftsprüfungsgesellschaft diskutiert wurde. Ein eigener Freiraum des Angekl. bei der Verfolgung der widerklagend geltend gemachten Schadensersatzansprüche lässt sich auch nicht damit begründen, dass der Zeuge Dr. Sch die Vollmacht für die Erhebung der Widerklage nur deshalb unterzeichnete, weil der gesondert verfolgte L ihm erklärte, dies sei nicht mit besonderen Kosten verbunden; denn es ist nicht einmal festgestellt, dass dem Angekl. – der an diesem Gespräch nicht teilnahm – diese Aussage überhaupt bekannt war, geschweige denn, dass sie auf seine Initiative hin getätigt wurde. Schließlich belegt auch der nach Auffassung der Strafkammer unzutreffende Hinweis des Angekl. auf eine drohende Verjährung der Schadensersatzansprüche dessen **selbstständigen Beurteilungsspielraum** nicht. Diesem Umstand lässt sich eher entnehmen, dass die Entscheidung über das Ob der Widerklage in der Sache von den Verantwortlichen der S. getroffen wurde. Sollte der Hinweis des Angekl. tatsächlich inhaltlich unrichtig gewesen sein, ist dieser Umstand gegebenenfalls in erster Linie bei der Beurteilung von Bedeutung, ob das Verhalten des Angekl. als pflichtwidrig anzusehen ist.“ (BGH aaO)*

NdsGO  
§§ 39 III, 26

## Teilausschluss von der Gemeinderatssitzung keine Entscheidungsbefugnis des Bürgermeisters

GO

(OVG Lüneburg in DÖV 2014, 130; Urteil vom 31.10.2013 – 10 LC 72/12)

1. Der Gemeinderatsvorsitzende kann grundsätzlich nicht für den Rat über die Befangenheit eines Ratsmitgliedes entscheiden.
2. Ein Ratsmitglied kann auch bei einem vermeintlich zu Unrecht erfolgten Ausschluss den in der Sache folgenden Ratsbeschluss nicht erfolgreich angreifen.

**Fall:** Der Kläger wendet sich als Mitglied des beklagten Rates der Stadt Celle gegen dessen Verfahrensweise bei der Umbenennung von drei Straßen, insbesondere gegen den Umfang seines - seiner Ansicht nach erfolgten - Ausschlusses von der Beratung und Beschlussfassung über die Aufhebung der bisherigen Straßennamen.

Der im Streitzeitraum 43 Personen umfassende Beklagte beschloss am 25.09.2007 und am 29.05.2008 die Straßennamen "Ernst-Meyer-Allee" und "Kurt-Blanke-Straße" umzubenennen. Beide frühere Oberbürgermeister seien aktiv an Verfolgungsmaßnahmen des NS-Regimes beteiligt gewesen. In der Ratssitzung vom 29.05.2008 wurde die Stadtverwaltung beauftragt, weitergehende Überprüfungen der Biographien u.a. der Personen vorzunehmen, nach denen ab dem Jahr 1945 Straßen benannt worden waren. Nach Vorarbeiten der Stadtverwaltung und durch ein Gutachten des Historikers Dr. Strebel wurde eine extern besetzte Kommission eingesetzt. Sie schlug vor, (nur) die Benennung der Agnes-Miegel-Straße, des Hanna-Fuess-Weges und des Helmuth-Hörstmann-Weges aufzuheben. Beim Namensgeber des letztgenannten handelt es sich um den von 1973 bis 1985 als Celler Oberbürgermeister tätigen, 1993 verstorbenen Vater des Klägers.

Dieser Vorschlag war Gegenstand der Ratssitzung vom 10.02.2011. In der Sitzung erklärte der Ratsvorsitzende, dass der Kläger bei dem Tagesordnungspunkt, der die Durchführung einer Bürgerbefragung zu den geplanten Straßenumbenennungen beinhalte, und auch später beim Tagesordnungspunkt 13 unter die Regelungen des § 26 NGO (Mitwirkungsverbot) falle. Der Kläger habe auch bei der 1999 erfolgten Benennung der Straße nach seinem Vater nicht mitgewirkt. Bei möglichen Neubenennungen dürfe der Kläger wieder mitwirken. Nach der Niederschrift begab sich der Kläger daraufhin in den Zuschauerbereich und nahm an der weiteren Beratung und Beschlussfassung nicht teil. Der Ratsvorsitzende stellte laut Niederschrift abschließend fest, dass - der Kläger gemäß § 26 NGO bei der Beratung und Beschlussfassung zu den Punkten 1 bis 3 des Beschlussvorschlages der Ergänzungsvorlage BV/0570/10-1-1 nicht mitwirken darf. Der Kläger hat daraufhin den Saal verlassen.

Der Rat hat dann mehrheitlich beschlossen, dass zur Umbenennung des "Helmut-Hörstmann-Weg" keine Bürgerbefragung durchgeführt wird und die Benennung der betreffenden Straßen aufzuheben.

Mit der am 24.03.2011 erhobenen Klage hat der Kläger, der weiterhin dem Beklagten angehört, geltend gemacht, die Klage sei im Rahmen eines Kommunalverfassungsstreits als Feststellungsklage zulässig. Der Kläger hat beantragt, festzustellen, dass der Beschluss des Beklagten in der Sitzung vom 10.02.2011 über den Ausschluss des Klägers von der Beratung und Beschlussfassung des Tagesordnungspunktes 13.1 rechtswidrig gewesen ist. Zudem beantragt er festzustellen, dass die unter Tagesordnungspunkt 13.1 gefassten Beschlüsse des Beklagten in der Sitzung vom 10.02. 2011 rechtswidrig gewesen sind. Wird die Klage Erfolg haben?

Die Klage wird Erfolg haben, wenn sie zulässig und begründet ist.

### I. Klage auf Feststellung der Rechtswidrigkeit des Ausschlusses

#### 1. Zulässigkeit

Der Verwaltungsrechtsweg nach § 40 I 1 VwGO ist ohne weiteres eröffnet. Als Klageart kommt die Feststellungsklage nach § 43 I Alt. 1 VwGO in Betracht

*„Der Streit über **konkrete Rechtsbeziehungen zwischen kommunalen Organen** oder Organteilen ist ein solcher über das Bestehen oder Nichtbestehen eines Rechtsverhältnisses. Der Begriff des Rechtsverhältnisses im Sinne des § 43 I VwGO ist nicht auf Außenrechtsverhältnisse beschränkt, sondern umfasst ebenso die Rechtsbeziehungen innerhalb von Organen einer juristischen Person (vgl. nur OVG Nordrhein-Westfalen, Urt. v. 02.05.2006 - 15 A 817/04 -, juris, Rn. 42 f.).“* (OVG Lüneburg aaO)

Dem Kläger fehlt insoweit auch nicht die entsprechend § 42 II VwGO allgemein erforderliche Klagebefugnis.

*„Bei der vom Kläger als verletzt gerügten Rechtsposition muss es sich um ein **durch das Innenrecht eingeräumtes**, dem klagenden Organ oder Organteil zur eigenständigen Wahrnehmung zugewiesenes **wehrfähiges subjektives Organrecht** handeln. Geht es - wie hier - um die Verletzung organschaftlicher Mitwirkungsrechte, setzt die Klagebefugnis voraus, dass ein subjektives Organrecht des klagenden Organs oder Organteils unmittelbar nachteilig betroffen wird.*

*Bei dem hier vom Kläger geltend gemachten Recht, als (weiterhin aktuelles) Ratsmitglied an allen Beratungen und Beschlussfassungen des Beklagten **teilnehmen zu dürfen**, handelt es sich grundsätzlich um eine solche **wehrfähige Innenrechtsposition** (vgl. zuletzt etwa OVG Rheinland-Pfalz, Beschl. v. 04.09.2013 -*

10 A 10525/13 -, juris, Rn. 4), in die durch den - nach den Vortrag des Klägers - vom Beklagten zu verantwortenden Ausschluss unmittelbar nachteilig eingegriffen worden sein soll.“ (OVG Lüneburg aaO)

Der Kläger ist auch nicht deshalb mit seiner Klage ausgeschlossen, weil er sich in der Sitzung dem Ausschluss beugeht hat.

„Soweit in ähnlichen Fallgestaltungen angenommen worden ist, dass eine solche an sich wehrfähige Innenrechtsposition als **Ratsmitglied durch Untätigkeit gegenüber einer Eingriffshandlung** mit der Folge bereits einer Unzulässigkeit der Feststellungsklage untergehen könne (insbesondere OVG Nordrhein-Westfalen, etwa Beschl. v. 16.05.2013 - 15 A 785/12 -, juris, Rn. 39 f., sowie v. 12.09.2008 - 15 A 2129/08 -, juris, Rn. 11, m.w.N., = NWVBl 2009, 221 ff.), greift dieser Gesichtspunkt jedenfalls hier nicht durch.

Das stets erforderliche Rechtsschutzbedürfnis fehlt nur dann, wenn dem Betroffenen weiterhin eine **einfachere und effektivere Möglichkeit zur Realisierung des Rechtsschutzes** zur Verfügung steht (vgl. nur Kopp/Schenke, VwGO, 17. Aufl., vor § 40, Rn. 48). Die vom Beklagten angeführte Möglichkeit, eine ausdrückliche Entscheidung des Beklagten über den Ausschluss wegen Befangenheit herbeizuführen, besteht jedoch **nach dem Ende der Sitzung des Rates nicht** mehr. Zudem macht der Kläger gerade geltend, eine solche Entscheidung sei bereits zu seinen Lasten ergangen. Ob ein solcher Beschluss tatsächlich ergangen ist, ist eine Frage der Begründetheit. Deshalb kann die Klage auch nicht wegen einer vermeintlichen Obliegenheitsverletzung durch fehlende Anrufung des Beklagten unzulässig sein (vgl. Schwind, KVR Nds, Stand: Juli 2013, § 66 NKomVG, Rn. 73).“ (OVG Lüneburg aaO)

Ob allgemein oder jedenfalls bei Erledigung der geltend gemachten Verletzung vor einer gerichtlichen Entscheidung zusätzlich noch ein besonderes Feststellungsinteresse erforderlich ist (vgl. Wefelmeier, KVR Nds, § 54 NKomVG, Stand: Juli 2013, Rn. 33), kann hier offen bleiben.

„Ein evtl. erforderliches Feststellungsinteresse ergibt sich vorliegend jedenfalls aus der bei fortdauernder Ratsmitgliedschaft des Klägers zu behandelnden **Wiederholungsgefahr**. Zwar dürfte nicht nochmals mit der Umbenennung einer nach einem nahen Verwandten des Klägers benannten Straße zu rechnen sein. Es kann sich indes zukünftig erneut die hier erhebliche allgemeine Frage stellen, **in welcher Form genau über eine umstrittene Befangenheit eines Ratsmitgliedes zu entscheiden ist und in welchem Umfang eine solche Befangenheit ggf. besteht.**“ (OVG Lüneburg aaO)

Die Feststellungsklage ist zulässig.

## 2. Begründetheit

Die Feststellungsklage ist begründet, wenn ein Ausschluss des Klägers von der Mitwirkung bei den betreffenden Beschlüssen zu Unrecht erfolgt ist.

### a) Beschluss über den Ausschluss des Klägers durch den Rat

Dies setzt jedoch voraus, dass ein entsprechender Beschluss über den Ausschluss des Klägers von der Mitwirkung überhaupt erfolgt ist. Das **Eingreifen von Mitwirkungsverboten** ist grundsätzlich von dem **Kollegialorgan zu beschließen**, um dessen Entscheidung es geht. Ein entsprechender Ratsbeschluss über das Eingreifen eines Mitwirkungsverbotes wurde hier jedoch von der Beklagten gar **nicht gefasst**.

### b) Zurechnung der Feststellung des Ratsvorsitzenden über den Ausschluss

Der Ausschluss wurde einzig vom Ratsvorsitzenden festgestellt. Fraglich ist jedoch, ob der Rat sich dies zurechnen lassen muss.

„Soweit sich der Kläger sinngemäß darauf beruft, dass dem beklagten Rat die **entsprechende Feststellung des Ratsvorsitzenden zugerechnet** werde, fehlt die dafür erforderliche Zurechnungsnorm (vgl. auch OVG Sachsen-Anhalt, Beschl. v. 03.05.2013 - 4 L 209/12 -, juris, Rn. 13). Der Ratsvorsitzende leitete nach der Niedersächsischen Gemeindeordnung (NGO), die hier im Zeitpunkt der in Rede stehenden Ratssitzung vom Februar 2011 noch galt und deshalb noch maßgebend ist (vgl. Senats Ur. v. 27.06.2012, aaO., Rn. 26), die Sitzungen (§ 44), stellte die Beschlussfähigkeit fest (§ 46 Abs. 1 Satz 2) und unterzeichnete Niederschriften über die Ratssitzungen (§ 49 Abs. 2 Satz 1 NGO). **Weitergehende Befugnisse** während der Ratssitzung **hatte er nicht**; weder konnte er stellvertretend für den Rat während seiner Sitzungen Erklärungen abgeben noch - etwa als Teil der Sitzungsleitung - über den Ausschluss von Ratsmitgliedern wegen Befangenheit entscheiden. Dies oblag nach § 26 IV 2 NGO vielmehr ausdrücklich dem Rat als der Stelle, „in der die ehrenamtliche Tätigkeit“ als Ratsmitglied „ausgeübt wurde“. (OVG Lüneburg aaO)

### c) Vorliegen eines konkludenten Ratsbeschlusses

Es könnte aber vom Vorliegen eines konkludenten Ratsbeschlusses ausgegangen werden.

„Wie der Beklagte zu Recht darlegt, dürften einer solchen Annahme schon die u. a. in den §§ 46 f. NGO enthaltenen **Regelungen über eine Abstimmung entgegenstehen**, nach denen ein Beschluss mit der Mehrheit der auf Ja oder Nein lautenden Stimmen gefasst wird; konkludent, etwa durch Schweigen, ist eine solche Form der Beschlussfassung nur schwer hinreichend eindeutig möglich.

Jedenfalls **mangelt** es hier auch an einem **entsprechenden Verhalten des Beklagten**. Er hat auf den Antrag des Ratsherren Dr. A. mehrheitlich vielmehr gerade beschlossen, möglichst ein Verfahren zu wählen, dass den Kläger nicht umfassend von der Mitwirkung am TOP 13.1 ausschließt, sondern ihm eine solche Mitwirkung hinsichtlich der übrigen beiden Straßen/Wege weiterhin ermögliche. Der Ratsvorsitzende hat zwar eingewandt, dass eine solche Verfahrensweise nicht (mehr) möglich sei. Daraufhin gab es aber Widersprüche des Ratsherren Dr. A. sowie des Beigeordneten B.. Es kann also auch nicht angenommen werden, der beklagte Rat habe sich (insgesamt oder mehrheitlich?) damit stillschweigend die Ansicht des Ratsvorsitzenden zu Eigen gemacht. Dies ist auch durch den am Ende des TOP 13.1 gefassten Beschluss über die Anhörung des „ausgeschlossenen“ Klägers erfolgt. Der Rat hat damit nur die Folgen der vorherigen Abwesenheit des Klägers gemildert und ihm wenigstens eine persönliche Stellungnahme ermöglicht, nicht aber nachträglich über einen Ausschluss befunden. Vielmehr hätte es bei dieser Sachlage dem Kläger obliegen, rechtzeitig vor dem erneuten Verlassen der Sitzung zum TOP 13.1 eine Klärung über den Umfang seines Ausschlusses durch eine Entscheidung des Beklagten herbeizuführen. Dies hat er jedoch unterlassen.“ (OVG Lüneburg aaO)

Allenfalls könnte hilfsweise angenommen werden, der beklagte Rat habe den „Ausschluss“ des Klägers gebilligt, soweit er die Beratung und Beschlussfassung über die Namensaufhebung des nach seinem Vater benannten Weges betroffen hat.

„Dieser „Ausschluss“ war jedoch nach § 26 Abs. 1 Satz 1 NGO gerechtfertigt. Denn jedenfalls diese Entscheidung war geeignet, die Ehre seines verstorbenen Vaters zu beeinträchtigen. Sie war also für den Kläger als Verwandter ersten Grades unmittelbar nachteilig.“ (OVG Lüneburg aaO)

### 3. Zwischenergebnis

Die Feststellungsklage ist zwar zulässig, aber unbegründet.

## II. Klage auf Feststellung der Rechtswidrigkeit der gefassten Beschlüsse

### 1. Zulässigkeit

Der Kläger könnte mit diesem Antrag sowohl seine eigenen Rechte als Ratsmitglied als auch die Wahrung von Rechten als Sohn des vormaligen Namensgebers der umbenannten Straße stellen.

#### a) Berufung auf Stellung als Ratsmitglied

Der Kläger kann sich – wie festgestellt - mit der Feststellungsklage gegen den beklagten Rat erfolgreich nur auf die unmittelbare Verletzung eigener Rechte als gewähltes Ratsmitglied berufen.

„Der folgende Beschluss in der Sache erging unabhängig hiervon und berührt das nicht teilnehmende Ratsmitglied nur noch mittelbar. Einem (**vermeintlich**) zu **Unrecht wegen Befangenheit ausgeschlossenen Ratsmitglied** steht als solchem daher nicht das weitergehende Recht zu, die Ausführung des ohne seine Mitwirkung gefassten Ratsbeschlusses zu verhindern bzw. dessen Rechtswidrigkeit feststellen zu lassen (vgl. VG Münster, Beschl. v. 29.01.2010 - 1 K 1807/08-, juris, Rn. 24, m.w.N.; Behrens, KVR Nds, § 26 NGO, Rn. 84). Eine solche Feststellung würde auf eine **objektive Rechtmäßigkeitskontrolle** des Sachbeschlusses hinauslaufen, die im Kommunalverfassungsstreit **unzulässig** ist (Rennert, JuS 2008, 118, 124; vgl. Senatsbeschl. v. 03.09.1991 - 10 M 5462/91 -, juris, Rn. 9).“ (OVG Lüneburg aaO)

#### b) Berufung auf die Rechts als Sohn des vormaligen Namensgebers

„Ob der Kläger zur „Verteidigung des familiären Andenkens“ bzw. des postmortalen Persönlichkeitsrechts seines Vaters, als Bürger gegen die Aufhebung der Straßenbenennung nach seinem Vater **klagebefugt wäre** (vgl. vermeintend Bayr. VGH, Urt. v. 02.03.2010 - 8 BV 08/3320 -, juris = BayVBl 2010, 599 ff.; bejahend Schoch, JURA 2011, 344, 350), **kann offen bleiben**. Eine solche Klage wäre als **Anfechtungsklage gegen die Stadt Celle zu richten gewesen**, sei es hinsichtlich des Ratsbeschlusses (vgl. Bad.-Württ. VGH, Urt. v. 22.07.1991 - 1 S 1258/90 -, NVwZ 1992, 196 ff.; Schoch, aaO., 348, Fn. 52, 54, m.w.N.) oder gegen den Umsetzungsakt (vgl. Senatsbeschl. v. 13.01.2011 - 10 LA 158/10 -, juris = NdsVBl. 2011, 143 f.). Hiervon hat der Kläger bewusst abgesehen.“ (OVG Lüneburg aaO)

### 2. Ergebnis

Die Klage gerichtet auf die Feststellung der Rechtswidrigkeit des Ratsbeschlusses ist unzulässig.

(VGH Mannheim in DÖV 2014, 129; Urteil vom 06.11.2013 – 1 S 1640/12)

1. Eine Versammlung ist die **örtliche Zusammenkunft mehrerer Personen zur gemeinschaftlichen, auf die Teilhabe an der öffentlichen Meinungsbildung gerichteten Erörterung oder Kundgebung**
2. Ein präventives Versammlungsverbot in Gestalt einer Allgemeinverfügung, welches auch friedliche Versammlungen erfasst, darf nur unter den Voraussetzungen des polizeilichen Notstands erlassen werden.
3. Die Darlegungs- und Beweislast für das Vorliegen eines polizeilichen Notstands liegt bei der Versammlungsbehörde.

**Fall:** Mit einer auf § 15 I VersammlG und § 35 S. 2 LVwVfG gestützten Allgemeinverfügung vom 08.02.2011 untersagte die Beklagte - unter Anordnung der sofortigen Vollziehung - Versammlungen unter freiem Himmel und Aufzüge für den Zeitraum vom 15.02.2011, 0.00 Uhr bis zum 16.02.2011, 24.00 Uhr (I. der Verfügung). Der räumliche Geltungsbereich des Versammlungsverbots wurde in den Anlagen 1 und 2 zur Allgemeinverfügung festgelegt (II. der Verfügung). Er umfasste einen Korridor von jeweils 50 m Breite beidseits der Gleise entlang der Schienentransportstrecke des beabsichtigten Transports von HAW-Glaskokillen in Castor-Behältern sowie im Einzelnen bezeichnete Straßen und Straßenabschnitte einschließlich der dazwischen liegenden Flächen auf dem Gebiet der Beklagten. Nach III. der Verfügung wurden in diesem Bereich auch Sitzblockaden, andere Blockaden des HAW-Transports oder das Bereiten jedweder sonstiger Hindernisse verboten. Für den Fall der Zuwiderhandlung gegen Ziffer I oder III wurde die Anwendung von unmittelbarem Zwang angedroht (IV. der Verfügung). Unter VI. wurde bestimmt, dass die Allgemeinverfügung ab dem der öffentlichen Bekanntmachung folgenden Tag als bekannt gegeben gilt.

Die Allgemeinverfügung wurde am 11.02.2011 im Amtsblatt der Stadt Karlsruhe ohne Begründung bekannt gemacht. In der Bekanntmachung wurde darauf hingewiesen, dass die Begründung während der Öffnungszeiten beim Ordnungs- und Bürgeramt der Beklagten eingesehen werden könne. In der Begründung wurde ausgeführt, der Beklagten lägen für den Zeitraum des Castortransports durch das Stadtgebiet bislang lediglich zwei Anmeldungen für Mahnwachen vor. Es sei jedoch mit weiteren Demonstrationen zu rechnen. Trotz diverser bundesweiter Demonstrationsaufrufe verschiedener Organisationen sei es der Versammlungsbehörde nicht möglich, an Verantwortliche im Sinn von § 14 II VersammlG Einzelverfügungen zu adressieren, da keine Anmeldung im Sinn von § 14 I VersammlG erfolgt sei. Aus diesem Grund bleibe nur die gewählte Form der Allgemeinverfügung. Die Gefahrenprognose stütze sich auf Erfahrungen bei vergangenen Atomtransporten und auf aktuelle Aufrufe zu Protest- und Blockadeaktionen im Internet. Fünf Vorfälle aus den Jahren 2004 - 2010 wurden ausdrücklich angeführt. Auf verschiedene Protest- und Blockadeaufrufen im Internet wurde Bezug genommen.

Auf der Grundlage dieser Erkenntnisse kam die Beklagte zu dem Schluss, dass im Zusammenhang mit dem am 15./16.02.2011 stattfindenden Castortransport mit massiven Störungen des Zuglaufs durch Blockadeaktionen bzw. Einwirkungen auf den Schienenstrang oder den Transportzug selbst gerechnet werden müsse. Wie viele Personen sich an den Protesten beteiligen werden, sei nicht absehbar. Vor dem Hintergrund der zuvor beschlossenen Laufzeitverlängerung von Atomanlagen sowie der Zwischen- und Endlagerproblematik sei jedoch von einem erheblichen Mobilisierungsgrad auszugehen. Unmittelbaren lokalen Bezug entfalte zudem der Rückkauf der EnBW-Aktien durch das Land Baden-Württemberg. Dass lediglich zwei Mahnwachen angemeldet worden seien, im Internet jedoch aktiv zu Protesten aufgerufen werde, lasse auf eine mangelnde Kooperationsbereitschaft der Veranstalter schließen.

Die Allgemeinverfügung sei das mildeste Mittel, welches in Anbetracht der Gefahrenprognose die Transportsicherung noch mit hinreichender Sicherheit gewährleiste. Der räumliche Geltungsbereich müsse in der Breite so gestaltet sein, dass das Durchsickern von Demonstranten zur Transportstrecke sowie das Erreichen des Zuges mit Wurfgeschossen nicht möglich sei. In zeitlicher Hinsicht bedürfe es aufgrund der Erfahrungen aus der Vergangenheit eines ausreichenden Zeitpuffers, um etwaige Transportverzögerungen aufzufangen.

Am 14.02.2011 erhob der Kläger Widerspruch gegen die Allgemeinverfügung und beantragte gleichzeitig beim Verwaltungsgericht Karlsruhe, die aufschiebende Wirkung des Widerspruchs wiederherzustellen. Diesen Antrag lehnte das Verwaltungsgericht mit Beschluss vom 14.02.2011 (- 3 K 394/11 - juris) ab. Die hiergegen eingelegte Beschwerde wies der Senat mit Beschluss vom 15.02.2011 - 1 S 361/11 - zurück. Der Widerspruch wurde nicht mehr beschieden.

Am 05.07.2011 erhob der Kläger Fortsetzungsfeststellungsklage zum Verwaltungsgericht Karlsruhe unter Berufung auf eine Wiederholungsgefahr. Wird die Klage Erfolg haben?

Die Klage wird Erfolg haben, wenn sie zulässig und begründet ist.

### I. Zulässigkeit der Klage

Die Klage ist zulässig, wenn die allgemeinen und besonderen Sachentscheidungsvoraussetzungen vorliegen.

## 1. Verwaltungsrechtsweg, § 40 I 1 VwGO

Der Verwaltungsrechtsweg nach § 40 I VwGO ist in allen öffentlich-rechtlichen Streitigkeiten nichtverfassungsrechtlicher Art eröffnet. Die Streitigkeit ist öffentlich-rechtlich, wenn die streitentscheidenden Normen dem öffentlichen Recht zuzuordnen sind. Hier ist maßgeblich das Versammlungsrecht als Teil des Polizei- und Ordnungsrechts und damit um klassisches öffentliches Recht. Da keine Verfassungsorgane um Verfassungsrecht streiten (sog. Theorie der doppelten Verfassungsunmittelbarkeit) ist die Streitigkeit auch nicht verfassungsrechtlich und damit der Verwaltungsrechtsweg nach § 40 I 1 VwGO eröffnet.

