



PRAKTIKER-REPORT (PR)

Monatsschrift für den praktisch tätigen Juristen

37. Jahrg.

Mai 2012

Heft 5

Aus dem Inhalt:

- BGH:** Haftung des Ersteigerers für Mietkaution
- BGH:** Verbreitung kinderpornografischer Schriften im Internet
- BGH:** Abrechnungsbetrug bei nicht persönlich erbrachter Leistung
- VGH Kassel:** Gewerbeuntersagung gegen Vertretungsberechtigten
- BGH:** Freibeweisliche Prüfung der Berufungsbegründungsfrist
- BGH:** Unmittelbarkeitsgrundsatz bei Verlesung ärztlichen Attests
- BVerwG:** Klagebefugnis bei Konkurrentenklage



Impressum:

Verlag und Redaktion:

Juristischer Verlag Juridicus
Hiberniastraße 6
45879 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

Bezugspreis: vierteljährlich 20,70 € (3 Hefte), inkl. Versandkosten

Zahlung quartalsweise im Voraus

Inhalt

Aus der Gesetzgebung

Stärkung der Pressefreiheit.....	1
----------------------------------	---

Brandaktuell

BGH: Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz (Anwendung auf GmbH-Geschäftsführer).....	2
---	---

Entscheidungen materielles Recht

Zivilrecht

BGH: Aufwendungsersatz wegen Störungsbeseitigung (Abzug „neu für alt“).....	3
BGH: Haftung des Ersteigerers für Mietkaution (auch bei Insolvenz des Voreigentümers).....	5

Strafrecht

BGH: Verbreitung kinderpornografischer Schriften (Chat / Internetforum).....	7
BGH: Abrechnungsbetrug (nicht persönlich erbrachte Leistungen).....	10

öffentl. Recht

OVG Hamburg: Abschleppen vom Behindertenparkplatz (Kostenpflicht bei abgelaufenem Sonderparkausweis).....	15
VGH Kassel: Gewerbeuntersagung gegen Vertretungsberechtigten (bei Insolvenz der gewerbetreibenden GmbH).....	19

Kurzauslese I

BGH: Selbstständiges Beweisverfahren (Hemmung der Verjährung).....	24
BAG: Aufhebungsvertrag (Rücktritt nach Insolvenzantrag).....	24
OLG Hamm: Widerrufsbelehrung (Unverzüglichkeit).....	25
BGH: Beihilfe (nicht durch bloßes „Dabeisein“ bei der Tatbegehung).....	25
BGH: Verbotsirrtum (Hypothetische Einwilligung bei ärztlichem Eingriff).....	26
OLG Hamm: Betrug („Schwarztanken“ an SB-Tankstelle).....	26
OVG Münster: Gemeingebrauch (Nutzung eines „Bier-Bikes“ im öffentl. Straßenraum).....	26
OVG Magdeburg: Rundfunkgebühren (Zulässigkeit der Festsetzung gegen Rechtsnachfolger).....	27
OVG Magdeburg: Informationsanspruch (Klausurmusterlösungen des Justizprüfungsamtes).....	28

Entscheidungen Verfahrensrecht

Zivilrecht

BGH:	Beschwerde bei Vollstreckungserzwingung (Eintritt aufschiebender Wirkung).....	30
BGH:	Einhaltung der Berufungsbegründungsfrist (Anforderungen an freibeweisliche Prüfung).....	33

Strafrecht

BGH:	Unmittelbarkeitsgrundsatz (Verlesung eines ärztlichen Attests).....	35
------	--	----

öffentl. Recht

BVerwG:	Klagebefugnis bei Konkurrentenklage (Apotheken-Versandhandelserlaubnis).....	37
OVG Magdeburg:	Gewerbeuntersagung bei Altschulden (besonderes Vollziehungsinteresse).....	41

Kurzauslese II

BGH:	Zulässigkeit eines Rechtsmittels (Klageänderung).....	44
BGH:	Urteilsverkündung nach Richterwechsel (Wiedereröffnung der Verhandlung).....	44
BGH:	Berufungsverfahren (Zulässigkeit neuen Vorbringens).....	44
BGH:	Vollstreckungsschutzantrag (Unwirksamkeit bei fehlender Prozessfähigkeit).....	45
OLG Köln:	Anwesenheitsrecht des Verteidigers (Vernehmung eines anderen Beschuldigten).....	45
BGH:	Unzulässige Bezugnahme (auf „bei den Akten befindliches Speichermedium“).....	45
AG Köln:	Verkehrskontrolle (Unzulässige Durchsuchung des Beifahrers).....	46
BVerwG:	Dauerverwaltungsakt (Zulässigkeit der Anfechtung).....	46
OVG Bautzen:	Vertretungszwang (auch für Zeugen für Beschwerde im Ordnungsgeldverfahren).....	47
BVerwG:	Beweisantrag (Erforderlichkeit der Protokollierung).....	47
OVG Berlin-Bbg:	Verfahrensaussetzung (Parallelverfahren).....	47
VGH Mannheim:	Zwangsvollstreckung aus Leistungsbescheid (statthafte Klageart).....	48
BVerwG:	Berufungsbegründung (inhaltliche Anforderungen).....	48
BVerwG:	Anschlussberufung (Zulässigkeit im gerichtl. Asylverfahren).....	49

Speziell für Rechtsanwälte und Notare

Gebühren und Kosten

BGH:	Terminsgebühr (PKH-Verfahren ohne mündliche Verhandlung).....	50
BGH:	Privatgutachten (Erstattungsfähigkeit der Kosten).....	50
AG Lichtenberg:	Beratungskostenhilfe (Analphabet).....	51

Inhaltsverzeichnis

OLG Frankfurt:	Prozesskostenhilfe (keine Übernahmehaftung der berechtigten Partei bei Vergleich).....	51
OLG Düsseldorf:	Kostenfestsetzungsverfahren (Beschwerdesumme: 200 €).....	52
OLG Stuttgart:	Entwurfsgebühr (Rücknahme des Beurkundungsauftrags).....	52
BGH:	Betreuungsgebühr (Erstellung einer Gesellschafterliste).....	53
OVG Lüneburg:	Entschädigungsanspruch (Sachverständiger / sachverständiger Zeuge).....	55
KG:	Streitwertfestsetzung (Beschwerde zum OLG).....	55
 Aus der Praxis		
BGH:	Wettbewerbsverstoß (Unzulässigkeit der Verwendung des Zusatzes „Rechtsanwalt beim Land- und Oberlandesgericht“).....	56
BGH:	Wettbewerbsverstoß (verschleiertes Werbeschreiben für Eintrag in Branchenverzeichnis).....	56
BGH:	Änderung / Wegfall der Geschäftsgrundlage (Abänderung eines Ehevertrages über lebenslangen nahehelichen Unterhalt)....	57
BGH:	Ehrschutzklage (ehrkränkende Äußerungen in Gerichtsverfahren).....	58
BGH:	Antragserweiterung (Unterschreitung der Berufungssumme).....	59
LG Köln:	Beleidigung (Titulierung eines Rechtsanwalts als „Winkeladvokat“).....	59
 Steuern		
FG Düsseldorf:	Einkommenssteuer (Nachlassverbindlichkeit).....	60
BFH:	Werbungskosten (Fahrtkosten im Rahmen eines Vollzeitstudiums).....	60
VGH Mannheim:	Haftung für Gewerbesteuerverbindlichkeiten (neuer Inhaber einer Gaststätte).....	61
 Weitere Schriftumsnachweise		63

Aus der Gesetzgebung

Gesetz zur Stärkung der Pressefreiheit im Straf- und Strafprozessrecht

I. Allgemeines

Der von der Bundesregierung eingebrachte Entwurf eines Gesetzes zur Stärkung der Pressefreiheit im Straf- und Strafprozessrecht (PrStG) hat am 11.05.2012 den Bundesrat passiert und wird nunmehr dem Bundespräsidenten zur Unterzeichnung vorgelegt.

Im Rahmen des sog. „**Cicero**“-Verfahrens hatte das **BVerfG** (BVerfG E 117, 244 = NJW 2007, 1117) entschieden, dass Durchsuchungen und Beschlagnahmen in einem Ermittlungsverfahren gegen Presseangehörige verfassungsrechtlich unzulässig sind, wenn sie ausschließlich oder vorwiegend dem Zweck dienen, die Person des Informanten zu ermitteln. Ausgangspunkt der Entscheidung war die von der Staatsanwaltschaft durchgeführte Durchsuchung der Redaktionsräume des Magazins „Cicero“ und die anschließende Beschlagnahme einer Computer-Festplatte, nachdem ein Redakteur offenbar aus einem vertraulichen Auswertungsbericht des Bundeskriminalamtes zitiert hatte. Solche Maßnahmen erschweren es den **Medien, staatliches Handeln zu kontrollieren und Missstände aufzudecken**. Der **freiheitliche Rechtsstaat** sollte aber nicht einmal den Anschein erwecken, er würde mit den Mitteln des Strafrechts Journalisten von kritischer Recherche und Berichterstattung abhalten, sodass das BVerfG auf die daraufhin erhobene Verfassungsbeschwerde hin bestätigte, dass es sich um einen schwerwiegenden verfassungswidrigen Eingriff in die Pressefreiheit gehandelt habe.

Das **Urteil** gilt als **richtungsweisend für die demokratische Grundordnung der Bundesrepublik**, sodass mit diesem Gesetz nunmehr die im Koalitionsvertrag vereinbarte Stärkung der Pressefreiheit umgesetzt werden soll.

II. Die Neuregelungen im Überblick

Mit dem Gesetz wird zweierlei geregelt:

1. Für **Medienangehörige** wird in **§ 353b StGB** die **Rechtswidrigkeit der Beihilfe zum Geheimnisverrat ausgeschlossen**, wenn sie sich darauf beschränken, **geheimes Material entgegenzunehmen, auszuwerten oder zu veröffentlichen**. Auf diese Weise werden solche Handlungen von einem strafrechtlichen Unwerturteil befreit und zugleich der Quellen- und Informantenschutz gestärkt. Ferner wird sichergestellt, dass das strafprozessuale Eingriffsinstrumentarium nicht allein an die Entgegennahme, Auswertung oder Veröffentlichung von Inhalten, die als Geheimnis bewertet werden, geknüpft werden darf.
2. Außerdem wird durch das Gesetz ein **besserer Schutz vor Beschlagnahmen** festgeschrieben: Grds. darf Material nicht beschlagnahmt werden, das Medienangehörige von Informanten erhalten haben und über deren Herkunft sie die Aussage verweigern dürfen. Unter engen Voraussetzungen und nach Abwägung mit der Pressfreiheit war auch nach der bisherigen gesetzlichen Regelung eine Beschlagnahme ausnahmsweise dennoch möglich. Diese Ausnahmeregelung ist nun weiter eingeschränkt worden. Künftig **reicht** insoweit **nicht mehr ein nur einfacher Tatverdacht gegen den Medienangehörigen** aus, sondern **es bedarf eines „dringenden Tatverdachts“**. Indem damit die Schwelle für solche Beschlagnahmen höher gelegt wird, werden die Gewichte zwischen dem Interesse des Staates an der Strafverfolgung einerseits sowie der Pressefreiheit und dem Informantenschutz andererseits zu Gunsten der Freiheit der Presse verschoben.

Brandaktuell

AGG
§ 6 III

Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz Anwendung auf GmbH-Geschäftsführer

BGB

(BGH in Pressemitteilung Nr. 49/2012; Urteil vom 23.04.2012 - II ZR 163/10)

Fall: Der Kläger war bis zum Ablauf seiner Amtszeit am 31.08.2009 der medizinische Geschäftsführer der beklagten Kliniken der Stadt Köln, einer GmbH. Die Anteile an dieser Gesellschaft werden von der Stadt Köln gehalten. Der Aufsichtsrat der Gesellschaft hat über den Abschluss, die Aufhebung und die Änderung des Dienstvertrags der Geschäftsführer zu entscheiden. In dem mit einer Laufzeit von fünf Jahren abgeschlossenen Dienstvertrag des Klägers war vereinbart, dass die Vertragsparteien spätestens 12 Monate vor Vertragsablauf mitteilen, ob sie zu einer Verlängerung des Vertragsverhältnisses bereit waren. Der Aufsichtsrat der Beklagten beschloss im Oktober 2008, das Anstellungsverhältnis mit dem im Zeitpunkt der (regulären) Vertragsbeendigung 62 Jahre alten Kläger nicht über den 31.08.2009 hinaus fortzusetzen. Die Stelle des medizinischen Geschäftsführers wurde vielmehr mit einem 41-jährigen Mitbewerber besetzt.

Der Kläger ist der Auffassung, dass ihm der Neuabschluss seines Dienstvertrags sowie die weitere Bestellung als Geschäftsführer nur aus Altersgründen versagt worden seien und dass diese Entscheidung gegen das Altersdiskriminierungsverbot des am 18.08.2006 in Kraft getretenen Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetzes verstoße. Er hat mit dieser Begründung Ersatz seines materiellen und immateriellen Schadens verlangt.

Das Landgericht hat die Klage abgewiesen. Das Oberlandesgericht hat ihr im Wesentlichen stattgegeben, statt des beantragten Ersatzes des immateriellen Schadens in Höhe von 110.000 Euro jedoch nur 36.600 Euro zugesprochen. Gegen dieses Urteil haben beide Parteien Revision eingelegt.

Der für das Gesellschaftsrecht zuständige II. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat entschieden, dass ein auf eine bestimmte Dauer bestellter Geschäftsführer einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung, der nach Ablauf seines Vertrages nicht als Geschäftsführer weiterbeschäftigt wird, in den Schutzbereich des Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetzes (AGG) fällt.

Nach § 6 III AGG findet das Gesetz **Anwendung auf Geschäftsführer einer GmbH**, soweit es um den **Zugang zu dem Geschäftsführeramt** und um den **beruflichen Aufstieg** geht. Fraglich ist, ob es bei der Entscheidung, nach Auslaufen des Vertrages mit dem Kläger keinen neuen Vertrag abzuschließen um diesen Anwendungsbereich geht.

„In dem Beschluss, den Kläger nach dem Auslaufen seiner Bestellung nicht weiter als Geschäftsführer zu beschäftigen, hat der Senat eine Entscheidung über den Zugang zu dem Amt gesehen.

Weiter hat er die Beweislastregel des § 22 AGG angewendet. Danach muss der Bewerber nur Indizien beweisen, aus denen sich eine Diskriminierung ergibt. Das Unternehmen hat dann zu beweisen, dass der Bewerber nicht wegen seines Alters oder aus anderen unzulässigen Gründen benachteiligt worden ist. Hier hatte der Aufsichtsratsvorsitzende gegenüber der Presse erklärt, dass der Kläger wegen seines Alters nicht weiterbeschäftigt worden sei. Man habe wegen des „Umbruchs auf dem Gesundheitsmarkt“ einen Bewerber gewählt, der das Unternehmen „langfristig in den Wind stellen“ könne. Das hat der Senat als ausreichend für die Beweislastumkehr nach § 22 AGG angesehen. Die Beklagte hat den damit ihr obliegenden Gegenbeweis nicht geführt.“ (BGH aaO)

Der Senat hat weiter ausgeführt, dass die Diskriminierung des Klägers wegen seines Alters nicht aus den im Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetz vorgesehenen Gründen gerechtfertigt war.

Ergebnis: Damit hat der Kläger Anspruch auf Ersatz seines Vermögensschadens und auf Entschädigung wegen seines immateriellen Schadens. Aufgrund von Fehlern bei der Feststellung dieses Schadens hat der Senat das angefochtene Urteil teilweise aufgehoben und die Sache insoweit an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Entscheidungen materielles Recht

BGB
§§ 683, 677, 670

Aufwendungsersatz wegen Störungsbeseitigung Abzug „neu für alt“

BGB

(BGH NJW 2012, 1080; Urteil vom 13.01.2012 – V ZR 136/11)

1. Der Eigentümer, der eine Beeinträchtigung selbst beseitigt, kann von dem nach § 1004 I 1 BGB an sich hierzu verpflichteten Störer **Ersatz der zu der Störungsbeseitigung erforderlichen Aufwendungen** verlangen, und zwar – soweit sich die Voraussetzungen feststellen lassen – aus **Geschäftsführung ohne Auftrag** (§§ 683, 677, 670 BGB), im Übrigen aus § 812 I 1 Alt. 2 BGB.
2. Es entspricht der Rechtsprechung des BGH, dass der Beseitigungsanspruch aus § 1004 I 1 BGB durch ein **Mitverschulden des Eigentümers entsprechend § 254 BGB** beschränkt sein kann
3. Der Anspruch auf Ersatz der zu einer Störungsbeseitigung erforderlichen **Aufwendungen** kann durch einen **Abzug „neu für alt“ gemindert** sein.

Fall: Die Kl. ist Eigentümerin eines mit einem Wohnhaus bebauten Grundstücks in E. Vor dem Grundstück steht ein von der bekl. Stadt gepflanzter und unterhaltener Baum. Dessen Wurzeln waren in den Hausanschlusskanal der Kl. eingewachsen und hatten diesen beschädigt. Die Kl. ließ die erforderlichen Reparaturarbeiten durchführen und erhielt dafür von der Versicherung der Bekl. einen Ausgleichsbetrag unter Berücksichtigung eines Abzugs „neu für alt“. Mit ihrer Klage verlangt sie die weiteren Aufwendungen in Höhe von 2.971,49 Euro nebst Zinsen. Sie ist der Auffassung, dass beim Aufwendungsersatzanspruch ein solcher Abzug nicht gerechtfertigt ist. Ist die Klage begründet?

Die Klägerin könnte einen Anspruch auf restlichen Aufwendungsersatz nach §§ 683, 677, 670 BGB wegen Geschäftsführung ohne Auftrag gegen die Beklagte haben.

I. Vorliegen der Anspruchsvoraussetzungen

„Der Kl. stand nach § 1004 I 1 BGB gegen die Bekl. ein **Anspruch auf Beseitigung** der durch die Wurzeln eingetretenen Beeinträchtigung zu. Der Anspruch umfasste die Wiederherstellung des beschädigten Kanals, da die Entfernung der Wurzeln zu dessen Zerstörung geführt hatte (st. Senatspr., s. nur BGH, NJW 2005, 1366 [1368] m. w. Nachw.). Der Eigentümer, der eine solche **Beeinträchtigung selbst beseitigt**, kann von dem nach § 1004 I 1 BGB an sich hierzu verpflichteten Störer **Ersatz der zu der Störungsbeseitigung erforderlichen Aufwendungen** verlangen, und zwar – soweit sich die Voraussetzungen feststellen lassen – aus **Geschäftsführung ohne Auftrag** (§§ 683, 677, 670 BGB), im Übrigen aus § 812 I 1 Alt. 2 BGB (st. Rspr., s. nur BGH, NJW 2005, 1366 m. w.N.).“ (BGH aaO)

II. Anspruchshöhe

Fraglich ist jedoch, ob auch bei einem Aufwendungsersatzanspruch wegen einer Störungsbeseitigung die Regeln des Schadensrechts Anwendung finden können.

1. Berücksichtigung von Mitverschulden

„Es entspricht der Rechtsprechung des Senats, dass der Beseitigungsanspruch aus § 1004 I 1 BGB durch ein **Mitverschulden des Eigentümers entsprechend § 254 BGB** beschränkt sein kann (BGHZ 135, 235 [239] = NJW 1997, 2234 und BGH, NJW 1995, 395 m. w. Nachw.). Der Senat hat dies damit begründet, dass der auf **lediglich objektiver Rechtswidrigkeit beruhende Beseitigungsanspruch nicht weiter** gehen kann **als ein auf schuldhaftem Handeln beruhender Schadensersatzanspruch** (vgl. zu § 251 BGB BGH, WM 1974, 572 = BeckRS 1973, 31123802) und dass bei dem in der Rechtsprechung des Senats angenommenen weiten Umfang des Beseitigungsanspruchs ein Bedürfnis zur entsprechenden Anwendung schadensersatzrechtlicher Anspruchsbeschränkungen besteht (BGHZ 135, 235 [239] = NJW 1997, 2234). Rechtstechnisch erfolgt die Berücksichtigung des Mitverschuldens in der Weise, dass der Beseitigungsanspruch durch eine Feststellung zur Kostenbeteiligung des Anspruchsberechtigten in Höhe von dessen Haftungsquote eingeschränkt wird (BGHZ 135, 235 [239 f.] = NJW 1997, 2234).“ (BGH aaO)

2. Abzug „neu für alt“

Ob bei einem Aufwendungsersatzanspruch wegen Störungsbeseitigung ebenfalls ein dem Schadensrecht entliehener Abzug „neu für alt“ erfolgen kann, ist bislang nicht höchstrichterlich geklärt.

„In der **Rechtsprechung** finden sich Judikate, die bei dem Beseitigungsanspruch aus § 1004 I 1 BGB die Berücksichtigung eines Abzugs „neu für alt“ für möglich erachten (LG Düsseldorf, ZMR 2009, 140 = BeckRS 2008, 09737; vgl. auch [jew. zu § 812 BGB] BayObLGZ 1968, 76 [84 f.] = NJW 1968, 1236 und – die Frage offen lassend – OLG Zweibrücken, NVwZ-RR 2004, 11). In der **Literatur** wird die Möglichkeit eines Abzugs „neu für alt“ teilweise als konsequente Fortführung der Rechtsprechung des Senats zur Anwendbarkeit des § 254 BGB im Rahmen von § 1004 BGB angesehen (Wenzel, NJW 2005, 241 [243]; Wolf, LM BGB § 254 [Bb], Nr. 13, Bl. 5).

Dem ist zuzustimmen. Soweit diese **Rechtsfortbildung von der Literatur vereinzelt abgelehnt** wird (Dickersbach, DWW 2009, 215 [217 f.]; s. auch Staudinger/Gursky, BGB, Neubearb. 2006, § 1004 Rn. 154 ff., insb. Rn 162, und Gursky, JZ 1992, 312 [315] Fn 28), beruhen die Argumente auf einem engeren, von der Rechtsprechung des Senats nicht zu Grunde gelegten Begriff der Beeinträchtigung und ihrer Beseitigung. Zwar trifft es zu, dass der **Beseitigungsanspruch** nach § 1004 I BGB eine **andere Funktion hat als Schadensersatzansprüche** (Staudinger/Gursky, § 1004 Rn. 156 f.; Dickersbach, DWW 2009, 215 [218]). Das ändert aber nichts daran, dass er, so wie er von dem Senat verstanden und gehandhabt wird, **teilweise schadensersatzende Wirkung hat** (BGHZ 135, 235 [239] = NJW 1997, 2234; s. auch zum Beseitigungsanspruch als Schadensersatzanspruch im Sinne der Haftpflichtversicherung BGH, NJW 2000, 1194 [1196 f.]). Es ist daher **folgerichtig, die Grundsätze über den Abzug „neu für alt“ darauf anzuwenden**. So wie der Geschädigte durch eine Schadensersatzleistung nicht besser gestellt werden soll, als wenn das zum Ersatz verpflichtende Ereignis nicht eingetreten wäre, so soll auch derjenige, dessen Eigentum (nur) beeinträchtigt wird, durch die Beseitigung der Störung keinen Vorteil erlangen. Dies ginge über das Pflichtenprogramm der Störungsbeseitigung hinaus, und zwar gerade dann, wenn – und weil – ihr eine schadensersatzrechtliche Komponente zukommt.

Ist schon der Beseitigungsanspruch durch einen Abzug „neu für alt“ beschränkt, so versteht es sich von selbst, dass dies auch für Ansprüche gilt, die dem Beeinträchtigten zustehen, wenn er die Störung und ihre Folgen selbst beseitigt. Der **Folgeanspruch kann nicht weiter reichen als der primäre Störungsbeseitigungsanspruch**.“ (BGH aaO)

3. Ermittlung der Abzugshöhe

„Die Ermittlung der Höhe des Abzugs ist Aufgabe des Tatrichters. Das BerGer. hat, sachverständig beraten, auf Grundlage der hypothetischen Lebensdauer des alten Kanals ohne Eintritt der Wurzelschäden und der Lebensdauer des nun neu errichteten Kanals eine Schätzung durchgeführt. Dieses Vorgehen ist entgegen der Auffassung der Revision nicht zu beanstanden.“ (BGH aaO)

III. **Ergebnis:** Die Klage auf weiteren Aufwendungsersatz ist unbegründet.

**Haftung des Ersteigerers für Mietkaution
auch bei Insolvenz des Voreigentümers**

(BGH in WM 2012, 819; Urteil vom 07.03.2012 - XII ZR 13/10)

Auf den Ersterer eines vermieteten Grundstücks geht die Verpflichtung zur Rückzahlung der Mietsicherheit an den Mieter kraft Gesetzes auch dann über, wenn der insolvent gewordene Voreigentümer die vom Mieter erhaltene Mietsicherheit nicht getrennt von seinem sonstigen Vermögen angelegt hatte.

Fall: Der Kläger mietete gewerbliche Räume. Er zahlte eine vereinbarte Mietsicherheit von 813,14 € an den Vermieter, die dieser nicht getrennt von seinem sonstigen Vermögen anlegte. Nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen des Vermieters erstand die Beklagte die durch den Insolvenzverwalter versteigerte Immobilie. Der Kläger verlangt von der Beklagten die Auszahlung der inzwischen rückzahlungsreifen Mietsicherheit. Dieser verweist darauf, dass er die Sicherheit wegen der Insolvenz vom Voreigentümer nicht erhalten habe. Hat der Kläger einen Anspruch auf Rückzahlung der Kautions?

I. Anspruchsgrundlage

Der Anspruch auf Rückzahlung der Kautions ist gesetzlich nicht geregelt.

Bei der Mietkaution handelt es sich um ein zusätzliches Sicherungsmittel. Die Pflicht zur Zahlung ist regelmäßig im Mietvertrag geregelt. Teilweise ist in den Mietverträgen auch ein Rückzahlungsanspruch nach Beendigung des Mietverhältnisses geregelt. Ist dies nicht der Fall – was hier nicht bekannt ist – so stellt sich die Frage, woraus ein Rückzahlungsanspruch dann herzuleiten ist.

Ist zwar die Verpflichtung zur Kautionszahlung im Mietvertrag geregelt, so ist Rechtsgrund für die Hingabe der Kautions gleichwohl eine vom Mietvertrag zu trennende Sicherungsabrede. Der Mietvertrag stellt insoweit die causa für diese **Sicherungsabrede** dar. In der Sicherungsabrede selbst wird entweder ausdrücklich oder konkludent geregelt, für welche Forderungen die Sicherheit geleistet werden soll und was mit der Sicherheit geschieht, wenn der Sicherungszweck wegfällt. **Sicherungszweck** einer Mietkaution ist die Sicherstellung von **Forderungen des Vermieters aus dem Mietverhältnis** gegen seinen Mieter.

Ist das Mietverhältnis beendet, ergeben sich abschließend keine Forderungen aus dem Mietverhältnis mehr - hierfür ist im vorliegenden Fall nichts vorgetragen -, so hat der Mieter einen **vertraglichen Rückgewähranspruch aufgrund der Sicherungsabrede** auf Rückzahlung der geleisteten Kautions.

