



ZEITSCHRIFTENAUSWERTUNG (ZA)

Zeitschrift für Jurastudium und Ausbildung

39. Jahrg.

Oktober 2014

Heft 10

Aus dem Inhalt

- | | |
|------------------------|---|
| BGH: | Rückforderung einer Zuwendung an den Lebensgefährten |
| OLG Düsseldorf: | Erbeinsetzung und Testamentswiderruf |
| BGH: | Definition des Subventionsbegriffs |
| RhPfVerfGH: | Rechtsnatur von Wahlkampfäußerungen eines Amtsträgers |
| BGH: | Umfang des Pfändungsschutzes bei sonstigen Einkünften |
| OLG Koblenz: | Keine Pflichtverteidigung im Adhäsionsverfahren |
| VGH Kassel: | Auftragsbefugnis im Normenkontrollverfahren |

ISSN 1868 – 1514



Impressum:

Verlag und Redaktion:

Juristischer Verlag Juridicus GbR

Hiberniastraße 6

45883 Gelsenkirchen

Tel.: 0209 / 945 806 – 35

Fax: 0209 / 945 806 – 50

info@juridicus.de

www.juridicus.de

Verantwortliche Redakteure:

Silke Wollburg, Hiberniastraße 6, 45879 Gelsenkirchen

Britta Wegner, Hiberniastraße 6, 45879 Gelsenkirchen

Urheber und Verlagsrechte:

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

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

Erscheinungsweise: monatlich

Bezugspreise: vierteljährlich 17,40 € (3 Hefte), inkl. Versandkosten
Zahlung quartalsweise im Voraus

Inhalt

Aus der Gesetzgebung

Änderungen im Steuerrecht.....	1
--------------------------------	---

Brandaktuell

BVerfG: Schutzbereich der Meinungsfreiheit (Schutz von überspitzten Äußerungen).....	3
---	---

Zivilrecht

BGH: Rückforderung einer Zuwendung an den Lebensgefährten (Wegfall der Geschäftsgrundlage).....	4
OLG Düsseldorf: Erbeinsetzung und Testamentwiderruf (Einzelne Vermögensgegenstände und Testamentsvernichtung).....	7

Strafrecht

BGH: Betrug (Versendung rechnungsähnlich gestalteter Angebotsschreiben).....	11
BGH: Subventionsbetrug (Definition des Begriffs der „Subvention“).....	13

öffentl. Recht

RhPfVerfGH: Anspruch auf Grundmandat (kleine Fraktionen im Gemeinderat).....	16
RhPfVerfGH: Äußerungen eines Amtsträgers im Wahlkampf (Abgrenzung zwischen privaten und amtlichen Äußerungen).....	20

Kurzauslese I

BGH: Wucher (grobes Missverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung beim Grundstückskaufvertrag).....	24
OLG Celle: Handeln unter fremden Namen (Nutzung eines fremden eBay-Kontos).....	24
LG Bochum: Widerrufsbelehrung (fehlende Kontaktdaten).....	24
BGH: Sexueller Missbrauch (sich sträubendes Tatopfer).....	25
BGH: Menschenhandel (Vorliegen einer Zwangslage).....	25
BGH: Hehlerei (Tathandlung).....	25
BGH: (Umsatz-)Steuerhinterziehung (Unterlassung).....	26
OVG NRW: Informationspflicht eines Eisenbahnunternehmens (Information der Fahrgäste über Verspätungen).....	26
VGH Mannheim: Polizeiliche Beschlagnahme (Höchstfrist).....	27
OVG Münster: Winterdienst (Durchführungsanspruch eines Anliegers).....	27

Zivilrecht

BGH:	Umfang des Pfändungsschutzes (bei sonstigen Einkünften).....	28
BGH:	Zulässigkeit der Feststellungsklage (geringe Möglichkeit eines künftigen Schadens).....	31

Strafrecht

OLG Koblenz:	Pflichtverteidigerbestellung (keine Erstreckung auf das Adhäsionsverfahren).....	35
--------------	---	----

öffentl. Recht

VGH Kassel:	Antragsbefugnis im Normenkontrollverfahren (Heranrücken von Wohngebieten).....	37
OVG Saarlouis:	Zwangsgeldfestsetzung (Zwischenverfügung im vorläufigen Rechtsschutz).....	41

Kurzauslese II

LG Essen:	Rückwirkung der Klagezustellung (Zustellung durch das unzuständige Gericht).....	44
OLG Hamm:	Restitutionsklage (fahrlässige Nichtvorlage von Unterlagen).....	44
OLG Köln:	Beweisgeeignete Urkunden (Schuldschein).....	44
OLG Celle:	Urkundenprozess (Zulässigkeit eines Sachurteils).....	45
BGH:	Verständigungsgespräch (Protokollierung).....	45
BGH:	Verständigungsgespräch (keine Mitteilungspflicht nach Rücknahme der Anklage).....	45
BGH:	Zeugenanhörung (Zulässigkeit der Verlesung eines Vernehmungsprotokolls).....	46
BGH:	Urkundenbeweis (Inaugenscheinnahme).....	46
VGH Mannheim:	Klagebefugnis (Rechtsverletzung durch Verwaltungsakt).....	46
VGH Mannheim:	Normenkontrollverfahren (Unzulässigkeit eines Antrags auf Normerlass).....	46
VGH München:	Berufungszulassung (keine Aufhebung des Zulassungsbeschlusses).....	47

Weitere Schrifttumsnachweise	48
---	----

Übersicht:	Prüfungsaufbau § 80 V VwGO bei gesetzlichem Wegfall der aufschiebenden Wirkung.....	51
-------------------	--	----

Aus der mdl. Prüfung

Referendarprüfung:	Strafrecht.....	52
Assessorprüfung:	Öffentliches Recht.....	53

Aus der Gesetzgebung

Änderungen im Steuerrecht

Gesetz zur Anpassung des nationalen Steuerrechts an den Beitritt Kroatiens zur EU und zur Änderung weiterer steuerlicher Vorschriften v. 25.07.2014; In-Kraft-Treten i. W. am 01.01.2015 (BGBl. I 2014, 1266)

I. Allgemeines

Mit dem „Gesetz zur Anpassung des nationalen Steuerrechts an den Beitritt Kroatiens zur EU und zur Änderung weiterer steuerlicher Vorschriften“ werden die durch den EU-Beitritt Kroatiens notwendig gewordene Anpassungen des Steuerrechts umgesetzt. Darüber hinaus wurden zahlreiche weitere Änderungen in zahlreichen Einzelsteuergesetzen vorgenommen. Bis auf bestimmte Ausnahmen gelten die Änderungen ab dem 01.01.2015.

II. Die wichtigsten Neuregelungen im Überblick

1. Altersvorsorgebeiträge

Die Anbieter von Riester-Verträgen sollen der Meldestelle zur Auszahlungsphase, soweit diese nach dem 31.12.2016 beginnt, die Vertragsdaten, Zulagenummer, Beginn der Auszahlung und die Art und Höhe der Leistung mitteilen müssen. Ferner wird in § 92a Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 EStG eingefügt, dass eine Entnahme auch für einen barriere-reduzierenden Wohnungs-Umbau unmittelbar für diesen Zweck einzusetzen ist.

2. „Fifo“-Methode zur Ermittlung des Veräußerungsgewinns

Für den Handel mit Fremdwährungsbeträgen wird zur Vereinfachung der steuerlichen Handhabung wieder die Verwendungsreihenfolge "First-in-first-out" für die Ermittlung des Veräußerungsgewinns ins Gesetz aufgenommen (§ 23 I Nr.2 S. 3 EStG), weil sich die seit 2008 maßgebende Durchschnittsmethode für die Praxis als nur schwer handhabbar erwiesen hat.

3. Freistellungsauftrag

Bereits bisher haben Kreditinstitute die Möglichkeit die Identifikationsnummer (IdNr.) des Gläubigers der Kapitalerträge beim BZSt abzufragen. Das dazu bestehende Widerspruchsrecht wird gestrichen, weil eine Bank für den Abzug der Kirchensteuer die IdNr. bereits abfragen kann, ohne dass der Bankkunde dem widersprechen kann (§ 44a IIa 3 EStG).

4. Kapitaleinkünfte

Der Erwerb von "gebrauchten" Lebensversicherungen (bzw. "dread disease" Versicherungen) dient nicht der Absicherung des versicherten Risikos. Vielmehr zielen entsprechende Anlagemodelle, die mehrere Lebensversicherungen in einem Pool zusammenfassen, auf den Erwerb einer Forderung auf Auszahlung der Versicherungssumme zu einem unbestimmten Fälligkeitszeitpunkt. Der Gesetzgeber will diesen sog. Zweitmarkt nicht durch eine fortbestehende Steuerfreiheit unterstützen, vielmehr sind die Erträge zukünftig als Einkünfte aus Kapitalvermögen zu versteuern. Ausgenommen von dieser Regelung ist die Übertragungen von Lebensversicherungen aus familien- und erbrechtlichen Gründen sowie der Erwerb von Versicherungsansprüchen durch die versicherte Person von einem Dritten, z. B. bei Beendigung eines Arbeitsverhältnisses (§ 20 I Nr. 6 S. 6 - 8 EStG).

Um Gestaltungen zum sog. "Dividendenstripping" steuerlich sicher zu erfassen, wird die Veräußerung des Dividendenanspruchs künftig keine Sperwirkung für die Besteuerung der Dividenden mehr entfalten. Zugleich wird aber auch eine doppelte Besteuerung ausgeschlossen, § 20 II 1 Nr. 2a S. 2 EStG).

5. Kinderfreibetrag und Kindergeld

Ein seit 2014 neuer Freiwilligendienst nach dem EU-Programm "Erasmus+" wird in § 32 IV Nr. 2d EStG und § 2 BKKG aufgenommen. Damit besteht für Kinder, die das 18. Lebensjahr vollendet haben und ein solches Programm durchlaufen, ein Anspruch auf Kinderfreibetrag bzw. Kindergeld.

6. Lohnsteuerabzug

Die Regelung der Vorsorgepauschale erfährt wegen des vorgesehenen individuellen Zusatzbeitrages zur Krankenkasse anstelle des bisherigen Beitragssatzanteils von 0,9 % für den Arbeitnehmer eine Änderung: Durch einen Verweis auf einen durchschnittlichen Zusatzbeitragssatz nach § 242 SGB V wird sichergestellt, dass auch ab 2015 die Krankenversicherungsbeiträge bereits beim Lohnsteuerabzug möglichst zutreffend berücksichtigt werden (§ 39b II 5 Nr. 3b und VI 2 EStG).

Ferner wird die Tarifiermäßigung nach § 34 EStG für Entschädigungen und Vergütungen für mehrjährige Tätigkeiten künftig bereits im Lohnsteuerabzugsverfahren berücksichtigt (§ 39b III 6 EStG).

7. Lohnsteueranmeldung

Die Grenzwerte für die Abgabe einer jährlichen Anmeldung der Lohnsteuer werden ab 2015 von 1.000 € auf 1.080 € angehoben (§ 41a II 2 EStG). Auch wenn zunächst sogar von einer Anhebung auf 1.200 € die Rede war, so werden von dieser Erhöhung dennoch alle Arbeitgeber einer geringfügig beschäftigten Arbeitskraft profitieren, für welche bei einem Monatsentgelt mit 450 € im Jahr 1.080 € Lohnsteuer anzumelden sind.

8. Lohnsteuerbescheinigung

Eine Änderung des Lohnsteuerabzugs nach Ablauf des Kalenderjahrs wird auf die Fälle begrenzt, in denen sich der Arbeitnehmer ohne vertraglichen Anspruch und gegen den Willen des Arbeitgebers Beträge verschafft hat (z. B. Unterschlagung). In diesem Falle ist eine berichtigte Lohnsteuerbescheinigung an den Arbeitnehmer und das Finanzamt zu übermitteln (§ 41c III EStG).

9. Reisekosten

Im Bereich der Reisekosten sind die Regelungen der §§ 3, 8, 9, 10, 37b, 40, 41b EStG an die erfolgte Reisekostenreform angepasst worden.

9. Unterhaltsleistungen

Um Fehler und Missbrauch im Zusammenhang mit dem Abzug bzw. der korrespondierenden Steuerpflicht von Unterhaltsleistungen zu vermeiden, ist künftig ein Abzug nur noch möglich, wenn die Identifikationsnummer i.S.d. § 139b AO der unterhaltenen Person erklärt wird. Verweigert der Empfänger die Mitteilung seiner IdNr. kann der Zahlende diese beim Finanzamt erfragen (§ 33a I IX - XI EStG).

Außerdem werden die eigenen Einkünfte und Bezüge eines in Ausbildung befindlichen Kindes nicht mehr auf den abzugsfähigen Freibetrag für den Sonderbedarf angerechnet. Konsequenterweise sind die Einkünfte und Bezüge nun auch bei zeitanteiliger Ermäßigung bzw. Anrechnung von Ausbildungshilfen gestrichen worden (§ 33a III 2 und 3 EStG).

Brandaktuell

GG

Schutzbereich der Meinungsfreiheit Schutz von überspitzten Äußerungen

GG

Art. 5

(BVerfG in Pressemitteilung Nr. 86/2014 vom 02.10.2014; Beschluss vom 28.07.2014 - 1 BvR 482/13)

1. Auch **überspitzte Kritik** fällt grundsätzlich in den Schutzbereich der Meinungsfreiheit.
2. Selbst eine überzogene oder ausfällige Kritik macht eine Äußerung für sich genommen noch nicht zur Schmähung.
3. Vielmehr muss **hinzutreten**, dass bei der Äußerung nicht mehr die Auseinandersetzung in der Sache, sondern die **Herabsetzung einer Person im Vordergrund** steht. Nur dann kann ausnahmsweise auf eine Abwägung unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls verzichtet werden.

Fall: Das Amtsgericht wies eine Schadensersatzklage des Beschwerdeführers ab; die Berufung gegen dieses Urteil blieb ohne Erfolg. Der Beschwerdeführer erhob eine Dienstaufsichtsbeschwerde gegen die zuständige Richterin des Amtsgerichts, in der er unter anderem ausführte, er protestiere „gegen das schäbige, rechtswidrige und eines Richters unwürdige Verhalten der Richterin“ und meine, „sie müsse effizient bestraft werden um zu verhindern, dass diese Richterin nicht auf eine schiefe Bahn gerät“.

Das Amtsgericht verurteilte den Beschwerdeführer aufgrund dieser Äußerungen wegen Beleidigung gemäß § 185 des Strafgesetzbuches (StGB) zu einer Geldstrafe von 80 Tagessätzen zu je 20 €. Im Berufungsverfahren sprach das Landgericht den Beschwerdeführer zunächst frei. Dieses Urteil hob das Oberlandesgericht jedoch im Revisionsverfahren auf und verwies das Verfahren zurück. Das Landgericht verwarf die Berufung des Beschwerdeführers daraufhin als unbegründet. Die erneute Revision des Beschwerdeführers blieb vor dem Oberlandesgericht ohne Erfolg. Der Beschwerdeführer rügt vor dem BVerfG die Verletzung seines Grundrechts auf Meinungsfreiheit. Zu Recht?

I. Anforderungen an die Annahme von Schmähkritik

Das Bundesverfassungsgericht hat diesen in der Fachgerichtsbarkeit entwickelten Begriff wegen seines die Meinungsfreiheit verdrängenden Effekts eng definiert.

*„Danach macht auch eine **überzogene oder ausfällige** Kritik eine Äußerung für sich genommen **noch nicht zur Schmähung**. Hinzutreten muss vielmehr, dass bei der Äußerung nicht mehr die Auseinandersetzung in der Sache, sondern die **Diffamierung der Person im Vordergrund** steht. Sie muss jenseits auch polemischer und überspitzter Kritik in der persönlichen Herabsetzung bestehen. Nur dann kann ausnahmsweise auf eine Abwägung unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls verzichtet werden. Aus diesem Grund wird Schmähkritik bei **Äußerungen zu Fragen, die die Öffentlichkeit wesentlich berühren**, nur ausnahmsweise vorliegen und im Übrigen eher auf die sogenannte Privatfehde beschränkt bleiben.*

*Dem genügt die Entscheidung des Landgerichts nicht. Auch in der Äußerung, es müsse verhindert werden, dass die Richterin auf eine schiefe Bahn gerate, geht es nicht allein um eine Verunglimpfung der Betroffenen, sondern auch um eine Auseinandersetzung, die einen sachlichen Hintergrund hat. Der Beschwerdeführer bezieht sich auf das von ihm **in der Dienstaufsichtsbeschwerde kritisierte Verhalten** und bezweckt eine **Überprüfung dieses Verhaltens** durch eine übergeordnete Stelle. Es handelt sich zwar um polemische und überspitzte Kritik; diese hat aber eine sachliche Auseinandersetzung zur Grundlage. Bezüglich der weiteren Äußerungen begründet das Landgericht seine Einordnung als Schmähkritik überhaupt nicht.“ (BVerfG aaO)*

II. Abwägung

„Voraussetzung jeder rechtlichen Würdigung von Äußerungen ist jedoch, dass ihr Sinn zutreffend erfasst worden ist. Ein Verstoß gegen das Grundrecht der Meinungsfreiheit liegt vor, wenn ein Gericht bei mehrdeutigen Äußerungen die zur Verurteilung führende Bedeutung zugrunde legt, ohne vorher die anderen möglichen Deutungen mit schlüssigen Gründen ausgeschlossen zu haben.

Auch im Übrigen genügt die Abwägung nicht den verfassungsrechtlichen Maßstäben. Das Landgericht stellt einseitig auf den Ehrschutz ab, ohne die Meinungsfreiheit des Beschwerdeführers ausreichend zu berücksichtigen.“ (BVerfG aaO)

Ergebnis: Die angegriffenen Entscheidungen des Landgerichts und des Oberlandesgerichts verletzen den Beschwerdeführer in seinem Grundrecht auf Meinungsfreiheit aus Art. 5 I 1 GG.

Entscheidungen materielles Recht

BGB
§ 313

Rückforderung einer Zuwendung an den Lebensgefährten (Wegfall der Geschäftsgrundlage)

ZivilR

(BGH in NJW 2014, 2638; Urteil vom 06.05.2014 – X ZR 135/11)

1. Bei der Abgrenzung zwischen einer **Schenkung** und einer sog. **unbenannten Zuwendung** kommt es darauf an, ob die Zuwendung unentgeltlich im Sinne echter Freigiebigkeit erfolgt und **nicht an die Erwartung des Fortbestehens der Lebensgemeinschaft** geknüpft, sondern zur freien Verfügung des Empfängers geleistet wird.
2. Demgegenüber handelt es sich um eine unbenannte Zuwendung, wenn ein Partner dem anderen einen Vermögenswert um der Lebensgemeinschaft willen und als Beitrag zur Verwirklichung und **Ausgestaltung, Erhaltung oder Sicherung der Lebensgemeinschaft** zukommen lässt, wobei er die Vorstellung oder Erwartung hegt, dass die Lebensgemeinschaft Bestand haben und er innerhalb dieser Gemeinschaft am Vermögenswert und dessen Früchten weiter teilhaben werde.
3. Die Zuwendung eines Vermögenswerts, die der Absicherung des anderen Partners einer nichtehelichen Lebensgemeinschaft für den Fall dienen soll, dass der Zuwendende während des Bestands der Lebensgemeinschaft verstirbt, ist regelmäßig keine Schenkung, sondern eine gemeinschaftsbezogene Zuwendung.
4. Die Zuwendung kann wegen **Wegfalls der Geschäftsgrundlage** zurück zu gewähren sein, wenn die Lebensgemeinschaft nach der Zuwendung scheitert.
5. Ein korrigierender Eingriff ist grundsätzlich aber nur gerechtfertigt, wenn dem Leistenden die **Beibehaltung** der durch die Leistungen geschaffenen Vermögensverhältnisse **nach Treu und Glauben nicht zuzumuten** ist.

Fall: Der Kl. verlangt Rückzahlung einer Zuwendung, die er an die während des Verfahrens verstorbene vormalige Bekl. (nachfolgend: die Bekl.) während der Dauer einer nichtehelichen Lebensgemeinschaft geleistet hat. Die Parteien lebten ab 2003 zunächst in der Wohnung der Bekl. und von Mitte 2005 bis 2008 in der Wohnung des Kl. in nichtehelicher Lebensgemeinschaft. Der Kl. war Inhaber eines Sparbriefs i.H.v. 50.000 Euro. Im Mai 2007 begaben sich die Parteien auf eine mehrmonatige gemeinsame Europareise. Am 09.05.2007, kurz vor der geplanten Abreise, veranlasste der Kl. die Teilung des Sparbriefs. Ein neuer Sparbrief über einen Betrag von 25.000 Euro und für eine Laufzeit bis zum 27.10.2009 wurde auf den Namen des Kl., ein zweiter mit dem gleichen Inhalt auf die Bekl. ausgestellt und ein Zeichnungsschein von ihr unterschrieben. Am 10.05.2007 errichtete der Kl. ein notarielles Testament, in dem er die Bekl. mit einem Vermächtnis von 15.000 Euro bedachte, verbunden mit der Auflage, ihn orts- und standesüblich zu beerdigen und die Grabstätte in ortsüblicher Weise zu pflegen. Anfang Oktober 2008 zog die Bekl. aus der Wohnung des Kl. aus. Dieser forderte sie nach der Trennung erfolglos auf, den auf ihren Namen lautenden Sparbrief zurückzugeben. Mit der Klage hat er zunächst dessen Herausgabe begehrt und verlangt nunmehr nach Auflösung des Sparbriefs und Gutschrift des Geldbetrags auf einem Konto der Bekl. die Zahlung von 25.000 Euro zuzüglich Zinsen.

Besteht hierauf ein Anspruch?

I. rechtliche Einordnung der Übertragung des Sparbriefes

Ob ein Anspruch besteht, hängt vor allem davon ab, wie die Übertragung des Sparbriefes rechtlich zu werten ist. In Betracht kommt eine Schenkung nach § 516 BGB. Es könnte sich aber auch eine sog. unbenannte Zuwendung handeln.

1. Abgrenzung zwischen Schenkung und unbenannter Zuwendung

Zunächst stellt sich die Frage, wie zwischen einer Schenkung nach § 516 BGB und einer unbenannten Zuwendung zu differenzieren ist. In beiden Fällen handelt es sich um die unentgeltliche Übertragung eines Vermögenswertes.

*„Nach der Rechtsprechung des BGH liegt eine Schenkung **unter Ehegatten** vor, wenn die Zuwendung nach deren Willen unentgeltlich im Sinne echter Freigiebigkeit erfolgt und **nicht an die Erwartung des Fortbestehens der Ehe** geknüpft, sondern zur freien Verfügung des Empfängers geleistet wird. Demgegenüber handelt es sich um eine **ehebezogene Zuwendung**, wenn ein Ehegatte dem anderen einen Vermögenswert **um der Ehe willen** und als Beitrag zur Verwirklichung und Ausgestaltung, Erhaltung oder Si-*

cherung der ehelichen Lebensgemeinschaft zukommen lässt, wobei er die Vorstellung oder Erwartung hegt, dass die **eheliche Lebensgemeinschaft Bestand** haben und er innerhalb dieser Gemeinschaft am Vermögenswert und dessen Früchten weiter teilhaben werde. Die Zuwendung führt mithin **nicht zu einer frei disponiblen Bereicherung** (BGHZ 177, 193 = NJW 2008, 3277 = NZM 2008, 694 = ZEV 2008, 489 Rn. 16). Dass die Zuwendung in diesem Sinn der ehelichen Lebensgemeinschaft dienen sollte, bedarf der tatrichterlichen Feststellung (BGH, NJW-RR 2013, 618 = MDR 2013, 138 Rn. 8; NJW 2006, 2330). Für Zuwendungen zwischen den Partnern einer **nichtehelichen Lebensgemeinschaft** gelten die **gleichen Grundsätze**.“ (BGH aaO)

2. Anwendung auf den Fall

Es kommt also darauf an, ob der Kl. der Bekl. den Sparbrief in der Erwartung zugewendet hat, dass die nichteheliche Lebensgemeinschaft Bestand haben wird oder die Bekl. ganz unabhängig davon den Vermögenswert zur freien Disposition erhalten sollte.

„Mit der Übertragung des Sparbriefs, mit der der Kl. der Bekl. zu seinen Lebzeiten einen beträchtlichen Teil seines damaligen Geldvermögens zugewandt hat, wollte er seine Lebensgefährtin **für einen denkbaren Unglücksfall** absichern. Der zugewandte Betrag war nicht zur freien Verfügung und nicht zum Verbrauch bestimmt, sondern diente der **Vorsorge für den Lebensunterhalt seiner Partnerin**, sollte die Lebensgemeinschaft unvorhergesehen durch den Tod des Kl. enden. Entgegen der Auffassung des BerGer. kommt in einem solchen Fall dem Umstand keine entscheidende Bedeutung zu, dass der Zuwendende nach seinem Ableben an dem zugewandten Vermögenswert nicht mehr partizipieren könnte. Entscheidend ist vielmehr der **auf die Lebensgemeinschaft bezogene Zweck**, der zum Zeitpunkt der Zuwendung mit dieser verfolgt wird. Dass der Kl. im Streitfall – jedenfalls primär – das Ziel verfolgt hat, die Bekl. für den Fall eines während der unmittelbar bevorstehenden Reise und damit kurzfristig eintretenden Unglücksfalls abzusichern, darf nicht den Blick dafür verstellen, dass der zugewandte Betrag während der bestehenden Lebensgemeinschaft mit dem Kl. in das Vermögen der Bekl. übergehen und sie damit gerade als seine Lebensgefährtin **vor den finanziellen Folgen eines die Lebensgemeinschaft treffenden Schicksalsschlags** geschützt werden sollte. Ein solches Verhalten ist Ausdruck einer gegenüber der Partnerin empfundenen Fürsorglichkeit und Verantwortung, die auf Vertrauen und auf einer aus der gelebten Beziehung resultierenden besonderen persönlichen Bindung beruht. Die Zuwendung war somit ein Akt der über den für möglich gehaltenen Tod hinausreichenden **Solidarität unter den Lebensgefährten** und stärkte deren Bindung aneinander. In diesem Sinne kam der zugewendete Gegenstand der Lebensgemeinschaft und auch dem Kl. selbst im Zusammenleben mit der Bekl. zugute.“ (BGH aaO)

Es liegt somit eine unbenannte Zuwendung vor.

II. Rückforderung unbenannter Zuwendungen

Solche unbenannte Zuwendungen können nach der Rechtsprechung des BGH nach den Grundsätzen des Wegfalls der Geschäftsgrundlage (§ 313 BGB) zurückgefordert werden.

1. Begriff der Geschäftsgrundlage

„Nach ständiger Rechtsprechung sind Geschäftsgrundlage eines Vertrags die **nicht zum Vertragsinhalt erhobenen**, bei Vertragsschluss zu Tage getretenen **gemeinsamen Vorstellungen der Vertragsparteien** sowie die der einen Partei erkennbaren und von ihr nicht beanstandeten Vorstellungen der anderen Partei vom Vorhandensein oder dem **künftigen Eintritt gewisser Umstände**, sofern der Geschäftswille der Parteien auf diesen Vorstellungen aufbaut (BGHZ 183, 242 = NJW 2010, 998 = ZEV 2010, 145 Rn. 18, 24; BGHZ 177, 193 = NJW 2008, 3277 = NZM 2008, 694 = ZEV 2008, 489 Rn. 40, 44). Ein Ausgleichsanspruch auf Grund Wegfalls der Geschäftsgrundlage kommt bei gemeinschaftsbezogenen Zuwendungen sonach in Betracht, soweit diesen die **Vorstellung oder Erwartung zu Grunde lag, die Lebensgemeinschaft werde Bestand haben** (BGH, NJW 2011, 2880 = NZG 2011, 984 = ZEV 2012, 47 Rn. 19).“ (BGH aaO)

2. Fortbestehen der Lebensgemeinschaft als Geschäftsgrundlage im vorliegenden Fall

Es kommt deshalb darauf an, ob festzustellen ist, dass der Kl. den Fortbestand der nichtehelichen Lebensgemeinschaft seiner Zuwendung zu Grunde gelegt hat oder ob – unter Berücksichtigung des Umstandes, dass die Zuwendung zur Absicherung der Bekl. im Falle seines Todes dienen sollte – hiervon gerade nicht auszugehen ist.

„Diese Voraussetzung hat das BerGer. zu Unrecht mit der Erwägung verneint, der Kl., der mit der Zuwendung für eine Absicherung der Bekl. für den Fall seines Todes habe sorgen wollen, habe die **Möglichkeit eines Scheiterns der nichtehelichen Lebensgemeinschaft erkennbar nicht in Betracht gezogen**. Dass der Zuwendende die Möglichkeit eines Scheiterns der Ehe oder Lebensgemeinschaft nicht in Betracht zieht, ist gerade typisch für Zuwendungen, die in der Vorstellung einer fortdauernden Lebensgemeinschaft erbracht werden, die erst durch den Tod eines Partners aufgelöst wird. Dementsprechend sollte die Bekl. auch gerade für diesen Fall abgesichert werden. Nach dem im landgerichtlichen Urteil und dem Berufungsurteil wiedergegebenen Vorbringen der Parteien ist der rechtlichen Beurteilung zu Grunde zu legen, dass der Kl. mit der Zuwendung der Bekl. – für diese erkennbar – einen Betrag zuwenden wollte, der ihr im Falle

seines vorzeitigen Ablebens während der gemeinsamen Reise für ihren Lebensunterhalt zur Verfügung stehen sollte.“ (BGH aaO)

Das Fortbestehen der nichtehelichen Lebensgemeinschaft daher im vorliegenden Fall die Geschäftsgrundlage für die Zuwendung.

Mit dem Scheitern der Lebensgemeinschaft die Grundlage für das weitere Behaltendürfen des Sparbriefguthabens durch die Bekl. weggefallen.

III. Rechtsfolgen des Wegfalls der Geschäftsgrundlage

Fraglich ist jedoch weiter, ob der festgestellte Wegfall der Geschäftsgrundlage ohne weiteres dazu führt, dass die Zuwendung auszugleichen ist.

„Der gemeinschaftsbezogene Zweck einer Zuwendung hat allerdings nicht notwendig zur Folge, dass die Zuwendung bei Scheitern der Beziehung auszugleichen ist. Insbesondere bei **Beiträgen zu laufenden Kosten**, die im täglichen Leben regelmäßig anfallen oder durch größere Einmalzahlungen beglichen werden, **scheidet ein Ausgleich regelmäßig aus** (BGHZ 177, 193 = NJW 2008, 3277 = NZM 2008, 694 = ZEV 2008, 489 Rn. 40). Bei der Abwägung, ob und in welchem Umfang Zuwendungen zurückerstattet oder Arbeitsleistungen ausgeglichen werden müssen, ist zu berücksichtigen, dass der Partner es einmal für richtig erachtet hat, dem anderen diese Leistungen zu gewähren. Ein **korrigierender Eingriff ist grundsätzlich nur gerechtfertigt**, wenn dem Leistenden die Beibehaltung der durch die Leistungen geschaffenen Vermögensverhältnisse **nach Treu und Glauben nicht zuzumuten** ist. Das Merkmal der **Unbilligkeit** impliziert zugleich, dass ein Ausgleich nur wegen solcher Leistungen in Betracht kommt, denen nach den jeweiligen Verhältnissen unter Gesamtabwägung der Umstände des Einzelfalls eine **erhebliche Bedeutung** zukommt (BGHZ 177, 193 = NJW 2008, 3277 = NZM 2008, 694 = ZEV 2008, 489 Rn. 44; BGH, NJW 2011, 2880 = NZG 2011, 984 = ZEV 2012, 47 Rn. 23).“ (BGH aaO)

Dem Kl. steht der geltend gemachte Anspruch daher nur zu, wenn dies im vorliegenden Fall anzunehmen ist. Die Zuwendung diente der Absicherung der Bekl. für den Fall, dass dem Kl. auf der beabsichtigten Reise etwas zustoßen sollte. Sie war daher nicht zur freien Verfügung der Bekl. und insbesondere nicht zum Verbrauch bestimmt, solange der Absicherungsfall nicht eintrat.

„Demgemäß haben die Parteien auch nach der gemeinsamen Reise es dabei belassen, dass der Betrag von 25.000 Euro in Form des Sparbriefs fest angelegt war. Der **Absicherungszweck galt insoweit fort**. Wie bereits das LG zutreffend ausgeführt hat, hätte die Zuwendung bei Fortbestehen der Lebensgemeinschaft bis zum Tod des Kl. der Bekl. weiterhin als **Altersvorsorge** gedient und bei ihr verbleiben können (vgl. zum Behaltendürfen der Zuwendung beim Tod des Zuwendenden BGHZ 183, 242 = NJW 2010, 998 = ZEV 2010, 145 Rn. 26). Nachdem die Lebensgemeinschaft jedoch nicht bis zum Tod des Kl. angedauert hat, ist nicht nur der **Anlass für die Zuwendung**, die die Lebensgemeinschaft ausgestalten sollte, **weggefallen**; die Bekl. konnte nach dem Grund für die Zuwendung auch nicht damit rechnen, diese weiterhin behalten zu dürfen.“ (BGH aaO)

Etwas anderes würde nur dann gelten, wenn die Lebensgemeinschaft so lange gedauert hätte, dass aus einer langjährigen engen persönlichen Bindung eine moralische Verpflichtung des Kl. hätte resultieren können, der Bekl. den Vermögenswert der Zuwendung auch bei Scheitern der Beziehung zu überlassen.

„Die Beziehung hat ... nur etwa fünf Jahre gehalten, so dass es unbillig erschiene, der Bekl. den zugewendeten Betrag trotz der Trennung zu belassen und sie auf Kosten des Kl. **bereichert aus der gescheiterten Lebensgemeinschaft hervorgehen** zu lassen (vgl. MüKo-BGB/Wellenhofer, 6. Aufl., nach § 1302 Rn. 65). Dies gilt jedenfalls in Anbetracht des Umstands, dass die Zuwendung einen **nicht unerheblichen Teil des Gesamtvermögens des Kl.** ausmacht, dem es mit Blick auf sein fortgeschrittenes Alter kaum möglich sein wird, weiteres Vermögen aufzubauen.“ (BGH aaO)

IV. Ergebnis

Der Kl. konnte von dem Vertrag, mit dem er der Bekl. das Sparguthaben übertragen hat, zurücktreten und die Rückgewähr des Geleisteten und gegebenenfalls Ersatz dessen Werts verlangen (§§ 313 I, III 1, 346 I, II Nr. 2 BGB).