## 2. statthafte Klageart

Die Fortsetzungsfeststellungsklage ist nach § 113 I 4 VwGO statthaft, wenn sich ein Verwaltungsakt, der mit der Anfechtungsklage angegriffen wird, während des Klageverfahrens erledigt.

*„Bei dem streitgegenständlichen Versammlungsverbot handelte es sich um einen **Verwaltungsakt in der Form einer Allgemeinverfügung** (§ 35 S. 2 LVwVfG). Anlass der Allgemeinverfügung war der beabsichtigte Castortransport. Da es sich um einen **einzelnen und konkret erkennbaren Lebenssachverhalt** handelte, nahm der Umstand, dass sich das Versammlungsverbot auf eine Vielzahl von Versammlungen und von Versammlungsteilnehmern ausgewirkt hat, der Allgemeinverfügung nicht den Charakter eines einzelfallbezogenen Verwaltungsakts (Nds. OVG, Urt. v. 29.05.2008 - 11 LC 138/06 - DVBl 2008, 987).“* (VGH Mannheim aaO)

Insofern ist die Allgemeinverfügung grundsätzlich mit der Anfechtungsklage angreifbar ist, allerdings ist diese durch Zeitauflauf schon vor der Klageerhebung erledigt.

*„Erledigt sich der Verwaltungsakt - wie hier - bereits vor Klageerhebung, findet § 113 Abs. 1 Satz 4 VwGO entsprechende Anwendung (st. Rspr., vgl. BVerwG, Urt. v. 24.11.2010 - 6 C 16.09 - BVerwGE 138, 186 [190]; Senatsurteile vom 14.12.2010 - 1 S 338/10 - VBIBW 2011, 155, vom 30.06.2011 - 1 S 2901/10 - VBIBW 2012, 61 und vom 02.08.2012 - 1 S 618/12 - VBIBW 2012, 473, jeweils m.w.N.).“* (VGH Mannheim aaO)

Die Klage ist als Fortsetzungsfeststellungsklage entsprechend § 113 I 4 VwGO statthaft.

## 3. Vorliegen der besonderen Sachentscheidungsvoraussetzungen der an sich einschlägigen Anfechtungsklage

Da hier zunächst fristgerecht Widerspruch eingelegt wurde, zu dessen Bescheidung es dann aber wegen der Erledigung nicht mehr kam, sind keine weiteren Sachentscheidungsvoraussetzungen der Anfechtungsklage zu prüfen.

*„Die **Durchführung** des mit Einlegung des Widerspruchs eingeleiteten **Vorverfahrens** war **nicht erforderlich**, da dieses seine **Aufgabe** (Selbstkontrolle der Verwaltung, Zweckmäßigkeitprüfung) **nicht mehr hätte erfüllen können** (vgl. BVerwG, Urt. v. 09.02.1967 - I C 49.64 - BVerwGE 26, 161) und eine Widerspruchsentscheidung in der Sache unzulässig gewesen wäre (vgl. BVerwG, Urt. v. 12.04.2001 - 2 C 10.00 - NVwZ 2001, 1288; Senatsurteil vom 02.08.2012 - 1 S 618/12 - aaO. m.w.N.).“*

*Die sogenannte **nachgezogene Fortsetzungsfeststellungsklage** ist nicht an die Klagefristen der §§ 74 I; 58 II VwGO gebunden und in zeitlicher Hinsicht nur durch eine Verwirkung - wofür hier bei einer Klageerhebung binnen Jahresfrist nichts spricht - begrenzt (BVerwG, Urt. v. 14.07.1999 - 6 C 7.98 - BVerwGE 109, 203 [208 f.]; Senatsurteil vom 02.08.2012 - 1 S 618/12 - aaO.).“* (VGH Mannheim aaO)

## 4. Fortsetzungsfeststellungsinteresse

Allerdings ist die Zulässigkeit der Fortsetzungsfeststellungsklage darüber hinaus noch davon abhängig, ob der Kl. ein besondere Interesse daran hat, trotz des Eintritts der Erledigung noch das Verwaltungsgericht mit der Angelegenheit zu befassen und die Feststellung zu begehren, dass die Allgemeinverfügung rechtswidrig war.

*„Die diesbezüglichen Anforderungen entsprechen weitgehend jenen der allgemeinen Feststellungsklage nach § 43 VwGO (vgl. BVerwG, Urt. v. 14.07.1999 - 6 C 7.98 - aaO. und Urt. v. 28.03.2012 - 6 C 12.11 - BVerwGE 143, 74 [76] Rn. 15; Senatsurteile vom 30.06.2011 - 1 S 2901/10 - aaO. und vom 02.08.2012 - 1 S 618/12 - aaO.).“* (VGH Mannheim aaO)

Bei der Beurteilung des Vorliegens eines Fortsetzungsfeststellungsinteresses sind die Besonderheiten der Versammlungsfreiheit zu berücksichtigen. Zwar begründet nicht jeder Eingriff in die Versammlungsfreiheit ein Fortsetzungsfeststellungsinteresse.

*„Ein solches Interesse besteht jedoch dann, wenn die angegriffene Maßnahme die **Versammlungsfreiheit schwer beeinträchtigt**, wenn die **Gefahr einer Wiederholung** besteht oder wenn aus Gründen der Reha-*

biliterung ein rechtlich anerkennenswertes Interesse an der Klärung der Rechtmäßigkeit angenommen werden kann (BVerfG, Beschl. v. 03.03.2004 - 1 BvR 461/03 - BVerfGE 110, 77 [89 ff.]; Senatsurteil vom 02.08.2012 - 1 S 618/12 - aaO.). Das Erfordernis der Wiederholungsgefahr setzt dabei zum einen die **Möglichkeit einer erneuten Durchführung einer vergleichbaren Versammlung** durch den Betroffenen voraus, zum anderen, dass die Behörde voraussichtlich an ihrer **Rechtsauffassung festhalten** wird (vgl. BVerfG, Beschl. v. 03.03.2004 - 1 BvR 461/03 - aaO. S.90; BVerfG [Kammer], Beschl. v. 08.02.2011 - 1 BvR 1946/06 - NVwZ-RR 2011, 405).

Danach ist hier ein Fortsetzungsfeststellungsinteresse unter dem Gesichtspunkt der Wiederholungsgefahr gegeben.

Ein **Versammlungsverbot in Gestalt einer Allgemeinverfügung** stellt **stets eine schwere Beeinträchtigung** des Grundrechts der Versammlungsfreiheit dar. Da der Protest der Atomkraftgegner sich nicht nur gegen den Betrieb von Atomkraftwerken an sich richtet, sondern auch gegen den Umgang mit den radioaktiven Abfallprodukten, werden Castortransporte und andere Transporte radioaktiver Abfallprodukte trotz des inzwischen beschlossenen Atomausstiegs **auch in Zukunft Anlass zu Versammlungen** und auch zu nicht von der Versammlungsfreiheit gedeckten Protestaktionen wie etwa Blockaden der Transportstrecke bieten. Der Kläger hat hinreichend dargelegt, **auch anlässlich künftiger Atommülltransporte** durch Karlsruhe Versammlungen unmittelbar an der Transportstrecke veranstalten zu wollen. Es ist zu erwarten, dass die **Beklagte, die an ihrer Rechtsauffassung festhält**, zur Sicherung solcher Transporte wiederum der streitgegenständlichen Verfügung vergleichbare Allgemeinverfügungen erlassen wird. Sie hat nicht zu erkennen gegeben, von diesem Instrument künftig in vergleichbaren Situationen keinen Gebrauch mehr machen zu wollen.“ (VGH Mannheim aaO)

## 5. Zwischenergebnis

Die Fortsetzungsfeststellungsklage ist zulässig.

## II. Begründetheit der Fortsetzungsfeststellungsklage

Die Fortsetzungsfeststellungsklage ist analog § 113 I 4 VwGO begründet, wenn das streitgegenständliche Versammlungsverbot in der Form einer Allgemeinverfügung rechtswidrig war und den Kläger in seinen Rechten verletzte.

### 1. Ermächtigungsgrundlage

Als Ermächtigungsgrundlage für ein Versammlungsverbot kommt hier § 15 I VersammlG in Betracht.

### 2. formelle Rechtswidrigkeit

Das Versammlungsverbot in Form einer Allgemeinverfügung nach § 35 S. 2 LVwVfG könnte schon formell rechtswidrig sein.

#### a) Ordnungsgemäße Bekanntgabe

Bedenken gegen die formelle Rechtmäßigkeit der Allgemeinverfügung könnten schon hinsichtlich der Bekanntgabe bestehen, da diese öffentlich erfolgt ist. Nach § 41 III 2 LVwVfG darf eine Allgemeinverfügung auch dann öffentlich bekannt gegeben werden, wenn eine Bekanntgabe an die Beteiligten unzulässig ist.

„Unzulässig bedeutet, dass die **individuelle Bekanntgabe wegen der Natur des in Rede stehenden Verwaltungsakts nicht möglich** oder jedenfalls mit erheblichen Schwierigkeiten verbunden wäre, etwa weil nicht mit Sicherheit feststellbar ist, wer betroffen ist (Kopp/Ramsauer, VwVfG, 12. Aufl., § 41 Rn. 46). Diese Voraussetzungen lagen hier vor. Aufgrund der **Aufrufe im Internet** zu verschiedenen Formen des Protestes, die **nicht mit entsprechenden Anmeldungen** von Versammlungen korrespondierten, war es nicht möglich, jedem einzelnen potentiellen Veranstalter oder Teilnehmer die Allgemeinverfügung oder gar eine Einzelverfügung bekannt zu geben.“ (VGH Mannheim aaO)

Fraglich ist allerdings, ob die öffentliche Bekanntgabe ordnungsgemäß erfolgte. Nach § 41 IV 1 LVwVfG wird die öffentliche Bekanntgabe eines schriftlichen oder elektronischen Verwaltungsakts dadurch bewirkt, dass sein verfügender Teil ortsüblich bekannt gemacht wird.

„Diese Voraussetzung wurde mit der **Bekanntgabe des verfügenden Teils** der Allgemeinverfügung am 11.02.2011 **im Amtsblatt der Stadt Karlsruhe** erfüllt. In Übereinstimmung mit § 41 IV 2 LVwVfG wurde in der Bekanntmachung darauf hingewiesen, dass die **vollständige Begründung** während der Öffnungszeiten beim Ordnungs- und Bürgeramt der Beklagten **eingesehen** werden könne. Abweichend von § 41 IV 3 LVwVfG, wonach der Verwaltungsakt zwei Wochen nach der ortsüblichen Bekanntmachung als bekannt gegeben gilt, wurde gemäß Satz 4 dieser Vorschrift bestimmt, dass die Allgemeinverfügung ab dem der öffentlichen Bekanntmachung folgenden Tag als bekannt gegeben gilt.“

*Für einen Verstoß dieser Bekanntgabevorschriften oder ihrer Handhabung im Einzelfall gegen höher-rangiges Recht ist nichts ersichtlich. Der Umstand, dass es dem Kläger möglich war, bereits am 14.02.2011 Widerspruch gegen die Allgemeinverfügung einzulegen und um Eilrechtsschutz nachzusuchen, belegt, dass die Möglichkeiten, effektiven Rechtsschutz zu erlangen, nicht unzumutbar erschwert wurden.“ (VGH Mannheim aaO)*

#### b) hinreichende Bestimmtheit

Eine Allgemeinverfügung muss – wie auch ein Verwaltungsakt nach § 35 S. 1 LVwVfG sowohl inhaltlich als auch hinsichtlich des Adressatenkreises hinreichend bestimmt sein (vgl. § 37 I LVwVfG).

*„Für die inhaltliche Bestimmtheit genügt es, dass aus dem **gesamten Inhalt des Verwaltungsakts** und aus dem **Zusammenhang**, vor allem aus der von der Behörde gegebenen **Begründung** und aus den Beteiligten bekannten näheren Umständen des Erlasses im Wege einer an den Grundsätzen von Treu und Glauben orientierten Auslegung **hinreichende Klarheit gewonnen werden kann** (vgl. Kopp/Ramsauer, aaO., § 37 Rn. 12 m.w.N.; BVerwG, Beschl. v. 03.02.1989 - 7 B 18.89 - NJW 1989, 1624). Hierbei ist entsprechend § 133 BGB auf den erklärten Willen aus der Sicht eines verständigen Empfängers abzustellen (Stelkens, in: Stelkens/Bonk/Sachs, VwVfG, 7. Aufl., § 35 Rn. 71).“ (VGH Mannheim aaO)*

Fraglich ist, ob die Allgemeinverfügung daran gemessen inhaltlich hinreichend bestimmt war. Durch die Angabe des § 15 I VersammlG als Rechtsgrundlage und die Verwendung der auch im Versammlungsgesetz verwendeten unbestimmten Rechtsbegriffe der Versammlung unter freiem Himmel und des Aufzugs war hinreichend klar, welche Verhaltensweisen von dem Versammlungsverbot erfasst sind.

*„Der **Versammlungsbegriff** ist in der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts und des Bundesverfassungsgerichts **hinreichend konturiert** (vgl. BVerwG, Urf. v. 16.05.2007 - 6 C 23.06 - BVerwGE 129, 42 [Fuckparade 2001]; BVerfG, Beschl. v. 24.10.2001 - 1 BvR 1190/90 u. a. - BVerfGE 104, 92 [Blockadeaktion]; Beschl. v. 12.07.2001 - 1 BvQ 28/01, 1 BvQ 30/01 - NJW 2001, 2459 [Love Parade]). Eine Versammlung ist danach die **örtliche Zusammenkunft mehrerer Personen zur gemeinschaftlichen, auf die Teilhabe an der öffentlichen Meinungsbildung gerichteten Erörterung oder Kundgebung**. Individuelle Meinungsbekundungen etwa durch das Tragen von Ansteckern und auch die Anreise zu einer Versammlung wurden danach von der Allgemeinverfügung nicht erfasst. Gleiches gilt für öffentliche Messungen der Radioaktivität, soweit sie nicht mit einer kollektiven Meinungskundgabe einhergehen.“ (VGH Mannheim aaO)*

Allerdings ist in der Allgemeinverfügung kein Adressatenkreis benannt. Dies ist allerdings unschädlich, da dieser sich ohne weiteres aus dem Regelungsinhalt des Versammlungsverbots ergab. Adressat war danach jede Person, die innerhalb des Geltungsbereichs der Allgemeinverfügung an einer Versammlung unter freiem Himmel oder einem Aufzug teilnehmen wollte.

*„Der **Adressatenkreis** war damit - wie dies für eine personenbezogene Allgemeinverfügung kennzeichnend ist - **nach allgemeinen Merkmalen bestimmbar**. Dem entsprechend wurde die Anwendung von unmittelbarem Zwang unter IV. der Verfügung „**den Versammlungsteilnehmern**“ angedroht. Eine weitere Konkretisierung des Adressatenkreises war nicht möglich, da die Allgemeinverfügung auf eine unbestimmte Vielzahl von Versammlungen und von Versammlungsteilnehmern zielte.“ (VGH Mannheim aaO)*

#### c) sonstige formelle Anforderungen

Bedenken hinsichtlich der Einhaltung der sonstigen formellen Anforderungen, insbesondere bezüglich der Zuständigkeit und des Verfahrens bestehen nicht.

Die Allgemeinverfügung war formell rechtmäßig.

### 3. materielle Rechtswidrigkeit

Die Allgemeinverfügung könnte aber materiell rechtswidrig sein. Eine Rechtswidrigkeit könnte sich aus dem Fehlen der tatbestandlichen Voraussetzungen oder aus fehlerhaften Ermessenserwägungen ergeben.

#### a) Vorliegen der tatbestandlichen Voraussetzungen

Versammlungsbeschränkende Maßnahmen dürfen nach § 15 I VersammlG nur ergriffen werden, wenn nach den zur Zeit des Erlasses der Verfügung erkennbaren Umständen die **öffentliche Sicherheit oder Ordnung bei Durchführung der Versammlung unmittelbar gefährdet** ist.

„Der Begriff der öffentlichen Sicherheit umfasst den **Schutz zentraler Rechtsgüter** wie Leben, Gesundheit, Freiheit, Ehre, Eigentum und Vermögen des Einzelnen sowie die **Unversehrtheit der Rechtsordnung** und der **staatlichen Einrichtungen**, wobei in der Regel eine Gefährdung der öffentlichen Sicherheit angenommen wird, wenn eine strafbare Verletzung dieser Schutzgüter droht (BVerfG, Beschl. v. 14.05.1985 - 1 BvR 233/81, 1 BvR 341/81 - BVerfGE 69, 315 [Brokdorf II]). Eine **unmittelbare Gefährdung** der öffentlichen Sicherheit setzt eine **konkrete Sachlage** voraus, die **bei ungehindertem Geschehensablauf mit hoher Wahrscheinlichkeit zu einem Schaden** für die der Versammlungsfreiheit entgegenstehenden Rechtsgüter führt (BVerfG [Kammer], Beschl. v. 21.04.1998 - 1 BvR 2311/94 - NVwZ 1998, 834; Beschl. v. 19.12.2007 - 1 BvR 2793/04 - BVerfGK 13, 82). Unter Berücksichtigung der Bedeutung der Versammlungsfreiheit sind bei Erlass beschränkender Verfügungen keine zu geringen Anforderungen an die Gefahrenprognose zu stellen, die grundsätzlich der vollständigen gerichtlichen Überprüfung unterliegt. Eine das Versammlungsrecht beschränkende Verfügung darf nur ergehen, wenn bei verständiger Würdigung sämtlicher erkennbarer Umstände die Durchführung der Versammlung so wie geplant mit hoher Wahrscheinlichkeit eine unmittelbare Gefährdung der öffentlichen Sicherheit verursacht (Nds. OVG, Urt. v. 29.05.2008 - 11 LC 138/06 - DVBl 2008, 987 m.w.N.).“ (VGH Mannheim aaO)

Diese Voraussetzungen sieht das Gericht trotz bestehender Unsicherheiten im Einzelnen mit ausführlicher Begründung als gegeben an.

## b) Rechtsfolge

Liegen die tatbestandlichen Voraussetzungen vor, so muss die handelnde Behörde ihr Ermessen pflichtgemäß ausüben und insbesondere den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz beachten.

### aa) legitimer Zweck

Mit dem Vorliegen der Tatbestandsvoraussetzungen liegt ohne weiteres ein legitimer Zweck für ein Tätigwerden vor.

### bb) Geeignetheit

Das Versammlungsverbot in Form der Allgemeinverfügung ist auch grundsätzlich geeignet, die Gefahren, die abgewendet werden sollen, zu reduzieren. Eine solche Förderung des angestrebten Zwecks reicht aus, um eine Eignung anzunehmen.

### cc) Erforderlichkeit

Das Versammlungsverbot ist aber nur verhältnismäßig, wenn es in Art und Ausmaß erforderlich ist, um die Gefahr abzuwehren. Dies ist nicht der Fall, wenn es mildere Mittel gibt, die gleich geeignet erscheinen. Hierbei ist zu berücksichtigen, dass mit der Allgemeinverfügung alle Versammlungen verboten wurden, auch solche, die friedlich gewesen wären.

„Da die streitgegenständliche Allgemeinverfügung auf ein **vollständiges Verbot** auch von friedlichen Versammlungen gerichtet war, wäre sie nur rechtmäßig, wenn die **Voraussetzungen des polizeilichen Notstands** vorgelegen hätten (vgl. BVerfG, Beschl. v. 14.05.1985 - 1 BvR 233/81, 1 BvR 341/81 - aaO. S. 360 f.; BVerfG [Kammer], Beschl. v. 20.12.2012 - 1 BvR 2794/10 - NVwZ 2013, 570 m.w.N.). Denn insoweit wurde durch die Allgemeinverfügung auch die **Versammlungsfreiheit von Veranstaltern und Veranstaltungsteilnehmern beschränkt**, die **nicht die Absicht hatten, sich an durch Art. 8 GG nicht gedeckten Verhinderungsblockaden** oder anderen rechtswidrigen Aktionen, etwa Beschädigungen der Gleisanlagen, **zu beteiligen**.“ (VGH Mannheim aaO)

### (1) Begriff des polizeilichen Notstands

„Die Rechtsfigur des polizeilichen Notstands setzt voraus, dass die **Gefahr auf andere Weise nicht abgewehrt** und die Störung auf andere Weise nicht beseitigt werden kann und die Versammlungsbehörde **nicht über ausreichende eigene, eventuell durch Amts- und Vollzugshilfe ergänzte, Mittel und Kräfte verfügt**, um die Rechtsgüter wirksam zu schützen (BVerwG, Beschl. v. 01.10.2008 - 6 B 53.08 - Buchholz 402.44 VersG Nr. 16; Dietel/Gintzel/Kniesel, aaO. § 15 Rn. 41 f.; Denninger, in: Lisker/Denninger, Handbuch des Polizeirechts, 5. Aufl., Kap. D Rn. 138 ff.). Soweit Rechtsgüter durch Dritte, die nicht im Rahmen der angemeldeten Versammlung handeln, gefährdet werden, hat die Behörde zunächst gegen diese vorzugehen (vgl. BVerfG [Kammer], Beschl. v. 26.03.2001 - 1 BvQ 15/01 - NJW 2001, 1411 [1412] u. v. 26.06.2007 - 1 BvR 1418/07 - NVwZ-RR 2007, 641[642] m.w.N.).

Voraussetzung des **Einschreitens gegen eine friedliche Versammlung** ist eine **hohe Wahrscheinlichkeit** in der Gefahrenprognose sowie die vorherige **Ausschöpfung aller**

**anwendbaren Mittel**, um eine Grundrechtsverwirklichung der friedlichen Demonstranten zu ermöglichen (vgl. BVerfG, Beschl. v. 14.05.1985 - 1 BvR 233/81, 1 BvR 341/81 - aaO. S. 360 ff., vgl. auch Beschl. v. 18.08.2000 - 1 BvQ 23/00 - NJW 2000, 3053 und BVerwG, Urt. v. 23.03.1999 - 1 C 12.97 - NVwZ 1999, 991 [1992]). Dies setzt voraus, dass die Versammlungsbehörde mit hinreichender Wahrscheinlichkeit anderenfalls wegen der **Erfüllung vorrangiger staatlicher Aufgaben** und trotz des Bemühens, gegebenenfalls externe Polizeikräfte hinzuzuziehen, zum Schutz des Castortransports **nicht in der Lage wäre**; eine pauschale Behauptung dieses Inhalts reicht dabei nicht aus. Die **Darlegungs- und Beweislast** für das Vorliegen eines polizeilichen Notstands liegt bei der **Versammlungsbehörde** (BVerfG [Kammer], Beschl. v. 20.12.2012 - 1 BvR 2794/10 - aaO. Rn. 17 m.w.N.).“ (VGH Mannheim aaO)

## (2) Erbringen der Darlegungs- und Beweislast

Fraglich ist, ob die Bekl. dieser Darlegungs- und Beweislast durch ihre Ausführungen entsprochen hat.

„Daran gemessen kann hier nicht festgestellt werden, dass die Voraussetzungen eines polizeilichen Notstands vorlagen. Zwar stellt die **Begleitung eines Castortransports** angesichts der regelmäßig langen Transportstrecke (hier von Karlsruhe nach Lubmin) und der großen Zahl angemeldeter und unangemeldeter Versammlungen und sonstiger „Aktionsformen“ mit zum Teil vielen, aber teilweise auch wenigen Teilnehmern, die gerade deshalb (bei unangemeldeten Veranstaltungen) entlang der langen Strecke schwer zu „orten“ und polizeilich zu begleiten sind, eine **außergewöhnlich komplexe polizeiliche Aufgabe** dar. Allein dies vermag jedoch noch keinen polizeilichen Notstand zu begründen. Zu berücksichtigen ist, dass die Mobilisierung der Castor-Gegner, von denen Störungen der öffentlichen Sicherheit zu erwarten sind, entlang der langen Transportstrecke regional höchst unterschiedlich ist. Zu Situationen, die die Annahme eines polizeilichen Notstands rechtfertigten, kam es in der Vergangenheit vor allem im Wendland. Bei den von der Beklagten der Gefahrprognose zugrunde gelegten Vorfällen konnten Störungen **überwiegend durch ein gezieltes Vorgehen gegen die Störer** (Platzverweise, Ingewahrsamnahmen) beseitigt werden, ohne dass es zu nennenswerten Verzögerungen des jeweiligen Castortransports gekommen wäre. Lediglich bei dem Transport am 06.11.2010, als im Bereich Berg (Rheinland-Pfalz) bis zu 1.000 Demonstranten gleichzeitig die Transportstrecke blockierten, spricht einiges dafür, dass dort die Voraussetzungen eines polizeilichen Notstands vorgelegen haben könnten. [wird ausgeführt].

Da die Beklagte **bereits nicht dargelegt hat**, in welcher **Zahl ihr Polizeikräfte** zur Sicherung des Castortransports in ihrem Zuständigkeitsbereich zur Verfügung standen und wie viel **Polizeibeamte voraussichtlich erforderlich gewesen** wären, um ohne ein präventives allgemeines Versammlungsverbot Störungen der öffentlichen Sicherheit im Zusammenhang mit dem Castortransport zu verhindern, muss vorliegend eine Beweislastentscheidung getroffen werden. Ansatzpunkte für eine weitere Sachaufklärung sind nicht gegeben, nachdem der Vertreter der Beklagten in der mündlichen Verhandlung vor dem Senat ausdrücklich erklärt hat, dass der Beklagten bei Erlass der Allgemeinverfügung keine Erkenntnisse zur Zahl der voraussichtlich benötigten und der zur Verfügung stehenden Polizeikräfte vorgelegen hätten.“ (VGH Mannheim aaO)

Das Versammlungsverbot kann in der erlassenen Art und Weise daher nicht als erforderlich angesehen werden und ist damit wegen Verstoßes gegen den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz rechtswidrig.