„Die Kautions, gleichgültig welche Rechtsnatur man ihr beimisst (vgl. Soergel-Siebert, aaO § 1204 Nr. 8), dient der Sicherung des Gläubigers, hier des Vermieters, für seine aus dem Vertragsverhältnis erwachsenden Ansprüche. Deshalb ist er bei Vertragsende zur Rückzahlung nicht verpflichtet, soweit seine fälligen Forderungen die Kautions erreichen oder übersteigen. Dem widerspricht § 5 Abs. 4 des Mietvertrages nicht. Die dort bestimmte Rückgewährpflicht des Beklagten bezieht sich ersichtlich nur auf den Fall, dass er keine fälligen Ansprüche aus dem Mietverhältnis gegen die Mieterin hat. Das ergibt sich aus dem Wesen der Kautions.“ (vgl. BGH NJW 1972, 721 [722]).

II. Vorliegen der Anspruchsvoraussetzungen**1. Vertragsverhältnis zwischen den Parteien**

Zunächst stellt sich die Frage, ob zwischen den Parteien überhaupt ein Mietverhältnis nebst Sicherungsabrede besteht. Das Mietverhältnis wurde zwischen dem Kl. und dem Voreigentümer geschlossen. Allerdings ist der Bekl. als Erwerber nach **§ 57 ZVG i.V.m. § 566a BGB** in die durch das Mietverhältnis zwischen dem Kl. und dem Voreigentümer begründeten **Rechte und Pflichten eingetreten**. Er schuldet daher die Rückzahlung der Kautions in gleicher Weise wie der Voreigentümer.

2. Rückzahlungsreife

Ein Anspruch auf Rückzahlung der Kautions besteht nicht unmittelbar mit der Beendigung des Mietverhältnisses. Der Vermieter erhält vielmehr einen **Prüfungszeitraum**, in welchem er ermitteln und entscheiden kann, ob ihm noch Anspruch gegen den Mieter aus dem beendeten Mietverhältnis zustehen. Regelmäßig wird dies nach Ablauf von **6**

Monaten der Fall sein. Hier ist nach dem Sachverhalt bereits Abrechnungsreife gegeben.

III. Untergang des Anspruchs wegen der Insolvenz des Voreigentümers und fehlender gesonderter Anlage der Mietkaution

Grundsätzlich ist es Sache des Mieters auf eine vom sonstigen Vermögen des Vermieters getrennte, insolvenzfest angelegte Mietsicherheit zu achten. Demgegenüber hat der Erwerber keine Möglichkeit, die Mietsicherheit vom insolventen Voreigentümer heraus zu verlangen. Dem Mieter könnte daher gegenüber dem Erwerber zumindest insoweit und so lange kein Rückzahlungsanspruch zustehen, wie der Erwerber seinerseits an der Durchsetzung seines Anspruchs gegenüber dem Veräußerer auf Auskehrung der Mietsicherheit insolvenzrechtlich gehindert sei.

1. Übernahme der Mietkaution als Pflicht nach den Versteigerungsbedingungen

Nach § 44 Abs. 1 ZVG wird bei der Versteigerung nur ein solches Gebot zugelassen, durch welches die dem Anspruch des Gläubigers vorgehenden Rechte sowie die aus dem Versteigerungserlös zu entnehmenden Kosten des Verfahrens gedeckt werden (geringstes Gebot). „Darüber hinaus stellen die Versteigerungsbedingungen fest, in welche weiteren Pflichten der Ersteher eintritt.

„Zu diesen Pflichten gehört gemäß § 57 ZVG die Verpflichtung zur Rückzahlung einer vom Mieter gewährten Sicherheit (§§ 566 a, 578 Abs. 1, 2 BGB). Das im Versteigerungstermin abzugebende Bargebot setzt die Erfüllung sämtlicher nach den Versteigerungsbedingungen zu übernehmenden Pflichten voraus.

Mit dem Zuschlag geht die Pflicht für die Rückzahlung der Mietsicherheit kraft Gesetzes auf den Ersteher über. Dieser hat die Verpflichtung bei eintretender Rückzahlungsreife zu erfüllen. Ob und unter welchen Voraussetzungen der Ersteher seinerseits anschließend bei dem Voreigentümer Rückgriff nehmen kann (vgl. etwa BGH Urteil vom 09.06.2010 - VIII ZR 189/09 - NJW-RR 2010, 1237 Rn. 21), mag dahinstehen. Die Pflicht zur Erfüllung der in die Versteigerungsbedingungen fallenden Mieterrechte hängt davon nicht ab.“ (BGH aaO)

2. gesetzlicher Ausschluss der Rückzahlungsverpflichtung

Die mieterschützende Vorschrift des § 566 a BGB enthält die nach früherem Recht (§ 572 BGB aF) gegebene Tatbestandsvoraussetzung, dass die Sicherheit dem Erwerber ausgehändigt wird oder dieser dem früheren Vermieter gegenüber die Verpflichtung zur Rückgewähr übernimmt, nicht mehr.

„Durch die geänderte Vorschrift wird der Erwerber dem Mieter gegenüber zur Rückzahlung der Sicherheit ohne Rücksicht darauf verpflichtet, ob er die Mietsicherheit vom früheren Vermieter ausgehändigt bekommen hat oder noch erhalten kann. Nach der gesetzlichen Wertung des § 566a BGB übernimmt er damit auch das Insolvenzrisiko des früheren Vermieters, wenn dieser die Mietsicherheit weder insolvenzfest angelegt hat noch an den Erwerber aushändigt. Die ungeschmälerete Rückzahlungspflicht des Erwerbers besteht in einem solchen Fall fort (Schmidt-Futterer/Blank Mietrecht 9. Aufl. § 551 BGB Rn. 111; MüKo-BGB/Häublein 5. Aufl. § 566a Rn. 13; Schmidt-Futterer/Gather Mietrecht 9. Aufl. § 566a Rn. 24; Zipperer ZfIR 2007, 388, 392; Blank/ Börstinghaus Miete 3. Aufl. § 566a Rn. 30; Löhnig/Gietel ZVG § 57 Rn. 27; Stöber ZVG 19. Aufl. § 57 Rn. 4.6; Böttcher ZVG 5. Aufl. § 57 Rn. 3; Hintzen/ Engels/Rellermeyer ZVG 13. Aufl. § 57 Rn. 14; Derleder WuM 2002, 239, 244), ebenso wie ein Erwerber, an den das Grundstück vom Insolvenzverwalter veräußert wird, für die Rückzahlung haftet (vgl. Staudinger/Emmerich BGB [2011] § 566 a Rn. 7; MüKo-InsO/Eckert 2. Aufl. § 111 Rn. 11; Franken/Dahl Mietverhältnisse in der Insolvenz 2. Aufl. Rn. 254; Derleder NZM 2004, 568, 578; aA Noltin NZI 2007, 149). Der Gesetzgeber hat damit der Sache nach eine Belastung des vermieteten Grundstücks geschaffen (MüKo-BGB/ Häublein 5. Aufl. § 566 a Rn. 13).“ (BGH aaO)

IV. Ergebnis

Der vertragliche Anspruch des Kl., gerichtet gegen die Bkl. als ursprüngliche Vertragspartnerin der Sicherheitsabrede, ist nicht durch Veräußerung des Grundstücks und die Nichtweitergabe der Kautions an die Erwerberin untergegangen.

(BGH BeckRS 2012, 06061; Urteil vom 18.01.2012 – 2 StR 151/11)

1. Ein **Zugänglichmachen von kinderpornografischer Schriften** liegt in der **Zurverfügungstellung einer Plattform**, die dem Einstellen von Dateien im Internet dient, wobei die Möglichkeit des Lesezugriffs genügt; dies **gilt auch für das Bereitstellen entsprechender Links**.
2. Im **Übersenden von Links auf kinderpornographische Dateien** ist ein **Besitzverschaffens** i.S.v. § 184b II StGB zu sehen.

Fall: Die Angekl. waren in eine bandenmäßige Gruppierung von "Pädophilen" eingebunden, die sich zusammengeschlossen hatte, um eine Internetplattform für Gleichgesinnte zu betreiben. Diese Gruppe unterhielt das Internetboard "Z." nebst dazugehörigen Chat-Räumen. Das Board fungierte als "schwarzes Brett", auf dem Mitglieder Nachrichten oder Anfragen (sog. Postings) hinterließen und insbes. dauerhaft und ungestört kinderpornographische Bild- und Videodateien austauschten. Von den Nutzern wurden Links eingestellt, die anderen "Usern" durch bloßes Anklicken ohne weitere Zwischenschritte unmittelbaren Zugriff auf die Dateien ermöglichten. Bei Videos wurden i. d. R. zusätzlich zu dem Link Vorschaubilder (previews) mitgepostet, denen der wesentliche Inhalt der Zieldatei zu entnehmen war. Später wurden die Nutzer des "Z."-Boards dazu angehalten, die Zieladresse durch Weglassen, Hinzufügen oder Verändern von Buchstaben dergestalt zu modifizieren, dass ein unmittelbarer Zugriff auf die kinderpornographische Datei durch Anklicken der Zieladresse nicht möglich war (etwa durch Angabe von `http://` anstelle von `http://`). Stattdessen sollten die Besucher des Boards die Zieladresse in die Adressleiste ihres Webbrowsers kopieren und dort entsprechend ändern, um eine Rückverfolgbarkeit zu dem Board zu verhindern.

Das Board war in verschiedene Bereiche unterteilt. Ein Teil hiervon war jedermann zugänglich, im Übrigen war das Board nur Mitgliedern vorbehalten, die - graduell abgestuft - durch verschiedene Aktivitäten, insbesondere das eigene Posten von kinderpornographischen Dateien innerhalb des Boards, eine entsprechende Zugangsberechtigung erhalten hatten. Der Angeklagte N. war hierbei als "Moderator" tätig, um für "Ruhe und Ordnung" unter den Besuchern des Boards zu sorgen. Zudem brachte er in dieser Funktion zahlreiche eigene Ideen ein, um den Erhalt des "Z."-Boards zu sichern und zu fördern. Nachdem es nach der Festnahme eines Boardmitglieds zur Schließung des Boards kam, richtete die Gruppe eine neue Internetplattform ein und betrieb mit den dazugehörigen Chat-Räumen das nunmehr nur Mitgliedern zugängliche "S."-Board. Der Angekl. N. übernahm wiederum die Rolle eines "Moderators", während sich der Angekl. P. um die technische Einrichtung und Betreuung des Boards und der dazu gehörigen Chats kümmerte. So schrieb er das Skript für den "S."-Chat und erhöhte durch technische Installierungen die Sicherheit des Chats. Beide Angekl. nahmen zudem die Rollen von Administratoren ein, die für die Aktivierung, Deaktivierung und Höherstufung von Mitgliedern, die Auswahl von weiteren Moderatoren und die inhaltliche Entwicklung des Boards verantwortlich waren. Mitglied in dem "S."-Board konnte jedermann werden, der in einem der zugehörigen Chat-Räume einen Link auf eine kinderpornographische "Hardcore"-Datei postete. Um dies sicherzustellen, erhielt der Angekl. P. durch eine virtuelle Türklingel Meldung von der Anwesenheit neuer Gäste im Gästebereich des Chats. Diese fragte er über ihre Absichten und Interessen aus und forderte das Aufnahmegeritual ein. Wenn die Administratoren die gepostete kinderpornographische Datei hinsichtlich des Alters des Kindes und der gezeigten sexuellen Handlungen als geeignet befanden, kam es zur Aufnahme als (einfaches) Mitglied. Um höhere Mitgliederränge mit Zugangsberechtigung zu weiteren Bereichen des Boards zu erreichen, mussten die Mitglieder entsprechend mehr kinderpornographische Bild- und Videodateien posten. Obwohl die Angekl. dies aus Sicherheitsgründen für nicht unbedenklich hielten, wurden von Mitgliedern auch sog. "Eigenproduktionen", also selbst gefertigtes Bild- und Filmmaterial, gepostet, die den sexuellen Missbrauch nahestehender Personen zeigten. Sofern die Mitglieder innerhalb eines bestimmten Zeitraums keine Aktivitäten entfalteten, wurde ihr Zugang automatisch deaktiviert, um passive Teilnehmer von dem Board fernzuhalten. So unterlag die Szene einem ständigen Wechsel. Über diese Tätigkeiten hinaus posteten die Angeklagten in den zugehörigen Chats des "S."-Boards selbst Links auf kinderpornographisches Bild- und Videomaterial.

- I. Das Betreiben des "Z."-Boards durch den Angekl. N. und des "S."-Boards durch beide Angekl. - jeweils nebst den dazugehörigen Chats - könnte als bandenmäßige **Verbreitung kinderpornographischer Schriften** in der Variante des **öffentlichen Zugänglichmachens** (§ 184b I Nr. 2 Var. 4, III Alt. 2 StGB) zu werten sein.

1. Ein solches Zugänglichmachen liegt in der **Zurverfügungstellung einer Plattform**, die dem Einstellen von Dateien im Internet dient, wobei die **Möglichkeit des Lesezugriffs genügt** (vgl. Gercke, Rechtswidrige Inhalte im Internet, S. 42; König, Kinderpornographie im Internet Rn. 227; Kudlich JZ 2002, 310; Lindemann/Wachsmuth JR 2002, 206; MüKo-StGB/Hörnle, 2. Aufl. § 184b Rn 23; Schönke/Schröder, 28. Aufl., § 184b Rn 6).

Nichts anderes gilt für das **Bereitstellen entsprechender Links**, wobei es nach Auffassung des Senats ohne Belang ist, ob das Zugänglichmachen durch das Posten eines Links auf eine kinderpornografische Datei erfolgt (so auch Hilgendorf/Frank/Valerius, Computer- und Internetstrafrecht, Rn 399) oder ob - wie hier in Einzelfällen - die Zieladresse durch Verändern von Buchstaben aus Sicherheitsgründen geringfügig verändert und von den Nutzern nach Weisung manuell eingegeben wird.

„Der Angekl. N. hat durch seine Funktion als Moderator und Ideengeber im "Z."-Board an dem Betrieb der Internetplattform mitgewirkt und auf diese Weise dazu beigetragen, dass den Nutzern das **Einstellen von und der Zugriff auf kinderpornographische Dateien ermöglicht** wurden. Bei dem "S."-Board haben beide Angekl. dies durch ihre Tätigkeit als Administratoren bewirkt.

Das Zugänglichmachen erfolgte bei beiden Boards öffentlich, da einem größeren, in seiner Zahl und Zusammensetzung **unbestimmten Personenkreis die Möglichkeit der Kenntnisnahme eröffnet** wurde. Bei dem "Z." Board war zunächst jedermann die Möglichkeit der Kenntnisnahme der Dateien eröffnet, die im uneingeschränkt zugänglichen Bereich des "Z." Boards gepostet wurden.

Darüber hinaus wurden der übrige Bereich des "Z."-Boards sowie der gesamte Bereich des "S."-Boards, der nur Mitgliedern zugänglich war, die - graduell abgestuft - durch das eigene Posten bestimmter kinderpornographischer Dateien eine besondere Zugangsberechtigung zu diesen Bereichen erlangt hatten, i.S.v. § 184b I Nr. 2 Var. 4 StGB **öffentlich zugänglich gemacht**.

Der Gesetzgeber ist bei der Neufassung des § 184b StGB durch das Sexualdelikteänderungsgesetz vom 27.12. 2003 (BGBl. I 3007) davon ausgegangen, dass ein öffentliches Zugänglichmachen im Rahmen geschlossener Benutzergruppen mit bestimmten Zugangssicherungen bei zwei oder wenig mehr Personen nicht vorliege (BT-Drs. 15/350 S. 20 f.). Von dieser Einschränkung ersichtlich nicht erfasst werden Fälle, in denen - wie hier - ein **professionell organisierter Kinderpornoring im Internet eine Tauschbörse** mit mehreren tausenden Zugriffen pro Tag und vielen hundert anonymen pädophilen Mitgliedern unterhält, wobei das einzige Zugangshindernis das eigene Posten kinderpornografischer Dateien ist. Ein öffentliches Zugänglichmachen von kinderpornografischem Material liegt deshalb vor, wenn der **Zugang nicht auf einen dem Anbieter überschaubaren kleinen Personenkreis beschränkt** werden kann, es sich vielmehr um einen anonymen, nicht überschaubaren Benutzerkreis handelt (so auch Fischer, 59. Aufl., § 184b Rn 10). Sowohl bei dem "Z."-Board als auch bei dem "S."-Board war der Kreis der Mitglieder für die Angekl. und ihre Mittäter nicht überschaubar und nicht mehr kontrollierbar. Das "Z."-Board hatte bis zu 4.000 Zugriffe pro Tag zu verzeichnen, was auf eine entsprechend große Mitgliederzahl schließen lässt. Das "S."-Board umfasste zuletzt 476 anonyme Mitglieder.“ (BGH aaO)

2. Zu keinem anderen Ergebnis gelangt eine **in der Lit. vertretene, einschränkende Auffassung**, geschlossene Benutzergruppen seien nur dann öffentlich, wenn jeder ohne größere Schwierigkeiten beitreten könne bzw. nur **Scheinhindernisse**, wie etwa das Erfordernis eines **Passwortes**, das automatisch an die angegebene Mailadresse versandt werde, bestünden. Das Posten einer kinderpornografischen Datei als Zugangsvoraussetzung stellt letztlich nur ein bloßes Scheinhindernis für pädophile Nutzer dar, die regelmäßig bereits im Besitz entsprechender Dateien sind oder sich diese beschaffen können.

Gercke, Rechtswidrige Inhalte im Internet, S. 69; Hilgendorf/Frank/Valerius, Computer- und Internetstrafrecht, Rn 408; Lindemann/Wachsmuth JR 2002, 206; MüKo-StGB/Hörnle, 2. Aufl., § 184b Rn 23; Schönke/Schröder, 28. Aufl., § 184b Rn 6

- II. Das eigene Posten von Links auf kinderpornographische Dateien in den zu dem "S."-Board gehörenden Chats erfüllt den Tatbestand des bandenmäßigen Unternehmens des **Drittbesitzverschaffens kinderpornografischer Schriften** nach § 184b II, III Alt. 2 StGB.

1. Das Unternehmen des Drittbesitzverschaffens an einer kinderpornografischen Datei **erfasst alle mit der Besitzübertragung und -begründung verbundenen Aktivitäten**, auch wenn diese sich noch im Versuchsstadium befinden (§ 11 Nr. 6 StGB).
2. Soweit im **Übersenden von Links auf kinderpornografische Dateien** noch kein Unternehmen des Besitzverschaffens i.S.v. § 184b II StGB gesehen wird (vgl. Hilgendorf/Frank/Valerius, Computer- und Internetstrafrecht, Rn 421; MüKo-StGB/Hörnle, 2. Aufl., § 184b Rn 30; Schönke/Schröder, StGB, 28. Aufl., § 184b Rn 10; Schreibauer, Pornographieverbot, S. 310; a. A. Matzky ZRP 2003, 167), folgt dem **BGH aaO** nicht.

„Das Übersenden eines Links zielt darauf, dem Nutzer Besitz an dem kinderpornografischen Material zu verschaffen. Besitz an einer kinderpornografischen Datei erlangt, wer die **Verfügungsgewalt über das Speichermedium** hat, auf dem diese sich befindet (vgl. König, Kinderpornografie im Internet, Rn 250; Schreibauer, Pornographieverbot, S. 309). Dateien werden bei ihrem Aufruf im Internet regelmäßig **im Cache-Speicher der Festplatte gespeichert**. Mit diesem Speichern einer Datei im Cache-Speicher erlangt

der Nutzer hieran Besitz - sofern er sich des Vorhandenseins dieser Daten bewusst ist - da es ihm möglich ist, diese jederzeit wieder aufzurufen, solange sie nicht manuell oder systembedingt automatisch gelöscht werden (BGH NSTZ 2007, 95; vgl. auch Gercke, Praxishandbuch Internetstrafrecht, Rn. 332; Hilgendorf/Frank/Valerius, Computer- und Internetstrafrecht, Rn 419; König, Kinderpornografie im Internet Rn 250; MüKo-StGB/Hörnle, 2. Aufl. § 184b Rn. 38 f.; Schreibauer, Pornographieverbot S. 309).“ (BGH aaO)

3. Drittbesitzverschaffen setzt zwar grds. - in Abgrenzung zum eigenen Sichverschaffen des Nutzers - voraus, dass die **Handlung des Täters direkt und unmittelbar auf die Besitzverschaffung des Dritten gerichtet** ist. Bedarf es aber nur noch einer geringfügigen Mitwirkungshandlung des Empfängers selbst, der lediglich den Link anklicken muss, um die tatsächliche Herrschaft über die kinderpornografischen Dateien zu erlangen, und ist aufgrund der gerade auf den Austausch und die Übermittlung solcher Daten gerichtete Kommunikation in einem Chat mit einer alsbaldigen Inanspruchnahme des Downloadangebots zu rechnen, ist es ohne Bedeutung, dass der letzte Schritt zur eigentlichen Besitzerlangung in der Hand des Nutzers liegt.

„Danach bedeutet es für das Unternehmen des Drittbesitzverschaffens keinen Unterschied, ob der Täter dem Nutzer die Daten etwa per E-Mail mit entsprechendem Anhang (dazu vgl. Hilgendorf/Frank/Valerius, Computer- und Internetstrafrecht, Rn 421; Fischer, StGB, 59. Aufl., § 184b Rn 15; MüKo-StGB/Hörnle, 2. Aufl., § 184b Rn 30) übermittelt oder ob er diesem die **Möglichkeit des Zugriffs** auf diese - wie vorliegend - **durch Übermitteln eines anzuklickenden Links** verschafft hat. Auch für die Tathandlung des Verbreitens i.S.v. § 184b I Nr. 1 StGB macht es nach der Rspr. des BGH (BGHSt 47, 55) keinen rechtlich relevanten Unterschied, ob der Anbieter dem Nutzer die Dateien explizit zusendet (Upload) oder der Nutzer diese durch Aktivieren eines Links anfordert (Download). Die Angekl., denen angesichts ihrer speziellen Computerkenntnisse und ihrer mehrjährigen Erfahrung im Aufbau kinderpornographischer Seiten im Internet die Speichervorgänge in den Cache-Speichern bekannt waren, haben nach alledem mit der Übermittlung der Links nach ihrer Vorstellung **alles Erforderliche getan** und es damit unternommen, **den Nutzern Besitz hieran zu verschaffen**.“ (BGH aaO)

(BGH in NJW 2012, 1377; Beschluss vom 25.01.2012 – 1 StR 45/11)

1. Die zum **Abrechnungsbetrug bei Vertragsärzten** entwickelten Grundsätze **gelten in gleicher Weise für privatliquidierende Ärzte**.
2. Ein Arzt, der **ärztliche Leistungen als eigene abrechnen** lässt (hier: tatsächlich nicht selbst erbrachte Speziallabor-, Osteopathie- und Akupunkturleistungen), **behauptet nicht nur, zu deren Abrechnung berechtigt zu sein, sondern** – zumindest konkludent – auch, dass die Voraussetzungen der den Abrechnungen **zu Grunde liegenden Rechtsvorschriften eingehalten** sind.
3. Der **Inhalt abrechnungsfähiger privatärztlicher Leistungen** und deren **taxmäßige Honorierbarkeit** werden **durch die Gebührenordnung für Ärzte abschließend bestimmt**. Führt eine erbrachte Leistung mangels Abrechenbarkeit nicht zum Entstehen eines Zahlungsanspruchs, findet hinsichtlich der Frage eines Betrugsschadens eine saldierende Kompensation nicht statt.

Fall: Der Angekl. betrieb als Arzt für Allgemeinmedizin eine mit der Erbringung von Naturheilverfahren, Homöopathie- und Osteopathieleistungen sowie Traditioneller Chinesischer Medizin beworbene Praxis, in der er grds. Privatpatienten behandelte; eine Zulassung zur vertragsärztlichen Versorgung hatte er nicht. Zur Abrechnung gegenüber den Patienten bediente er sich der (gutgläubigen) M-GmbH, der er die – für die von ihm gewünschte Abrechnung erforderlichen – Daten übermittelte. Um sich neben Honoraransprüchen eine auf Dauer gerichtete Einnahmemöglichkeit zu verschaffen, ließ der Angekl. mehr als 2.300 inhaltlich unrichtige Abrechnungen an seine Patienten schicken, um „unter Täuschung seiner Patienten über die Richtigkeit dieser Abrechnungen bei diesen Honorare für tatsächlich nicht erbrachte, tatsächlich nicht von ihm erbrachte und tatsächlich nicht so erbrachte Leistungen zu berechnen und entsprechende Erlöse einzunehmen“.

Der Angekl. ging dabei wie folgt vor: In Absprache mit einigen Patienten lies er Rechnungen erstellen, die angeblich erbrachte und erstattungsfähige Leistungen auswiesen, obwohl er keine Leistungen oder nicht erstattungsfähige Leistungen erbracht hat (Lieferung nicht erstattungsfähiger Medikamente bzw. Injektionen; Behandlung einer nicht privat versicherten Tochter einer privatversicherten Patientin; fingierte Hausbesuche zur „Ersparung“ eines Selbstbehalts; fingierte Leistungen zur hälftigen Teilung des Erstattungs Betrags mit dem Patienten). Die Patienten reichten diese Rechnungen – wovon der Angekl. sicher ausging – bei ihren jeweiligen Versicherungen bzw. einer Beihilfestelle ein und erhielten so die in Rechnung gestellten Kosten des Angekl. erstattet. Wäre den Sachbearbeitern bei den Versicherungen bzw. der Beihilfestelle der wahre Sachverhalt bekannt gewesen, wäre eine Erstattung unterblieben. Ferner hat der Angekl., der Mitglied einer Laborgemeinschaft war, von dieser Laborleistungen der Klasse M II bezogen, welche er gem. § 4 II 1 GOÄ selbst abrechnen konnte, wobei hierfür gem. § 5 IV 2 GOÄ ein Standard-Steigerungsfaktor von 1,15 vorgesehen ist. Mit dem Hinweis auf eine „sehr umfangreiche und zeitintensive Leistung auf Grund persönlicher Befundung“ ließ der Angekl. demgegenüber Laborleistungen der Klasse M II mit dem Höchst-Steigerungsfaktor (§ 5 IV 1 GOÄ) von 1,3 abrechnen. Der Angekl. wusste jedoch, dass er keine einzige Befundung im Bereich M II selbst je durchgeführt hatte, sondern sämtliche Parameter bei der Laborgemeinschaft bezogen hatte. Die Patienten irrten entsprechend und bezahlten die um die Differenz zwischen dem 1,15- und dem 1,3-fachen überhöhten Beträge. Zudem rechnete der Angekl. die von der Laborgemeinschaft bezogenen Untersuchungen der Klasse M II als angeblich im eigenen Labor erbrachte Leistungen der Klasse M I ab, dies wiederum teilweise mit dem – unzutreffenden – Höchststeigerungsfaktor von 1,3. Hätten die Patienten gewusst, dass es sich in Wirklichkeit um niedriger bewertete M II Leistungen gehandelt hat, hätten sie lediglich den Preis für M II Leistungen bezahlt.