BGB

Erbeinsetzung und Testamentwiderruf

ZivilR

§§ 2087, 2253 Einzelne Vermögensgegenstände und Testamentsvernichtung

(OLG Düsseldorf in FGPrax 2014, 163; Beschluss vom 30.04.2014 - I-3 Wx 141/13)

1. Wendet der Erblasser einer Person **einzelne Vermögensgegenstände** zu, so ist im Zweifel ein Vermächtnis und **keine Erbeinsetzung** anzunehmen.
2. Etwas anderes ist nur dann anzunehmen, wenn der Erblasser im Zeitpunkt der Testamenterrichtung davon ausgeht, dass sich der **Nachlass hierdurch erschöpft** oder wenn sein objektiver Wert das übrige Vermögen an Wert so erheblich übertrifft, dass der Erblasser ihn offensichtlich als seinen **wesentlichen Nachlass** angesehen hat.

A. Grundlagenwissen: Wirksamkeitsanforderungen an ein Testament**I. Testierfähigkeit**

Jeder Mensch kann ab einem Alter von 16 Jahren (§ 2229 I BGB) ein Testament errichten. Allerdings fehlt die Testierfähigkeit nach § 2229 III BGB, wenn jemand wegen krankhafter Störung der Geistestätigkeit, wegen Geistesschwäche oder wegen Bewusstseinsstörung nicht in der Lage ist, die Bedeutung einer von ihm abgegebenen Willenserklärung einzusehen und nach dieser Einsicht zu handeln.

II. persönliche Errichtung

Das Testament kann nach § 2064 BGB nur vom Erblasser persönlich errichtet werden. Er kann nach § 2065 BGB die Wirksamkeit der Verfügung oder die Bestimmung von Zuwendungen auch nicht im Testament Dritten überlassen.

III. Form

Das Gesetz sieht verschiedene Formen von Testamenten vor.

1. ordentliche Testamente, § 2231 BGB

Zu den ordentlichen Testamenten gehören das eigenhändige Testament nach § 2247 BGB und das notarielle Testament.

a) eigenhändiges Testament, § 2247 BGB

Das eigenhändige Testament setzt voraus, dass das Testament vom Erblasser **eigenhändig (handschriftlich) geschrieben und unterschrieben** ist. Eine Ausnahme gilt nur beim gemeinsamen Testament von Ehegatten oder Lebenspartnern nach §§ 2265, 2267 BGB. Hier reicht es aus, wenn ein Partner das Testament handschriftlich verfasst und der andere Partner es mitunterschreibt. Ein Minderjähriger kann nach § 2233 BGB jedoch kein eigenhändiges Testament errichten.

b) notarielles Testament, § 2232 BGB

Bei einem notariellen Testament **erklärt** der Erblasser dem Notar seinen **letzten Willen**, der diesen dann schriftlich festhält. Es besteht aber auch die Möglichkeit, eine **Schrift** mit der Erklärung zu **übergeben**, diese enthalte den letzten Willen. Diese Schrift muss, anders als das eigenhändige Testament, nicht von ihm geschrieben sein. Auch muss der **Inhalt** der Schrift dem Notar **nicht eröffnet werden**, sie kann auch verschlossen übergeben werden. Ein Minderjähriger muss ein Testament in notarieller Form verfassen. Sofern er eine Schrift übergeben möchte, muss dies nach § 2233 BGB ausnahmsweise offen erfolgen.

2. Nottestamente

Ein Testament kann in Ausnahmefällen auch ohne die Wahrung der Vorgaben für ordentliche Testamente verfasst werden. Ein nach §§ 2249, 2250, 2251 BGB errichtetes Testament gilt als nicht errichtet, wenn seit der Errichtung drei Monate verstrichen sind und der Erblasser noch lebt. Beginn und Lauf der Frist

sind aber gehemmt, solange der Erblasser außerstande ist, ein Testament vor einem Notar zu errichten.

a) Nottestament vor dem Bürgermeister, § 2249 BGB

Besteht die Befürchtung, dass der Erblasser im Sterben liegt und ein Notar nicht mehr rechtzeitig zur Abnahme eines notariellen Testaments vor Ort sein kann, so kann das Testament zur Niederschrift des Bürgermeisters der Gemeinde, in der sich der Erblasser aufhält, errichtet werden. Die Besorgnis, dass die Errichtung eines Testaments vor einem Notar nicht mehr möglich sein werde, soll in der Niederschrift festgestellt werden. Der Gültigkeit des Testaments steht nicht entgegen, dass die Besorgnis nicht begründet war

Der Bürgermeister muss zu der Beurkundung zwei Zeugen zuziehen, wobei es sich nicht um Zuwendungsempfänger des Testaments oder den Testamentsvollstrecker handeln darf. Diese müssen Testament ebenfalls unterschreiben. Ist der Erblasser zu einer eigenen Unterschrift nicht in der Lage, so wird seine Unterschrift dadurch ersetzt, dass der Bürgermeister seine Überzeugung davon, dass dem Erblasser dieses Vermögen fehlt, in der Niederschrift festhält.

Der Bürgermeister ist gehalten, den Erblasser darüber zu unterrichten, dass sein Testament nach Maßgabe des § 2252 I BGB nach 3 Monaten die Gültigkeit verliert.

b) Nottestament vor drei Zeugen, § 2250 BGB

Hält sich jemand einem Ort auf, der infolge **außerordentlicher Umstände** dergestalt **abgesperrt** ist, dass die Errichtung eines Testaments **vor einem Notar nicht möglich** oder erheblich erschwert ist, so kann das Testament nach § 2250 I BGB in der durch § 2249 BGB bestimmten Form oder durch mündliche Erklärung vor drei Zeugen errichtet werden. Die Absperrung muss objektiv vorliegen oder nach der Überzeugung des Bürgermeisters oder der drei Zeugen gegeben sein. Die Besorgnis des Versterbens ist hingegen, anders als bei § 2249 BGB, keine Voraussetzung.

Befindet sich jemand in so **naher Todesgefahr**, dass voraussichtlich auch die Errichtung eines Testaments nach § 2249 nicht mehr möglich ist, kann das Testament nach § 2250 II BGB durch mündliche Erklärung vor drei Zeugen errichtet werden.

c) Nottestament auf See, § 2251 BGB

Ein Nottestament vor drei Zeugen nach § 2250 III BGB kann auch auf einem Schiff während einer **Seereise** errichtet werden, wenn sich das Schiff **außerhalb eines inländischen Hafens** befindet.

Das Schiff muss sich auf einer **Seereise** befinden; kurze Vergnügungsfahrten, Verkaufsfahrten („Butterfahrten“), Sport- oder Angelfahrten, Fahrten auf Binnenseen sind keine Seereisen, wohl aber Fischereifahrten, die sich auf mehrere Tage und Wochen erstrecken. Die Seereise beginnt, sobald das Schiff im Hafen abgelegt, auch wenn es sich noch in Küsten- und Zufahrtsgewässern befindet. Sie endet, wenn der Erblasser in einem (deutschen oder ausländischen) Hafen an Land geht.

Keine Voraussetzung für die Zulässigkeit eines Seetestamentes ist das Vorliegen eines **Notstandes** (Erkrankung, Todesgefahr oder Seenot).

Soweit das Testament gem. § 2252 I BGB grundsätzlich nach **3 Monaten** die Gültigkeit verlieren würde, so **unterbricht** eine **neue Seereise** vor Ablauf der Frist deren Ablauf dergestalt, dass nach **Beendigung der neuen Reise** die volle **Frist von neuem** zu laufen beginnt.

B. Zuwendung einzelner Vermögensgegenstände als Erbinsetzung und Vernichtung des Testaments durch Dritte auf Anweisung (vgl. OLG Düsseldorf in FGPrax 2014, 163)

Fall: Die Bet. sind die Söhne der am 05.02.2010 verstorbenen Erblasserin. Die Erblasserin verfasste ein - vollständig nur noch als Ablichtung existierendes - handschriftliches Testament vom 13.01.2009, das u.a. wie folgt lautet:

"... Hiermit vermache ich ... meinem Sohn P. ... das alte Wohnhaus - mit Grundstück und zwei Garagen im Lageplan A unter 1 links der Punkte 1, 2, 3 im Grundbuch vom Mönchengladbach - ..."

Der Bet. zu 1 hat einen Erbschein beantragt, wonach seine Brüder und er die Erblasserin zu je 1/3 Anteil auf der Grundlage gesetzlicher Erbfolge beerbt haben. Der Bet. zu 3 ist dem entgegen getreten, hat Zurückweisung des Erbscheinsantrages beantragt und hat geltend gemacht, der Bet. zu 1 habe das handschriftliche Testament der Mutter vom 13.01.2009, von dem er eine Ablichtung vorlege, im November 2009 zusammen mit einem noch älteren Testament der Erblasserin vom 01.03.2007 eigenmächtig zerrissen. Gesetzliche Erbfolge sei demnach nicht eingetreten, er, der Bet. zu 3, habe vielmehr nach dem maßgeblichen Testament "einen Teil des Grundbesitzes, und zwar das alte Wohnhaus mit Grundstück und zwei Garagen allein erhalten, mithin Erbe sein sollen. Die Bet. zu 1 und 2 haben geltend gemacht, die Erblasserin habe im März 2009 den Entschluss gefasst, alle bis dahin getroffenen letztwilligen Verfügungen zu vernichten, es sei damals ihr Wille gewesen, dass alle Brüder zu gleichen Teilen erben sollten.

Wer ist Erbe geworden? Falls der Bet. zu 3 nicht Erbe ist, hat er einen Anspruch auf das Grundstück?

Dies hängt davon ab, ob ein Fall der gewillkürten Erbfolge oder ein Fall gesetzlicher Erbfolge vorliegt, wobei die gewillkürte Erbfolge Vorrang vor der gesetzlichen Erbfolge hat.

I. gewillkürte Erbfolge

Hier könnte eine gewillkürte Erbfolge durch Erbinsetzung des Bet. zu 3 im Testament vom 13.01.2009 erfolgt sein. Das Testament vom 13.01.2009 kann der gesetzlichen Erbfolge nur entgegenstehen bzw. dieselbe ausschließen, wenn es eine Erbinsetzung zugunsten des Bet. zu 3 enthält, die zum Zeitpunkt der Errichtung nicht testierunfähige Erblasserin es selbst geschrieben und unterschrieben und sie das Testament nicht gemäß § 2255 BGB wirksam widerrufen hat, indem sie es entweder selbst vernichtet hat oder es auf ihre (wirksame) Anweisung hin durch einen Dritten vernichtet worden ist.

1. Erbinsetzung des Bet. zu 3

Die Erblasserin hat den Bet. zu 3. in dem Testament nicht ausdrücklich als Erben benannt oder jedenfalls klargestellt, dass er all ihr Vermögen erhalten soll. Im Testament wurden ihm lediglich einzelne Vermögensgegenstände zugewendet. Werden einzelne Vermögensgegenstände zugewendet, handelt es sich nach §§ 1939, 2087 II BGB regelmäßig um ein Vermächtnis. Nur im Einzelfall kann dies als Erbinsetzung zu verstehen sein, was durch Auslegung zu ermitteln.

*„Zwar kommt es **nicht allein auf den Wortlaut**, sondern den sich nach Auslegung ergebenden Sinn an. So kann die Zuwendung eines Gegenstandes, namentlich einer Immobilie, wie dem Hausgrundstück des Erblassers, Erbinsetzung sein, wenn entweder der **Nachlass dadurch erschöpft** wird oder wenn sein objektiver Wert das übrige Vermögen an Wert so erheblich übertrifft, dass der Erblasser ihn offensichtlich als seinen **wesentlichen Nachlass** angesehen hat (Palandt/Weidlich, BGB, 72. Aufl., § 2087 Rn. 5). Auszugehen ist von den **Vorstellungen des Erblassers** im Zeitpunkt der Testamentserrichtung über die voraussichtliche Zusammensetzung seines Nachlasses und den Wert der in diesen fallenden Gegenstände (Palandt/Weidlich, BGB, 72. Aufl., § 2087 Rn. 7 m.w.N.). Nach den zur Zeit der Testamentserrichtung vorliegenden Gegebenheiten kann weder davon ausgegangen werden, dass der Nachlass durch die Zuwendung des Hausgrundstücks an den Bet. zu 3 erschöpft worden ist noch, dass der objektive Wert des Grundstücks das übrige Vermögen die Erblasserin an Wert so erheblich übertrifft hat, dass sie es offensichtlich als ihren wesentlichen Nachlass angesehen hat.*

Zum Einen verkörperte auch das übrige Grundvermögen, nämlich das etwa 250 qm große bebaubare Flurstück 294, einen geschätzten Wert von mindestens etwa 50.000 Euro und betrug das Barvermögen etwa 30.000 Euro, was insgesamt im Verhältnis zu dem mit einem älteren Gebäude bebauten Hausgrundstück einen erheblichen und damit nicht zu vernachlässigenden Vermögenswert darstellt, zum Anderen spricht nichts dafür, dass die Erblasserin das Hausgrundstück offensichtlich als ihren wesentlichen Nachlass angesehen hat. Denn sie hat den Bet. zu 3 nicht auf ihr gesamtes Grundvermögen, geschweige denn auf ihr gesamtes Vermögen eingesetzt, sondern - so interpretiert auch der Bet. zu 3 selbst die letztwillige Verfügung - nur auf den mit dem Haus und zwei Garagen bebauten Teil. Dass sie auch dem übrigen Teil ihres Grundbesitzes einen nicht zu vernachlässigenden Wert beimaß, zeigt die mit Kosten verbundene Neuvermessung des Grundbesitzes im Jahre 2009. Ist dem

Bedachten aber nur ein einzelner Gegenstand zugewendet, so ist im Zweifel nicht anzunehmen, dass er Erbe sein soll (§ 2087 II BGB).“ (OLG Düsseldorf aaO)

2. Ergebnis

Der Bet. zu 3 ist nicht als Erbe eingesetzt, so dass es keine gewillkürte Erbfolge gibt. Nach der gesetzlichen Erbfolge jedoch sind die 3 Söhne jeweils Erben 1. Ordnung und stehen gleichberechtigt nebeneinander. Sie erben zu gleichen Teilen.

II. Vermächtnis zugunsten des Bet. zu 3

Unabhängig von seiner Miterbenstellung könnte der Bet. zu 3 jedoch die Immobilie als Vorausvermächtnis nach § 2150 BGB erhalten haben. Dies setzt voraus, dass das Testament vom 13.01.2009 zum Todeszeitpunkt noch gültig war. Es könnte nach § 2255 BGB durch Vernichtung wirksam widerrufen worden sein.

Grundsätzlich unterliegt der Widerruf von Testamenten den Anforderungen, die auch an die Errichtung von Testamenten gestellt werden. Vor diesem Hintergrund müsste die Erblasserin bei einem Widerruf durch Vernichtung auch diese selbst vorgenommen haben.

*„Da die Erblasserin das Testament **nicht persönlich vernichtet** hat, bedürfte es - soweit man nicht überhaupt, wie das AG, befürwortet, dass die Vernichtung durch einen Dritten in Gegenwart der Erblasserin zu erfolgen hat (so mit beachtlichen Gründen Staudinger/Baumann, BGB, Bearb. 2012, § 2255 Rn. 22f.) - jedenfalls der Vernichtung auf Geheiß der Erblasserin durch ein als **unselbständiges, weil nicht mit eigenem Entscheidungsspielraum ausgestattetes, "Werkzeug"**“ (vgl. OLG München NJW-RR 2011, 945; OLG Hamm NJW-RR 2002, 222 (223); MüKo-BGB/Hagena, 6. Aufl., § 2255 Rn. 13; BeckOK BGB/Litzenburger, Stand: 01.02.2014, § 2255 Rn 6).“ (OLG Düsseldorf aaO)*

Eine wirksame Vernichtung käme daher selbst nach diesem Ansatz nur in Betracht, wenn die Erblasserin ihren Vernichtungswillen durch die Bet. zu 1 und 2 als unselbständige Werkzeuge umgesetzt hätte.

*„Soweit die Bet. zu 1 und 2 geltend machen, die Erblasserin habe im März 2009 den Entschluss gefasst, alle bis dahin getroffenen letztwilligen Verfügungen zu vernichten, es sei damals ihr Wille gewesen, dass alle Brüder zu gleichen Teilen erben sollten, mag dies sein. Ein **auf Vernichtung gerichteter Wille** des Erblassers löst indes die Widerrufsfolge nach § 2255 BGB allein nicht aus. Dafür, dass die Erblasserin ihren angeblich im März 2009 gefassten **Vernichtungswillen umgesetzt** hat, besteht kein Anhalt.*

*Das Vorbringen des Bet. zu 1 zu **Umständen und Ausführung einer Vernichtungsanweisung** der Erblasserin im November 2009 erscheint uneinheitlich und widersprüchlich. [wird ausgeführt].“ (OLG Düsseldorf aaO)*

Zudem stellt sich die Frage, ob - eine Vernichtungsanweisung im Rechtssinne unterstellt - diese überhaupt wirksam wäre.

*„Denn auch ein in der Form des § 2255 S. 1 BGB, also dadurch, dass der Erblasser die Testamentsurkunde vernichtet hat, vorgenommener Widerruf, ist unwirksam, wenn der Erblasser zum Zeitpunkt der Vernichtung der Testamentsurkunde im Sinne des § 2229 Abs. 4 BGB nicht **testierfähig** war (OLG Hamm NJW-RR 2002, 222 (223); vgl. auch BGH NJW 1951, 559).*

Der Erblasserin ermangelte es indes zum maßgeblichen Zeitpunkt am 18.11.2009 der Testierfähigkeit. [wird ausgeführt].“ (OLG Düsseldorf aaO)

Ein wirksamer Widerruf des Testaments vom 13.01.2009 liegt daher unter keinem denkbaren Gesichtspunkt vor, so dass das Testament nach wie vor wirksam ist und der Bet. zu 3 daher als Vermächtnisnehmer gegen die Erbengemeinschaft einen Anspruch auf Erfüllung des Vermächtnisses hat.

Betrug

Versendung rechnungsähnlich gestalteter Angebotsschreiben

(BGH in NSTz 2014, 309; Urteil vom 28.05.2014 – 2 StR 437/13)

1. Wird in der **Zusendung eines schriftlichen Angebots** durch dessen äußere Gestaltung der **unzutreffende Eindruck erweckt**, dass es sich um eine **amtliche Kostenforderung** handelt, liegt eine **Täuschungshandlung** mit entsprechender Irrtumserregung i. S. des § 263 I StGB vor. Dies **gilt auch dann, wenn die Täuschung** bei hinreichend sorgfältiger Prüfung **erkennbar war**.
2. Eine **Eintragung in einer (elektronischen) Datenbank als Gegenleistung** für die vom Getäuschten erbrachte Zahlung ist **nicht dazu geeignet**, den eingetretenen **Vermögensverlust zu kompensieren**, wenn ihr auf Grund ihres nahezu völlig fehlenden Informationsgehalts **kein eigenständiger wirtschaftlicher Wert** zukommt.

Fall: Der Angekl. R sandte Personen und Unternehmen, die kürzlich eine Anmeldung zum Handelsregister vorgenommen hatten, rechnungsähnlich gestaltete Angebotsschreiben zu. Aufgrund der Aufmachung und des Inhalts dieser Schreiben sollten die Empfänger davon ausgehen, eine amtliche Rechnung für die zuvor erfolgte Anmeldung zum Handelsregister erhalten zu haben und in diesem Bewusstsein den geforderten Betrag zahlen. Tatsächlich enthielten die Schreiben aber nur ein Angebot für die Aufnahme der Personen- bzw. Unternehmensdaten in eine elektronische Datenbank, was aber nur bei genauem Lesen für die Empfänger erkennbar war.

Die tatsächlich angebotene und nicht näher beschriebene Leistung, die darin bestehen sollte, den Firmendatensatz des Empfängers in ein elektronisches Register aufzunehmen, befand sich in einer gegenüber dem sonstigen Text vergleichsweise klein gedruckten Textpassage. Zum Teil enthielten die Schreiben an dieser Stelle auch den ausdrücklichen Hinweis, es handele sich nicht um eine Rechnung. Als Absender der Schreiben waren Firmen genannt, denen jeweils der Städtenamen des zuständigen Registergerichts angefügt war.

Die elektronischen Register, in welche die Daten derjenigen Adressaten eingetragen werden sollten, die auf die Schreiben hin Zahlungen geleistet hatten, waren jeweils über eine Internetseite abrufbar. Die Eintragungen waren aber weder aufbereitet noch sortiert und enthielten Rechtschreib- und Grammatikfehler. Eine regelmäßige Pflege, Wartung oder Aktualisierung der Internetseite fand nicht statt. Ob überhaupt ein Datensatz eines Adressaten, der eine Zahlung geleistet hatte, in eines der elektronischen Register aufgenommen wurde, konnte nicht festgestellt werden.

Fraglich ist, ob das Vorgehen des Angekl. eine **Täuschung der Adressaten der Angebotsschreiben über Tatsachen** darstellt. Dann müsste die Versendung der Schreiben, die bei den Empfängern den Eindruck einer amtlichen Kostenforderung erwecken sollten, eine Täuschungshandlung i.S. des § 263 StGB darstellen.

- I. Eine **Täuschungshandlung i. S. des § 263 StGB** ist jede Einwirkung des Täters auf die Vorstellung des Getäuschten, welche objektiv geeignet und subjektiv bestimmt ist, beim Adressaten eine Fehlvorstellung über tatsächliche Umstände hervorzurufen. Sie besteht in der Vorspiegelung falscher oder in der Entstellung oder Unterdrückung wahrer Tatsachen.

Dabei kann die Täuschung nach der **BGH-Rspr.** nicht nur ausdrücklich, sondern auch konkludent erfolgen, wenn der Täter die Unwahrheit zwar nicht expressis verbis zum Ausdruck bringt, sie aber durch sein Verhalten miterklärt.

*„Ein solches Verhalten wird dann zur tatbestandlichen Täuschung, wenn der Täter die Eignung einer - inhaltlich richtigen - Erklärung, einen Irrtum hervorzurufen, planmäßig einsetzt und damit **unter dem Anschein äußerlich verkehrsgerechten Verhaltens gezielt die Schädigung des Adressaten verfolgt**, wenn also die **Irrtumserregung nicht die bloße Folge, sondern der Zweck der Handlung** ist (vgl. BGHSt 47, 1; BGH wistra 2001, 386). Dies ist insbesondere dann der Fall, wenn durch die äußere Gestaltung eines Angebotsschreibens gezielt der Eindruck erweckt werden soll, es handele sich um eine amtliche Kostenforderung (vgl. BGH NSTz-RR 2004, 110; ebenso OLG Frankfurt a.M. NSTz-RR 2002, 47; OLG Frankfurt a.M. NJW 2003, 3215; anders noch BGH NSTz 1997, 186).“* (BGH aaO)

- II. Der **Gesamterklärungswert** der von dem Angekl. versandten Angebotsschreiben ist in diesem Sinne dahin zu werten, dass es sich um eine amtliche Kostenforderung bzw. Rechnung für einen bereits erfolgten Registereintrag handelte, denn den Gesamteindruck der versandten Schreiben prägen vor allem typische Rechnungsmerkmale, so dass demgegenüber die lediglich - kleingedruckten - Hinweise auf den Angebotscharakter völlig in den Hintergrund traten:

„Schon die **äußere Gestaltung der Schreiben** glich einer amtlichen Kostenforderung bzw. einer Rechnung für den jeweils vorangegangenen Registereintrag. Die Schreiben enthielten zahlreiche typische Merkmale einer Rechnung, wie das Fehlen einer persönlichen Anrede und Grußformel, die Aufschlüsselung des zu zahlenden Betrags in eine Netto- und Bruttosumme sowie die Beifügung eines ausgefüllten Überweisungsträgers. Ausdrücklich wurde auf den jeweils erfolgten Registereintrag mit Datum teilweise auch mit Registernummer Bezug genommen und dessen Text zumindest auszugsweise wiedergegeben. Absender der Schreiben waren durchweg Firmen, die die Bezeichnung „Zentralregister“, „Register Zentrale“ oder „Deutsches Marken- und Patentregister“ im Namen führten und damit einen Bezug zu dem tatsächlich erfolgten Registereintrag aufwiesen. Vor der in der Mitte der Schreiben platzierten und optisch hervorgehobenen Auflistung der einzelnen Kostenpositionen (Pos. 1: Eintragung, Pos. 2: Sonderzuschläge, Pos. 3: Mehrwertsteuer und Pos. 4: Endbetrag), befand sich der Hinweis, dass es im Fall einer nicht erfolgten Zahlung zu einer Löschung der „Unternehmensdaten“ bzw. des „Marken- und Patentsatzes“ komme, was den Eindruck verstärkte, es handele sich um eine Rechnung für den bereits erfolgten Eintrag, nicht aber um ein Angebot für eine künftig zu erbringende Leistung, die darin bestehen sollte, den Firmendatensatz des Empfängers in ein elektronisches Register aufzunehmen. Diese **tatsächlich angebotene Leistung** wurde im Vergleich zu den einzelnen Kostenpositionen **nur in einer kleiner gedruckten Textpassage im Fließtext ohne optische Hervorhebung oder nähere Beschreibung erwähnt**. Zwar enthielten einige der verwendeten Schreiben auch den ausdrücklichen Hinweis, dass es sich nicht um eine Rechnung handele. Dieser Hinweis befand sich aber ebenfalls nur in der kleingedruckten Textpassage und war dort in keiner Form optisch hervorgehoben, was den Schluss zulässt, dass es dem Angeklagten R. und seinen Mittätern gerade nicht darauf angekommen ist, auf den Angebotscharakter ihrer Schreiben hinzuweisen, ihr Verhalten vielmehr darauf abzielte, trotz Übermittlung dieser Information die Fehlvorstellung vom Vorliegen einer zu zahlenden Rechnung hervorzurufen. Zudem stand er in diesen Fällen im offenen Widerspruch zu der Auflistung einzelner Kostenpositionen, die - optisch hervorgehoben in der Mitte des Schreibens - unter „Pos. 01“ bzw. „Pos. 001“ den tatsächlich erfolgten Registereintrag mit Datum und näherer Bezeichnung aufführten und dazu einen jeweils zu zahlenden Betrag auswiesen. Der Umstand, dass hier der tatsächlich bereits erfolgte Registereintrag als Kostenposition 1 bezeichnet wurde, ließ auch diese Schreiben vom Gesamteindruck her als Kostenforderung bzw. Rechnung erscheinen.“ (BGH aaO)

- III. Der Umstand, dass die **Täuschung bei hinreichend sorgfältiger Prüfung erkennbar** war, **lässt weder die Täuschungshandlung noch eine darauf beruhende Fehlvorstellung der Adressaten entfallen** (vgl. BGHSt 34, 199; BGH NStZ 2003, 313; BGH NStZ-RR 2004, 110), wenn - wie hier - durch die äußere Gestaltung des Angebotsschreibens gezielt die Irrtumserregung und Schädigung des Adressaten verfolgt wird.

„Zu berücksichtigen ist insoweit auch, dass die Schreiben bewusst an einen Personenkreis gerichtet waren, für den unmittelbar zuvor ein Registereintrag erfolgt war und der deshalb mit einer Kostenforderung rechnen musste.“ (BGH aaO)

- IV. Soweit die jeweiligen Adressaten in der Fehlvorstellung, es handele sich um eine amtliche Kostenforderung, Zahlungen auf die Konten des Angekl. geleistet haben, führten diese Vermögensverfügungen zu einem **Vermögensschaden** in Höhe der jeweils angewiesenen Geldbeträge.

„Die beabsichtigte **Aufnahme in eine elektronische Datenbank** war insoweit **nicht geeignet, den eingetretenen bzw. intendierten Vermögensverlust zu kompensieren**. Unter Berücksichtigung der von dem Landgericht zu Inhalt und Aufbau der von dem Angekl. geführten elektronischen Register getroffenen Feststellungen kam den Eintragungen **aufgrund ihres nahezu völlig fehlenden Informationsgehalts kein eigenständiger wirtschaftlicher Wert** zu (vgl. OLG Frankfurt a.M. NStZ-RR 2002, 47; OLG Frankfurt a.M. NJW 2003, 3215; Garbe NJW 1999, 2868). Das Landgericht hat daher zutreffend darauf abgestellt, dass die Gegenleistung „keinerlei Nutzen oder Gewinn für die betroffenen Personen und Unternehmen“ hatte und für die getäuschten Adressaten „vollkommen wertlos“ war.“ (BGH aaO)

StGB

Subventionsbetrug

StGB

§ 264 VII 1 Nr. 1

Definition des Begriffs der „Subvention“

(BGH in BB 2014, 2369; Beschluss vom 28.05.2014 – 3 StR 206/13)

§ 264 VII Satz 1 Nr. 1 StGB erfasst auch Subventionen, die nicht nur Betrieben und Unternehmen, sondern auch Privatpersonen gewährt werden können.

Fall: Der Angekl. - ein Steuerberater und vereidigter Buchprüfer - Gesellschafter der E. /D. sowie der GmbH (nachfolgend: WuG GmbH), der Komplementärin der (nachfolgend WuG KG). Im Dezember 1998 erwarben die E. /D. und die WuG KG in H. Eigentum an identisch gestalteten Wohnkomplexen mit jeweils 115 Mietwohnungen. Während sich zunächst der Verkäufer verpflichtet hatte, die erforderlichen Sanierungsarbeiten im Wert von rund 5,2 Mio. DM pro Komplex durchzuführen, kamen die Parteien im Juni 2000 überein, dass die noch ausstehenden Arbeiten von den jeweiligen Käufern selbst durchgeführt werden sollten. Auf der Grundlage eines Angebots des die bisherigen Sanierungsarbeiten durchführenden Unternehmens in Höhe von brutto 981.000,40 DM je Komplex gaben im Oktober 2000 beide Gesellschaften Teilarbeiten in einem Volumen von jeweils 400.000 DM in Auftrag.

Während der Durchführung dieser Arbeiten erfuhr der Angekl. von der Möglichkeit, im Rahmen des Förderprogramms 'Wohnen 2001' Fördermittel für Sanierung und Modernisierung von Wohnraum zu erhalten. Er entschloss sich gemeinsam mit dem früheren Mitangekl. E. im Rahmen der Fortführung der begonnenen Sanierungsmaßnahmen an den beiden Bauvorhaben die Firmen RU und RW zwischenzuschalten, um die Baukosten 'auf dem Papier' zu erhöhen, um so überhöhte Fördermittel zu erschleichen." Bei der RU GmbH sowie der RW GmbH handelte es sich um Immobiliengesellschaften, die tatsächlich vom Angekl. gesteuert wurden, deren Geschäftsführung - ebenso wie die der WuG GmbH bis zum 14. Dezember 2001 - formal jedoch D., eine frühere Angestellte des Angekl. in dessen Steuerberatungsgesellschaft, innehatte. Zur Tatzeit war D. als Studentin eingeschrieben, betrieb das Studium jedoch nie ernsthaft. Aus ihrer Geschäftsführertätigkeit bezog sie keine Einkünfte, wurde vielmehr vom Angekl. "mit monatlich 2.000 €" unterstützt.

In Umsetzung des Plans machten die WuG KG und die E. /D. GbR mit Anträgen vom 25. Juni 2001 unter identischer Aufstellung von Baukosten im Umfang von jeweils 3.464.500 DM beim Landesförderinstitut Sachsen-Anhalt Fördermittel geltend, die antragsgemäß in Höhe von jeweils 699.114,95 € bewilligt wurden. Die Anträge waren für die WuG KG von D., für die E. /D. GbR von den beiden Gesellschaftern unterzeichnet worden. Nach einer Korrektur hinsichtlich eines Teils der Baukosten im Rahmen der Vorlage der Schlussrechnungen wurden die Bewilligungen auf jeweils 621.292,09 € gekürzt und - nach Abzug von Bearbeitungsgebühren - bis Juli 2003 an beide Gesellschaften je 609.252,13 € ausbezahlt. Tatsächlich waren nur Baukosten in Höhe von 610.650 € je Objekt entstanden. Ausgehend von der höchst möglichen Förderquote von 50% stand demnach beiden Gesellschaften lediglich ein Förderbetrag in Höhe von jeweils 305.325 € zu.

Am 26. November 2003 beantragte die WuG KG beim Finanzamt H. für das Jahr 2002 eine Investitionszulage. Auch insoweit machte der Angekl. als faktischer Geschäftsführer - der Antrag selbst ist von der Ehefrau des Angekl. unterschrieben, die D. als Geschäftsführerin der Komplementärin abgelöst hatte - bis 31. Oktober 2002 entstandene Baukosten in Höhe von 1.615.725 € geltend und erreichte dadurch die Festsetzung und Auszahlung einer Zulage in Höhe von 167.048,80 €. Bei ordnungsgemäßer Angabe der Baukosten in Höhe von 610.650 € hätte sich eine Zulage von 91.214,10 € errechnet, mithin ein um 75.833,70 € geringerer Betrag.

Zu prüfen ist, ob der Angekl. sich wegen **Subventionsbetruges nach § 264 I StGB** strafbar gemacht hat. Dann müsste es sich bei den beantragten und bewilligten Fördermitteln um **Subventionen i. S. des § 264 VII 1 StGB** gehandelt haben.

I. Abzustellen ist insoweit auf § 264 VII 1 Nr. 1 StGB, denn die gewährten **Leistungen haben ihre Grundlage im nationalen Recht**, nämlich in den Regelungen der Richtlinie über die Gewährung von Zuwendungen zur Modernisierung und Instandsetzung von vermietetem oder vermietbarem Wohnraum in den Stadtteilen mit besonderem Entwicklungsbedarf 'die soziale Stadt' sowie weiteren Quartieren und großen Wohngebieten (nachfolgend: Wohnen 2001 Richtlinie), die ihrerseits an das Gesetz zum Ausgleich unterschiedlicher Wirtschaftskraft und zur Förderung des wirtschaftlichen Wachstums in den neuen Ländern (Investitionsförderungsgesetz Aufbau Ost) vom 23.06.1993 (BGBl. I S. 944, 982 f.) anknüpft sowie im Investitionszulagengesetz 1999 (nachfolgend: InvZulG 1999).

1. Nach § 264 VII 1 Nr. 1 b) StGB soll die Leistung wenigstens **zum Teil der Förderung der Wirtschaft dienen**.

„Mit dieser Regelung beabsichtigte der Gesetzgeber, die durch § 264 StGB gegenüber § 263 StGB bewirkte Vorverlagerung der Strafbarkeit in einen Gefährdungstatbestand, der selbst leichtfertiges Handeln einschließt, auf den Bereich zu beschränken, für den ein unabweisbares Bedürfnis für den verstärkten Strafschutz gesehen wurde (BT-Drucks. 7/5291, S.10). Insbesondere sollten Sozialleistungen nicht erfasst werden, deren ungerechtfertigte Erschleichung wegen des im Gegensatz zum Wirtschaftssektor regelmäßig leichter durchschaubaren Sachverhalts einfacher nachzuweisen ist und deshalb vom Betrugstatbestand aus-

reichend zuverlässig abgedeckt wird (BT-Drucks. aaO, S. 11). Da aber mit der Vergabe von Fördermitteln oftmals mehrere Zwecke verfolgt werden, reicht es für die Anwendbarkeit des Subventionsbetrugstatbestandes aus, dass diese "wenigstens zum Teil" der **Wirtschaftsförderung** dienen soll. Lediglich ein ganz entfernter Bezug zur Wirtschaft soll nicht genügen (BT-Drucks. aaO).“ (BGH aaO)

2. Welche **Zwecke** mit einer Leistung verfolgt werden, ist **mittels Auslegung der maßgeblichen Rechtsgrundlagen** zu ermitteln (LK/Tiedemann, StGB, 12. Aufl., § 264 Rn. 67; Eberle, Der Subventionsbetrug nach § 264 StGB - Ausgewählte Probleme einer verfehlten Reform, 1983, S. 99 ff.).