## III. Ergebnis

Die zu erwartenden Gefährdungen bzw. Störungen der öffentlichen Sicherheit rechtfertigen jedenfalls nicht den Erlass eines räumlich beschränkten präventiven Versammlungsverbots unter Einbeziehung sämtlicher angemeldeter und unangemeldeter Versammlungen, wie die Beklagte es in Gestalt der streitgegenständlichen Allgemeinverfügung erlassen hat. Denn ein solches Versammlungsverbot darf nur unter den Voraussetzungen des polizeilichen Notstands erlassen werden und mangels entsprechender Darlegungen der Beklagten kann nicht festgestellt werden, dass ein solcher Notstand gegeben war. Erweist sich das Versammlungsverbot als rechtswidrig, so gilt dies auch für die darauf bezogene Zwangsmittelandrohung.

## 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  
§§ 242, 368, 371

### Titulierter Mietzahlungsanspruch Verwirkung

BGB

(BGH in MDR 2014, 51 = NZM 201, 78; Urteil vom 09.10.2013 – XII ZR 59/12)

Der **Gläubiger verwirkt** einen rechtskräftig ausgeurteilten Zahlungsanspruch nicht allein dadurch, dass er über einen Zeitraum von **13 Jahren keinen Vollstreckungsversuch unternimmt**.

„Bei dem **Rechtsgedanken der Verwirkung** kommt es in erster Linie auf das Verhalten des Berechtigten an. Mit der Verwirkung soll die **illoyal verspätete Geltendmachung von Rechten gegenüber dem Verpflichteten ausgeschlossen** werden. Dabei ist das Verhalten des Berechtigten nach objektiven Gesichtspunkten zu beurteilen. Maßgebend ist insoweit, ob bei objektiver Beurteilung der Verpflichtete dem Verhalten des Berechtigten entnehmen durfte, dass dieser sein Recht nicht mehr geltend machen wolle, ob er sich also darauf einrichten durfte, dass er mit einer Rechtsausübung durch den Berechtigten nicht mehr zu rechnen brauche (BGHZ 25, 47 = NJW 1957, 1358; RGZ 155, 152).

Nach gefestigter Rspr. des BGH müssen daher zu dem reinen Zeitablauf besondere, auf dem Verhalten des Berechtigten beruhende Umstände hinzutreten, die das Vertrauen des Verpflichteten rechtfertigen, der Berechtigte werde seinen Anspruch nicht mehr geltend machen (BGHZ 105, 290 = NJW 1989, 836; BGH NJW 2001, 1649; BGH NJW 2003, 824; BGH NZM 2010, 212 = NJW 2010, 1074). Der **Vertrauenstatbestand kann nicht durch bloßen Zeitablauf geschaffen werden** (BGHZ 43, 289 = NJW 1965, 1532; BGH WM 1969, 182; BGH NJW 1984, 1684; BGH NJW 2001, 2535 = NZV 2001, 464; BGH NJW 2003, 824).

Hinzu kommt, dass es sich hier um titulierte Ansprüche handelt. Lässt ein Gläubiger seinen Anspruch durch Gerichtsurteil titulieren, gibt er bereits dadurch zu erkennen, dass er die Forderung durchsetzen will und sich dazu eines Weges bedient, der ihm dies grundsätzlich für die Dauer von 30 Jahren ermöglicht. Bei dieser Ausgangslage liegt die Annahme, ein anschließendes Ruhen der Angelegenheit könne bedeuten, der Gläubiger wolle den Anspruch endgültig nicht mehr durchsetzen, umso ferner.“ (BGH aaO)

BGB  
§ 439 III

### Nacherfüllungskosten Einrede der Unverhältnismäßigkeit

BGB

(BGH in DB 2014, 81 = MDR 2014, 26; Urteil vom 16.10.2013 – VIII ZR 273/12)

Ein **Verkäufer**, der vorprozessual nur das Vorhandensein von Mängeln bestreitet und aus diesem Grund die Nacherfüllung insgesamt verweigert, ist **i. d. R. nicht daran gehindert, sich auf die Unverhältnismäßigkeit der Nacherfüllungskosten erst im Rechtsstreit über den Nacherfüllungsanspruch zu berufen**.

„Verweigert der Verkäufer die Nacherfüllung zu Unrecht mit der Begründung, dass keine Mängel vorhanden seien, so stehen dem Käufer die sekundären Käuferrechte aus § 437 Nrn. 2 und 3 BGB zu. Der Käufer kann aber auch – wie hier – den Anspruch auf Nacherfüllung aus §§ 437 Nr. 1, 439 BGB klageweise geltend machen mit der Folge, dass dem Verkäufer unter den Voraussetzungen des § 439 III BGB das Recht zusteht, gerade die vom Käufer gewählte Art der Nacherfüllung wegen unverhältnismäßiger Kosten zu verweigern. Die Einschränkung dieses Rechts kann aus der **gesetzlichen Regelung** nicht hergeleitet werden.

Die **Berufung auf das Verweigerungsrecht** aus § 439 III BGB ist entgegen der in der Revisionserwiderung vertretenen Auffassung des Kl. auch **nicht „verfristet“**. Es kann dahingestellt bleiben, ob sich der Verkäufer auf die Einrede aus § 439 III BGB dann nicht mehr berufen kann, wenn der Käufer bereits wirksam vom Vertrag zurückgetreten ist (so OLG Celle NJW-RR 2007, 353; vgl. dazu Lorenz NJW 2007, 1). Ein solcher Fall liegt hier nicht vor. Der Kl. ist nicht vom Vertrag zurückgetreten, sondern begehrt weiterhin Nacherfüllung in Form der Ersatzlieferung.

Soweit der Kl. meint, der Verkäufer sei bereits dann mit der Einrede der Unverhältnismäßigkeit ausgeschlossen, wenn er sie nicht vor Ablauf der ihm gesetzten Frist zur Nacherfüllung erhoben habe (ebenso Palandt/Weidenkaff, BGB, 72. Aufl., § 439 Rn 14 unter Bezugnahme auf OLG Celle NJW-RR 2007, 353), kann dem nicht gefolgt werden: Der **Anspruch des Käufers auf Nacherfüllung ist nicht von einer Fristsetzung des Käufers gegenüber dem Verkäufer abhängig**. Ebenso wenig schreibt § 439 III BGB vor, dass der Verkäufer sich nur dann auf die Einrede berufen kann, wenn er diese innerhalb einer vom Käufer gesetzten Frist zur Nacherfüllung erhebt. Der Verkäufer ist deshalb **i. d. R. nicht daran gehindert, sich auf die Unverhältnismäßigkeit der Kosten der vom Käufer gewählten Art der Nacherfüllung erst im Rechtsstreit über den Nacherfüllungsanspruch zu berufen**, auch wenn er vorprozessual nur das Vorhandensein von Mängeln bestritten und aus diesem Grund die Nacherfüllung verweigert hatte. Insoweit **gilt nichts anderes als für die Verjährungseinrede**, die ebenfalls auch dann noch im Rechtsstreit geltend gemacht werden kann, wenn vorprozessual der Anspruch insgesamt bestritten worden war.“ (BGH aaO)

BGB  
§ 546a

### Rückgabe des Mietobjekts Verwahrloster Zustand des Mietobjekts

BGB

(OLG Brandenburg in ZMR 2014, 28; Urteil vom 16.07.2013 – 6 U 11/12)

Auch wenn der **Mieter** dem Vermieter das **Mietobjekt in verwahrlostem Zustand oder mit von ihm zu beseitigenden Einrichtungen versehen überlässt**, ist darin **keine Vorenthaltung der Mietsache** zu sehen.

„**Vorenthalten** bedeutet die Nichterfüllung der Rückgabepflicht aus § 546 I BGB gegen den Willen des Vermieters. Die Rückgabepflicht erfüllt der Mieter, wenn er die Mietsache räumt und die Verfügungsgewalt über sie vollständig aufgibt, bei Räumen in der

Regel durch Schlüsselübergabe und vollständiger Entfernung der Sachen des Mieters. In welchem **Zustand sich die Mietsache** bei der Rückgabe befindet, **ist für die Rückgabe selbst grds. ohne Bedeutung**. Deshalb kann allein darin, dass der Mieter dem Vermieter die Räume in verwahrlostem Zustand oder mit von ihm zu beseitigenden Einrichtungen versehen überlässt, keine Vorenthaltung gesehen werden (vgl. BGH WM 1974, 260; BGHZ 86, 204; BGHZ 104, 285). Hat die Räumung stattgefunden, befindet sich die Mietsache aber nicht in vertragsgerechtem Zustand, gerät der Vermieter in Annahmeverzug, wenn er die Rücknahme verweigert (vgl. BGH WM 1974, 260; OLG Düsseldorf NZM 2002, 742; OLG Düsseldorf ZMR 2003, 23). Nur ausnahmsweise kann der Umstand, dass der Mieter Einrichtungen in der Mietsache nicht entfernt, der Annahme einer Rückgabe entgegenstehen und damit eine Vorenthaltung begründen, wenn wegen des Belassens der Einrichtungen nur eine teilweise Räumung des Mietobjektes anzunehmen ist (vgl. BGHZ 104, 285). Einer Vorenthaltung der Mietsache steht dies nur gleich, wenn hierdurch eine **anschließende Nutzung durch den Vermieter vollständig verhindert** wird (vgl. Brandenburgisches OLG ZMR 1997, 584). Da die Nutzungsentschädigung als Ausgleich für die nachvertragliche Leistung des Vermieters der Möglichkeit der weiteren Nutzung durch den Mieter dienen soll und gerade keinen Schadensersatzanspruch darstellt, muss eine nicht nur unerhebliche Weiternutzung durch den Mieter vorliegen. Andernfalls liegt nur eine Schlechterfüllung der Rückgabepflicht vor, die zu **Schadensersatzansprüchen** führen kann, den Vermieter jedoch nicht zur Ablehnung der Rücknahme berechtigt (vgl. Schmidt-Futterer/Schreyll, Mietrecht, 10. Aufl., § 546 a, Rn 40 und § 546 Rn 48; MüKo-BGB/Bieber, 6. Aufl., § 546 a Rn 6; Lindner-Figura/Oprée/Stellmann, Gewerberaummietrecht, 16. Kapitel, Rn 84).

Gemessen an diesen Maßstäben ist hier eine Vorenthaltung durch den Bekl. nicht gegeben. Vielmehr ist von einer - wenn auch nicht ordnungsgemäß vorgenommenen - Räumung der Mieträume durch den Bekl. auszugehen. Zwar hat der Bekl. unstreitig die auf seine Veranlassung eingezogenen Zwischenwände und die eingebauten Bäder/WC's nicht entfernt und damit gegen seine vertragliche Rückbaupflicht verstoßen. Auch ist zutreffend, dass der Rückbau Kosten in nicht unerheblicher Höhe erfordert. Dennoch ist im Streitfall anders als in den von dem Kl. zur Begründung seiner Rechtsansicht herangezogenen Entscheidungen nicht von einer nur teilweisen Räumung auszugehen. Denn durch den unterlassenen Rückbau wird der Kl. nicht daran gehindert, das Mietobjekt in Besitz zu nehmen, zu nutzen und aus dieser Nutzung Einnahmen zu erzielen. Dagegen hat der Bekl. seinen Besitz an den Mieträumen vollständig aufgegeben. Es lässt sich auch nicht feststellen, dass der unterlassene Rückbau einer Weitervermietung in einem Ausmaße entgegenstehen würde, dass dies einer Vorenthaltung der Mietsache gleich kommen würde." (OLG Brandenburg aaO)

BGB  
§§ 273 I, 614 S. 1, 626

### Außerordentliche Kündigung eines Arbeitsvertrages

BGB

Beharrliche Arbeitsverweigerung

(LAG Schleswig-Holstein in BB 2014, 52; Urteil vom 17.10.2013 – 5 Sa 111/13)

Wenn ein **Arbeitnehmer aufgrund eines Streits über die Berechnung künftiger Lohnansprüche** zu Unrecht die Voraussetzungen eines Zurückbehaltungsrechts annimmt, kann die **beharrliche Verweigerung der Arbeitsleistung** einen **verhaltensbedingten Grund** zur **außerordentlichen oder ordentlichen Kündigung** darstellen.

„Nach § 626 I BGB kann das Arbeitsverhältnis aus wichtigem Grund ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist gekündigt werden, wenn Tatsachen vorliegen, aufgrund derer dem Kündigenden unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls und unter Abwägung der Interessen beider Vertragsteile die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses bis zum Ablauf der Kündigungsfrist nicht zugemutet werden kann. Das **Vorliegen eines wichtigen Grundes** ist dabei nach der st. Rspr. des BAG **in zwei Stufen zu prüfen**: Zuerst ist festzustellen, ob ein bestimmter Sachverhalt an sich geeignet ist, einen Kündigungsgrund zu bilden, sodann ist im Wege einer umfassenden Interessenabwägung festzustellen, ob auch unter Berücksichtigung der besonderen Umstände des Einzelfalls ein wichtiger Grund vorliegt. Bei einer **Arbeitsverweigerung**, d. h. die **bewusste und gewollte Nichtleistung der Hauptpflichten aus dem Arbeitsverhältnis**, kann in aller Regel **grds. ein wichtiger Grund für eine außerordentliche Kündigung** vorliegen. Voraussetzung ist allerdings ein Fall der sog. **beharrlichen Arbeitsverweigerung**. Die beharrliche Arbeitsverweigerung setzt eine Nachhaltigkeit im Willen. Der Arbeitnehmer muss die von ihm geschuldete Arbeit bewusst und nachhaltig nicht leisten wollen, wobei es nicht genügt, dass er eine Weisung des Arbeitgebers schlicht nicht befolgt. Eine derart geforderte intensive bzw. nachhaltige Arbeitsverweigerung liegt nur dann vor, wenn der Arbeitnehmer sich bewusst und willentlich der für ihn erkennbaren und eindeutigen Arbeitsaufforderung des Arbeitgebers widersetzt. In Fällen, in denen die intensive Weigerung nicht festgestellt werden kann, muss eine **erfolgreiche Abmahnung vorangegangen** sein.

Unstreitig war der Kl. nicht bereit, die ihm zugewiesenen Arbeiten zu verrichten. Dies hat er selbst vorgetragen. Vielmehr verlangte er von der Bekl., ihn auf einer anderen Baustelle einzusetzen, die Tätigkeit insgesamt mit einem adäquaten Stundenlohn zu vergüten oder die von der Akkordvereinbarung nicht erfassten Vorbereitungshandlungen ebenfalls mit dem Stundenlohn zu vergüten. Diese Forderungen berechtigten den Kl. jedoch nicht, sich der Arbeitsanweisung der Bekl. zu widersetzen. Dem Kl. stand kein Leistungsverweigerungs- und Zurückbehaltungsrecht zu.

Selbst wenn die getroffene Akkordlohnvereinbarung insgesamt gem. § 138 II BGB nichtig wäre, würde dieser Umstand allein vorliegend nicht zum Recht auf Arbeitsverweigerung führen. Soweit nichts Gegenteiliges vereinbart ist, ist ein Arbeitnehmer grds. leistungs-pflichtig. Dies ergibt sich aus dem Umkehrschluss des § 614 S. 1 BGB. Danach ist die **Vergütung erst nach der erbrachten Arbeitsleistung zu zahlen**. Der Kl. war mithin verpflichtet, die ihm zugewiesene Arbeit zu verrichten und ggf. nach erteilter Abrechnung und Lohnzahlung weitergehende Vergütung für sog. Stundenlohnarbeiten oder gem. § 612 I 1 BGB für zusätzlich erbrachte Arbeiten geltend zu machen, für die weder eine Stundenlohnabrede noch eine Akkordlohnvereinbarung getroffen wurde. Jedenfalls war der Kl. nicht berechtigt, insgesamt die Tätigkeit von vornherein und insgesamt zu verweigern. Ihm stand weder ein Zurückbehaltungsrecht an seiner Arbeitsleistung gem. §§ 611 I, 614, 273 I BGB noch ein sonstiges Arbeitsverweigerungsrecht zu. Er hat mithin schwerwiegend gegen arbeitsvertragliche Pflichten, nämlich die Hauptleistungspflicht, d. h. die Arbeitspflicht schlechthin, verstoßen.“ (LAG Schleswig-Holstein aaO)

InsO  
§§ 17 II 1, 18 II

### Prognose drohender Zahlungsunfähigkeit

InsO

Einbeziehung nicht fälliger Zahlungspflichten

(BGH in BB 2014, 193; Urteil vom 05.12.2013 – IX ZR 93/11)

In die **Prognose**, die bei der Prüfung drohender Zahlungsunfähigkeit vorzunehmen ist, sind auch **Zahlungspflichten einzubeziehen**, deren **Fälligkeit im Prognosezeitraum nicht sicher, aber überwiegend wahrscheinlich** ist.

„Der Begriff der Zahlungsunfähigkeit beurteilt sich im gesamten Insolvenzrecht und darum auch im Insolvenzanfechtungsrecht nach § 17 InsO. Zahlungsunfähig ist der Schuldner, wenn er nicht in der Lage ist, die fälligen Zahlungsverpflichtungen zu erfüllen (§ 17 II 1 InsO). Zahlungsunfähigkeit droht, wenn der Schuldner voraussichtlich nicht in der Lage sein wird, die bestehenden Zahlungsverpflichtungen im Zeitpunkt ihrer Fälligkeit zu erfüllen (§ 18 II InsO). In die Prognose, die bei der Prüfung drohender Zahlungsunfähigkeit anzustellen ist, muss die gesamte Finanzlage des Schuldners bis zur Fälligkeit aller bestehenden Verbindlichkeiten einbezogen werden. Der vorhandenen Liquidität und den Einnahmen, die bis zu diesem Zeitpunkt zu erwarten sind, müssen die Verbindlichkeiten gegenüber gestellt werden, die bereits fällig sind oder die bis zu diesem Zeitpunkt voraussichtlich fällig werden. Ergibt die Prognose, dass der Eintritt der Zahlungsunfähigkeit wahrscheinlicher ist als deren Vermeidung, droht Zahlungsunfähigkeit (Begründung zu § 22 RegE-InsO, BT-Drucks. 12/2443 S. 115; Jaeger/Müller, InsO, § 18 Rn 8 ff). Die der Prognose innewohnende Ungewissheit kann sich dabei auf die künftig verfügbaren liquiden Mittel, ebenso aber auch auf den Umfang der künftig fällig werdenden Verbindlichkeiten beziehen. Verbindlichkeiten aus einem Darlehen können deshalb nicht nur dann drohende Zahlungsunfähigkeit begründen, wenn der Anspruch auf Rückzahlung durch eine bereits erfolgte Kündigung auf einen bestimmten in der Zukunft liegenden Zeitpunkt fällig gestellt ist (vgl. HK-InsO/Kirchhof, 6. Aufl., § 18 Rn 6), sondern auch dann, wenn aufgrund gegebener Umstände überwiegend wahrscheinlich ist, dass eine Fälligkeit im Prognosezeitraum erfolgt (vgl. BGH WM 2013, 88; K. Schmidt, InsO, 18. Aufl., § 18 Rn 24; Kübler/Prütting/Bork, InsO, 1998, § 18 Rn 8).“ (BGH aaO)

StGB  
§ 184b I Nr. 1, 2

### Kinderpornographie Öffentliches Zugänglichmachen im Internet

StGB

(BGH in NSTZ-RR 2014, 47; Beschluss vom 12.11.2013 – 3 StR 322/13)

Ein öffentliches Zugänglichmachen kinderpornographischer Schriften im Internet nach § 184 b I Nr. 2 StGB liegt vor, wenn eine Datei zum Lesezugriff ins Internet gestellt und dem Internetnutzer so die Möglichkeit des Zugriffs auf die Datei eröffnet wird.

„Ein ‚öffentliches Zugänglichmachen‘ ist nämlich bereits zu bejahen, wenn dem Adressaten die Möglichkeit des Zugriffs eröffnet wird (BGHSt 47, 55 = NJW 2001, 3558 = NSTZ 2001, 596; Fischer, § 184 Rn 34), was vorliegend durch die Zurverfügungstellung der Dateien gegeben ist. Dass tatsächlich ein (Lese-)Zugriff des Adressaten erfolgt ist, erfordert die Erfüllung des Tatbestands dagegen nicht (BGHSt 47, 55 = NJW 2001, 3558 = NSTZ 2001, 596).“ (BGH aaO)

StGB  
§§ 266 II, 263 III 2 Nr. 1

### Fremdnützige Untreue Gewerbsmäßigkeit

StGB

(BGH in NSTZ 2014, 85; Urteil vom 09.07.2013 – 5 StR 181/13)

Das Veruntreuen von Geld ist nicht nur bei eigen-, sondern auch bei fremdnütziger Verwendung als gewerbsmäßig anzusehen, wenn der Täter auf die Einzelbeträge unmittelbar selbst zugreifen und über ihre Verwendung nach eigenen selbstbestimmten Vorstellungen verfügen kann.

„Gewerbsmäßig handelt, wer sich durch eine wiederholte Tatbegehung eine nicht nur vorübergehende Einnahmequelle von einigem Umfang und einiger Dauer verschafft (BGHSt 49, 177). Dem steht nicht entgegen, dass der Angekl. auch wesentliche Beträge der veruntreuten Gelder dritten Personen hat zukommen lassen. Dadurch entfällt die Eigennützigkeit seines Handelns nicht. Denn der Angekl. hat auf alle Einzelbeträge unmittelbar selbst zugreifen und über die Verwendung des Geldes – ob für sich oder für andere, aus welchen Gründen auch immer – nach eigenen selbstbestimmten Vorstellungen verfügen können (vgl. BGH wistra 2011, 462).“ (BGH aaO)

AMG  
§§ 4, 95 I Nr. 2a u. 3a

### Inverkehrbringen falsch gekennzeichnete Arzneimittel Vollendung bei Postversand

öffR

(BGH in NJW 2014, 326; Urteil vom 18.09.2013 – 2 StR 535/12)

Vollendetes Inverkehrbringen von Arzneimitteln durch Abgabe an andere setzt bei einer Versendung voraus, dass die Sendung in den Zugriffsbereich des Empfängers gelangt.

„Abgabe i. S. d. § 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 = NJW 1988, 79 = NSTZ 1988, 452; 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. Erst dadurch kommt es zu einer Gesundheitsgefährdung, der das Arzneimittelgesetz mit seinen Straftatbeständen begegnen will (vgl. BT-Drs. 13/9996, 13; BGH NSTZ 2012, 218). 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.“ (BGH aaO)

HsOG  
§§ 64, 65

### Gefahrverdacht Entschädigungsanspruch des als Störer in Anspruch genommenen Eigentümers

öffR

(OLG Karlsruhe in VBIBW 2014, 33; Urteil vom 03.07.2013 – 22 U 1/13)

Wer als Eigentümer aufgrund eines Gefahrenverdachts rechtmäßig als Störer in Anspruch genommen wird, kann für die dadurch erlittenen Nachteile wie ein Nichtstörer Entschädigung verlangen,

- wenn sich **nachträglich herausstellt, dass die Gefahr in Wirklichkeit nicht bestand** und
- wenn er **die Verdacht begründenden Umstände nicht zu verantworten** hat.

„Nach § 64 I HSOG ist demjenigen ein angemessener Ausgleich zu gewähren, der infolge einer Inanspruchnahme als Nichtverantwortlicher einen Schaden erleidet. Bei der **Inanspruchnahme eines Nichtverantwortlichen** handelt es sich um einen **zielgerichteten hoheitlichen Grundrechtseingriff**, der dem Betroffenen, weil er für das Bestehen der Gefahrenlage keine Verantwortung trägt, ein Sonderopfer auferlegt. Es handelt sich dabei um den klassischen und rechtlich nicht problematischen Fall einer Ausgleichsverpflichtung auf der Grundlage des **Aufopferungsgedankens** (vgl. Liskan/Denninger, Handbuch des Polizeirechts, 5. Aufl. 2012, S. 1326). Hingegen gilt der Grundsatz, dass der polizeirechtlich Verantwortliche (Störer) **keinen Ausgleichsanspruch hat, wenn er durch rechtmäßige Inanspruchnahme einen Schaden erleidet** (vgl. BGHZ 5, 144). Wird allerdings der Eigentümer einer Sache rechtmäßig als Störer in Anspruch genommen, weil der durch Tatsachen begründete Verdacht besteht, dass von der Sache eine Gefahr ausgeht, so kann er für die dadurch erlittenen Nachteile gleichwohl wie ein Nichtverantwortlicher (Nichtstörer) Entschädigung verlangen, wenn sich nachträglich herausstellt, dass die Gefahr in Wirklichkeit nicht bestand, und wenn er die Verdacht begründenden Umstände nicht zu verantworten hat (vgl. BGH NJW 1996, 3151). Abzustellen ist insoweit nicht auf den Zeitpunkt des Eingriffs. Entscheidend sind vielmehr die tatsächlichen Umstände, wie sie sich bei späterer **rückschauender Betrachtung** objektiv darstellen. Denn bei der Frage der Entschädigung geht es nicht um die Möglichkeit des Eingriffs zur Verhütung von Gefahren, sondern um einen sachgerechten Ausgleich der erbrachten Opfer (vgl. BGH NJW 1992, 2639).“ (OLG Karlsruhe aaO)

PartG  
§ 2 I 1

**Partei**  
**Partei**  
**Einflussnahme auf politische Willensbildung des Volkes**

öffR

(BVerfG in BayVBl 2014, 80; Beschluss vom 23.07.2013 – 2 BvC 4/13)

**Vereinigungen, die offensichtlich nicht dazu imstande sind, auf die politische Willensbildung des Volkes Einfluss zu nehmen, können nicht als ernsthaft eingestuft werden und sind daher nicht als Partei anzuerkennen.**

„Parteien müssen auch in der **Gründungsphase** mindestens ansatzweise in der Lage sein, die ihnen nach § 2 I 1 PartG in Übereinstimmung mit dem Grundgesetz zugedachten Aufgaben wirksam zu erfüllen. Allein der **Wille, „Partei“ zu sein, ist nicht ausreichend**. Im Blick auf die bei der Zulassung zur Wahl zu stellenden Anforderungen hat der Senat festgestellt, sie sollten gewährleisten, dass sich nur **ernsthafte politische Vereinigungen** und keine Zufallsbildungen von kurzer Lebensdauer um Wähler bewerben (vgl. BVerfGE 89, 266). Daraus folgt, dass es gewisser objektiver, im Lauf der Zeit an Gewicht gewinnender Voraussetzungen bedarf, um einer politischen Vereinigung den Status einer Partei zuerkennen zu können.