Darüber hinaus (und vor allem) hat der Angekl. nicht persönlich erbrachte Leistungen abrechnen lassen. Um Gewinne aus der Erbringung von Speziallaborleistungen zu erzielen, profitierte der Angekl. von einer von der Laborgruppe des Dr. S seit vielen Jahren vielen tausend interessierten Ärzten im Bundesgebiet angebotenen Kooperation (Rahmenvereinbarung), die sich in gleicher Weise auch bei zwei weiteren Laboren wie folgt gestaltete: Der Angekl. sandte, wenn er Untersuchungen der Klassen M III oder M IV benötigte, die dafür erforderlichen Proben an die Labore/Laborgruppen (im Folgenden: Laborarzt), wo die Proben seinen Wünschen entsprechend fachlich und medizinisch korrekt untersucht (beprob) wurden. Die Ergebnisse wurden ihm per Datenfernübertragung übermittelt. Die erbrachten Leistungen des Laborarztes wurden von diesem „gegenüber dem Patienten nicht geltend gemacht“. Vielmehr wurden den jeweiligen Einsendeärzten – so auch dem Angekl. – die Laborleistungen zu einem niedrigen, der Höhe nach vom Gesamtbeauftragungsumfang abhängigen Betrag in Rechnung gestellt. Der Angekl. zahlte je nach Labor zwischen 0,32 (Rabattstufe für „gute Kunden“) und 1,0 des für die Leistung maßgeblichen jeweiligen GOÄ-Satzes. Der Angekl. rechnete sodann gegenüber Privatpatienten die durchgeführten Untersuchungen als eigene ab, regelmäßig unter Geltendmachung des Standard-Erhöpfungsfaktors nach § 5 IV GOÄ, d. h. mit einem Faktor von 1,15. In allen der Verurteilung zu Grunde liegenden Fällen waren die Laborleistungen tatsächlich benö-

tigt und wurden fachlich und medizinisch korrekt erbracht. Dabei wusste der Angekl., dass er zur eigenen Liquidation dieser Laborleistungen nicht berechtigt war. Hätten die Privatpatienten gewusst, dass der Angekl. die Leistungen nicht selbst erbracht hat, zur Liquidation nicht berechtigt war, weil er nicht Inhaber der Forderung war und damit die Rechnung auch nicht erstattungsfähig war, hätten sie diese Leistung nicht auf die durch die M-GmbH erstellten Rechnungen hin auf das dort angegebene Konto bezahlt“.

Ferner ließ der Angekl. Behandlungen als eigene abrechnen, die in seinen Praxisräumen tätige Therapeuten erbrachten, die im Tatzeitraum weder approbiert noch niedergelassen waren und daher keine Berechtigung hatten, selbstständig Leistungen an Patienten zu erbringen und abzurechnen. Tatsächlich erbrachten diese an Patienten des Angekl. in eigener Verantwortung, ohne Aufsicht oder Kontrolle durch den Angekl., aber fehlerfrei, osteopathische Leistungen und Akupunkturleistungen. Der Angekl. führte jeweils ein Eingangsgespräch und ein Abschlussgespräch mit den Patienten, er hatte aber nicht die fachlichen Kenntnisse, die Tätigkeit der Therapeuten zu überwachen. Diese erhielten vom Angekl. zwischen 40 und 55 € für jede Behandlung. Der Angekl. ließ diese („eingekauften“) Leistungen den Patienten sodann als selbst erbrachte ärztliche Leistung mit einem höheren Preis in Rechnung stellen: Der Angekl. verwendete zur Abrechnung jeweils eine „Kette“ verschiedener GOÄ-Nummern, von denen einige Leistungen betroffen (Bsp: Injektionen gem. GOÄ-Nr. 255 und 256), die tatsächlich nicht durchgeführt worden waren. Des Weiteren ließ der Angekl. bestimmte Untersuchungen der Klasse M III, die in einem Speziallabor hätten erbracht werden müssen, in der oben genannten Laborgemeinschaft durchführen. Diese Laborleistungen ließ der Angekl. sodann wie eigene Untersuchungen der Klasse M II gegenüber den Patienten abrechnen.

Insgesamt hat der Angekl. durch die fehlerhaften Abrechnungen ein Vermögen im Wert von 748.244,87 € erlangt.

Der Angekl. könnte sich wegen **Betrugs nach § 263 I StGB** strafbar gemacht haben, indem er die nicht von ihm persönlich erbrachten Leistungen als eigene abgerechnet hat.

I. Der Angekl. **täuschte** – vermittelt der gutgläubigen Mitarbeiter der M-GmbH und teils im Zusammenwirken mit den Patienten – **über Tatsachen** und **erregte dadurch** einen **entsprechenden Irrtum**.

1. In den Fällen **kollusiven Zusammenwirkens mit den Patienten** unterlagen die zuständigen Sachbearbeiter der Versicherungen bzw. der Beihilfestelle einem mit Wissen und Willen des Angekl. herbeigeführten **Irrtum über das tatsächliche Vorliegen eines zur Kostenerstattung verpflichtenden Versicherungsfalls**.

„Bei Betrugsvorwürfen im Zusammenhang mit standardisierten, auf Massenerledigung angelegten Abrechnungsverfahren ist nicht erforderlich, dass der jeweilige Mitarbeiter hinsichtlich jeder einzelnen geltend gemachten Position die positive Vorstellung hatte, sie sei der Höhe nach berechtigt; vielmehr genügt die stillschweigende Annahme, die ihm vorliegende Abrechnung sei insgesamt „in Ordnung“. Daher setzt ein Irrtum nicht voraus, dass tatsächlich eine Überprüfung der Abrechnungen im Einzelfall durchgeführt wurde (BGH NSTz 2007, 213).“ (BGH aaO)

2. In allen anderen Fällen **täuschte** der Angekl. die Patienten **über das Vorliegen der den geltend gemachten Zahlungsanspruch begründenden Tatsachen**. Eine damit zugleich behauptete Zahlungspflicht bestand indes nicht, sodass die Patienten entsprechend irrten.

a) Bei der **privatärztlichen Liquidation** wird dem Patienten eine gem. § 12 GOÄ zu spezifizierende Rechnung übersandt, in der – neben dem Steigerungsfaktor, § 12 III Nr. 2 GOÄ – die erbrachte Leistung mit einer kurzen Bezeichnung anzugeben ist. Hierüber täuscht der Angekl. ausdrücklich, wenn er – wie etwa im Fall nicht erbrachter Laborleistungen der Klasse M I oder im Fall der Abrechnung von Osteopathie- und Akupunkturleistungen durch tatsächliche nicht durchgeführte ärztliche Leistungen – **in Rechnung gestellte Leistungen tatsächlich nicht erbracht** hat.

Gleiches gilt, soweit der Angekl. zu der gem. § 12 III 1 GOÄ erforderlichen **Begründung eines erhöhten Steigerungsfaktors** eine in Wahrheit nie durchgeführte eigene Befundung angeben lässt (vgl. auch Freitag, Ärztlicher und zahnärztlicher Abrechnungsbetrug im deutschen Gesundheitswesen, 2008, S. 154; Hellmann/Herffs, Der ärztliche Abrechnungsbetrug, Rn 348–351).

„Auch soweit der Angekl. – wie in den Fällen der Speziallaborleistungen sowie der Abrechnung von Osteopathie- und Akupunkturleistungen – nicht selbst erbrachte ärztliche Leistungen als eigene hat abrechnen lassen, behauptete er nicht lediglich, zu deren Abrechnung berechtigt zu sein, sondern auch (zumindest konkludent, was vom möglichen Wortsinn des § 263 I StGB umfasst ist, vgl. BVerfG NJW 2012, 907), dass die Voraussetzungen der der Abrechnung zu Grunde liegenden Rechtsvorschriften eingehalten worden seien. Dies entspricht gefestigter Rspr. zum Abrechnungsbetrug bei Vertragsärzten (vgl. BGH NSTz 1994, 188; BGH NSTz 1993, 388; BGH NSTz 1992, 436; BGH MedR 1992, 36), für privatliquidierende Ärzte gilt nichts anderes. Wer eine Leistung einfordert, bringt

damit zugleich das Bestehen des zu Grunde liegenden Anspruchs (vgl. OLG Hamm NStZ 1997, 130 m. w. Nachw.), hier also die Abrechnungsfähigkeit der in Rechnung gestellten ärztlichen Leistung, zum Ausdruck (vgl. auch Spickhoff, MedizinR, § 263 StGB Rn 16; Schubert ZRP 2001, 154; Graf/Jäger/Wittig, Wirtschafts- u. SteuerstrafR, § 263 StGB Rn 182 ff.). Zutreffend wird in dem von der Revision vorgelegten Rechtsgutachten darauf hingewiesen, dass der wertende Rückgriff auf die in der Abrechnung in Bezug genommene GOÄ die für den Rechnungsempfänger **maßgebende Verkehrsauffassung** vom Inhalt der mit der Rechnung abgegebenen Erklärung prägt (schon Tiedemann, LK-StGB, 11. Aufl., § 263 Rn 30 m.w. Nachw.).“ (BGH aaO)

- b) Die **tatsächlichen Voraussetzungen** zur Geltendmachung der behaupteten Zahlungsansprüche **lagen** auch in Fällen nicht persönlich erbrachter Leistungen **nicht vor**. Unabhängig von dem jeweiligen Erklärungsgehalt der Rechnungen ergibt sich dies vorliegend schon daraus, dass ein **Zahlungsanspruch unter keinem denkbaren Gesichtspunkt bestand**.

„Der Angekl. konnte für die in Rechnung gestellten Laborleistungen der Klassen M III und M IV (Speziallaborleistungen) einen Zahlungsanspruch gegenüber dem Patienten weder aus eigenem noch aus abgetretenem Recht geltend machen (wird ausgeführt).“ (BGH aaO)

- c) Das Vorliegen eines **durch** die dargestellte **Täuschung** bei den Patienten **hervorgegerufenen Irrtums** i. S. des § 263 StGB ist ebenfalls zu bejahen, denn die Patienten unterlagen einer mit der Täuschung korrelierenden, **der Wirklichkeit nicht entsprechenden Fehlvorstellung**.

aa) Ein Irrtum i. S. des § 263 I StGB setzt grds. nicht voraus, dass sich der Adressat einer auf einer Gebührenordnung basierenden (Ab-)Rechnung eine konkrete Vorstellung über die Berechnung und die in Ansatz gebrachten Bemessungsgrundlagen macht. Entscheidend – aber auch ausreichend – ist das **gedankliche Mitbewusstsein über die Ordnungsgemäßheit der Rechnungsstellung**, und sei es nur als „allgemein gehaltene Vorstellung, die Abrechnung sei in Ordnung“.

vgl. BGH NJW 2009, 2900 = NStZ 2009, 506 m. w. Nachw.; Tiedemann, LK-StGB, § 263 Rn 79, 91 m. w. Nachw.; Schönke/Schröder, StGB, 28. Aufl., § 263 Rn 37 ff.; Beukelmann, BeckOK-StGB, § 263 Rn 25

„Die Patienten [mussten] in allen Fällen mangels hinreichender eigener Fachkenntnisse auf die sachliche Richtigkeit der Rechnungen vertrauen und haben dies auch. Sie haben „darauf vertraut, dass die Rechnungen von dem Angekl. korrekt erstellt werden“ und „an die Rechtmäßigkeit der Abrechnung geglaubt.“ (BGH aaO)

- bb) Demzufolge trifft die Auffassung hier jedenfalls aus tatsächlichen Gründen nicht zu, in Fällen nicht oder nicht selbst erbrachter Leistungen fehle es „in aller Regel“ wegen der Erkennbarkeit des tatsächlichen Leistungsumfangs und des tatsächlichen Leistungserbringers sowie der gem. § 12 GOÄ spezifizierten Rechnung an einem Irrtum (Dahm MedR 2003, 268; Graf/Jäger/Wittig, § 263 StGB Rn 185; Spickhoff, § 263 Rn 25; Prütting, § 263 StGB Rn 32

„Ein Patient kann nicht wissen, ob in seiner Abwesenheit vom Angekl. Laboruntersuchungen selbst durchgeführt oder eine eigene Befundung vorgenommen werden. **Patienten**, denen die „gebührenrechtlichen Einzelheiten gänzlich unbekannt“ sind, **kennen weder die Differenzierung nach unterschiedlichen Laborleistungen noch die Voraussetzungen**, unter denen in der Praxis eines Arztes von Dritten erbrachte Leistungen (etwa bei der Blutentnahme) oder Osteopathieleistungen im Wege einer Analogbewertung gem. § 6 II GOÄ vom Arzt abgerechnet werden können. Auch weiß ein solcher Patient nicht, ob der Angekl. Labor- oder sonstige ärztliche oder heilkundliche Leistungen im gebührenrechtlichen Sinn selbst erbracht hat. Soweit die Patienten von anderen als dem Angekl., aber in dessen Praxis und nach einer Eingangsuntersuchung durch diesen behandelt wurden, haben sie „die Fehlerhaftigkeit der Abrechnungen“ nicht erkannt, sie gingen vielmehr davon aus, dass die Rechnungen „inhaltlich richtig und den Abrechnungsvorschriften entsprechend erstellt worden waren“.

Die Strafkammer hat nicht festgestellt, dass die Patienten **Zweifel an der Richtigkeit der von der M-GmbH erstellten Rechnungen** gehabt haben, die ohnedies einen **Irrtum grds. nicht entfallen ließen** (vgl. BGH NJW 2003, 1198 = NStZ 2003, 313; Satzger/Schmitt/Widmaier, StGB, § 263 Rn 78, jew. m. w. Nachw.). Eine etwaige **Leichtgläubigkeit der Patienten stünde der Annahme eines Irrtums ebenso wenig entgegen wie die Erkennbarkeit der Täuschung** bei hinreichend sorgfältiger Prüfung (BGH MedR 1992, 36 m. w. Nachw.). Weiter ist unerheblich, dass oder ob der Patient die Abrechnung bereits einer Versicherung oder Beihilfestelle vorgelegt hat (Schubert ZRP 2001, 154).“ (BGH aaO)

II. Auch das **Vorliegen eines Schadens i. S. von § 263 StGB** ist zu bejahen.

1. Nach **st. Rspr.** ist unter einem Vermögensschaden i. S. des § 263 StGB – gleichermaßen wie unter einem Nachteil i. S. des § 266 StGB – jede durch die Tat verursachte

Vermögensminderung zu verstehen, wobei diese nach dem Prinzip der Gesamtsaldierung auf Grund eines Vergleichs des Vermögensstandes vor und nach der Tat bei **wirtschaftlicher Betrachtungsweise** festzustellen ist (vgl. z. B. BGH NStZ-RR 2011, 312; BGHSt 55, 288 = NJW 2011, 88 = NStZ 2011, 37; BGH NStZ 1999, 353; BGH NStZ 1997, 32; Fischer, § 263 Rn 110 ff. m. w. Nachw.). **Normative Gesichtspunkte** können bei der Bewertung von Schäden eine Rolle spielen; sie **dürfen die wirtschaftliche Betrachtung** allerdings **nicht überlagern** oder verdrängen (BVerfG NJW 2012, 907).

Ein Schaden liegt nicht vor, wenn zugleich **ein den Verlust aufwiegender Vermögenszuwachs** begründet wird. Ein solcher Vermögenszuwachs tritt bspw. ein, soweit das Vermögen von einer Verbindlichkeit in Höhe des Verlustes befreit wird (BGH NStZ-RR 2011, 312 m. w. Nachw.). Eine solche Kompensation scheidet hingegen regelmäßig dann aus, wenn sich die Vermögensmehrung nicht aus der Verfügung selbst ergibt, sondern durch eine andere, rechtlich selbstständige Handlung hervorgebracht wird (vgl. BGHSt 55, 288 = NJW 2011, 88 = NStZ 2011, 37; BGH NStZ 1999, 353).

Maßgeblich für den **Vermögensvergleich** ist der **Zeitpunkt der täuschungsbedingten Vermögensverfügung**, also der Vergleich des Vermögenswerts **unmittelbar vor und nach** der hier in der Zahlung an den Angekl. liegenden **Vermögensverfügung**; spätere Entwicklungen, wie Schadensvertiefung oder Schadensausgleich, berühren den tatbestandlichen Schaden nicht (vgl. BGH NJW 2011, 2675 = NStZ 2011, 638; BGHSt 53, 199 = NJW 2009, 2390 = NStZ 2009, 330; BGH NStZ 1999, 353, jew. m. w. Nachw.).

2. Unter Anwendung dieser Grundsätze ist das Vorliegen eines Schadens i. S. von § 263 I StGB zu bejahen.

„In Fällen kollusiven Zusammenwirkens mit den Patienten zahlten die Versicherungen/die Beihilfestelle, ohne zur Zahlung verpflichtet zu sein, ohne also durch die Zahlung eine gleichwertige Forderung des beihilfeberechtigten Versicherungsnehmers zum Erlöschen zu bringen. Das Entstehen eines Rückforderungs- oder Schadenersatzanspruchs gegenüber dem Arzt kann – wie auch sonst bei durch die Tat entstehenden Schadens- und Gewährleistungsansprüchen (vgl. Satzger/Schmitt/Widmaier, § 263 Rn 152; Fischer, § 263 Rn 155) – nicht zu einer schadensausschließenden Kompensation führen.

In gleicher Weise stand in allen anderen Fällen den Zahlungen der Patienten kein äquivalenter Vermögensausgleich gegenüber. Dies gilt auch in den insoweit einzig näher zu erörternden Fällen, in denen der Angekl. nicht selbst erbrachte Leistungen abrechnete: Durch die irrtumsbedingte Zahlung der Patienten wird deren Vermögen gemindert, ohne dass dem ein äquivalenter Vermögenszufluss gegenübersteht. Zum maßgeblichen Zeitpunkt der Zahlung war das Vermögen der Patienten nicht mit einem Zahlungsanspruch belastet; ohne diesen hat die erbrachte ärztliche Leistung hier keinen eigenen, zur Bestimmung des tatbestandlichen Schadens i. S. von § 263 I StGB maßgeblichen wirtschaftlichen Wert.

Die Bewertung des Vermögens bzw. Schadens erfolgt nach objektiven wirtschaftlichen Gesichtspunkten. Auf die subjektive Einschätzung des Patienten, ob er sich wegen der von einem anderen als dem Angekl. erbrachten Leistung nicht geschädigt fühlt, kommt es nicht an. Maßgebend für den Vergleich von Leistung und Gegenleistung ist regelmäßig der Verkehrswert (vgl. Schönke/Schröder, § 263 Rn 109 ff. m. w. Nachw.) oder ein an Angebot und Nachfrage orientierter Marktpreis, der auch nach dem von den Vertragsparteien vereinbarten Preis unter Berücksichtigung der für die Parteien des fraglichen Geschäfts maßgeblichen preisbildenden Faktoren bestimmt werden kann (vgl. BGH NStZ 2010, 700).

Für privatärztliche Leistungen, für die es weder einen Verkehrswert noch einen (objektiven) Markt oder einen von den Vertragsparteien frei zu vereinbarenden Preis gibt, bestimmen die materiell-rechtlichen Normen zur Abrechenbarkeit der Leistung, namentlich der GOÄ, zugleich deren wirtschaftlichen Wert. Ist etwa eine Behandlungsleistung zwar erbracht, gilt sie aber als mit einer anderen Leistung abgegolten (vgl. z. B. § 4 II a GOÄ), kommt ihr kein eigener wirtschaftlicher Wert zu, mag auch der Patient, hätte er die Leistung alleine bezogen, daraus resultierende Aufwendungen gehabt haben. In dem Umfang, in dem die Rechtsordnung einer privatärztlichen Leistung die Abrechenbarkeit versagt, weil etwa die für die Abrechenbarkeit vorgesehenen Qualifikations- und Leistungsmerkmale nicht eingehalten sind, kann ihr kein für den tatbestandlichen Schaden i. S. von § 263 StGB maßgeblicher wirtschaftlicher Wert zugesprochen werden (vgl. Beckemper/Wegner NStZ 2003, 315; für wahlärztliche Leistungen: Hellmann/Herffs, Rn 391 ff.; Freitag, S. 175 f.). Führt die erbrachte ärztliche Leistung mangels Abrechenbarkeit nicht zum Entstehen eines Zahlungsanspruchs, findet eine saldierende Kompensation nicht statt. Zahlt der in Anspruch Genommene irrtumsbedingt ein nicht geschuldetes Honorar, ist er in Höhe des zu Unrecht Gezahlten geschädigt. Wer eine Leistung unter den jeweils gegebenen Umständen unentgeltlich erlangen oder bereits dafür Geleistetes zurückfordern kann, ohne hierfür Wertersatz leisten zu müssen, ist in Höhe desjenigen Betrags geschädigt, den er täuschungsbedingt gleichwohl hierfür aufgewandt hat.

Dies entspricht gefestigter Rspr. des BGH zum vertragsärztlichen Abrechnungsbetrug (vgl. BGH NJW 2003, 1198 = NStZ 2003, 313; NStZ 1995, 85; BGH NStZ 1993, 388; auch BVerfG NJW 1998, 810 = NStZ 1998, 29), deren zu Grunde liegende Wertung – unbeschadet sozialrechtlicher Besonderheiten – auf

den Bereich privatärztlicher Leistungserbringung und Abrechnung übertragbar ist (vgl. auch Peickert MedR 2000, 352; a. A. Gercke/Leimenstoll MedR 2010, 695).

Für privatärztliche Leistungen bestimmt die GOÄ den Inhalt der abrechnungsfähigen ärztlichen Leistungen und deren taxmäßige (standardisierte) Honorierbarkeit abschließend. Die Anspruchsvoraussetzungen sind jeweils – dort nach Sozialrecht, hier nach den materiell-rechtlichen Vorschriften der GOÄ – fest umschrieben, eine tatbestandliche Schadenskompensation allein mit erbrachter ärztlicher Leistung ist dadurch ausgeschlossen (zutr. Tiedemann, LK-StGB, § 263 Rn 267). Der Leistende wird nicht von einer Verpflichtung gegenüber dem Arzt befreit, eine wirtschaftliche Vermögenssaldierung ergibt daher ein Minus (Hellmann NSTZ 1995, 232; Beckemper/Wegner NSTZ 2003, 315).

Im Bereich privatärztlicher Liquidation, bei der der behauptete Honoraranspruch nicht schon aus dem Behandlungsvertrag, sondern erst auf Grund der erbrachten Leistungen entsteht, kann eine Zahlung für die Leistungserbringung nicht kausal werden; die Zahlung ist ohne eigenen Vermögenswert, wenn nicht die Rechtsordnung durch Ansprüche eine Korrespondenzbeziehung herstellt (Spickhoff, § 263 StGB Rn 44). Lediglich formalrechtliche „Leistungsgewährungsbedingungen“, wie sie als Einschränkungen der zum Vertragsarztrecht entwickelten „**streng formalen Betrachtungsweise**“ diskutiert werden (vgl. Volk NJW 2000, 3385) oder wie sie im Bereich des Subventionsbetrugs zum Tragen kommen können (vgl. BGH NSTZ 2006, 624; Fischer, § 263 Rn 142 m. w. Nachw.), sind der Abrechnung privatärztlicher Leistungen auf der Grundlage der an die Person des Leistungserbringers (z. B. § 4 II 2 GOÄ) oder an die Art und Weise der Leistungserbringung (z. B. § 4 II 1 GOÄ) anknüpfenden GOÄ fremd; auch wenn der zahlende Patient die Art der Leistungserbringung oder die Art der Abrechnung genehmigen wollte, bestünde dem Grunde nach ein materieller Anspruch nicht.

Auch sonst **bestimmt sich der wirtschaftliche Wert einer Arbeitsleistung nach deren Abrechenbarkeit**; die Möglichkeit, die eigene Arbeitskraft zur Erbringung von Dienstleistungen einzusetzen, hat Vermögenswert nur, soweit sie üblicherweise gegen Entgelt erbracht wird (vgl. BGH NJW 2001, 981 = NSTZ 2001, 258 m. w. Nachw. zu durch Betrug erlangter Arbeitsleistung). Indes wird gesetzeswidrigen Handlungen (vgl. BGH NSTZ-RR 2009, 106; BGH NSTZ 2001, 534) oder Leistungen, die verboten sind oder unsittlichen Zwecken dienen (vgl. BGH NSTZ 1987, 407), mögen sie auch „üblicherweise“ nur gegen Entgelt (z. B. „Killerlohn“) erbracht werden, kein Vermögenswert zuerkannt, da sich das Strafrecht ansonsten in Widerspruch zur übrigen Rechtsordnung setzen würde, wenn es im Rahmen des Betrugstatbestands nichtigen – weil gesetzeswidrigen – Ansprüchen Schutz gewährte (vgl. auch Eckstein JZ 2012, 101). Es entspricht einem **allgemeinen Rechtsgedanken, wirtschaftliche Vorteile aus rechtsmissbräuchlichen Gestaltungen zu versagen** (vgl. z. B. §§ 814, 817 S. 2 BGB, §§ 41, 42 AO); in Verbotenes Investiertes soll unwiederbringlich verloren sein (vgl. BT-Dr 11/1134, S. 12, zum Verfall). Ebenso wird einer Arbeitsleistung ein **wirtschaftlicher Wert abgesprochen, wenn Gesetz oder Verwaltungsvorschriften einer zu deren Entlohnung führenden Anstellung entgegenstehen**, selbst wenn fachlich nicht zu beanstandende Leistungen erbracht wurden (BGHSt 45, 1 = NJW 1999, 1485 = NSTZ 1999, 302 m.w. Nachw.). I. Ü. ist auch zur Frage der **Rechtswidrigkeit des erlangten Vermögensvorteils** allein das materiell-rechtliche Bestehen eines Anspruchs maßgeblich.

Dies zu Grunde gelegt hat die Strafkammer im Ergebnis rechtsfehlerfrei die „lege artis“ (Laborleistungen) bzw. „fehlerfrei“ (Akupunktur- und Osteopathieleistungen) erbrachten Leistungen nicht zur Verneinung des tatbestandlichen Schadens i. S. von § 263 StGB herangezogen. Die erbrachten Leistungen haben das Vermögen des Patienten zum Zeitpunkt der Zahlung nicht mit einem Zahlungsanspruch in Höhe des Rechnungsbetrags belastet.

Wie bereits aufgezeigt, steht im Fall abgerechneter Speziallaborleistungen dem Angekl. kein Zahlungsanspruch gegen den Patienten zu. Ebenso wenig ist das Vermögen des Patienten mit einem Zahlungsanspruch des Laborarztes [bzw. der Osteopathen] belastet (wird ausgeführt).“ (BGH aaO)

III. Schließlich hat der Angekl. auch **vorsätzlich gehandelt**.

Nach st. Rspr. genügt es für den Betrugsvorsatz, dass der **Täter die schadensbegründenden Umstände kannte**. Entscheidend ist, ob er in der Annahme gehandelt hat, eine Zahlung in der geltend gemachten Höhe beanspruchen zu können (vgl. BGH MedR 1992, 36 m. w. Nachw.).