„Wenn nach Nr. 2 der Wohnen 2001 Richtlinie Gegenstand der Förderung Maßnahmen zur Verbesserung der allgemeinen Wohnverhältnisse sind und nach § 3 Abs. 1 InvZuG 1999 Investitionen an Wohnraum nur dann begünstigt werden, wenn dieser nach Durchführung der Arbeiten fünf Jahre lang entgeltlich überlassen wird, kann nicht fraglich sein, dass die verfahrensgegenständlichen Leistungen soziale Zwecke verfolgten. Sie beschränkten sich allerdings nicht hierauf: denn § 3 Investitionsförderungsgesetz Aufbau Ost bestimmt ausdrücklich, dass die Finanzmittel zum **Ausgleich unterschiedlicher Wirtschaftskraft** und zur **Förderung des wirtschaftlichen Wachstums** bereitgestellt werden. Entsprechendes gilt für § 3 InvZuG 1999, der an § 3 Fördergebietgesetz vom 23. September 1993 (BGBl. I 1993, 1654) anknüpft und wie dieser das Ziel verfolgt, den wirtschaftlichen Umbruch nach der Wiedervereinigung abzufedern (vgl. 19. Subventionsbericht der Bundesregierung vom 1. Oktober 2003, S. 32). Daraus wird deutlich, dass die maßgeblichen Förderungen vor allem auch der Wirtschaft galten, sei es der mit den Arbeiten beauftragten Bauwirtschaft, sei es dem Erhalt der Wirtschaftsstruktur insgesamt. Dieser teilweise der Wirtschaftsförderung dienende Zweck genügt. Da es sich hierbei um einen Endzweck im Gegensatz zu dem in der Erreichung eines bestimmten Verhaltens des Subventionsempfängers liegenden Primärzweck handelt, bedarf es vorliegend keiner Entscheidung, ob nur solche Endzwecke von § 264 VII 1 Nr. 1 StGB erfasst werden (so LK/Tiedemann, § 264 Rn. 64; S/S-Perron, StGB, 29. Aufl., § 264 Rn. 18; NK-StGB-Hellmann, § 264 Rn. 39; Eberle aaO, S. 95 ff.; SSW-StGB/Saliger, § 264 Rn. 13; vgl. auch BGH NStZ 1990, 35, 36) oder ob jeder mit der Leistung angestrebte Zweck ausreicht, auch wenn er lediglich eine Bedingung für das gewünschte Ziel darstellt (so MüKo-StGB/Wohlers/Mühlbauer, 2. Aufl., § 264 Rn. 45; SK-StGB/Hoyer, 67. Lfg., § 264 Rn. 34 ff.).“ (BGH aaO)

- II. Schließlich handelte es sich bei den die Leistungen empfangenden Gesellschaften auch um **Betriebe i. S. des § 264 VII 1 Nr. 1 StGB**; denn sie bildeten **nicht nur vorübergehend organisatorisch zusammengefasste Einheiten unter einheitlicher Leitung zu dem arbeitstechnischen Zweck, bestimmte Leistungen hervorzubringen oder zur Verfügung zu stellen** (vgl. S/S-Perron, § 14 Rn. 28 f.). Damit ist § 264 VII 1 Nr. 1 StGB Genüge getan.

„Dessen Anwendbarkeit steht nicht entgegen, dass die verfahrensgegenständlichen **Fördermittel** dem Grunde nach **auch Privaten offenstanden** (so auch Eberle, S. 69; SK-StGB/Hoyer, § 264 Rn. 32).

Soweit demgegenüber unter Bezugnahme auf den gesetzgeberischen Willen vertreten wird, dass nur solche Leistungen erfasst würden, die ausschließlich Betrieben und Unternehmen zugutekommen können (so Sannwald, Rechtsgut und Subventionsbegriff (§ 264 StGB), 1982, S. 124 f.; G/J/W-Straßer, Wirtschafts- und Strafrecht, § 264 Rn. 29; Carlsen AgrarR 1978, 267, 268; LK/Tiedemann, § 264 Rn. 54; S/S-Perron, § 264 Rn. 21), kann dem nicht gefolgt werden: Mit der **Einschränkung des Empfängerkreises** wollte der Gesetzgeber lediglich eine zusätzliche Schranke errichten, um Sozialleistungen für unterstützungsbedürftige Einzelpersonen aus dem Anwendungsbereich der Norm auszuschließen (BT-Drucks. aaO, S. 12). Die Notwendigkeit hierzu ergab sich aber schon daraus, dass auch Sozialleistungen zugleich wirtschaftsfördernde Zwecke erfüllen können (zum Beispiel des Kurzarbeitergeldes s. Eberle, S. 105 f.; LK/Tiedemann, § 264 Rn. 67). Dass diese Überlegung die vorliegende Konstellation nicht erfasst und die Investitionszulagen auch gegenüber einer Privatperson keine Sozialleistung zu deren Gunsten darstellen, führt deshalb dazu, auch die auf entsprechender Grundlage an Betriebe geleisteten Mittel nicht aus dem Subventionsbegriff des § 264 Abs. 7 Nr. 1 StGB auszunehmen.“ (BGH aaO)

- III. Bei den Angaben zur Höhe der Baukosten handelte es sich auch um **subventionserhebliche Tatsachen i. S. des § 264 I Nr. 1, VIII StGB**.

„Dabei bedarf es keiner Entscheidung, ob der in den jeweiligen Antragsformularen enthaltene Hinweis, wonach alle Angaben in bestimmten Anlagen subventionserheblich seien, zu pauschal war, um den Anforderungen des § 264 VIII Nr. 1 Alt. 2 StGB zu genügen (vgl. hierzu BGHSt 44, 233, 238). Denn jedenfalls die Voraussetzungen des § 264 VIII Nr. 2 StGB sind erfüllt. Dessen Anwendbarkeit steht zunächst nicht entgegen, dass vorliegend eine ausdrückliche Bezeichnung von Tatsachen als subventionserheblich gem. § 264 VIII Nr. 1 StGB möglich und gewollt, aber möglicherweise unzureichend vorgenommen worden war (vgl. OLG München NJW 1982, 457, 458). Die Bewilligung der hier in Rede stehenden Subventionen hing auch von einem Gesetz ab. Zwar fehlt es hieran regelmäßig, soweit die Vorschriften der Verwaltung einen **Ermessensspielraum** einräumen. Das war bzgl. der hier **maßgeblichen subventionserheblichen Tatsachen** indes nicht der Fall. Dies folgt zum einen unmittelbar aus § 3 InvZuG 1999, der die Voraussetzungen aufzählt, bei deren Vorliegen die Zulage zwingend zu gewähren ist und deren Bemessung gesetzlich festlegt (§ 3 Abs. 4 InvZuG). Aber auch in den anderen Fällen stand lediglich die Entscheidung über die Bewilligung im Ermessen der zuständigen Behörde, nicht jedoch die Entscheidung über deren Höhe, die sich prozentual an den tatsächlichen Baukosten zu orientieren hatte. Die dies regelnden Bestimmungen der maßgeblichen Richtlinie sind zwar weder Gesetz im formellen noch im materiellen Sinne (hierzu S/S-Lenckner/Perron, § 264 Rn. 33, 36). Das **Verbot der Subventionierung über den tatsächlichen**

Bedarf hinaus folgt jedoch zwingend bereits aus § 4 SubvG, der gem. § 1 SubvG-LSA Anwendung findet. Auf diese Bestimmungen wurde unter Ziffer 7.8 des Antragsformulars im Übrigen ausdrücklich hingewiesen.“ (BGH aaO)

IV. Die **Voraussetzungen des § 4 SubvG** sind rechtsfehlerfrei festgestellt.

1. Das Vorliegen eines **Scheingeschäfts** i. S. des § 4 I 1 SubvG, § 117 I BGB ist zu bejahen.

*„Ein solches ist anzunehmen, wenn die Parteien einverständlich nur den äußeren Schein des Abschlusses eines Rechtsgeschäfts hervorrufen, dagegen die mit dem Geschäft verbundenen Rechtswirkungen nicht eintreten lassen wollen, den Parteien also der **Geschäftswille fehlt** (BGHZ 36, 84, 87 f.; BFH BStBl II 1989, 216). So liegt der Fall hier: Die zwischengeschalteten Unternehmen sollten nach dem übereinstimmenden Willen der Parteien keine Leistungen erbringen. Dass tatsächlich Schriftverkehr unter den Briefköpfen dieser Unternehmen geführt wurde, hat das LG rechtsfehlerfrei nicht als Erfüllung einer geschuldeten Generalübernehmer Tätigkeit, sondern als Teil des nach außen aufgebauten Täuschungsszenarios gewürdigt.*

Die das Scheingeschäft ausmachenden Angaben stellen sich dementsprechend nach § 264 I Nr. 1 StGB als unrichtig i. S. von nicht mit der Wirklichkeit übereinstimmend dar (vgl. LK/Tiedemann, § 264 Rn. 96). Maßgeblich war vielmehr der verdeckte Sachverhalt, § 4 I 2 SubvG.“ (BGH aaO)

2. Zu prüfen ist weiter, ob der Angekl. auch jeweils **täterschaftlich gehandelt** hat.

§ 264 I Nr. 1 StGB ist kein Sonderdelikt: Täter kann mithin nicht nur der Subventionsnehmer bzw. dessen gesetzlicher Vertreter (§ 14 I StGB), sondern jedermann sein (BGH NJW 1981, 1744, 1745). Dabei gelten für die Abgrenzung von Täterschaft und Teilnahme bei Personen, die im Lager des Subventionsempfängers stehen, die allgemeinen Regeln (vgl. BGH NStZ 1986, 463 zum wortgleichen § 370 I Nr. 1 AO; MüKo-StGB/Wohlers/Mühlbauer, § 264 Rn. 49).

*„Es kommt mithin nicht darauf an, ob der Angekl. auch gegenüber D. als faktischer (Mit-)Geschäftsführer der Komplementärin der WuG KG anzusehen war. Denn jedenfalls war er **hinsichtlich der Antragstellung entscheidungskompetent** (hierzu Eberle, S. 136), so dass das vorsätzliche Handeln der D. - Unterzeichnung des Bewilligungsantrags der WuG KG - dem Angekl. gem. § 25 II StGB [zuzurechnen ist].*

Dagegen ist die - aus der Liste der angewandten Vorschriften zu erschließende - Annahme von Mittäterschaft [im letzten Fall] nicht belegt, da die Strafkammer keine Feststellungen zum Vorstellungsbild der Ehefrau des Angekl. getroffen hat. Im Falle deren Gutgläubigkeit wäre allerdings mittelbare Täterschaft gem. § 25 I Alt. 2 StGB zu bejahen, deren Annahme auch bei § 264 I Nr. 1 StGB nichts im Wege stünde (BGH NJW 1981, 1744, 1745).“ (BGH aaO)

(RhPfVerfGH in NVwZ-RR 2014, 668; Beschluss vom 23.05.2014 – VGH B 22/13)

1. Für den Deutschen Bundestag hat das BVerfG aus der in Art. 38 I 2 GG festgelegten Freiheit und Gleichheit des Abgeordnetenmandats den **Grundsatz der Spiegelbildlichkeit** bei der Besetzung der Ausschüsse hergeleitet.
2. Der **Grundsatz der Spiegelbildlichkeit**, dass jeder Ausschuss ein verkleinertes Abbild des Plenums sein und in seiner Zusammensetzung die **Zusammensetzung des Plenums in seiner politischen Gewichtung widerspiegeln** muss.
3. Auch Ratsausschüsse müssen nach dem **Prinzip der demokratischen Repräsentation** als verkleinerte Abbilder des Plenums dessen Zusammensetzung und das darin wirksame politische Kräftespektrum grundsätzlich widerspiegeln.
4. Für ein Recht auf Mitgliedschaft in einem Ausschuss kommt es demnach auf dessen Mitgliederzahl an. Für einen Anspruch auf Einräumung eines – hiervon unabhängigen – Grundmandats fehlt es an einer verfassungsrechtlichen Grundlage
5. Eine kleine, aus zwei von 60 Gemeinderatsmitgliedern bestehende Ratsfraktion kann aus dem verfassungsrechtlichen Grundsatz der Spiegelbildlichkeit auch keinen Anspruch auf Erhöhung der Zahl der Ausschussmitglieder von 14 auf 18 herleiten, um in jedem Ausschuss mit einem Sitz vertreten zu sein.

A. Grundlagenwissen: Kommunalverfassungsstreit

Der Kommunalverfassungsstreit ist eine gerichtliche Auseinandersetzung um sich aus dem Kommunalrecht ergebende organschaftliche Rechte und Pflichten. Streiten verschiedene, mit Rechten ausgestattete Organe untereinander (z.B. Oberbürgermeister mit Bezirksvertretung), so handelt es sich um einen sog. **Interorganstreit**. Bei einem Streit innerhalb eines Organs (z.B. Ratsmitglieder gegen den Rat) spricht man von einer **Intraorganstreit**.

I. Klageart

Der Kommunalverfassungsstreit wird als allg. Feststellungsklage gemäß § 43 VwGO behandelt. Die **zwischenorganschaftlichen Beziehungen** führen nämlich zu einem Rechtsverhältnis i.S. des § 43 VwGO. Zwar sind die Beteiligten hier nicht personale Träger subjektiver (Individual-) Rechte; doch stellt § 43 II VwGO auf solche Rechte nicht entscheidend ab; **organschaftliche Rechtsbefugnisse** reichen aus.

Die VwGO stellt einen ausreichenden numerus clausus an Klagearten zur Verfügung. Konstruktion einer Klageart „sui generis“ ist daher erforderlich (vgl. OVG Münster DVBl. 83, 53; NVwZ 89, 989; BVerfG NVwZ 82, 243; BayVBl. 76, 374). Es sind keine überzeugenden Gründe dafür ersichtlich, dass das „Rechtsverhältnis“, dessen Bestand oder Nichtbestand Gegenstand der gerichtlichen Feststellung nach § 43 I VwGO sein kann, die intrapersonalen, organschaftlichen Beziehungen auf der **Grundlage binnenrechtlicher Organberechtigungen** nicht umfassen soll.

Soweit gelegentlich die allg. Leistungsklage als richtige Klageart angesehen wird, ist dies dadurch bedingt, dass für Einzelfälle eine besser passende Klageart gesucht wird. Jedenfalls wird bei Organstreitigkeiten einzelfallabhängig auch eine Unterlassungsklage oder Feststellungsklage zur Verfügung gestellt, so dass Eilrechtsschutz über § 123 VwGO möglich ist.

II. Klagebefugnis / Feststellungsinteresse

1. Liegt eine **allgemeine Leistungsklage** vor, so muss eine Klagebefugnis analog § 42 II VwGO bestehen.

Im Falle eines Kommunalverfassungsstreits, in dem es um die Wahrung organschaftlicher Rechte geht, kann jedoch die Geltendmachung der im Außenrechtsbe-

reich angesiedelten **subjektiv-öffentlichen Rechte** der natürlichen Person eine **Klagebefugnis nicht begründen**.

Diese kann sich vielmehr allein aus der möglichen Verletzung **organschaftlicher Rechte** ergeben (z.B. innerorganisatorischer Störungsbeseitigungsanspruch).

2. Handelt es sich um eine **Feststellungsklage** so ist – unabhängig von Streit über die analoge Anwendung des § 42 II VwGO auf die Feststellungsklage neben dem nach § 42 VwGO erforderlichen Feststellungsinteresse – im Rahmen des Kommunalverfassungstreits für das Feststellungsinteresse stets ein **rechtliches Interesse** organschaftlicher Art notwendig.

III. Beteiligtenfähigkeit

Eine verwaltungsgerichtliche Klage ist nur zulässig, wenn der Rechtsmittelführer auch beteiligtenfähig i.S.d. § 61 VwGO ist.

Im Organstreitverfahren kommt eine Beteiligtenfähigkeit nach § 61 Nr. 2 VwGO in Betracht, wenn Rechte des Organs gegenüber einem anderen Organ geltend gemacht werden (sog. **Interorganstreit**). Macht hingegen ein Mitglied des Organs seine in seiner Person begründeten Rechte innerhalb des Organs geltend (sog. **Intraorganstreit**), so ist die Beteiligtenfähigkeit nach § 61 Nr. 1 VwGO gegeben.

IV. richtiger Klagegegner

Grundsätzlich sind die allgemeine Leistungsklage und die Feststellungsklage nach dem Rechtsgedanken des § 78 I Nr. 1 VwGO gegen den **Rechtsträger** der Behörde zu richten, von der ein Handeln begehrt wird.

Möglicherweise muss jedoch im **Kommunalverfassungstreitverfahren** eine andere Betrachtungsweise gelten. Hier ist ein **innerorganschaftlicher Rechtsstreit** anhängig, der ohne Außenrechtswirkung bleibt. In einem solchen Zusammenhang erscheint es sachfremd, gegen den Rechtsträger zu klagen. Vielmehr richtet sich in derartigen Fällen die passive Prozessführungsbefugnis nach der **innerorganisatorischen Kompetenz- und Pflichtenzuordnung** (BVerwG, Buchholz 310, § 40 VwGO Nr. 179).

B. Anspruch kleiner Fraktionen auf Ausschusssitz im Gemeinderat (vgl. RhPfVerfGH in NVwZ-RR 2014, 668)

Fall: Die Verfassungsbeschwerde betrifft die Besetzung der Ausschüsse des Rats der Stadt M. Die Bf. ist eine Ratsfraktion im M.-Stadtrat. Nach dem Ergebnis der letzten Kommunalwahl im Jahr 2009 entfielen auf die Bf. zwei der insgesamt 60 Sitze im Stadtrat. Bei der vom Stadtrat festgelegten Ausschussgröße von 14 Mitgliedern war sie nach den proportionalen Sitzverteilungsregeln in keinem Ausschuss vertreten. Ihren Antrag, die Zahl der Ausschussmitglieder von 14 auf 18 zu erhöhen, da sie bei einer solchen Mitgliederzahl weiter mit jeweils einem Sitz in den Großen Ausschüssen vertreten wäre, lehnte der Stadtrat mit der Begründung ab, eine Erhöhung der Mitgliederzahl lasse ein sinnvolles Arbeiten in den Ausschüssen nicht zu. Die Fraktion fühlt sich in ihren Rechten aus Art. 50 I 1 i.V.m. Art. 76 I der Verfassung für Rheinland-Pfalz – RhPfVerf. verletzt und erhebt Klage vor dem VG. Ist diese begründet?

I. Anspruch auf Erlangung eines Ausschusssitzes bei gegebener Mitgliederzahl

1. Wahlgrundsätze

Die Bürger in den Gemeinden und Gemeindeverbänden wählen gemäß Art. 50 I 1 RhPfVerf die Vertretungskörperschaften nach den Grundsätzen des Art. 76 RhPfVerf. Danach sind Wahlen und Volksentscheide auf Grund dieser Verfassung allgemein, gleich, unmittelbar, geheim und frei (Art. 76 I RhPfVerf.).

*„Damit entspricht die Landesverfassung hinsichtlich der Grundsätze für die Wahl der Vertretungen in den Gemeinden und Kreisen den **Vorgaben des Grundgesetzes in Art. 28 I 2 GG** (vgl. Stamm in Brocker/Droege/Jutzi [Hrsg.], Verfassung für Rheinland-Pfalz, 2014, Art. 50 Rn. 2). Art. 50 I 1 und 76 I RhPfVerf. i.V.m. Art. 28 I 2 GG übertragen die Grundentscheidung der Verfassung für das **Prinzip der Demokratie** (vgl. Art. 74 I und II RhPfVerf., Art. 20 I und II GG) auf die Ebene der Gemeinden. Daraus folgt, dass der **Gemeinderat**, auch wenn er kein Parlament ist, sondern Organ einer Selbstverwaltungskörperschaft, die **Gemeindebürger repräsentiert** (vgl. BVerfGE 47, 253 [272] = NJW 1978, 1967; BVerwG, NVwZ-RR 1993, 209).“ (RhPfVerfGH aaO)*

2. Anwendung auf Gemeinderatsmitglieder

Die rechtliche Stellung der gewählten Gemeinderatsmitglieder ist aber im Gegensatz zu den Abgeordneten des Deutschen Bundestags und des Landtags Rheinland-Pfalz (vgl. Art. 38 I 2 GG, Art. 79 II 2 RhPfVerf.) nicht verfassungsrechtlich abgesichert.

*„Für den **Deutschen Bundestag** hat das BVerfG aus der in Art. 38 I 2 GG festgelegten Freiheit und Gleichheit des Abgeordnetenmandats den **Grundsatz der Spiegelbildlichkeit bei der Besetzung der Ausschüsse** hergeleitet. Danach muss grundsätzlich jeder Ausschuss ein verkleinertes Abbild des Plenums sein und in seiner Zusammensetzung die Zusammensetzung des Plenums in seiner politischen Gewichtung widerspiegeln (vgl. BVerfGE 80, 188 [217 f., 222] = NJW 1990, 373 = NVwZ 1990, 253 Ls.; BVerfGE 112, 118 [133] = NJW 2005, 203 = NVwZ 2005, 437 Ls.).“* (RhPfVerfGH aaO)

3. Prinzip der demokratischen Repräsentation

Wenn allerdings Art. 39 I 2 GG bzw. Art. 79 II 2 RhPfVerf auf Gemeinderäte keine Anwendung finden, fragt sich, ob der Grundsatz der Spiegelbildlichkeit überhaupt für diese gilt. Das BVerwG hat aus dem **Prinzip der demokratischen Repräsentation** gefolgert, dass auch Ratsausschüsse als verkleinerte Abbilder des Plenums dessen Zusammensetzung und das darin wirksame politische Kräftespektrum grundsätzlich widerspiegeln müssen (vgl. BVerwG, NVwZ-RR 1993, 209; NVwZ 2010, 834 Rn. 18; st. Rspr.).

*„Inwieweit sich aus dem **Prinzip der demokratischen Repräsentation** für den Grundsatz der Spiegelbildlichkeit bei der Besetzung von Ausschüssen der Gemeindevertretung die gleichen verfassungsrechtlichen Anforderungen wie für den auf Art. 38 I 2 GG bzw. Art. 79 II 2 RhPfVerf. gestützten Grundsatz der Spiegelbildlichkeit auf der Ebene des Bundes- oder Landesparlaments ergeben, bedarf hier keiner abschließenden Entscheidung. Jedenfalls verleiht das **Demokratieprinzip** einschließlich des Minderheitenschutzes **keine weitergehenden Rechte als Art. 38 I 2 GG bzw. Art. 79 II 2 RhPfVerf.** (vgl. BVerfGE 80, 188 [220 f.] = NJW 1990, 373 = NVwZ 1990, 253 Ls.).“* (RhPfVerfGH aaO)

4. Grundsatz der Spiegelbildlichkeit bei der Ausschussbesetzung

Der Grundsatz der Spiegelbildlichkeit führt bei der Ausschussbesetzung dazu, dass die Ausschusssitze abhängig vom Stärkeverhältnis der Fraktionen im Stadtrat vergeben werden müssen.

*„Der Grundsatz der Spiegelbildlichkeit der Zusammensetzung von Parlament und Ausschüssen verlangt, dass bei deren Bildung Fraktionen oder Gruppierungen fraktionsloser Abgeordneter Berücksichtigung finden, wenn auf sie bei der gegebenen Größe der Ausschüsse und auf der Grundlage des vom Parlament angewendeten **Proportionalverfahrens** ein oder mehrere Sitze entfielen. Für ein Recht auf Mitgliedschaft in einem Ausschuss kommt es demnach auf dessen **Mitgliederzahl** an. Für einen Anspruch auf Einräumung eines – hiervon unabhängigen – Grundmandats fehlt es an einer verfassungsrechtlichen Grundlage (vgl. entspr.: BVerfGE 84, 304 [323 f., 332] = NJW 1991, 2474 = NVwZ 1991, 977 Ls.).“* (RhPfVerfGH aaO)

Die Fraktion der Beschwerdeführer kann daher nur die Erlangung eines Ausschusssitzes beanspruchen, wenn sie eine hinreichende Stärke aufweist.

„Die Fraktion der Bf., die aus lediglich zwei von 60 Stadtratsmitgliedern besteht, ist allerdings so klein, dass nach den maßgeblichen proportionalen Sitzzuteilungsregeln (vgl. § 45 RhPfGO und der gegebenen Ausschussgröße von 14 Mitgliedern auf sie kein Sitz entfällt. Da auf kommunaler Ebene diesbezüglich zumindest keine weitergehenden verfassungsrechtlichen Anforderungen als für die Bildung von Parlamentsausschüssen bestehen, hat das OVG in der angegriffenen Entscheidung verfassungsrechtlich unbedenklich im Anschluss an die Rechtsprechung des BVerwG (vgl. BVerwG, NVwZ-RR 1994, 109) ein Recht kleiner Fraktionen oder Gruppen im Gemeinderat auf ein Grundmandat in jedem Ratsausschuss – unabhängig von der Erreichung einer bestimmten Mindeststärke – abgelehnt.“ (RhPfVerfGH aaO)

5. Kein Anspruch

Ein Anspruch auf Erlangung eines Ausschusssitzes bei der gegebenen Mitgliederzahl besteht daher nicht.

II. Anspruch auf Erhöhung der Mitgliederzahl des Ausschusses

Die Fraktion der Beschwerdeführer beansprucht zudem, dass die Anzahl der Ausschussmitglieder erhöht wird, mit ihr dann nach dem Proportionalverfahren ein Ausschusssitz zukommt. Fraglich ist, ob es einen Anspruch gibt, die Mitgliederzahl in den Ratsausschüssen so zu erhöhen, dass auch kleine Fraktionen in jedem Ausschuss mit einem Sitz vertreten wären.

*„Der Grundsatz der Spiegelbildlichkeit enthält für sich genommen keine Aussage über die **zulässige Größe eines Ausschusses** (vgl. BVerfGE 130, 318 [354] = NVwZ 2012, 495). Jedenfalls auf der Ebene der Gemeindevertretung darf sich die Bestimmung der Zahl der Ausschussmitglieder von **Zweckmäßigkeitserwägungen** leiten lassen. Es ist dabei nicht entscheidend von Belang, ob durch die Größe des Ratsausschusses gewährleistet ist, dass alle Fraktionen darin mitwirken können. Eine **kleine Fraktion** in der Gemeindevertretung ist **nicht berechtigt**, eine **Erhöhung der Ausschusssitze** zu verlangen, um dann dort berücksichtigt zu werden (vgl. BVerfGE 120, 82 [121] = NVwZ 2008, 407).*

*Bei einer Erhöhung der Mitgliederzahl der Ratsausschüsse zur proporzgerechten Berücksichtigung selbst der kleinsten Fraktion besteht generell die **Gefahr**, dass hierunter die **Effektivität der Ausschussarbeit leidet** (vgl. BVerwG, NVwZ-RR 1993, 209). Dies gilt umso mehr vor dem Hintergrund, dass für Kommunalwahlen in Rheinland-Pfalz anders als für Bundes- und Landtagswahlen weder die 5%-Sperrklausel noch eine sonstige Sperrklausel gilt und dies die Mindestgröße der Fraktionen beeinflusst, die im Gemeinderat bereits aus zwei Personen bestehen kann (vgl. § 30 a I 2 RhPfGO).“ (RhPfVerfGH aaO)*

Mit Blick auf die **Notwendigkeit funktionsgerechter Aufgabenerfüllung** des Rats und der Ausschüsse die Festlegung einer Ausschussgröße, die – wie hier – ungefähr 1/4 der Zahl der Ratsmitglieder entspricht, sachlich gerechtfertigt ist, selbst wenn dann eine kleine Fraktion ist.

*„Etwas Anderes ergibt sich schließlich auch nicht aus dem Umstand, dass die verfassungsrechtlichen Anforderungen an eine **sachliche Delegation von Entscheidungsbefugnissen** an einen Parlamentsausschuss mit der abnehmenden Größe des Ausschusses steigen, so dass es in Ausnahmefällen trotz formaler Wahrung des Grundsatzes der Spiegelbildlichkeit zu einer Verletzung von Art. 38 I 2 GG bzw. Art. 79 II 2 RhPfVerf. wegen der zu geringen Größe des Ausschusses kommen kann (vgl. BVerfGE 130, 318 [354] = NVwZ 2012, 495 – zur Wahrnehmung der haushaltspolitischen Gesamtverantwortung des Deutschen Bundestages im Rahmen des europäischen Stabilisierungsmechanismus durch ein Untergremium des Haushaltsausschusses).*

*Ein entsprechender **Ausnahmefall der Verletzung des Prinzips der repräsentativen Demokratie** einschließlich des Minderheitenschutzes in Gemeindevertretungen, für die Art. 38 I 2 GG bzw. Art. 79 II 2 RhPfVerf. keine Anwendung findet, trotz formaler Wahrung des Grundsatzes der Spiegelbildlichkeit wegen einer zu geringen Größe der Ratsausschüsse liegt hier ersichtlich nicht vor. Denn **Ausschüsse der Gemeindevertretung** dürfen die gemeindlichen Angelegenheiten grundsätzlich **nur vorberaten** und lediglich in Fällen geringerer Bedeutung abschließend entscheiden, wie sich im Umkehrschluss aus § 32 II RhPfGO ergibt. Deshalb sind **kleine Fraktionen**, die nicht in Ausschüssen vertreten sind, **an den wichtigen Entscheidungen i.S.d. § 32 II RhPfGO beteiligt**, worauf das OVG in seinem angegriffenen Beschluss zutreffend hingewiesen hat. Ratsmitglieder, die nicht in einem Ausschuss vertreten sind, haben überdies das Recht, an den Sitzungen als Zuhörer teilzunehmen (vgl. § 46 IV 3 RhPfGO), so dass sie sich über die Ausschussarbeit und insbesondere über die Behandlung einer gemeindlichen Angelegenheit in den Ausschüssen schon vor einer Entscheidung im Gemeinderat informieren können.“ (RhPfVerfGH aaO)*

Ein Anspruch auf Erhöhung der Mitgliederzahl besteht daher ebenfalls nicht.

Äußerungen eines Amtsträgers im Wahlkampf
Abgrenzung zwischen privaten und amtlichen Äußerungen

(RhPfVerfGH in NVwZ-RR 2014, 665; Beschluss vom 21.05.2014 – VGH A 39/14)

1. Die amtlichen Äußerungen eines Amtsträgers sind dem Gebot parteipolitischer Neutralität verpflichtet, das aus dem **Demokratieprinzip** (Art. 74 I RhPfVerf.), den Wahlrechtsgrundsätzen der **Wahlfreiheit** und **Wahlgleichheit** (Art. 50 I 1 und 76 I RhPfVerf.) sowie dem den politischen Parteien zuerkannten verfassungsrechtlichen Status und ihrem daraus folgenden **Recht auf Chancengleichheit** (Art. 21 GG i.V.m. Art. 17 I RhPfVerf.) folgt.
2. Amtsträger dürfen in amtlicher Eigenschaft **keine Wahlempfehlung** aussprechen, und zwar grundsätzlich weder positiver noch negativer Art.
3. Das **Neutralitätsgebot** gilt aber **nur für amtliche Äußerungen**. Die Inhaber staatlicher Ämter dürfen nicht nur als Wähler an der Wahl teilnehmen, sondern sich als Bürger wie jeder andere insbesondere auch mit Auftritten, Anzeigen oder Wahlaufufen aktiv am Wahlkampf beteiligen. Das gilt grundsätzlich auch für die Inhaber herausgehobener staatlicher Ämter.
4. Die Abgrenzung privater und amtlicher Äußerungen ist unter **Würdigung aller tatsächlichen Umstände des Einzelfalles** vorzunehmen. Kann dabei eine Äußerung aus der Perspektive eines mündigen, verständigen Wählers nicht eindeutig als amtlich identifiziert werden, so ist – auf Grund der Bedeutung der Meinungsfreiheit aus Art. 10 I RhPfVerf. – im Zweifel davon auszugehen, dass es sich um eine private Äußerung handelt.

Fall: Die Ast. sah sich als Landesverband der NPD durch eine Äußerung der Ag. – die Ministerpräsidentin des Landes Rheinland-Pfalz ist – im Vorfeld der Europa- und Kommunalwahlen in Rheinland-Pfalz am 25.05.2014 in ihren verfassungsmäßigen Rechten verletzt. Die Ast. tritt mit zugelassenen Wahlvorschlägen zur Europawahl am 25.05.2014 und zu der am selben Tag stattfindenden Kommunalwahl in Rheinland-Pfalz auch in der Stadt P. an. Am 23.04.2014 fand in einer Sportgaststätte (X.) in P. eine Veranstaltung unter dem Motto „Politik trifft Sport“ statt, zu welcher die Vorsitzende des Stadtverbandes P. der Sozialdemokratischen Partei Deutschlands (SPD) eingeladen hatte. Im Rahmen der Veranstaltung fand eine Fragerunde statt, bei welcher ein ehemaliger Radioredakteur und SPD-Stadtratskandidat Fragen an den amtierenden stellvertretenden Vorsitzenden der SPD-Fraktion im Stadtrat, an die Spitzenkandidatin des Landesverbandes Rheinland-Pfalz der SPD für die Europawahl und an die Ag. richtete. In einem Bericht über die Veranstaltung in der „P.-Zeitung“ vom 25.04.2014 wird ausgeführt, die Ag. habe geäußert, es müsse „alles daran gesetzt werden, um den Wiedereinzug der rechtsextremen NPD im Stadtrat zu verhindern“.

Die Ast. Erhob vor dem Verfassungsgerichtshof Rheinland-Pfalz eine Organklage und beantragte zugleich den Erlass einer einstweiligen Anordnung mit dem Inhalt, der Ast. vorläufig bis zu einer Entscheidung im Hauptsacheverfahren zu untersagen, wörtlich oder sinngemäß dazu aufzurufen, dass alles daran gesetzt werden müsse, den Wiedereinzug der NPD in den P. Stadtrat zu verhindern. Wird der Antrag Erfolg haben?

I. Zulässigkeit des Antrags

Nach § 19a RhPfVerfGHG kann der Verfassungsgerichtshof (RhPfVerfGHG) einen streitigen Zustand durch einstweilige Anordnung vorläufig regeln, wenn dies zur **Abwehr schwerer Nachteile**, zur Verhinderung drohender Gewalt oder aus einem anderen wichtigen Grund **zum gemeinen Wohl dringend geboten** ist.