Wegen der den Parteien um der **Offenheit des politischen Prozesses** willen verfassungsrechtlich verbürgten Gründungsfreiheit ist bei politischen Vereinigungen, die am Beginn ihres Wirkens als Parteien stehen, zu berücksichtigen, dass der Aufbau einer Organisation, die sie zur Wahrnehmung ihrer Funktionen befähigt, eine gewisse Zeit erfordert. Entscheidend ist das „**Gesamtbild der tatsächlichen Verhältnisse**“. Die in § 2 I 1 PartG angesprochenen, nicht trennscharf voneinander abzugrenzenden objektiven Merkmale sind Indizien für die Ernsthaftigkeit der politischen Zielsetzung. Keines ist für sich genommen ausschlaggebend, und nicht alle müssen von der Partei stets im gleichen Umfang erfüllt werden. Vielmehr bleibt es der Partei grds. überlassen, wie sie die Ernsthaftigkeit ihrer Zielsetzung unter Beweis stellt. Ihr ist es unbenommen, in ihrer politischen Arbeit Schwerpunkte zu setzen, sei es etwa im Bereich der Mitgliederwerbung und -aktivierung, der Öffentlichkeitsarbeit zwischen den Wahlen oder der Wahlteilnahme. Zurückhaltung in einem Bereich kann durch verstärkte Bemühungen auf anderen Gebieten in gewissen Grenzen ausgeglichen werden (BVerfGE 91, 262).

Insgesamt kommt es darauf an, ob die **Gesamtwürdigung der tatsächlichen Verhältnisse einer Partei** - unter Einschluss der Dauer ihres Bestehens - den Schluss zulässt, dass sie ihre erklärte Absicht, an der politischen Willensbildung des Volkes mitzuwirken, ernsthaft verfolgt. Daraus ergibt sich, dass Vereinigungen, die nach ihrem **Organisationsgrad** und ihren Aktivitäten offensichtlich nicht imstande sind, **auf die politische Willensbildung des Volkes Einfluss zu nehmen**, bei denen die **Verfolgung dieser Zielsetzung erkennbar unrealistisch und aussichtslos** ist und damit nicht (mehr) als ernsthaft eingestuft werden kann, nicht als Parteien anzusehen sind (BVerfGE 91, 262).“ (BVerfG aaO)

SaarlStrG  
§§ 18 I, VIII

**Sondernutzung**  
**Aufstellen von Altkleidercontainern**

öffR

(VG Saarlouis in NVwZ-RR 2014, 127; Beschluss vom 08.07.2013 – 10 L 828/13)

Das **Aufstellen von Altkleidercontainern auf Privatgrundstücken** stellt eine **Sondernutzung** i. S. von § 18 I 1 SaarlStrG dar, **wenn eine Befüllung nur vom öffentlichen Straßenraum aus möglich** ist.

„Das Aufstellen von Altkleidercontainern auf öffentlichen Straßenflächen stellt eine **erlaubnispflichtige Sondernutzung** i. S. von § 18 I 1 SaarlStrG dar. Sondernutzung i. S. von § 18 I 1 SaarlStrG ist die Benutzung der Straßen über den Gemeingebrauch hinaus. Nach der **Legaldefinition des Gemeingebrauchs** in § 14 I 1 SaarlStrG ist der Gebrauch der öffentlichen Straßen jedermann im Rahmen der Widmung und der Straßenverkehrsvorschriften innerhalb der verkehrsüblichen Grenzen gestattet. Gewidmet sind öffentliche Straßen, Wege und Plätze zu Verkehrszwecken, d. h. zum Fahrzeug- bzw. Fußgängerverkehr. Dieser **Widmungszweck** beinhaltet nicht das Abstellen von Gegenständen und damit auch nicht die Aufstellung von Altkleidercontainern im öffentlichen Straßenraum. Dies **geht über den Gemeingebrauch hinaus** und ist als Sondernutzung zu werten (vgl. etwa: OVG Münster BeckRS 2013, 45105; OVG Lüneburg NVwZ-RR 1998, 728 = NVwZ 1998, 1212; VGH München NuR 2006, 714 m. w. Nachw.).

Entsprechendes gilt aber auch für solche Altkleidercontainer, die auf privaten Flächen so aufgestellt sind, dass sie nur vom öffentlichen Straßenraum aus zu benutzen sind. Personen, die zum Befüllen eines Altkleidercontainers im öffentlichen Straßenraum ihr Fahrzeug anhalten und verlassen müssen und/oder eine öffentliche Straßenfläche betreten müssen, handeln nicht mehr im Rahmen des nach § 14 I 1 SaarlStrG zugelassenen Gemeingebrauchs. Die mit dem Befüllen eines solchermaßen aufgestellten Altkleidercontainers verbundenen Handlungen, wie etwa Lektüre einer Gebrauchsanweisung, Öffnen einer Klappe, Einwerfen von Schuhen oder Kleidung, sind **keine Vorgänge, die überwiegend dem Verkehr dienen, sondern der gewerblichen Betätigung des Aufstellers zuzurechnen** (ebenso OVG Münster NVwZ-RR 2000, 429; VG Neustadt a. d. W. BeckRS 2013, 47957; VG Düsseldorf BeckRS 2012, 56132).“ (VG Saarlouis aaO)

(OVG Münster in NJOZ 2014, 223; Urteil vom 12.09.2013 – 20 A 433/11)

Die **Vorschriften über die Geschäftsführung ohne Auftrag** gem. §§ 677 ff. BGB können auch dann Anwendung finden, wenn ein Träger öffentlicher Verwaltung die Aufgaben eines anderen Trägers öffentlicher Verwaltung erfüllt und dieser nicht bereit oder nicht in der Lage ist, seine Aufgabe selbst wahrzunehmen. Dies gilt auch dann, wenn das Geschäft in der Vornahme einer Maßnahme besteht, die der **ordnungsrechtlichen Verantwortlichkeit des anderen Trägers öffentlicher Verwaltung** unterfällt.

„Die **Vorschriften der §§ 677 ff. BGB über die Geschäftsführung ohne Auftrag finden im öffentlichen Recht grds. entsprechende Anwendung**. Das ist in der Rspr. anerkannt (vgl. BVerwG BeckRS 2003, 30313917, BVerwGE 80, 170 = NJW 1989, 922).

An der für die entsprechende Anwendung der §§ 677 ff. BGB **erforderlichen planwidrigen Lücke** fehlt es, wenn und soweit gesetzliche Sonderregelungen das Verhältnis zwischen Geschäftsführer und Geschäftsherr abschließend regeln.

Eine solche Sonderregelung besteht hier nicht: Eine abschließende Regelung der Frage, wer ein bestimmtes Geschäft vorzunehmen hat, existiert nicht bereits dann, wenn die Zuständigkeit für eine Aufgabe durch das öffentliche Recht generell einem bestimmten Träger öffentlicher Verwaltung zur Wahrnehmung zugewiesen ist. Die Festlegung der Zuständigkeiten regelt die Aufgabenbereiche unterschiedlicher Träger öffentlicher Verwaltung, hindert aber nicht stets die Erfüllung einer (auch) fremden Aufgabe im Wege der berechtigten Geschäftsführung ohne Auftrag. Denn **Kennzeichen einer Geschäftsführung ohne Auftrag** ist vor allem, dass ein **Geschäft für den Geschäftsherrn und mit dessen wirklichen oder mutmaßlichen Willen geführt wird** (§§ 677 f. BGB). Eine solche Situation kann angesichts von § 679 BGB gerade bei der Wahrnehmung einer Aufgabe in fremder Zuständigkeit gegeben sein, weil nach dieser Vorschrift ein der Geschäftsführung **entgegenstehender Wille des Geschäftsherrn unbeachtlich** ist, wenn ohne die Geschäftsführung eine Pflicht des Geschäftsherrn, deren Erfüllung im öffentlichen Interesse liegt, nicht rechtzeitig erfüllt würde. Danach können die §§ 677 ff. BGB auch dann anzuwenden sein, wenn ein Träger öffentlicher Verwaltung die Aufgaben eines anderen Trägers öffentlicher Verwaltung erfüllt und dieser nicht bereit oder nicht in der Lage ist, seine Aufgabe selbst wahrzunehmen (vgl. BVerwGE 80, 170 = NJW 1989, 922; BVerwG NJW 1986, 2524 = ZfW 1986, 357; OVG Münster NVwZ-RR 2013, 759 = ZBR 2013, 274; MüKo-BGB/Seiler, 6. Aufl. [2012], vor § 677 Rn 24).

Entsprechendes trifft zu, wenn das von einem Träger öffentlicher Verwaltung geführte Geschäft in der **Vornahme einer Maßnahme besteht, die der ordnungsrechtlichen Verantwortlichkeit des Geschäftsherrn unterfällt** (vgl. BGHZ 156, 394 = NJW 2004, 513; MüKo-BGB/Seiler, vor § 677 Rn 31; Ossenbühl/Cornils, StaatshaftungsR, 6. Aufl. [2013], S. 414 ff.).“ (OVG Münster aaO)

## Entscheidungen Verfahrensrecht

ZPO  
§ 802d

Zweijährige Sperrfrist für Vermögensauskunft  
Geltung in Altfällen

ZPO

(LG Köln in NJW-RR 2014, 127, Beschluss vom 10.09.2013 – 39 T 121/13)

Die zweijährige Sperrfrist, die § 802 d ZPO für die Abgabe einer erneuten Vermögensauskunft vorsieht, gilt auch für noch unter Geltung des alten Rechts (§ 903 ZPO aF) abgegebene eidesstattliche Versicherungen. Die dreijährige Sperrfrist gem. § 903 ZPO aF ist nicht mehr anwendbar. (Leitsatz der Redaktion)

### A. Grundlagenwissen: Die Vermögensauskunft nach § 802c ZPO

Der Gläubiger hat nach § 802c ZPO **auch ohne vorherigen ergebnislosen Sachpfändungsauftrag** die Möglichkeit, den nach § 802e I ZPO zuständigen Gerichtsvollzieher mit der Einholung einer Vermögensauskunft zu beauftragen.

#### I. Allgemeines

Zuständig ist der **Gerichtsvollzieher** bei dem Amtsgericht, in dessen Bezirk der Schuldner im Zeitpunkt der Auftragserteilung seinen Wohnsitz oder in Ermangelung eines solchen seinen Aufenthaltsort hat.

Nach Erhalt der Vermögensauskunft hat der Gläubiger dann die Gelegenheit, zu entscheiden, ob ein Zugriff auf das Schuldnervermögen lohnen kann und **welche Vollstreckungsmaßnahme angezeigt** erscheint.

Im Rahmen der Vermögensauskunft ist der Schuldner nach § 802c I ZPO verpflichtet, **persönliche Angaben** zu machen und **Auskunft über sein Vermögen** zu erteilen. Über welche Dinge der Schuldner Angaben zu machen hat, ergibt sich aus § 802c II ZPO. Die von ihm gemachten Angaben hat der Schuldner an Eides **statt zu versichern** (§ 802c III ZPO).

Grundsätzlich ist der Schuldner **nur alle 2 Jahre** verpflichtet, eine Vermögensauskunft zu erteilen. Vor Ablauf dieser Frist ist er zu einer erneuten Abgabe nach § 802c I 1 ZPO nur verpflichtet, wenn ein Gläubiger Tatsachen glaubhaft macht, die auf eine **wesentliche Veränderung der Vermögensverhältnisse** des Schuldners schließen lassen. Wird der Gerichtsvollzieher Einholung der Vermögensauskunft beauftragt, ist die vorstehende Frist aber noch nicht abgelaufen, so leitet der Gerichtsvollzieher dem Gläubiger nach § 802c I 2 ZPO stattdessen einen Ausdruck des letzten abgegebenen Vermögensverzeichnisses zu.

#### II. Verfahren zur Abgabe der Vermögensauskunft, § 802f ZPO

Der Schuldner erhält vom Gerichtsvollzieher eine weitere Zahlungsfrist von zwei Wochen (§ 802f I ZPO), allerdings wird gleichwohl ein Termin für die Abgabe der Vermögensauskunft alsbald nach Fristablauf bestimmt, falls Die Zahlung ausbleibt.

Zu diesem Termin hat der Schuldner die zur erforderlichen Unterlagen mitzubringen. Die Zahlungsaufforderung ist, ebenso wie die Terminsbestimmung, **dem Schuldner selbst zuzustellen**. Eine Zustellung an den Prozessbevollmächtigten ist nach § 802f IV 1 ZPO nicht ausreichend und entbehrlich.

Grundsätzlich ist nach § 802f Abs. 2 ZPO auch die Abnahme der **Vermögensauskunft in der Wohnung des Schuldners** möglich. Dem kann der Schuldner aber binnen einer Woche gegenüber dem Gerichtsvollzieher widersprechen.

## B. Geltung der zweijährigen Sperrfrist für eidesstattliche Versicherungen in Altfällen (vgl. LG Köln in NJW-RR 2014, 127)

**Fall:** Der Bf. (nachfolgend nur: Gläubiger) begehrt die Abnahme der Vermögensauskunft gegen den Schuldner, der zuletzt am 07.12.2010 die eidesstattliche Versicherung abgegeben hat. Der Vollstreckungsauftrag wurde unter dem 24.01.2013 erteilt. Der Gerichtsvollzieher sendete den Auftrag unter dem 13.03.2013 als erledigt zurück und verwies auf die eidesstattliche Versicherung des Schuldners vom Dezember 2010. Die weitere Aufforderung des Gläubigers, den Auftrag durchzuführen, da nunmehr die in § 802 d I ZPO statuierte zweijährige Frist zur Abgabe der Vermögensauskunft gem. § 802 c ZPO maßgeblich sei, lehnte der Gerichtsvollzieher ab mit der Begründung, dass die dreijährige Sperrfrist nach § 903 ZPO aF entgegenstünde. Diese – und nicht die lediglich zweijährige Sperrfrist gem. § 802 d ZPO nF – sei auf nach altem Recht abgegebene eidesstattliche Versicherungen weiter anwendbar. Zu Recht?

Während für die frühere Eidesstattliche Versicherung eine Sperrfrist von 3 Jahren (§ 903 ZPO aF) galt, während derer der Schuldner sich auf die bereits erfolgte Abgabe berufen konnte und der Gläubiger nur bei dargelegter Änderung der maßgeblichen Verhältnisse eine erneute Abnahme verlangen konnte, sieht die Neuregelung zur Vermögensauskunft in § 802 d ZPO vor, dass lediglich eine Sperrfrist von 2 Jahren gilt. Es stellt sich daher die Frage, ob in Fällen, in denen jemand nach alter Rechtslage eine eidesstattliche Versicherung abgegeben hat, dieser sich auch auf die alte Sperrfrist berufen kann oder ob für alle Fälle die neue, kürzere Sperrfrist gilt. Dies ist umstritten.

Im EGZPO zu den Änderungen findet sich in **§ 39 Nr. 4 EGZPO** zwar eine **Übergangsvorschrift** betreffend das Verhältnis eidesstattlicher Versicherungen nach altem Recht gegenüber der Vermögensauskunft.

*„Aus dieser Vorschrift geht zunächst lediglich hervor, dass eine eidesstattliche Versicherung im Rahmen von § 802 d ZPO ebenso Sperrwirkung zukommt wie einer Vermögensauskunft nach neuem Recht. Über die konkret anwendbare Sperrfrist enthält die Norm keine Aussage.“* (LG Köln aaO)

### I. Anwendbarkeit der dreijährigen Sperrfrist gem. § 903 ZPO aF

**Teilweise** wird die dreijährige Sperrfrist gem. § 903 ZPO aF für weiterhin maßgeblich gehalten, sofern die **eidesstattliche Versicherung nach altem Recht abgegeben** worden war (so etwa AG Berlin-Charlottenburg, Beschl. v. 28.03.2013 – 38 M 8030/13, BeckRS 2013, 06265; Beschl. v. 9.04.2013 – 34 M 8013/13, BeckRS 2013, 07061; AG Hanau, Beschl. v. 22.04.2013 – 81 M 1479/13, BeckRS 2013, 09709).

*„Insoweit wird insbesondere auf die **Gesetzesbegründung** verwiesen, aus der **nicht ersichtlich** sei, dass man durch die erst spät im Gesetzgebungsverfahren erfolgte Verkürzung der Sperrfrist von (weiterhin) drei auf zwei Jahre auch die **Sperrfrist für eidesstattliche Versicherungen habe verkürzen wollen** (AG Hanau, Beschl. v. 22.4.2013 – 81 M 1479/13, BeckRS 2013, 09709). Der Schuldner müsse auf die Fortgeltung der dreijährigen Sperrfrist vertrauen können, was sich entsprechend auch aus der Fortgeltung der §§ 915, 915 a ZPO (aF) ergebe (AG Berlin-Charlottenburg, Beschl. v. 28.3.2013 – 38 M 8030/13, BeckRS 2013, 06265).“* (LG Köln aaO)

### II. Anwendbarkeit der zweijährigen Sperrfrist gem. § 802 d ZPO

**Überwiegend** wird hingegen für die Berechnung der Sperrfrist allein § 802 d ZPO als maßgeblich angesehen und **§ 903 ZPO aF für nicht mehr anwendbar erachtet** (vgl. hierzu LG Duisburg, Beschl. v. 27.05.2013 – 7 T 74/13, BeckRS 2013, 10007; LG Bayreuth, Beschl. v. 26.04.2013 – 42 T 54/13, BeckRS 2013, 08409; LG Landshut, Beschl. v. 07.05.2013 – 34 T 869/13, BeckRS 2013, 10460; AG Osnabrück, Beschl. v. 15.02.2013 – 27 M 59/13, BeckRS 2013, 03911; AG Bad Segeberg, Beschl. v. 25.06.2013 – 6 M 430/13, BeckRS 2013, 10728; BeckOK ZPO/Utermark/Fleck, Stand 01.04.2013, § 802 d Rn. 1 a; wohl auch Vollkommer, NJW 2012, 3861 [3864]).

### III. Auffassung des LG Köln

Das LG Köln hat sich dieser Auffassung angeschlossen.

#### 1. Auslegung der Übergangsvorschrift

*„Eine **Weitergeltung von § 903 ZPO aF** ergibt sich aus § 39 Nr. 4 EGZPO nicht. Nach dieser Vorschrift steht im Rahmen des § 802 d I 1 ZPO die Abgabe einer eidesstattlichen Versicherung der Abgabe einer Vermögensauskunft gleich. Daraus ergibt sich – lediglich –, dass der Schuldner sich auf die **bereits erfolgte Abgabe einer eidesstattlichen Versicherung gegenüber der Aufforderung zur Abgabe der Vermögensauskunft grundsätzlich stützen kann**. Eine Aussage darüber, ob eine be-*

stimmte weitere Sperrwirkung erhalten bleiben soll und damit § 903 ZPO aF ausdrücklich zur Anwendung berufen werden sollte, ist § 39 Nr. 4 EGZPO nicht zu entnehmen.“ (LG Köln aaO)

## 2. Entstehungsgeschichte

Allerdings könnte die Entstehungsgeschichte ergeben, dass es sich hierbei nur um ein redaktionelles Versehen handelt.

„Zwar sah der **Gesetzesentwurf** zunächst auch für die Vermögensauskunft eine **dreijährige Sperrfrist** vor (BT-Drs. 16/10069, 25 f.), was vor dem Hintergrund des Aktualitätsbedürfnisses des Gläubigers, der schutzwürdigen Belange des Schuldners und der Belastung der Justiz für angemessen erachtet wurde. Die Beschlussempfehlung begründet schließlich die Herabsetzung auf zwei Jahre gegenüber dem Entwurf, „angesichts **moderner, schnell wechselnder Lebensumstände**“ erscheine die bisherige Zeitspanne von drei Jahren heute zu lang. Keinerlei Anzeichen bestehen dafür, dass für **Altfälle etwas Abweichendes** gelten sollte. Im Gegenteil spricht die Begründung der Beschlussempfehlung gerade für die Anwendung der zweijährigen Sperrfrist auch auf Altfälle, denn die weitere Anwendung der dreijährigen Sperrfrist widerspräche der gleichzeitigen Feststellung, diese sei auf Grund der tatsächlichen Umstände als überholt anzusehen.“ (LG Köln aaO)

## 3. Verbot der Rückwirkung

Fraglich ist jedoch, ob vor dem Hintergrund des verfassungsrechtlichen Verbots der Rückwirkung nicht Bedenken dahingehend bestehen, die Sperrfrist gegenüber Schuldner nach Abgabe der Eidesstattlichen Versicherung zu verkürzen.

„Es handelt sich um einen **Fall der unechten Rückwirkung**, denn die **belastenden Folgen** – nämlich die Verpflichtung zur Abgabe der Vermögensauskunft bereits nach zwei Jahren – treten erst **nach der Verkündung des Gesetzes** ein. Eine solche Regelung ist nicht grundsätzlich unzulässig.

Die unechte Rückwirkung ist mit den grundrechtlichen und rechtsstaatlichen **Grundsätzen des Vertrauensschutzes** jedoch nur vereinbar, wenn sie zur Förderung des Gesetzeszwecks **geeignet und erforderlich** ist und wenn bei einer **Gesamtabwägung** zwischen dem Gewicht des enttäuschten Vertrauens und dem Gewicht und der Dringlichkeit der die Rechtsänderung rechtfertigenden Gründe die Grenze der Zumutbarkeit gewahrt bleibt (BVerfGE 127, 1 =NJW 2010, 3629). Vor diesem Hintergrund bestehen verfassungsrechtliche Bedenken nicht, denn eine **übermäßige Belastung schutzwürdiger Belange** ist mit der Verkürzung der Sperrfrist nicht verbunden, zumal die Beschlussempfehlung bereits vom 17.06.2009 datiert. Insbesondere besteht auch vor dem Hintergrund von § 903 ZPO aF bzw. § 802 d I ZPO nF kein **grundsätzliches schutzwürdiges Interesse** des Schuldners, während der gesamten Dauer der Sperrfrist **keinesfalls eine erneute Erklärung abgeben** zu müssen, denn bereits im Rahmen des § 903 ZPO aF war die erneute Abgabe innerhalb der Frist bei Glaubhaftmachung späteren Vermögenserwerbes möglich. Demgegenüber **überwiegt** im Sinne der Beschlussempfehlung der **legitime Gesetzeszweck der Anpassung der Frist an die heutigen modernen, schnell wechselnden Lebensumstände**.“ (LG Köln aaO)

## IV. Ergebnis

Die dreijährige Sperrfrist des § 903 ZPO aF steht der Abnahme der Vermögensauskunft vorliegend nicht entgegen, da nunmehr die Frist des § 802 d ZPO Anwendung findet. Die maßgebliche Sperrfrist von zwei Jahren gem. § 802 d ZPO war zum Zeitpunkt der Erteilung des Vollstreckungsauftrags abgelaufen. Der Gerichtsvollzieher ist daher zur Abnahme der Vermögensauskunft verpflichtet.

ZPO

**Widerklage in zweiter Instanz**

ZPO

§§ 522 II, 524 IV

**Berufungszurückweisung durch Beschluss**

(BGH in NJW 2014, 151; Urteil vom 24.10.2013 – III ZR 403/12)

Wird die den erstinstanzlichen Streitgegenstand betreffende Berufung durch einstimmigen Beschluss gem. § 522 II ZPO zurückgewiesen, verliert eine im Berufungsverfahren erhobene Widerklage entsprechend § 524 IV ZPO ihre Wirkung.

**Fall:** Die Kl. hat die mit ihr durch einen Treuhandvertrag verbundenen Bekl. auf quotale Zahlung wegen Darlehensforderungen der B-Bank AG und der A-GmbH in Anspruch genommen, denen sich die Kl. als persönlich haftende Gesellschafterin der A-OHG (geschlossener Immobilienfonds, an dem sich die Bekl. beteiligt haben) ausgesetzt sieht. Die Bekl. haben hilfsweise mit Schadensersatzansprüchen gegen die Kl. wegen Verletzung von Aufklärungspflichten aufgerechnet.

In erster Instanz wurde der Klage stattgegeben (LG Landshut, Urt. v. 03.02.2011 – 73 O 1575/09, BeckRS 2013, 19881). Die Bekl. haben gegen dieses Urteil Berufung eingelegt und für den Fall, dass die von ihnen hilfsweise erklärte Aufrechnung unzulässig sein sollte, Hilfswiderklage erhoben. Die Kl. hat gegen das Urteil des LG Anschlussberufung eingelegt. Das BerGer. hat die Berufung der Bekl. gem. § 522 II ZPO zurückgewiesen; zugleich hat es die Anschlussberufung der Kl. und die Hilfswiderklagen der Bekl. für wirkungslos erklärt (OLG München, Beschl. v. 26.11.2012 – 20 U 919/11, BeckRS 2013, 19880). Zu Recht?

Eine gesetzliche Regelung zu den Auswirkungen der einstimmigen Berufungszurückweisung durch Beschluss auf die Widerklage des Berufungsklägers findet sich im Gesetz nicht. Geht es um eine erstinstanzlich erhobene Widerklage des Beklagten des Ausgangsprozesses, so ist diese ohne weiteres von den Wirkungen der Zurückweisung der Berufung umfasst. Fraglich ist allerdings, ob das auch für eine Widerklage oder Hilfswiderklage gilt, die erst in zweiter Instanz erhoben wurde.