„Dem Angekl. [war] in allen Fällen – auch in den Fällen abgerechneter Speziallaborleistungen – bewusst, dass er **zur Liquidation nicht berechtigt war und sich durch Vortäuschen eines in Wahrheit nicht bestehenden Zahlungsanspruchs zu Unrecht bereicherte**. Er handelte gleichwohl.

Die Einlassung des Angekl., er habe in der Annahme gehandelt, den Patienten entstehe wegen der erbrachten Leistungen kein Schaden, steht der Annahme eines Vorsatzes nicht entgegen: Derjenige, der weiß, dass er sich auf Kosten eines anderen durch Vortäuschen eines in Wahrheit nicht gegebenen Zahlungsanspruchs bereichert, weiß oder nimmt zumindest billigend in Kauf, dass er trotz erbrachter Leistungen keinerlei Zahlungsanspruch hat, der Zahlende also rechtsgrundlos leistet und dadurch in Höhe des Gezahlten geschädigt ist.“ (BGH aaO)

(OVG Hamburg in DÖV 2012, 285; Beschluss vom 16.11.2011 - 5 Bf 292/10)

1. Eine Sonderparkfläche für Schwerbehinderte mit außergewöhnlicher Gehbehinderung darf nur dann benutzt werden, wenn ein **noch gültiger Parkausweis** für Behinderte **gut lesbar** im Fahrzeug ausgelegt wird.
2. Ein Polizeibediensteter, der das Abschleppen eines Fahrzeugs von einer Sonderparkfläche anordnet, weil der ausgelegte Parkausweis abgelaufen ist, muss **nicht erst** bei zuständigen Stellen nachfragen, ob der Ausweisinhaber **weiterhin** die **Voraussetzungen** für die **Ausstellung eines Parkausweises** für Behinderte erfüllt.
3. Es gehört zu den **Obliegenheiten** des Inhabers eines Parkausweises für Behinderte, sich rechtzeitig um die **Verlängerung bzw. Neuausstellung eines Parkausweises** zu kümmern. Die Folgen eines entsprechenden Versäumnisses fallen in die Verantwortungssphäre des Ausweisinhabers. Daher besteht **kein Anlass**, von der Erhebung von Abschleppkosten **abzusehen**, wenn sich später herausstellt, dass die Voraussetzungen für die Ausstellung eines Parkausweises für Behinderte weiterhin bestehen.

Fall: Die Klägerin wendet sich gegen die Auferlegung von Gebühren für das Abschleppen und die Sicherstellung ihres Pkw.

Die Klägerin hatte ihren Pkw mit dem Kennzeichen HH-... am frühen Nachmittag des 12.06.2008 in der Straße A. auf einer Sonderparkfläche für Schwerbehinderte (ausgeschildert durch Vz. 314 mit Zusatzzeichen 1044-10 [Rollstuhlfahrsymbol]) geparkt. Hinter der Windschutzscheibe lag ein Parkausweis für Behinderte, gültig bis Februar 2008. Auf Veranlassung eines Polizeibediensteten wurde das Fahrzeug abgeschleppt und zum Verwahrplatz A. ... A. ... gebracht. Dort holte es die Klägerin am Abend desselben Tages ab, nachdem sie die mit Bescheid vom 12.06.2008 festgesetzte Gebührenforderung in Höhe von 253,50 Euro beglichen hatte. Im Gebührenbescheid war als Grund für die Abschleppanordnung und die Sicherstellung des Fahrzeugs angegeben:

„Das Fahrzeug parkte an der genannten Stelle auf einer Sonderparkfläche für Schwerbehinderte, die durch Vz. 314 mit Zusatzzeichen 1044-10 ausschließlich für Fahrzeuge ausgewiesen ist, deren Fahrer im Besitz eines entsprechenden gültigen Parkausweises ist. Die Berechtigung zum Parken auf dieser Fläche ist nur gegeben, wenn der Ausweis sichtbar im Fahrzeug ausgelegt ist. In dem abgestellten Fahrzeug war dieser gültige Ausweis nicht vorhanden. Berechtigte Schwerbehinderte hätten die Stellfläche nicht nutzen können.“

Hiergegen legte die Klägerin Widerspruch ein und führte aus, sie sei alleinerziehende Mutter von drei Kindern, darunter ein im September 1997 geborener schwer spastischer Sohn. In dessen Schwerbehindertenausweis, mit dem ein Grad der Behinderung von 90% bescheinigt sei, sei die Notwendigkeit ständiger Begleitung vermerkt. Der Parkausweis sei am fraglichen Tag wie immer deutlich sichtbar vorn links hinter der Windschutzscheibe ausgelegt gewesen. Allerdings sei die Gültigkeit der Bescheinigung abgelaufen gewesen, was ihr wohl auch deswegen einfach entgangen sei, weil der Ausweis auf eine Dauer von fünf Jahren ausgestellt werde; inzwischen sei die Bescheinigung erneuert worden.

Nachdem der Widerspruch als unbegründet zurückgewiesen wurde, erhob die Klägerin fristgerecht Klage vor dem zuständigen Verwaltungsgericht. Ist die Klage begründet?

Die Klage ist nach § 113 I VwGO begründet, wenn der Gebührenbescheid rechtswidrig ist und die Klägerin in ihren Rechten verletzt.

I. Rechtswidrigkeit des Gebührenbescheides

Der Gebührenbescheid ist rechtswidrig, wenn einer Ermächtigungsgrundlage fehlt, die formellen Voraussetzungen fehlen oder die materiellen Vorgaben nicht eingehalten sind.

1. Ermächtigungsgrundlage

Fraglich ist zunächst, auf welcher Rechtsgrundlage der Kostenbescheid ergangen ist.

„Die Kosten für das Abschleppen, die Sicherstellung und Verwahrung werden in Hamburg seit 2004 einheitlich nach gebührenrechtlichen Vorschriften erhoben (vgl. OVG Hamburg. Urt. v. 07.10.2008, 3 Bf 116/08, DAR 2009, 215 ff.; Urt. v. 07.10.2008, 3 Bf 81/08, NordÖR 2009, 167, 168). Mit dem Gesetz zur Neuorganisation des Abschleppverfahrens vom 09.09.2003 (HmbGVBl. S. 467) hat der Gesetzgeber in § 7 III HmbSOG und § 19 I HmbVwVG jeweils den Satz angefügt: „Die Erhebung von Kosten nach dem Gebührengesetz bleibt unberührt.“ In der Gesetzesbegründung (Bü-Drs. 17/2810 vom 27.5.2003, S. 2/3) wird darauf hingewiesen, dass es nicht hinnehmbar sei, die Kostenpflicht bei einem vergleichbaren Lebenssachverhalt - verbotswidriges Abstellen eines Fahrzeugs - unterschiedlichen Regelungen zu unterwerfen. Die Umsetzung blieb dem Ordnungsgeber überlassen (a. a. O., S. 4); der entsprechende Gebührentatbestand ist sodann

durch Verordnung vom 02.12.2003 (HmbGVBl. S. 557) mit der Einfügung von Nummer 25 in die Anlage 1 zu § 1 I der Gebührenordnung für Maßnahmen auf dem Gebiet der öffentlichen Sicherheit und Ordnung (GebOSiO) geschaffen worden.“ (OVG Hamburg)

2. formelle Rechtswidrigkeit

Der Gebührenbescheid könnte schon formell rechtswidrig sein. Es bestehen keine Bedenken, dass die Beklagte zuständig war und der Gebührenbescheid form- sowie verfahrensgemäß ergangen ist. Der Gebührenbescheid ist daher nicht schon wegen formeller Fehler rechtswidrig.

3. materielle Rechtswidrigkeit

Der Gebührenbescheid könnte aber materiell rechtswidrig sein. Dies ist der Fall, wenn entweder die Tatbestandsvoraussetzungen fehlen oder die Beklagte die Grenzen des ihr eingeräumten Ermessens nicht eingehalten hat.

a) Rechtmäßigkeit der Abschleppmaßnahme

„Zu den Rechtmäßigkeitsvoraussetzungen des angefochtenen Gebührenbescheids gehört wegen des Grundsatzes der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung, dass die Sicherstellung und Verwahrung des Fahrzeugs der Klägerin rechtmäßig waren.“ (OVG Hamburg aaO)

aa) Voraussetzungen der Abschleppmaßnahme

Nach § 14 I 2 HmbSOG wird ein verbotswidrig abgestelltes Fahrzeug in der Regel sichergestellt, wenn es die Sicherheit oder Leichtigkeit des Verkehrs beeinträchtigt oder eine Gefährdung, Behinderung oder Belästigung anderer Verkehrsteilnehmer nicht auszuschließen ist und der vom Fahrzeug ausgehenden Gefahr nicht mit einer Umsetzung auf einen in unmittelbarer Nähe gelegenen freien und geeigneten Platz im öffentlichen Verkehrsraum begegnet werden kann.

Die Klägerin parkte auf einem Sonderparkplatz für Schwerbehinderte mit außergewöhnlicher Gehbehinderung (Zeichen 314 der Anlage 3 zu § 42 II StVO).

„Gemäß § 42 IV StVO, Erläuterung Nr. 2 Satz 2 zu Zeichen 314 in der am 12.06.2008 geltenden Fassung (seit 1. September 2009: § 42 II StVO i. V. m. Anlage 3, lfd. Nr. 7, Erläuterung Nr. 1 Buchst. e; im hier entscheidenden Punkt unverändert) „gelten“ die **Sonderparkberechtigungen**, die durch das Zeichen 314 mit Zusatzzeichen gewährt werden „nur, wenn die **Parkausweise gut lesbar ausgelegt** sind.“ Auch wenn in der Vorschrift das Wort „gültig“ vor Parkausweis fehlt, kann die Vorschrift nur so verstanden werden, dass der **auszulegende Parkausweis gültig sein muss**, d.h. er muss von der zuständigen Stelle ausgestellt sein und auch in zeitlicher Hinsicht noch gelten. Mit einem nicht mehr gültigen Parkausweis lässt sich eine aktuell bestehende Parkberechtigung nicht (mehr) nachweisen.“ (OVG Hamburg aaO)

Es bestand daher materiell eine Sonderparkberechtigung. Diese war jedoch nicht durch Auslegen eines gültigen Sonderparkausweises deutlich gemacht. Fraglich ist, ob es insofern ausreicht, dass die Sonderparkberechtigung bestand oder ob diese in jedem Fall ohne weiteres vor Ort erkennbar sein muss.

„Voraussetzung der **Rechtmäßigkeit des Parkens** auf der Sonderparkfläche ist damit das Auslegen des gültigen Parkausweises; die **Eigenschaft als Schwerbehinderter mit außergewöhnlicher Gehbehinderung reicht** noch nicht, um auf einer solchen Sonderparkfläche parken zu dürfen. Das entspricht **einheitlicher obergerichtlicher Rechtsprechung** (vgl. VGH Mannheim, Urt. v. 30.03.1992, 1 S 1266/91, NJW 1992, 2442 f., VGH Kassel, Urt. v. 05.07.1994, 11 UE 666/94, juris, OVG Koblenz, Urt. v. 25.01.2005, 7 A 11726/04, NVwZ-RR 2005, 577 f., OVG Münster, Beschl. v. 02.03.2009, 5 A 787/08, juris; Beschl. v. 17.02.2009, 5 A 3413/07, VRS Bd. 116, 294 f.). Nach der amtlichen Begründung der Vorschrift (VkBl. 1988, 210, 227) sollte hiermit deutlich gemacht werden, dass **Parksonderrechte nur mit dem Auslegen der Ausnahmege-nehmigung (Parkausweis)** in Anspruch genommen werden dürfen. Erkennbar wird daraus der Regelungszweck, der zuständigen Behörde die **jederzeitige Kontrolle** zu ermöglichen, ob der Sonderparkplatz von einem Berechtigten benutzt wird. Dies dient auch der Rechtssicherheit, da die Prüfung, ob der Parkende materiell zum Kreis der berechtigten Schwerbehinderten gehört, zunächst zur Unklarheit über die Parkberechtigung führen würde (vgl. VGH Mannheim, VGH Kassel, OVG Münster, Beschl. v. 17.02.2009 und v. 02.03.2009, jeweils aaO).

Daher war auch der Polizeibedienstete, der hier das Abschleppen angeordnet hatte, aus **Rechtsgründen nicht gehalten, Erkundigungen darüber anzustellen, ob die Schwerbehinderteneigenschaft** des Sohnes der Klägerin **fortbesteht**. Auch spielt die Frage, ob im Auto der Klägerin ein Rollator zu erkennen war, für die Frage der Parkberechtigung im Grunde keine entscheidende Rolle. Hiervon abgesehen konnte aber selbst die Klägerin in der mündlichen Ver-

handlung des Verwaltungsgerichts nicht ausschließen, dass der Rollator ihres Sohnes unter der zugezogenen Kofferraumabdeckung ihres Autos gelegen hat und damit für den Polizeibediensteten nicht erkennbar war.“ (OVG Hamburg aaO)

Ist aber das Auslegen des Parkberechtigungsausweises Voraussetzung dafür, dass auf der Sonderparkfläche geparkt werden darf, so reicht es in der Konsequenz nicht aus, wenn der Betreffende nach dem Abschleppen nachweist, dass er zum Kreis der „an sich“ berechtigten Personen gehört, weil er selbst oder eine von ihm beförderte Person schwerbehindert mit außergewöhnlicher Gehbehinderung ist.

„Das folgt auch daraus, dass sich die Rechtmäßigkeit der Abschlepp- und Sicherstellungsanordnung nach den **Verhältnissen in dem Zeitpunkt** beurteilt, in dem sie **getroffen** wird (vgl. OVG Hamburg, Urt. v. 29.01.2008, 3 Bf 253/04, VRS Bd. 114, 316). Es bedarf hier keiner Entscheidung, ob eine Abschleppanordnung **im Einzelfall unverhältnismäßig** sein kann, wenn die Gültigkeit eines (ausgelegten) Parkausweises für Behinderte erst seit wenigen Tagen abgelaufen ist. Ein solcher Fall lag hier nicht vor. Die Geltungsdauer des Parkausweises der Klägerin („gültig bis Februar 2008“) war am 12.06.2008 bereits **mehr als drei Monate abgelaufen**.“ (OVG Hamburg aaO)

bb) Zwischenergebnis

Die Anordnung des Polizeibediensteten, das Fahrzeug abschleppen und zur Verwahrstelle bringen zu lassen, war rechtmäßig. Die Klägerin parkte auf einem Sonderparkplatz für Schwerbehinderte mit außergewöhnlicher Gehbehinderung, ohne hierzu berechtigt zu sein, und damit verbotswidrig nach (§ 14 I 2 HmbSOG).

b) Kostenpflicht der Klägerin

Der Gebührenbescheid ist aber selbst bei Rechtmäßigkeit der Abschleppmaßnahme nur dann rechtmäßig, wenn die Klägerin auch verpflichtet ist, diese Kosten zu tragen.

Grundsätzlich fallen gemäß § 14 III 3 HmbSOG die Kosten der Sicherstellung und Verwahrung der Person zur Last, die für den Verkehrsverstoß verantwortlich ist. Dies ist ohne weiteres die Klägerin.

aa) keine Gebührenerhebung bei der Klägerin nach Ermessen

Allerdings könnte die Gebührenerhebung bei der Klägerin ermessensfehlerhaft sein, da die materielle Sonderparkberechtigung letztlich feststeht. Fraglich ist allerdings, ob die Kostenerhebung überhaupt im Ermessen der Beklagten steht.

„Die Heranziehung des Pflichtigen ergeht damit als eine **gebundene Entscheidung**; dies gilt gem. § 1 GebOSiO i.V.m. Nr. 25 und Nr. 26 der Anlage 1 für die Erhebung der **Amtshandlungsgebühr** und die **Verwahrgebühr**, gemäß § 5 V 1 GebG i. V. m. § 1 der Verordnung über die Höhe von Gemeinkostenzuschlägen für den geforderten **Gemeinkostenzuschlag** sowie nach § 5 II Nr. 5 GebG für die Erhebung der **Auslagen**. Gemäß § 3 I Nr. 4 GebG „werden“ **Verwaltungsgebühren** für die Vornahme dort näher umschriebener Amtshandlungen erhoben. Gebührenpflichtig ist gemäß § 9 I Nr. 5 GebG die Person, die besonderen Anlass für die Amtshandlung gegeben hat. Damit ist **kein Raum für ein Ermessen eröffnet**.

Eine Gleichbehandlung der nach § 14 III 3 HmbSOG Gebührenpflichtigen mit den nach § 7 III HmbSOG Gebührenpflichtigen, wie sie im angefochtenen Urteil angesprochen wird, ist nicht mehr möglich. Für Abschleppkostenfälle gilt nämlich § 7 III 1 HmbSOG nicht mehr. Wie der Begründung des Gesetzes zur Neuorganisation des Abschleppverfahrens zu entnehmen ist, sollte auch der Fall eines **Einschreitens im Wege der unmittelbaren Ausführung bei Abschleppfällen** dem Gebührenrecht unterworfen werden: `Die an sich einschlägige Vorschrift des § 7 Abs. 3 Satz 1 wird folglich in Abschleppfällen durch die noch zu schaffenden spezielleren gebührenrechtlichen Vorschriften verdrängt werden` (Bü-Drs. 17/2810, S. 3).“ (OVG Hamburg aaO)

Da es sich bei der Gebührenerhebung um eine gebundene Entscheidung handelt, kommt eine Rechtswidrigkeit wegen fehlerhafter Ermessenausübung bei der Heranziehung der Klägerin nicht in Betracht.

bb) keine Gebührenerhebung bei der Klägerin wegen der Ausstellung eines entsprechenden Sonderparkausweises während des Widerspruchsverfahrens

Allerdings könnte es für die Frage nach der Rechtmäßigkeit der Gebührenerhebung bei der Klägerin auf die Verhältnisse im Zeitpunkt des Erlasses des Widerspruchsbescheids ankommen und hierbei zu berücksichtigen sein, dass bis zu dessen Erlass ein neuer Sonderparkausweis ausgestellt worden war.

„Da die **Gebührenpflicht für die Amtshandlung mit deren Beendigung** (§ 15 I 1 Nr.1 GebG) und für die Verwahrgebühr mit Ablieferung des Fahrzeugs auf dem Verwahrplatz **entsteht** (§ 15 III GebG, Nr. 26 der Anlage 1 zur GebOSiO), kommt es für die **Rechtmäßigkeit der Gebührenerhebung auf diese Zeitpunkte an**. Schon aus diesem Grund können später liegende Ereignisse wie die **wenige Tage nach dem Abschleppen erfolgte Ausstellung eines neuen Parkausweises** für Behinderte für die Frage der **Verhältnismäßigkeit der Kostenbelastung keine Rolle mehr spielen**. Auch der vom Verwaltungsgericht kritisch beleuchtete „Ablauf des Vorverfahrens“ sowie einige wenig glückliche Ausführungen im Widerspruchsbescheid haben dementsprechend keinen Einfluss auf die **Rechtmäßigkeit der Kostenbelastung**.“ (OVG Hamburg aaO)

Die nachträgliche Ausstellung eines Sonderparkausweises während des Widerspruchsverfahrens führt daher zu keiner anderen Beurteilung der Kostenpflicht der Klägerin.

cc) Absehen von der Gebührenpflicht wegen Unverhältnismäßigkeit

Allerdings sind Fälle anerkannt, in denen aus Gründen der Verhältnismäßigkeit ein Abweichen von der eigentlich zwingend angeordneten Kostentragungspflicht in Betracht zu ziehen sein kann (vgl. OVG Hamburg, Urte. v. 07.10.2008, 3 Bf 116/08, DAR 2009, 215, 217; Urte. v. 04.11.2003, 3 Bf 23/03, DAR 2004, 543).

„Die **Abgrenzung der Verantwortungssphären** zwischen der Allgemeinheit und dem betroffenen Kraftfahrzeughalter ist dadurch gekennzeichnet, dass grundsätzlich von der **Kostenpflichtigkeit des Verantwortlichen** auszugehen ist (§ 14 III 3 HmbSOG). Etwas anderes gilt nur dann, wenn **außerordentliche oder unvorhergesehene Ereignisse**, die der Allgemeinheit zuzurechnen waren, das Abschleppen des Fahrzeugs erforderlich gemacht haben. In einem solchen Fall wäre die Kostenbelastung des Fahrzeughalters unangemessen (vgl. OVG Koblenz, Urte. v. 25.01.2005, 7 A 11726/04, NVwZ-RR 2005, 577, 578). Hier hat aber die Klägerin **von vornherein nicht ordnungsgemäß** geparkt. Der Umstand, dass der in ihrem Fahrzeug ausgelegte Parkausweis für Behinderte nicht mehr gültig war, war **allein ihrem Verantwortungsbereich** zuzurechnen. Dabei verkennt das Gericht nicht die Belastung einer alleinerziehenden Mutter mit drei Kindern, darunter ein schwerbehindertes Kind. Es mag auch durchaus nachvollziehbar sein, dass man bei einer Geltungsdauer des Parkausweises von fünf Jahren die rechtzeitige Neubeantragung vergisst; eine kürzere Geltungsdauer mit der Folge häufigerer Notwendigkeit eines Verlängerungsantrags hätte aber wiederum eine stärkere Belastung der Klägerin zur Folge. In jedem Fall fällt die **rechtzeitige Besorgung eines neuen Parkausweises** aber in die **Verantwortungssphäre der Klägerin**. Ihr kommt umgekehrt bei Einhaltung der entsprechenden Vorschriften das Recht zu, auf Flächen zu parken, die anderen Verkehrsteilnehmern nicht zur Verfügung stehen. Dann geht es aber nicht an, die **Allgemeinheit die Kosten tragen** zu lassen, wenn das Auto der Klägerin von einer Sonderparkfläche abgeschleppt wurde, weil die **Klägerin die Voraussetzungen für deren Inanspruchnahme nicht eingehalten** hat. Auch die Schwierigkeiten, die ihr und ihrem Sohn dadurch entstanden sind, dass das Auto plötzlich nicht mehr da war, beruhen letztlich auf ihrem Handeln bzw. Unterlassen.“ (OVG Hamburg aaO)

Die gesetzlich angeordnete Rechtsfolge der Kostentragung durch die Klägerin erweist sich **hier nicht wegen besonderer Umstände als unangemessen**. Das Abschleppen fiel hier in die Verantwortungssphäre der Klägerin.

c) Höhe der Forderung

„Die Höhe der Kostenforderung ist nicht zu beanstanden. Die Amtshandlungsgebühr in Höhe von 43,90 Euro ergibt sich aus § 1 GebOSiO i. V. m. Anlage 1 Nr. 25 (Fassung vom 4.12.2007, HmbGVBl. S. 422, 436). Der Gemeinkostenzuschlag in Höhe von 40,60 Euro hält sich an die Vorgaben des § 5 V 1 GebG i.V.m. § 1 der Verordnung über die Höhe von Gemeinkostenzuschlägen (Rahmen von 25 bis 130 Euro). Die Verwahrgebühr in Höhe von 50,- Euro beruht auf § 1 GebOSiO i.V.m. Anlage 1 Nr. 26.3.1 (Fassung vom 22.03.2005, HmbGVBl. S. 94). Schließlich waren auch die Auslagen (Rechnung des Abschleppunternehmens über 119 Euro) der Klägerin aufzuerlegen (§ 5 II Nr. 5 GebG).“ (OVG Hamburg aaO)

II. Ergebnis

Es liegen alle Voraussetzungen für die Inanspruchnahme der Klägerin in der erfolgten Höhe vor. Der Gebührenbescheid ist rechtmäßig, die Klage ist unbegründet.

GewO
§§ 35, 12**Gewerbeuntersagung gegen Vertretungsberechtigten
bei Insolvenz der gewerbetreibenden GmbH**

POR

(VGH Kassel, NVwZ-RR 2012, 269; Beschluss vom 01.11.2011 – 8 A 1660/11)

1. Bei § 35 VIIa GewO gilt eine strenge Akzessorietät zwischen dem Untersagungsverfahren gegen den Gewerbetreibenden selbst und dessen Vertretungsberechtigtem nur hinsichtlich der Einleitung des Verfahrens, nicht hinsichtlich der weiteren Fortführung.
2. Die Schutzwirkung des § 12 GewO bezieht sich nur auf den Gewerbetreibenden, über dessen Vermögen ein Insolvenzverfahren eröffnet worden ist, nicht aber auf den Vertretungsberechtigten, gegen den ein gesondertes Gewerbeuntersagungsverfahren geführt wird.

Fall Der Kl. wandte sich gegen eine ihm als GmbH-Geschäftsführer gegenüber ausgesprochene Gewerbeuntersagung. Er war Geschäftsführer der Fa. X.-GmbH. Gegen diese GmbH und den Kl. leitete das Regierungspräsidium wegen Abgabenrückständen der GmbH im Oktober 2008 jeweils ein Gewerbeuntersagungsverfahren ein. Mit Bescheid vom 31.08.2010 wurde dem Kl. die Ausübung des von der GmbH betriebenen Gewerbes sowie jede selbstständige gewerbliche Tätigkeit, soweit sie unter § 35 I GewO fällt, und die Tätigkeit als Vertretungsberechtigter eines Gewerbetreibenden oder als mit der Leitung eines Gewerbebetriebs beauftragte Person mit der Begründung untersagt, er habe als Geschäftsführer der GmbH, gegen die am 01.03.2009 das Insolvenzverfahren eröffnet worden sei, Abgabenrückstände in Höhe von etwa 436 000 Euro zu verantworten. Auch als Geschäftsführer der gemeinsam mit seiner Ehefrau im Januar 2009 gegründeten und seit dem 02.03.2009 betriebenen Y.-GmbH, gegen die inzwischen am 24.05.2011 ein Untersagungsverfahren eingeleitet worden ist, habe er Abgabenrückstände in Höhe von etwa 2200 Euro zu verantworten und darüber hinaus habe er persönliche Abgabenrückstände von etwa 3000 Euro. Hiergegen hat der Kläger form- und fristgerecht Anfechtungsklage vor dem zuständigen Verwaltungsgericht erhoben.

Zur Begründung seiner Klage macht der Kl. im Wesentlichen geltend, auf Grund des gegen den Gewerbebetrieb eröffneten Insolvenzverfahrens könne auch ihm als Vertretungsberechtigten gegenüber gem. § 12 GewO keine Gewerbeuntersagung verfügt werden, die außerdem gem. § 35 Absatz VII a GewO im Wege strenger Akzessorietät eine Untersagungsverfügung gegenüber der X.-GmbH voraussetze, die aber wegen der Sperrwirkung des § 12 GewO gegen diese nicht mehr ergehen könne.

War die Gewerbeuntersagung rechtmäßig?

Die Gewerbeuntersagung gegen den Kläger ist rechtmäßig, wenn die Voraussetzungen des § 35 VIIa GewO für eine Gewerbeuntersagung gegen den Vertretungsberechtigten vorliegen.