„Dabei haben die **Gründe**, die für die Verfassungswidrigkeit der angegriffenen Handlung eines Verfassungsorgans vorgetragen werden, grundsätzlich **außer Betracht zu bleiben**, es sei denn, die Organklage erweise sich von vornherein als unzulässig oder offensichtlich unbegründet (vgl. RhPfVerfGH, Beschl. v. 22.02.2006 – VGH A 5/06, BeckRS 2008, 00213; Beschl. v. 11.02.2008 – VGH A 32/07, BeckRS 2008, 32502; Beschl. v. 04.04.2014 – VGH A 15/14, A 17/14, BeckRS 2014, 49833). Der Erlass einer einstweiligen Anordnung im Organstreitverfahren bedeutet einen **Eingriff des RhPfVerfGH in die Autonomie eines anderen Verfassungsorgans**. Bei der Prüfung der Voraussetzungen des § 19 a RhPfVerfGHG ist deshalb grundsätzlich ein **strenger Maßstab anzulegen**. Der Erlass kann allein der vorläufigen Sicherung des streitigen organschaftlichen Rechts eines Ast. bis zur Entscheidung der Hauptsache dienen (vgl. entspr.: BVerfG, Beschl. v. 17.09.2013 – 2 BvE 4/13, BeckRS 2013, 56025 m.w.N.).“ (RhPfVerfGH aaO)

II. Begründetheit des Antrags

Die Begründetheit des Antrags setzt daher voraus, dass die in der Hauptsache erhobene Organklage weder von vornherein unzulässig noch offensichtlich unbegründet ist.

1. Zulässigkeit der Organklage

Die Organklage ist in Art. 130 I 2 RhPfVerf vorgesehen, wenn andere in der Geschäftsordnung des Verfassungsorgans mit eigenen Rechten ausgestattete Beteiligte die Verletzung ihrer Rechts durch ein anderes Verfassungsorgan rügen.

a) zulässiger Antragsgegner

Die Ministerpräsidentin ist nach Art. 98 I RhPfVerf Verfassungsorgan und damit taugliche Antragsgegnerin.

b) Antragsberechtigung der NPD

„[Die] Ast. [ist] als **politische Partei**, die sich auf ihre Rechte aus Art. 21 I GG i.V.m. Art. 17 I RhPfVerf. (**Chancengleichheit**) und aus Art. 21 I i.V.m. Art. 76 I RhPfVerf. (**Wahlrechtsgrundsätze**) beruft, im Organstreitverfahren gem. Art. 130 I 2 RhPfVerf. als durch die Landesverfassung **mit eigenen Rechten ausgestattete „andere Bet.“** antragsberechtigt (vgl. RhPfVerfGH, Urf. v. 27.11.2007 – VGH A 22/07, VGH O 27/07, AS 35, 263 [266]; s. auch: RhPfVerfGH, Beschl. v. 04.04.2014 – VGH A 15/14, A 17/14, BeckRS 2014, 49833 m.w.N.).“ (RhPfVerfGH aaO)

c) statthafte Antragsart

Die Organklage ist grundsätzlich die statthafte Antragsart, wenn ein Verfassungsorgan die Verletzung von Verfassungsrechten durch ein anderes Verfassungsorgan rügt.

„Die Organklage vor dem RhPfVerfGH wird auch nicht durch die **Sonderregelung des Wahlprüfungsverfahrens** in Art. 82 RhPfVerf. und §§ 48 ff. RhPfKommunalwahlgesetz ausgeschlossen. Denn beide Verfahren haben unterschiedliche Begehren zum Gegenstand. Zwar kann die Rüge einer unzulässigen Öffentlichkeitsarbeit im Wahlkampf auch im Wahlprüfungsverfahren erhoben werden. Die Ast. **erstrebt aber nicht eine Entscheidung über die Gültigkeit der Kommunalwahlen 2014**. Sie rügt vielmehr die Verfassungswidrigkeit einer Äußerung eines Verfassungsorgans des Landes im Vorfeld dieser Wahlen. Die Entscheidung hierüber obliegt dem RhPfVerfGH.“ (RhPfVerfGH aaO)

Die Organklage ist daher zulässig.

2. Begründetheit der Organklage

Die Organklage ist offensichtlich begründet, wenn die Ag. durch ihre Äußerung im Rahmen der Veranstaltung „Politik trifft Sport“ am 23.04.2014 in unzulässiger Weise in den laufenden Kommunalwahlkampf eingegriffen hat.

a) Zulässigkeit regierungsamtlicher Äußerungen im Wahlkampf

„Die landesverfassungsrechtlichen Grenzen regierungsamtlicher Äußerungen im Wahlkampf leiten sich unmittelbar aus dem **Demokratieprinzip** des Art. 74 I RhPfVerf. ab (vgl. dazu bereits in Bezug auf Bundestagswahlen: RhPfVerfGH, NVwZ 2007, 200 = AS 33, 367 [381]) sowie – im Hinblick auf die hier in Rede stehenden Kommunalwahlen – aus den dieses näher ausgestaltenden **Wahlrechtsgrundsätzen der Wahlfreiheit und der Wahlgleichheit** (Art. 50 I 1 und Art. 76 I RhPfVerf.) sowie dem den politischen Parteien zuerkannten verfassungsrechtlichen Status und ihrem daraus folgenden Recht auf **Chancengleichheit** (Art. 21 I GG i.V.m. Art. 17 I RhPfVerf.).

In einer demokratischen Verfassungsordnung muss sich die **Willensbildung des Volkes frei, offen und unreglementiert** vollziehen (RhPfVerfGH, Beschl. v. 4.4.2014 – VGH A 15/14, A 17/14, BeckRS 2014, 49833; auch: BVerfGE 20, 56 [98 f.] = NJW 1966, 1499; BVerfGE 44, 125 [139] = NJW 1977, 1054; BVerfGE 69, 315 [346] = NJW 1985, 2395 = NVwZ 1985, 898 Ls.).“ (RhPfVerfGH aaO)

Allerdings ist nicht jede staatliche Einwirkung auf die – vorbehaltlos gewährleistete – freie Willensbildung des Wählers ausgeschlossen. Sie kann durch einen besonderen, sie verfassungsrechtlich legitimierenden Grund gerechtfertigt werden (RhPfVerfGH, Beschl. v. 04.04.2014 – VGH A 15/14, A 17/14, BeckRS 2014, 49833 m.w.N.).

„Unbedenkliche inhaltliche Einwirkungen auf die politische Willensbildung der Bürgerinnen und Bürger enthält danach vor dem Hintergrund des Demokratieprinzips aus Art. 74 I RhPfVerf. grundsätzlich die **allgemeine Öffentlichkeitsarbeit** von Regierung und gesetzgebenden Körperschaften (vgl. RhPfVerfGH, Beschl. v. 04.04.2014 – VGH A 15/14, A 17/14, BeckRS 2014, 49833). Zum Gelingen repräsentativer Demokratie bedarf es der **Teilhabe der Bürger an ihren Entscheidungsprozessen**. Der Prozess der politischen Willensbildung im demokratischen Staat vollzieht sich dabei nicht einseitig vom Volk hin zu den staatlichen Organen, sondern erfordert eine ständige Rückkopplung zwischen Staatsorganen und Volk. Eine **Teilnahme von Regierung und gesetzgebenden Körperschaften am öffentlichen Diskurs** ist deshalb grundsätzlich nicht nur verfassungsrechtlich zulässig, sondern auch notwendig.“ (RhPfVerfGH aaO)

b) Grenzen regierungsamtlicher Äußerungen im Wahlkampf

Allerdings müssen sich die amtlichen Äußerungen eines Verfassungsorgans innerhalb des diesem von der Landesverfassung **zugewiesenen Aufgaben- und Zuständigkeitsbereichs** halten, sind dem Gebot parteipolitischer Neutralität verpflichtet.

„Der genaue Verlauf der Grenzen zwischen gerechtfertigten und unzulässigen staatlichen Einwirkungen auf die politische Willensbildung des Volkes richtet sich dabei jeweils im Einzelfall nach dem formalen oder inhaltlichen Charakter der Einwirkung, nach ihrer Intensität sowie der zeitlichen und räumlichen Nähe zum eigentlichen Wahlakt (vgl. RhPfVerfGH, Beschl. v. 04.04.2014 – VGH A 15/14, A 17/14, BeckRS 2014, 49833).

Strengere Anforderungen gelten insbesondere **während des Wahlkampfes**. Den staatlichen Organen ist eine im Verhältnis zur zeitlichen Nähe des Wahltermins **gradueller ansteigende Zurückhaltungspflicht** auferlegt. **In Vorwahlzeiten** unterliegen staatliche Einwirkungen auf die Willensbildung des Volkes dem Gebot **äußerster Zurückhaltung** (vgl. RhPfVerfGH, NVwZ 2007, 200; BVerfGE 44, 125 [151 ff.]; BVerfGE 63, 230 [244 f.]). Den **staatlichen Organen** ist es dabei insbesondere **verwehrt**, sich in amtlicher Funktion im Hinblick auf Wahlen **mit politischen Parteien oder Wahlbewerbern zu identifizieren** und sie unter Einsatz staatlicher Mittel zu unterstützen oder zu bekämpfen, insbesondere durch Werbung die Entscheidung des Wählers zu beeinflussen (vgl. RhPfVerfGH, NVwZ 2002, 78; NVwZ 2007, 200; RhPfVerfGH, Beschl. v. 04.04.2014 – VGH A 15/14, A 17/14, BeckRS 2014, 49833; BVerfGE 44, 125 [147]). Eine ihren Anspruch auf die Gleichheit ihrer **Wettbewerbschancen** beeinträchtigende Wirkung kann deshalb für eine Partei von der Kundgabe negativer Werturteile über ihre Ziele und Betätigungen ausgehen (vgl. BVerfGE 40, 287 [293] = NJW 1976, 38; BVerfG, Beschl. v. 17.09.2013 – 2 BvE 4/13, BeckRS 2013, 56025).“ (RhPfVerfGH aaO)

Die Rücksicht auf einen **freien und offenen Prozess der Meinungsbildung** sowie auf die Chancengleichheit der Bewerber verbietet es staatlichen und anderen hoheitlichen Organen, sich vor Wahlen **in amtlicher Funktion mit politischen Parteien oder Wahlbewerbern zu identifizieren** und sie als Amtsträger zu unterstützen oder zu bekämpfen. Die Inhaber entsprechender staatlicher Ämter dürfen deshalb in amtlicher Eigenschaft **keine Wahlempfehlung aussprechen** und zwar grundsätzlich weder positiver noch negativer Art.

c) Wahrnehmung privater Rechts durch Amtsträger auch im Wahlkampf

*„Das Neutralitätsgebot gilt aber nur für amtliche Äußerungen. Die **Inhaber staatlicher Ämter** dürfen sich als Bürger wie alle anderen Bürgerinnen und Bürger **aktiv am Wahlkampf beteiligen** (vgl. RhPfVerfGH, NVwZ 2002, 78 = AS 29, 207 [213]; s. auch: BVerfGE 44, 125 [141] = NJW 1977, 1054; BVerfGE 63, 230 [243]; BVerfGE 104, 323 [326] = NVwZ 1997, 1220; BVerfG, NVwZ 1992, 795; NVwZ 2001, 928). Wie jeder andere Bürger dürfen sie sich insbesondere mit Auftritten, Anzeigen oder Wahlauftrufen **aktiv am Wahlkampf beteiligen** (vgl. BVerfGE 104, 323 [326] Rn. 4 = NVwZ 1997, 1220; BVerfG, NVwZ 2001, 928).*

*Ihr **persönliches, individuelles Recht zur aktiven Teilnahme am Wahlkampf** umfasst daher auch und gerade das Recht, für die Wahl der „eigenen“ oder gegen die Wahl einer konkurrierenden Partei einzutreten. Zulässig sind daher solche **Äußerungen eines Amtsinhabers**, die dieser **als politisch engagierter Bürger tätig**, welcher zugleich ein öffentliches Amt innehat, das er aber nicht zu verleugnen braucht (vgl. bereits: BVerfG, Beschl. v. 29.05.1973 – VII B 27/73 = DÖV 1974, 388). Diese Grundsätze gelten grundsätzlich **auch für die Inhaber herausgehobener staatlicher Ämter** (vgl. entspr. zu Mitgliedern der Bundesregierung bereits: BVerfGE 63, 230 [243]; BVerfGE 44, 125 [141] = NJW 1977, 1054), deren parteipolitische Rückanbindung – wie im Falle von Regierungsmitgliedern – nach der Wertung des Art. 21 GG im Übrigen von der Verfassung gewollt ist.“ (RhPfVerfGH aaO)*

d) Abgrenzungskriterien

Die Abgrenzung ist durch Würdigung aller tatsächlichen Umstände des Einzelfalls vorzunehmen.

aa) formale Kriterien für Handeln in Amtsträgereigenschaft

Zunächst kommt es auf formale Aspekte an, an denen zu erkennen sein kann, ob jemand in staatlicher Funktion auftritt.

*„Danach ist eine Äußerung amtlich, wenn sie **ausdrücklich in amtlicher Eigenschaft** erfolgt, etwa im Falle eines an „unsere Bevölkerung“ gerichteten Wahlauftrufs, der z.B. mit den Worten „Wir Bürgermeister“ beginnt (BVerfGE 104, 323 = NVwZ 1997, 1220).*

*Des Weiteren spricht es für den amtlichen Charakter einer Äußerung eines Amtsträgers, wenn sie unter **Ausnutzung von Möglichkeiten** erfolgt, die ausschließlich dem Amtsinhaber zur Verfügung stehen (vgl. Oebbecke, NVwZ 2007, 30 f.).*

Für eine amtliche Äußerung kann zudem der äußere, organisatorische Rahmen sprechen.“ (RhPfVerfGH aaO)

Allerdings reicht die bloße Verwendung einer Amtsbezeichnung ohne Hinzutreten weiterer Umstände nicht aus, da die Amtsbezeichnung kein geeignetes Indiz für die Feststellung eines amtlichen Charakters einer Äußerung ist.

„Staatliche Funktionsträger [müssen] ihr Amt auch in privaten Zusammenhängen nicht verleugnen (vgl. bereits: BVerwG, DÖV 1974, 388) und [sind] daher befugt, ihre Amtsbezeichnung auch privat zu führen (vgl. auch: BayVerfGH, NVwZ-RR 1994, 529 [533]; OVG Lüneburg, Urt. v. 26.03.2008 – 10 LC 203/07, BeckRS 2008, 34713; VGH Kassel, NVwZ 2006, 610 f.; OVG Lüneburg, Beschl. v. 29.01.2009 – 10 LA 316/08, BeckRS 2009, 31273).“ (RhPfVerfGH aaO)

bb) inhaltliche Kriterien

Allerdings kann sich die amtliche Zuordnung einer Äußerung auch aus inhaltlichen Kriterien ergeben. So liegt ein Handeln in Amtsträgereigenschaft vor, wenn der Inhaber eines entsprechenden Amtes das ihm auf Grund seiner amtlichen Tätigkeit **zufallende Gewicht** und die ihm kraft seines Amtes gegebenen **Einflussmöglichkeiten** in einer Weise nutzt, die mit seiner der Allgemeinheit verpflichteten Aufgabe unvereinbar ist.

„Eine solche Ausnutzung von Möglichkeiten, die das Amt eröffnet, wird demnach anzunehmen sein, wenn ein anderer Bürger eine solche Aussage nicht hätte treffen können (vgl. Studenroth, AöR 125 [2000], 257 [275, 278]). Kann eine Äußerung unter Berücksichtigung dieser Maßstäbe aus der Perspektive eines mündigen, verständigen Wählers (vgl. RhPfVerfGH, Beschl. v. 04.04.2014 – VGH A 15/14, A 17/14, BeckRS 2014, 49833 m.w.N.) hingegen nicht eindeutig als amtlich identifiziert werden, so ist – auf Grund der Bedeutung der Meinungsfreiheit aus Art. 10 RhPfVerf. – im Zweifel davon auszugehen, dass es sich um eine private Äußerung gehandelt hat (so auch: BayVerfGH, NVwZ-RR 1994, 529 [533]).“ (RhPfVerfGH aaO)

e) Anwendung auf den Fall

Fraglich ist, wie die Äußerung der Ag. am 23.04.2014, es müsse alles daran gesetzt werden, um den Wiedereinzug der rechtsextremen NPD in den Stadtrat zu verhindern, vor diesem Hintergrund zu werten ist.

„Die Ag. hat sich dabei nicht in amtlicher Funktion als Ministerpräsidentin und damit als ranghöchste Repräsentantin des Landes Rheinland-Pfalz (Art. 98, Art. 101 ff. RhPfVerf.; s. RhPfVerfGH, NVwZ 2007, 200 = AS 33, 376 [381]) geäußert, sondern in ihrer privaten Eigenschaft als Mitglied der SPD und als politisch engagierte Bürgerin. Insoweit durfte sie am gesellschaftlichen Meinungskampf – unter dem Schutz des Grundrechts der Meinungsfreiheit aus Art. 10 RhPfVerf. und der Versammlungsfreiheit aus Art. 12 RhPfVerf. – wie jeder andere Bürger ihre Meinung zu einem aus ihrer Sicht wünschenswerten Ausgang der Kommunalwahlen in P. äußern. Die hierbei gezogenen Grenzen hat sie nicht überschritten. Insbesondere hat sie das ihr auf Grund ihrer amtlichen Tätigkeit zufallende Gewicht und die ihr kraft ihres Amtes gegebenen Einflussmöglichkeiten nicht in einer Weise genutzt, die mit ihrer der Allgemeinheit verpflichteten Aufgabe unvereinbar wäre.

Der nichtamtliche Charakter der hier zu beurteilenden Aussage folgt zunächst aus dem äußeren Rahmen, in dem sie getroffen wurde. Insoweit konnte an dem ausschließlich parteipolitischen Charakter der Teilnahme der Ag. an der Wahlkampfveranstaltung der Pirmasenser SPD aus der Sicht eines mündigen, verständigen Bürgers (vgl. RhPfVerfGH, , Beschl. v. 04.04.2014 – VGH A 15/14, A 17/14, BeckRS 2014, 49833 m.w.N.) kein Zweifel bestehen. [wird ausgeführt]“ (RhPfVerfGH aaO)

Die Äußerung der Ag. Weist daher schon bei einer Beurteilung anhand formaler Kriterien keinen amtlichen Charakter auf. Auch eine Würdigung ihres Inhalts ergibt keine hiervon abweichendes Ergebnis.

„Die Ag. hat bei ihrer Äußerung nicht das ihr auf Grund ihrer amtlichen Tätigkeit zufallende Gewicht und die ihr kraft ihres Amtes gegebenen Einflussmöglichkeiten in einer Weise genutzt, die mit ihrer der Allgemeinheit verpflichteten Aufgabe unvereinbar wäre. Die Äußerung, es müsse alles daran gesetzt werden, um den Wiedereinzug der rechtsextremen NPD in den Stadtrat zu verhindern, enthält keine Aussage, die einen besonderen Bezug zu der Amtsstellung der Ag. aufweist. Dementsprechend ist nicht erkennbar, dass die Ag. bei ihrer Äußerung ihre amtliche Autorität oder Beurteilungskompetenz in Anspruch genommen hätte. Im Gegenteil handelt es sich ersichtlich um eine wahlkampfbezogene Stellungnahme, zu der jeder andere politisch interessierte und engagierte Bürger ohne Weiteres im Stande gewesen wäre.“ (RhPfVerfGH aaO)

Es handelte sich damit um eine private Äußerung der Ag., welche den rechtlichen Rahmen nicht überschritt, so dass die Organklage offensichtlich unbegründet ist und damit auch die Voraussetzungen für den Erlass einer einstweiligen Anordnung nicht vorliegen.

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 **BGB**
§ 138 I **§ 138 I**

Wucher

Grobes Missverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung beim Grundstückskaufvertrag

(BGH in VersR 2014, 1260; Urteil vom 24.01.2014 – V ZR 249/12)

Ein **besonders grobes Missverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung** i. S. d. § 138 BGB, das ohne das Hinzutreten weiterer Umstände den Schluss auf eine verwerfliche Gesinnung des Begünstigten erlaubt, liegt **bei Grundstückskaufverträgen** grds. erst ab einer **Verkehrswertüber- oder -unterschreitung von 90%** vor.

„Von einem besonders groben Missverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung kann bei Grundstücksgeschäften erst ausgegangen werden, wenn der **Wert der Leistung knapp doppelt so hoch ist wie der Wert der Gegenleistung** (BGHZ 146, 298, 302). Dies ist bei den von dem BerufungsG zugrunde gelegten Wertverhältnissen von 118.000,- € zu 65.000,- € nicht der Fall. In der **Rspr. des BGH** haben sich bei Grundstücksgeschäften für die Bestimmung eines besonders groben Missverhältnisses **prozentuale Richtwerte** durchgesetzt. Danach kann die hier vorliegende Überteuerung von rund 80% für sich allein die Annahme eines besonders groben Missverhältnisses nicht begründen; auch ein Wertmissverhältnis von 84% genügte nicht (vgl. BGH WM 2014, 124; BGH NJW 2003, 2529, 2530; BGH NJW 2003, 2088, 2090; BGH NJW 2012, 1570). Ausgehend von dem für die Annahme eines besonders groben Äquivalenzmissverhältnisses bestehenden Erfordernis, dass der Wert der Leistung knapp doppelt so hoch ist wie der Wert der Gegenleistung, ist diese Voraussetzung grds. erst ab einer Verkehrswertüber- oder -unterschreitung von 90% erfüllt.“ (BGH aaO)

BGB **BGB**
§§ 146, 164, 179 **§§ 146, 164, 179**

Handeln unter fremden Namen

Nutzung eines fremden eBay-Kontos

(OLG Celle in MMR 2014, 663; Urteil vom 09.07.2014 – 4 U 24/14)

Werden unter **Nutzung eines fremden eBay-Mitgliedskontos** auf den Abschluss eines Vertrags gerichtete Erklärungen abgegeben, liegt ein **Handeln unter fremdem Namen** vor, auf das die Regeln über die Stellvertretung sowie die Grundsätze der Anscheins- oder der Duldungsvollmacht entsprechend anzuwenden sind.

„Wird bei der Nutzung eines fremden Namens beim Geschäftspartner der Anschein erweckt, es solle mit dem Namensträger ein Geschäft abgeschlossen werden und wird dabei eine **falsche Vorstellung über die Identität des Handelnden hervorgerufen, finden die Regeln über die Stellvertretung (§§ 164 ff. BGB) und die hierzu entwickelten Grundsätze entsprechend Anwendung**, obwohl dem Handelnden ein Vertretungswille fehlte. Dies gilt auch für Geschäfte, die über das Internet abgewickelt werden. Eine rechtsgeschäftliche Erklärung, die unter solchen Voraussetzungen unter dem Namen eines anderen abgegeben worden ist, verpflichtet den Namensträger daher regelmäßig nur dann, wenn sie in Ausübung einer bestehenden Vertretungsmacht erfolgt, vom Namensinhaber nachträglich genehmigt worden ist oder wenn die **Grundsätze über die Anscheins- oder die Duldungsvollmacht eingreifen**.“ (OLG Celle aaO)

BGB **BGB**
§ 355 **§ 355**

Widerrufsbelehrung

Fehlende Kontaktdaten

(LG Bochum in MMR-Aktuell 2014, 361765; Urteil vom 06.08.2014 – 13 O 102/14)

Eine **Widerrufsbelehrung**, die **weder Telefonnummer noch Faxnummer oder Email-Adresse enthält**, ist **unvollständig** und **verstößt gegen das Wettbewerbsrecht**. Die Angabe dieser Kontaktdaten im Impressum reichen nicht aus.

„Nach § 355 BGB n. F. erfolgt der Widerruf durch Erklärung gegenüber dem Unternehmer, wobei aus der Erklärung der Entschluss des Verbrauchers zum Widerruf des Vertrages eindeutig hervorgehen muss. Nach der ab dem 13.06.2014 geltenden Neufassung kann der Widerruf nunmehr formlos erklärt werden, also auch mündlich, telefonisch durch Fax oder E-Mail (vgl. Palandt, BGB, 73. Auflage 2014, § 355 n. F. Rnr. 6). § 356 BGB n. F. verweist hinsichtlich der Einzelheiten der Widerrufsbelehrung auf die Anforderungen des Art. 246 a § 1 II 1 Nr. 1 EGBGB. Aus Art. 246 a § 1 II EGBGB in der Fassung ab dem 13.06.2014 ergibt sich die Verpflichtung des Unternehmers, den Verbraucher über die Bedingungen, die Fristen und das Verfahren für die Ausübung des Widerrufsrechts nach § 355 I BGB sowie das Muster-Widerrufsformular in der Anlage 2 zu belehren, wobei es dem Unternehmer nach Absatz 2 freigestellt ist, seine Informationspflichten dadurch zu erfüllen, dass er das in der Anlage 1 vorgesehene Muster für die Widerrufsbelehrung zutreffend ausgefüllt in Textform übermittelt. Die Muster-Widerrufsbelehrung in Anlage 1 zu Art. 246 a § 1 II 2 ist im Gestaltungshinweis zu Ziffer 2 wie folgt erläutert „fügen Sie Ihren Namen, Ihre Anschrift und soweit verfügbar Ihre Telefonnummer, Telefaxnummer und E-Mail-Adresse ein“.

Zwar ist der Verfügungsbeklagten einzuräumen, dass sie nicht verpflichtet war, die Muster-Widerrufsbelehrung zu verwenden. Dies entbindet sie jedoch nicht von ihrer Belehrungspflicht über das Widerrufsrecht nach Art. 246 a § 1 Abs. 2 EGBGB, wonach über das Verfahren für die Ausübung des Widerrufsrechts zu belehren ist. Auch wenn die Nennung der Telefonnummer, Telefaxnummer und E-Mail-Adresse nicht unmittelbar im Gesetz, sondern lediglich in dem Gestaltungshinweis zur Muster-Widerrufsbelehrung erwähnt ist, wird aus dem **Gesamtkontext** deutlich, dass der Gesetzgeber, der mit der Neufassung die Ausübung des Widerrufsrechts für den Verbraucher dadurch erleichtern wollte, dass die bisherige Formvorschrift wegfiel, eine **ausreichende Information des Verbrauchers** über diese Neuregelung und die Möglichkeiten des Widerrufs durch Benutzung von Telefonnummer, Telefaxnummer und E-Mail-Adresse **sicherstellen** wollte. Eine vollständige und richtige Widerrufsbelehrung gebietet daher nach Auffassung der Kammer die Nennung von Telefonnummer, Telefaxnummer und E-Mail-Adresse, sofern diese verfügbar sind.

Entgegen der von der Verfügungsbeklagten vertretenen Auffassung kann aus dem Umstand, dass in der Muster-Widerrufsbelehrung von „verfügbar“ und nicht von „vorhanden“ die Rede ist, nicht etwa darauf geschlossen werden, dass es im Belieben des Unternehmers stehe, die Angaben zu machen. Vielmehr sind nach Auffassung des Gerichts im Regelfall Telefonnummer, Telefaxnummer und E-Mail-Adresse zu nennen, sofern diese existieren, was bei der Verfügungsbeklagten ausweislich des Impressums der Fall war.

Der Verstoß gegen die Verpflichtung, ordnungsgemäß über das Widerrufsrecht zu belehren, ist keine Bagatelle. Bei der Erleichterung des Widerrufs durch den Verbraucher handelt es sich um einen Kernpunkt der Neufassung des Widerrufsrechts.“ (LG Bochum aaO)

StGB
§ 182 III

Sexueller Missbrauch
Sich sträubendes Tatopfer

StGB

(BGH in NSTZ 2014, 573; Beschluss vom 24.07.2014 – 3 StR 286/14)

Der Tatbestand des § 182 III StGB kann auch dann erfüllt sein, wenn sich das **Tatopfer gegen die sexuellen Übergriffe des Täters sträubt**. Ein Ausnutzen der fehlenden Fähigkeit des Jugendlichen zur sexuellen Selbstbestimmung ist nämlich nicht nur dann gegeben, wenn dieser keinen der sexuellen Handlung entgegenstehenden Willen entwickeln kann, sondern auch dann, wenn das jugendliche Opfer seinen noch unterentwickelten und deshalb nur bedingt vorhandenen entgegenstehenden Willen nicht verwirklichen, etwa aufgrund der **Dominanz des Täters** bzw. eines bestehenden „**Machtgefälles**“ nicht durchsetzen kann.

„Zwar wird in der Lit. und in der Rspr. des BGH - allerdings nur in nicht tragenden Erwägungen - vereinzelt vertreten, nur einverständlich vorgenommene sexuelle Handlungen könnten den Tatbestand des § 182 III StGB erfüllen (Fischer, StGB, 61. Aufl., § 182 Rn 11; BGH Beschl. v. 18.4.2007 – 2 StR 589/06 u. v. 20.7.2010 – 4 StR 304/10).

Dieser Auffassung vermag der Senat jedoch nicht zu folgen: Eine solche **einschränkende Auslegung ist nicht durch den Wortlaut der Vorschrift veranlasst**, denn ein „Ausnutzen“ ist nicht nur dann gegeben, wenn der Jugendliche infolge seiner fehlenden Selbstbestimmungsfähigkeit keinen der sexuellen Handlung entgegenstehenden Willen entwickeln kann, sondern auch dann, wenn das jugendliche Opfer seinen noch unterentwickelten und deshalb nur bedingt vorhandenen entgegenstehenden Willen nicht verwirklichen, etwa aufgrund der Dominanz des Täters bzw. eines bestehenden „Machtgefälles“ nicht durchsetzen kann (Schönke/Schröder-Eisele, StGB, 29. Aufl., § 182 Rn 14; LK/StGB-Hörnle, 12. Aufl., § 182 Rn 65; SSW/StGB-Wolters 2. Aufl., § 182 Rn 22); allein diese Auffassung entspricht i. Ü. derjenigen des Gesetzgebers (BT-Dr. 12/4584, S. 8).

Auch das „Überspielen“ bzw. die Missachtung des zwar gebildeten, aber infolge der Reifemängel nicht durchsetzbaren entgegenstehenden Willens des Opfers stellt eine in den **Schutzbereich der Norm fallende Fremdbestimmung** dar. Auch der Jugendliche, bei dem die nicht abgeschlossene Entwicklung der sexuellen Selbstbestimmungsfähigkeit dazu führt, dass er einen entgegenstehenden Willen nicht verwirklichen kann, erweist sich nicht als „eigenverantwortlich“ (vgl. auch BGH NSTZ-RR 2014, 10).“ (BGH aaO)

StGB
§ 232 I 1

Menschenhandel
Vorliegen einer Zwangslage

StGB

(BGH in NSTZ 2014, 576; Beschluss vom 11.03.2014 – 1 S 2422/13)

Für das **Vorliegen des Tatbestandsmerkmals der „Zwangslage“** des § 232 I 1 StGB ist es **ausreichend**, dass das **Opfer aufgrund der in seinem Heimatland herrschenden schlechten sozialen Verhältnisse nicht in der Lage** ist, sich Angriffen auf seine sexuelle Selbstbestimmung **zu widersetzen**.

„Alle Nebenklägerinnen befanden sich in ihrem Heimatland in **prekären wirtschaftlichen Verhältnissen**. Die damit verbundene **Einschränkung ihrer Entscheidungs- und Handlungsmöglichkeiten** war - was genügt - konkret geeignet, ihren **Widerstand** gegen Angriffe auf die sexuelle Selbstbestimmung **herabzusetzen** (vgl. zu § 180 b StGB a. F. BGHSt 42, 399, 400 f.; Schönke/Schröder, StGB, 29. Aufl., § 232 Rn 10 m. w. N.; siehe auch BT-Dr. 12/2046 S. 4). Es ist dementsprechend nicht erforderlich, dass zu den im Heimatland der Opfer herrschenden schlechten sozialen Verhältnissen in Bezug auf das jeweilige Opfer noch weitere erschwerende Umstände hinzukommen (a. M. wohl Fischer, StGB, 61. Aufl., § 232 Rn 9).“ (BGH aaO)

StGB
§ 259 I

Hehlerei
Tathandlung

StGB

(BGH in NSTZ 2014, 577; Beschluss vom 07.05.2014 – 1 StR 150/14)

Werden **vom Vortäter gestohlene Gegenstände zum Zwecke eines späteren – tatsächlich auch erfolgten – Weiterverkaufs erworben**, so ist der **Ankauf dieser Gegenstände die maßgebliche Hehlereihandlung** i. S. d. § 259 I StGB, nicht aber ihr Weiterverkauf.

„Unter Absetzen i. S. d. § 259 I StGB ist die im Einvernehmen mit dem Vortäter, i. Ü. aber **selbständig vorgenommene wirtschaftliche Verwertung einer bemakelten Sache durch ihre rechtsgeschäftliche Weitergabe an gut- oder bösgläubige Dritte gegen Entgelt** zu verstehen (vgl. BGH NJW 1976, 1698; Schönke/Schröder, StGB, 29. Aufl., § 259 Rn 28; Walter in LK-StGB, 12. Aufl., § 259 Rn 51; Fischer, StGB, 61. Aufl., § 259 Rn 15 f.). Der Senat braucht nicht zu entscheiden, ob der Angekl. hier beim Weiterverkauf der vom Vortäter erworbenen Elektronikgegenstände noch im Einvernehmen mit dem Vortäter oder allein im eigenen wirtschaftlichen Interesse gehandelt hat. Denn eine Bestrafung des Absetzens als Hehlerei kommt jedenfalls dann nicht in Betracht, wenn der Hehler zuvor die Sache angekauft und sich bereits dadurch der Hehlerei (§ 259 I StGB) strafbar gemacht hat. Das Absetzen ist dann, wenn der Hehler überhaupt noch im Einvernehmen mit dem Vortäter tätig wurde und „in dessen Lager“ (vgl. Fischer aaO, Rn 16) stand, als Nachtat mitbestraft (vgl. BGH NJW 1975, 2109 sowie Walter aaO, Rn 107).“ (BGH aaO)

(BGH in NSTZ-RR 2014, 310; Beschluss vom 22.07.2014 – 1 StR 189/14)

Das Delikt der **Steuerhinterziehung** ist ein **Erklärungsdelikt**. Eine Tathandlung gem. § 370 I Nr. 2 AO begeht daher **nur derjenige, der die Finanzbehörden pflichtwidrig über steuerlich erhebliche Tatsachen in Unkenntnis lässt** (§ 370 I Nr. 2 AO), sodass die **bloße Nichtzahlung geschuldeter Steuern den Tatbestand nicht erfüllt**.