Eine gesetzliche Regelung findet sich in § 524 IV ZPO nur für das Schicksal der Anschlussberufung. Ob in entsprechender Anwendung dieser Regelung auch die zweitinstanzlich erhobene Widerklage ihre Wirkung verliert, ist umstritten.

### I. Wirkungslosigkeit der zweitinstanzlichen Widerklage bei Beschluss nach § 522 II ZPO

Nach der **überwiegend vertretenen Auffassung** werden mit dem Beschluss gem. § 522 II ZPO eine **zweitinstanzlich erhobene Widerklage**, eine **zweitinstanzliche Klageerweiterung** und ein **zweitinstanzlicher Hilfsantrag** entsprechend § 524 IV ZPO wirkungslos (OLG Rostock, NJW 2003, 3211; OLG Frankfurt a. M., NJW 2004, 165 [167] sowie NZG 2004, 419; KG, NJW 2006, 3505; OLG Düsseldorf, OLG-Report 2007, 465; OLG Nürnberg [2. Zivilsenat], MDR 2007, 171; Rimmelspacher, in: MüKo-ZPO, 4. Aufl., § 522 Rn. 35; Musielak/Ball, ZPO, 10. Aufl., § 522 Rn. 28 a; Wulf, in: Vorwerk/Wolf, BeckOK-ZPO, Stand: 01.04.2013, § 522 Rn. 16; Vossler, MDR 2008, 722 [724]; Zöller/Heßler, ZPO, 30. Aufl., § 522 Rn. 37).

#### 1. Fehlen einer ausdrücklichen Regelung

Die **ZPO** enthalte für diese Verfahrenssituation **keine ausdrückliche Regelung**. Auch bestehe kein Vorrang der §§ 263, 533 ZPO bzw. des § 264 II ZPO vor der Verfahrensregelung des § 522 ZPO (OLG Nürnberg, MDR 2007, 171).

*„Klageerweiterung und Hilfswiderklage seien in zweiter Instanz in gleicher Weise von einer zulässigen und erfolgversprechenden Berufung abhängig wie die Anschlussberufung, so dass sich die Regelung des § 524 IV ZPO auf diese beiden Konstellationen übertragen lasse (OLG Rostock, NJW 2003, 3211; OLG Frankfurt a. M., NJW 2004, 165 [167 f.]).“ (BGH aaO)*

#### 2. Gesetzessystematik

Die Systematik des § 522 II ZPO lasse keinen Raum für die **Wahrung der verfahrensrechtlichen Voraussetzungen einer Entscheidung über einen nach den §§ 263, 533 ZPO bzw. nach § 264 II ZPO geänderten Streitgegenstand** (OLG Nürnberg, MDR 2007, 171).

*„Prozesshandlungen, die nach diesen Vorschriften zu einer Änderung des Streitgegenstands führten, bedürften gem. § 297 ZPO einer **Antragstellung in der mündlichen Verhandlung**. Die Bestimmung des § 522 II ZPO sehe dagegen vollständig vom Mündlichkeitsgrundsatz ab. Eine Verhandlung sei ausgeschlossen. Damit sei in diesem Verfahren der Zugang zu solchen Prozesshandlungen versperrt, die vor der*

*Entscheidung der Durchführung einer mündlichen Verhandlung bedürften (OLG Nürnberg, MDR 2007, 171; OLG Frankfurt a. M., NJW 2004, 165 [168]; Vossler, MDR 2008, 722).“ (BGH aaO)*

### 3. Teleologische Auslegung

Es werde zudem der Normzweck des § 522 II ZPO einer zügigen Erledigung des Rechtsstreits sowohl im öffentlichen wie im Interesse des Berufungsbeklagten unterlaufen, wenn in die Prüfung der Erfolgsaussicht gem. § 522 II 1 Nr. 1 ZPO auch die Frage einbezogen werde, ob eine Widerklage nach § 533 ZPO zulässig und – bejahendenfalls – begründet sei.

*„Nach der Zivilprozessrechtsreform sei die Berufung im Wesentlichen als **Instrument der Fehlerkontrolle** ausgestaltet. Der Beschluss gem. § 522 II ZPO beschränke sich daher auf die Nachprüfung des erstinstanzlichen Urteils, soweit es vom Berufungskläger angegriffen werde (OLG Rostock, NJW 2003, 3211). Der Normzweck des § 522 II ZPO werde erst recht verfehlt, wenn der Berufungskläger im Wege einer – gegebenenfalls geringfügigen – Klageerweiterung oder Hilswiderklage eine **mündliche Verhandlung (auch) über seine (Haupt-)Berufung erzwingen könne**, obwohl diese keine Erfolgsaussicht biete (OLG Rostock, NJW 2003, 3211; KG, NJW 2006, 3505; OLG Düsseldorf, OLG-Report 2007, 465; OLG Frankfurt a. M., NZG 2004, 419; Rimmelspacher, in: MüKo-ZPO, § 522 Rn. 21; Zöller/Heßler, § 522 Rn. 37; Wulf, in: BeckOK-ZPO, § 522 Rn. 16; Vossler, MDR 2008, 722).“ (BGH aaO)*

Eine **Weiterverhandlung nach abschließender Erledigung des erstinstanzlichen Streitstoffs durch Beschluss gem. § 522 II ZPO** könne nicht Zweck der Berufungsverhandlung sein, denn diese setze eine fortbestehende Beschwer des Rechtsmittelführers voraus (OLG Rostock, NJW 2003, 3211 [3212]; OLG Frankfurt a. M., NZG 2004, 419; Vossler, MDR 2008, 722).

*„Allein sachgerecht sei es daher, eine **erweiterte Klage oder Hilswiderklage des Berufungsklägers als wirkungslos zu betrachten**, wenn die Berufung gem. § 522 II ZPO als unbegründet zurückgewiesen werde. Dem Berufungskläger bleibe es unbenommen, die mit der Hilswiderklage begehrte Feststellung zum Gegenstand eines gesonderten Prozesses zu machen (OLG Rostock, NJW 2003, 3211; KG, NJW 2006, 3505; Vossler, MDR 2008, 722).“ (BGH aaO)*

## II. Wirksamkeit der zweitinstanzlichen Widerklage bei Beschluss nach § 522 II ZPO

Ein Teil der Rechtsprechung und der Literatur sieht demgegenüber eine erst in zweiter Instanz erhobene Widerklage und eine zweitinstanzliche Klageerweiterung im Fall einer Beschlusszurückweisung gem. § 522 II ZPO nicht als wirkungslos an (OLG Köln, NJOZ 2004, 3831; OLG Nürnberg [13. Zivilsenat], MDR 2003, 770; OLG Koblenz, NJOZ 2004, 778; OLG-Report 2008, 837 [838]; Bub, MDR 2011, 84 [85 ff.]). Es fehle schon an den Voraussetzungen für einen Analogieschluss.

### 1. keine planwidrige Regelungslücke

Eine entsprechende Anwendung von § 524 IV ZPO komme schon deshalb nicht in Betracht, weil eine **planwidrige Lücke fehle**.

*„Die Berufung i. S. von § 522 II ZPO, die durch Beschluss zurückgewiesen werden könne, beziehe sich **auf den durch die Berufungsanträge bestimmten Berufsgegenstand**. Danach sei auch über die erweiterte Klage oder die neue Widerklage zu entscheiden. Dagegen könne eine Beschränkung des Beschlusses nach § 522 II ZPO auf die Nachprüfung des erstinstanzlichen Urteils weder dem Wortlaut der Bestimmung noch der Begründung des Gesetzentwurfs zur Zivilprozessreform entnommen werden (Bub, MDR 2011, 84).“ (BGH aaO)*

### 2. keine vergleichbare Interessenlage

Zudem fehle es für eine entsprechende Anwendung von § 524 IV ZPO auf zweitinstanzliche Klageerweiterungen und Widerklagen an einer Vergleichbarkeit der geregelten Prozesslage.

*„Während die **Wirkungslosigkeit der Anschlussberufung** in ihrem **unselbstständigen, akzessorischen Charakter** begründet sei, handele es sich bei Erweiterungen der Klage und bei **Widerklagen um selbstständige und unbedingte Angriffe** (Bub, MDR 2011, 84).*

*Der **Berufungskläger** habe es auch **nicht in der Hand**, durch eine Klageerweiterung oder eine neue Widerklage eine mündliche Verhandlung und damit das **Urteilsverfahren zu erzwingen**, jedenfalls nicht ohne aner kennenswerten Grund. Lügen die Voraussetzungen des § 533 ZPO nicht vor, könne die **Nichtzulassung mit einer Berufungszurückweisung im Übrigen verbunden** werden. Seien Klageerweiterung oder Widerklage zuzulassen, aber nicht begründet, so sei gleichfalls die Berufung mit dem Beschluss nach § 522 II ZPO ohne mündliche Verhandlung insgesamt zurückzuweisen (OLG Köln, NJOZ 2004, 3831; OLG Nürnberg, MDR 2003, 770; jew. zu unzulässigen Klageänderungen und Widerklagen; OLG Koblenz, NJOZ 2004,*

778 = OLG-Report 2004, 17 [18] und OLG-Report 2008, 837 [838] für eine unbegründete Klageerweiterung, offengelassen für Antragsänderung, Klageänderung, Aufrechnung und Widerklage „im Übrigen“; Bub, MDR 2011, 84 [85 ff.]). Die Notwendigkeit einer **Antragstellung in mündlicher Verhandlung** (§ 297 ZPO) stehe dem nicht entgegen, da § 297 ZPO allein das **auf Grund mündlicher Verhandlung ergehende Urteil** betreffe, während § 522 II ZPO eine Entscheidung in einem schriftlichen Verfahren ermögliche (Bub, MDR 2011, 84).“ (BGH aaO)

Könnten Klageerweiterung oder neue Widerklage nicht nach der Aktenlage nicht abschließend als unbegründet beurteilt werden, so führt die dann gegebene Notwendigkeit, eine mündliche Verhandlung anzuberaumen und im Urteilsverfahren zu entscheiden, nicht zu einem Widerspruch zu dem Anliegen des Gesetzgebers nach einer stärkeren Ausrichtung der **Berufung** zu einem **Instrument der Fehlerkontrolle** und -beseitigung.

„Denn der Gesetzgeber habe mit der Beibehaltung der Möglichkeit zur Klageänderung, Klageerweiterung und zur Erhebung der Widerklage in § 533 ZPO dieses Ziel gerade nicht rein verwirklicht (Bub, MDR 2011, 84; so i. Erg. auch OLG Nürnberg, MDR 2003, 770).“ (BGH aaO)

### III. Standpunkt des BGH

Der BGH hat in der vorliegenden Entscheidung nunmehr seinen Standpunkt klargemacht und sich der erstgenannten Auffassung angeschlossen, nach welcher bei Zurückweisung der den erstinstanzlichen Streitgegenstand betreffenden Berufung durch einstimmigen Beschluss gem. § 522 II ZPO, eine im Berufungsverfahren erhobene Widerklage entsprechend § 524 IV ZPO ihre Wirkung verliert.

#### 1. Bestehen einer Regelungslücke

Die **prozessuale Situation** einer (erst) in zweiter Instanz erhobenen Widerklage bei gleichzeitig offensichtlich fehlender Erfolgsaussicht der gegen das erstinstanzliche Urteil gerichteten Berufung i. S. von § 522 II ZPO ist **in der ZPO nicht geregelt**.

„Weder § 522 ZPO noch § 533 ZPO enthalten insofern eine ausdrückliche Bestimmung. Dem Begriff der „Berufung“ in § 522 II ZPO lässt sich **nicht entnehmen**, ob hiervon **sämtliche im Berufungsverfahren gestellte Sachanträge** und damit auch den Streitgegenstand erweiternde Widerklageanträge i. S. von § 533 ZPO **umfasst** sind oder ob unter „Berufung“ **ausschließlich das Rechtsmittel** zu verstehen ist, das sich gegen das im ersten Rechtszug erlassene Endurteil und die aus ihm folgende Beschwerde des Berufungsklägers richtet (vgl. § 511 I ZPO). In § 533 ZPO ist lediglich allgemein die **Zulässigkeit einer im Berufungsverfahren erhobenen Widerklage** geregelt. Dagegen ist dort nicht bestimmt, ob die Widerklageanträge auch in die Prüfung der Erfolgsaussicht der Berufung gem. § 522 II 1 Nr. 1 ZPO einzubeziehen sind und ob – verneinendenfalls – über die Widerklage nach mündlicher Verhandlung durch (Teil-)Urteil getrennt zu entscheiden ist, wenn im Übrigen die Voraussetzungen einer Zurückweisung der Berufung durch einstimmigen (Teil-)Beschluss gem. § 522 II ZPO vorliegen.“ (BGH aaO)

Auch den Gesetzesmaterialien zu §§ 522, 533 ZPO lässt sich nicht entnehmen, wie in der vorliegenden prozessualen Konstellation zu verfahren ist.

„Soweit eine Beschlusszurückweisung der Berufung nur unter Berücksichtigung zulässiger neuer Angriffs- und Verteidigungsmittel – gegebenenfalls unter Berücksichtigung der Berufungserwiderung und der Replik – als zulässig erachtet wird (BT-Dr 14/4722, S. 97), ergibt sich hieraus für die Einbeziehung eines in zweiter Instanz erstmals gestellten Widerklageantrags in den Begriff der „Berufung“ i. S. von § 522 II ZPO nichts. Denn ein **Widerklageantrag ist kein Angriffs- und Verteidigungsmittel, sondern ein eigenständiger Angriff**.“ (BGH aaO)

Damit besteht bei einer zweitinstanzlich erhobenen Widerklage bei gleichzeitigem Vorliegen der Voraussetzungen für eine Zurückweisung der gegen das erstinstanzliche Urteil gerichteten Berufung gem. § 522 II ZPO eine planwidrige Regelungslücke.

#### 2. Vergleichbare Interessenlage

Normzweck und Interessenlage gebieten es nach Auffassung des BGH, diese Regelungslücke durch eine analoge Anwendung des § 524 IV ZPO zu schließen.

##### a) Bestimmung des Normzwecks

„Mit der am 01.01.2002 in Kraft getretenen Zivilprozessreform wurde die Möglichkeit geschaffen, eine **unbegründete Berufung durch einstimmigen Beschluss zurückzuweisen** (vgl. § 522 II ZPO i. d. F. des Gesetzes zur Reform des Zivilprozesses v. 27.07.2001, BGBl I, 1887).

Mit der Beschlusszurückweisung soll **verhindert** werden, dass durch **Berufungen**, die nach Überzeugung des BerGer. **keine Aussicht auf Erfolg** haben, richterliche **Arbeitskraft unnötig gebunden**, die

für verhandlungsbedürftige Fälle benötigte Terminzeit verkürzt und die rechtskräftige Erledigung der Streitigkeit zu Lasten der in erster Instanz obsiegenden Partei verzögert wird (RegE eines Gesetzes zur Reform des Zivilprozesses, BT-Dr 14/4722, S. 97). An dieser Zielsetzung hat der Gesetzgeber ungeachtet der Änderung des § 522 ZPO festgehalten (Beschlussempfehlung u. Bericht des Rechtsausschusses des BT zu dem RegE eines Gesetzes zur Änderung des § 522 der ZPO, BT-Dr 17/6406, S. 8).

Zugleich wurde die Berufungsinstanz **funktionell zu einem Instrument vornehmlich der Fehlerkontrolle umgestaltet** (RegE eines Gesetzes zur Reform des Zivilprozesses, BT-Dr 14/4722, S. 1, 58, 61, 97, 101 f.).“ (BGH aaO)

## b) Anwendung des Normzwecks auf die zweitinstanzliche Widerklage

Mit dem vorgenannten Normzweck des § 522 II ZPO und mit der funktionellen Umgestaltung der Berufungsinstanz zu einem Instrument vornehmlich der Fehlerkontrolle wäre es nicht vereinbar, wenn in die Prüfung der Erfolgsaussicht gem. § 522 II 1 Nr. 1 ZPO auch die Frage einbezogen würde, ob eine zweitinstanzlich erhobene, nach § 533 ZPO zulässige Widerklage begründet ist.

„Insbesondere würde es der **Intention des Gesetzgebers widersprechen**, wenn der Berufungskläger mit einer – gegebenenfalls geringfügigen – (Hilfs-)Widerklage eine mündliche **Verhandlung über die gesamte Berufung erzwingen** könnte, obwohl Letztere in Bezug auf die erstinstanzliche Beschwerde des Berufungsklägers keine Erfolgsaussicht bietet. **Das gesetzgeberische Anliegen, offensichtlich aussichtslose Berufungen im Beschlussweg zurückzuweisen, liefe leer**. Die Erhebung einer Widerklage im Berufungsverfahren hindert einen Beschluss nach § 522 II ZPO daher nicht (so auch Wöstmann, in: Handkomm-ZPO, 5. Aufl., § 522 Rn. 11; Thomas/Putzo/Reichold, ZPO, 34. Aufl., § 522 Rn. 14).“ (BGH aaO)

Damit steht zwar noch nicht fest, ob bei Vorliegen der Voraussetzungen des § 522 II ZPO in Bezug auf den erstinstanzlichen Streitgegenstand eine zweitinstanzlich erhobene Widerklage analog § 524 IV ZPO wirkungslos ist oder ob über sie – nach einem auf den erstinstanzlichen Streitgegenstand bezogenen Teilbeschluss gem. § 522 II ZPO – nach mündlicher Verhandlung mittels Schlussurteil zu entscheiden ist (zur Zulässigkeit einer Teilzurückweisung gem. § 522 II ZPO, soweit die Voraussetzungen für den Erlass eines Teilurteils nach § 301 ZPO vorliegen, vgl. Wöstmann, in: Handkomm-ZPO, § 522 Rn. 16 m.w.N.; Vossler, MDR 2008, 722 [723 f.] m.w.N.).

„Auch bei einem Teilbeschluss nach § 522 II ZPO und einer mündlichen Verhandlung (nur) über die Widerklage verbliebe es indes bei einer mit dem Normzweck des § 522 II ZPO und der Funktion des Berufungsverfahrens nicht in Einklang zu bringenden Verfahrenssituation.

Damit könnte die Prozesspartei, die zweitinstanzlich eine Widerklage erhebt und zugleich die Voraussetzungen eines Teilurteils bestreitet, auch in solchen Fällen erheblichen Druck mit dem Ziel der Durchführung einer mündlichen Verhandlung über die gesamte Berufung ausüben, in denen ihre Berufung in Bezug auf die erstinstanzliche Beschwerde offensichtlich ohne Aussicht auf Erfolg ist. Dies widerspricht indes der gesetzgeberischen Intention, in derartigen Fällen mit der Beschlusszurückweisung gem. § 522 II ZPO im öffentlichen Interesse wie im Interesse des Berufungsbeklagten eine Möglichkeit zur zügigen Beendigung des Berufungsverfahrens zur Verfügung zu stellen.

Der **Funktion des Berufungsverfahrens** vornehmlich als Instrument der Fehlerkontrolle entspricht es, dass im **Mittelpunkt des Berufungsverfahrens das erstinstanzliche Urteil und die aus ihm folgende Beschwerde des Berufungsklägers** stehen. Die zweitinstanzlich erhobene Widerklage ist demgegenüber nur unter engen Voraussetzungen zulässig (§ 533 ZPO).“ (BGH aaO)

## c) Ergebnis

„Angesichts der vergleichbaren systematischen Zusammenhänge, in die Anschlussberufung und zweitinstanzliche Widerklage eingebettet sind, erscheint es folgerichtig, beide – ungeachtet ihrer unterschiedlichen Prozessziele – gleich zu behandeln, wenn mit dem Wegfall des Erfordernisses einer mündlichen Verhandlung über die (Haupt-)Berufung zugleich auch die Grundlage für die Einbeziehung von Anschlussberufung und (zweitinstanzlicher) Widerklage in das Berufungsverfahren entfällt.“ (BGH aaO)

Eine zweitinstanzlich erhobene Widerklage verliert daher entsprechend § 524 IV ZPO ihre Wirkung, wenn die den erstinstanzlichen Streitgegenstand betreffende Berufung durch einstimmigen Beschluss gem. § 522 II ZPO zurückgewiesen wird.

## Rechtsmittelverzicht

### Unwirksamkeit nach konkludent-informeller Urteilsabsprache

(BGH in NStZ 2014, 113; Beschluss vom 24.09.2013 – 2 StR 267/13)

2. Erörtern Verteidigung und Staatsanwaltschaft in Gegenwart der für die Entscheidung zuständigen Richter Anträge zur Strafart und Strafhöhe nach Teileinstellung des Verfahrens und Ablegung eines Geständnisses, verzichtet das Gericht im Anschluss daran nach dem Vortrag eines Formalgeständnisses auf eine - an sich vorgesehene - Beweisaufnahme, folgt den übereinstimmenden Anträgen und erklärt der Angekl. einen Rechtsmittelverzicht, ist i. d. R. von einer **konkludent geschlossenen Urteilsabsprache** auszugehen, die dem **Zweck** dient, die **Anforderungen und Rechtswirkungen einer Verständigung rechtswidrig zu umgehen**.
3. Ein **Rechtsmittelverzicht** ist **unwirksam**, wenn dem Urteil eine **informelle Verständigung vorausgegangen** ist.

**Fall:** Nach Verlesung des Anklagesatzes wurde der Angekl. vernommen. Dieser erklärte, dass er nicht zu einer Äußerung bereit sei. Daraufhin wurde die Hauptverhandlung unterbrochen. Danach wurde „gem. § 243 IV StPO festgestellt, dass Erörterungen nach den §§ 202a, 212 StPO, deren Gegenstand die Möglichkeit einer Verständigung gem. § 257c StPO gewesen ist, stattgefunden haben, aber ohne konkrete Ergebnisse geblieben sind.“ Die Sitzungsvertreterin der Staatsanwaltschaft erklärte, dass ein weiteres Verfahren wegen des Vorwurfs des versuchten Betrugs gem. § 154 I StPO eingestellt werde. Im Anschluss an diese Ankündigung der Staatsanwaltschaft gab der Wahlverteidiger des Angekl. für diesen eine Erklärung ab, worauf der Angekl. erklärte: „Die gemachten Angaben meines Verteidigers treffen zu“. Danach wurden „die persönlichen Verhältnisse“ mit dem Angekl. erörtert, und anhand des Auszugs aus dem Bundeszentralregister wurde festgestellt, dass er nicht vorbestraft sei. Die Sitzungsvertreterin der Staatsanwaltschaft beantragte hinsichtlich der Fälle 1 bis 12 und 49 bis 55 der Anklageschrift die Einstellung des Verfahrens gem. § 154 II StPO. „Nach Beratung am Richtertisch“ beschloss die Strafkammer dies. Der Vorsitzende erklärte anschließend, dass eine „qualifizierte Absprache gem. § 257c StPO“ nicht stattgefunden habe. Daraufhin wurde die Beweisaufnahme geschlossen. Die Sitzungsvertreterin der Staatsanwaltschaft und der Wahlverteidiger beantragten übereinstimmend die Verurteilung des Angekl. zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von zwei Jahren bei Strafaussetzung zur Bewährung und zu einer Gesamtgeldstrafe von 360 Tagessätzen zu 30 Euro.

Das LG verurteilte den Angekl. zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von zwei Jahren mit Strafaussetzung zur Bewährung und einer Gesamtgeldstrafe von 300 Tagessätzen zu je 30 Euro. Nach der allgemeinen Rechtsmittelbelehrung erklärten die Verteidiger mit Zustimmung des Angekl. sowie die Sitzungsvertreterin der Staatsanwaltschaft jeweils Rechtsmittelverzicht.

Gegen dieses Urteil hat der Angekl. durch einen anderen Verteidiger form- und fristgerecht Revision eingelegt und diese mit der Sachrüge begründet. Er behauptet, der Rechtsmittelverzicht sei wegen einer informellen Urteilsabsprache unwirksam: Nach der Unterbrechung der Hauptverhandlung habe die Staatsanwältin ihm angekündigt, sie werde im Fall einer geständigen Einlassung eine Freiheitsstrafe von zwei Jahren mit Strafaussetzung zur Bewährung und eine Geldstrafe von 360 Tagessätzen beantragen. Dann sei es zu Erörterungen zwischen dem Gericht, der Staatsanwaltschaft und den Verteidigern im Beratungszimmer gekommen. Dort habe die Staatsanwältin ihr Angebot wiederholt. Anschließend sei ihm in der Gerichtskantine von den Verteidigern dazu geraten worden, den Vorschlag anzunehmen, „da auch das Gericht signalisiert habe, diesem Ergebnis nicht entgegen zu treten“. Er habe Bedenken geäußert, sei aber von beiden Verteidigern „relativ harsch“ darauf hingewiesen worden, dass er andernfalls eine zu vollstreckende Freiheitsstrafe zu erwarten habe. Deshalb habe sein Wahlverteidiger in der Hauptverhandlung für ihn ein „schlankes Geständnis“ formuliert, das er bestätigt habe. Schließlich seien die übereinstimmenden Anträge gestellt worden. Nach der dienstlichen Erklärung des Vorsitzenden der Strafkammer haben sich die Richter bei den Erörterungen im Beratungszimmer zu den Strafmaßvorstellungen der Verfahrensbeteiligten nicht geäußert. Die Strafkammer selbst habe weder eine Obergrenze noch eine Untergrenze der im Geständnisfall zu erwartenden Strafen genannt. Zu einer Verständigung i. S. von § 257c StPO unter Mitwirkung der Strafkammer sei es nicht gekommen. Vielmehr habe er, der Vorsitzende, in der Hauptverhandlung betont, dass die Strafkammer „etwaigen Strafmaßverabredungen anderer Beteiligter“ nicht beitrete. Die Sitzungsvertreterin der Staatsanwaltschaft hat dienstlich erklärt, sie erinnere sich zwar nicht an konkrete Äußerungen der Richter. Jedenfalls habe die Strafkammer aber nicht erklärt, dass sie ihre Einschätzung für fernliegend halte.

Zu prüfen ist, ob der erklärte **Rechtsmittelverzicht entsprechend § 30 I 2 StPO unwirksam** ist, **weil dem Urteil eine (konkludente) Absprache zugrunde lag**.