Die Gewerbeuntersagung nach § 35 I GewO richtet sich grundsätzlich gegen den Gewerbetreibenden selbst und nicht gegen die für den Gewerbetreibenden vertretungsberechtigten Personen. Allerdings sieht § 35 VIIa GewO vor, dass die Untersagung auch gegen Vertretungsberechtigte oder mit der Leitung des Gewerbebetriebes beauftragte Personen ausgesprochen werden kann, wobei § 35 I, III-VII entsprechend anzuwenden sind.

I. Vorliegen eines Gewerbes

Der Kläger müsste nach § 35 VIIa 3 Vertretungsberechtigter eines Gewerbetreibenden sein

Ein Gewerbe ist eine selbstständige Tätigkeit, die auf Dauer angelegt und auf Gewinnerzielung ausgerichtet ist. Es bestehen insofern keine Zweifel, dass die GmbH ein Gewerbe ausübt, deren Vertretungsberechtigter der Kläger nach § 35 I 1 GmbHG ist.

II. Unzuverlässigkeit des Klägers

Eine Gewerbeuntersagung gegenüber dem Kläger setzt zunächst voraus, dass dieser unzuverlässig im Sinne des § 35 I GewO ist. Unzuverlässig ist, wer nicht die Gewähr dafür bietet, dass Gewerbe ordnungsgemäß, insbesondere unter Einhaltung der rechtlichen Vorgaben zu führen.

Die Unzuverlässigkeit eines Gewerbebetreibenden oder – wie hier – seines Vertretungsberechtigten kann sich auch daraus ergeben, dass **steuerliche Pflichten verletzt** werden.

Erforderlich ist, dass der Gewerbetreibende seinen steuerlichen Pflichten **längere Zeit beharrlich und nachhaltig** nicht nachkommt. Allerdings kommt hier nur die Verletzung von steuerlichen Pflichten in Betracht, die mit der Gewerbeausübung in Zusammenhang stehen (Betriebssteuern). Die öffentliche Hand ist auf den **Eingang von Steuern und Abgaben angewiesen**, um ihren Verpflichtungen gegenüber der Allgemeinheit genügen zu können. Die Entziehung von steuerlichen Verpflichtungen, schädigt nicht nur die Allgemeinheit, son-

dem führt auch zur **unlauteren Verschaffung eines Vorsprungs im Wettbewerb** mit denjenigen, die ihre Steuerpflichten in redlicher Weise erfüllen (BVerwG GewArchiv 82, 233).

Ob die eigenen Abgabenrückstände insofern ausreichen, ist sehr fraglich. Allerdings war der Kläger Vertretungsberechtigter der GmbH und als solcher verantwortlich für das Entstehen von Abgabenrückständen in Höhe von 436.000 Euro. Dies stellt eine nachhaltige Verletzung steuerlicher Pflichten dar, die eine Gewerbeuntersagung wegen Unzuverlässigkeit rechtfertigen können.

Fraglich ist jedoch, ob insofern zur Beurteilung der Unzuverlässigkeit des Klägers auf die Steuerrückstände der GmbH zurückgegriffen werden kann.

1. Abhängigkeit der Gewerbeuntersagung gegen den Vertretungsberechtigten von der Gewerbeuntersagung gegen den Vertretenen

Zunächst stellt sich die Frage, ob eine Gewerbeuntersagung gegen vertretungsberechtigte Personen nach § 35 VIIa GewO nur dann in Betracht kommt, wenn auch eine Gewerbeuntersagung gegen den vertretenen Gewerbetreibenden ausgesprochen wurde.

a) Grundsatz der strengen Akzessorietät sowohl von Einleitung als auch von Fortgang der Untersagungsverfahren gegen den Gewerbetreibenden und gegen den Vertretungsberechtigten

Nach einer Auffassung besteht zwischen der Gewerbeuntersagung gegen den Vertretungsberechtigten und gegen den Gewerbetreibenden eine strenge Akzessorietät dergestalt, dass dem Vertretungsberechtigten die Gewerbeausübung nur untersagt werden kann, wenn dies auch gegenüber dem Vertretenen, hier also gegen die GmbH erfolgt ist (vgl. Marcks, in: Landmann/Rohmer, GewO, Bd. I, Stand: 01.07.2010, § 35 Rn. 192; so – ohne weitere Begründung – auch noch: VGH Kassel, GewA 1993, 159 f.). Insofern wird eine Parallele zu dem Verhältnis der Gewerbeuntersagung nach § 35 I 1 GewO und der erweiterten Gewerbeuntersagung nach § 35 I 2 GewO gezogen.

b) Grundsatz der strengen Akzessorietät nur für die Einleitung der Untersagungsverfahren gegen den Gewerbetreibenden und gegen den Vertretungsberechtigten

Nach anderer Auffassung ist der Verhältnis von § 35 I GewO zu § 35 VIIa GewO jedoch nicht vergleichbar mit dem Verhältnis zwischen § 35 I 1 GewO und § 35 I 2 GewO.

*„Der Zusammenhang der Untersagungsverfahren gegen den Gewerbetreibenden und den Vertreter hat eine andere Bedeutung als die Akzessorietät im Anwendungsbereich der erweiterten Gewerbeuntersagung nach § 35 I 2 GewO. Nach dieser Vorschrift kann die Erstreckung der Untersagungsverfügung auf andere Gewerbe oder unselbstständig leitende Tätigkeiten **nur in verfahrensmäßiger Verbindung** mit der Untersagungsverfügung erfolgen (BVerwGE 65, 1 [11] = NVwZ 1982, 503). Zudem besteht hier eine inhaltliche Akzessorietät, weil sich die **Unzuverlässigkeitsprognose auf einen bestimmten Gewerbetreibenden** bezieht.*

*Im Anwendungsbereich des § 35 VII a GewO ist der Zusammenhang der beiden Verfahren demgegenüber lockerer. Es finden **selbstständige Untersagungsverfahren** gegen einen Gewerbetreibenden und gegen einen unselbstständig leitend Tätigen statt. Eine **verfahrensmäßige Verbindung** der beiden Verfahren ist **nicht vorgeschrieben**. Eine Verknüpfung besteht nur insoweit, als die Untersagung gegenüber dem unselbstständig leitend Tätigen die **Einleitung eines Untersagungsverfahrens gegen den Gewerbetreibenden** voraussetzt. Nicht erforderlich ist hingegen, dass die beiden Verfahren zeitlich parallel zu einem Abschluss gebracht werden. Aus verfahrens- und aus materiellrechtlichen Gründen kann sich eine unterschiedliche Entwicklung der beiden Verfahren ergeben. Dem trägt § 35 VII a 2 GewO Rechnung.*

Namentlich führt das Erfordernis der Akzessorietät nicht zu der von dem Oberbundesanwalt für geboten erachteten Folgerung, dass die beiden Verfahren „gleichzeitig“ eingeleitet werden müssten. Ein solches Verständnis lässt sich weder aus dem Gesetzestext noch aus der Systematik erschließen. Diese Auffassung liefe darauf hinaus, dass die Behörde bei Annahme der Unzuverlässigkeit eines Gewerbetreibenden zugleich gegen einen Vertreter oder sonst unselbstständig leitend Tätigen gleichsam auf Verdacht ein Untersagungsverfahren nach § 35 VII a GewO einleiten müsste. Demgegenüber kann es je nach den Umständen sachgerecht sein, zunächst, gegebenenfalls auch über einen längeren Zeitraum hinweg, das Untersagungsverfahren gegen den Gewerbetreibenden zu führen und erst bei Anhaltspunkten für die Unzuverlässigkeit des unselbstständig leitend Tätigen auch gegen die-

sen ein Verfahren einzuleiten.“ (BVerwGE 100, 187 ff. = NVwZ 1997, 278 = GewA 1996, 241 ff; VGH Kassel aaO)

Es besteht also lediglich hinsichtlich **der Einleitung der Untersagungsverfahren eine strenge Akzessorietät.**

„Ein solches Verständnis wird durch den Wortlaut des § 35 VII a GewO nahegelegt und durch die Entstehungsgeschichte des Gesetzes bestätigt. Die Empfehlung des Rechtsausschusses des Bundesrates, § 35 VII a GewO so zu formulieren, dass die Einleitung eines Untersagungsverfahrens gegen den Gewerbetreibenden selbst nicht Bedingung für die Einleitung eines Verfahrens gegen den Vertreter sein solle (BR-Dr 219/ 1/82, S. 13), ist nach Widerspruch des Wirtschaftsausschusses (S. 13, 14) nicht Gesetz geworden.“ (BVerwGE 100, 187 ff. = NVwZ 1997, 278 = GewA 1996, 241 ff; VGH Kassel aaO)

2. Sperrwirkung des § 12 GewO nicht nur hinsichtlich der Gewerbeuntersagung gegen den Gewerbetreibenden nach § 35 I 1 GewO, sondern auch hinsichtlich der Gewerbeuntersagung gegen den Vertretungsberechtigten nach § 35 VIIa GewO

Aufgrund der Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen der gewerbetreibenden GmbH gilt zu deren Gunsten die Sperrwirkung des § 12 GewO, mit der Folge, dass Vorschriften, welche die Untersagung eines Gewerbes wegen Unzuverlässigkeit des Gewerbetreibenden, die auf ungeordnete Vermögensverhältnisse zurückzuführen ist, ermöglichen, während eines Insolvenzverfahrens keine Anwendung in Bezug auf das Gewerbe finden, das zur Zeit des Antrags auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens ausgeübt wurde.

Die zuvor dargestellte Akzessorietät der Untersagungsverfahren gegen den Gewerbetreibenden selbst nach § 35 I 1 GewO und den Vertreter nach § 35 VIIa GewO dazu führen, dass die Sperrwirkung des § 12 GewO auch zugunsten des Vertretungsberechtigten gilt, wie dies bei einer erweiterten Gewerbeuntersagung gem. § 35 I 2 GewO der Fall ist.

a) Sperrwirkung auch zugunsten des Vertreters

Teilweise wird vertreten, dass § 35 VII a GewO unter die von § 12 GewO erfassten Vorschriften falle und eine Gewerbeuntersagung deshalb auch nach dieser Vorschrift nicht ausgesprochen bzw. vollzogen werden dürfe (vgl. Ennuschat, in: Tettinger/Wank/Ennuschat, GewO, 8. Aufl. [2011], § 12 Rd. 10).

„[Diese Auffassung] beruft sich auf einen Aufsatz (vgl. Schmidt, GewA 2003, 326 [328]), der eine nicht als vergleichbar bezeichnete Fallgestaltung betrifft und für die vorliegende Konstellation allenfalls Überlegungen für naheliegend hält, ob die Schutzwirkungen des § 12 GewO auch zu Gunsten des die GmbH vertretenden Geschäftsführers eingreifen. Diese Situation befinde sich enger an der Ausgangslage, die § 12 GewO im Blick habe, als die von ihm behandelte Konstellation einer geschäftsführenden GmbH mit einer von insolvenzrechtlichen Maßnahmen betr. GmbH und Co. KG.“ (VGH Kassel aaO)

b) Aussetzung des Untersagungsverfahrens gegen den Vertreter bei Insolvenzeröffnung nach Einleitung des Untersagungsverfahrens

Eine andere Auffassung geht davon aus, dass bei Eröffnung des Insolvenzverfahrens nach Einleitung des Gewerbeuntersagungsverfahrens zwar das Untersagungsverfahren gegen den Gewerbetreibenden – hier also gegen die GmbH – gem. § 12 GewO auszusetzen ist, das Verfahren gegen den Vertretungsberechtigten mangels entsprechender Vorschrift aber fortgeführt werden könne (vgl. Marcks, in: Landmann/Rohmer, § 12 Rn 13).

Nur für den – hier nicht gegebenen – Fall, dass bei Eröffnung des Insolvenzverfahrens die Gewerbeuntersagungsverfahren noch nicht eingeleitet sind, soll danach wegen der strengen Akzessorietät ein Untersagungsverfahren auch gegen den Vertretungsberechtigten nicht eingeleitet werden können.

c) keine Auswirkung der Sperrwirkung des § 12 GewO auf den Vertretungsberechtigten

Der VGH Kassel ist der Auffassung, dass sich § 12 GewO nicht auf das Untersagungsverfahren gegen den Vertretungsberechtigten nach § 35 VIIa GewO auswirkt.

Bei § 35 I 2 handele es sich um ein **einheitliches**, allein **gegen** den von der Insolvenzeröffnung betr. **Gewerbetreibenden gerichtetes Untersagungsverfahren**

handelt, während es bei § 35 I 1 GewO und § 35 VIIa GewO um zwei selbstständige (fort-)geführte Verfahren geht.

„Nämlich zum einen gegen die gewerbetreibende GmbH, über deren Vermögen allein die Insolvenz eröffnet ist, und zum anderen **gegen ihren Vertretungsberechtigten persönlich** wegen der von ihm **bei der Betriebsleitung gezeigten und auch der GmbH zuzurechnenden gewerberechtl. Unzuverlässigkeit**.

Da § 12 GewO schon seinem Wortlaut nach an die **Ausübung eines Gewerbes** anknüpft und der Vertretungsberechtigte i. S. des § 35 VII a GewO eine unselbstständig leitende und damit **keine eigene gewerbliche Tätigkeit** ausübt, erfasst ihn diese Regelung nicht (vgl. Hahn, GewA 2000, 361 [363]); andernfalls hätte es dem Gesetzgeber obliegen, die in § 35 VII a GewO genannte Personengruppe ausdrücklich in § 12 GewO zu erwähnen (vgl. VG Gießen, BeckRS 2011, 53746). Das ergibt sich auch aus **Sinn und Zweck der Regelung**. Wenn – wie hier – das Insolvenzverfahren nicht über das persönliche Vermögen des Vertretungsberechtigten eröffnet worden ist, besteht ihm gegenüber auch nicht das dem § 12 GewO zu Grunde liegende Bedürfnis, eine **Sanierungsmöglichkeit des insolventen Vermögens offen zu halten**. Andernfalls könnte ein vertretungsberechtigter Geschäftsführer, der die gewerberechtl. Unzuverlässigkeit der GmbH und deren Insolvenz zu verantworten hat, weiter ungehindert selbst oder – wie hier – als Geschäftsführer einer anderen GmbH am Wirtschaftsleben teilnehmen, ohne den Restriktionen des Insolvenzverfahrens unterworfen zu sein. Nach seinem Regelungszweck ist § 12 GewO danach **nur auf die (natürliche oder juristische) Person** anwendbar, **über deren Vermögen die Insolvenz eröffnet worden ist.**“ (VGH Kassel aaO)

Dem steht auch nicht entgegen, dass nach Sinn und Zweck des § 12 GewO auch deren **Leitungspersonal geschützt** werden muss, um das Unternehmen, das andernfalls auf eine schwierig zu erlangende **Fremdgeschäftsführung angewiesen** sei, im Insolvenzverfahren soweit als möglich zu sanieren und zu erhalten

„[Dies] überdehnt den Regelungszweck und berücksichtigt wiederum nicht, dass das gegen den Vertretungsberechtigten gem. § 35 VII a GewO geführte Gewerbeuntersagungsverfahren selbstständig fortgeführt wird und dass ihm eine **eigenständige präventiv-ordnungsrechtliche Schutzfunktion** für den ordnungsgemäßen und redlichen Wirtschaftsverkehr zukommt; die Heranziehung des § 35 II InsO ist angesichts der unterschiedlichen gesetzlichen Zielrichtungen im Rahmen des vorliegenden gewerberechtl. Untersagungsverfahrens verfehlt.“ (VGH Kassel aaO)

Da hier § 12 GewO nicht anwendbar ist, konnten auch die Abgabenrückstände der GmbH für die Prognose der gewerberechtl. Unzuverlässigkeit des Kl. zu Grunde gelegt werden.

III. Erforderlichkeit der Gewerbeuntersagung

Weitere Voraussetzung für die Gewerbeuntersagung ist nach § 35 I GewO, dass die Untersagung des Gewerbes zum **Schutz der Allgemeinheit** oder der im Betrieb Beschäftigten **erforderlich** ist.

Beachte: Es handelt sich hier nicht um eine Erforderlichkeitsprüfung im Rahmen einer Verhältnismäßigkeitsprüfung. Die Verhältnismäßigkeit eines Mittels ist zu prüfen, wenn der Behörde Ermessen eingeräumt ist. Die Voraussetzungen für eine behördliche Maßnahme liegen in solchen Fällen vor (Tatbestandsseite einer Norm) und auf der Rechtsfolgenseite wird der Behörde ein Entscheidungsspielraum bei der Wahl der Mittel eingeräumt. Bei der Gewerbeuntersagung hingegen handelt es sich nach dem eindeutigen Wortlaut des § 35 I GewO („ist“), um eine gebundene Entscheidung. Auf der Rechtsfolgenseite ist der Behörde daher kein Entscheidungsspielraum eingeräumt. Das Merkmal der Erforderlichkeit in § 35 I 1 GewO ist ein Tatbestandsmerkmal und als solches ein unbestimmter Rechtsbegriff, den die Behörde auslegen muss, um festzustellen, ob die Tatbestandsvoraussetzungen für eine Gewerbeuntersagung vorliegen. Die Anwendung dieses unbestimmten Rechtsbegriffes unterliegt im Gegensatz zum Ermessen der vollen gerichtlichen Überprüfung.

1. Schutz der Allgemeinheit

Mit diesem einschränkenden Tatbestandsmerkmal wird deutlich gemacht, dass die Gewerbeuntersagung nur das letzte Mittel sein kann, um den Verkehr vor einem unzuverlässigen Gewerbetreibenden zu schützen (**ultima ratio**). Daher ist die Behörde verpflichtet zu prüfen, ob die von der Unzuverlässigkeit ausgehende Gefahr auch ein anderes, weniger einschneidendes Mittel beseitigt werden kann. Insbesondere kommen hier **Auflagen** oder Teiluntersagungen in Betracht.

Gerade bei der Unzuverlässigkeit wegen Steuerschulden ist fraglich, ob hier überhaupt die Allgemeinheit überhaupt geschützt werden muss, also ob eine Gefährdung der Allgemeinheit durch die Nichterfüllung der steuerlichen Pflichten anzunehmen ist.

Die Steuerpflicht besteht zum einen im Interesse der Allgemeinheit an **der Sicherstellung der Finanzierung staatlicher Aufgaben**. Nur wenn die Abgabepflichtigen ihrer Steuerpflicht nachkommen, kann die ordnungsgemäße Funktionsfähigkeit des Allgemeinwesens aufrechterhalten werden. Insofern besteht ein schutzwürdiges Interesse der Allgemeinheit an der Erfüllung der steuerlichen Pflichten.

2. Erforderlichkeit

Zum Schutz dieses Interesses müsste die Gewerbeuntersagung auch erforderlich sein. Dann dürfte **kein milderer Mittel** zur Verfügung stehen. Ein solches ist hier angesichts der vom Kläger verursachten Abgabenrückstände nicht ersichtlich.

IV. Voraussetzungen einer erweiterten Gewerbeuntersagung

Im vorliegenden Fall wurde dem Kläger aber nicht nur die Befugnis zur Vertretung der GmbH entzogen, sondern auch die **eigene gewerbliche Tätigkeit** untersagt sowie die **Vertretungsberechtigung für weitere Gewerbetreibende** entzogen. Insofern handelt es sich gegenüber dem Kläger um eine erweiterte Gewerbeuntersagung, so dass nach § 35 VIIa 3 GewO die Voraussetzungen des § 35 I 2 GewO vorliegen müssen.

Danach kann die Untersagung auch auf die Tätigkeit als Vertretungsberechtigter eines Gewerbetreibenden oder als mit der Leitung eines Gewerbebetriebes beauftragte Person sowie auf einzelne andere oder auf alle Gewerbe erstreckt werden, soweit die festgestellten Tatsachen die **Annahme rechtfertigen**, dass der Gewerbetreibende **auch für diese Tätigkeiten** oder Gewerbe **unzuverlässig** ist.

Da der Kläger hier **Abgabepflichten** in erheblichem Umfang vernachlässigt hat, die **für alle gewerblichen Tätigkeiten** bestehen, ist es auch gerechtfertigt, im die eigene gewerbliche Tätigkeit sowie die Vertretung anderer Gewerbetreibender zu untersagen, da die **Zuverlässigkeitsprognose** den Schluss darauf zulässt, dass auch bezüglich solcher Tätigkeiten anzunehmen ist, dass die Abgabepflichten zukünftig nicht ordnungsgemäß erfüllt werden.

V. Ergebnis

Die Voraussetzungen für eine erweiterte Gewerbeuntersagung gegen den Kläger nach § 35 VIIa, I GewO lagen daher vor. Die Klage ist unbegründet.

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
§ 204 I Nr. 7

Selbstständiges Beweisverfahren Hemmung der Verjährung

BGB

(BGH in NJW 2012, 1140; Beschluss vom 09.02.2012 – VII ZR 135/11)

Die **Verjährung des Vergütungsanspruchs** des Auftragnehmers wird **gem. § 204 I Nr. 7 BGB gehemmt, wenn** der Auftragnehmer zur Aufklärung von Werkmängeln ein **selbstständiges Beweisverfahren einleitet, um die Abnahme-reife** seiner Werkleistungen und die tatsächlichen Voraussetzungen für die Fälligkeit seines Vergütungsanspruchs **nachweisen zu können**.

- I. **In Rspr. und Lit. ist umstritten, ob** ein vom Auftragnehmer zur Klärung der Mangelfreiheit eingeleitetes **selbstständiges Beweisverfahren** gem. § 204 I Nr. 7 BGB **zur Hemmung der Verjährung** seines Vergütungsanspruchs **führt**.
 - **dagegen:** OLG Saarbrücken NJW-RR 2006, 163 = NZBau 2006, 714; Kniffka/Koeble, Kompendium d. BauR, 3. Aufl., Teil 2 Rn 139; Lenkeit BauR 2002, 196; Bamberger/Roth, BGB, 3. Aufl., § 204 Rn 30; MüKo-BGB/Grothe, 6. Aufl., § 204 Rn 44; Vogel, jurisPK-PrivBauR 6/2008, Anm. 4 E
 - **dafür** insb.: Ingenstau/Korbion, VOB, 17. Aufl., Teil B, Anh. 3 Rn 41 m. w. Nachw.; Erman/Schmidt-Räntsch, BGB, 13. Aufl., § 204 Rn 20
- II. **Hintergrund für diesen Meinungsstreit** ist der sich aus der BGH-Rspr. ergebende Grundsatz, dass die Hemmungswirkung des selbstständigen Beweisverfahrens nur solche Ansprüche betrifft, für deren Nachweis die vom Gläubiger zum Gegenstand des Beweisverfahrens gemachten Tatsachenbehauptungen von Bedeutung sind (BGHZ 175, 161 = NJW 2008, 1729 = NZBau 2008, 377 = NZM 2008, 372; auch zum alten Recht: BGHZ 120, 329 = NJW 1993, 851; BGH NJW 1993, 1916 = ZfBR 1993, 182 = BauR 1993, 473; NJW-RR 2001, 385 = NZBau 2001, 201 = ZfBR 2001, 183 = BauR 2001, 674). Daran könnte es fehlen, wenn der Auftragnehmer die Mangelfreiheit aufklären lassen will, um Mängelrechte des Auftraggebers abzuwehren. Das wiederum ist regelmäßig der Fall, wenn seine Werkleistungen abgenommen sind und sein Vergütungsanspruch fällig geworden ist. Gerade darauf stellen das OLG Saarbrücken (NJW-RR 2006, 163 = NZBau 2006, 714) und ersichtlich auch die ihm folgende Lit.-Meinung ab.

*„Hier liegen die Dinge anders: Die Kl. hat das **selbstständige Beweisverfahren eingeleitet, nachdem** der Bekl. die **verlangte Abnahme unter Hinweis auf angebliche Mängel verweigert** hatte. Die Fälligkeit seines Vergütungsanspruchs hing gem. § 640 I 3 BGB also davon ab, nachweisen zu können, dass die behaupteten Mängel nicht vorlagen und der Bekl. hätte abnehmen müssen. Für derartige Fallkonstellationen, in denen der Auftragnehmer die Mangelfreiheit seiner Werkleistungen in einem selbstständigen Beweisverfahren klären lassen will, um seinen Vergütungsanspruch gerichtlich durchsetzen zu können, führt die Einleitung eines solchen Verfahrens nach einhelliger Auffassung dazu, dass die Verjährung des Vergütungsanspruchs gem. § 204 I Nr. 7 BGB gehemmt wird (vgl. Kniffka/Schmitz, *ibr-online-Kommentar BauvertragsR*, Stand 30. 9. 2011, § 634a Rn 126; Ingenstau/Korbion, Teil B, Anh. 3 Rn 41; Lakkis, *jurisPK-BGB*, 5. Aufl., § 204 Rn 9.1; Weyer *BauR* 2001, 1807; Heinrichs *BB* 2001, 1417).“* (BGH aaO)

BGB
§ 323 I

Aufhebungsvertrag Rücktritt nach Insolvenzantrag

BGB

(BAG in BB 2012, 1033 = NZA 2012, 205; Urteil vom 10.11.2011 – 6 AZR 357/10)

- I. **Zahlt der Arbeitgeber eine in einem Aufhebungsvertrag geregelte Abfindung nicht, kann der Arbeitnehmer grds. gem. § 323 I BGB vom Aufhebungsvertrag zurücktreten.**

*„Der **außergerichtliche Aufhebungsvertrag**, mit dem das Arbeitsverhältnis gegen die Zahlung einer Abfindung beendet wird, ist ein **gegenseitiger Vertrag i. S. von § 323 BGB**. Die Zustimmung des Arbeitnehmers zur Beendigung des Arbeitsverhältnisses steht grundsätzlich im Gegenseitigkeitsverhältnis zu der Verpflichtung des Arbeitgebers zur Zahlung der zugesagten Abfindung. Diese ist bei einem außergerichtlichen, auf Initiative des Arbeitgebers zu Stande gekommenen Aufhebungsvertrag die Gegenleistung des Arbeitgebers für die Zustimmung des Arbeitnehmers zur Beendigung des Arbeitsverhältnisses (st. Rspr. seit BAG NZA 1988, 466 = NJW 1988, 2638; vgl. auch BAG NZA 1998, 643; BAG NZA 2002, 584 = NJOZ 2002, 1242; a. A. v. Puttkamer *BB* 1996, 1440).“* (BAG aaO)
- II. Der **Rücktritt** des Arbeitnehmers von einem Aufhebungsvertrag ist jedoch dann **ausgeschlossen, wenn sein Anspruch auf Zahlung der vereinbarten Abfindung nicht durchsetzbar** ist. An der Durchsetzbarkeit des Abfindungsanspruchs fehlt es regelmäßig dann, wenn der Arbeitnehmer Kenntnis davon hat, dass die **Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen seines Arbeitgebers** beantragt ist, oder wenn der Arbeitgeber nach dem Eröffnungsantrag auf Grund der **Anordnung von Sicherungsmaßnahmen durch das Insolvenzgericht** nach § 21 InsO die Abfindung nicht zahlen darf.