„[Die Formulierung] der Angekl. habe die aus einer Vielzahl von Fahrzeugverkäufen gegenüber dem Finanzamt zu veranschlagende Umsatzsteuer nicht abgeführt, [ist] missverständlich. Denn sie erweckt den Eindruck, das LG könnte die bloße Nichtzahlung geschuldeter Steuern als tatbestandlich angesehen haben. Eine Tathandlung gem. § 370 I Nr. 2 AO begeht indes nur derjenige, der die **Finanzbehörden pflichtwidrig über steuerlich erhebliche Tatsachen in Unkenntnis lässt** (§ 370 I Nr. 2 AO). Das Delikt der Steuerhinterziehung ist somit ein **Erklärungsdelikt**. Es unterscheidet sich insoweit vom Straftatbestand der gewerbs- oder bandenmäßigen Schädigung des Umsatzsteueraufkommens (§ 26 c UStG), der an die Nichtentrichtung von in Rechnungen gem. § 14 UStG ausgewiesener Umsatzsteuer zum Fälligkeitszeitpunkt anknüpft.“ (BGH aaO)

(OVG NRW in DVBI 2014, 1065 = DÖV 2014, 807; Urteil vom 16.05.2014 – 16 A 494/13)

Aus Art. 18 I der Verordnung (EG) Nr. 1371/2007 folgt für das Eisenbahnunternehmen oder den Bahnhofsbetreiber die **Pflicht, Fahrgäste an allen Bahnhöfen über Verspätungen von Zügen zu informieren**. Es **genügt nicht, Fahrgäste darauf hinzuweisen, wo die entsprechenden Informationen für sie bereitgestellt werden**.

I. Bereits der **Wortlaut** streitet für diesen Regelungsgehalt der Norm.

„Die **Fahrgäste sind** nämlich über Verspätungen **„zu unterrichten“**. Den Fahrgästen darf also nicht nur mitgeteilt werden, wo sie entsprechende Informationen abrufen können. Auch ein Vergleich mit anderen Vorschriften der Verordnung zeigt die Unterscheidung in Informationen, die auf Anfrage des Kunden erteilt werden (etwa Art. 8 Abs. 1 und Art. 20 Abs. 1 der Verordnung), und in voraussetzungslos bestehende Unterrichts- und Informationspflichten, wie sie etwa in Art. 8 Abs. 2, Art. 29 und auch in Art. 18 Abs. 1 der Verordnung vorgesehen sind.

Einen **Vorbehalt hinsichtlich des finanziellen Aufwands der Unterrichtung enthält Art. 18 Abs. 1 der Verordnung nicht**. Zwar hat die Unterrichtung zu erfolgen, „sobald“ die Informationen zur Verfügung stehen. Diese Einschränkung meint indes Selbstverständliches. Erst wenn die Information vorliegt, kann die Unterrichtung erfolgen. Der Vorbehalt meint bei sinnvoller Betrachtung also eine Weitergabeverpflichtung von Informationen, die im Unternehmen vorhanden sind. Entgegen der Auffassung der Klägerin entsteht die Verpflichtung zur Unterrichtung daher nicht erst dann, wenn an der Station technische Möglichkeiten oder Personal zur Verfügung stehen, um die an anderer Stelle im Unternehmen vorhandenen Informationen aufzunehmen. Sonst könnte die Klägerin autonom darüber entscheiden, ob die Weitergabe von Informationen ermöglicht werden soll.“ (OVG NRW aaO)

II. Für dieses Auslegungsergebnis sprechen auch **Sinn und Zweck der Fahrgastrechte-Verordnung**.

„Nach ihrem Erwägungsgrund 4 gehört zu den Rechten der Nutzer von Eisenbahnverkehrsdiensten das Erhalten von Informationen über den Verkehrsdienst sowohl vor als auch während der Fahrt. Wann immer möglich, sollten Eisenbahnunternehmen und Fahrkartenverkäufer diese Informationen im Voraus und so schnell wie möglich bereitstellen. Die Sichtweise der Klägerin würde aber dazu führen, dass das **Ziel einer zeitnahen Unterrichtung über Verspätungen** nicht im Rahmen des Möglichen erfolgte. Zu Recht hat das Verwaltungsgericht darauf hingewiesen, dass bei einem bloßen Hinweis auf eine Telefonnummer oder eine Service-Hotline die Fahrgäste die Informationen erst dann erlangten, wenn sie einen Anruf für erforderlich hielten, also dann, wenn die Verspätung bereits eingetreten sei. Abgesehen davon sei diese Art der Unterrichtung nur möglich, wenn der Fahrgast ein technisches Kommunikationsmittel mit sich führe. Mit dem Möglichkeitsvorbehalt („Wann immer möglich“, ...) in Satz 2 des 4. Erwägungsgrunds ist auch nicht gemeint, dass in Fällen geringen Verkehrsaufkommens oder bei einer geringen Zahl von Fahrgästen etc. die Unterrichtungspflicht nicht besteht. Auch geht es nicht um den Vorbehalt vorhandener Ressourcen. Der Möglichkeitsvorbehalt kann nach Auffassung des Senats vielmehr allein die Berücksichtigung der sogenannten **Obergrenze des Verpflichteten** sein. Diese sowohl im Zivilrecht als auch im Öffentlichen Recht bestehende Grenze bedeutet die **Unzumutbarkeit der Erfüllung von auferlegten Pflichten**. So sind im Öffentlichen Recht etwa die Grenzen der Zustandsverantwortlichkeit des Grundstückseigentümers nach Maßgabe der Verhältnismäßigkeit bestimmt worden (vgl. BVerfGE 102, 1; vgl. auch BGH NJW 2010, 2050).

Für eine derartige Unzumutbarkeit hat die Klägerin jedoch nichts Substantielles geltend gemacht und hierfür ist auch nichts ersichtlich.“ (OVG NRW aaO)

III. Auch lässt sich **§ 18 Abs. 1 der Verordnung nicht** unter Berücksichtigung von Abs. 2 der Norm in der Weise **einschränkend auslegen, dass die Informationspflicht nur insoweit besteht, als die vorhandenen Ressourcen ausreichen**.

„Im Unterschied zu Art. 18 Abs. 1 enthält Abs. 2 der Vorschrift jeweils einen Möglichkeitsvorbehalt für die Verpflichtung bei einer Verspätung etwa Mahlzeiten, die Unterbringung in einem Hotel oder die Beförderung von einem blockierten Zug zum Bahnhof kostenlos anzubieten. **Für eine Übertragung des Möglichkeitsvorbehalts auf die Informationsverpflichtung nach Abs. 1 besteht kein Raum**, weil eine Regelungslücke nicht besteht. Vielmehr ist der vom Verwaltungsgericht angenommene Gegenschluss, dass die Möglichkeitsvorbehalte in Art. 18 Abs. 2 der Verordnung nicht auf Art. 18 Abs. 1 der Verordnung anwendbar sind, angezeigt. Ein **„Vorbehalt der vorhandenen Ressourcen“** würde zudem dazu führen, dass die Klägerin an Stationen, an denen bislang aktiv keine Information über Verspätungen möglich ist, auch zukünftig nicht zu informieren hätte. Das liefe den in den Erwägungsgründen genannten Zielen eines hohen Verbraucherschutzniveaus und des Schutzes der Nutzerrechte der Fahrgäste zuwider.“ (OVG NRW aaO)

(VGH Mannheim in VBIBW 2014, 377; Beschluss vom 11.03.2014 – 1 S 2422/13)

Die **Beschlagnahmefrist von sechs Monaten** nach § 33 IV 2 PolG, über die hinaus die polizeiliche Beschlagnahme einer Sache nach § 33 I PolG nicht aufrechterhalten werden darf, **beginnt mit dem Zeitpunkt, zu dem** die Polizeibehörde die **beschlagnehmete Sache in amtliche Verwahrung** nimmt.

„Die **Beschlagnahme** ist ein **Verwaltungsakt mit Dauerwirkung**. Die Ortspolizeibehörde, die eine Beschlagnahme angeordnet und vollzogen hat, hat während dieser Zeit die **Rechtmäßigkeit der Beschlagnahme ständig** zu überprüfen. Hat sie eine Befristung der Beschlagnahme nicht ausdrücklich ausgesprochen, so ist die **Dauer der Beschlagnahme kraft Gesetzes auf sechs Monate begrenzt**. Diese gesetzlich bestimmte Höchstdauer der Beschlagnahme von sechs Monaten ist **Ausdruck des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit**. Das Gesetz setzt damit der Dauer der Beschlagnahme eine **absolute Grenze** (vgl. VGH Mannheim VBIBW 1990, 351; VGH Mannheim VBIBW 1997, 187; VGH Mannheim VBIBW 2001, 100). Die Höchstdauer der zulässigen Beschlagnahme und die Pflicht der Behörde, die Rechtmäßigkeit der Beschlagnahme ständig zu überprüfen, dienen dem Schutz des Eigentümers oder Inhabers der tatsächlichen Gewalt über die Sache, der während der Zeit der Beschlagnahme die Sache nicht nutzen kann und zudem gem. § 3 III 1 3 DVO PolG zum Ersatz der Aufwendungen für die Verwahrung der beschlagnahmten Sache verpflichtet ist.

Mit Ablauf der Sechsmonatsfrist tritt die Beschlagnahme automatisch außer Kraft, ohne dass es einer ausdrücklichen Aufhebung der Beschlagnahme bedarf (ebenso Belz/Mußmann, PolG BW, 7. Aufl., § 33 Rn. 16; Ruder/Schmitt, PolR BW, 7. Aufl., Rn. 629). Die Polizeibehörde darf die Beschlagnahme auch nicht über sechs Monate hinaus erneuern oder aus dem gleichen Grund erneut verfügen. Anderenfalls könnte die Polizeibehörde durch eine solche Verfügung die gesetzlich festgelegte Höchstdauer der Beschlagnahme umgehen.

Die **Frist beginnt mit dem Vollzug der Beschlagnahme**, also mit dem Zeitpunkt, zu dem die Behörde die beschlagnehmete Sache in amtliche Verwahrung nimmt (ebenso Belz/Mußmann, PolG BW, 7. Aufl., § 33 Rn. 16; Ruder/Schmitt, je aaO). Denn mit dem Vollzug der Beschlagnahme realisiert sich für den Betroffenen - gerade im Hinblick auf Nutzungsmöglichkeit und Verwahrkosten - die belastende Wirkung einer Beschlagnahmearordnung.“ (VGH Mannheim aaO)

(OVG Münster in NVwZ-RR 2014, 816; Beschluss vom 03.04.2014 – 9 B 216/14)

Ein **Anspruch des Anliegers auf Durchführung des Winterdienstes** ergibt sich **nicht aus der allgemeinen Verkehrssicherungspflicht**, die nach § 9 a I 2 NRWStrReinG als hoheitliche Pflicht ausgestaltet ist.

„Auch insoweit spricht Einiges dafür, dass einer solchen **drittschützenden Pflichtenstellung kein subjektiv-rechtlicher Anspruch auf Erfüllung dieser Amtspflicht** (Verkehrssicherungsanspruch) gegenüber steht (vgl. OVG Münster NVwZ-RR 1995, 482 = NWVBI 1995, 309).

Denn es ist bereits nicht erkennbar, dass die Nichtdurchführung des Winterdienstes in dem hier in Rede stehenden Straßenabschnitt die Verkehrssicherungspflicht des Straßenbaulastträgers verletzen könnte. Nach **gefestigter Rspr. des BGH** besteht eine daraus resultierende Winterdienstpflicht auf öffentlichen Straßen außerhalb der geschlossenen Ortslage nur an besonders gefährlichen Stellen. Eine besonders gefährliche Stelle liegt erst dann vor, wenn der Verkehrsteilnehmer bei der für Fahrten auf winterlichen Straßen zu fordernden schärferen Beobachtung des Straßenzustandes und der damit zu fordernden erhöhten Sorgfalt den die Gefahr bedingenden Zustand der Straße nicht oder nicht rechtzeitig erkennen und deshalb die Gefahr nicht meistern kann (s. BGH VersR 1987, 934 m. w. N.).

Anders als der Ast. offenbar meint, geht es dabei schon nicht darum, dass eine Straße bei winterlichen Verhältnissen stets problemfrei passierbar zu sein hat, sondern allein um die Vorsorge mit Blick auf außergewöhnliche Straßenzustände, die selbst den auf die Witterungsverhältnisse eingestellten Fahrer überraschen müssen. Dass es derartige besonders gefährliche Stellen auf dem hier in Rede stehenden Straßenabschnitt geben könnte oder dass dieser gar auf seiner gesamten Länge als besonders gefährliche Stelle angesehen werden muss, ist nicht erkennbar (wird ausgeführt).“ (OVG Münster aaO)

Entscheidungen Verfahrensrecht

ZPO
§ 850i

Umfang des Pfändungsschutzes bei sonstigen Einkünfte

ZPO

(BGH in NZI 2014, 772; Beschluss vom 26.06.2014 – IX ZB 88/13)

1. Voraussetzung für den Pfändungsschutz für diese Einkünfte in § 850 i I 1 Alt. 2 ZPO ist **nicht** die Verknüpfung der **Einkünfte mit der Arbeitskraft des Schuldners**.
2. Die Regelung dient dem Schutz des selbst erwirtschafteten Lebensunterhalts, was auch Einkünfte aus Einsatz von Personal und Kapital (**sog. kapitalistische Tätigkeit**) umfasst, soweit sie eigenständig erwirtschaftet wurden.

Fall: Im April 2008 erhielt der im Jahr 1940 geborene Schuldner den Nießbrauch an einem Grundstück, woraus er monatlich 800 Euro erlöst. Weiter beziehen der Schuldner und seine Ehefrau gesetzliche Altersrenten in Höhe von monatlich 321,39 Euro und 472,39 Euro. Das Insolvenzverfahren wurde am 01.10.2008 eröffnet. Der Schuldner hat beantragt, die monatlichen Einnahmen aus dem zweiten Nießbrauch pfandfrei zu stellen. Wird er hiermit Erfolg haben?

Es handelt sich um einen Antrag nach § 36 I 2 InsO i.V.m. 850 i ZPO gerichtet darauf, gerichtlich festzustellen, was zur Insolvenzmasse gehört.

Im Rahmen des Insolvenzverfahrens gehört das gesamte Vermögen des Schuldners, das ihm zur Zeit der Eröffnung des Insolvenzverfahrens gehört und das er im Laufe des Verfahrens erlangt, zur Insolvenzmasse (§ 35 I InsO).

„Nicht in die Insolvenzmasse gehören gem. § 36 I InsO die Gegenstände, die nicht der Zwangsvollstreckung unterliegen (BGH, NZI 2014, 119 = NJW 2014, 389 Rn. 16). § 36 I 2 InsO nimmt ausdrücklich § 850 i ZPO in Bezug.“ (BGH aaO)

Danach hat der Schuldner bei der Pfändung sonstiger Einkünfte, die kein Arbeitseinkommen sind, die Möglichkeit, eine gerichtliche Entscheidung darüber zu erwirken, welcher angemessenen Betrags ihm zu belassen ist. Dabei hat das Gericht in freier Würdigung zu schätzen, wie viel ihm zu belassen wäre, wenn sein Einkommen aus laufendem Arbeits- oder Dienstlohn bestünde. Bei der Entscheidung sind die wirtschaftlichen Verhältnisse des Schuldners, insbesondere seine sonstigen Verdienstmöglichkeiten, frei zu würdigen.

I. Begriff der sonstigen Einkünfte, die kein Arbeitseinkommen sind

Diese Regelung ist durch das Gesetz zur Reform des Kontopfändungsschutzes vom 07.07.2009 mit Wirkung ab 01.07.2010 geändert worden (BGBl I 2009, 1707). Danach hat der Gesetzgeber den Pfändungsschutz auf „sonstige Einkünfte, die kein Arbeitseinkommen sind“, erweitert. Die Entscheidung des BGH vom 21.12.2004 (BGHZ 161, 371 = NJW 2005, 681) ist deswegen überholt. In Rechtsprechung und Literatur ist streitig, welche Einkünfte nunmehr unter diese Regelung fallen.

1. Anwendbarkeit nur auf Einkommen aus persönlicher Arbeit

„Einerseits wird vertreten, nach Sinn und Zweck des § 850 i I Alt. 2 ZPO unterfielen die Erträge aus Vermögen, Kapitalerträge und -tilgungsleistungen, Entgelte für Veräußerung privater Vermögensgegenstände, Entgelte für Überlassung einer Sache (Miete und Pacht), Zahlungen bei Vermögensauseinandersetzung und Steuererstattungen nicht dem Pfändungsschutz nach dieser Regelung (Stöber, Forderungspfändung, 16. Aufl., Rn. 1234; Zöller/Stöber, ZPO, 30. Aufl., § 850 i Rn. 1). Jedenfalls dürfe nach der Systematik des Gesetzes nur das Einkommen Erwerbstätiger von § 850 i ZPO erfasst sein (LSG Sachsen-Anhalt, ZFSH-SGB 2012, 618 [623 f.]; Beschl. v. 07.06.2012 – L 5 AS 193/12 B ER, BeckRS 2012, 70474).“ (BGH aaO)

2. Erfassung auch von Einkünften aus kapitalistischer Tätigkeit

„Andererseits wird angenommen, nach der Neufassung des § 850 i I 8 ZPO komme es nicht mehr darauf an, ob die Einkünfte auf persönlich geleisteten Arbeiten oder Diensten beruhen (Alt. 1) oder auf dem Einsatz von Personal oder Kapital (Alt. 2). Auch Einkünfte aus sogenannter kapitalistischer Tätigkeit rechneten hierzu, etwa aus Kapitalvermögen, aus Vermietung und Verpachtung, auch Werklohnansprüche und Verkaufserlöse (LG Bonn, ZInsO 2012, 2056 [2057] = BeckRS 2012, 20743; Musielak/Becker, ZPO, 11. Aufl., § 850 i Rn. 3; Saenger/Kemper, Hk-ZPO, 5. Aufl., § 850 i Rn. 6 f.; BeckOK-ZPO/Riedel, 2014, § 850 i Rn. 5 f., 11), solange die Einkünfte selbst erzielt, also eigenständig erwirtschaftet sind (Meller-Hannich in

Kindl/Meller-Hannich/Wolf, *Gesamtes Recht der Zwangsvollstreckung*, 2. Aufl., § 850i Rn. 7; Prütting/Gehrlein/Ahrens, *ZPO*, 6. Aufl., § 850i Rn. 19f.; Ahrens, *ZInsO* 2010, 2357 [2359f.]; Meller-Hannich, *WM* 2011, 529, 530 [531].“ (BGH aaO)

3. Stellungnahme des BGH

Der BGH hat sich nunmehr der zuletzt genannten Ansicht durch Auslegung des 850 i ZPO angeschlossen.

a) Wortlautauslegung

Nach Auffassung des BGH spricht schon der Wortlaut der Regelung für eine weite Auslegung. Es sollen gerade solche Einkünfte erfasst sein, die kein Arbeitseinkommen sind.

„Voraussetzung für den Pfändungsschutz für diese Einkünfte in § 850 i I 1 Alt. 2 ZPO ist **nicht mehr die Verknüpfung der Einkünfte mit der Arbeitskraft des Schuldners**, wie es die erste Alternative voraussetzt. Um einen Pfändungsschutz zu erlangen, muss nicht die Arbeitskraft des Schuldners verwertet sein. Bezugsgröße ist nunmehr ein auf breite Basis gestellter **Schutz des selbst erwirtschafteten Lebensunterhalts** (Prütting/Gehrlein/Ahrens, § 850 i Rn. 19; Ahrens, *ZInsO* 2010, 2357 [2360]; Meller-Hannich, *WM* 2011, 529). Die neue Regelung gibt die frühere Differenzierung nach dem Grund der Forderung auf. Ob Arbeiten oder Dienste persönlich erbracht werden oder nicht, spielt keine Rolle mehr. Pfändungsschutz erhalten nunmehr sämtliche Arten von Einkünften. Das gilt unabhängig davon, ob überhaupt eine Erwerbstätigkeit vorliegt und ob zur Entstehung einer Forderung verwertetes Kapital erarbeitet wurde, solange die Einkünfte nur selbst erzielt sind (Meller-Hannich, *WM* 2011, 529 [530]).“ (BGH aaO)

b) Systematische Auslegung

Dieser Ansatz wird laut BGH auch durch eine systematische Auslegung bestätigt. In den **§§ 850 ff. ZPO** ist das **Arbeitseinkommen vor Pfändung** geschützt. Die Ansprüche auf die gesetzliche Rente sind nur hinsichtlich des die Pfändungsfreigrenzen für Arbeitseinkommen übersteigenden Betrags abtretbar und pfändbar (§§ 53 III, 54 IV SGB I). Entsprechendes gilt im Grundsatz für die Sozialleistungen. Vertragliche Altersrenten und steuerlich gefördertes Altersvermögen ist gem. §§ 851 c, 851 d ZPO, §§ 10 a, 79 ff., 97 EStG i.V.m. § 851 I ZPO, § 168 III VVG geschützt (vgl. Meller-Hannich in Kindl/Meller-Hannich/Wolf, § 851 d Rn. 7 f.).

„Die **Vergütungsansprüche für selbstständige Tätigkeiten**, seien sie selbst oder durch Personal erwirtschaftet, können auf Antrag des Schuldners für unpfändbar erklärt werden (§ 850 i I ZPO; vgl. Begründung zum Entwurf eines Gesetzes zur Reform des Kontopfändungsschutzes vom 19.12.2007, BT-Drs. 16/7615, 11 f. [18]).

Nichts anderes gilt aber nach dem ausdrücklichen Willen des Gesetzgebers auch für alle **sonstigen Einkünfte, die kein Arbeitseinkommen sind**, aber dem Schuldner und seiner Familie zum Lebensunterhalt dienen. In der Gesetzesbegründung wird ausdrücklich ausgeführt, dass **sämtliche Einkünfte nicht abhängig beschäftigter Personen** erfasst werden sollen. Alle Einkunftsarten sollen gleich behandelt werden (BT-Drs. 16/7615, 14 [18]). Der Schuldner soll motiviert werden, Einkünfte selber zu erzielen und dadurch die eigene Leistungsfähigkeit zu erhöhen. Dies gilt für sämtliche Einkunftsarten (vgl. Meller-Hannich, *WM* 2011, 529 [533]).“ (BGH aaO)

Auch unter Berücksichtigung der besonderen Pfändungsschutzvorschriften der §§ 851 a ZPO (Verkauf landwirtschaftlicher Erzeugnisse), § 851 b ZPO (Miet- und Pachtzinsen), § 851 c ZPO (Altersrenten), § 851 d ZPO (steuerlich gefördertes Altersvorsorgevermögen) und § 852 ZPO (Pflichtteil, Zugewinnausgleich, Herausgabe eines Geschenks) erscheint diese Auslegung systemgerecht.

„[Es ist] im Einzelfall zu prüfen, ob es sich bei diesen Vorschriften im Verhältnis zu § 850 i ZPO um **abschließende Sonderregelungen** handelt oder ob sie einen ergänzenden Pfändungsschutz für bestimmte Einkünfte gewähren (vgl. Meller-Hannich in Kindl/Meller-Hannich/Wolf, § 850 i Rn. 8 ff.; Prütting/Gehrlein/Ahrens, § 850 i Rn. 26).

Vorliegend kommt allenfalls § 851 b ZPO in Betracht, wobei das LG nicht festgestellt hat, auf welcher rechtlichen Grundlage die Einnahmen des Schuldners beruhen. Auch wenn es sich bei den Einkünften des Schuldners um **Miet- oder Pachteinkünfte handeln sollte**, schlosse §§ 851 b, 850 i ZPO nicht aus. Nach dem Willen des Gesetzgebers sollte der **Pfändungsschutz des § 850 i I ZPO** schon in der Vergangenheit für solche **Vergütungen** gelten, die für die **Gewährung von Wohngelegenheit oder eine sonstige Sachbenutzung** geschuldet wurden, wenn die Vergütung zu einem nicht unwesentlichen Teil als Entgelt für neben der Sachbenutzung gewährte Dienstleistungen anzusehen war (§ 850 i II ZPO a.F.). Der Gesetzgeber hat im Rahmen der Neufassung des § 850 i ZPO dessen Absatz 2 gestrichen, weil alle Einkunftsarten des Schuldners gleichbehandelt werden sollten und deshalb für die

Sonderregelung kein Bedarf mehr gesehen wurde (BT-Drs. 16/7615, 18). Daher fallen Miet- und Pachteinnahmen weiterhin unter § 850 i I ZPO und bestimmt daneben § 851 b ZPO einen ergänzenden Schutz. Der Schuldner kann sich mithin sowohl darauf berufen, dass die Einkünfte für das Grundstück unentbehrlich sind, als auch darauf, dass ihm soviel verbleiben muss, wie ihm bei der Pfändung fortlaufender Einkünfte aus Arbeitseinkommen verbleibe (vgl. Meller-Hannich in Kindl/Meller-Hannich/Wolf, § 850 i Rn. 10; Prütting/Gehrlein/Ahrens, § 850 i Rn. 26).“ (BGH aaO)

c) Teleologische Auslegung

Der Sinn und Zweck der Pfändungsschutzregelungen und insbesondere des § 850i ZPO sprechen ebenfalls für diesen Ansatz. Das Sozialstaatsprinzip, welches in Art. 20 I GG verankert ist sowie die vorbehaltlos in Art. 1 I GG gewährleistete Menschenwürde führen nicht nur dazu, dass der Staat verpflichtet ist, ein menschenwürdiges Existenzminimum zu sichern und die hierzu notwendigen Mittel zur Verfügung zu stellen, sondern verpflichten den Staat ebenso, dem Einzelnen das selbst erzielte Einkommen bis zu einem bestimmten Betrag nicht zu entziehen (vgl. BVerfGE 82, 60 [85] = NJW 1990, 2869).

*„Dieser für die Durchsetzung fiskalischer Interessen des Staats ausgesprochene Grundsatz gilt auch im Rahmen der Zwangsvollstreckung nach der ZPO, wobei allerdings auch die Belange des Gläubigers zu berücksichtigen sind. Denn auch für das Gläubiger-Schuldner-Verhältnis muss gelten, dass der Staat grundsätzlich nicht Zwangsmaßnahmen zur Verfügung stellen darf, um einem Einzelnen den Teil des Einkommens zu entziehen, der zur Sicherung des Existenzminimums erforderlich ist (BT-Drs. 16/7615, 12; Stöber, Forderungspfändung, 16. Aufl., Rn. 872). Über das Existenzminimum hinaus ist für den **erwerbstätigen Schuldner** zudem anerkannt, dass ihm in der Vollstreckung **mehr als das Existenzminimum** verbleiben muss, damit er sich weiter um Arbeit bemüht (Lohnabstandsgebot; vgl. Meller-Hannich, WM 2011, 529 [530]; Ahrens, ZInsO 2010, 2357).“ (BGH aaO)*

Zudem wollte der Gesetzgeber mit der Neureglung des § 850 i I 1 ZPO auch die Sozialhilfeträger dauerhaft zu entlasten. Wird einem Schuldner durch zu weitreichende Vollstreckungsmaßnahmen das Existenzminimum zugunsten von Gläubigern entzogen, so muss der Staat über Sozialleistungen seiner Pflicht zur Sicherung des Existenzminimums nachkommen. Diese Zahlungspflichten sollten reduziert werden.

*„Der Begriff der „sonstigen Einkünfte, die kein Arbeitseinkommen sind“, soll autonom und nicht nach den Bestimmungen des Einkommensteuergesetzes ausgelegt werden (BT-Drs. 16/7615, 18). Ferner betonte die Bundesregierung in ihrer Gegenäußerung zur Stellungnahme des Bundesrates, vor dem Hintergrund des gesetzgeberischen Ziels der Sicherstellung des Lebensunterhalts des Schuldners und seiner Familie sowie der damit einhergehenden **Entlastung der öffentlichen Haushalte** von ansonsten notwendig werdenden Transferleistungen sei nicht zu rechtfertigen, nach der Art der dem Schuldner zufließenden Geldleistungen zu unterscheiden (BT-Drs. 16/7615, 30).“ (BGH aaO)*

Gegen die vorgenommene Auslegung bestehen auch keine verfassungsrechtlichen Bedenken wegen der Ausweitung des Geltungsbereichs des § 850 i ZPO trotz des Anspruchs der Gläubiger auf eine wirkungsvolle Zwangsvollstreckung. (Art. 14 I GG).

„[Dies] findet ... seine Rechtfertigung in der Aufhebung der Ungleichbehandlung der Einkunftsarten und in dem verfassungsrechtlich gebotenen gleichmäßigen Schutz existentieller Lebensgrundlagen (Art. 1 I GG i.V.m. Art. 20 I GG). Es ist verfassungsrechtlich nicht geboten, dass allein das Arbeitseinkommen vor der Kahlpfändung geschützt wird und Selbständige gegebenenfalls im Alter auf Transferleistungen angewiesen sind (vgl. Ahrens, ZInsO 2010, 2357; Meller-Hannich, WM 2011, 529 [530 f.]).“ (BGH aaO)

II. Anwendung auf den Fall

Damit fallen die Einkünfte des Schuldners unter § 36 I 2 InsO i.V.m. 850 i ZPO. Das Gericht ist daher verpflichtet, eine Entscheidung darüber zu treffen, welcher angemessene Betrag ihm zu belassen ist.

ZPO
§ 256 I**Zulässigkeit der Feststellungsklage
geringe Möglichkeit eines künftigen Schadens**

ZPO

(BGH in NZM 2014, 511, Urteil vom 02.04.2014 – VIII ZR 19/13)

1. Das für die Zulässigkeit einer Feststellungsklage notwendige berechtigte Interesse setzt voraus, dass bei verständiger Würdigung mit einem Schaden „wenigstens zu rechnen“ ist.
2. Dies ist nicht der Fall, wenn die Möglichkeit eines Schadenseintritts zwar **minimal über dem allgemeinen Lebensrisiko** liegt, jedoch auf Grund der Umstände des Einzelfalls als „sehr, sehr gering“ anzusehen ist.
3. Bei der **kurzzeitigen, einmaligen Asbestbelastung** eines Mieters im Zuge der Freisetzung von Asbestfasern bei Austauscharbeiten (hier: asbesthaltige Vinylplatten) ist das **Risiko** zukünftig an einem **Tumor** zu erkranken als **so niedrig anzusetzen**, dass mit einer derartigen Erkrankung nicht wirklich zu rechnen ist, so dass ein Feststellungsinteresse

A. Grundlagenwissen: Die Feststellungsklage, § 256 ZPO**I. Allgemeines**

Nach § 256 ZPO kann Klage auf

- Feststellung des **Bestehens oder Nichtbestehens eines Rechtsverhältnisses**,
- auf **Anerkennung einer Urkunde** oder
- auf **Feststellung ihrer Unechtheit**

erhoben werden, wenn der Kläger ein **rechtliches Interesse** daran hat, dass das Rechtsverhältnis oder die Echtheit oder Unechtheit der Urkunde durch richterliche Entscheidung **alsbald** festgestellt wird.

Die Feststellungsklage führt daher weder zu einem Leistungsbefehl (Leistungsklage) oder eine Gestaltung der Rechtslage (Gestaltungsklage), sondern zu einer verbindlichen Feststellung der bestehenden Rechtsituation. Insofern ist zu unterscheiden zwischen einer positiven und einer negativen Feststellungsklage. Mit der positiven Feststellungsklage soll ein Rechtsverhältnis oder die Echtheit einer Urkunde festgestellt werden, bei der negativen Feststellungsklage wird das Bestehen eines Rechtsverhältnisses oder die Echtheit einer Urkunde geleugnet.

II. Zulässigkeit der Feststellungsklage**1. Prozess- und allgemeine Sachurteilsvoraussetzungen**

Auch die Zulässigkeit der Feststellungsklage setzt das Vorliegen der Prozess- und der allgemeinen Sachurteilsvoraussetzungen voraus. Soweit insofern im Rahmen der allgemeinen Sachurteilsvoraussetzungen die Ordnungsgemäßheit der Klageschrift nach § 253 II Nr. 2 ZPO einen **bestimmten Klageantrag** voraussetzt, ist bei der Feststellungsklage besonders darauf zu achten, das **Rechtsverhältnis**, über das ein Ausspruch erfolgen soll **so genau zu bezeichnen**, dass über dessen **Identität** und damit über den Umfang der Rechtskraft des begehrten Feststellungsanspruchs **keinerlei Ungewissheit** herrschen kann. Ein Feststellungsantrag, der diesem Erfordernis nicht genügt, ist unzulässig (vgl. BGH NJW 2001, 445, 447).

2. Besondere Sachurteilsvoraussetzungen

Eine Feststellungsklage ist darüber hinaus nur zulässig, wenn ein berechtigtes Feststellungsinteresse daran besteht, dass das Rechtsverhältnis oder die Echtheit bzw. Unechtheit einer Urkunde besteht oder nicht besteht.

a) Feststellungsinteresse**aa) Allgemeines**

Das als besondere Sachentscheidungs voraussetzung für eine Feststellungsklage erforderliche Feststellungsinteresse ist eine **besondere Aus-**

prägung der Prüfung des **Rechtsschutzbedürfnisses**. Vorliegen muss das Feststellungsinteresse **bis zum Schluss der mündlichen Verhandlung** (vgl. Musielak-Foerste, § 256 ZPO, Rn. 7). Fehlt es, so kann die Feststellungsklage durch Prozessurteil als unzulässig zurückgewiesen werden. Ist die Feststellungsklage jedoch **unbegründet**, so kann das Gericht statt ein Prozessurteil zu erlassen die Klage **auch durch Sachurteil** als unbegründet zurückweisen und damit eine weitere Klagemöglichkeit nehmen (vgl. BGH NJW 1987, 2808, 2809; BGH NJW-RR 2001, 957).

Da es bei der Feststellungsklage weder um den Ausspruch einer Leistungspflicht noch um die Gestaltung der Rechtslage geht, hat der Kläger nur dann ein schutzwürdiges Interesse daran, die Gerichte mit seinem Anliegen zu beschäftigen, wenn dem Recht oder der Rechtslage des Klägers eine gegenwärtige **Gefahr der Unsicherheit droht** und wenn das erstrebte Urteil geeignet ist, diese Gefahr zu beseitigen. Unsicherheit droht der **Rechtsposition** insbesondere, wenn der **Beklagte** sie **verletzt** oder **ernstlich bestreitet** (BGH NJW 1977, 1881; BGH, NJW 1984, 1118; BGH NJW 1986, 2507). Ein Feststellungsinteresse besteht aber auch, wenn sich der Beklagte **eines Anspruchs** gegen den Kläger **berühmt** (vgl. BGH NJW 1984, 1754; BGH NJW 1995, 2032, 2033). Allerdings muss aus der Unsicherheit eine **gegenwärtige Gefahr** resultieren. Dies ist der Fall, wenn ohne die verbindliche Feststellung des Gerichts Verjährungsgefahr droht (vgl. BGH NJW 1991, 2707, 2708; OLG Hamm NJW-RR 1997, 1488, 1489 oder bei Feststellung einer Schadensersatzpflicht der Eintritt eine zukünftigen Schadens aus einem bereits erfolgten Schadensereignis zumindest möglich erscheint (vgl. BGH NJW 1993, 648, 653; BGH NJW 1992, 1035; BGH NJW 2006, 830, 832).

bb) Subsidiarität

Konnte der Kläger statt der Feststellungsklage auch schon eine Leistungsklage erheben, so ist die Feststellungsklage gleichwohl **nicht grundsätzlich subsidiär** gegenüber einer möglichen Leistungsklage (vgl. BGH NJW 1984, 1118, 1119; BGH NJW 1996, 2725, 2726). Ein Feststellungsinteresse besteht jedoch nach h.M. jedenfalls dann nicht, wenn um ein Rechtsverhältnis gestritten wird und der Kläger auch sofort Leistungsklage erheben und damit einen vollstreckbaren Titel erlangen könnte, da er dann kein schutzwürdiges Interesse daran hat, die Gerichte mehrfach mit seiner Angelegenheit zu befassen (vgl. BGH NJW 1997, 870; BGH NJW 2003, 3274, 3275). Dies ist insbesondere relevant bei einer Feststellungsklage auf das Bestehen eines Rechtsverhältnisses auch dem schon aktuell Ansprüche hergeleitet werden können und sollen.