- I. Aus der **Gesamtschau der vorliegenden Umstände** ergibt sich, dass eine **konkludente Urteilsabsprache stattgefunden** hat.

„Hierauf deutet schon die besondere Betonung des **Fehlens einer „qualifizierten Absprache“** hin, ebenso die Tatsache, dass die Strafkammer die von der Staatsanwaltschaft beantragte Teileinstellung des Verfahrens hinsichtlich 19 weiterer Fälle nur „am Richtertisch“ abstimmte, bevor der Beschluss erging.

Das Gericht hat sich zwar - folgt man der dienstlichen Erklärung des Vorsitzenden - verbal von den Vorschlägen und Anträgen distanziert, die (in seinem Beisein) im Beratungszimmer zwischen Verteidigung und Staatsanwaltschaft zur Verfahrensbeendigung nach einem Geständnis und Teileinstellungen erörtert wurden. Es ist ihnen anschließend aber in der Sache fast vollständig gefolgt, ohne dass eine diesbezügliche Änderung der Sach- und Rechtslage dies erklären könnte. Es hat zudem ein diesen Vorschlägen genau entsprechendes Verfahren gewählt.

Der Angekl. legte ein Geständnis ab, jedoch nur in der Weise, dass sein Verteidiger für ihn eine Erklärung abgab, deren Inhalt er pauschal als zutreffend bezeichnete. Das Gericht stellte keine Fragen zu den Vorwürfen der Anklage und erhob dazu keine Beweise. Von der ursprünglich vorgesehenen umfangreichen Beweisaufnahme wurde vollständig abgesehen.

Die Anträge von Verteidigung und Staatsanwaltschaft, die nach Abschluss der Beweisaufnahme gestellt wurden, sind in ihrer Übereinstimmung nur damit zu erklären, dass die Antragsteller Grund zu der Annahme hatten, das Gericht werde jedenfalls nicht darüber hinaus gehen. Die Verteidiger hatten keinen Grund, dem Angekl. zur Befolgung der Vorschläge der Staatsanwaltschaft zu raten, wenn sie nicht ihrerseits davon ausgingen, das Gericht werde im Fall des Geständnisses keine höhere als die von dieser vorgeschlagene Strafe verhängen. Die protokollierte Mitteilung des Vorsitzenden, es hätten Erörterungen „ohne konkrete Ergebnisse“ stattgefunden, traf daher nicht zu.“ (BGH aaO)

## II. Ein **bloßes Schweigen der Richter zu den in ihrer Anwesenheit erfolgten Erörterungen zwischen Staatsanwaltschaft und Verteidigern steht der Annahme einer konkludenten Absprache ebenso wenig entgegen** wie eine - von diesem behauptete - Äußerung des Vorsitzenden, er - oder „die Strafkammer“ - trete den Abreden nicht bei.

„Wenn ein solches Verhalten der Richter für die Beteiligten erkennbar nur den Sinn haben sollte, die **formellen Anforderungen an eine Absprache gem. § 257c StPO und deren Rechtsfolgen zu umgehen**, kam es nicht auf ein äußeres Verhalten oder eine ausdrückliche Erklärung, sondern allein darauf an, was nach dem Gesamtzusammenhang und dem Erkenntnishorizont der Beteiligten damit gemeint war.

In einer Konstellation wie der vorliegenden, in der die zuvor angeblich nicht getroffenen Absprachen anschließend fast vollständig umgesetzt werden und der Angekl. Rechtsmittelverzicht erklärt, ist i. d. R. von einer **konkludenten Einigung der Beteiligten** auszugehen, die einerseits Form und Inhalt der Verfahrensbeendigung, andererseits die stillschweigende Verabredung umfasst, das hierfür gesetzlich vorgeschriebene (Protokollierungs-) Verfahren in allseitiger Zustimmung zu umgehen. Eine solche - **bewusst rechtswidrige - Verfahrensweise ist von vornherein nicht geeignet, die verfassungsrechtlichen Grenzen des gesetzlich geregelten Verständigungsverfahrens zu Lasten des Beschuldigten zu verschieben.**“ (BGH aaO)

## III. Die **informelle Absprache** gebietet eine **entsprechende Anwendung von § 302 I 2 StPO.**

1. Nach dem Gesetz zur Regelung der Verständigung im Strafverfahren vom 29. Juli 2009 (BGBl. 2009 I, S. 2353) ist **für informelle Absprachen über das Prozessergebnis kein Raum.**

„Nach dem **Zweck des gesetzlichen Ausschlusses eines Rechtsmittelverzichts** gem. § 302 I 2 StPO muss diese Regelung **für informelle Absprachen erst recht gelten** (vgl. OLG Celle StV 2012, 141; OLG München StV 2013, 495; SK/Frisch, StPO, 4. Aufl., § 302 Rn 32d; offen gelassen von BGH NSTz 2011, 473; a.A. Niemöller NSTz 2013, 19).“ (BGH aaO)

2. Diese Bewertung der Rechtslage zum Rechtsmittelverzicht nach informellen Urteilsabsprachen steht im Einklang mit der **Rspr. des BVerfG**, das von der Rechtswidrigkeit informeller Verfahrenserledigungen ausgeht und die Effektivität der revisionsgerichtlichen Verfahrenskontrolle angemahnt hat (vgl. BVerfG NJW 2013, 1058).

„Ein Angekl., der an Erörterungen der Richter, Verteidiger und Vertreter der Staatsanwaltschaft im Beratungszimmer nicht beteiligt war, dem die für das Verständigungsverfahren vorgesehenen Informationen über den wesentlichen **Inhalt der Erörterungen** (§ 243 IV 1 StPO) **nicht protokollfest** (§ 273 I Nr. 1a StPO) erteilt wurden (vgl. BGH NJW 2013, 3046) und der nach der Urteilsverkündung vom Gericht nicht qualifiziert über seine Rechtsmittelmöglichkeit belehrt wurde (§ 35a S. 3 StPO), ist **besonders schutzwürdig**. Er kann **unmittelbar nach Urteilsverkündung nicht eigenverantwortlich entscheiden**, ob eine Rechtsmittelmöglichkeit noch mit Aussicht auf Erfolg genutzt werden kann oder ein Rechtsmittelverzicht erklärt werden soll.“ (BGH aaO)

**Aussetzung der Vollziehung durch Behörde  
nach erstinstanzlicher Klageabweisung**

(OVG Münster in NVwZ 2014, 11; Beschluss vom 13.08.2013 – 19 B 433/13)

1. Die Befugnis der Behörde, die Vollziehung eines Verwaltungsakts nach erstinstanzlicher Abweisung der Anfechtungsklage i. S. von § 80 b I 2 Halbs. 2 VwGO bis zur Unanfechtbarkeit auszusetzen, ergibt sich aus § 80 IV 1 VwGO; sie wird in § 80 b I 2 Halbs. 2 VwGO vorausgesetzt.
2. Die Behörde kann die Vollziehung i. S. von § 80 b I 2 Halbs. 2 VwGO auch in den Fällen des § 80 b I 1 Alt. 2 VwGO, also bei vorheriger aufschiebender Wirkung nach § 80 I VwGO aussetzen.

**A. Grundlagenwissen: Der Wegfall der aufschiebenden Wirkung nach § 80b I VwGO**

(vgl. Schoch in Schoch/Schneider/Bier, Verwaltungsgerichtsordnung, 25. Ergänzungslieferung 2013, Rn. 1 ff, 15 ff.)

Nach § 80b I S. 1 VwGO endet die aufschiebende Wirkung von Widerspruch und Anfechtungsklage nicht nur mit der Bestandskraft eines Verwaltungsakts, sondern außerdem in einem bestimmten Zeitpunkt nach gerichtlicher Abweisung der Anfechtungsklage. Diese Befristung der aufschiebenden Wirkung gilt gemäß § 80b Abs. 1 S. 2 auch im Falle einer behördlichen Aussetzung der Vollziehung und einer gerichtlichen Herstellung der aufschiebenden Wirkung, es sei denn, die Behörde hat die Vollziehung bis zur Unanfechtbarkeit ausgesetzt.

Wenn eine Anfechtungsklage im ersten Rechtszug erfolglos geblieben ist, ist es nach der **gesetzgeberischen Intention** grundsätzlich nicht gerechtfertigt, dass die aufschiebende Wirkung auch noch während eines eventuellen Rechtsmittelverfahrens besteht.

Tatbestandliche Voraussetzung für die gesetzliche Beendigung einer gemäß §80 I VwGO bestehenden aufschiebenden Wirkung sind:

- Klageabweisung
- Anfechtungsklage als Rechtsbehelf
- und erstinstanzliche Entscheidung.

Liegen diese Voraussetzungen vor, so endet die aufschiebende Wirkung **drei Monate nach Ablauf der gesetzlichen Begründungsfrist** des gegen die abweisende Entscheidung gegebenen Rechtsmittels.

Gegen erstinstanzliche Urteile ist entweder - bei Zulassung der Berufung im Urteil nach § 124a I 1 VwGO - die Berufung als Rechtsmittel gegeben oder die Zulassung der Berufung muss in einem einer gesonderten Verfahren vor dem OVG nach § 124a IV VwGO erstritten werden. Im Falle einer Zulassung der Berufung durch das VG (§ 124a I 1 VwGO) endet die aufschiebende Wirkung fünf Monate nach Zustellung des vollständigen (die Klage abweisenden) Urteils. In dieser Konstellation ist dem durch § 80b I 1 Alt. 2 VwGO vorgegebenen Zeitraum von drei Monaten die Begründungsfrist von zwei Monaten nach § 124a III 1 hinzuzurechnen.

Muss ein Berufungszulassungsverfahren durchgeführt werden so endet die aufschiebende Wirkung fünf Monate nach Zustellung des vollständigen Urteils des VG. Der Frist von drei Monaten nach § 80b I 1 Alt. 2 VwGO ist die Begründungsfrist von zwei Monaten gemäß § 124a IV 4 VwGO hinzuzurechnen. Wird der Antrag auf Zulassung der Berufung vom OVG bereits vorher abgelehnt, endet die aufschiebende Wirkung mit der Wirksamkeit dieses Beschlusses, der das Urteil des VG rechtskräftig werden lässt (§ 124a V 4 VwGO).

**B. Befugnis der Behörde zur Vollziehungsaussetzung nach Abweisung des erstinstanzlichen Urteils (vgl. OVG Münster in NVwZ 2014, 11)**

**Fall:** Die Ag. hatte der Ast. mit Bescheid vom 18.04.2012 den Doktorgrad entzogen. Hiergegen hat die Ast. geklagt. Ihre Anfechtungsklage wurde erstinstanzlich abgewiesen. Hiergegen ist die Ast. im Berufungsverfahren

ren vorgegangen. Die Ast. hat dann nach § 80b II VwGO einen entsprechenden Antrag an das OVG Münster als Berufungsgericht gerichtet, die Fortdauer der aufschiebenden Wirkung zu beschließen. Die Ag. hat dann nach § 80 b I 2 Halbs. 2 VwGO die Vollziehung bis zur Unanfechtbarkeit des Bescheids ausgesetzt. Anderenfalls wäre mit Ablauf der Frist des § 80 b I 1 Alt. 2 VwGO am 21.05.2013 die Beendigung der aufschiebenden Wirkung der Klage (§ 80 I VwGO) eingetreten. Daraufhin haben die Bet. den Rechtsstreit übereinstimmend für in der Hauptsache erledigt erklärt hatten und das Verfahren entsprechend §§ 87 a I und III, 92 III 1, 125 I VwGO durch den Berichterstatter eingestellt worden. Über die Kosten des Verfahrens beider Rechtszüge ist gem. § 161 II VwGO nach billigem Ermessen unter Berücksichtigung des bisherigen Sach- und Streitstandes zu entscheiden. Wie wird die Kostenentscheidung des Gerichts aussehen?

Die Ag. müsste die Kosten des Verfahrens tragen, wenn sie durch ihre Entscheidung das Antragsbegehren entbehrlich gemacht hat. Sie könnte, indem sie die Vollziehung des Bescheids vom 18.04. 2012, mit dem sie der Ast. den Doktorgrad entzogen hat, i. S. von § 80 b I 2 Halbs. 2 VwGO bis zur Unanfechtbarkeit des Bescheids ausgesetzt hat, die ansonsten mit Ablauf der Frist des § 80 b I 1 Alt. 2 VwGO mit dem 21. 5. 2013 eintretende Beendigung der aufschiebenden Wirkung ihrer Klage (§ 80 I VwGO) verhindert und dadurch bewirkt haben, dass die Ast. als Folge der aufschiebenden Wirkung den **Doktorgrad einstweilen weiter führen** darf.

### I. Wirksamkeit der Vollziehungsaussetzung

Dann muss sie zu einer solchen Entscheidung aber auch befugt gewesen sein. Zweifel bestehen deshalb, weil die Entscheidungsbefugnis über die Fortdauer der aufschiebenden nach § 80b II VwGO dem Oberverwaltungsgericht zufällt. Fraglich ist daher, ob die Aussetzung der Vollziehung bis zur Unanfechtbarkeit des Entziehungsbescheids nach Abweisung der Anfechtungsklage im ersten Rechtszug wirksam ist.

#### 1. Handeln der zuständigen Behörde

Die Ag. als Rechtsträger der Behörde (Dekan der Universität), die den Verwaltungsakt erlassen hat, ist zu derartigen Entscheidungen berechtigt.

#### 2. Aussetzungsbefugnis der Behörde

Fraglich ist, woraus sich eine Aussetzungsbefugnis der Behörde nach erstinstanzlicher Klageabweisung ergeben kann. Diese könnte zunächst nach § 80 b I 2 Halbs. 2 VwGO gegeben sein (so: OVG Lüneburg, NdsVBI 2012, 166 = NVwZ-RR 2011, 920 L = BeckRS 2011, 53695). Sie könnte sich aber auch aus § 80 IV 1 VwGO ergeben.

##### a) Regelungsbereich des § 80 b I 2 Halbs. 2 VwGO

*„Diese Vorschrift ordnet eine **Ausnahme** („es sei denn, die Behörde hat die Vollziehung bis zur Unanfechtbarkeit ausgesetzt“) von der **Rechtsfolge des Endens der aufschiebenden Wirkung** gem. §§ 80 b I 1 Alt. 2 und 80 b I 2 Halbs. 1 VwGO („Dies gilt auch“) an und **setzt** für diese Ausnahme die **Aussetzungsbefugnis der Behörde lediglich voraus.**“ (OVG Münster aaO)*

##### b) Regelungsbereich des § 80 IV 1 VwGO

*„Demgegenüber bestimmt § 80 IV 1 VwGO **direkt die Befugnis der Behörde**, „in den Fällen des Absatzes 2“ (des § 80 VwGO) die **Vollziehung auszusetzen** („kann aussetzen“). Die Vollziehungsaussetzung nach erstinstanzlicher Abweisung der Anfechtungsklage, die die aufschiebende Wirkung nach § 80 I VwGO entfaltet, erfolgt in einem „Fall des Absatzes 2“ des § 80 VwGO. Ein Fall des Absatzes 2, nämlich nach dessen Satz 1 Nr. 3 (**Entfallen der aufschiebenden Wirkung u. a. in anderen durch Bundesgesetz vorgeschriebenen Fällen**), liegt der Sache nach auch vor, wenn nach der **bundesgesetzlichen Regelung des § 80 b I 1 Alt. 2, 2 VwGO** die aufschiebende Wirkung der Anfechtungsklage nach deren erstinstanzlicher Abweisung nach Ablauf der dort bestimmten Frist „endet“ (vgl. Schoch, in: Schoch/Schneider/Bier, VwGO, Stand: Aug. 2012, § 80 b Rn. 36, § 80 b I „kann unschwer als bundesgesetzlicher Ausschluss der aufschiebenden Wirkung i. S. des § 80 II 1 Nr. 3 verstanden werden.“)“ (OVG Münster aaO)*

##### c) Anwendbarkeit auch nach erstinstanzlicher Klageabweisung

Allerdings könnte diese Aussetzungsbefugnis der Behörde nach § 80 IV 1 VwGO in zeitlicher Hinsicht dahin begrenzt sein, dass die Aussetzung vor Abweisung der Anfechtungsklage im ersten Rechtszug erfolgen müsste.

*„Die Behörde kann ... die Vollziehung **auch nach Ergehen des klageabweisenden Urteils** aussetzen. Gerade in den Fällen des § 80 b I 1 Alt 2 VwGO (Enden der aufschiebenden Wirkung*

„des“ Widerspruchs und „der“ Anfechtungsklage mit Ablauf der dort bestimmten Frist), dessen Anwendungsbereich nur die Fallgestaltung erfasst, in der die aufschiebende Wirkung kraft Gesetzes nach § 80 I VwGO bestanden hat (vgl. Schoch, § 80 b Rn. 16), tritt ein Fall des § 80 II VwGO, der die Vollziehungsaussetzung durch die Behörde nach § 80 IV 1 VwGO ermöglicht, erst ein mit dem Enden der aufschiebenden Wirkung nach § 80 b I 1 Alt. 2 VwGO.

Indem § 80 b I 2 Halbs. 2 VwGO von der Regelung des Halbsatzes 1, der die Rechtsfolge des Endens der aufschiebenden Wirkung auf die Fallgestaltung erstreckt („Dies gilt auch“), dass die Vollziehung durch die Behörde ausgesetzt oder die aufschiebende Wirkung durch das Gericht wiederhergestellt oder angeordnet worden ist, die **Fallgestaltung der behördlichen Vollziehungsaussetzung bis zur Unanfechtbarkeit** auch bei (vorheriger) gerichtlicher Vollziehungsaussetzung ausnimmt („es sei denn“), setzt die Vorschrift voraus, dass diese **Vollziehungsanordnung gerade nach Ergehen des die Anfechtungsklage abweisenden erstinstanzlichen Urteils erfolgt**. Denn bei einer bis zum Ergehen des Urteils noch wirksamen gerichtlichen Vollziehungsaussetzung fehlt es notwendig an einer vorherigen behördlichen Vollziehungsaussetzung, und erst wegen des Endens der aufschiebenden Wirkung zufolge des § 80 b I 1 Alt. 2, 2 Halbs. 1 VwGO nach Ablauf der dort bestimmten Frist ist Raum für eine behördliche Vollziehungsaussetzung bis zur Unanfechtbarkeit i. S. des § 80 b I 2 Halbs. 2 VwGO.“ (OVG Münster aaO)

#### d) Beschränkung der Befugnis auf Fälle vorheriger behördlicher oder gerichtlicher Vollziehungsaussetzung

Allerdings könnte die Befugnis der Behörde, die Vollziehung auch nach Erlass eines klageabweisenden erstinstanzlichen Urteils auszusetzen davon abhängig sein, dass zuvor eine behördlich oder gerichtliche Vollziehungsaussetzung erfolgt ist und kein Fall des § 80 I VwGO vorliegt, in dem die aufschiebende Wirkung schlicht von Gesetzes wegen eintritt und dann nach § 80b I 1 VwGO wegen Zeitablaufs endet.

„Diese Befugnis ... besteht vielmehr auch in den Fällen des § 80 b I 1 VwGO, also bei **Bestehen der aufschiebenden Wirkung kraft Gesetzes** nach § 80 I VwGO. Satz 2 bezweckt, beide Fallgestaltungen hinsichtlich des Endens der aufschiebenden Wirkung gleichzustellen. Davon die Ausnahme in Satz 2 Halbs. 2 auszunehmen, liefe diesem Zweck zuwider.“ (OVG Münster aaO)

Die Behörde war daher zur Aussetzung befugt, so dass die Vollziehungsaussetzung bis zur Unanfechtbarkeit wirksam ist.

## II. Auswirkungen auf die Kostenentscheidung

Die Ag. hat mit ihrer Vollziehungsaussetzung zu Recht der Erwägung Rechnung getragen, das **öffentliche Interesse erfordere** „nicht zuletzt in Ansehung des langen Zeitablaufs seit der Promotion“ **keine kurzfristige Vollziehung**.

„Sie hat damit dem Interesse der Ast. am Fortdauern der aufschiebenden Wirkung der Sache nach Vorrang eingeräumt, wie es auch der Senat bei der sonst vorzunehmenden gerichtlichen Interessenabwägung nach § 80 b III VwGO i.V.m. § 80 V 1 VwGO unter Berücksichtigung der in der Antragschrift vorgebrachten Aspekte getan hätte.“ (OVG Münster aaO)

Genau dies war **Ziel des Antrags** der Ast. nach § 80 b II VwGO auf gerichtliche Anordnung des Fortdauerns der aufschiebenden Wirkung. Die Ag. hat so **mittelbar dem Antragsbegehren entsprochen** und die **streitige Fortführung** des vorliegenden Verfahrens **entbehrlich** gemacht.

„Gegen die Kostenbelastung der Ag. nach billigem Ermessen spricht nicht ihre Erwägung, sie habe **zu keinem Zeitpunkt beabsichtigt** gehabt, vor Unanfechtbarkeit „**vollzugsrelevante Folgen**“ aus dem Bescheid vom 18.04.2012 zu ziehen. Darauf kommt es nicht an. Es ging der Ast. mit ihrem Antrag nach § 80 b II VwGO ersichtlich darum, den **Doktorgrad bis zum rechtskräftigen Abschluss des gerichtlichen Verfahrens zur Hauptsache befugtermaßen zu führen**, um sich von vornherein nicht dem Strafverwurf nach § 132 a I Nr. 1 StGB auszusetzen. Sie musste sich auch nicht vor ihrer Antragstellung bei Gericht an die Ag. mit einem Antrag auf Vollziehungsaussetzung wenden. Die **vorherige Antragstellung bei der Behörde ist jedenfalls in Fallgestaltungen der vorliegenden Art nicht geboten** (vgl. Puttler, in: Sodan/Ziekow, VwGO, 3. Aufl. [2010], § 80 b Rn. 31; Windthorst, in: Gärditz [Hrsg.], VwGO, 2013, § 80 b Rn. 31, § 80 Rn. 168). Das Rechtsschutzbedürfnis der Ast. für den vorliegenden Antrag zeichnete sich jedenfalls seit der fristgerechten Begründung des Antrags auf Zulassung der Berufung gegen die erstinstanzliche Klageabweisung für die Ag. erkennbar ab.“ (OVG Münster aaO)

## III. Ergebnis: Billigem Ermessen entspricht es hier, die Kosten des Verfahrens der Ag. aufzuerlegen.

## 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.

UWG  
§ 7 II Nr. 3

### Unzulässigkeit der Zwangsvollstreckung Aufrechnung mit Kostenerstattungsanspruch

UWG

(BGH in Rpfleger 2014, 28; Urteil vom 18.07.2013 – VII ZR 241/12)

Die **Zwangsvollstreckung einer Forderung ist unzulässig, wenn der Schuldner dieser Forderung mit einem ihm zustehenden prozessualen Kostenerstattungsanspruch aufgerechnet hat, der in einem rechtskräftig abgeschlossenen Kostenfestsetzungsverfahren betragsmäßig festgesetzt worden ist.**

*„Die Kostenerstattungsansprüche sind spätestens mit der vorläufigen Vollstreckbarkeit der ergangenen Kostengrundentscheidung – auflösend bedingt – fällig geworden (vgl. BGH JR 1976, 332). Auf Grund der vorläufigen Vollstreckbarkeit ist der Kostengläubiger berechtigt, vom Schuldner die Erstattung seiner Prozesskosten zu verlangen und diese im Kostenfestsetzungsverfahren gem. §§ 103 ff. ZPO geltend zu machen. Der Kostenfestsetzungsbeschluss hat keine rechtsgestaltende, anspruch- oder fälligkeitsbegründende Funktion (BGH JR 1976, 332). Mit ihm wird lediglich die Höhe der zu erstattenden Kosten betragsmäßig festgelegt und der zur Vollstreckung notwendige Titel (vgl. § 794 I Nr. 2 ZPO) geschaffen (BGH NJW 1988, 3204). Er ist in seiner Wirksamkeit vom Bestand der Kostengrundentscheidung abhängig und wird gegenstandslos, wenn diese entfällt.*

*Als auflösend bedingter Anspruch ist der als Forderung aus einem gesetzlichen Schuldverhältnis zu wertende prozessuale Kostenerstattungsanspruch aufrechenbar (BGH JR 1976, 332). Im Klageverfahren kann die Aufrechnung mit einem Kostenerstattungsanspruch aus einem anderen Prozess allerdings wirksam nur erklärt oder geltend gemacht werden, wenn der Kostenerstattungsanspruch im Kostenfestsetzungsverfahren rechtskräftig festgesetzt oder – auch der Höhe nach – unbestritten ist (BGH NJW 1963, 714). Das ProzessGer. kann über einen nach Grund und/oder Höhe streitigen prozessualen Kostenerstattungsanspruch nicht entscheiden. Einer Entscheidung über den Grund steht die anderweitige Rechtshängigkeit entgegen; über die Höhe des prozessualen Kostenerstattungsanspruchs ist ausschließlich in dem gegenüber dem Streitverfahren völlig selbstständigen Kostenfestsetzungsverfahren gem. §§ 103 ff. ZPO zu entscheiden (BGH NJW 1963, 714). Wird die Aufrechnung dementsprechend im Rahmen einer Vollstreckungsabwehrklage nach §§ 794 I Nr. 2, 795 S. 1, 767 ZPO geltend gemacht, muss der Kostenerstattungsanspruch betragsmäßig durch einen rechtskräftigen Kostenfestsetzungsbeschluss festgestellt sein, wenn sich die Parteien nicht über die Höhe des Kostenerstattungsanspruchs einig sind.*

*Eine Forderung verliert ihre Eignung zur Aufrechnung nicht dadurch, dass sie in einem Prozess eingeklagt worden ist. Dies gilt selbst dann, wenn die Aufrechnung in einem Prozess erklärt und die Forderung in einem anderen Prozess eingeklagt wird (BGHZ 57, 242 = NJW 1972, 450; BGH NJW-RR 2002, 1513; Staudinger/Gursky, § 387 Rn 148 m. w. Nachw.). Die mit einem gegen Sicherheitsleistung vorläufig vollstreckbaren Urteil zugesprochene Hauptforderung kann daher ohne Weiteres aufgerechnet werden, ohne dass die angeordnete Sicherheitsleistung erbracht werden müsste. Auch insoweit ist der Schuldner nicht dadurch geschützt, dass er sich wegen eines eventuellen Schadensersatzanspruchs aus § 717 II ZPO aus der angeordneten Sicherheit befriedigen könnte. Es besteht keine Veranlassung, die Aufrechenbarkeit des prozessualen Kostenerstattungsanspruchs davon abweichend von der Erbringung einer für den Fall einer zwangsweisen Durchsetzung des Anspruchs angeordneten Sicherheitsleistung abhängig zu machen. Soweit in der älteren Rspr. (OLG Dresden HRR 1937 Nr. 233) und dem folgend (Soergel/Schreiber, BGB, 13. Aufl., § 387 Rn 9; Palandt/Grüneberg, BGB, 72. Aufl., § 387 Rn 11) eine abweichende Meinung vertreten wird, beruht dies auf der Annahme, dass der Kostenerstattungsanspruch erst mit Schaffung der Vollstreckungsvoraussetzungen fällig werde. Diese Auffassung ist jedoch durch die Rspr. des BGH überholt.“ (BGH aaO)*

ZPO  
§ 139

### Zwangsversteigerungsverfahren Umfang richterlicher Hinweispflicht

ZPO

(BGH in NJW-RR 2013, 63; Urteil vom 10.10.2013 – V ZB 181/12)

Die **zivilprozessuale Hinweispflicht gem. § 139 ZPO gilt auch im Verfahren nach dem Zwangsversteigerungsgesetz.** Sie kommt in erster Linie dann zum Tragen, wenn das Gericht Anlass zu der Annahme hat, dass ein Beteiligter die Rechtslage falsch einschätzt und ihm deshalb ein Rechtsnachteil droht.