„§ 323 I Alt. 1 BGB verlangt zwar anders als § 326 I BGB a. F. weder den Verzug des Schuldners mit der Leistung noch ein Vertretenmüssen. Nach dem **Gesetzeswortlaut** reicht es vielmehr aus, wenn eine **fällige Leistung trotz Fristsetzung**, soweit eine solche nach § 323 II BGB nicht entbehrlich ist, **nicht erbracht worden** ist. Jedoch ist nach allgemeiner Meinung als **ungeschriebenes Tatbestandsmerkmal** die **Durchsetzbarkeit der Forderung** Voraussetzung für das gesetzliche Rücktrittsrecht nach § 323 BGB (Staudinger/Otto/Schwarze, BGB, 2009, § 323 Rn B 28; Soergel/Gsell, 13. Aufl., § 323 Rn 50; Bamberger/Roth/Grothe, BGB, 2. Aufl., Bd. 1, § 323 Rn 5; MüKo-BGB/Ernst, § 323 Rn 47). § 323 BGB ermöglicht dem Gläubiger die Wahl, von der Durchsetzung der Forderung durch Leistungsklage abzusehen und sich stattdessen für eine Rückabwicklung des Vertragsverhältnisses zu entscheiden. Das gesetzliche Rücktrittsrecht setzt damit voraus, dass der Schuldner die geschuldete Leistung ordnungsgemäß erbringen kann und muss, dies aber – warum auch immer – nicht tut (vgl. Staudinger/Otto/Schwarze, § 323 Rn A 8). Die von § 323 BGB nach wie vor vorausgesetzte **Verletzung der Leistungspflicht** ist begriffsnotwendig ausgeschlossen, wenn der Schuldner nicht leisten muss oder unter Umständen auch gar nicht leisten darf, die Forderung also nicht durchsetzbar ist (vgl. Herresthal Jura 2008, 561). In der Lit. wird eine fehlende Durchsetzbarkeit bei Vorliegen von Einreden und Einwendungen, insbes. der Einrede des nicht erfüllten Vertrags (§ 320 BGB), der Verjährung oder des Vorliegens eines Zurückbehaltungsrechts (§ 273 BGB) angenommen (ausführlich m.w. Nachw.: Herresthal Jura 2008, 561).

Der Durchsetzbarkeit des Abfindungsanspruchs des Kl. [stand] die „**dolo-petit-Einrede**“ entgegen. Die Rechtsausübung des Kl. verstieß gegen den **Grundsatz von Treu und Glauben** (§ 242 BGB) und war missbräuchlich, weil ihr kein **schutzwürdiges Eigeninteresse** zu Grunde lag. Ein solches schutzwürdiges Interesse fehlte, weil der Kl. mit der Zahlung der Abfindung eine Leistung forderte, die er alsbald hätte zurückgewähren müssen (vgl. BAG NZA-RR 2007, 641). Ein Fall des „dolo agit, qui petit, quod statim redditurus est“ lag vor. Gem. § 130 I 1 Nr. 2 InsO ist eine **Rechtshandlung anfechtbar**, die einem Insolvenzgläubiger eine Sicherung oder Befriedigung gewährt oder ermöglicht hat, wenn sie nach dem Eröffnungsantrag vorgenommen worden ist und wenn der Gläubiger zur Zeit der Handlung die Zahlungsunfähigkeit oder den Eröffnungsantrag kannte. Letzteres war beim Kl. der Fall: Der Kl. hatte die Auffassung vertreten, er müsse angesichts des kürzlich gestellten Insolvenzantrags davon ausgehen, dass die Schuldnerin die Abfindung nicht fristgerecht zahlen werde, und damit seine Kenntnis vom Eröffnungsantrag dargetan. Hätte die Schuldnerin dem Kl. unter Verstoß gegen die Anordnung des AG Köln die im Aufhebungsvertrag vereinbarte Abfindung gezahlt, wäre diese dem Kl. gewährte Befriedigung deshalb nach § 130 I 1 Nr. 2 InsO anfechtbar mit der Folge, dass der Kl. den Abfindungsbetrag nach § 143 I InsO zur Insolvenzmasse hätte zurückgewähren müssen.“ (BAG aaO)

BGB
§ 355 II 2

Widerrufsbelehrung Unverzüglichkeit

BGB

(OLG Hamm in NJW 2012, 1156; Urteil vom 10.01.2012 – 4 U 145/11)

Die **Widerrufsbelehrung** wird bei einem Angebot auf der Internetauktionsplattform eBay auch dann **unverzüglich nach Vertragsschluss** i. S. des § 355 II 2 BGB erteilt, wenn die **zusätzliche Übermittlung in Textform** zwar nicht unmittelbar nach dem Abschluss des Vertrags durch Abgabe des Höchstgebots, wohl aber **unmittelbar im Anschluss an das 49 Stunden später eintretende Auktionsende erfolgt**.

„Die Übermittlung unmittelbar im Anschluss an das Auktionsende geschah i. S. des § 355 II 2 BGB unverzüglich nach Vertragsschluss, auch wenn der Vertrag mit [der Abgabe des Höchstgebots] bereits zu Stande gekommen war. **Unverzüglich im vorgenannten Sinne heißt** nämlich gleichermaßen wie im Rahmen des § 121 I BGB „ohne schuldhaftes Zögern“. Das bedeutet, dass der Unternehmer die **erste ihm zumutbare Möglichkeit ergreifen muss, um dem Verbraucher die Informationen in Textform zuzusenden** (BT-Dr 16/11 643 S. 103). Dies kann bei Internetauktionen jedoch erst **unmittelbar im Anschluss an den erfolgreichen Abschluss der Auktion**, mithin dem Ende der vom Anbieter bestimmten Laufzeit der Fall sein (vgl. auch Wildemann, jurisPK-BGB, § 355 Rn 21 m. w. Nachw.). Denn da die Nutzer der Plattform unter anonymisierten Mitgliedsnamen auftreten, wird dem Unternehmer die Identität seines Vertragspartners bekanntermaßen erst zu diesem Zeitpunkt bekannt gegeben (BT-Dr 16/11 643 S. 103).

Hinzu kommt, dass einem ersten Höchstgebot bis zum endgültigen Ablauf der Auktion prinzipiell eine Vielzahl weiterer Höchstgebote einiger weniger oder auch vieler weiterer sich ggf. sogar wiederholt überbietender Verbraucher folgen kann. In Anbetracht dessen wird man dem Unternehmer schon unter **Zumutbarkeitserwägungen** zubilligen müssen, bis zum Auktionsende zu warten, um so dann im unmittelbaren Anschluss (allein) den letztendlichen Käufer über dessen Widerrufsrecht zu belehren. Die – im Rahmen der Feststellung der Unverzüglichkeit angemessen zu berücksichtigenden (vgl. u.a. Wendtland, BeckOK-BGB, § 121 Rn 7; MüKo-BGB/Armbrüster, 6. Aufl., § 121 BGB Rn 7) – berechtigten Belange der Bet. gebieten insoweit nichts anderes. Denn der Verbraucher wird hierdurch nicht länger als unvermeidlich über sein Widerrufsrecht im Unklaren gelassen. Bis zum endgültigen Auktionsende muss er nämlich jederzeit damit rechnen, überboten zu werden. Damit kann er noch nicht einmal sicher sein, dass der durch sein Höchstgebot (zunächst) zu Stande gekommene Vertrag überhaupt bis dahin fortbestehen wird. Bevor er aber insoweit keine Gewissheit hat, muss er sich keine Gedanken darüber machen, ob er an diesem Geschäft letztendlich festhalten will. Hierfür besteht bis dahin keine Notwendigkeit. Damit bedarf er (noch) nicht der ihm mit § 355 BGB eingeräumten nachträglichen Bedenkzeit – und damit auch (noch) keiner Widerrufsbelehrung.

Eine solche Auslegung im Rahmen des Gesetzeswortlauts widerspricht nicht dem **Willen des Gesetzgebers**, auch wenn es in den BT-Dr 16/11 643 S. 103 heißt: „Der Unternehmer verzögert die Erfüllung seiner Belehrungspflicht in der Regel schuldhaft, wenn er nicht spätestens am Tag nach dem Vertragsschluss die Widerrufsbelehrung in Textform auf den Weg bringt.“

Denn der geänderte § 355 II BGB sollte gerade auch der **Gleichstellung von Internetauktion und Online-Shop im Hinblick auf die Regelfrist von 14 Tagen** dienen, und zwar ausdrücklich mit Rücksicht darauf, dass es sich bei Angeboten über eine Internetauktionsplattform bereits um rechtlich verbindliche Angebote handelt (BT-Dr 16/11643, S. 103). Dieses Ansinnen würde konterkariert, wenn dem Unternehmer etwas faktisch Unmögliches aberlangt würde. Der Unternehmer mag „i. d. R.“ schuldhaft handeln, wenn er nicht spätestens am Tage nach dem Vertragsschluss die Widerrufsbelehrung übermittelt. Ausnahmsweise kann sein Unterlassen jedoch nicht zu beanstanden sein, wenn ihm ein Handeln faktisch nicht möglich oder unzumutbar ist.“ (OLG Hamm aaO)

StGB
§ 11

Beihilfe nicht durch bloßes „Dabeisein“ bei der Tatbegehung (BGH in StV 2012, 287; Beschluss vom 15.12.2011 – 2 StR 505/11)

StGB

Die **bloße Kenntnis** von der Tatbegehung und deren **Billigung ohne Leistung** eines die Tat objektiv fördernden Beitrags reicht nicht aus, um die Annahme von **Beihilfe** zu begründen.

„Nach der Rspr. des BGH kann zwar schon ein bloßes "Dabeisein" die Tatbegehung i. S. aktiven Tuns fördern oder erleichtern (vgl. BGH StV 1982, 517; BGHR StGB § 27 Abs. 1 Unterlassen 3). In derartigen Fällen bedarf es aber sorgfältiger und genauer Feststellungen darüber, dass und wodurch die **Tatbegehung in ihrer konkreten Gestaltung objektiv gefördert oder erleichtert** wurde, und dass der Gehilfe sich dessen bewusst war (BGH NSTz 1993, 233 und 385).“ (BGH aaO)

StGB
§ 16

Verbotsirrtum
Hypothetische Einwilligung bei ärztlichem Eingriff
(BGH in NSTz 2012, 205; Urteil vom 11.10.2011 – 1 StR 134/11)

StGB

- I. Ein **Verbotsirrtum** ist dann gegeben, wenn der **Arzt** das Fehlen des Einverständnisses des Patienten für möglich, **den Eingriff aber für zulässig hält, weil er medizinisch geboten** ist; die Vermeidbarkeit eines solchen Irrtums ist jedoch „kaum je zweifelhaft“ (vgl. im Einzelnen auch Fischer, 58. Aufl., § 223 Rn 16).
- II. Wird hingegen festgestellt, dass der Arzt irrig angenommen hat, der Patient hätte bei vorheriger Befragung der Erweiterung zugestimmt, so liegt ein **Erlaubnistatbestandsirrtum** vor, der entsprechend § 16 StGB zu behandeln ist (vgl. hierzu BGH NSTz-RR 2007, 340; BGH NSTz 1996, 34, 35; BGHSt 35, 246).

Die **Rechtswidrigkeit entfällt**, wenn der **Patient** bei wahrheitsgemäßer Aufklärung in die tatsächlich durchgeführte Operation **eingewilligt hätte** (vgl. u.a. BGH NSTz 2004, 442).

Dass bei ordnungsgemäßer Aufklärung die Einwilligung unterblieben wäre, ist dem Arzt nachzuweisen. Verbleiben Zweifel, so ist nach dem Grundsatz „in dubio pro reo“ zu Gunsten des Arztes davon auszugehen, dass die Einwilligung auch bei ordnungsgemäßer Aufklärung erfolgt wäre (BGH aaO)

StGB
§ 263

Betrug
„Schwarztanken“ an SB-Tankstelle
(BGH in NJW 2012, 1092; Beschluss vom 10.01.2012 – 4 StR 632/11)

StGB

- I. War das Bestreben des Täters von Anfang an darauf gerichtet, an einer Tankstelle Benzin an sich zu bringen, ohne den Kaufpreis zu entrichten, so macht er sich grds. nicht des Diebstahls oder der Unterschlagung, sondern des (**versuchten**) **Betrugs** schuldig.
*„Denn indem er als Kunde auftritt und sich wie ein solcher verhält, bringt er – jedenfalls in der Regel – durch **schlüssiges Verhalten** zum Ausdruck, dass er das Benzin nach dessen Erhalt bezahlen werde. Durch diese **Vortäuschung einer nicht vorhandenen Zahlungsbereitschaft** erweckt er bei dem Tankstelleninhaber oder dessen Personal einen entsprechenden Irrtum mit der Folge, dass ihm – sofern es sich um eine Bedienungstankstelle handelt – das Benzin in den Tank eingefüllt oder – falls es eine Selbstbedienungstankstelle ist – das Einfüllen gestattet wird. Aus dem **äußeren Erscheinungsbild der Tathandlungen** folgt bei **natürlicher Betrachtungsweise**, dass es sich hier um ein durch Täuschung bewirktes Geben und nicht um ein Nehmen im Sinne eines Gewahrsamsbruchs handelt.“* (BGH aaO)
- II. Ob mit dem Einfüllen bereits das Eigentum an dem Benzin erlangt wird, kann dabei dahingestellt bleiben. Jedenfalls bringt der Täter durch die Täuschungshandlung das Benzin in seinen Besitz und erlangt damit einen **Vermögensvorteil i. S. des § 263 StGB**, dem auf Seiten der geschädigten Tankstelle ein entsprechender Vermögensnachteil gegenübersteht.
- III. Ein **vollendeter Betrug** liegt jedoch nicht vor, wenn der Täter an einer Selbstbedienungstankstelle tankt, ohne vom Tankstelleninhaber oder dessen Mitarbeiter bemerkt zu werden. In einem solchen Fall ist aber regelmäßig vom Tatbestand des versuchten Betrugs auszugehen.
- IV. Da der Täter schon beim Einfüllen mit dem Willen handelt, sich das Benzin zuzueignen, kommt eine Bestrafung wegen **Unterschlagung** schon wegen deren **Subsidiarität** (§ 246 I StGB) auch dann nicht in Betracht, wenn er durch den – versuchten oder vollendeten – Betrug nur den Besitz und nicht bereits das Eigentum an diesem erlangt.

NWStrWG
§ 18, 22 S.1

Gemeingebrauch
Nutzung eines „Bier-Bikes“ im öffentl. Straßenraum
(OVG Münster in NWVBI 2012, 195; Urteil vom 23.11.2011 – 11 A 2325/10)

öffR

Die **Nutzung eines sog. „Bier- bzw. Party-Bikes“ im öffentlichen Straßenraum** stellt **keinen Gemeingebrauch** dar, sondern eine **Sondernutzung**. Denn der Hauptzweck der Nutzung des „Bier- bzw. Party-Bikes“ besteht darin, Partys, Feiern oder ähnliche Veranstaltungen auf der Straße durchzuführen, und nicht in einer Ortsveränderung zum Personentransport.

- I. Für die Beantwortung der Frage, ob ein **Fortbewegungsmittel verkehrsfremd oder verkehrsublisch am Verkehr teilnimmt**, kommt es vor allem darauf an, ob die Teilnahme am Verkehr im Rahmen dessen liegt, was mit ihm bezweckt wird. Dieser **Zweck** besteht darin, eine **Ortsveränderung zum Personen- oder Güterverkehr** durchzuführen. Bei der Beurteilung dieser Frage kann es nur auf **objektive Merkmale** ankommen. Aus welchen Motiven heraus diese Ortsveränderung erfolgt, ist im Allgemeinen gleichgültig. Auch derjenige, der spazieren fährt oder abends planlos seinen Wagen durch die Straßen der Stadt lenkt, strebt diese Ortsveränderung zum Zwecke des Personentransports an (vgl. BVerwG MDR 71, 608).

- Bei einem äußerlich am Verkehr teilnehmenden Verkehrs- oder Fortbewegungsmittel, das aus Sicht eines objektiven Beobachters nach seinem **Erscheinungsbild** aber eine andere oder **überwiegend andere Funktion als die eines Verkehrsmittels** erfüllt, handelt es sich um eine verkehrsfremde Sache.
 - Objektive Anhaltspunkte für die Beurteilung, ob ein Fahrzeug oder Fortbewegungsmittel in einer anderen Funktion als in der eines Verkehrsmittels auf die Straße aufgebracht wird, kann etwa die **technischkonstruktive Bauart** desselben sein.
 - Für die straßenverkehrsrechtliche Zulässigkeit und damit für den Gemeingebrauch ist es allerdings **ohne Bedeutung, ob die Straße aus privaten oder geschäftlichen Gründen benutzt wird**. Entscheidend ist allein, dass sie zum Zwecke des (fließenden oder vorübergehend ruhenden) Verkehrs benutzt wird (vgl. BVerwG NJW 1982, 2332).
 - Es liegt aber dann kein Gemeingebrauch mehr vor, wenn jemand die **Straße (objektiv) nicht vorwiegend zum Verkehr, sondern zu anderen Zwecken benutzt**.
- II. Ausgehend von diesen Grundsätzen ist die **Zweckbestimmung der Verkehrsvorgänge mit dem „Bier- bzw. Party-Bike“** als **verkehrsfremd** zu qualifizieren.

„Bei einer **Gesamtschau** besteht sein Hauptzweck darin, Partys, Feiern oder ähnliche Veranstaltungen auf der Straße durchzuführen und nicht in einer Ortsveränderung zum Personentransport. Die **Verkehrsteilnahme findet lediglich äußerlich statt** oder wird jedenfalls **durch den mit der Nutzung verfolgten Hauptzweck so sehr zurück gedrängt**, dass nicht mehr von einer Nutzung zum Verkehr gesprochen werden kann. Denn das „Bier- bzw. Party-Bike“ erfüllt aus Sicht eines objektiven Beobachters schon nach seinem Erscheinungsbild nicht die Funktion eines Verkehrsmittels. Es handelt sich vielmehr um eine rollende Veranstaltungsfläche. Nach seiner **konstruktiven Bauweise und Konzeption** ist es eine mit Rädern versehene Theke. Die Nutzer sitzen an einem Tisch. Bei den Fahrten werden Bier vom Fass, andere alkoholische oder nicht alkoholische Getränke gereicht. Dabei wird außerdem Musik abgespielt. Würden die vier Räder und die Pedale hinweggedacht, handelte es sich um eine Theke mit Soundanlage, die offensichtlich keinerlei Verkehrsbezug aufwies. Allein durch die Räder und den Pedalantrieb sowie die damit verbundene Fortbewegungsmöglichkeit wird diese Theke nicht zu einem Verkehrsmittel, das zum Zwecke der Ortsveränderung auf die Straße aufgebracht wird. Das „Bier-Bike“ unterscheidet sich vielmehr nur unwesentlich von einer außergastronomischen Stätte oder sonstigen Veranstaltungsplattform im öffentlichen Verkehrsraum, deren Benutzung regelmäßig über den Gemeingebrauch hinausgeht. Der Eventcharakter der angebotenen Fahrten überwiegt eindeutig und unterstreicht den mit der Nutzung des „Bier-Bikes“ verfolgten verkehrsfremden Zweck.“ (OVG Münster aaO)

- III. Eine andere Beurteilung ergibt sich auch nicht aus einem **Vergleich mit oder durch eine Abgrenzung zu anderen dem Vergnügen dienenden Fahrten**.

„Die Benutzung der Straße durch nicht mit Motorkraft betriebene **Kutschfahrzeuge** bewegt sich i. d. R. **im Rahmen des Gemeingebrauchs**. Wird der Straßenraum über die bloße Verkehrsteilnahme hinaus dazu genutzt, Fahrten mit Kutschfahrzeugen auf der Straße anzubieten, mag - in dem hier mangels Anbietens von „Bier-Bike“-Fahrten auf der Straße nicht weiter interessierenden Fall - etwas anderes gelten.

Kutschfahrzeuge sind aber bereits in ihrem **äußeren Erscheinungsbild** nicht vergleichbar mit dem „Bier-Bike“. Ihre Nutzung ist mit Blick auf ihre bauliche Konstruktion nicht wie die des „Bier-Bikes“ von vornherein auf verkehrsfremde Zwecke ausgerichtet. Bei der Nutzung solcher Fahrzeuge steht i. d. R., wenn heutzutage auch nur zum Vergnügen, der **Transport von Personen im Vordergrund**.

Auch die Heranziehung anderer in der Rechtsprechung anerkannter **Sondernutzungsfälle**, wie etwa der Fall des Verkaufswagens (vgl. hierzu BVerwGE 80, 36, wonach Fahrten mit dem Verkaufswagen Gemeingebrauch sind und die Sondernutzung jeweils erst mit dem Aufstellen des Verkaufswagens einsetzt), führt mangels Vergleichbarkeit nicht weiter: Der Verkaufswagen nutzt die Straßen entweder zum Gütertransport und währenddessen im Rahmen des Gemeingebrauchs oder zum Verkauf von Waren und verwirklicht dann den Tatbestand der Sondernutzung. Die Nutzung des „Bier-Bikes“ erfolgt aber weder zum Gütertransport (die Getränke werden vielmehr lediglich gelegentlich der erlaubnispflichtigen Fahrt mittransportiert) noch [werden] der Allgemeinheit Waren oder Dienstleistungen auf der Straße [angeboten].“ (OVG Münster aaO)

Anm.: Bei einem „Bier- bzw. Party-Bike“ handelt es sich um ein vierräderiges Gefährt, das Sitzgelegenheiten für mehrere Personen bietet. Einige von diesen sitzen auf Hockern quer zur Fahrtrichtung, andere an beiden Längsseiten eines in der Mitte befindlichen und überdachten Tisches. Angetrieben wird das „Bier- bzw. Party-Bike“ durch Pedale mit Freiläufen, die von den an den Längsseiten sitzenden Benutzern getreten werden. Der Fahrer sitzt mit Blick in Fahrtrichtung auf einem Sitzplatz im Frontbereich des Gefährts, lenkt und bremst es. Selbst antreiben kann er das Gefährt nicht. Die Fahrtgeschwindigkeit beträgt ca. 6 – 10 km/h. Auf dem BierBike befindet sich i. d. R. ein Bierfass mit einem Fassungsvermögen bis zu 50 Litern und eine Zapfanlage.

Im Falle der **gewillkürten Rechtsnachfolge kann der Rechtsnachfolger nicht für rückständige Gebühren in Anspruch genommen werden**, die vor dem Zeitpunkt liegen, zu dem der Nachfolger die Geräte in seine tatsächliche und rechtliche Verfügungsmacht übernommen hat.

„Ohne Erfolg macht der Bekl. geltend, aus der Rspr. des BayVGH zur Befreiung nach § 5 VII RGebStV folge, dass rückständige Gebühren im Wege der Rechtsnachfolge auf den Erwerber übergehen. Der BayVGH hat in seiner Entscheidung tragend darauf abgestellt, dass die Befreiung von Rundfunkgebühren nach § 5 VII-IX RGebStV anders als in den Fällen des § 6 RGebStV nicht personen- sondern gerätebezogen seien.

Der Senat lässt dahingestellt, ob dieser Auffassung zu folgen wäre. Im vorliegenden Fall kommt es darauf nicht an. Hier entscheidend ist allein, dass das **Gebührenschildverhältnis nach § 2 I RGebStV i. V. m. § 8 RFinStV auf Veranlagungszeiträume bezogen zur**

Entstehung gelangt und zwar zwischen dem Rundfunkteilnehmer und der Rundfunkanstalt, ohne dass der Rundfunkgebührenstaatsvertrag Regelungen über die Rechtsnachfolge oder Haftung des Erwerbers für rückständige Gebühren vorhält.

Eine andere Betrachtungsweise ist auch dann nicht deshalb gerechtfertigt, weil der Landkreis und die Kl. nach den §§ 4 und 6 II des im Verhandlungstermin zu den Gerichtsakten gereichten Kaufvertragsangebot vereinbart haben, dass die Kl. in sämtliche bis zum Trägerwechsel entstandenen Verbindlichkeiten eintritt. Denn eine solche **privatrechtliche Vereinbarung entfaltet Wirkung nur im Innenverhältnis zwischen den Vertragsparteien und ersetzt nicht die notwendige gesetzliche Ermächtigung für die Inanspruchnahme eines Dritten anstelle des Rundfunkteilnehmers**. Nach der gesetzlichen Regelung indes ist der Bekl. nur befugt, die gesetzlich begründeten Abgabeschulden durch Bescheid festzusetzen. Diese Abgabenschulden entstehen nach der gesetzlichen Regelung auf der Grundlage eines zwischen der Rundfunkanstalt und dem Rundfunkteilnehmer begründeten gesetzlichen Abgabenschuldverhältnisses.“ (VGH Magdeburg aaO)

SachsAnhZG
§ 1 I 1, II, III

Informationsanspruch
Klausurmusterlösungen des Justizprüfungsamtes
(OVG Magdeburg in NVwZ-RR 2012, 310; Urteil vom 02.11.2011 – 3 L 312/10)

öffR

Ein **Anspruch auf Informationszugang zu Klausurmusterlösungen** des Justizprüfungsamtes **besteht nicht**.

- I. Nach **§ 1 I 1a SachsAnhZG** hat jeder nach Maßgabe der Regelungen dieses Gesetzes einen Anspruch auf Zugang zu amtlichen Informationen gegenüber den Behörden des Landes.

Gem. § 2 Nr. 1 S. 1 SachsAnhZG ist eine amtliche Information unabhängig von der Art ihrer Speicherung jede amtlichen Zwecken dienende Aufzeichnung. Nicht dazu gehören Entwürfe und Notizen, die nicht Bestandteil eines Vorgangs werden sollen. Die vom Prüfungsamt erstellten **Musterlösungen sind Aufzeichnungen, die amtlichen Zwecken dienen**.

„Es handelt sich um **Hilfsmittel, die den Prüfern mit den Klausuren an die Hand gegeben werden**. Dass sie für die Prüfer unverbindlich sind, ändert nichts daran, dass es Aufzeichnungen sind, die **amtlichen Zwecken dienen**. Amtlichen Zwecken dienen Aufzeichnungen, die die Behörde im Rahmen ihrer Aufgaben zur Erfüllung ihres Zwecks vorhält und über die sie die Verfügungsgewalt hat (vgl. Jastrow/Schlatmann, IFG, Heidelberg 2006, § 2 Rn 7; Schoch, IFG, München 2009, § 2 Rn 38). Die Beschränkung des Informationsanspruchs auf amtliche Aufzeichnungen bezweckt, private Informationen und solche, die nicht mit amtlicher Tätigkeit zusammenhängen, vom Informationsanspruch auszunehmen (vgl. Begr. des Entw. der SachsAnhReg., LT-Dr 5/748, S. 17). Die Musterlösungen werden indes vom Landesjustizprüfungsamt **nicht zu privaten Zwecken angefertigt**. Sie sind vielmehr dazu bestimmt und (im Regelfall auch) geeignet, die Prüfer bei ihrer Tätigkeit, der Bewertung von Klausuren, zu unterstützen. Nicht notwendig ist nach § 2 Nr. 1 SachsAnhZG, dass die Aufzeichnungen unmittelbar **hoheitlichen Aufgaben dienlich** sind. Amtlichen Zwecken dienen Aufzeichnungen auch, wenn sie lediglich mittelbar in der Weise Einfluss auf die Tätigkeit der Behörde haben, indem sie von den Prüfern als zusätzliche Erkenntnisquelle herangezogen werden können.“ (OVG Magdeburg aaO)

- II. Indes ist die Anwendung des § 1 I SachsAnhZG ausgeschlossen durch § 1 III 1 SachsAnhZG, wonach Regelungen in anderen Rechtsvorschriften über den **Zugang zu amtlichen Informationen** vorgehen.