Trotz Möglichkeit einer Leistungsklage kann jedoch in bestimmten Fällen gleichwohl ausnahmsweise ein Feststellungsinteresse für eine Leistungsklage bestehen.

b) Anforderungen an das Rechtsverhältnis

Die Feststellungsklage ist weiterhin nur zulässig, wenn der Antrag sich auf die Feststellung eines **feststellungsfähigen Rechtsverhältnisses** richtet. Im Rahmen der Zulässigkeit kommt es allerdings nur darauf an, ob das Bestehen eines feststellungsfähigen Rechtsverhältnisses **nachvollziehbar behauptet** wird. Ob ein solches tatsächlich und in der vom Kläger gewünschten Hinsicht besteht, ist dann erst eine Frage der Begründetheit.

aa) Rechtsverhältnis

Ein der Feststellungsklage zugängliches Rechtsverhältnis liegt vor, wenn es um die **Rechte und Pflichten von Personen zueinander oder zu Sachen** geht, wobei es nicht immer um das gesamte Rechtsverhältnis gehen muss, sondern **auch einzelne Rechte und Pflichten** feststellungsfähig

sind. Es muss allerdings immer um ein **konkretes Rechtsverhältnis** gehen. Abstrakte Rechtsfragen können mit der Feststellungsklage nicht geklärt werden (vgl. RGZ 148, 81, 100; BGH WM 2001, 378, 380; BAG NJW 1985, 220.) Dies gilt auch hinsichtlich einzelner Elemente eines Rechtsverhältnisses wie rechtliche Vorfragen oder reine Tatsachenfragen.

bb) Gegenwärtigkeit

Grundsätzlich muss es um ein **aktuell bestehendes** oder **nicht bestehendes** Rechtsverhältnis gehen. Aber auch **schon erloschene** Rechtsverhältnisse sind feststellungsfähig, wenn sie noch **Grundlage aktueller Ansprüche** sein können (vgl. BGH NJW 1958, 1293; BGH WM 1981, 1050; BAG NJW 1994, 1751). **Künftige Rechtsverhältnisse** hingegen sind **nicht feststellungsfähig**.

B. Fehlen eines hinreichenden Feststellungsinteresses bei nur geringer Möglichkeit eines zukünftigen Schadenseintritts (vgl. BGH in NZM 2014, 511)

Fall: Die Kl. wohnten mit ihren Eltern von 1998–2008 in einer von der Bekl. gemieteten Wohnung in Berlin. Der Fußboden der Wohnung bestand bei Mietbeginn aus asbesthaltigen Vinylplatten (sog. Flexplatten). Nachdem sich der nach Nutzungsbeginn von den Eltern der Kl. über den Flexplatten verlegte Teppich Mitte des Jahres 2005 im vorderen Teil des Flurs gelockert hatte, entfernte der Vater der Kl. in diesem Bereich den Teppich und bemerkte, dass die unter dem Teppich befindlichen Flexplatten teilweise gebrochen waren und offene Bruchkanten aufwiesen. Der Vater der Kl. informierte die Bekl. Ende Juli 2005 über diesen Umstand, worauf die Bekl. der Streithelferin zu 1 am 05.08.2005 den Auftrag erteilte, die beschädigten Flexplatten auszutauschen. Dies geschah am Vormittag des 15.08.2005 durch den Streithelfer zu 2, einen Mitarbeiter der Streithelferin zu 1. Zu dieser Zeit waren die Kl. in der Schule. Als sie am Nachmittag in die Wohnung zurückkehrten, hatte der Streithelfer zu 2 die Wohnung bereits verlassen. Mitte September 2005 verlegte der Vater der Kl. über den ausgetauschten Flexplatten einen neuen Teppich. Die Eltern der Kl. wurden erst im Juni 2006 durch einen an alle Mieter gerichteten Serienbrief darüber informiert, dass die Flexplatten asbesthaltiges Material enthielten. Die Kl. behaupteten, der Streithelfer zu 2 habe die Arbeiten am 15.8.2005 unter Verstoß gegen Sicherheitsvorschriften unsachgemäß durchgeführt. Insbesondere sei die Baustelle ungereinigt verlassen worden. Der vorhandene Staub sei erst von der Mutter der Kl. am Nachmittag des 15.08.2005 zusammengekehrt worden, als die Kl. bereits wieder in der Wohnung anwesend gewesen seien. Es müsse damit gerechnet werden, dass die Kl. im Zeitraum Juli 2005 bis September 2005, insbesondere durch die Vorgänge im Juli/August 2005, Asbestfasern aufgenommen hätten, die in der Folge schwere Gesundheitsschäden (Tumore) verursachen könnten.

Die Kl. nahmen die Bekl. auf Feststellung in Anspruch, dass diese verpflichtet ist, den Kl. alle materiellen und immateriellen Schäden, die ihnen aus der Gesundheitsgefährdung, die durch den Asbestkontakt in den Mieträumen in der Wohnung bereits entstanden sind und/oder als Spätfolgen noch entstehen werden, zu ersetzen, soweit die Ansprüche nicht auf einen Sozialversicherungsträger oder andere Dritte übergegangen sind. Ist die Klage zulässig?

Eine Feststellungsklage nach § 256 I ZPO ist nur zulässig, wenn ein berechtigtes Feststellungsinteresse daran besteht, dass das Rechtsverhältnis besteht oder nicht besteht.

I. Anforderungen an das Rechtsverhältnis

Es muss ein feststellungsfähiges Rechtsverhältnis vorliegen, also um die **Rechte und Pflichten von Personen zueinander oder zu Sachen** gestritten werden, wobei auch **einzelne Rechte und Pflichten** feststellungsfähig sind. Hierbei muss es um ein **aktuell bestehendes** oder **nicht bestehendes** Rechtsverhältnis gehen.

„Rechtsfehlerfrei hat das BerGer. ... angenommen, dass der Bekl. im Zusammenhang mit dem von ihr in Auftrag gegebenen Austausch der asbesthaltigen Vinylplatten eine über § 278 BGB zurechenbare Pflichtverletzung ihrer Streithelfer zu 1 und 2 zur Last fällt, da der Streithelfer zu 2 während der Arbeiten in der Wohnung vorgeschriebene Sicherheitsmaßnahmen unbeachtet gelassen hat. Auch ist die rechtliche Würdigung der Vorinstanzen, die Bekl. habe eine vertragliche Nebenpflicht (§ 241 II BGB) dadurch verletzt, dass sie die Eltern der Kl. nach der im Juli 2005 erfolgten Anzeige, es lägen Flexplatten mit offenen Bruchkanten frei, nicht umgehend über die von den Platten möglicherweise ausgehenden Gefahren informierte, aus Rechtsgründen nicht zu beanstanden. Dies stellt auch die Revision nicht in Frage.“ (BGH aaO)

Ein feststellungsfähiges, aktuell bestehendes Rechtsverhältnis liegt damit vor.

II. Feststellungsinteresse

Fraglich ist allerdings, ob die Kläger ein hinreichendes Feststellungsinteresse haben. Dies ist fraglich, da im Fall offen ist, ob überhaupt ein Schaden eintreten wird. Insofern

kommt es darauf an, mit welchem Grad an Wahrscheinlichkeit der als möglich dargestellte, zukünftige Schaden eintreten muss.

„Selbst wenn man für die Zulässigkeit der Feststellungsklage die bloße Möglichkeit eines durch die Pflichtverletzungen verursachten Schadenseintritts genügen lassen wollte (vgl. BGH, NJW 2001, 1431 [unter II 2]; NJW 2001, 3414 [unter II 3]; NJW-RR 2007, 601 Rn. 5), ist die Zulässigkeit der Klage im Streitfall zu verneinen. Denn bei verständiger Würdigung besteht aus der Sicht der Kl. auf der Grundlage der vom BerGer. getroffenen Feststellungen und des diesen Feststellungen zu Grunde liegenden Sachverständigengutachtens kein Grund, mit einem Schaden „wenigstens zu rechnen“ (vgl. BGH, NJW-RR 2007, 601 Rn. 5 m.w.N.).

*Das BerGer. hat, gestützt auf die gutachterlichen Äußerungen des gerichtlich bestellten Sachverständigen, ausgeführt, dass die **Verwirklichung des Risikos**, an einem durch die Pflichtverletzung der Bekl. verursachten **Tumor zu erkranken**, **„eher unwahrscheinlich“** sei. Dennoch sei die Feststellungsklage (zulässig und) begründet, weil der Sachverständige ein auf Grund der Asbest-Exposition bestehendes Risiko, das **geringfügig über dem allgemeinen Lebensrisiko** liege, nicht ausgeschlossen habe.*

*Dem kann, wie die Revision zu Recht rügt, nicht gefolgt werden. Der Sachverständige, Professor für Arbeits- und Sozialmedizin, hat ausgeführt, dass das Risiko der Kl., in Zukunft an einem Tumor zu erkranken, der auf die der Bekl. zurechenbaren Pflichtverletzungen zurückzuführen ist, zwar **minimal über dem allgemeinen Lebensrisiko** liege, jedoch auf Grund der anzunehmenden Exposition der Kl. mit Asbestfasern, die im Niedrigdosisbereich liege, als **„sehr, sehr gering“** anzusehen sei; mit einer Tumorerkrankung sei **„nicht zu rechnen“**.“ (BGH aaO)*

Bei dieser Sachlage müssen die Kl. bei verständiger Würdigung nicht mit der Möglichkeit des zukünftigen Eintritts eines durch die Pflichtverletzung der Bekl. verursachten Schadens rechnen. Es fehlt an einem berechtigten Interessen an der begehrten Feststellung, so dass die Klage unzulässig ist.

StPO
§§ 140, 141

Pflichtverteidigerbestellung
Keine Erstreckung auf das Adhäsionsverfahren
(OLG Koblenz in JurBüro 2014, 356 = Rpfleger 2014, 542;
Beschluss vom 14.03.2014 – 2 Ws 104/14)

StPO

Die **Bestellung zum Pflichtverteidiger umfasst nicht** auch die Vertretung des Angekl. im **Adhäsionsverfahren**.

Fall: Dem Angekl. wurde eine gefährliche Körperverletzung zum Nachteil des Z zur Last gelegt. Das Amtsgericht bestellte dem Angekl. Rechtsanwalt B gem. § 140 II StPO als Pflichtverteidiger. In der Hauptverhandlung stellte der Z den Antrag, den Angekl. im Wege des Adhäsionsverfahrens zur Zahlung eines Schmerzensgeldes zu verurteilen. Daraufhin schlossen beide einen in der Hauptverhandlung protokollierten Vergleich zur Abgeltung sämtlicher materieller und immaterieller Schäden aus der angeklagten Tat durch Zahlung von 3000 €.

Der Pflichtverteidiger B beantragte nach rechtskräftiger Verurteilung des Angekl., neben der Festsetzung von Pflichtverteidigergebühren und -auslagen weitere Gebühren (Nr. 4143 VV-RVG) und Auslagen für die Vertretung des Angekl. im Adhäsionsverfahren festzusetzen und begründete dies damit, dass sich die Beiordnung als Pflichtverteidiger auf die Vertretung des Angeklagten im Adhäsionsverfahren erstrecke.

Die **Frage, ob die Bestellung des Verteidigers zum Pflichtverteidiger** des Angekl. nach §§ 140, 141 StPO als solche auch **das Tätigwerden zur Abwehr eines** gegen den Angekl. gerichteten **Adhäsionsantrages** umfasst, ist umstritten.

Während der **BGH** die Frage, ob die Bestellung zum Pflichtverteidiger auch das Tätigwerden zur Abwehr von Adhäsionsanträgen umfasst, ausdrücklich offengelassen hat (NJW 2001, 2486), wird diese in der obergerichtlichen Rspr. und der Lit. unterschiedlich beantwortet.

- I. **Teile der Lit. und der Rspr.** vertreten die Auffassung, dass die Bestellung eines Rechtsanwalts zum Pflichtverteidiger auch die Befugnis zur Vertretung bei der Geltendmachung vermögensrechtlicher Ansprüche des Verletzten im Adhäsionsverfahren umfasse, ohne dass es einer zusätzlichen und gesonderten Beiordnung oder der Bewilligung von Prozesskostenhilfe bedürfe.

Grund hierfür sei, dass die Bestellung zum Pflichtverteidiger für das gesamte Strafverfahren gelte, daher auch für das Adhäsionsverfahren als unselbstständigen Teil des Strafverfahrens, und sich der Angekl. insgesamt verteidigen müsse. Die Tätigkeit des Verteidigers im Strafverfahren lasse sich nicht von derjenigen des anwaltlichen Vertreters im Adhäsionsverfahren trennen, zumal beide in unmittelbarer Wechselwirkung stünden. Es sei daher praktisch keine Tätigkeit des Pflichtverteidigers für den Angekl. denkbar, die nicht zugleich Einfluss zumindest auf die Höhe des im Adhäsionsverfahren geltend gemachten Anspruchs haben könnte.

Meyer-Goßner, StPO, 56. Aufl. § 140 Rn. 5; Karlsruher Kommentar, StPO, 7. Aufl., § 140 Rn. 4; OLG Schleswig NStZ 1998, 101; OLG Hamm StraFo 2001, 361; OLG Köln StraFo 2005, 394; OLG Rostock StV 2011, 656, jeweils m. w. N.

- II. Nach der **überwiegenden Auffassung in der obergerichtlichen Rspr.** ist die Abwehr von Adhäsionsanträgen jedoch nicht von der Bestellung zum Pflichtverteidiger umfasst.

Diese Auffassung wird damit begründet, dass die Verteidigerbestellung nur soweit reiche, wie es nötig sei, sich gegen den staatlichen Strafanspruch zu verteidigen. Der Gesetzgeber habe in § 404 V StPO eine besondere Beiordnungsregelung getroffen, die sich an Bedürftigkeit und Erfolgsaussicht orientiere und sowohl in ihrem Ablauf als auch in den anzuwendenden Entscheidungsmaßstäben von dem Verfahren zur Bestellung eines Pflichtverteidigers unterscheide. Diese würde weitestgehend ins Leere laufen, wenn man die allgemeine Beiordnung nach § 140 StPO genügen lassen würde.

OLG Hamm NJW 2013, 325; OLG Karlsruhe StraFo 2013, 84; OLG Düsseldorf NJW-Spezial 2012, 508; OLG Hamburg, Beschluss 1 Ws 6/13 vom 15. April 2013, zitiert nach juris, wie schon VRS 119, 225 unter ausdrücklicher Aufgabe der früher vertretenen Gegenansicht in NStZ-RR 2006, 347; KG JurBüro 2011, 254; OLG Oldenburg StraFo 2010, 306; OLG Stuttgart Justiz 2009, 201; OLG Celle NStZ-RR 2008, 190; OLG Zweibrücken JurBüro 2006, 643; jeweils m. w. N.

III. **OLG Koblenz aaO** schließt sich (in Übereinstimmung mit der Entscheidung des 1. Senats des OLG Koblenz im Beschluss 1 AR 22/11 Str vom 26.09.2011) der herrschenden Auffassung an.

1. Für diese spricht, dass die **Pflichtverteidigerbestellung** nach §§ 140, 141 StPO und die **Vertretung und Beordnung im Adhäsionsverfahren unterschiedliche Zwecke verfolgen**.

*„Die Pflichtverteidigerbestellung stellt sich als **Konkretisierung des Rechtsstaatsprinzips** zur Sicherung des Interesses des Rechtsstaates an einem prozessordnungsgemäßen Verfahren und an einer **wirksamen Verteidigung des Beschuldigten** sowie als Ausgestaltung des **Gebots fairer Verfahrensführung** dar (Meyer-Goßner aaO, Rn. 1; Karlsruher Kommentar aaO, Rn. 1; jeweils m. w. N.). Demgegenüber gehört das **Adhäsionsverfahren** nicht zu den Prozessabschnitten, die den staatlichen Strafanspruch realisieren, sondern ist ein **Annex, der das zivilrechtliche Anspruchsinteresse des Verletzten aus rechtsökonomischen Erwägungen und wegen des Sachzusammenhangs in das Strafverfahren integriert** (vgl. OLG Zweibrücken aaO), ohne dass der rein zivilrechtliche Charakter dadurch verloren geht. Dementsprechend hat der Gesetzgeber in den §§ 140, 141 StPO für die Bestellung eines Pflichtverteidigers und in § 404 V StPO für die Beordnung eines Rechtsanwalts im Adhäsionsverfahren **unterschiedliche Anforderungen** aufgestellt. Diese orientieren sich im ersten Fall ohne Rücksicht auf die Einkommens- und Vermögensverhältnisse rein am strafrechtlichen Vorwurf, während sie die Beordnung im zweiten Fall, konsequent zivilprozessrechtlichen Grundsätzen folgend, von der Bedürftigkeit, der fehlenden Mutwilligkeit und den Erfolgsaussichten abhängig machen. Dass ein Fall der notwendigen Verteidigung nach § 140 II 1 Nr. 9 StPO auch dann gegeben ist, wenn dem Verletzten ein Rechtsanwalt nach §§ 397a und 406g StPO beigeordnet worden ist, stellt keine Durchbrechung dieser straf- und zivilprozessrechtlichen Trennung dar. Denn die Beordnung eines Beistandes für den Nebenkläger betrifft nur dessen aktive Beteiligungsbefugnis für die strafprozessualen Verfahrensabschnitte, während auch für ihn die Durchsetzung von Entschädigungsansprüchen nach den Regeln des Adhäsionsverfahrens gemäß den §§ 403 ff. StPO erfolgt und auch insoweit eine gesonderte Beordnung für das Adhäsionsverfahren erforderlich ist (allg. Auff.; BGH NSTZ-RR 2009, 253).“* (OLG Koblenz aaO)

2. Weder aus dem **Sinn** noch aus dem **Wortlaut des § 404 Abs. 5 StPO** lässt sich eine Beschränkung des Beordnungserfordernisses auf die Fälle der nicht notwendigen Verteidigung entnehmen, wie dies von der Mindermeinung vertreten wird.

*„Es besteht **kein zwingender Zusammenhang zwischen der Schwere des strafrechtlichen Vorwurfs und der Höhe und Komplexität der Schadensersatzforderung**, so dass der notwendig verteidigte Angekl. gegenüber dem nicht notwendig zu verteidigenden Angekl. privilegiert würde, ohne dass ein triftiger Grund hierfür ersichtlich ist. Es sind zahlreiche Fälle denkbar, in denen der strafrechtliche Vorwurf unabhängig von seiner Schwere leicht aufklärbar ist oder sogar eingestanden wird, in denen aber eine Auseinandersetzung mit erheblichen und schwierig zu beurteilenden Schadensersatzforderungen erforderlich ist. Dem nicht notwendig zu verteidigenden Angekl., bspw. im Bereich der Fahrlässigkeitsdelikte, in denen der strafrechtliche Vorwurf oft eher gering ist, so dass eine Pflichtverteidigerbestellung nicht in Betracht kommt, kann im Adhäsionsverfahren nur ein Verteidiger beigeordnet werden, wenn er bedürftig ist und die Verteidigung gegen die Schadensersatzforderung Aussicht auf Erfolg hat und nicht mutwillig erscheint. Ein Angekl. hingegen, dem aufgrund der Schwere des Deliktes ein Pflichtverteidiger bestellt wurde, könnte sich unabhängig von diesen Voraussetzungen mit Hilfe des Verteidigers gegen die Schadensersatzforderungen zur Wehr setzen, selbst wenn er die Tat vollumfänglich eingeräumt hat. Er könnte dies sogar dann, wenn der schadensersatzrechtliche Sachverhalt noch so einfach, eindeutig oder gar unstrittig ist, während der nicht notwendig zu verteidigende Angekl. in diesen Fällen wegen fehlender Erfolgsaussichten oder wegen Mutwilligkeit keine Beordnung erlangen könnte. Der Senat sieht für eine solche Differenzierung keine Rechtfertigung.“* (OLG Koblenz aaO)

3. Auch das **Argument**, fast jede Tätigkeit des Verteidigers im Strafverfahren stünde in **unmittelbarer Wechselwirkung** und fast jede auf den Strafvorwurf bezogene Verteidigertätigkeit habe unmittelbare Auswirkungen auf den Adhäsionsantrag, **vermag** nach Auffassung des OLG Koblenz aaO **nicht zu überzeugen**.

*„Zwar trifft es zu, dass kaum eine Tätigkeit des Pflichtverteidigers denkbar ist, die nicht zugleich Einfluss aufgrund und Höhe eines im Adhäsionsverfahren geltend gemachten Anspruchs haben könnte. Dies gibt jedoch keine Veranlassung, die Adhäsionstätigkeit des Verteidigers über die Pflichtverteidigergebühren zu vergüten. Jeder Verteidiger, ob notwendig zu bestellen oder nicht, hat sich - unabhängig von der Stellung eines Adhäsionsantrages - bei Prüfung der §§ 46, 46a StGB ohnehin mit den verschuldeten Auswirkungen der Tat und möglichen Opferansprüchen, somit auch mit möglichen zivilrechtlichen Ansprüchen des durch die Tat Verletzten, auseinanderzusetzen, so dass die grundsätzliche Befassung mit diesen Ansprüchen bereits von den Gebühren der strafrechtlichen Tätigkeit abgedeckt ist. Für den Fall der Erforderlichkeit einer weitergehenden zivilrechtlichen Prüfung und Tätigkeit besteht auch für den notwendig verteidigten Angekl. jederzeit die **Möglichkeit einen Antrag auf Prozesskostenhilfe und Anwaltsbeordnung nach § 404 V StPO zu stellen**. Dies ist **zumutbar** und erscheint zur angemessenen Berücksichtigung der Umstände des Einzelfalls geeigneter und sachgerechter.“* (OLG Koblenz aaO)

VwGO
§ 47 II

Antragsbefugnis im Normenkontrollverfahren Heranrücken von Wohngebieten

VwGO

(VGH Kassel in NVwZ-RR 2014, 677; Urteil vom 07.04.2014 – 3 C 914/13)

1. Das Heranrücken eines reinen Wohngebietes an ein anderes reines Wohngebiet löst auch dann keine Antragsbefugnis der Eigentümer angrenzender Grundstücke aus, wenn der Bebauungsplan entgegen den bisherigen Festsetzungen Mehrfamilienwohnhäuser vorsieht.
2. Der zu erwartende Verkehrslärm durch hinzukommende 30 Wohneinheiten in einem reinen Wohngebiet ist als geringfügig anzusehen und begründet daher keine Antragsbefugnis gem. § 47 II VwGO.
3. Aus dem Gebot der gegenseitigen Rücksichtnahme besteht für Eigentümer in einem reinen Wohngebiet, die auf ihren Grundstücken villenartige Gebäude errichtet haben, kein Abwehranspruch gegen die planerische Festsetzung eines reinen Wohngebietes mit Mehrfamilienhäusern.
4. Die Veränderung des Verkehrswertes eines Grundstücks, die durch planerische Festsetzungen eines Bebauungsplans für außerhalb des Plangebiets gelegene Grundstücke eintritt, stellt grundsätzlich keinen schutzwürdigen Belang dar, der bei der Abwägung zu berücksichtigen wäre.

Fall: Die Beteiligten streiten über die Rechtsgültigkeit des Bebauungsplans der Antragsgegnerin „4. Teiländerung des Bebauungsplans A. G.“.

Der Bebauungsplan überplant einen Teilbereich des Bebauungsplans „A. G.“ vom 08.11.1979. Das Plangebiet war vormals als „Sondergebiet Landwirtschaftsschule“ festgesetzt gewesen. Die Nutzung ist zwischenzeitlich aufgegeben. Westlich und östlich des streitgegenständlichen Plangebiets setzt der Bebauungsplan „A. G.“ reine Wohngebiete fest.

Ziel des Bebauungsplanverfahrens ist es nach Bekunden der Antragsgegnerin, das Plangebiet nunmehr einer Wohnnutzung zuzuführen, dadurch die städtebauliche Situation zu verbessern, eine Innenbereichsfläche für die Wohnnutzung wieder nutzbar zu machen.

Die Antragstellerin ist Eigentümerin der sich westlich an das Plangebiet anschließenden Grundstücke Flur A, Flurstücke A, B, C und D. Die am nächsten zum Plangebiet liegenden Flurstücke A, B und D sind unbebaut; das sich daran westlich in einer Entfernung von ca. 50 m anschließende Flurstück C ist mit dem Wohnhaus der Antragstellerin bebaut. Es handelt sich um ein Villengebiet

Gegen den in einem ordnungsgemäßen Verfahren erlassenen Änderungsbeschluss zum Bebauungsplan A. G. erheben die Antragsteller Normenkontrollklage. Wird diese Erfolg haben?

Die Normenkontrollklage nach § 47 VwGO wird Erfolg haben, wenn sie zulässig und begründet ist.

I. Zulässigkeit

1. Eröffnung des Verwaltungsrechtswegs, § 40 I 1 VwGO

Gegen die Eröffnung des Verwaltungsrechtswegs bestehen keine Bedenken, da die Streitigkeit nach kommunal- und baurechtlichen Vorschriften zu entscheiden und daher auf jeden Fall öffentlich-rechtlich ist.

2. Sonstige Allgemeine Sachentscheidungsvoraussetzungen

Hinsichtlich des Bestehens der allgemeinen Sachentscheidungsvoraussetzungen bestehen keine Bedenken, insbesondere ist nach § 47 VwGO der VGH auch erstinstanzlich zuständig.

3. Statthaftigkeit des Antrags

Das Normenkontrollverfahren ist nach § 47 I Nr. 1 VwGO statthaft gegen **Satzungen nach BauGB**.

„Der Normenkontrollantrag der Antragsteller ist statthaft, denn er richtet sich gegen einen nach § 10 Abs. 1 BauGB als Satzung beschlossenen Bebauungsplan, dessen Gültigkeit gemäß § 47 Abs. 1 Nr. 1 VwGO vom Hessischen Verwaltungsgerichtshof überprüft werden kann.“ (VGH Kassel aaO)

4. Antragsbefugnis, § 47 II 1 VwGO

Fraglich ist jedoch, ob die Antragstellerin antragsbefugt ist. Antragsbefugt ist jede natürliche oder juristische Person, die geltend machen kann aktuell oder **in absehbarer Zeit** in einem subjektiv-öffentlichen Recht verletzt zu sein. Behörden hingegen sind ohne weiteres antragsbefugt.

a) Prüfungsmaßstab

„Hierbei sind an die Geltendmachung einer Rechtsverletzung **keine höheren Anforderungen** zu stellen, als sie auch für die **Klagebefugnis nach § 42 II VwGO** gelten (BVerwG, Urteil vom 24.09.1998 - 4 CN 2.98 - BRS 60 Nr. 46 = NJW 1999, 592). Danach genügt ein Antragsteller seiner Darlegungspflicht, wenn er hinreichend substantiiert Tatsachen vorträgt, die es **zumindest als möglich erscheinen lassen**, dass er durch Festsetzungen des Bebauungsplans **in seinen Rechten verletzt** wird.“ (VGH Kassel aaO)

b) Möglicher Verstoß gegen Abwägungsgebot

Die Antragstellerin muss sich daher auf ein subjektiv-öffentliches Recht berufen können, also eine öffentlich-rechtliche Norm, die nicht nur dem Schutz öffentlicher Interessen dient, sondern auch dazu bestimmt ist, private Interessen zu schützen. Die Norm muss daher drittschützenden Charakter haben.

„Da das in § 1 VII BauGB enthaltene **Abwägungsgebot drittschützenden Charakter** hinsichtlich solcher privater Belange hat, die für die Abwägung erheblich sind (BVerwG, Urteil vom 24.09.1998 - 4 CN 2.98 - a. a. O.), reicht es für die Antragsbefugnis im Sinne von § 47 II 1 VwGO aus, dass ein Antragsteller Tatsachen vorträgt, die eine **fehlerhafte Behandlung** seiner Belange in der Abwägung **möglich erscheinen lassen** (BVerwG, Urteil vom 05.03.1999 - 4 CN 18.98 - NVwZ 1999, 987).“ (VGH Kassel aaO)

Allerdings reicht hierfür **nicht jeder private Belang** aus, sondern nur ein **abwägungserheblicher**, d. h. einer, der in der konkreten Planungssituation einen städtebaulichen Bezug hat. Hierzu zählen nicht geringwertige Interessen sowie solche, die für die Gemeinde bei der Entscheidung über den Plan nicht erkennbar waren.

„Damit wird im Wesentlichen die ältere Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts zum Begriff des **Nachteils** gemäß § 47 II 1 VwGO a. F. fortgeführt. Danach war etwa die Betroffenheit durch eine **planbedingte Zunahme des Straßenverkehrs** abwägungsbeachtlich und konnte demgemäß einen rechtlich relevanten Nachteil begründen, wenn sie

(1.) mehr als geringfügig,

(2.) in ihrem Eintritt zumindest wahrscheinlich und

(3.) für die planende Stelle bei der Entscheidung über den Plan als abwägungserheblich erkennbar war

(vgl. z. B. BVerwG, Beschluss vom 09.11.1979, BVerwGE 59, 87; Beschluss vom 19.02.1992, DVBl. 1992, 1099).

Wann ein Antragsteller **mehr als nur geringfügig betroffen** wird, lässt sich nicht einheitlich, sondern nur unter Berücksichtigung der konkreten Gegebenheiten des Einzelfalles beurteilen, wobei die **allgemeinen Wohn- und Lebensverhältnisse** in dem betroffenen Gebiet in die Betrachtung einzubeziehen sind (vgl. Hess. VGH, Beschluss vom 21.08.2001 - 4 N 894/00 - und Urteil vom 01.09.2010 - 3 C 1521/08.N -). Der **Verkehrswert eines Grundstücks** als solcher, der durch planerische Festsetzungen eines Bebauungsplans für seine Umgebung gemindert wird, stellt grundsätzlich **keinen schutzwürdigen Belang** dar, der bei der Abwägung zu berücksichtigen wäre. Unmittelbare Auswirkungen eines Bebauungsplans auf den Verkehrswert mögen zwar zum Abwägungsmaterial gehören, soweit sie das überplante Grundstück selbst betreffen. Etwas anderes gilt jedoch für nur mittelbare Auswirkungen auf den Verkehrswert, vor allem, wenn sie bei Grundstücken außerhalb des Geltungsbereichs des Bebauungsplans auftreten (vgl. BVerwG vom 9.2.1995 - Az. 4 NB 17/94 - juris, NVwZ 1995, 895/896, juris; Bay. VGH, Urteil vom 03.03.2011 - 2 N 09.3058-juris).“ (VGH Kassel aaO)

c) Anwendung auf den Fall

Es stellt sich nun die Frage, ob unter Anlegung dieser Maßstäbe eine konkrete Verletzung der Rechte der Antragstellerin hinreichend wahrscheinlich zu erwarten ist.

aa) Städtebauliche Konflikte

Da es sich bei dem Grundstück der Antragstellerin um ein solches in einem reinen Wohngebiet handelt, gibt es keine Anhaltspunkte dafür, dass das Heranrü-

cken eines reinen Wohngebietes an ein vorhandenes reines Wohngebiet hinsichtlich der Art. der Nutzung zu städtebaulichen Konflikten führen könnte, die eine Antragsbefugnis der in dem bereits vorhandenen, benachbarten Wohngebiet liegenden Grundstückseigentümer begründen könnte.

bb) Zunahme der Verkehrsbelastung

Allerdings könnte die Zunahme der Verkehrsbelastung eine Antragsbefugnis begründen. Diese Zunahme ist jedoch nur unter Berücksichtigung des Umstandes anzunehmen, dass die Nutzung der Fläche als Landwirtschaftsschule schon seit längerer Zeit aufgegeben war. Insofern kommt es darauf an, ob auf die tatsächlichen Gegebenheiten oder auf die baurechtliche Planungssituation abzustellen ist.

*„Die Rechtsprechung hat sich bereits mehrfach mit der **Problematik der Antragsbefugnis gem. § 47 II VwGO bei einer Verkehrsbelastung durch heranrückende Wohnbebauung** befasst. Hinsichtlich der Lärmproblematik gilt, dass eine planbedingte Zunahme des Verkehrslärms auch unterhalb der Grenzwerte grundsätzlich zum Abwägungsmaterial gehört und damit die Antragsbefugnis des Betroffenen begründen kann. Ist der **Lärmzuwachs allerdings nur geringfügig** oder wirkt er sich nur unwesentlich auf das Nachbargrundstück aus, muss er **nicht in die Abwägung eingestellt werden** und die Antragsbefugnis entfällt (vgl. BVerwG, Beschluss vom 24.05.2007 - BVerwG 4 BN 16.07 - BRS 71 Nr. 35).*

*Die ... zu erwartende zusätzliche Verkehrsbelastung stellt sich als geringfügig dar und ist von der Nachbarschaft hinzunehmen. Abgesehen hiervon ist die Antragsbefugnis wegen befürchteter Verkehrsbelastung jedoch auch deshalb zu verneinen, weil die vormalige Ausweisung des „Sondergebietes Landwirtschaftsschule“ auch nach Auffassung des Senats eine **planbedingt höhere Verkehrsbelastung** insbesondere hinsichtlich der Nutzungsfrequenz mit sich gebracht hat, als dies bei der Ausweisung eines reinen Wohngebietes der Fall sein wird. Hierbei ist entgegen der Auffassung der Antragsteller nicht der Zustand der nicht mehr betriebenen Landwirtschaftsschule mit demjenigen des ausgewiesenen reinen Wohngebietes zu vergleichen, sondern allein die beiden **sich gegenüberstehenden planerischen Festsetzungen**. Dabei folgt der Senat der Einschätzung der Antragsgegnerin, dass von einer öffentlichen Schule mehr Fahrzeugbewegungen zu erwarten sind als von der Bebauung eines reinen Wohngebiets in dem streitigen Ausmaß.“ (VGH Kassel aaO)*

cc) Art der baulichen Nutzung

Die Antragstellerin befürchtet durch die planbedingte „Verdichtung“ des Baugebietes eine Veränderung des Charakters des Villengebietes. Hierbei könnte es sich um einen hinreichend gewichtigen abwägungsrelevanten Belang handeln.