*„Zwar gilt die zivilprozessuale Hinweispflicht gem. § 139 ZPO auch im Verfahren nach dem Zwangsversteigerungsgesetz. Sie erfordert aber nicht allgemeine Ausführungen über die Rechte der Beteiligten, sondern kommt in erster Linie zum Tragen, wenn das Gericht Anlass zu der Annahme hat, dass ein Beteiligter die Rechtslage falsch einschätzt und ihm deshalb ein Rechtsnachteil droht (vgl. BVerfG NJW-RR 2012, 302; BVerfG NJW-RR 2005, 936). Soweit das BeschwGer. meint, das VollstrG müsse einen Schuldner darüber aufklären, dass das Zwangsversteigerungsgesetz vom Vorrang der Einzelausbietung ausgehe – mithin ein Verzicht auf ein Einzelausgebot ein Abweichen von diesem Grundsatz bedeute –, überspannt es die Aufklärungsanforderungen. Das VollstrG muss dem Schuldner vor Abgabe einer Verzichtserklärung i. S. des § 63 IV ZVG nicht die Systematik der gesetzlichen Regelung erläutern.“ (BGH aaO)*

StPO  
§ 121

### Haftbefehl

StPO

Sperrwirkung einer Entscheidung nach § 121 StPO

(OLG Frankfurt a.M. in NSTZ-RR 2014, 49; Beschluss vom 02.04.2013 – 1 Ws 28/13)

Hat das **OLG einen Haftbefehl mangels Voraussetzungen des § 121 I StPO aufgehoben**, so ist weder das OLG selbst noch das Haftgericht dazu berechtigt, diese Entscheidung wieder abzuändern.

„Die Unumkehrbarkeit dieser Entscheidung auch bei einer wesentlichen Änderung der Sach- und Erkenntnislage ergibt sich daraus, dass bei einem Fehlen der Verlängerungsgründe des § 121 I StPO der Haftbefehl zwingend aufzuheben ist und ein Verlängerungsgrund i. S. des § 121 I StPO für den Vollzug einer wegen derselben Tat über die gesetzliche zeitliche Begrenzung von 6 Monaten hinausreichenden Untersuchungshaft nicht nachträglich entstehen kann, wenn sein Vorliegen im Prüfungsverfahren nach § 121 StPO zuvor verneint wurde. Was sich nach Ablauf der 6 Monate neu ereignet, ist kein Umstand, der auf die Verlängerung des Haftvollzugs über 6 Monate hinaus Einfluss haben kann. Denn für diese Entscheidung darf nur berücksichtigt werden, was sich bis zum Ablauf von 6 Monaten Haftvollzug ereignet hat.“ (OLG Frankfurt a.M. aaO)

---

StPO  
§§ 140 II, 257c

### Notwendige Verteidigung Verständigung

StPO

(OLG Naumburg in NSTz 2014, 116; Beschluss vom 04.12.2013 – 2 Ss 151/13)

Beabsichtigt ein Gericht, **Erörterungen mit dem Ziel einer Verständigung** durchzuführen, ist einem unverteidigten Angekl. **grds. ein notwendiger Verteidiger zu bestellen**.

„Das Urteil beruhte auf einer **Verständigung i. S. von § 257 c StPO**, was die **Rechtslage schwierig i. S. des § 140 II StPO** macht, weil ein Angekl. sich bei der Erörterung einer solchen Verfahrensweise i. d. R. nicht selbst wirksam verteidigen kann.

Die Entscheidung des BVerfG (NJW 2013, 1058) und zahlreiche Entscheidungen des BGH (z.B. BGHSt 58, 184) zeigen überdeutlich, dass die Anwendung der gesetzlichen Vorschriften, die die strafprozessuale Verständigung regeln, selbst für Berufsrichter äußerst kompliziert und fehleranfällig ist. Vor diesem Hintergrund ist es unwahrscheinlich, dass ein Angekl., der nicht Volljurist ist, seine Rechte im Rahmen des undurchsichtigen Verfahrens, das einer Verständigung vorauszugehen hat, ohne juristischen Beistand erkennen und somit wahrnehmen kann. Deshalb ist bereits die Erörterung einer Verständigung regelmäßig Anlass zur Beiordnung eines Verteidigers gem. § 140 II StPO.“ (OLG Naumburg aaO)

---

StPO  
§§ 244 II, 257 II, 261

### Widerspruch gegen Beweisverwertung Präklusion in der Berufungsinstanz

StPO

(OLG Celle in NSTz 2013, 118; Beschluss vom 11.07.2013 – 32 Ss 91/13)

Den **Widerspruch gegen die Verwertung eines Beweises** muss ein Angekl. **in dem Zeitpunkt geltend machen, in dem es ihm erstmals möglich war. Erfolgt der Widerspruch später** (hier: in der Berufungsinstanz), ist er **präkludiert** und damit **unbeachtlich**.

„Einen Widerspruch hat der Angekl. spätestens zu dem in § 257 II StPO genannten Zeitpunkt nach der Einführung des Beweises in der Hauptverhandlung direkt im Anschluss zu formulieren (vgl. statt vieler BGHSt 38, 214). Es handelt sich insoweit um ein prozessuales Gestaltungsrecht, das ein Angekl. in dem Zeitpunkt geltend machen muss, in dem es ihm erstmals möglich ist (vgl. vor allem BGHSt 50, 272; OLG Hamburg NJW 2008, 2597). In der Berufungsinstanz besteht keine Möglichkeit mehr zu einem Widerspruch nach § 257 StPO, wenn dieser **Widerspruch in der 1. Instanz nicht oder verspätet erhoben** worden ist. Vielmehr ist das Widerspruchsrecht dann präkludiert mit der Folge, dass ein Widerspruch unwirksam und damit unbeachtlich ist (vgl. OLG Stuttgart NSTz 1997, 405; OLG Hamburg NJW 2008, 2597; a. A. LR-Gössel 26. Aufl., Einl. Abschn. L Rn 32).

Das **Recht des Angekl. auf Verteidigung ist dadurch nicht berührt**, denn es liegt allein in seiner Entscheidung, ob er die Rüge im Rahmen seiner Verteidigerstrategie erheben will oder nicht. Unterlässt er es, so kann er sich später nicht mehr darauf berufen.“ (OLG Celle aaO)

---

AO  
§ 357 I 1

### Rechtsbehelfsbelehrung Umfang

AO

(BFH in BB 2014, 86; Urteil vom 20.11.2013 – X R 2/12)

Es **reicht aus, wenn die Rechtsbehelfsbelehrung** hinsichtlich der Formerfordernisse für die Einlegung eines Einspruchs den **Wortlaut des § 357 I 1 AO wiedergibt**.

„Die Rechtsbehelfsbelehrung muss dem **verfassungsrechtlichen Anspruch auf wirkungsvollen Rechtsschutz** Rechnung tragen, soll aber auch so einfach und klar wie möglich sein (BFHE 212, 407). Unrichtig ist eine Belehrung daher erst dann, wenn sie in wesentlichen Aussagen unzutreffend oder derart unvollständig oder missverständlich gefasst ist, dass hierdurch --bei objektiver Betrachtung-- die Möglichkeit zur Fristwahrung gefährdet erscheint (BFHE 186, 324 m. w. Nachw.).

Der BFH hat bereits mehrfach entschieden, dass die Rechtsbehelfsbelehrung auch dann noch vollständig und richtig ist, wenn sie hinsichtlich der Form der Einlegung des Rechtsbehelfs nur den Wortlaut des Gesetzes --im Fall der Einlegung des Einspruchs also den des § 357 I 1 AO-- wiederholt, und zwar auch in Bezug auf die Einlegung des Rechtsbehelfs per E-Mail (BFH BFH/NV 2010, 830; BFH BFH/NV 2013, 177).

Der I. Senat des BFH [hat sich] dieser Rspr. angeschlossen. Nach dem maßgebenden objektiven Verständnishorizont sei bei Wiederholung des Wortlautes des § 357 I 1 AO kein unrichtiger bzw. missverständlicher Hinweis zu den Formerfordernissen erteilt worden. Das FA sei weder gehalten, einen ergänzenden Hinweis auf § 87a AO (elektronische Form als Alternative zur Schriftlichkeit i. S. der hergebrachten Schriftform) zu geben, ebenso wie es umgekehrt nicht gehalten sei, angesichts der ergänzenden Regelung des § 87a AO einen Hinweis, der sich auf § 357 I 1 AO beschränke, zu unterlassen. Eine Belehrung entsprechend dem Gesetzeswortlaut des § 357 I 1 AO sei nicht geeignet, bei einem "objektiven" Empfänger die Fehlvorstellung hervorzurufen, die Einlegung eines Einspruchs in elektronischer Form werde den geltenden Formvorschriften nicht gerecht. Der Hinweis auf die "Schriftlichkeit" entsprechend § 357 I 1 AO wirke weder irreführend noch rechtsschutzbeeinträchtigend. Der Betroffene werde in die Lage versetzt, sich im Rahmen seiner verfahrensrechtlichen Mitverantwortung darüber kundig zu machen, ob das herkömmliche Verständnis dessen, was unter "schriftlich" aufzufassen sei, angesichts der technischen Weiterentwicklungen zu modifizieren sei

---

Nach § 356 I AO beginnt die Frist für die Einlegung des Einspruchs nur, wenn der Beteiligte über den Einspruch und die Finanzbehörde, bei der er einzulegen ist, deren Sitz und die einzuhaltende Frist in der für den Verwaltungsakt verwendeten Form (schriftlich oder elektronisch) belehrt worden ist. Über die Form des Einspruchs selbst ist hiernach nicht (zwingend) zu belehren

Allerdings **muss eine Rechtsbehelfsbelehrung auch Angaben, die nicht zwingend vorgeschrieben sind, richtig, vollständig und unmissverständlich darstellen** (vgl. BFH BFH/NV 2007, 2064 m. w. Nachw.). Es besteht keine Veranlassung, bei Angaben in der Rechtsbehelfsbelehrung, die nicht Pflichtangaben nach § 356 I AO sind, höhere Anforderungen an die Detailliertheit der Rechtsbehelfsbelehrung zu stellen als bei solchen Angaben, die notwendiges Element der Rechtsbehelfsbelehrung sind.

Die **Frist** ist eine solche **Pflichtangabe**. Wenn es aber selbst zu der –im Einzelfall sehr komplizierten– Berechnung der Frist ausreicht, den Wortlaut der einschlägigen Bestimmung wiederzugeben, so muss dies erst recht gelten, wenn Angaben zur Form gemacht werden, die schon dem Grunde nach nicht zwingender Bestandteil der Rechtsbehelfsbelehrung sind. Das bedeutet für die Form der Einspruchseinlegung, dass es genügt, den Wortlaut der insoweit maßgeblichen Vorschrift, nämlich des § 357 I AO, wiederzugeben.“ (BFH aaO)

---

RVG  
§ 21 I

### Entscheidungsaufhebung durch Verfassungsgericht Neuer Rechtszug

RVG

(BGH in Rpfleger 2014, 45; Beschluss vom 19.09.2013 – IX ZB 16/11)

**Hebt ein Verfassungsgericht die Entscheidung eines Gerichts auf und verweist die Sache an dieses zurück, ist das weitere Verfahren vor diesem Gericht ein neuer Rechtszug.**

„Soweit eine Sache an ein untergeordnetes Gericht zurückverwiesen wird, ist das weitere Verfahren vor diesem Gericht nach § 21 I RVG ein neuer Rechtszug. Die Vorschrift findet auch dann Anwendung, wenn ein Verfassungsgericht die Entscheidung eines anderen Gerichts aufhebt und die Sache zur erneuten Entscheidung an dieses Gericht zurückverweist (vgl. OVG Lüneburg NJW 1966, 468; Hartmann, Kostengesetze, 39. Aufl., § 21 RVG Rn 3; Schneider/Wolf, RVG, 6. Aufl., Vorb. §§ 20, 21 Rn 47 und § 21 Rn 4; Mayer/Kroiß, RVG, 5. Aufl., § 21 Rn 3). Dafür sprechen **Sinn und Zweck der Regelung**.

Zwar stehen die Verfassungsgerichte des Bundes und der Länder, denen die Prüfung der Verfassungsmäßigkeit gerichtlicher Entscheidungen übertragen ist, außerhalb des förmlichen Instanzenzugs (vgl. Schlaich/Korioth, Das Bundesverfassungsgericht, 9. Aufl., Rn 4). Stellen sie eine Verfassungsverletzung fest, wird die angefochtene Entscheidung jedoch ebenso wie bei einem ordentlichen Rechtsmittel aufgehoben und die Sache an das Vordergericht zurückverwiesen, damit der **Prozess fortgesetzt und einer abschließenden Entscheidung zugeführt** werden kann (vgl. Maunz/Schmidt-Bleibtreu/Klein/Bethge, BVerfGG, 2009, § 95 Rn 21 und 28). Im Umfang seines auf das Verfassungsrecht bezogenen Prüfungsmaßstabs nimmt daher auch das Verfassungsgericht gegenüber dem Gericht, das die angefochtene Entscheidung erlassen hat, die Funktion eines übergeordneten Gerichts wahr (vgl. OVG Lüneburg NJW 1966, 468 = AnwBl 1966, 137 zu § 15 BRAGO).“ (BGH aaO)

---

GVG  
§ 17a

### Eröffnung des Verwaltungsrechtswegs Bindung an erstinstanzliche Bejahung des Verwaltungsrechtswegs

GVG

(VGH Kassel in BeckRS 2013, 57175; Beschluss vom 28.08.2013 – 6 A 1291/13)

**Das Berufungsgericht ist nicht gem. § 17a V GVG an die erstinstanzlich ausgesprochene Bejahung des Verwaltungsrechtswegs gebunden**, wenn das Verwaltungsgericht keine beschwerdefähige Entscheidung getroffen hat.

„§ 17a V GVG bestimmt, dass das **Gericht, das über ein Rechtsmittel in der Hauptsache entscheidet, nicht prüft, ob der beschrittene Rechtsweg zulässig ist**. Das Verwaltungsgericht hat hier in seinem Urteil ausdrücklich den Weg zu den Verwaltungsgerichten bejaht; es hat die Klage indes als unzulässig abgewiesen, weil über das Klagebegehren schon durch das OLG rechtskräftig entschieden worden sei. Für die Niederschlagung der Gebühr stehe dem Kl. zudem **kein Rechtsschutzinteresse** zu. Eine solche Entscheidung ist i. S. des § 17a V GVG eine Entscheidung in der Hauptsache, weil das Gericht damit nach einer Entscheidung über die Rechtswegfrage eine Entscheidung in einer weiteren Sachfrage getroffen hat. Eine Auslegung des Begriffs der Entscheidung in der Hauptsache i. S. des § 17a V GVG, die dies nicht nur auf Entscheidungen zur Begründetheit der Klage beschränkt, entspricht dem Ziel der Vorschrift, zu erreichen, dass nach einer Klärung der Frage der Rechtswegzuständigkeit das weitere Verfahren nicht mehr mit dem Risiko eines später erkannten Mangels des gewählten Rechtsweges belastet wird.

§ 17a V GVG ist jedoch dann nicht anzuwenden, wenn das Gericht erster Instanz entgegen § 17a III 2 GVG über die Zulässigkeit des Rechtswegs nicht vorab durch Beschluss entschieden hat, obwohl dies von einer Partei gerügt worden ist (vgl. Zöller, ZPO, 27. Aufl. 2012, § 17 a GVG Rn 18). Die Vorschrift des § 17a V GVG steht in engem Zusammenhang mit der Regelung des § 17a I – IV GVG, die für die Rechtswegfrage eine für alle Gerichtszweige und Instanzen bindende, beschwerdefähige Vorabentscheidung vorsieht. Die **Beschränkung der Prüfungskompetenz des Rechtsmittelgerichts** durch § 17a V GVG rechtfertigt sich daraus, dass die Rechtswegfrage vorab im Beschwerdeverfahren zu prüfen ist. Diese Rechtfertigung fehlt, wenn das Gericht erster Instanz das durch § 17a III 2 GVG vorgesehene Verfahren nicht eingehalten hat, mit der Folge, dass es an einer beschwerdefähigen Entscheidung fehlt. In einem solchen Fall greift § 17a V GVG nicht ein. Andernfalls würde die vom Gesetz gewollte Möglichkeit, die Frage der Zulässigkeit des Rechtswegs auch im Fall ihrer Bejahung durch das Gericht erster Instanz von dem Rechtsmittelgericht überprüfen zu lassen, aufgrund eines Verfahrensfehlers des Gerichts abgeschnitten (BVerwGE 124, 321; BGH NJW 1993, 470; Kissel/Mayer, GVG, 7. Aufl. 2013, § 17 Rn 44).“ (VGH Kassel aaO)

---

VwGO  
§ 40

### Eröffnung des Verwaltungsrechtswegs Selbstständiges Beweisverfahren

VwGO

(OLG Nürnberg in BayVBI 2014, 58 = NVwZ-RR 2014, 80; Beschluss vom 01.08.2013 – 4 W 1247/13)

Für die **Entscheidung über einen Antrag auf Durchführung eines selbstständigen Beweisverfahrens zur Feststellung der Lärmimmissionen** von einem Grundstück, für die der hoheitlich handelnde Grundeigentümer eine Sondernutzungserlaubnis erteilt hat, ist der **Rechtsweg** nicht zu den ordentlichen Gerichten, sondern **zu den Verwaltungsgerichten eröffnet**.

---

„Der Ast. erstrebt mit der beabsichtigten Hauptsacheklage die Reduzierung der Lärmimmissionen oder die vollständige Einstellung der Nutzung des Fahrschulübungsplatzes. Da dieses **Ziel nur durch eine Änderung (Aufhebung, Widerruf, Auflage) des von der Ag. erlassenen begünstigenden Verwaltungsaktes (Sondernutzungserlaubnis) erreicht** werden könnte, würde die Vollstreckung eines stattgebenden Urteils zur Aufhebung oder Änderung einer hoheitlichen Maßnahme führen. Damit ist der Verwaltungsrechtsweg gegeben (BGHZ 41, 264 = NJW 1964, 1472).

Zwar ist es richtig, dass der Ast. die Ag. in ihrer Eigenschaft als Grundstückseigentümerin und damit auf Grund eines **zivilrechtlichen Anspruchs nach §§ 906, 1004 BGB** als Zustandsverantwortliche in Anspruch nehmen will. Dieser Begründungsansatz führt allerdings weder zu unterschiedlichen Klagezielen noch zu unterschiedlichen Rechtswegen, da der Streitgegenstand identisch ist. Dem Ast. geht es um die **Abwehr der vom Nachbargrundstück herrührenden Immissionen**. Auf welche rechtlichen Gesichtspunkte der behauptete Anspruch gestützt werden könnte, ist nicht bei der Bestimmung des Streitgegenstandes, sondern erst im Rahmen der Begründetheitsprüfung zu erörtern (VGH München NVwZ-RR 2004, 224). Denn das **Gericht des zulässigen Rechtswegs entscheidet den Rechtsstreit unter allen in Betracht kommenden rechtlichen Gesichtspunkten**, § 17 II 1 GVG.“ (OLG Nürnberg aaO)

---

VwVfG  
§ 35

**Verwaltungsakt**  
Bestimmung der Erlassbehörde

VwVfG

(OLG Karlsruhe in VBIBW 2014, 33; Urteil vom 03.07.2013 – 22 U 1/13)

Zur **Bestimmung der Erlassbehörde eines Verwaltungsakts** ist zu prüfen, welche Behörde dem Adressaten gegenüber aufgetreten ist.

„Bei der **Würdigung einer behördlichen Willenserklärung** ist dabei nach der auch im öffentlichen Recht anwendbaren Auslegungsregel des § 133 BGB der **objektive Erklärungswert maßgebend**, d. h. wie der Betroffene die Erklärung nach den ihm bekannten Umständen unter Berücksichtigung von Treu und Glauben verstehen musste. **Nicht maßgeblich sind dagegen subjektive Vorstellungen des Erklärenden**, die weder in der Erklärung selbst noch in den Begleitumständen zum Ausdruck kommen (vgl. ThOVG NJW 2009, 2553). Hiervon zu trennen ist die Frage, durch welche Behörde ein Verwaltungsakt bekannt gegeben wird. Durch die Rspr. des BVerwG ist geklärt, dass die **Bekanntgabe nicht notwendig durch die für den Erlass zuständige Behörde erfolgen muss** (vgl. BVerwGE 22, 14; BVerwGE 29, 321). Auch bei einer Vermittlung der Bekanntgabe durch eine andere Behörde bleibt es aber dabei, dass die Erlassbehörde nach dem objektiven Empfängerhorizont des von der Bekanntgabe Betroffenen zu bestimmen ist.“ (OLG Karlsruhe aaO)

## Weitere Schrifttumsnachweise

### I. Zivilrecht

1. **Saenger/Sandhaus:** Fehlende Postulationsfähigkeit und Verweisung bei Unzuständigkeit (NJW 2014, 417)

**Problemstellung:** Bei einer Verweisung des Rechtsstreits wegen sachlicher Unzuständigkeit gem. § 281 ZPO kann sich auf Grund der Bestimmung über den Anwaltsprozess des § 78 I 1 ZPO die **Frage der Wirksamkeit von ohne anwaltliche Vertretung vorgenommenen Prozesshandlungen** stellen. - Der Prozess vor dem aufnehmenden Gericht bildet mit dem Verfahren vor dem verweisenden Gericht indes eine **Einheit** und wird in der Lage fortgesetzt, in der er sich zum Zeitpunkt der Verweisung befindet; für die Frage der Postulationsfähigkeit kommt es deshalb grds. auf den Zeitpunkt der Vornahme der jeweiligen Prozesshandlungen an. - Wird der Rechtsstreit vom AG an das LG verwiesen, bleibt die Rechtshängigkeit einer ohne anwaltliche Vertretung erhobenen Klage bestehen und sind auch die Klagebegründung sowie weitere **von den Parteien vorgenommene Prozesshandlungen beachtlich**, weil die Parteien **vor dem AG selbst postulationsfähig** sind. - Die Einheit des Verfahrens wirkt sich auch bei Verweisung vom LG an das AG aus: Zeigt der nicht anwaltlich vertretene Bekl. seine Verteidigungsbereitschaft vor dem LG an und erwidert er die Klage, sind diese Prozesshandlungen trotz des im Zeitpunkt der Vornahme geltenden Anwaltszwangs nach Verweisung an das AG für die Zukunft als wirksam zu behandeln; eine andere Sichtweise wäre reiner Formalismus und würde nur zu einer Verzögerung des Rechtsstreits führen, die dem Zweck des auf dem **Gebot der Prozesswirtschaftlichkeit** gründenden § 281 ZPO gerade entgegenstünde.

2. **Fellner:** Selbstständiges Beweisverfahren (§ 85 II ZPO) – Mittel der Streitschlichtung und Schaffung eines Hemmungstatbestands (MDR 2014, 66)

Das **selbstständige Beweisverfahren** gem. § 485 II ZPO kann ein **Mittel der Streitschlichtung** sein, von dem stärker Gebrauch gemacht werden sollte, wenn der bestehende Streitpunkt durch ein Sachverständigengutachten geklärt werden kann; dadurch wird nicht nur die Zivilgerichtsbarkeit entlastet, sondern es wird den Parteien ermöglicht, zeitnah und kostengünstiger als durch einen Prozess eine sachgerechte Lösung herbeizuführen. – **Voraussetzung** hierfür ist jedoch, dass die Parteien bereit sind, die **Ergebnisse des Sachverständigengutachtens zu akzeptieren**; gelingt dies, können auch **Vergleiche im selbstständigen Beweisverfahren geschlossen** werden.