„§ 32 SachsAnhJAPrVO ist eine andere Rechtsvorschrift i. S. des § 1 III SachsAnhZG über den **Zugang zu amtlichen Informationen**. Wegen § 1 III SachsAnhZG ist der Rückgriff auf den allgemeinen Informationsanspruch nach Maßgabe des § 1 I SachsAnhZG verschlossen (vgl. Jastrow/Schlatmann, IFG, Heidelberg 2006, § 1 Rn 55; Schoch, IFG, München 2009, § 1 Rn 166).

Zwar lässt der **Wortlaut der Regelung** auch die Deutung zu, dass die Konkurrenzregelung nur eine vorrangige Anwendung spezialgesetzlicher Vorschriften vorschreibt und i. Ü. einen Rückgriff § 1 I SachsAnhZG zulässt, so dass ein Anspruch auf Einsicht in die Prüfungsakten nach Maßgabe des § 32 SachsAnhJAPrVO dem Informationsanspruch auf Zugang zu den Musterlösungen, die nicht Gegenstand der Prüfungsakten sind, unberührt ließe.

Indes ergibt sich aus der **Gesetzsystematik** und dem in den Gesetzesmaterialien zum Ausdruck gebrachten Zweck der Regelung, dass spezialgesetzliche Regelungen über den Informationszugang den Rückgriff auf den allgemeinen Anspruch auf Zugang zu amtlichen Informationen nach § 1 I SachsAnhZG versperrt.

Der **Regelungszusammenhang des § 1 III 1 SachsAnhZG mit dem folgenden Satz 2** macht deutlich, dass der Gesetzgeber einen Anwendungsausschluss vorgesehen hat, wenn der Informationszugang spezialgesetzlich geregelt ist. Bestimmt § 1 III 1 SachsAnhZG, dass Regelungen in anderen Rechtsvorschriften über den Zugang zu amtlichen Informationen vorgehen, so sieht § 1 III 2 SachsAnhZG vor, dass dies in den Fällen des § 29 VwVfG nicht gilt. Wird von den anderen Rechtsvorschriften, deren Vorrang im Satz 1 angeordnet ist, lediglich § 29 VwVfG ausgenommen, so ist nach der Gesetzessystematik im Umkehrschluss zu folgern, dass spezialgesetzliche Regelungen wie § 32 SachsAnhJAPrVO einen Rückgriff auf den Informationsanspruch aus § 1 I SachsAnhZG verschließen.“ (OVG Magdeburg aaO)

- III. Dieses Verständnis entspricht auch dem **Sinn und Zweck der Regelung** wie sie in den **Gesetzesmaterialien** zum Ausdruck gebracht sind.

„Zwar [wurde] mit dem Informationszugangsgesetz Sachsen-Anhalt eine **Abkehr von dem Prinzip des Aktengeheimnisses**, nach dem Einsichtsrechte grds. die Ausnahme waren, bezweckt (vgl. Begr. des Entw. der LReg., SachsAnhLT-Dr 5/748, S. 9). Indes ist der Begründung zum Gesetzentwurf ebenfalls zu entnehmen, dass dieser „Paradigmenwechsel (...) unter Umständen dort nicht erreicht (wird), wo in anderen Rechtsvorschriften bestehende Regelungen über den Zugang zu amtlichen Informationen dem Gesetz vorgehen und solche Vorschriften noch nicht unter dem Blickwinkel allgemeiner Informationsfreiheit erlassen worden sind (...). Nach Verabschiedung des vorliegenden Gesetzentwurfs werden daher im jeweiligen Fachrecht bereichsspezifisch getroffene Regelungen des Landes zum Informationszugang, insbesondere zugangsbeschränkende Regelungen, zu überprüfen sein“ (vgl. Begr. des Entw. der SachsAnhReg., LT-Dr 5/748, S. 9 f.). Damit kommt zum Ausdruck, dass dem Gesetzgeber, der den Regierungsentwurf hinsichtlich des § 1 III SachsAnhZG unverändert übernommen hat, auch die Beschränkung des Zugangsrechts durch den weit gefassten Anwendungsvorrang zu Gunsten fachgesetzlicher Regelungen in seinen Willen aufgenommen hat.

Bestätigt wird dies durch die Einzelbegründung in dem Regierungsentwurf, in dem ausgeführt ist, dass der „Vorrang der Spezialregelungen (...) unabhängig davon (besteht), ob der Informationszugang enger oder weiter als im allgemeinen Informationszugangsgesetz geregelt ist. Soweit in besonderen Rechtsvorschriften der Zugang zu amtlichen Informationen ausgeschlossen ist, gehen also diese Spezialvorschriften vor. Vorrang haben auch solche Regelungen, die den Informationsanspruch des Betroffenen (...) durch absichtsvolle Nichtregelung (...) ausschließen“ (vgl. Begr. des Entw. der LReg., SachsAnhLT-Dr 5/748, S. 16).“ (OVG Magdeburg aaO)

- IV. Da der Verordnungsgeber das **Einsichtsrecht durch § 32 SachsAnhJAPrVO nicht nur persönlich und zeitlich begrenzt, sondern auch gegenständlich** auf die Einsichtnahme in die Prüfungsakten beschränkt hat, kann dies vor dem Hintergrund der im Zeitpunkt des Erlasses der Verordnung bekannten Rspr. des BVerwG, wonach **Musterlösungen** jedenfalls **grds. nicht Bestandteil der Prüfungsakten** sind, nicht anders verstanden werden, als dass es sich hinsichtlich der Musterlösungen um einen durch das Fachrecht beabsichtigten Ausschluss des Einsichtsrechts handelt, an dem wegen § 1 III SachsAnhZG das Informationszugangsgesetz weder etwas ändern wollte noch geändert hat.

Entscheidungen Verfahrensrecht

ZPO
§ 570 I

Beschwerde bei Vollstreckungserzwingung Eintritt aufschiebender Wirkung

ZPO

(BGH in GRUR 2012, 427; Beschluss vom 17.08.2011 - I ZB 20/11)

1. Die Vorschriften über die **Vollstreckungsverjährung** nach Art. 9 II EGStGB finden auch auf Zwangs- oder Ordnungsmittelbeschlüssen gem. §§ 888, 890 ZPO Anwendung.
2. Die Beschwerde gegen die Festsetzung eines Zwangs- oder Ordnungsmittels hat auch bei Zwangs- oder Ordnungsmittelbeschlüssen gem. §§ 888, 890 ZPO nach § 570 I ZPO **aufschiebende Wirkung**.

Fall: Der Gläubiger ist Gesellschafter der i-GbR. Er hat vor dem LG eine durch Urteil vom 12.12.2007 bestätigte Beschlussverfügung erwirkt, mit der dem Schuldner unter Androhung näher bezeichneter Ordnungsmittel unter anderem untersagt wurde, mit der i-GbR innerhalb von drei Monaten in Wettbewerb zu treten.

Mit Beschluss vom 09.05.2008 hat das LG gegen den Schuldner wegen Zuwiderhandlungen gegen dieses Verbot ein Ordnungsgeld in Höhe von 10 000 Euro und für den Fall seiner Nichtbeitreibbarkeit für je 500 Euro einen Tag Ordnungshaft festgesetzt. Der vom Schuldner eingelegten sofortigen Beschwerde hat das LG mit Beschluss vom 04.06.2010 abgeholfen und den Beschluss vom 09.05.2008 aufgehoben.

Der vom Gläubiger gegen den Beschluss vom 04.06.2010 eingelegten sofortigen Beschwerde hat das LG unter Hinweis darauf nicht abgeholfen, dass mittlerweile Vollstreckungsverjährung eingetreten sei und für den Ordnungsmittelantrag des Gläubigers daher kein Rechtsschutzbedürfnis mehr bestehe. Das BeschwGer. hat den Beschluss des LG Berlin vom 04.06.2010 (94 O 101/07, BeckRS 2011, 25985) aufgehoben und die Sache zur erneuten Prüfung und Entscheidung an die Vorinstanz zurückverwiesen (KG, Beschl. v. 23.02.2011 – 2 W 1/11, BeckRS 2011, 25984). Mit seiner zugelassenen Rechtsbeschwerde erstrebte der Schuldner die Wiederherstellung des landgerichtlichen Beschlusses vom 04.06.2010. Wird er damit Erfolg haben?

I. Zulässigkeit der Rechtsbeschwerde

„Die gegen diese Beurteilung gerichtete Rechtsbeschwerde ist zwar auf Grund ihrer Zulassung durch das BeschwGer. statthaft (§ 574 I 1 Nr. 2, III 2 ZPO) und auch ansonsten zulässig.“ (BGH aaO)

II. Begründetheit der Rechtsbeschwerde

Die Rechtsbeschwerde ist begründet, wenn die Aufhebung des Beschlusses vom 04.06.2010 zu Unrecht erfolgt ist. Im Beschluss vom 04.06.2010 war Vollstreckungsverjährung hinsichtlich des Ordnungsgeldes angenommen worden. Fraglich ist, ob diese tatsächlich eingetreten ist.

1. Verfolgungsverjährung nach Art. 9 I EGStGB

Mit dem durch Beschluss vom 04.06.2010 aufgehobenen Beschluss vom 09.05.2008 wurde gegen den Schuldner ein Ordnungsgeld festgesetzt. Diese Festsetzung wäre durch Art. 9 EGStGB ausgeschlossen gewesen, wenn bereits Verfolgungsverjährung eingetreten gewesen wäre. Die Verjährungsfrist beträgt, soweit das Gesetz nichts anderes, bestimmt, zwei Jahre. Die Verjährung beginnt, sobald die Handlung beendet ist. Verfolgungsverjährung war bis zum Erlass des Ordnungsgeldbeschlusses vom 09.05.2008 noch nicht eingetreten.

*„Das BeschwGer. hat mit Recht und von der Rechtsbeschwerde insoweit auch unbeanstandet angenommen, dass auf die **Ordnungsmittel des § 890 ZPO** die Regelung des **Art. 9 EGStGB** anzuwenden ist (vgl. BGHZ 161, 60 [63] = GRUR 2005, 269 – Verfolgungsverjährung). Dasselbe gilt für seine Annahme, in Fällen, in denen – wie vorliegend – das ProzessGer. als VollstrG auf Antrag des Gläubigers ein Ordnungsmittel bereits festgesetzt hat, könne **keine Verfolgungsverjährung i.S. des Art. 9 I EGStGB mehr eintreten** (BGHZ 161, 60 [64–66] = GRUR 2005, 269 – Verfolgungsverjährung).“* (BGH aaO)

Mit der Festsetzung eines Ordnungsmittels nach § 890 ZPO scheidet danach Verfolgungsverjährung nach Art. 9 I EGStGB aus.

2. Vollstreckungsverjährung nach Art. 9 II EGStGB

Allerdings könnte Vollstreckungsverjährung eingetreten sein. Die Die Verjährung schließt nach Art. 9 II EGStGB auch die Vollstreckung des Ordnungsgeldes und der

Ordnungshaft aus. Sie beträgt ebenfalls zwei Jahre und beginnt, sobald das Ordnungsmittel vollstreckbar ist. Die Verjährung ruht, solange nach dem Gesetz die Vollstreckung nicht begonnen oder nicht fortgesetzt werden kann.

a) Anwendbarkeit des Art. 9 II 4 Nr. 1 EGStGB

Dadurch, dass der Schuldner gegen den Beschluss vom 09.05.2008 Beschwerde eingelegt hatte, könnte ein Ruhen der Verjährung eingetreten sein. Diese sich gegen die Festsetzung eines Ordnungs- oder Zwangsmittels gerichtet und daher nach § 570 I ZPO aufschiebende Wirkung gehabt haben, so dass die Vollstreckung nicht hätte begonnen werden dürfen.

Fraglich ist jedoch, ob diese aufschiebende Wirkung mit der Folge des Ruhens der Vollstreckungsverjährung gem. § 9 II EGStGB auch eintritt, wenn sich die Bescheide gegen die Festsetzung eines Ordnungs- oder Zwangsmittels nach §§ 888, 890 ZPO richtet. Dies ist in Rechtsprechung und Literatur umstritten und war bislang vom BGH noch nicht entschieden worden.

aa) kein Eintritt aufschiebender Wirkung bei Beschwerde gegen Festsetzung eines Ordnungs- oder Zwangsmittels nach §§ 888, 890 ZPO

*„Die genannte ... Frage wird teilweise mit der Begründung verneint, die **weite Fassung des § 570 I ZPO** beruhe auf einem **Redaktionsversehen**, das dem Gesetzgeber bei der Neufassung der Vorschriften über die Beschwerde im Zuge der ZPO-Reform 2002 unterlaufen und durch eine **einschränkende Auslegung dieser Vorschrift** zu korrigieren sei (vgl. OLG Köln, NJW-RR 2003, 716; Lipp, in: MüKo-ZPO, 3. Aufl., § 570 Rn 2; Stein/Jonas/Brehm, ZPO, 22. Aufl., § 888 Rn 48 u. § 890 Rn 70; Zöller/Heßler, ZPO, 28. Aufl., § 570 Rn 2; Zöller/Stöber, § 888 Rn 15 u. § 890 Rn 20; Olzen, in: Prütting/Gehrlein, ZPO, 3. Aufl., § 888 Rn 33 u. § 890 Rn 29; Thomas/Putzo/Reichold, ZPO, 32. Aufl., § 570 Rn 1; Thomas/Putzo/Seiler, § 888 Rn 18 u. § 890 Rn 40; Walker, in: Schuschke/Walker, Vollstreckung u. Vorläufiger Rechtsschutz, 5. Aufl., § 888 Rn 51; Gaul, in: Gaul/Schilken/Becker-Eberhard, ZwangsvollstreckungsR, 12. Aufl., § 38 Rn 21).*

*Diese Ansicht wird außer mit der **vollstreckungsrechtlichen Funktion der §§ 888, 890 ZPO** und dem Umstand, dass in diesen Bestimmungen das Wort „Festsetzung“ nicht verwendet wird, vor allem damit begründet, dass der Gesetzgeber nach der Begründung zum Regierungsentwurf des Gesetzes zur Reform des Zivilprozesses **nichts an der bisher bestehenden Rechtslage habe ändern wollen**, nach der Beschwerden gegen Beschlüsse gem. §§ 888, 890 ZPO keine aufschiebende Wirkung hätten. Sie nimmt dabei insbesondere auf die **Formulierung in der Begründung zum Regierungsentwurf** Bezug, wonach die an die Stelle des Enumerationsprinzips in § 572 ZPO a.F. tretende Generalklausel des § 570 I ZPO die nach dem bisherigen Recht unvollständige Aufzählung einzelner Ordnungs- und Zwangsmittel „ohne inhaltliche Änderung“ obsolet mache (vgl. OLG Köln, NJW-RR 2003, 716 m. Hinw. auf BT-Dr 14/4722, S. 112).“ (BGH aaO)*

bb) Eintritt aufschiebender Wirkung auch bei Beschwerde gegen Festsetzung eines Ordnungs- oder Zwangsmittels nach §§ 888, 890 ZPO

*„Das BeschwGer. weist demgegenüber zur Begründung seiner **gegenteiligen**, in der Rechtsprechung und im Schrifttum ebenfalls **verbreiteten Ansicht** (vgl. OLG Frankfurt a.M., InstGE [Entsch. d. Instanzgerichte z. Recht d. geistigen Eigentums] 9, 301 [302]; Beschl. v. 12. 6. 2009 – 6 W 81/09, BeckRS 2009, 20252; Wieczorek/Schütze/Jänich, ZPO, 3. Aufl., § 570 Rn 3; Baumbach/Hartmann, ZPO, 69. Aufl., § 570 Rn 4 u. § 890 Rn 40; Sturhahn, in: Schuschke/Walker, § 890 Rn 56; Lohmann, in: Prütting/Gehrlein, § 570 Rn 2; Kayser, in: Handkomm-ZPO, 4. Aufl., § 570 Rn 3; Musielak/Lackmann, ZPO, 8. Aufl., § 890 Rn 20) ... darauf hin, dass die **Äußerung des Reformgesetzgebers** an der bewussten Stelle **keineswegs eindeutig**, sondern im Gegenteil in sich widersprüchlich ist. So findet sich dort zwischen den Passagen, auf die sich die von der Rechtsbeschwerde befürwortete Ansicht stützt, die Wendung eingestreut, die Beschwerde habe „nunmehr immer dann aufschiebende Wirkung, wenn sie die Festsetzung eines Ordnungs- oder Zwangsmittels zum Gegenstand“ habe. Bei dieser Sachlage erscheint es **allenfalls möglich**, dass der Gesetzgeber mit der Neuregelung lediglich die zu § 572 ZPO a.F. **überwiegend vertretene Ansicht bestätigen** wollte, dass die dort enthaltene Aufzählung einzelner Bestimmungen unvollständig und die Regelung daher auf entsprechend gelagerte andere Fälle zu erstrecken sei.“ (BGH aaO)*

Dieser Auffassung hat sich der BGH nunmehr angeschlossen.

*„Wohl näher, zumindest aber **ebenso nahe liegt die Annahme**, dass der Gesetzgeber mit einer generellen Regelung im reformierten Gesetz sonst absehbar **erneut drohenden Abgrenzungsschwierigkeiten** bei der Behandlung der einzelnen Fälle entgegenwirken wollte. Bei diesen Gegebenheiten verbietet sich eine Normauslegung, die den für sich gesehen durchaus **klaren Wort-***

laut des § 570 I ZPO im Hinblick auf einen möglicherweise gegenteiligen Willen des Gesetzgebers korrigiert. Dies gilt umso mehr deshalb, weil – wie das BeschwGer. ebenfalls zutreffend berücksichtigt hat – nach den in § 149 I 1 VwGO, § 131 I 1 FGO und § 201 SGG enthaltenen Generalklauseln, auf die sich der Reformgesetzgeber zur Begründung der in § 570 ZPO enthaltenen neuen Regelung bezogen hat, Beschwerden aufschiebende Wirkung insbesondere auch bei Zwangsgeldern gem. § 172 VwGO, § 154 FGO und § 201 SGG haben, die Behörden zur Erfüllung ihnen gerichtlich auferlegter Pflichten veranlassen sollen (vgl. Meyer-Ladewig/Rudise, in: Schoch/Schmidt-Aßmann/Pietzner, VwGO, 11. Lfg. [Std.: Juli 2005], § 149 Rn 3; Kaufmann, in: Posser/Wolff, VwGO, § 149 Rn 1).“ (BGH aaO)

Es ist daher kein Ruhen der Verjährung nach Art. 9 II 4 Nr. 1 EGStGB eingetreten. Der Vollstreckungsverjährung i.S. des Art. 9 II EGStGB stand entgegen, dass diese **Verjährung zwar mit der Vollstreckbarkeit begonnen** (Art. 9 II 3 EGStGB; vgl. BGHZ 161, 60 [65] = GRUR 2005, 269 – Verfolgungsverjährung), aber **seit der Einlegung der sofortigen Beschwerde** durch den Bekl. am 21.05.2008 gem. Art. 9 II 4 Nr. 1 EGStGB **geruht** hat.

III. Ergebnis

Die Aufhebung des Aufhebungsbeschlusses ist zu Recht erfolgt. Das BeschwGer. ist bei seiner Entscheidung zutreffend davon ausgegangen, dass keine Verjährung eingetreten und der vom Gläubiger gestellte Vollstreckungsantrag daher nicht wegen fehlenden Rechtsschutzinteresses unzulässig ist. Die Rechtsbeschwerde ist daher unbegründet und hat in der Sache keinen Erfolg.

ZPO
§§ 174, 286**Prüfung der Berufungsbegründungsfrist**
Anforderungen an freibeweisliche Prüfung

ZPO

(BGH in NJW-RR 2012, 509; Beschluss vom 22.12.2011 – VII ZB 35/11)

1. Für die gem. § 522 I 1 ZPO von Amts wegen zu treffenden Feststellungen, ob die **Berufungsbegründungsfrist eingehalten** ist, gelten die Regeln des **Freibeweises**. Das gilt auch für den zulässigen Gegenbeweis der **Unrichtigkeit einer Datumsangabe** in einem **Empfangsbekanntnis** über die Zustellung der vollstreckbaren Ausfertigung eines erstinstanzlichen Urteils.
2. Trägt der Berufungsführer unter entsprechender **eidesstattlicher Versicherung seines Anwalts** vor, die Ausfertigung des erstinstanzlichen Urteils sei diesem erst einen Tag nach dem im Empfangsbekanntnis durch handschriftlich eingefügtes Datum bezeichneten Tag zugestellt worden, muss das Berufungsgericht **auch ohne einen ausdrücklichen Beweis** des Berufungsführers in aller Regel den **Anwalt als Zeugen** hierzu vernehmen, wenn es die eidesstattliche Versicherung nicht für ausreichend erachtet.

Fall: Die Kl. nehmen die Bekl. auf Schadensersatz für angeblich mangelhafte ausgeführte Sanierungsarbeiten in Anspruch. Das LG hat die Klage mit einem am 08.01.2009 verkündeten Urteil abgewiesen. Der erstinstanzliche Prozessbevollmächtigte der Kl. hat mit einem handschriftlich auf den 18.01.2008 datierten Empfangsbekanntnis bestätigt, eine Ausfertigung dieses Urteils persönlich zugestellt erhalten zu haben. Mit Schriftsatz vom 12.02.2009 haben die Kl. Berufung eingelegt, die sie mit einem am 19.03.2009 per Telefax beim BerGer. eingegangenen Schriftsatz begründet haben. Das BerGer. hat die Berufung wegen der Versäumung der Berufungsbegründungsfrist als unzulässig verworfen und ein Wiedereinsetzungsgesuch der Kl. zurückgewiesen (KG, Beschl. v. 06.04.2011 – 27 U 20/09, BeckRS 2012, 06711). Hiergegen hat die Kl. Rechtsbeschwerde eingelegt. Wird diese Erfolg haben?

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

I. Zulässigkeit der Rechtsbeschwerde

„Die gem. §§ 574 I 1 Nr. 1, 522 I 4 ZPO statthafte Rechtsbeschwerde ist zulässig, weil die **Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung** eine Entscheidung des Rechtsbeschwerdegerichts erfordert (§ 574 II Nr. 2 Alt. 2 ZPO). Die auf der unzutreffenden Annahme einer verspäteten Einreichung der Berufungsbegründung beruhende Verwerfung ihrer Berufung als unzulässig [könnte] die Kl. in ihren **Verfahrensgrundrechten auf Gewährung rechtlichen Gehörs** nach Art. 103 I GG und auf Gewährung wirkungsvollen Rechtsschutzes gem. Art. 2 I GG in Verbindung mit dem **Rechtsstaatsprinzip** (vgl. BVerfGE 79, 372 = NJW 1989, 1147; BVerfG, NJW-RR 2002, 1004) [verletzen].“ (BGH aaO)

II. Begründetheit der Rechtsbeschwerde

Die Rechtsbeschwerde ist begründet, wenn das Berufungsgericht das Rechtsmittel nicht wegen der Versäumung der Berufungsbegründungsfrist als unzulässig hätte verwerfen dürfen (§ 522 I 1 ZPO).

Die **Berufungsbegründungsfrist** beginnt gem. § 520 II 1 ZPO mit der **Zustellung** des in vollständiger Form abgefassten Urteils, die hier gem. § 174 I ZPO gegen Empfangsbekanntnis an den Prozessbevollmächtigten des Bekl. erfolgt ist.

„Das **Empfangsbekanntnis** erbringt als **öffentliche Urkunde** (§ 418 ZPO) **Beweis** nicht nur für die Entgegennahme des darin bezeichneten Schriftstücks als zugestellt, sondern auch für den **Zeitpunkt der Entgegennahme** durch den Unterzeichner und damit der Zustellung (BVerfG, NJW 2001, 1563 [1564] m. w.N.; BGH, NJW 2001, 2722 m. w.N.; NJW 2006, 1206; Beschl. v. 17. 4. 2007 – VIII ZB 100/05, BeckRS 2007, 07190).“ (BGH aaO)

Nach dem Inhalt des Empfangsbekanntnisses ist die Zustellung des landgerichtlichen Urteils am 18.01.2008 bewirkt worden. Dieses Zustellungsdatum ist ersichtlich falsch. Das Urteil ist erst am 08.01.2009 verkündet worden; eine Ausfertigung kann folglich erst danach zwecks Zustellung an den Prozessbevollmächtigten der Kl. versandt worden sein.

Fraglich ist, wie in einem solchen Fall das Zustelldatum zu bestimmen ist. Nach § 522 I 1 ZPO ist **von Amts wegen zu prüfen**, ob die **Berufungsbegründungsfrist eingehalten** ist.

„Die hierfür erforderlichen Feststellungen trifft das Gericht im Wege des **Freibeweises**, für den neben den üblichen Beweismitteln, insbesondere dem Ergebnis von Zeugenvernehmungen, auch eidesstattliche Versicherungen zu berücksichtigen sind. Allerdings bleibt es auch im Rahmen des Freibeweises dabei, dass der dem Rechtsmittelführer obliegende Beweis für die rechtzeitige Einlegung des Rechtsmittels zur vollen, den Anforderungen des § 286 ZPO genügenden **Überzeugung des Gerichts geführt** sein muss (BGH, NJW 2001, 2722;

NJW 2002, 3027; VersR 2006, 568 = BeckRS 2006, 01499; Beschl. v. 21.02.2007 – XII ZB 37/06, BeckRS 2007, 04174).“ (BGH aaO)

Anknüpfungspunkt hierfür ist zunächst das **unterzeichnete Empfangsbekenntnis**. Es könnte davon auszugehen sein, dass die Jahresangabe im handschriftlich auf dem Empfangsbekenntnis vermerkten Datum einen **Schreibfehler** darstellt und daher die Zustellung für den 18.01.2009 bestätigt wurde. Allerdings ist es bei Anwendung der vorstehenden **Grundsätze für die Überzeugungsbildung** des Gerichts im Rahmen des Freibeweises über das Datum der Zustellung bereits fraglich, ob die Datumsangabe auf dem Empfangsbekenntnis geeignet ist, Beweis dafür zu erbringen, dass der Prozessbevollmächtigte der Kl. die Urteilsausfertigung am 18.01.2009 entgegengenommen hat.