*„Es ist Ausdruck der **Städtebaupolitik**, dass sie **nicht daran gebunden** ist - wie bei einer Vorhabenzulassung nach § 34 BauGB -, was in der maßgeblichen **Umgebung** vorhanden ist, sondern einem Gebiet neue und gegebenenfalls andere städtebauliche Impulse geben kann. Dies hat die Antragsgegnerin mit dem streitgegenständlichen Plan getan, ohne hierbei den Rechtskreis der Antragsteller zu berühren. [Das] Wohnen in einem Mehrfamilienwohnhaus ohne entsprechende planerische Festsetzungen [stellt] keine planungsrechtlich relevante (Unter-)Art der baulichen Nutzung im Vergleich zum Wohnen in einem Einfamilienwohnhaus - hier: villenartige Bebauung - dar. Aus dem **Gebot der gegenseitigen Rücksichtnahme** besteht von Seiten der Eigentümer in einem reinen Wohngebiet, die auf ihren Grundstücken villenartige Gebäude errichtet haben, **kein Abwehrenspruch** gegen eine heranrückende Bebauung mit einem Mehrparteienapartmenthaus. In beiden Fällen handelt es sich um Wohnen im Sinne des § 1 Abs. 2, § 3 BauNVO 1977, das **gegenseitige Abwehrensprüche allein wegen der Art der Nutzung** grundsätzlich nicht auszulösen vermag (vgl. Hess. VGH, Beschluss vom 31.10.2012 - 3 B 1876/12 - juris).“ (VGH Kassel aaO)*

dd) Maß der baulichen Nutzung

Die Festsetzungen zum Maß der baulichen Nutzung sind grundsätzlich nicht drittschützend und können nur ausnahmsweise eine Antragsbefugnis begründen. Ein solcher Ausnahmefall liegt hier nicht vor.

*„In Anbetracht der Tatsache, dass **planungsrechtlich weder ein Anspruch auf „Gleichbehandlung“** bei Festsetzungen eines Bebauungsplans im Verhältnis zu vorhandenen Festsetzungen außerhalb des Plangebietes besteht, **noch ein Anspruch auf Beibehaltung bestimmter Wohnstrukturen** oder auf Beibehaltung bestimmter Blickbeziehungen stellen sich die von den Antragstellern genannten Beeinträchtigungen einer „Massivbebauung“ als geringfügig und daher nicht abwägungsrelevant dar. Dies gilt auch soweit [die Antragstellerin] ... Schattenwurf beklagt. Außerhalb der bauordnungsrechtlichen Abstandsflächenvorschriften besteht grundsätzlich **kein***

Anspruch auf weitergehende Freihaltung benachbarte Grundstücksflächen, auch wenn durch die Ermöglichung einer Bebauung dort über Jahre bestehende Blickbeziehungen vereitelt werden.“ (VGH Kassel aaO)

ee) Wertverlust der Grundstücke

Die Antragstellerin geht im Weiteren von einem erheblichen Wertverlust ihrer Liegenschaften aus.

*„[Hierbei handelt es sich] um **nicht abwägungsrelevante**, weil **rein vermögensrechtliche Interessen**, die die Antragsgegnerin nicht in ihre Abwägung einstellen musste und die daher ebenfalls eine Antragsbefugnis der Antragsteller nicht begründen können. Wie aus § 1 III BauGB zu ersehen ist, darf sich die Gemeinde des Mittels der Bauleitplanung nur bedienen, soweit es für die städtebauliche Entwicklung und Ordnung erforderlich ist. Hierzu gehört **nicht** die Wahrung von **Wettbewerbsinteressen** oder **reinen Vermögensinteressen**. Denn gegenüber solchen Interessen verhält sich das Bauplanungsrecht neutral (vgl. BVerwG, Beschluss vom 26.02.1997 - 4 NB 5.97 - juris, m.w.N.).*

*[Der] **Verkehrswert** eines Grundstücks als solcher, der durch planerische Festsetzungen eines Bebauungsplans für seine Umgebung gemindert wird, [stellt] grundsätzlich **keinen schutzwürdigen Belang** dar, der bei der Abwägung zu berücksichtigen wäre. Unmittelbare Auswirkungen eines Bebauungsplans auf den Verkehrswert mögen zwar zum Abwägungsmaterial gehören, soweit sie das überplante Grundstück selbst betreffen. Etwas anderes gilt jedoch für nur **mittelbare Auswirkungen** auf den Verkehrswert, vor allem, wenn sie bei **Grundstücken außerhalb des Geltungsbereichs des Bebauungsplans** auftreten (vgl. BVerwG vom 9.2.1995 Az. 4 NB 17/94 - juris, NVwZ 1995, 895/896, juris; Bay. VGH, Urteil vom 03.03.2011 - 2 N 09.3058, juris).*

*Zudem haben bei der planerischen Abwägung alle (betroffenen) Interessen unbeachtet zu bleiben, die entweder - objektiv - geringwertig oder aber - sei es überhaupt, sei es im gegebenen Zusammenhang - nicht schutzwürdig sind (vgl. BVerwG vom 09.11.1979 aaO.). Nicht schutzwürdig in dem hier in Rede stehenden Sinn sind Interessen auch dann, wenn sich deren Träger vernünftigerweise darauf einstellen müssen, dass „so etwas geschieht“, und wenn deshalb ihrem etwaigen **Vertrauen in den Bestand oder Fortbestand etwa einer bestimmten Marktlage** oder Verkehrslage die **Schutzwürdigkeit fehlt** (vgl. BVerwG vom 09.11.1979 a. a. O.; vom 30.04.2004 Az. 4 CN 1/03, NVwZ 2004, 1120 = BayVBl. 2005, 55; vom 09.04.2008 Az. 4 CN 1/07, BVerwGE 131, 100).“ (VGH Kassel aaO)*

5. Ergebnis

Ein Verstoß gegen das Abwägungsgebot kommt nicht in Betracht. Eine konkrete Verletzung der Rechte der Antragstellerin ist nicht hinreichend wahrscheinlich zu erwarten, so dass diese nicht antragsbefugt ist. Der Normenkontrollantrag ist daher unzulässig und wird keinen Erfolg haben.

(OVG Saarlouis in NVwZ-RR 2014, 630; Beschluss vom 02.05.2014 – 2 B 225/14)

1. Bei der in Verfahren auf Anordnung der nach den § 80 II VwGO bei Rechtsbehelfen gegen im Rahmen der Verwaltungsvollstreckung ergehende Verwaltungsakte gebotenen Interessenabwägung kommt eine Aussetzungsentscheidung mit Blick auf den nur **vorübergehenden Verlust der Dispositionsmöglichkeiten** des Vollstreckungsschuldners hinsichtlich des Betrags des Zwangsgeldes regelmäßig nicht in Betracht. Diese Erwägungen gelten für die Entscheidung über lediglich eine Zwischenregelung für das Eilrechtsschutzverfahren mit absehbar deutlich geringerer Dauer als der Anfechtungsstreit in der Hauptsache erst Recht.
2. Eine solche Regelung unter Rückgriff auf das Gebot effektiven Rechtsschutzes (Art. 19 IV GG) kommt daher allenfalls in Fällen in Betracht, in denen bereits der vergleichsweise **kurzfristige Verlust des Geldbetrages** bei dem Pflichtigen zu einem **irreparablen Schaden** führt.
3. Die Frage der materiellen inhaltlichen Rechtmäßigkeit eines sofort vollziehbaren Grundverwaltungsakts ist vollstreckungsrechtlich in aller Regel nicht von Belang. Das ergibt sich ohne weiteres aus den Voraussetzungen für die Anwendung von Verwaltungszwang
4. Eine nachträgliche Erledigung der Anordnung im Grundverwaltungsakt durch Befolgung kann allenfalls im Rahmen der Geltendmachung eines Anspruchs auf **Vollstreckungsschutz gegen die Vollstreckungsbehörde** auf Einstellung weiterer, noch nicht umgesetzter Vollstreckungsmaßnahmen, hier der Beitreibung der festgesetzten Zwangsgelder, wegen „Zweckerreichung“ Bedeutung erlangen.

Fall: Die Antragsteller sind Eigentümer des mit einem mehrstöckigen Gebäude bebauten Anwesens E.-straße 47-49 in A-Stadt (Parzelle Nr. 24/24 in Flur 7 der Gemarkung A-Stadt).

Nachdem es seit März 2012 zu massiven Beschwerden von Bewohnern im Obergeschoss des Hauses wegen Belästigungen durch eine - genehmigte - Spielhalle gekommen war, gab die Antragsgegnerin den Antragstellern mit Bescheid vom 21.02.2013 unter Anordnung der sofortigen Vollziehbarkeit auf,

„für die Räume der Spielhallen in der E.-str. 45-47, 66 A-Stadt den Nachweis der Einhaltung der bautechnischen Anforderungen an den Schallschutz gem. DIN 4109 zu erbringen und dabei insbesondere die Anforderungen der DIN 4109 zu Räumen mit erhöhter Schutzbedürftigkeit zu beachten“.

In der Begründung wurde auf die nach einem Hinweis im Bauschein zu beachtenden eingeführten technischen Baubestimmungen (§ 3 Abs. 1 LBO 2004) verwiesen. Weiter heißt es dort unter anderem, die „Erbringung des Schallschutznachweises“ sei als mildestes Mittel behördlichen Handelns einzuordnen. Durch die Anordnung würden die Antragsteller als Eigentümer angehalten, die ihnen obliegenden Pflichten zur Einhaltung der einschlägigen Schallschutzbestimmungen zu überprüfen „und gegebenenfalls nachzubessern“. Daher sei dieses Mittel geeignet, eine erhebliche Beeinträchtigung geschützter Rechtsgüter Dritter zu beenden.

Für den Fall der Nichtbefolgung dieser Anordnung bis zum 18.04.2013 drohte die Antragsgegnerin den Antragstellern ein Zwangsgeld in Höhe von 900,- € an.

Die Antragsteller haben dagegen Widerspruch erhoben und zu dessen Begründung auf verschiedene ihrerseits getroffene beziehungsweise veranlasste Maßnahmen und weitere Bemühungen gegenüber dem Betreiber der Spielhalle hingewiesen.

Unter dem 02.01.2014 setzte die Antragsgegnerin unter Verweis auf die Nichtbefolgung der Anordnung zur Vorlage des geforderten Schallschutznachweises ein Zwangsgeld in Höhe von 700,- € gegen die Antragsteller fest. Gleichzeitig wurde unter Fristsetzung zum 27.02.2014 für die Vorlage des geforderten Nachweises ein weiteres Zwangsgeld in Höhe von 1.000,- € angedroht und aufschiebend bedingt festgesetzt.

Gegen die ihnen am 07.01.2014 zugestellte Festsetzung erhoben die Antragsteller mit Eingang vom 06.02.2014 ebenfalls Widerspruch. Im März 2014 beantragten die Antragsteller, die Vollstreckung des festgesetzten Zwangsgeldes auszusetzen. Zur Begründung verwiesen sie auf einen im Februar 2014 erteilten Auftrag an die Firma PAN AKUSTIK GmbH (Blieskastel) zur Erstellung des Nachweises der Einhaltung der bautechnischen Anforderungen an den Schallschutz gem. DIN 4109.

Nachdem die Antragsgegnerin dies abgelehnt hatte, beantragten die Antragsteller beim Verwaltungsgericht,

„die aufschiebende Wirkung des Widerspruchs ... gegen den Bescheid über die Zwangsgeldfestsetzung und Androhung eines weiteren Zwangsgeldes vom 06.01.2014 anzuordnen.“

Hierüber hat das Verwaltungsgericht noch nicht entschieden.

Einen gleichzeitig gestellten Antrag auf Aussetzung der Vollstreckung des Zwangsgeldes bis zur Entscheidung in dem einstweiligen Rechtsschutzverfahren, hat das Verwaltungsgericht hingegen zurückgewiesen. Zu Recht?

Die Antragsteller begehren eine Zwischenregelung im Rahmen des Verfahrens auf Anordnung der aufschiebenden Wirkung ihres Widerspruchs.

I. Zulässigkeit einer solchen Zwischenregelung

Eine solche Regelung ist im Verfahren auf einstweiligen Rechtsschutz vor dem Verwaltungsgericht gesetzlich nicht vorgesehen.

*„Nach der Rechtsprechung des Senats sind derartige Zwischenregelungen in Aussetzungsverfahren unter **unmittelbarem Rückgriff** auf die Gewährleistung des **Art. 19 IV 4 GG** nur sachgerecht, wenn eine **offensichtliche Aussichtslosigkeit** des Begehrens im Verfahren des vorläufigen Rechtsschutzes **nicht feststellbar** ist und zusätzlich **befürchtet** werden muss, dass bis zu einer gerichtlichen Entscheidung über dieses Begehren - hier im Verfahren 5 L 440/14 - **„vollendete Tatsachen“** geschaffen werden.“ (OVG Saarlouis aaO)*

II. Schaffung vollendeter Tatsachen

Fraglich ist also, ob ohne die begehrte Zwischenregelung im vorliegenden Fall vollendete Tatsachen geschaffen würden. Insofern kommt es darauf an, nach welchem Maßstab sich dies beurteilt, wenn es um ein Verfahren auf Anordnung der aufschiebenden Wirkung geht.

*„[Nach] der Rechtsprechung des Senats kommt bei einer in Verfahren auf Anordnung der nach den §§ 80 II VwGO, 20 AGVwGO bei Rechtsbehelfen gegen im Rahmen der Verwaltungsvollstreckung ergehende Verwaltungsakte jedenfalls in **Fällen offener Erfolgsaussicht** in der Hauptsache gebotenen Interessenabwägung eine Aussetzungsentscheidung mit Blick auf den nur vorübergehenden **Verlust der Dispositionsmöglichkeiten** des Vollstreckungsschuldners hinsichtlich des Betrags des Zwangsgeldes **„eher nicht in Betracht“**. Diese Erwägungen müssen für die hier zu treffende Entscheidung über lediglich eine Zwischenregelung für das **Eilrechtsschutzverfahren** mit absehbar deutlich geringerer Dauer als der Anfechtungsstreit in der Hauptsache **erst recht gelten**. Eine solche Regelung unter Rückgriff auf das **Gebot effektiven Rechtsschutzes** (Art. 19 IV 4 GG) kommt daher allenfalls in Fällen in Betracht, in denen bereits der vergleichsweise **kurzfristige Verlust des Geldbetrages** bei dem Pflichtigen (§ 15 SVwVG) **zu einem irreparablen Schaden** führt.“ (OVG Saarlouis aaO)*

Das kann angesichts der hier zur Rede stehenden Beträge nicht angenommen werden.

III. Rechtsfragen des zu vollstreckenden Verwaltungsaktes

Zu vollstreckender Grundverwaltungsakt ist die im Bescheid der Antragsgegnerin vom 21.02.2013 unter I. getroffene Anordnung zur Vorlage der dort näher bezeichneten bautechnischen Unterlagen. Dieser Verwaltungsakt ist auch im Sinne des § 18 I SVwVG vollstreckbar, nachdem die Antragsgegnerin insoweit in dieser Verfügung nach Maßgabe des § 80 II 1 Nr. 4 VwGO deren sofortige Vollziehbarkeit angeordnet hat. Fraglich ist, ob diese Vollstreckbarkeit nachträglich entfallen ist.

*„[Dem Widerspruch der Antragsteller] kommt allerdings **kein Suspensiveffekt** zu, da insoweit bisher eine behördliche Aussetzungsentscheidung nach Maßgabe des § 80 IV VwGO nicht getroffen und die aufschiebende Wirkung auch nicht nach Maßgabe des § 80 V 1 VwGO vom Verwaltungsgericht wiederhergestellt worden ist. Letztlich bezieht sich zumindest der dort anhängige Aussetzungsantrag - wohl bedingt durch die Verkennung dieses rechtlichen Zusammenhangs - nur auf Androhungen und Festsetzungen der Zwangsgelder beziehungsweise auf die dagegen gerichteten Rechtsbehelfe, bezüglich derer die „Anordnung“ der aufschiebenden Wirkung begehrt wird. Die Frage der **materiellen inhaltlichen Rechtmäßigkeit eines sofort vollziehbaren Grundverwaltungsakts** erlangt vollstreckungsrechtlich hingegen in aller Regel **keine Bedeutung**. Das ergibt sich ohne weiteres aus dem die Voraussetzungen für die Anwendung des Verwaltungszwangs insoweit regelnden § 18 I SVwVG. Soweit die Antragsteller im Rahmen des Aussetzungsverfahrens eine **„rechtsfehlerhafte Anordnung der sofortigen Vollziehung“** geltend machen, wäre das Gegenstand eines entsprechenden (**eigenen**) **Aussetzungsbegehrens** auf Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung (§ 80 V 1 VwGO). Vor dessen Erfolg bleibt es vollstreckungsrechtlich bei der Vollziehbarkeit. Auf die Darlegungen der Beteiligten zur Frage des Vorliegens der Voraussetzungen für eine Sofortvollzugsanordnung kommt es insoweit nicht an.“ (OVG Saarlouis aaO)*

Die Vollstreckbarkeit ist daher auch nicht nachträglich entfallen.

IV. Wegfall des Vollstreckungsinteresses

Allerdings könnte das Vollstreckungsinteresse weggefallen sein. Hierbei ist jedoch zunächst auf den Zeitpunkt der Zwangsgeldfestsetzung abzustellen

*„[Im] Zeitpunkt der Festsetzung des - im Vergleich zur Androhung betragsmäßig reduzierten - Zwangsgeldes von 700,- € und der Androhung eines weiteren Zwangsgeldes im Januar 2014 [war] die vollziehbare Verpflichtung zur Vorlage der geforderten Unterlagen von den Antragstellern nicht, **nicht einmal teilweise, erfüllt** worden ... (§ 20*

I SVwVG). Die Möglichkeit der von der Antragsgegnerin getroffenen gleichzeitigen **aufschiebend bedingten Festsetzung des weiteren Zwangsgeldes** (1.000,- €) sieht der § 20 II SVwVG - sogar in Kombination mit dem Grundverwaltungsakt - ausdrücklich vor. Die allein am Maßstab der §§ 13 ff. SVwVG zu beurteilende **Rechtmäßigkeit dieser Vollstreckungsverwaltungsakte** unterliegt daher zumindest insoweit keinen ernsthaften Zweifeln. Die nach dem neuesten Vortrag der Antragsteller beziehungsweise ihrem Verweis auf eine zwischenzeitliche Vorlage eines Schallschutznachweises nach DIN 4109 „für den Umbau eines Gebäudes in Skelettbauweise“ geltend gemachte zwischenzeitliche Befolgung könnte deswegen allenfalls im Rahmen der Geltendmachung eines **Anspruchs auf Vollstreckungsschutz gegen die Vollstreckungsbehörde** auf Einstellung weiterer, noch nicht umgesetzter Vollstreckungsmaßnahmen, hier der Beitreibung der festgesetzten Zwangsgelder wegen „Zweckerreichung“, auf der Grundlage des § 10 I Nr. 4, Abs. 2 SVwVG Bedeutung erlangen. Inwieweit in dem Zusammenhang vom vollstreckungsrechtlich formalisierten Ansatz her - in der ein oder anderen Richtung - eine Prüfung der von der Antragsgegnerin verneinten inhaltlichen Qualität oder Tauglichkeit dieses Nachweise geboten ist, mag hier dahinstehen. Für die beantragte Zwischenregelung, die im Übrigen den vorliegend „zur Hauptsache“ im Aussetzungsverfahren von den Antragstellern bestimmten Streitgegenstand nicht überschreiten kann, muss dem nicht nachgegangen werden. Die in der Beschwerdebegründung weiter aufgeworfene Frage des Vorliegens oder Nichtvorliegens eines „**überwiegenden Vollziehungsinteresses**“ ist Gegenstand des im Streit um **die Zwischenregelung nicht vorwegzunehmenden**, beim Verwaltungsgericht anhängigen Aussetzungsverfahrens.“ (OVG Saarlouis aaO)

V. Ergebnis

Das Verwaltungsgericht hat den Erlass der von den Antragstellern begehrten Zwischenregelung bis zur rechtskräftigen Entscheidung über ihren Aussetzungsantrag (§ 80 V 1 VwGO) zu Recht abgelehnt.

Kurzauslese II

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

ZPO
§ 167

Rückwirkung der Klagezustellung Zustellung durch das unzuständige Gericht

ZPO

(LG Essen in NJOZ 2014, 1574; Urteil vom 01.07.2014 – 15 S 79/14)

Erfolgt eine **Klagezustellung nicht durch das unzuständige Gericht**, sondern erst durch das zuständige Gericht, findet die Regelung des **§ 167 ZPO keine Anwendung**.

„Soweit der BGH in anderem Zusammenhang Klagefristen betreffend abweichend vom RG festgestellt hat, dass die Klage bei dem unzuständigen Gericht in den Fällen, in denen eine Frist bei einem ausschließlich zuständigen Gericht zu wahren war, die Frist wahren könne (BGHZ 35, 374 = NJW 1961, 2259; zu Art. 8 X des Finanzvertrags; BGHZ 97, 155 = NJW 1986, 2255 zu § 30 EnteigG PR; BGHZ 139, 305 = NJW 1998, 3648 = NZM 1998, 954 zu § 23 IV WoEigG) lässt sich dies auf den vorliegenden Fall nicht übertragen. Denn in den zuvor genannten und vom BGH entschiedenen Fallkonstellationen hatte das unzuständige Gericht jeweils die Klage erst zugestellt und dann den **Rechtsstreit an das zuständige Gericht verwiesen**. Die Begründung des BGH, die Klage vor dem unzuständigen Gericht könne gem. § 276 ZPO a.F., der regelte, dass bei einer Verweisung an das zuständige Gericht die Sache dort ab Klagerhebung rückwirkend rechtshängig gewesen war, „den **Zuständigkeitsmangel abstreifen**“ bzw. gem. § 281 II 3 ZPO n. F. werde ein verwiesener Rechtsstreit zwar erst bei dem neuen Gericht, an das verwiesen wird, mit Eingang anhängig, er sei aber schon vorher bei dem verweisenden Gericht rechtshängig gewesen; zur Wahrung der Klagefrist reiche es, wenn die Zustellung demnächst erfolge, lässt sich gerade nicht auf den vorliegenden Fall übertragen. Denn es handelte sich bei der an das falsche AG adressierten Klage um einen Irrläufer, welches dem AG auf Nachfrage bestätigt wurde. Die klägerseits gewünschte, kostensparende formlose Weiterleitung an das zuständige AG, wo diese erst nach Fristablauf eintraf, führte zur [späteren] Rechtshängigkeit und damit zur Fristversäumnis. Die Rückwirkung des § 281 II 3 ZPO trat nicht ein.“ (LG Essen aaO)

ZPO
§§ 580 ff

Restitutionsklage Fahrlässige Nichtvorlage von Unterlagen

ZPO

(OLG Hamm in FD-ZVR 2014, 362512; Beschluss vom 15.05.2014 – 6 UF 125/13)

Ein **Verfahrensbeteiligter ist verpflichtet, sorgfältig nach allen entscheidungsrelevanten Unterlagen zu forschen**; schon eine **leichte Fahrlässigkeit** hierbei **schließt die Zulässigkeit einer späteren Restitutionsklage aus**.

„Nach der Rspr. des BGH gehört es zu den **Sorgfaltspflichten einer Partei**, sorgfältig nach dem Verbleib der Urkunden zu forschen und ggf. erfolgversprechende Auskünfte einzuholen (vgl. BGH MDR 1974, 575, BGH FamRZ 2013, 1119). Grds. kann sich ein Restitutionsantragsteller nicht darauf berufen, dass er in seinem Besitz befindliche Unterlagen – etwa infolge ungenügender Ordnung oder mangelhafter Nachforschung – im Rahmen des früheren Verfahrens nicht aufgefunden hat (vgl. hierzu etwa BGH MDR 1974, 575). Bei dieser Prüfung ist ein **strenger Maßstab** anzulegen, weil es darum geht, eine rechtskräftige Entscheidung abzuändern. Daher schließt bereits leichte Fahrlässigkeit die Zulässigkeit einer späteren Restitutionsklage aus (BGH MDR 1974, 575; LAG Hamm, Urteil vom 07.09.2011 – 3 Sa 938/11 – zitiert nach Juris Rn. 102 f.).“ (OLG Hamm aaO)

ZPO
§ 592

Beweisgeeignete Urkunde Schuldschein

ZPO

(OLG Köln in MDR 2014, 1227; Beschluss vom 11.05.2014 – 11 W 16/14)

Ein **Schuldschein ist eine beweisgeeignete Urkunde** i. S. des § 592 ZPO.

„Ein Schuldschein besitzt als Privaturkunde die **formelle Beweiskraft des § 416 ZPO**, wobei für seine materielle Beweiskraft der Grundsatz der freien Beweiswürdigung nach § 286 ZPO gilt (MüKo-BGB/Fetzer, 6. Auflage, § 371 Rn. 4 m. w. N). Er ist eine beweisgeeignete Urkunde i. S. d. § 592 ZPO (OLG München BeckRS 2014, 02553, OLG Koblenz BeckRS 2010, 10946).

Die von der Kl. in Ablichtung vorgelegte, ausdrücklich als „Schuldschein“ überschriebene Urkunde genügt diesen Anforderungen: Unter einem Schuldschein ist eine die Schuldverpflichtung begründende oder bestätigende Urkunde zu verstehen, die der Schuldner zum Beweis für das Bestehen der Schuld ausgestellt hat. Er muss im Hinblick auf seine Beweisfunktion unmissverständlich erkennen lassen, dass sich der Schuldner zum Bestand einer bestimmten Schuld bekennt. Nicht erforderlich ist dagegen, dass der Schuldschein den Inhalt der Schuldverpflichtung im Wesentlichen wiedergibt und daher schon für sich allein geeignet ist, den Beweis ihres wesentlichen Inhalts zu erbringen (Fetzer aaO, § 371 Rn. 2). Ob der in der vorgelegten Urkunde dokumentierten Erklärung die rechtliche Qualität eines abstrakten Schuldanerkenntnisses zukommt (dazu BGH NJW 1986, 2571) oder ob die Urkunde nur den Indizienbeweis für eine außerhalb von ihr vereinbarte vertragliche Abrede erbringen soll, kann dahinstehen. Die **Urkunde muss nämlich nicht konstitutiv sein** und den Klageanspruch selbst begründen oder belegen, wie etwa eine Vertragsurkunde; es **genügt, dass sie einen Indizienbeweis ermöglicht** und ausreicht, um im Wege der freien Beweiswürdigung nach § 286 ZPO den anspruchsbegründenden Sachverhalt zu beweisen (BGH WM 1983, 22; BGH WM 2006, 691, 692 = NJW-RR 2006, 760; Musielak/Voit, ZPO, 11. Aufl., § 592 Rn. 12; Zöller/Greger § 592 Rn. 15; Braun aaO, § 592 Rn. 16.). Das ist hier der Fall (Wird ausgeführt).“ (OLG Köln aaO)

(OLG Celle in MDR 2014, 1228; Urteil vom 19.02.2014 – 9 U 166/13)

Ist im ersten Rechtszug eine **Klage als im Urkundsverfahren unstatthaft** nach § 597 II ZPO **abgewiesen** worden, **kann die Klage** – ebenso wie nach einem klagabweisenden erstinstanzlichen Prozessurteil bei Vorliegen entsprechender Voraussetzungen - **im Berufungsverfahren insgesamt durch Sachurteil abgewiesen** werden. Das **Verschlechterungsverbot** des § 528 ZPO **steht dem nicht im Wege**.

„Zwar hat das **RG** in einer Entscheidung vom 25. Januar 1904 (RGZ 57, 42, 44) die Auffassung vertreten, bei einer Klagabweisung als in der gewählten Prozessart unstatthaft komme ein endgültig klagabweisendes Sachurteil wegen des Verschlechterungsverbots des § 528 ZPO nur in Betracht, wenn auch der Beklagte Rechtsmittel eingelegt habe (vgl. auch die diese Entscheidung zitierenden Kommentare von Musielak, ZPO, 10. Aufl., Rn. 9 zu § 597, sowie Stein/Jonas/Berger, ZPO, 23. Aufl., Rn. 21 zu § 579). Diese Ansicht entspricht jedoch nicht der mittlerweile ganz h. M. zur Entscheidungsbefugnis des Berufungsgerichts bei erstinstanzlicher Klagabweisung durch Prozessurteil und dagegen gerichteter Berufung (allein) der Klagpartei mit dem Ziel, eine Sachentscheidung zu erreichen. Insoweit ist es nach nahezu einhelliger Auffassung in Schrifttum und Rspr. zulässig, das abweisende Prozessurteil im zweiten Rechtszug bei Vorliegen entsprechender Voraussetzungen durch ein ebenfalls klagabweisendes Sachurteil zu ersetzen, obwohl der Berufungskläger dadurch schlechter gestellt wird, weil ihm eine neue Klage unmöglich gemacht wird (Wieczorek/Schütze/Gerken, ZPO, 4. Aufl., Rn. 51 zu § 528, Zöller/Heßler, ZPO, 30. Aufl., Rn. 32 zu § 528 je m. w. N.).

Diese Schlechterstellung hat der Kläger als Rechtsmittelführer hinzunehmen, weil er durch die Stellung des Berufungsantrages, mit dem er ein Sachurteil gerade erreichen will, sein Begehren in der Sache uneingeschränkt der Prüfung durch das Berufungsgericht unterstellt. Sähe man das Berufungsgericht durch das Verschlechterungsverbot daran gehindert, die Klage insgesamt abzuweisen, obwohl diese zwar zulässig (bzw. im Urkundsverfahren statthaft), aber unbegründet ist, müsste das Berufungsgericht mangels eigener (negativer) Sachentscheidungskompetenz den Rechtsstreit an die erste Instanz zurückverweisen, damit die Abweisung dort ausgesprochen wird (vgl. für den Fall eines Prozessurteils Wieczorek/Schütze/Gerken aaO). Dass ein solcher **Umweg weder interessengerecht ist noch dem Kompetenzverhältnis im Instanzenzug entspricht**, liegt auf der Hand. Die das Verhältnis zwischen Prozess- und Sachurteil betreffenden Erwägungen gelten in gleicher Weise bzw. erst recht bei einem die Klage als im Urkundsverfahren unstatthaft abweisenden erstinstanzlichen Urteil.“ (OLG Celle aaO)

(BGH in NSTZ-RR 2014, 315; Beschluss vom 14.07.2014 – 5 StR 217/14)

Nach § 243 IV 2 StPO ist **jedes Bemühen um eine Verständigung unabhängig vom Ergebnis mitzuteilen**. Es ist zumindest bekanntzugeben, welchen Standpunkt die Gesprächsteilnehmer vertreten und wie sie sich zu den Ansichten der übrigen verhalten haben. Die **Mitteilung allein eines negativen Ergebnisses** verständigungsbezogener Erörterungen **genügt den gesetzlichen Anforderungen nicht**.

„Ein Beruhen des Urteils auf diesem Verfahrensfehler kann nicht ausgeschlossen werden (s. dazu auch BVerfGE 133, 168 = NJW 2013, 1058 = NSTZ 2013, 295). Dem Verfahren mangelt es an der durch das BVerfG geforderten Transparenz. Der Angekl. war an den verständigungsbezogenen Erörterungen außerhalb der Hauptverhandlung nicht beteiligt. Er hatte daher aus eigener Anschauung keine **Kenntnis vom wesentlichen Inhalt der Gespräche**. In einem derartigen Fall lässt sich nicht gemeinhin ausschließen, dass sich der Angekl. in der Hauptverhandlung anders als geschehen verteidigt hätte, wenn er vom Vorsitzenden über die in seiner Abwesenheit abgehandelten Umstände einer Verständigung unterrichtet worden wäre (vgl. BVerfGE 133, 168 = NJW 2013, 1058 = NSTZ 2013, 295; BGH NSTZ 2013, 667; Mosbacher NZWiSt 2013, 201).“ (BGH aaO)

(BGH in NSTZ 2014, 600; Urteil vom 20.02.2014 – 3 StR 289/13)

Nimmt die Staatsanwaltschaft die Anklageschrift zurück und reicht sie anschließend eine neue ein, **unterliegen** die vor Anklagerücknahme geführten **Verständigungsgespräche** zwischen den Verfahrensbeteiligten **nicht der Mitteilungspflicht** aus § 243 IV 1 StPO.

„Durch die **Rücknahme der Anklage** wurde das **Verfahren** gegen den Angekl. sodann jedoch in der Sache und formal **in den Stand des Ermittlungsverfahrens** - mithin vor Anklageerhebung - **zurückversetzt** (Meyer-Goßner, StPO, 57. Aufl., § 156 Rn 2). Mit der Rücknahme der Anklage war diese somit nicht mehr Gegenstand des Verfahrens. Für dessen weiteren Gang maßgeblich war vielmehr allein die neue Anklage. Erörterungen, die vor deren Erhebung stattgefunden hatten, unterfallen schon nach dem Wortlaut des § 243 IV 1 StPO nicht der dort normierten Mitteilungspflicht. Denn nach der ausdrücklichen und eindeutigen gesetzlichen Regelung sind nur Erörterungen nach §§ 202 a, 212 StPO, d. h. solche im Zwischenverfahren nach Anklageerhebung, mitteilungs-pflichtig. Demgegenüber wird das Geschehen vor Erhebung der Anklage vom Anwendungsbereich des § 243 IV 1 StPO gerade nicht umfasst (vgl. auch BGH Beschl. v. 22.08.2013 – 5 StR 310/13, juris).

Auch aus **Sinn und Zweck der Mitteilungspflicht** nach § 243 IV 1 StPO ergibt sich nichts anderes. Dieser kommt zwar eine wesentliche Bedeutung zur Herstellung von Transparenz im verständigungsbasierten Erkenntnisverfahren zu (vgl. etwa BVerfG Ur. v. 19.3.2013 – 2 BvR 2628/10 u. a., BVerfGE 133, 168, 215 ff.). Da nach dem Verständigungsgesetz auch in diesen Fällen der Inbegriff der Hauptverhandlung Grundlage der Urteilsfindung bleibt, müssen grundsätzlich sämtliche Vorgespräche und außerhalb der Hauptverhandlung geführten Gespräche, die dem Ziel einer Verständigung dienen, zum Gegenstand der Hauptverhandlung gemacht, also dort zur Sprache gebracht und erörtert werden (vgl. BGH StV 2014, 67). Gegenstand einer Verständigung können nach § 257 c II StPO jedoch nur Rechtsfolgen oder sonstige strafprozessuale Maßnahmen sein, die in die **Entscheidungsbefugnis des Gerichts** fallen (vgl. BT-Dr 16/12310, S. 13). Deren Inhalt wird aber nur durch diejenige Anklage bestimmt, über deren Gegenstand das Gericht zu befinden hat, nicht aber durch eine solche, die nicht mehr Gegenstand des Verfahrens ist. Allein über die - schuldangemessene - Sanktion für die im Rahmen des angeklagten Lebenssachverhalts festzustellenden Taten kann eine Verständigung erfolgen. Deshalb

sind nur solche Erörterungen mitteilungs-pflichtig, die eine derartige Verständigung vorbereiten. Dies gilt umso mehr, als nach Rücknahme einer Anklage und neuer Anklageerhebung gegebenenfalls sogar ein anderes Gericht oder andere Richter mit der Sache befasst sein können.“ (BGH aaO)

StPO
§§ 249, 250

Zeugenanhörung
Zulässigkeit der Verlesung eines Vernehmungsprotokolls
(BGH in NSTz 2014, 607; Urteil vom 14.05.2014 – 2 StR 475/13)

StPO

Macht ein Zeuge in der Hauptverhandlung Angaben zur Sache, darf ein Protokoll über seine frühere Vernehmung im Ermittlungsverfahren oder anderen staatlichen Beweisverfahren ergänzend zu seiner Aussage verlesen werden. Ein hierauf gerichteter Beweisantrag darf nicht nach § 244 III 1 i. V. m. § 250 StPO zurückgewiesen werden.