3. **Gomille:** Beweiserhebung – Unterschiede zwischen ZPO- und FamFG-Verfahren (NZFam 2014, 100)

Soweit der **Amtsermittlungsgrundsatz der §§ 26, § 127, 177 FamFG** reicht, gibt es im FamFG-Verfahren abweichend von §§ 138 II, 288 I ZPO **kein verbindliches übereinstimmendes Vorbringen**; auch kennt das FamFG-Verfahren **keine Behauptungslast**; vielmehr ist jede entscheidungserhebliche Tatsache von vornherein feststellungsbedürftig; folglich ist jede auf die Feststellung gerichtete Tätigkeit des Gerichts Beweiserhebung. - Eine **förmliche Bindungswirkung von Beweisanträgen sieht das FamFG zwar nicht vor**, jedoch ist das Recht auf Beweis verfassungsrechtlich gewährleistet, so dass der Unterschied zum Zivilprozess in dieser Hinsicht rein theoretischer Natur ist. - Kann das Gericht sich nicht von der Wahrheit einer entscheidungserheblichen Tatsache überzeugen, **gelten die Grundsätze über die objektive Beweislast** (Feststellungslast); eine subjektive Beweislast (Beweisführungslast) widerspricht jedoch dem Amtsermittlungsgrundsatz.

4. **Weiß:** Selbstbeichtigungsfreiheit und vollstreckungsrechtliche Vermögensauskunft (NJW 2014, 503)

**§ 802 c ZPO verpflichtet den Schuldner**, im Zuge der im Zwangsvollstreckungsverfahren zu erteilenden Auskunft über sein Vermögen auch solche **Angaben zu machen, durch die er sich oder einen nahen Angehörigen der Gefahr der Verfolgung wegen einer Straftat oder vergleichbaren Verfehlung aussetzt**; die Richtigkeit und Vollständigkeit der Auskunft hat der Schuldner an Eides Statt zu versichern; die Erteilung der Auskunft und die Versicherung an Eides Statt können gem. § 802 g ZPO mit Haft erzwungen werden; zudem ist eine unrichtige oder unvollständige Versicherung an Eides Statt nach § 156 StGB strafbar; daher greift § 802 c ZPO in das durch Art. 2 I GG i. V. m. Art. 1 GG geschützte allgemeine Persönlichkeitsrecht des Schuldners in Gestalt des Schutzes vor dem Zwang zur Selbstbeichtigung ein. - Dieser **Eingriff in das allgemeine Persönlichkeitsrecht ist nicht gerechtfertigt**, weil er nicht auf das Erforderliche beschränkt ist; denn der Gesetzgeber hat davon abgesehen, § 802 c ZPO um Vorschriften zu ergänzen, die – ähnlich § 30 AO – die Übermittlung der Auskunft an die Strafverfolgungsbehörden oder – ähnlich § 97 I 3 InsO und § 393 II AO – die Verwendung der Auskunft durch die Strafverfolgungsbehörden beschränken; beides wäre möglich gewesen, ohne die Wirksamkeit der Auskunftspflicht des Schuldners zu beeinträchtigen; weil ausweislich der Gesetzesmaterialien die Übermittlung und Verwendung der Angaben zum Zweck der Verfolgung von Straftaten dem Willen des Gesetzgebers entspricht, lässt sich ein **Übermittlungs- oder Verwendungsverbot** nicht im Wege einer verfassungskonformen Auslegung gewinnen; daher ist **§ 802 c ZPO teilweise verfassungswidrig**. - Die Verfassungsmäßigkeit des § 802 c ZPO kann vom Gesetzgeber dadurch hergestellt werden, dass die Vorschrift um ein gesetzliches Verwen-

dungsverbot nach dem Vorbild des § 97 I 3 InsO ergänzt wird; in Betracht zu ziehen ist jedoch auch, den bereits eingeschlagenen Weg der Ausweitung der von der Mitwirkung des Schuldners **unabhängigen Sachaufklärung in der Zwangsvollstreckung** weiterzuverfolgen und die Ermittlungsbefugnisse auszuweiten, so dass die Bedeutung der Auskunft des Schuldners abnimmt und ihm in Anlehnung an § 55 I StPO ein Auskunftsverweigerungsrecht für den Fall der Selbstbeziehung zugestanden werden kann.

## II. Strafrecht

### 1. Reinbacher: Zur Strafbarkeit der Betreiber und Nutzer von Kino.to (NStZ 2014, 57)

Die Plattform Kino.to war ein komplexes Unternehmen, an dessen Urheberrechtsverletzungen eine **Vielzahl an Personen beteiligt** war. Tatbestandlich relevante Handlungen haben zunächst insbes. die **Uploader** vorgenommen; durch das Kopieren der Werke auf die Server der **Filehoster** haben sie diese einerseits vervielfältigt, andererseits auch öffentlich zugänglich gemacht und sich daher gem. § 106 UrhG strafbar gemacht; gleiches gilt für die Filehoster, welche die Werke konvertiert und auf ihren Servern bereitgehalten haben; da dies gewerbsmäßig geschah, ist auch § 108 a UrhG einschlägig; soweit die Mitarbeiter von Kino.to sich selbst als Filehoster und als Uploader betätigt haben, sind sie als Täter der §§ 106, 108 a UrhG zu bestrafen. - Soweit **externe Uploader und Filehoster** tätig wurden, kommt eine unmittelbare Alleintäterschaft der Mitarbeiter von Kino.to nicht in Betracht: Denn das **öffentliche Zugänglichmachen ist ein einmaliger Vorgang**, die Werke sind durch den Upload im Internet jedenfalls theoretisch der Öffentlichkeit zugänglich; in Betracht kommt daher eine Mittäterschaft mit den externen Uploadern und Filehostern; dafür sprechen das gesteigerte Interesse an den Profiten sowie der bedeutsame Einfluss auf den Ablauf, insbesondere durch die Auswahl, wer die Links tatsächlich bereitstellen durfte. - Beim bloßen **Streaming** liegt eine strafbare Handlung allerdings gar nicht vor, da dieses **durch § 44 a Nr. 2 UrhG privilegiert** ist, der den **Tatbestand des 106 UrhG ausschließt**; beim endgültigen Download liegt eine Strafbarkeit hingegen näher, da die Privilegierung des privaten Gebrauchs i. S. v. § 53 I UrhG ausgeschlossen ist, wenn eine „offensichtlich rechtswidrig hergestellte oder öffentlich zugänglich gemachte Vorlage“ verwendet wird.

### 2. Claus: Zur Reichweite des öffentlichen Glaubens der TÜV-Plakette (NStZ 2014, 66)

Das **fehlerhafte Anbringen von HU-Plaketten ist vom Tatbestand des § 348 StGB und das unrichtige Abfassen von Hauptuntersuchungsberichten vom Tatbestand des § 271 StGB erfasst**; die **Beweiskraft der TÜV-Plakette** i. V. mit der dazugehörigen Eintragung in den KFZ-Schein erstreckt sich zum einen auf die Tatsache, dass das Fahrzeug überhaupt geprüft wurde und zum anderen auf die Tatsache, dass es vom amtlichen Prüfer für ordnungsgemäß befunden worden ist. - Den **absoluten Beweis für die tatsächliche Mängelfreiheit eines Fahrzeugs erbringt die Plakette hingegen nicht**, weil auch im Falle einer ordnungsgemäßen Prüfung nicht mit Gewissheit ausgeschlossen werden kann, dass ein Mangel übersehen wird; ein solches Verhalten wäre ohnehin nicht strafbar, weil es sich bei den §§ 271, 348 StGB um Vorsatzdelikte handelt. - Die Gerichte müssen für jeden Einzelfall festzustellen, dass die Plakette tatsächlich bewusst fehlerhaft erteilt bzw. der Untersuchungsbericht wider besseres Wissen unrichtig abgefasst wurde.

### 3. Ventzke: Neues vom Selbstleseverfahren (§ 249 II StPO) – Ein Blick auf neuere Tendenzen der BGH-Rspr. (StV 2014, 114)

### 4. Fromm: Verteidigung in ausländischen Bußgeldverfahren (NZV 2014, 62)

## III. Öffentliches Recht

### 1. Laubinger: Frauenförderung und Freiheit der Wahl bei Kommunalwahlen (NVwZ 2014, 121)

**Problemstellung:** Am 25.05.2014 finden in Rheinland-Pfalz Kommunalwahlen statt; ein Jahr zuvor sind in das Kommunalwahlgesetz dieses Landes (RhPfkommWahlG) Vorschriften eingefügt worden, die ohne Vorbild sind und teilweise erhebliche verfassungsrechtliche Bedenken provozieren: § 15 IV 1 RhPfkommWahlG postuliert, dass Frauen und Männer gleichmäßig in Vertretungskörperschaften repräsentiert sein sollen; um dieses Ziel zu erreichen, fordert § 15 IV 2 RhPfkommWahlG die Parteien und Wählergruppen auf, bei der Aufstellung der Wahlvorschläge Geschlechterparität anzustreben. - Die Wahlvorschläge der Parteien und der mitgliederschaftlich organisierten Wählergruppen werden von Vertreterversammlungen aufgestellt; diese beschließen in geheimer Abstimmung über die Reihenfolge der Bewerber (§ 17 II 4 RhPfkommWahlG); die Niederschrift über die Vertreterversammlung hat gem. § 17 V 4 RhPfkommWahlG „jeweils getrennt nach Frauen und Männern folgende paritätsbezogene Angaben auszuweisen: die Anzahl der wahlberechtigten Versammlungsteilnehmer, die Anzahl der ange tretenen und der gewählten Bewerber (getrennt nach Plätzen)“. - Keine **verfassungsrechtlichen Bedenken** bestehen gegen §15 IV 1 (Geschlechterparität in den Vertretungskörperschaften), §15 IV 2 (Geschlechterparität bei Aufstellung der Wahlvorschläge), § 17 V 4 (paritätsbezogene Angaben in den Niederschriften der Vertreterversammlungen), § 29 II 1 Var. 1 (Abdruck des Art. 3 II 1 GG auf dem Stimmzettel) und § 73 RhPfkommWahlG (Paritätsstatistik und Paritätsbericht). - **§ 15 IV 1 verlangt jedoch Unmögliches**, §15 IV 2 RhPfkommWahlG ist ohne rechtliche Substanz und § 29 II 1 Var. 1 RhPfkommWahlG wiederholt lediglich, was ohnehin geltendes Recht ist; diese drei Vorschriften sollten ersatzlos aufgehoben werden. - **§ 29 II 1 Var. 2 RhPfkommWahlG**, der verlangt, dass auf dem Stimmzettel bei Verhältniswahlen der Geschlechteranteil in der Vertretungskörperschaft zwei Wochen vor der Wahl angegeben wird, und § 29 II 2 RhPfkommWahlG, wonach auf dem Stimmzettel auch der Geschlechteranteil auf dem Wahlvorschlag angegeben werden muss, **verstoßen gegen den (bundes- und landes-**

**Verfassungsrechtlichen Grundsatz der Wahlfreiheit**; diese Vorschriften sind nichtig; sollten die Stimmzettel dennoch derartige Angaben enthalten, könnte das die Nichtigkeit der gesamten Kommunalwahl zur Folge haben.

2. **Pahlke**: Die Information der Öffentlichkeit und der Medien über nichtöffentliche Gemeinderatssitzungen (BayVBl. 2014, 33)

Die von der h.M. vorgenommene **einschränkende Auslegung des Art. 52 I 1 GO**, wonach sich die Pflicht zur ortsüblichen Bekanntmachung der Tagesordnung trotz anderslautenden Wortlauts nur auf den öffentlichen Teil beziehe, ist nach Ansicht des Autors abzulehnen; vielmehr sind auch Zeitpunkt, Ort und Tagesordnung nichtöffentlicher Sitzungen ortsüblich bekannt zu machen; soweit Gründe des Allgemeinwohls oder aber berechnete Interessen Einzelner dies erfordern, ist die Tagesordnung des nichtöffentlichen Teils nur in verallgemeinerter Form bekannt zu machen. – **Art. 52 I 1 GO** ist – ebenso wie Art. 52 II 1 GO – **keine reine Ordnungsvorschrift**, sondern eine **wesentliche Verfahrensvorschrift**; die **unterbliebene ortsübliche Bekanntmachung eines Tagesordnungspunktes** hat daher **grds. die Nichtigkeit eines gefassten Beschlusses zu Folge**. – Eine **Ausnahme** von der Verpflichtung zur ortsüblichen Bekanntmachung der Tagesordnung nach Art. 52 I 2 GO kommt nur in Betracht, wenn der Gemeinderat mehrheitlich zustimmt und es sich um eine Angelegenheit handelt, die **wegen besonderer Dringlichkeit keinen Aufschub** bis zur nächsten Sitzung duldet. – Die von der h.M. als zwingend angesehene **dauerhafte Geheimhaltung des Abstimmungsverhaltens in einer nichtöffentlichen Sitzung widerspricht** zudem nach Ansicht des Autors dem aus Art. 51 I 1 GO folgenden **Prinzip der offenen Abstimmung bei Sachfragen**, das auch bei nichtöffentlichen Sitzungen Geltung hat; sind die Gründe für die Geheimhaltung eines in nichtöffentlicher Sitzung gefassten Beschlusses weggefallen, ist Pressevertretern auf eine entsprechende Anfrage nach Art. 4 BayPrG hin auch das Abstimmungsverhalten in einer nichtöffentlichen Sitzung bekannt zu geben.

3. **Beyer-Katzenberger**: Rechtsfragen des „Open Government Data“ (DÖV 2014, 144)
4. **Schulz/Tischer**: Die Grenzen kommunalen Wirtschaftens: aktuelle Entwicklungen, alte Fragen (GewA 2014, 1)

#### IV. Richter / Staatsanwälte / Rechtsanwälte / Notare

1. **Niebling**: Zugewinn – Grenzenloser Ausgleich oder zeitgemäße Anpassung? (MDR 2014, 7)

Bespr. der Entsch. BGH MDR 2014, 33, wonach auch ein Lottogewinn, der einem Ehegatten nach der Trennung zugeflossen ist, dem Zugewinnausgleich unterfällt.

2. **Offermann-Burckart**: Für die Ewigkeit gemacht? – Sozietätsverträge im Visier der Rechtsprechung (NJW 2014, 434)

## Inzidentprüfung der Verfassungsmäßigkeit von Gesetzen

Im Zusammenhang mit der verwaltungsprozessualen Anfechtungsklage kann die Prüfung der Verfassungsmäßigkeit einer Rechtsvorschrift erforderlich werden. Wichtig dabei ist, den richtigen Aufbau zu wählen und die Probleme im richtigen Kontext anzusprechen.

### A. Zulässigkeit der Klage

- I. Verwaltungsrechtsweg gem. § 40 I VwGO
- II. Klageart gem. § 42 I VwGO
- III. Klagebefugnis gem. § 42 II VwGO
- IV. Vorverfahren gem. § 68 ff. VwGO, sofern erforderlich
- V. Klagefrist gem. § 74 VwGO
- VI. richtiger Klagegegner gem. § 78 I Nr. 2 u.U. i.V.m. AGVwGO des jeweiligen Landes  
Regelungen finden sich in § 8 II VwGG Bbg; § 14 II GOrgG MV; § 8 II AG VwGO Nds; § 5 II AG VwGO NW; § 17 II AG VwGO SL; § 8 II AG VwGO Sachs; § 6 II AG VwGO SH

### B. Begründetheit der Klage, § 113 I 1 VwGO

#### I. Rechtswidrigkeit des VA

##### 1. Ermächtigungsgrundlage (tauglich wenn wirksam)

###### a) formelle Verfassungsmäßigkeit

- aa) Gesetzgebungskompetenz, Art. 70 ff. GG
- bb) Gesetzgebungsverfahren
  - (1) Initiativrecht, Art. 76 GG
  - (2) Entschließung des Bundestages, Art. 76 GG, § 78 GOBT
  - (3) Zuleitung an den Bundesrat, Art. 77 GG
  - (4) Gegenzeichnung, Art. 82 I, 58 GG
  - (5) Ausfertigung u. Verkündung durch den Bundespräsidenten, Art. 82 I GG

###### b) materielle Verfassungsmäßigkeit (Vereinbarkeit der Ermächtigungsgrundlage mit den Grundrechten)

- aa) Schutzbereich
  - (1) persönlicher Schutzbereich
  - (2) öffentlicher Schutzbereich
- bb) Eingriff in den Schutzbereich
- cc) Rechtfertigung des Eingriffs
  - (1) Beschränkbarkeit des Grundrechts
    - (a) Gesetzesvorbehalt
    - (b) verfassungsimmanente Schranken
  - (2) Verhältnismäßigkeit der Beschränkung
- dd) Zitiergebot
- ee) Bestimmtheitsgebot
- ff) Rückwirkungsverbot

##### 2. formelle Rechtmäßigkeit des Verwaltungsaktes

- a) Zuständigkeit
- b) Form
- c) Verfahren

##### 3. materielle Rechtmäßigkeit

- a) Vorliegen der Tatbestandsvoraussetzungen
- b) Falls keine gebundene Entscheidung: **Ermessen**

Berücksichtigung der wertsetzenden Bedeutung der Grundrechte über die Wechselwirkungstheorie bei der Auslegung unbestimmter Rechtsbegriffe und bei der Ermessensausübung.

#### II. Rechtsverletzung

**AUS DER MÜNDLICHEN PRÜFUNG**Referendarprüfung  
Strafrecht

**Um die Atmosphäre der mündlichen Prüfung einzufangen, liefern wir Ihnen das Protokoll einer mündlichen Prüfung in seiner Originalfassung.**

<b>Land:</b> Saarland	<b>Prüfer (mit Titel usw.)</b> Ri AG B	<b>Tag d. mündl. Prüfung</b> 25.11.2013
--------------------------	---	--

**Zur Person:**

B war ein netter und freundlicher Prüfer. Er stellte seine Fragen relativ genau und erwartete auch genaue Antworten. War er mit der Beantwortung der Frage nicht zufrieden, gab er sie an den nächsten Kandidaten weiter. Er sagte recht deutlich, ob ihm eine Antwort gefiel, oder sie nicht ausreichend war. Die Benotung erschien mir fair.

**Zur Prüfung:**

Wir begannen mit folgendem Fall:

A fährt im Taxi des O mit. Plötzlich sticht er ihm mit einem Messer in die rechte Brust, um an die Einnahmen des B zu kommen. O trägt von dem Stich schwere Verletzungen von sich, die als lebensbedrohlich einzustufen sind. A ist das klar.

B versucht zunächst, die Stiche abzuwehren, bleibt damit aber erfolglos und springt daraufhin aus dem Auto. A ruft ihm nach, er solle stehen bleiben, da er ihn sonst töten werde. Aufgrund seiner schweren Verletzungen gibt B auf und sagt dem A, wo sich seine Einnahmen befinden. A kehrt dann zum Auto zurück und nimmt die Einnahmen an sich. B kann nun davonlaufen und sein Leben kann gerettet werden.

Zunächst wurde versuchter Mord geprüft. Hier sollte eine schulmäßige Prüfung durchgeführt werden. Bevor in die Prüfung eingestiegen wurde, stellte B eine Zwischenfrage und wollte die unterschiedlichen Auffassungen zum Verhältnis von §§ 211 und 212 StGB wissen und in welchem Zusammenhang diese unterschiedlichen Auffassungen wichtig sein können. Es ging hier um die Frage, welche Auffassung vom BGH vertreten wird (§ 211 StGB als eigenständiger TB) und dass dieser Streitstand bei den persönlichen Merkmalen des § 28 StGB wichtig sein kann.

Dann wurde der Tatbestand durchgeprüft, wobei insbes. auf die einschlägigen Mordmerkmale (Habgier, niedere Beweggründe, um eine andere Straftat zu ermöglichen) eingegangen wurde und auch deren Definition erwartet wurde. Weiter ging B auf das Verhältnis der einschlägigen Mordmerkmale zueinander ein.

Nach Bejahung des Versuchs schloss sich die Prüfung des Rücktritts vom Versuch an: Hier wurde eine genaue Abgrenzung zwischen beendetem bzw. unbeendetem und fehlgeschlagenem Versuch erwartet. Es sollte das Schlagwort des Rücktrittshorizonts fallen und dessen Beurteilung nach der letzten Ausführungshandlung genannt werden. Dann sollte am Fall argumentiert werden und die Theorien genannt werden (Stichwort: goldene Brücke, Opferschutz). Dann wurde geprüft, welche Anforderungen an die Rücktrittshandlung zu stellen sind; wir kamen zu dem Ergebnis, dass hier eine freiwillige Aufgabe zu bejahen ist und damit der versuchte Mord verneint werden muss.

Dann fragte B, welche weiteren Delikte noch einschlägig sein könnten. U. a. wurde insbes. die Nennung des § 316a StGB als positiv angesehen, wobei jedoch nicht näher auf dessen Prüfung eingegangen wurde.

Ausführlicher geprüft wurde noch § 250 StGB: Hier sollte eine Abgrenzung zwischen Abs. 1 und 2 vorgenommen werden, wobei es ausreichte, wenn bei Abs. 2 das Verwenden genannt wurde.

Schließlich kamen wir zur StPO: B fragte danach, bei welchem Gericht die Staatsanwaltschaft einen schweren Raub anklagen würde. Dabei sollte zunächst das anzuwendende Gesetz genannt werden (GVG) und dann die einschlägigen Normen (§§ 24, 74 II GVG). Dann wurde noch kurz auf die Rechtsmittel eingegangen und wo diese einzulegen sind. Hier war es eigentlich nur nötig, im Gesetz zu lesen, wobei es B oft schon reichte, wenn die entsprechende Norm genannt wurde.

Insgesamt war diese Prüfung eher zäh und wurde oft durch Schweigen in die Länge gezogen. Trotz falscher Antworten blieb B ruhig und gab jedem die Chance, seine Antwort nachzubessern. Erst als es ihm sinnlos erschien, weiter zu fragen, gab er die Frage an den nächsten Kandidaten weiter.

# AUS DER MÜNDLICHEN PRÜFUNG

## Assessorprüfung

### Zivilrecht

Um die Atmosphäre der mündlichen Prüfung einzufangen, liefern wir Ihnen das Protokoll einer mündlichen Prüfung in seiner Originalfassung.

<b>Land:</b> <b>Ba-Wü</b>	<b>Prüfer (mit Titel usw.)</b> <b>Dir AG R</b>	<b>Tag d. mündl. Prüfung</b> <b>12.11.2013</b>
------------------------------	---	---

#### Zur Person:

R erwies sich als äußerst gemüthlicher und liebenswürdiger Prüfer, der die gesamte Prüfung mit aufmerksamem Wohlwollen verfolgte. Auch während seiner Prüfung blieb er durchweg freundlich und war auch von weniger treffenden Antworten nicht aus der Ruhe zu bringen. Die Benotung war sehr fair.

#### Zur Prüfung:

R stellte zunächst folgenden Fall:

Ein junger Mann wird anlässlich einer Fahrkartenkontrolle in der Bahn gewalttätig, zieht die Notbremse und flieht. Die Bahn verklagt ihn auf Schadensersatz, da der unfreiwillige Halt zu zahlreichen Verspätungen in ganz Deutschland geführt hatte. Vor Gericht erklärte er, dieser Vorfall sei Ausdruck eines Kampfes gegen die BRD und im Übrigen habe er keine Lust mehr, seine Tabletten zu nehmen. Mehr sagt er nicht.

Der Fall hat sich in R's Gerichtsbezirk zugetragen, eine junge Richterin hatte die Verhandlungen zu leiten. Was hätten wir an ihrer Stelle getan?

Zuerst musste auf die möglicherweise fehlende Prozessfähigkeit eingegangen werden. Tatsächlich hat die Richterin die Begutachtung des Bekl. angeordnet, woraufhin dieser einen Befangenheitsantrag gegen sie stellte.

Zu Recht? Nein, da die Prozessvoraussetzungen von Amts wegen geklärt werden müssen und sich in diesem Fall Zweifel an der Prozessfähigkeit des Bekl. aufdrängten, bestand kein objektiver Grund, an der Unparteilichkeit der Richterin zu zweifeln (§ 42 ZPO).

Anschließend stellte R einen weiteren kleinen Fall:

Ein Anwalt klagt für seinen Mandanten 10.000,00 € ein, die auch auf das Anwaltskonto überwiesen werden. Erst ein halbes Jahr später überweist der Anwalt seinem Mandanten das Geld. Was kann der Mandant verlangen?

Ein Anwaltsvertrag ist ein Geschäftsbesorgungsvertrag nach § 675 BGB; nach § 662 BGB besteht die Pflicht zur Herausgabe des bei Durchführung des Auftrags Erlangten. Gegen diese Pflicht hat der Anwalt verstoßen, daher kann der Mandant Schadensersatz nach § 280 I BGB verlangen.

Schadenshöhe? §§ 249 ff. BGB

Hier wollte R, dass man ein bisschen Kreativität hinsichtlich möglicher finanzieller Schäden zeigt: Ist dem Mandanten Anlagezins (dieser Begriff war ihm wichtig) entgangen? Musste er sein Konto überziehen und daher Dispositionszinsen zahlen? Konnte er ein Darlehen nicht rechtzeitig bedienen?

Schließlich kamen wir auf einen möglichen Verzugsschaden zu sprechen; wichtig war hier die Entbehrlichkeit einer Mahnung nach § 286 II Nr. 4 sowie die Frage, ab wann der Anwalt im Verzug ist. Nachdem hier eine Vertragsauslegung mit der Pflicht zur unverzüglichen Weiterleitung des Geldes, spätestens innerhalb von zehn Tagen, vorgeschlagen war, machte uns R darauf aufmerksam, dass das in der BORA geregelt sei – was aber nicht Prüfungsinhalt sei.

Damit war die Prüfung dann auch schon zu Ende. Viel Erfolg!

# 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 die 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 Mitstreiter einen entscheidenden Vorteil hatten, weil sie den Protokollen Informationen zur Vorbereitung entnehmen konnten, die Ihr nicht hatten.

## Wie läuft das ab?

Nach der erfolgreichen Registrierung auf unserer Plattform [www.juridicus.de](http://www.juridicus.de) bucht Ihr Eure Prüfung 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 dem jeweiligen Prüfer zum Download bereit. Falls Eurer 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

1/3 Protokollwissen

Protokolle anfordern!

1/3 Zeitschriftenwissen der letzten Monate

Zeitschriftenauswertung (ZA) lesen!

1/3 unbekannter Stoff

Phantasie zeigen!