„Der **Unmittelbarkeitsgrundsatz** steht nur der Ersetzung, nicht der Ergänzung des Zeugenbeweises durch Verlesung eines Vernehmungsprotokolls, namentlich zur **Überprüfung der Glaubhaftigkeit von Zeugenaussagen**, entgegen (vgl. BGHSt 20, 160, 161 f.). Auch Aufklärungsgesichtspunkte können im Einzelfall die zusätzliche Verlesung eines Vernehmungsprotokolls gebieten (vgl. BGHSt 51, 280, 281 f.). Ein Verbot der Urkundenverlesung bestand daher im Anschluss an die Zeugenvernehmung nicht. Die Zurückweisung des Beweisantrags durfte deshalb nicht auf § 244 III 1 StPO gestützt werden.“ (BGH aaO)

StPO
§§ 249, 261

Urkundenbeweis
Inaugenscheinnahme
(BGH in NSTz 2014, 606; Beschluss vom 12.12.2013 – 3 StR 267/13)

StPO

Durch **Inaugenscheinnahme einer Urkunde kann regelmäßig allein ihr Vorhandensein sowie ihre Beschaffenheit, jedoch nicht ihr Inhalt bewiesen werden.** Soll dieser als Beweisstoff zum Gegenstand der Hauptverhandlung gemacht werden, muss die Urkunde verlesen werden. Diese **strenge Differenzierung** findet jedoch dann eine Grenze, wenn auch der gedankliche Inhalt der Urkunde selbst bei flüchtigem Betrachten gleichsam durch einen Blick auf diese erfasst wird. In diesem Falle ist der Wortlaut der Urkunde Bestandteil der Inaugenscheinnahme.

„Zwar werden durch diese Form der Beweiserhebung regelmäßig **nur das Vorhandensein und die Beschaffenheit der Urkunde belegt, nicht aber ihr Inhalt**; zu dessen Erfassung bedarf es grundsätzlich der Verlesung (BGH NSTz 1999, 424). Diese strenge Differenzierung findet jedoch dann eine **Grenze, wenn auch der gedankliche Inhalt der Urkunde quasi durch einen Blick auf diese erfasst wird.** Erschließt sich - wie vorliegend - der Text bereits aus einem flüchtigen Betrachten, kann dessen Bedeutung nicht ausgeblendet werden und ist mithin Bestandteil der diesbezüglichen Beweisaufnahme.“ (BGH aaO)

VwGO
§ 42 II

Klagebefugnis
Rechtsverletzung durch Verwaltungsakt
(VGH Mannheim in VBIBW 2014, 380; Urteil vom 17.02.2014 – 5 S 1667/12)

VwGO

Die **Klagebefugnis** ist nur dann gegeben, wenn die **geltend gemachte Rechtsverletzung gerade durch die mit dem Verwaltungsakt getroffene Regelung möglich** erscheint. Allein in der Begründung enthaltene **Feststellungen können für sich genommen ebenso wenig die Klagebefugnis begründen wie lediglich tatsächliche oder mittelbare Wirkungen.**

„Die Klagebefugnis ist gegeben, wenn eine **Verletzung der Rechte des Klägers durch den angefochtenen Verwaltungsakt** oder durch die Ablehnung oder Unterlassung des begehrten Verwaltungsakts jedenfalls nicht offensichtlich und eindeutig nach jeder Betrachtungsweise unmöglich erscheint (vgl. BVerwGE 95, 133). Die behauptete **Rechtsverletzung** muss dabei „durch den Verwaltungsakt“, d. h. gerade **durch die mit ihm getroffene Regelung möglich erscheinen.** Allein in der Begründung enthaltene Feststellungen (vgl. Kopp/Schenke, VwGO 19. A. 2013, § 42 Rn. 70) können für sich genommen ebenso wenig die Klagebefugnis begründen wie lediglich tatsächliche oder mittelbare Wirkungen (vgl. Eyermann/Happ, VwGO 13. A. 2010, § 42 Rn. 101 f.). Dies gilt auch dann, wenn die Klagebefugnis einer Gemeinde in Rede steht, die mit einer Beeinträchtigung der kommunalen Planungs- und Finanzhoheit begründet wird.“ (VGH Mannheim aaO)

VwGO
§ 47

Normenkontrollverfahren
Unzulässigkeit eines Antrags auf Normerlass
(VGH Mannheim in VBIBW 2014, 959; Urteil vom 27.02.2014 – 6 U 147/13)

VWGO

Ein **Antrag auf Normerlass ist im Normenkontrollverfahren nicht statthaft.** Ein derartiges Begehren kann nur im Wege einer **Feststellungsklage** gem. § 43 VwGO vor dem Verwaltungsgericht verfolgt werden (BVerwG NVwZ-RR 2010, 578 m. w. N.).

„Seinem Antrag ist sowohl nach dessen Wortlaut als auch unter Würdigung der schriftlichen wie mündlichen Antragsbegründung (§ 88 VwGO) zu entnehmen, dass er eine **Unwirksamkeitserklärung** nur erstrebt, soweit eine Regelung im Regionalplan nicht getroffen worden ist, nämlich seine Bestimmung zum Unterzentrum. Das Begehren des Ast. ist auch nicht dahin zu verstehen, dass er dem Normgeber nur ein relatives Unterlassen dergestalt vorwirft, dass er mit einer Norm den regelungsbedürftigen Lebensbereich zwar geregelt habe, dabei aber, insbesondere unter Verstoß gegen den Gleichheitssatz, einen wesentlichen Punkt pflichtwidrig ungeregelt gelassen und somit also eine unvollständige Norm erlassen habe und er die Feststellung der Unanwendbarkeit der unvollständigen Norm im Rahmen des Normenkontrollverfahrens begehrte. Dieses Ziel der Kassation einer Norm wegen einer unterlassenen Regelung könnte mit einem Normenkontrollantrag verfolgt werden (Bay VGH BayVBl 2003, 433; Schoch/Schneider/Bier, VwGO, Stand:

Juli 2005, § 47 Rn. 16; Schübel-Pfister JuS 2008, 874; Möstl, BeckOK VwGO, Stand: 01.07.2013 § 43 Rn. 34). **Gegen ein reines Unterlassen des Normgebers**, aufgrund dessen nicht die Unwirksamkeit einer gesetzten Norm geltend gemacht wird, kann **Rechtsschutz allein mit der Feststellungsklage** gesucht werden (BVerwG NVwZ-RR 2010, 578; a. A. Bayerischer VGH NVwZ 1985, 502; für Fälle des teilweisen Unterlassens ebenfalls a. A. Sodan/Ziekow, VwGO, 3. Aufl. 2010, § 47 Rn. 70; zuletzt offen gelassen von OVG Mecklenburg-Vorpommern NordÖR 2011, 277).“ (VGH Mannheim aaO)

VwGO
§ 124 II

Berufungszulassung
Keine Aufhebung des Zulassungsbeschlusses

VwGO

(VGH München in BayVBI 2014, 564; Beschluss vom 27.02.2014 – 8 B 12.2268)

Die **Aufhebung eines Beschlusses über die Zulassung der Berufung ist nicht möglich.**

„Eine Aufhebung des Zulassungsbeschlusses [kommt] schon deshalb nicht in Betracht, weil die **Entscheidung über den Zulassungsantrag unanfechtbar** ist (§ 124a V 4, § 52 I VwGO). Auch der Senat ist an seine Entscheidung gebunden. Selbst eine **Gegenvorstellung gegen den Beschluss ist nicht möglich** (vgl. BVerwG Buchholz 310 § 132 Nr. 273; BVerwG NVwZ-RR 1999, 539; Eyermann, VwGO, 13. Aufl. 2010, § 124a Rn. 94/95). Erst recht kann von einer Nichtigkeit des Zulassungsbeschlusses nach dem oben Gesagten keine Rede sein.“ (VGH München aaO)

Weitere Schrifttumsnachweise

I. Zivilrecht

1. **Schlick**: Die Rspr. des BGH zur Amtshaftung (NJW 2014, 2915)
2. **Herrlein**: Die Rspr. zur Wohnraummiete im ersten Halbjahr 2014 (NJW 2014, 2834)
3. **Kilger/Prossliner**: Das Recht der berufsständischen Versorgung seit dem Jahr 2013 (NJW 2014, 3136)
4. **Hogenschurz**: Fristverlängerung zur Anspruchsbegründung nach Widerspruch gegen den Mahnbescheid? (MDR 2014, 1055)

Der Eingang der **Aufforderung zur Anspruchsbegründung** gem. § 697 I 1 ZPO sollte **nicht** zum **Anlass für einen Fristverlängerungsantrag** genommen werden, denn es gilt den **Eintritt der Verjährung nach Ende der Hemmung durch das Mahnverfahren rechtzeitig zu verhindern**. - **Spätestens vor Ablauf von sechs Monaten nach Zugang** der Aufforderung zur Anspruchsbegründung, also bei förmlicher Zustellung oder bei formloser Übersendung am zweiten Werktag nach der Aufgabe zur Post, **sollte die Anspruchsbegründung bei Gericht vorliegen**, wenn nicht durch schwebende Vergleichsverhandlungen oder Ratenzahlungen die Voraussetzungen der §§ 203, 212 I Nr. 1 BGB vorliegen.

II. Strafrecht

1. **Trüg**: Umfang und Grenzen des Scalping als strafbare Marktmanipulation (NStZ 2014, 558)

Bespr. der Entsch. **BGH NStZ 2014, 581**, wonach **Scalping** nicht als Sonderdelikt, sondern als **Allgemein- bzw. Jedermannsdelikt** einzuordnen ist. – Nach Ansicht des Autors ist jedoch den allgemeinen Ausführungen des BGH zu den relevanten Feststellungen der Preiseinwirkung als Taterfolg des § 38 II WpHG zu widersprechen: Es muss **durch das Tatgericht festgestellt** werden, **dass sich der Preis bei Hinwegdenken des Manipulationsverhaltens anders entwickelt hätte als tatsächlich erfolgt**; in der festgestellten Preisentwicklung muss sich das durch das Manipulationsverhalten geschaffene Preiseinwirkungsrisiko als missbilligte Gefahr gerade realisiert haben; die gesetzliche Ausgestaltung des § 38 II WpHG als Erfolgsdelikt erfordert die Feststellung der Preiseinwirkung, die wiederum eine **Vergleichsgröße bei hinweggedachtem Manipulationsverhalten voraussetzt**, die von demjenigen Preis nach Marktmanipulation abweicht; der Kausalitätsnachweis im polykausalen Börsen- oder Marktgeschehen ist schwierig, weil die **Ursächlichkeit marktmanipulativen Verhaltens** für eine Preisfestsetzung nicht selbstverständlich ist.

2. **Albrecht/Braun**: Bekämpfung der Rockerkriminalität - Möglichkeiten und Grenzen der Verwendung von Rockersymbolen (NJOZ 2014, 1481)

Bespr. der Entsch. **OLG Hamburg in NStZ-RR 2014, 259 = ZA 08/2014, 12** - Die **auf den Rückseiten der Kutten geführten Symbole** sind in ihrer Gesamtheit als **Kennzeichen gem. § 9 I VereinsG** anzusehen. - Sind hier von einem verbotenen Verein abweichende Ortsbezeichnungen angebracht, so führt dies dazu, dass das jeweilige Kennzeichen keinem verbotenen Verein zugeordnet werden kann.- Der **Ortszusatz** ist ein **wichtiger Bestandteil des Abzeichens** und mithin ein maßgebliches Unterscheidungskriterium; dies kann freilich nur dann gelten, wenn er direkt oder in unmittelbarem Zusammenhang mit den sonstigen Vereinssymbolen angebracht ist. - Zudem muss er eine konkrete Zuordnung zu einem nicht verbotenen Verein ermöglichen; dies kann bei der Verwendung von Fantasienamen, die eine regionale Zuordnung erschweren, in Frage stehen.

3. **Schwabenbauer**: Dokumentationspflichten und die Beweislast für Verfahrenstatsachen im Strafprozess (NStZ 2014, 495)

Bespr. der Entsch. BVerfG, Beschluss v. 05.02.2012 – 2 BvR 1464/11

4. **Müller/Schmidt**: Aus der Rspr. zum Recht der Strafverteidigung 2013 (NStZ 2014, 501)

III. Öffentliches Recht

1. **Warg**: Die Grenzen parlamentarischer Kontrolle am Beispiel des Staatswohls (NVwZ 2014, 1263)

Parlamentarische Kontrolle der Nachrichtendienste kann im gewaltenteilenden Staat nicht unbegrenzt sein, sondern unterliegt – wie die Tätigkeit aller Staatsgewalten – verfassungsrechtlichen Schranken; zu diesen zählt auch das Staatswohl, das jedoch der Regierung und dem Parlament „zur gesamten Hand“ anvertraut ist. – Da auch das Parlament Geheimhaltungsvorkehrungen gegen unbefugtes Bekanntwerden von vertraulichen Informationen treffen kann, werden nur in Ausnahmefällen Gründe vorliegen, dem Parlament Informationen unter Berufung auf das Staatswohl vorzuenthalten; soweit jedoch **höchstrangige Belange des Staatswohls gefährdet** sein können (wie etwa bei Gefährdung menschlicher Quellen oder der drohende Ausschluss aus der internationalen nachrichtendienstlichen Zusammenarbeit) hat die Regierung das Recht (ggf. auch die Pflicht), solche Informationen dem Parlament vorzuenthalten. – **Alternative Verfahrenswege** wie das „Vorsitzendenverfahren“ können **allenfalls in Zweifelsfällen als Kompromisslösung dienen**; entscheidend für die Lösung von Konfliktfällen wird letztlich sein, dass allseits die Bereitschaft vorhanden ist, die **unterschiedlichen Funktionen der Staatsorgane** im System der „checks and balances“ und den daraus folgenden Umstand zu akzeptieren, dass ihnen zur Sicherstellung ihrer Funktionsfähigkeit eine Domäne eines letzten unausforschbaren Kernbereichs zuzugestehen ist.

2. **Schiffbauer: Unhaltbar? Zum Bremer Vorstoß einer Kostentragungspflicht für Polizeieinsätze im Profifußball (NVwZ 2014, 1282)**

Problemstellung: Bislang bestand Konsens zwischen Vereinen, Verbänden und der Innenministerkonferenz, dass bei **Sportgroßveranstaltungen die Kosten für die Sicherheit im öffentlichen Raum der Staat zu tragen hat**, wohingegen die **Veranstalter für die Sicherheit innerhalb der Sportstätten zuständig** sind; nach einer Initiative des Senats der Freien Hansestadt Bremen sollen „die Veranstalter von gewinnorientierten Großveranstaltungen künftig unter bestimmten Bedingungen zur teilweisen Kostenerstattung“ von Polizeieinsätzen im öffentlichen Raum herangezogen werden. – Einigkeit besteht darin, dass eine **Kostentragungspflicht nicht über das allgemeine Polizei- und Ordnungsrecht** der Länder, sondern **nur über einen speziellen Gebührentatbestand begründet** werden darf; grds. können zwar von einem Störer Polizeikosten verlangt werden, der Veranstalter eines Fußballspiels verursacht aber keine Ausschreitungen von Personen im öffentlichen Raum Grundsätzlich muss die abzuwehrende Gefahr dem Schuldner zugerechnet werden; **ohne Zurechnung wäre eine Kostentragungspflicht willkürlich und damit verfassungswidrig**. – Jedoch hat der **Gesetzgeber einen weiten Einschätzungsspielraum**, Zurechnungskriterien zu bestimmen; da sich aber ohne Bundesligaspiele auch keine Menschenmassen zum Stadion bewegen würden, bestünde ohne sie auch keine Notwendigkeit erhöhter Sicherheitsmaßnahmen im öffentlichen Raum; daher **sind die Veranstalter (Mit-)Veranlasser der verschärften Sicherheitslage**. – Umstritten ist, ob ein Abstellen allein auf das Veranlasserprinzip eine tragfähige Ausnahme zum Grundsatz der Gebührenfreiheit ist.

3. **Siegel: Erneut auf dem Prüfstand: Kostentragung für Polizeieinsätze bei Fußballspielen? (DÖV 2014, 867)**

Die Erhebung von Gebühren für den Polizeieinsatz bei „Problemspielen“ begegnet im Grundsatz keinen durchgreifenden rechtlichen Bedenken, die Einordnung der **Gefahrenabwehr als Staatsaufgabe schließt die Kostenerhebung nicht kategorisch aus**. – Die **privaten Veranstalter** mögen zwar aufgrund der von ihnen erstellten Sicherheitskonzepte zwar **nicht als Störer im polizeirechtlichen Sinne** einzuordnen sein; einer individuellen Zurechnung der durch Problemspiele verursachten Mehrkosten steht dies jedoch nicht entgegen; erforderlich ist jedoch eine hinreichend bestimmte gesetzliche Regelung, die neben dem Kostentatbestand auch den Kostenschuldner und die Kostenberechnung normiert. – Darüber hinaus ist mit dem **Verhältnismäßigkeitsprinzip** lediglich eine pauschale Gebühr vereinbar, und bei der konkreten Umsetzung ist zudem die Chancengleichheit unter den Veranstaltern und Austragungsorten zu wahren. – Von der grundsätzlichen Möglichkeit einer Kostenerhebung streng zu unterscheiden ist jedoch die Frage der rechtspolitischen Erwünschtheit; eine unterschiedliche Regelung in den einzelnen Bundesländern wäre jedoch letztlich rechtspolitisch fragwürdig, da dies zu Wettbewerbsbeeinträchtigungen führen würde.

4. **Sanden: Altlastenverantwortlichkeit trotz Dereliktion (NVwZ 2014, 1329)**

Problemstellung: Das **Bundes-Bodenschutzgesetz (BBodSchG)** enthält seit 1999 eine **klare Rechtsfolge**: Gibt der sachenrechtlich bestimmte Eigentümer einer Fläche das Eigentum auf, bleibt er in der Verantwortlichkeit nach dem Bodenschutz- und Altlastenrecht. Das ergibt sich ausdrücklich aus § 4 III 4 Alt. 2 BBodSchG. – Die Regelung des **Fortbestehens der Zustandsverantwortlichkeit trotz Dereliktion** in § 4 III 4 Alt. 2 BBodSchG, die auch im Falle der nach der Dereliktion auftretenden neuen Gefahren (etwa für das Grundwasser) gilt, ist in der **Interessensabwägung zwischen Umwelt, Dispositionsinteressen und Gläubigerschutz** nicht nur mit guten Argumenten unterlegt, sondern kann inzwischen auch als etabliert gelten. – Die Verantwortlichkeit trotz Dereliktion ist einer der Gründe für den Vorwurf der „Ewigkeitshaftung“ wegen Altlasten, aber diese ist dem Polizei- und Ordnungsrecht systemimmanent; eine Ausstiegslösung zu Lasten des Fiskus bzw. der Steuerzahler scheidet damit aus.

5. **Pohl: Informationsstände und andere Hilfsmittel: Versammlungsfreiheit oder Straßenrecht? (DÖV 2014, 836)**

Ein **Informationsstand selbst kann eine Versammlung nicht konstituieren**, er kann nur ausnahmsweise Teil einer Versammlung sein. – Die **Abgrenzung**, ob der Informationsstand Teil einer Versammlung ist oder straßenrechtlich zu bewerten ist, **richtet sich nach einer Gesamtschau**, bei der es entscheidend auf die Zweckrichtung ankommt, wie diese sich nach außen darstellt; hierbei ist insbesondere die **Informationsrichtung** wie auch die **Gestaltung des Informationsstandes entscheidend**. – Unter Berücksichtigung dieser Kriterien lassen sich auch

andere Formen der Informationsdarbietung bewerten. Zelte, Pavillons oder Imbissstände, die zum längeren Verweilen einladen, fallen nur in Ausnahmefällen unter den Schutz der Versammlungsfreiheit: Zwar sind die **Teilnehmer in der Gestaltung ihrer kollektiven Meinungskundgabe frei** und können etwa auch durch das Aufstellen von Betten symbolisch auf einen Zustand etwa in einem Asylbewerberheim aufmerksam machen, allerdings ist eine derartige symbolische Zweckrichtung von einer vorgeschobenen Begründung für ein Übernachten zu trennen. - Die Verwendung eines Lautsprechers kann sich an die Teilnehmer einer Versammlung richten, zugleich aber auch an Passanten; dann ist der Informationsstand von der Versammlungsfreiheit erfasst; richtet sich die Information ausschließlich an Passanten und wird damit keine mottobezogene Symbolik verbunden, wie etwa bei einfachen Fahrten mit einem Lautsprecherwagen ohne Aufzug, unterliegt das Verhalten **straßen- und immissionsschutzrechtlichen Bewertungen**.

IV. Richter / Staatsanwälte / Rechtsanwälte / Notare

1. **Bacher:** Elektronischer Rechtsverkehr in der Anwaltskanzlei (MDR 2014, 1053)

Das Ende 2013 verkündete **Gesetz zur Förderung des elektronischen Rechtsverkehrs**, dessen Regelungen zeitlich gestaffelt in Kraft treten werden, **statuiert für Rechtsanwälte ab 01.01.2022** bundesweit die **Pflicht, Schriftsätze bei Gericht ausschließlich auf elektronischem Weg einzureichen**. - Die erste für die Praxis bedeutsame Stufe, die zwingende **Einrichtung besonderer elektronischer Anwaltspostfächer** durch die BRAK umfasst, wird bereits am 01.01.2016 in Kraft treten.

2. **Reich:** Die besoldungsrechtliche Erfolgskontrolle (DÖV 2014, 821)

In den **Besoldungsgesetzen** des Bundes und der Länder sind **Anreize für höhere Leistungen vorgesehen**: Will ein Beamter, Richter oder Soldat in den **Erfahrungsstufen** aufsteigen, **hängt das von der Bewertung seiner Leistung ab**. - Das Besoldungsrecht gibt dem Dienstherrn aber auch **Möglichkeiten, bei unterbliebenen Leistungen den regelmäßigen Stufenaufstieg zu verhindern**; es ist nicht nur eine **Berechtigung des Dienstherrn**, über eine Leistungsbewertung besoldungsrechtlich zu reagieren, sondern auch eine **Handlungsberechtigung der Rechnungsprüfung zur Untersuchung dieser Leistungsbewertung**.

Prüfungsaufbau des Verfahrens nach § 80 V VwGO

Die aufschiebende Wirkung entfällt von Gesetzes wegen; insb.
§ 80 II 1 Nr. 1 – 3, 2 VwGO

Rechtsschutzziel: Anordnung der aufschiebenden Wirkung

A. Zulässigkeit des Antrags

- I. Eröffnung des Verwaltungsrechtswegs, § 40 I VwGO
- II. Zuständigkeit des Gerichts
- III. Verfahrensart
 1. Antragsbegehren
 2. richtige Antragsart: Abgrenzung zu § 123 VwGO
 3. Nichteintritt des Suspensiveffekts: gesetzlicher Fall des Ausschlusses, § 80 II 1 Nr. 1 – 3, 2 VwGO
- IV. Antragsbefugnis, § 42 II analog
- V. richtiger Antragsgegner, § 78 VwGO
- VI. Rechtsschutzbedürfnis
 1. Einlegung des Rechtsbehelfs in der Hauptsache
 2. keine offensichtliche Unzulässigkeit des Rechtsbehelfs in der Hauptsache
 3. bei § 80 II Nr. 1 VwGO: Antrag auf Aussetzung der Vollziehung an Behörde (§ 80 VI VwGO)
- VII. Beteiligtenfähigkeit/Prozessfähigkeit (oder als II. vor Verfahrensart)

B. Begründetheit des Antrags

- I. **summarische Prüfung der Erfolgsaussichten in der Hauptsache: Rechtswidrigkeit des VA und Rechtsverletzung des Antragstellers**
 1. EGL für VA
 2. formelle Rechtswidrigkeit
 - a) Zuständigkeit
 - b) Form
 - c) Verfahren
 3. materielle Rechtswidrigkeit:
- II. **Interessenabwägung**
 1. VA offensichtlich rechtmäßig: grundsätzlich kein Aufschubinteresse des Antragstellers vorhanden, da sofortige Vollziehbarkeit kraft gesetzlicher Wertung vorgesehen
 2. VA offensichtlich rechtswidrig: nicht ohne weiteres Aufschubinteresse des Antragstellers, da gesetzliche Anordnung des der sofortigen Vollziehung unabhängig von rechtlicher Wertung; es kommt darauf an, ob der Antragsteller besonders hart getroffen wird und nicht wiedergutzumachende Nachteile eintreten.

AUS DER MÜNDLICHEN PRÜFUNG

Referendarprüfung Strafrecht

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

Land: Hessen	Prüfer (mit Titel usw.) M	Tag d. mündl. Prüfung 05.09.2014
-----------------	------------------------------	-------------------------------------

Zur Person:

M gibt den Gutmütigen. Er gibt zwischendurch immer mal wieder zu verstehen, dass er viel Verständnis für unsere missliche Lage hat und lächelt milde. Er ist allerdings schon während der Zivilrechtsprüfung fast eingeschlafen, war aber zum Strafrecht doch wieder einigermaßen wach. Seine Prüfung unterschied sich insofern von den anderen, als dass er den jeweiligen Kandidaten einfach sprechen ließ, ohne ihn zu stoppen. Das galt auch dann, wenn sich der Kandidat etwas neben der Spur befand. M vermittelt den Eindruck, als ob er nicht wirklich ein passionierter Strafrechtler wäre. Jedenfalls bemerkt er manchen Fehler nicht und hält sich an seine Lösungsskizze.

Zur Prüfung:

Fall: A ist knapp bei Kasse und leiht sich von B 1000 €. Das Geld soll in 4 Monatsraten zu je 250 € zurückgezahlt werden. A kann schon nach der 2. Rate nicht mehr zahlen. Daraufhin wird A von B und seinem Bruder C in seiner Wohnung aufgesucht. Sie fordern Zahlung. A kann nicht zahlen, sodass B und C seinen BMW als „Pfand“ mitnehmen wollen. B sieht den Autoschlüssel, bewegt sich auf diesen zu. A stellt sich dazwischen. Da schlägt B dem A mit der Faust mehrfach ins Gesicht, woraufhin A benommen zu Boden geht. B greift sich den Schlüssel. Damit A nicht gleich Hilfe holen kann reißt B das Telefonkabel aus der Wand. Dieses steht im Eigentum der Telekom. C schritt während des Geschehens nicht ein. Erst bei Verlassen der Wohnung des A ist C dem B behilflich, indem er ihm die Tür aufhält. A erstattet Strafanzeige.

Aus welchem Grund auch immer begann die Prüfung mit §§ 242, 22 StGB bzgl. des Schlüssels. Hier mangelt es aber an der Zueignungsabsicht, da ja nur ein Pfand genommen werden sollte, also der Schlüssel und das Auto wieder zurückgegeben werden sollten.

§ 255 StGB scheidet an der fehlenden Bereicherungsabsicht (aus meiner Sicht sehr fraglich, für M aber ein klarer Fall).

§ 249 scheidet an der fehlenden Zueignungsabsicht.

§ 223 StGB liegt vor. Qualifikation gem. § 224 StGB?

Nr. 4: fraglich ob gemeinschaftlich „mittäterschaftlich“ meint und ob dies vorliegt. Angeblich ist beides vertretbar. Jeder wurde nach seiner Meinung gefragt.

Nr. 5: Faustschläge ins Gesicht als eine das Leben gefährdende Behandlung? Auch hier waren verschiedene Meinungen vertretbar.

Nr. 3: (-), Nr. 2: (-)

§ 248 b StGB liegt vor. Strafantragserfordernis gem. § 77 ff. StGB? M wollte wissen, ob A auch dann antragsberechtigt ist, wenn er das Kfz nur geleast hat. Das ist zu bejahen.

§ 240 StGB liegt ebenfalls vor.

Tatobjekt Kabel: Sachbeschädigung liegt vor. Dann ließ uns M nach einer weiteren Vorschrift suchen, auf die er uns schließlich selber stieß: § 317 StGB (ist ebenfalls zu bejahen).

M spannt den **Fall** dann weiter: B fährt mit dem BMW bis der Tank fast leer ist. An der Tankstelle tankt er, fährt jedoch davon ohne zu bezahlen. Er meint, er würde dabei vom Personal beobachtet, tatsächlich merkt das Personal aber nichts.

§§ 263, 22 StGB? B täuscht über seine Zahlungswilligkeit. Problematisch ist aber das Vorliegen eines Vermögensschadens, denn das Benzin bleibt zivilrechtlich Eigentum der Tankstelle da der Tank leer ist und keine Vermischung stattfindet. Aber bei § 263 StGB genügt die schadensgleiche Vermögensgefährdung.

Unterschlagung ist subsidiär.

Viel Erfolg!

AUS DER MÜNDLICHEN PRÜFUNG

Assessorprüfung

Öffentliches Recht

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

Land: NRW	Prüfer (mit Titel usw.) MR P	Tag d. mündl. Prüfung 02.09.2014
--------------	---------------------------------	-------------------------------------

Zur Person:

P wirkte sehr jugendlich und ist ein sehr angenehmer und netter Prüfer. Während des Aktenvortrags schaute er häufig und interessiert hoch und machte sich einige Notizen. Er führte sehr gut durch seine eigene Prüfung, formulierte seine Fragen klar und schilderte den Sachverhalt sehr langsam. Er prüfte uns im ersten Durchlauf der Reihe nach, wobei er bei jedem Prüfling einige Minuten verblieb. Er ließ jedem Kandidaten ausreichend Zeit, auf seine Fragen zu antworten und sich ggf. zu verbessern. Er gab Fragen frei und reagierte auch, wenn ein Prüfling zögerte, man aber zu erkennen gab, dass man die Antwort weiß (oder glaubt zu wissen).

Entgegen vorheriger Protokolle prüfte er nicht Probleme des einstweiligen Rechtsschutzes. Man kann aber durchaus eine Vorliebe für allgemeine prozessuale Fragen erkennen. Es kommt ihm auf präzise und saubere Formulierungen an. Im Schwerpunkt der Prüfung wurden wir mit den in einigen Bundesländern bevorstehenden Landtagswahlen konfrontiert, so dass das Verfassungsrecht nicht vernachlässigt werden sollte und ein Blick in Skripte aus dem ersten Semester empfehlenswert ist.

Zur Sache:

P nahm die bevorstehenden Landtagswahlen als „Aufhänger“ und fragte einleitend, nach den Aufgaben des Landtags (Wahl des Ministerpräsidenten, Legislative, Wahl von Landesverfassungsrichtern, Kontrolle des Parlaments über die Regierung).

Danach sollte der Wahlvorgang erläutert werden. Dabei kam es darauf an, dass der Wähler (seit 2005) 2 Stimmen hat. Erklärt wurde das gesamte Wahlsystem inkl. Zustandekommen von Überhang- und Ausgleichsmandaten. Jeder Kandidat sollte einen Wahlgrundsatz aus Art. 31 GG nennen und erklären.

Sodann wurde gefragt, ob sich jede noch so kleine Partei zur Wahl stellen könne. Es ging darum, den Grundsatz der Ernsthaftigkeit der Bewerbung als Partei herauszuarbeiten.

Weiterhin fragte P, ob es denn so einfach ginge, dass Wahlwerbeplakate an den Straßenlaternen stünden. Neben straßenrechtlichen Vorschriften kamen wir auf § 46 III 1 StVG, wonach „allgemein“ Ausnahmen von dem Verbot, Plakate im Straßenverkehr auszuhängen, gemacht werden können. P wollte wissen, was mit „allgemein“ gemeint ist (durch Erlass werden Ausnahmen hier geregelt).

Wir kamen dann auf Art. 80 GG und grenzten Rechtsverordnungen von formellen Gesetzen ab. Ein Kandidat sollte die Voraussetzungen des Art. 80 GG darstellen – Bestimmtheits- und Zitiergebot.

Sodann verließ P das Verfassungsrecht und schilderte folgenden Sachverhalt:

Am 26.01.2010 erlässt die Stadt S einen Gebührenbescheid gegenüber B mit der Rechtsbehelfsbelehrung: Widerspruch binnen eines Monats nach Bekanntgabe möglich. B erhält den Bescheid mittels Übergabeeinschreiben. In der Akte bei der Stadt S ist vermerkt: Einschreiben am 25.01.2010. Können wir heute noch Widerspruch einlegen?

Es ging um die Frist des § 70 I 1 VwGO. Da sich die Prüfung dem Ende neigte, rissen wir nur noch folgende Themen an: Was bedeutet Bekanntgabe nach § 41 VwVfG? Gelten Bekanntgabefiktionen? Ist das LZG oder das VwZG anwendbar? (Letzteres wegen des Hinweises in § 70 III 2 VwGO).

Was kann man im Fall der Fristversäumung machen? § 58 II VwGO bei falscher Rechtsbehelfsbelehrung oder Wiedereinsetzung in den vorigen Stand.

Da die Zeit abgelaufen war, wies P darauf hin, dass dieser Sachverhalt eine Entscheidung des OVG Münster betreffe, woraufhin ein Kandidat die Problematik der Entscheidung schilderte, nämlich ob es in die Rechtsbehelfsbelehrung „nach Bekanntgabe“ oder „nach Zustellung“ heißen müsse, da dem Bürger der Unterschied als Laie nicht klar ist und er nicht wissen kann, wann seine Rechtsbehelfsfrist zu laufen beginnt.

Insgesamt trotz verfassungsrechtlicher Fragen sehr angenehme Prüfung.

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 Themengebiete, die dieser prüft. Hierdurch ist der Vorbereitungsumfang stark eingegrenzt. Natürlich habt Ihr auch nicht die Sicherheit, dass der Prüfer nicht gerade in Eurer Prüfung ein anderes Thema bevorzugt. Ihr werdet Euch jedoch dann über die verstrichene Gelegenheit ärgern, wenn sich herausstellt, dass Eure Mitsstreiter einen entscheidenden Vorteil hatten, weil sie den Protokollen Informationen zur Vorbereitung entnehmen konnten, die Ihr nicht hattet.

Wie läuft das ab?

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

Was könnt Ihr sonst noch tun?

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

Prüfungsstoff im Mündlichen