„Dieses Zustellungsdatum ergibt sich **nicht aus der Urkunde**. Soweit das BerGer. davon ausgeht, dass lediglich die Jahreszahl in der Datumsangabe irrtümlich falsch, Monat und Tag hingegen zutreffend angegeben seien, beruhen diese Erwägungen auf **Feststellungen zu tatsächlichen Vorgängen, die nicht durch die im Empfangsbekenntnis dokumentierte Datumsangabe belegt sind**. Ob sie deshalb auch nicht von der Beweiskraft der Urkunde umfasst sind (§ 418 ZPO), kann im Ergebnis dahinstehen. Denn das BerGer. hätte mit Rücksicht auf den **entgegenstehenden, durch eidesstattliche Versicherung glaubhaft gemachten Sachvortrag** der Kl., ihr Prozessbevollmächtigter habe die Urteilsausfertigung erst am 19.01.2009 zur Kenntnis genommen, ohnehin **weitere Sachaufklärung betreiben müssen**.“ (BGH aaO)

Zur Widerlegung des aus einem Empfangsbekenntnis ersichtlichen Zustellungsdatums ist der Freibeweis der Unrichtigkeit der im Empfangsbekenntnis enthaltenen Angaben zulässig.

„Dieser **Gegenbeweis** setzt allerdings voraus, dass die **Beweiswirkung des § 174 ZPO vollständig entkräftet** und jede Möglichkeit ausgeschlossen ist, dass die Datumsangaben im Empfangsbekenntnis richtig sein können; hingegen ist der **Gegenbeweis nicht schon dann geführt**, wenn lediglich die **Möglichkeit der Unrichtigkeit** besteht, die Richtigkeit der Angaben also nur erschüttert ist (BGH, NJW 2006, 1206; NJW 2002, 3027). Deshalb reicht der **Beweiswert** einer lediglich auf Glaubhaftmachung ausgerichteten **eidesstattlichen Versicherung** zum Nachweis eines anderen Zustellungsdatums als im Empfangsbekenntnis angegeben regelmäßig **nicht aus**. Allerdings muss das Gericht dann auf die Vernehmung der in Betracht kommenden **Beweispersonen als Zeugen** oder auf **andere Beweismittel** zurückgreifen (BGH, VersR 2006, 568 = BeckRS 2006, 01499; Beschl. v. 21. 2. 2007 – XII ZB 37/06, BeckRS 2007, 04174).“ (BGH aaO)

Dann müsste die Kl. aber auch ein solches Beweismittel über die Vorlage der eidesstattlichen Versicherung zur Glaubhaftmachung hinaus angeboten haben. Ein ausdrücklicher Beiseintritt ist insofern nicht erfolgt.

„In diesem Zusammenhang hat das BerGer. übersehen, dass es nach der Rechtsprechung des BGH gehalten war, **in der anwaltlichen Versicherung an Eides statt auch ein Angebot zur Vernehmung des Anwalts als Zeugen** zu sehen und ihn entsprechend zu vernehmen (BGH, NJW-RR 2010, 217 m. w.N.; NJW 2007, 3069). **Jedenfalls** hätte es die Kl. gem. § 139 II ZPO darauf **hinweisen** müssen, dass die **eidesstattliche Versicherung** zum Beweis der Unrichtigkeit der Datumsangabe im Empfangsbekenntnis **nicht ausreicht** und ihnen **Gelegenheit geben** müssen, **tauglichen Beweis anzutreten** (vgl. BGH, Beschl. v. 21.02.2007 – XII ZB 37/06, BeckRS 2007, 04174 m. w.N.). Beides hat das BerGer. unterlassen und damit den Anspruch der Kl. auf rechtliches Gehör verletzt.“ (BGH aaO)

Die demnach verfahrensfehlerhafte Vorgehensweise des BerGer. lässt sich nicht damit rechtfertigen, die eidesstattliche Versicherung des Prozessbevollmächtigten der Kl. beziehe sich nur auf Indiztatsachen, die eine Entgegennahme der Urteilsausfertigung bereits am 18.01.2009 nicht auszuschließen vermöchten.

„Dieses Verständnis wird dem Vorbringen der Kl., dessen Richtigkeit ihr Anwalt an Eides statt versichert hat, nicht gerecht. Ihr Sachvortrag enthält auch die Behauptung, das Schriftstück sei von ihrem Anwalt entgegen der Angaben im Empfangsbekenntnis erst am 19.01.2009 entgegengenommen worden; die von ihnen in diesem Zusammenhang angeführten Indiztatsachen dienen erkennbar dazu, gerade diese Behauptung plausibel erscheinen zu lassen. Dass sie allein nach Auffassung des BerGer. nicht ausreichen, um das sich aus dem Empfangsbekenntnis ergebende Zustellungsdatum zu widerlegen, durfte es nicht dazu veranlassen, gegebenenfalls nach Hinweis und entsprechendem Beiseintritt, auf die Vernehmung des Anwalts als Zeugen zu verzichten.“ (BGH aaO)

III. Ergebnis

Da aus diesem Gründen nicht vollständig ausgeschlossen werden kann, dass der angefochtene Beschluss auf diesem Verfahrensfehler beruht, ist die Rechtsbeschwerde begründet und die Sache vom BGH zur weiteren Aufklärung an das BerGer. Zurückzuverweisen worden.

„Auch soweit das BerGer. den Wiedereinsetzungsantrag der Kl. zurückgewiesen hat, war der Beschluss aufzuheben. Über das Wiedereinsetzungsgesuch darf erst dann entschieden werden, wenn geklärt ist, ob die Berufungsbegründung rechtzeitig bei Gericht eingegangen ist. Diese Klärung steht noch aus.“ (BGH aaO)

StPO
§§ 256 I Nr. 2, 250

Unmittelbarkeitsgrundsatz Verlesung eines ärztlichen Attests

StPO

(BGH in NSTZ 2012, 226; Beschluss vom 21.09.2011 – 1 StR 367/11)

Die **Vernehmung eines Arztes** kann auch dann **durch die Verlesung eines ärztlichen Attests ersetzt** werden, **wenn die ärztliche Sicht** zu Schlüssen aus der attestierten Körperverletzung auf ein anderes Delikt **nichts beitragen kann**. Dies ist regelmäßig dann der Fall, wenn die Körperverletzung bei einer nachfolgenden Straftat allein als Drohung fortgewirkt haben kann.

Fall: Der Angekl. fragte eine ihm unbekannte junge Frau, die aus einer Diskothek kam, vergeblich nach ihrem Namen. Er folgte ihr zu einem nahen Parkplatz, wo ihr Fahrrad stand und bot ihr seine Begleitung an. Als sie nicht reagierte, packte er sie an den Oberarmen. Als sie sich dies verbat, stieß er sie in ein Dornengebüsch. Im weiteren Verlauf entriß er ihr das Handy, mit dem sie um Hilfe rufen wollte. Nach einem „Gerangel“ packte er sie und zerrte sie zu einem etwa 20 m entfernten, schlecht beleuchteten Teil des Parkplatzes, wo er sie auf den Mund küsste und versuchte, ihr Zungenküsse zu geben. Aus Angst vor weiterer Misshandlung manipulierte sie mehrere Minuten an seinem entblößten Geschlechtsteil, bis sie schließlich fliehen konnte.

Die Geschädigte hatte sich durch den Stoß in das Dornengebüsch u.a. Einstichverletzungen an den Händen und Armen zugezogen; abgebrochene Dornenstücke blieben in den Händen und im Unterarm stecken und konnten erst nach einigen Tagen entfernt werden. Die StrK stellt fest, dass die Behauptungen der Geschädigten über ihre Verletzungen mit den sonstigen Feststellungen übereinstimmten („sie passen“) und dass konkret die Verletzungen durch die Dornen von einem in der Hauptverhandlung verlesenen ärztlichen Attest über die Verletzungen der Geschädigten „bestätigt“ würden.

Das LG hat den Angekl. wegen sexueller Nötigung in Tateinheit mit vorsätzlicher Körperverletzung verurteilt. Mit seiner Revision macht der Angekl. u.a. geltend, der Arzt hätte als Zeuge gehört werden müssen; die Voraussetzungen von § 256 I Nr. 2 StPO hätten nicht vorgelegen, weil der Inhalt des Attests auch hinsichtlich der Feststellungen zu dem tateinheitlich mit der Körperverletzung verwirklichten Sexualdelikt Bedeutung gehabt hätte.

- I. § 256 I Nr. 2 StPO erlaubt aus letztlich **pragmatischen Gründen** (vgl. LR-Gollwitzer, StPO, 25. Aufl., § 256 Rn 1 und 3 m. w. Nachw.), ärztliche Atteste zu, wie hier, nicht schweren Körperverletzungen (i.S.d. § 226 StGB) zu verlesen, nicht aber zu Erkenntnissen, die der Arzt nur bei Gelegenheit der Feststellung einer Verletzung gewonnen hat, z.B. über Angaben zur Ursache der Verletzungen, wenn diese ebenfalls in dem Attest dokumentiert sind (BGHSt 4, 155; BGH StV 1984, 142; Meyer-Goßner, 54. Aufl., § 256 Rn 19 m. w. Nachw.).

„Dieser Gesichtspunkt ist hier nicht einschlägig. Der Arzt hat hinsichtlich der Dornen nicht etwa eine für ihn ohne Angaben der Geschädigten nicht erkennbare Ursache der Verletzung in seinem Attest festgehalten, sondern er hat attestiert, dass die Geschädigte auch – für ihn sichtbar – dadurch verletzt war, dass sich in ihrem Körper noch abgebrochene Dornenstücke befanden.“ (BGH aaO)

- II. I. Ü. hat der BGH wiederholt ausgesprochen, dass – über den Wortlaut von § 256 I Nr. 2 StPO hinaus (BGHSt 33, 389) – eine **Einschränkung des Unmittelbarkeitsgrundsatzes** (§ 250 StPO) durch Verlesung eines Attestes **nicht zulässig** ist, **wenn sich die Bedeutung der aus dem Attest ersichtlichen Verletzungen nicht in der Feststellung ihres Vorliegens erschöpft** (st. Rspr.; vgl. BGH BGHR StPO § 256 I Körperverletzung 2).
1. Dies wird regelmäßig angenommen, wenn **Gewalt nicht nur zu einer Körperverletzung geführt hat, sondern zugleich auch ein Tatbestandsmerkmal für ein anderes Delikt** darstellt, etwa bei einem räuberischen Diebstahl (BGH StV 1996, 649), oder, in der forensischen Praxis nicht selten, bei Sexualdelikten (vgl. nur BGH NJW 1980, 651; BGH bei Pfeiffer NSTZ 1985, 204; BGH NSTZ 2008, 474). Regelmäßig liegt dann neben Tateinheit auch eine Indizwirkung der Körperverletzung für das andere Delikt vor.
 2. **Tateinheit zwischen der Körperverletzung und dem anderen Delikt schließt die Anwendung von § 256 I Nr. 2 StPO nicht zwingend aus**, wie der BGH im Blick auf „generelle Umschreibungen der Unzulässigkeit einer Verlesung nach § 256 StPO, (die) über die jeweils zu Grunde liegenden Fallgestaltungen hinaus (gehen)“ präzisierend klargestellt hat (BGHSt 33, 389). Erforderlich ist vielmehr ein „überzeugender Grund“ für die Annahme, nach Sinn und Zweck des Gesetzes reiche eine Verlesung des Attests nicht aus.

Dies gilt nach BGH aaO auch dann, wenn es um die Vernehmung des Arztes im Blick auf Schlussfolgerungen geht, die aus den Verletzungen hinsichtlich des anderen Delikts gezogen werden können.

„Eine Vernehmung ist nur dann erforderlich, wenn der unmittelbare Eindruck eine zuverlässigere Grundlage der richterlichen Überzeugungsbildung sein kann als die Verlesung des Attestes (BGHSt 4, 155; BGH bei Pfeiffer NSTZ 1984, 209; BGH NSTZ 2008, 474), etwa dazu, ob Verletzungen im Bereich des Unterleibs auf ein gewaltsam begangenes Sexualdelikt hindeuten. Kann ärztliche Sicht zu Schlussfolgerungen dieser Art über die bloße Feststellung der attestierten Verletzung hinaus dagegen nichts beitragen, so besteht regelmäßig auch kein überzeugender Grund für eine Vernehmung des Arztes. Im Kern kommt es also darauf an, ob eine solche Vernehmung Gebot der richterlichen Aufklärungspflicht (§ 244 II StPO) ist, die (auch sonst) von § 256 StPO unberührt bleibt (vgl. schon BGHSt 1, 94; BGH BGHR StPO § 256 I Aufklärungspflicht 1; BGH bei Pfeiffer NSTZ 1981, 93; vgl. auch Meyer-Goßner aaO, Rn 2 mit Hinweis auf Nr. 111 III 2 RiStBV).

Im vorliegenden Fall kann die ärztliche Sicht zur Beantwortung der Frage, ob die attestierten Verletzungen durch die Dornen die Verletzte nachfolgend aus Furcht vor erneuter Misshandlung zu Manipulationen am Geschlechtsteil des Verletzers veranlasst haben könnten, offensichtlich nichts beitragen. Anderes ist auch dem Revisionsvorbringen nicht zu entnehmen. Die Verlesung des Attestes überschreitet daher die Grenzen der Anwendbarkeit von § 256 I Nr. 2 StPO nicht.“ (BGH aaO)

3. Von alledem abgesehen, beruhte das Urteil ohnehin nicht auf der Verlesung des Attestes.

„Dies ergibt sich zwar nicht aus den Angaben des Angekl., der bestritten hat, zur Tatzeit am Tatort gewesen zu sein, und auf die Möglichkeit verwiesen hat, dass ihn die Geschädigte mit einer anderen Person verwechselt. Die Urteilsgründe verweisen jedoch über die Angaben der Geschädigten hinaus auf eine Reihe gewichtiger, von dem Attest unabhängiger Indizien, wie etwa im Gesicht der Geschädigten gesicherter DNA-Abrieb, der dem Angekl. zuzuordnen ist. Unter diesen Umständen besteht, so im Ergebnis auch der GBA, kein Anhaltspunkt für die Annahme, die StrK wäre entgegen ihrer ausdrücklichen Feststellung, wonach das Attest (nur) ihre (ohnehin getroffenen) Feststellungen „bestätigt“, ohne das Attest möglicherweise zu anderen Feststellungen gelangt.“ (BGH aaO)

(BVerwG in LKV 2012, 172; Urteil vom 15.12.2011 - 3 C 41.10)

1. Bei der Drittanfechtungsklage verlangt die Klagebefugnis, dass der Kläger die Verletzung einer **Vorschrift** behauptet, die ihn als **Dritten zu schützen** bestimmt ist.
2. Das **Grundrecht auf freie Berufsausübung** sichert die Teilhabe am Wettbewerb. Es gewährt aber im Grundsatz **keinen Schutz vor Konkurrenz**.
3. Der Schutzbereich des Grundrechts der Berufsfreiheit ist **bei Änderungen im Wettbewerb** dann eröffnet, wenn eine Wettbewerbsveränderung im Zusammenhang mit staatlicher Planung und/oder der Verteilung staatlicher Mittel steht, die **erhebliche Konkurrenz Nachteile** zur Folge hat.
4. Ein Apotheker, der die einem anderen Apotheker erteilte Erlaubnis zum Versand apothekenpflichtiger Arzneimittel anfechtet, ist nur dann nach § 42 II VwGO klagebefugt, wenn er durch den Versandhandel des Konkurrenten **unzumutbare tatsächliche Wettbewerbsnachteile** erleidet.

Fall: Der Kl. wendet sich gegen die dem Beig. erteilte Erlaubnis zum Versand von apothekenpflichtigen Arzneimitteln. Der Kl. betreibt eine Apotheke in Magdeburg. Der Beig. ist selbständiger Apotheker in Köthen. Auf seinen Antrag erteilte ihm das bekl. Landesverwaltungsamt Sachsen-Anhalt zusätzlich die Betriebserlaubnis für eine Filialapotheke in Halle (Saale) sowie die Erlaubnis zum Versand von apothekenpflichtigen Arzneimitteln in den Räumen der Filialapotheke. Hiergegen hat der Kl. Anfechtungsklage mit der Begründung erhoben, dass er in seiner selbständigen Tätigkeit beeinträchtigt werde. Hat die Klage Aussicht auf Erfolg?

Die Klage hat Aussicht auf Erfolg, wenn sie zulässig und begründet ist.

I. Zulässigkeit der Klage

1. Eröffnung des Verwaltungsrechtswegs

Es handelt sich um eine öffentlich-rechtliche Streitigkeit nichtverfassungsrechtlicher Art, so dass der **Verwaltungsrechtsweg nach § 40 I 1 VwGO** ohne weiteres eröffnet ist.

2. statthafte Klageart

Die Apotheken-Versandhandelserlaubnis ist ein den Beig. Begünstigender Verwaltungsakt, durch den sich der Kl. als Dritter in seine Rechten beeinträchtigt fühlt. Richtige Klageart ist daher die Anfechtungsklage als **Drittanfechtungsklage** gem. § 42 I 1 1. Alt. VwGO.

3. Klagebefugnis

Der Kl. muss auch nach § 42 II VwGO klagebefugt sein. Er muss also gelten machen können, in seinen subjektiv-öffentlichen Rechten verletzt zu sein.

Bei **Anfechtungsklagen** kann grundsätzlich die **sog. Adressatentheorie** zur Anwendung kommen, nach der der Adressat eines ihn belastenden Verwaltungsaktes stets in seinem Grundrecht aus Art. 2 I GG verletzt sein kann und daher auch immer klagebefugt ist. Allerdings ist nicht der Kl. Adressat eines belastenden Verwaltungsaktes, sondern der Beig. Adressat eines begünstigenden Verwaltungsaktes, gegen den der Kl. vorgehen möchten. Bei solchen **Drittanfechtungsklage** gilt daher die Adressatentheorie nicht, sondern die Klagebefugnis ist nach der **Möglichkeitstheorie** zu prüfen.

„Das verlangt, wenn der Kl. nicht selbst Adressat des angegriffenen Bescheides ist, dass er die Verletzung einer Vorschrift behauptet, die ihn als Dritten zu schützen bestimmt ist (st. Rspr.; vgl. z. B. BVerwG, Urteile v. 22.02.1994 – 1 C 24.92, BVerwGE 95, 133 [135 f.], v. 06.04.2000 – 3 C 6.99, Buchholz 310 § 42 II VwGO Nr. 4 S. 3 und v. 25.09.2008 – 3 C 35.07, BVerwGE 132, 64 [Rn. 14] m.w.N.).“ (BVerwG aaO)

Der Kl. muss sich also auf ein ihm zustehendes subjektiv-öffentliches Recht berufen.

a) Berufung auf die Erlaubnisnorm

Apothekenpflichtige Arzneimittel dürfen nach § 43 I 1 AMG ohne behördliche Erlaubnis nicht im Wege des Versands in den Verkehr gebracht werden. Das Erlaubniserteilungsverfahren ist im Apothekengesetz geregelt. Eine entsprechende Versandhandelserlaubnis wird nach § 11a ApoG erteilt. Diese Vorschrift ist ohne weiteres eine öffentlich-rechtliche Norm. Fraglich ist jedoch, ob sie dem Schutz der individuellen Interessen von Wettbewerbern des Erlaubnisinhabers zu dienen bestimmt ist.

§ 11a S. 1 ApoG sieht vor, dass dem Inhaber einer Apothekenbetriebserlaubnis nach § 2 ApoG die Erlaubnis zum Versand von apothekenpflichtigen Arzneimitteln auf Antrag zu erteilen ist, wenn er schriftlich versichert, im Falle der Erlaubniserteilung die in § 11a S. 1 Nr. 1 bis Nr. 3 ApoG näher bezeichneten Anforderungen zu erfüllen. Hierzu gehört auch, dass der Versand nach den für den üblichen Apothekenbetrieb geltenden Vorschriften erfolgt (vgl. § 11a S. 1 Nr. 1 ApoG), was u. a. die Pflicht zur persönlichen und eigenverantwortlichen Leitung des Versandhandels nach Maßgabe von § 7 ApoG und die Einhaltung der gesellschaftsrechtlichen Vorgaben in § 8 ApoG einschließt. Ein Schutz von Wettbewerbern ist daher nicht ohne weiteres vorgesehen. Er könnte aber durch Auslegung zu ermitteln sein.

aa) Wortlautauslegung

*„Dem Wortlaut der Bestimmungen lässt sich nichts für eine Auslegung als eine zugunsten von Wettbewerbern wirkende Schutznorm entnehmen. Sie geben **keinen Hinweis** darauf, dass bei der behördlichen Entscheidung über die Erteilung der Versandhandelserlaubnis die Interessen anderer Apothekeninhaber in den Blick zu nehmen wären und die Erlaubniserteilung auch **auf den Schutz von Konkurrenten ausgerichtet** wäre.“ (BVerwG aaO)*

bb) Teleologische Auslegung

Eine wettbewerbsschützende Wirkung könnte aber aus dem Sinn und Zweck der gesetzlichen Regelung zu ermitteln sein.

*„Die Zwischenschaltung der Apotheken bei der Abgabe von Arzneimitteln dient einer ordnungsgemäßen, d. h. sicheren und qualitativ hochwertigen Arzneimittelversorgung der Bevölkerung (BVerwG, Urt. v. 24. 6. 2010 – 3 C 30.09, BVerwGE 137, 213 [Rn. 29]). Das **Ziel** einer ordnungsgemäßen Arzneimittelversorgung umfasst die **Belange der Arzneimittelsicherheit** (vgl. § 1 AMG), des **Verbraucherschutzes** und der **Versorgungssicherheit** (siehe dazu den Entwurf eines Gesetzes zur Modernisierung der gesetzlichen Krankenversicherung – GKV-Modernisierungsgesetz, BT-Dr 15/1525, S. 160, 165; Antrag zur Entschließung des Bundesrates zum Verbot des Versandhandels mit verschreibungspflichtigen Arzneimitteln, BR-Dr 432/08). § 1 I ApoG weist die Gewährleistung einer sicheren Arzneimittelversorgung den Apotheken ausdrücklich als eine **im öffentlichen Interesse liegende Aufgabe** zu.“ (BVerwG aaO)*

Der Normzweck spricht daher ebenfalls dagegen, § 11a ApoG eine drittschützende Wirkung beizumessen.

cc) Historische Auslegung

Möglicher Weise lässt die Entstehungsgeschichte der Vorschrift den Schluss darauf zu, dass die Regelung auch zum Schutz vor Wettbewerbsnachteilen erlassen wurde.

*„Mit der Zulassung des Versandhandels beabsichtigte der Gesetzgeber, **Einsparpotentiale im Bereich des Gesundheitswesens** zu erschließen. Daneben sollte dem Umstand Rechnung getragen werden, dass bereits vermehrt Apotheken Arzneimittel an Verbraucher im Versandwege zustellen ließen. Die Konkretisierung der Anforderungen an die Erteilung der Versandhandelserlaubnis bezweckte, die **Arzneimittelsicherheit** und den **Verbraucherschutz** gegenüber der geübten Praxis weiter zu erhöhen. Mit den Regelungen wollte der Gesetzgeber ferner die Maßgaben berücksichtigen, die das BVerfG in seinen Entscheidungen zum Apothekenwesen i. V. m. der **Berufsausübungsfreiheit der Apotheker** (vgl. BVerfG, Urt. v. 16.01.2002 – 1 BvR 1236/99, BVerfGE 104, 357 [369], und Beschl. v. 11.02.2003 – 1 BvR 1972/00 u. a., BVerfGE 107, 186 [196 ff.]) festgelegt hat (zu den gesetzgeberischen Motiven vgl. BT-Dr 15/1525, S. 75, 160 f., 165). Hiernach dient die Vorschrift **in erster Linie öffentlichen Interessen**, während Individualinteressen allein insoweit in den Blick genommen sind, als im Lichte der nach Art. 12 I GG gewährleisteten **Berufsausübungsfreiheit** auf die Belange der Ast. einer Versandhandelserlaubnis Rücksicht zu nehmen ist.“ (BVerwG aaO)*

Allerdings ist es – selbst wenn es vorrangig um den Schutz öffentlicher Interessen geht – nicht ausgeschlossen, dass zumindest auch die subjektiv-öffentlichen Rechte der Mitbewerber geschützt werden. In den Gesetzesmaterialien heißt es, mit den Regelungen zum Versandhandel würden **faire Bedingungen für den Wettbewerb von Versandapotheken mit öffentlichen Apotheken** geschaffen (BT-Dr 15/1525, S. 75, 165).

*„[Dies] führt nicht zu einer anderen Beurteilung. Regelt der Gesetzgeber den ordnungsrechtlichen Rahmen für eine berufliche Tätigkeit, hat dies **typischerweise Auswirkungen auf den Wettbewerb im Markt**, wenn und soweit durch die Ordnungsvorschriften zugleich Bedingungen für die Teilnahme am Markt festgelegt werden. Es liegt auf der Hand, dass hierbei die **Herstellung eines fairen Wettbewerbs** ein im ordnungspolitischen Interesse liegender, **öffentlicher Belang** ist. Hinzu kommt, dass ausgewogene Wettbewerbsbedingungen dazu beitragen, im Interesse der ordnungsgemäßen Arzneimittelversorgung ein flächendeckendes Netz von stationären Apotheken zu erhalten (zur Gefährdung des Bestands kleinerer Apotheken in strukturschwachen Räumen durch die überregionale Versorgung durch Versandapotheken vgl. BR-Dr 432/08). Es bedürfte daher für die Annahme einer § 11a ApoG zukommenden drittschützenden Wirkung **eindeutiger Hinweise**, dass der **Wettbewerbsaspekt nicht allein der Wahrnehmung öffentlicher Interessen** gilt, sondern die Reglementierung der Erlaubniserteilung in § 11a ApoG zugleich darauf abzielt, das berufliche (Erwerbs-)Interesse der anderen Apotheker zu schützen (vgl. BVerwG, Urt. v. 25.09.2008, aaO, Rn. 30). Dafür ist aber, wie ausgeführt, nichts ersichtlich.“* (BVerwG aaO)

Auch die Entstehungsgeschichte demnach zeigt, dass § 11a ApoG nicht individuellen Interessen von Wettbewerbern zu dienen bestimmt ist.

Die Auslegung der Norm führt daher nicht zur Annahme eines drittschützenden Charakters, so dass der Kl. eine Klagebefugnis nicht aus § 11a ApoG herleiten kann.

b) Berufung auf die grundrechtlich gewährleitete Berufsfreiheit

Als subjektiv-öffentliches Recht kommt jedoch die durch Art. 12 GG gewährleistete Berufsfreiheit in Betracht. Es steht außer Frage, dass diese Norm generell individuelle Rechtspositionen ermittelt. Soll jedoch eine Klagebefugnis nach § 42 II VwGO aus einer grundrechtlichen Gewährleistung hergeleitet werden, so muss zumindest der Schutzbereich eröffnet sein.

aa) kein genereller Konkurrenzschutz durch Art. 12 I GG

*„Das Grundrecht auf freie Berufsausübung sichert die Teilhabe am Wettbewerb. Es gewährt aber im Grundsatz **keinen Schutz vor Konkurrenz**. Die Wettbewerber haben keinen grundrechtlichen Anspruch darauf, dass die Wettbewerbsbedingungen für sie gleich bleiben. Insbesondere verleiht Art. 12 I GG grds. **nicht das Recht, den Marktzutritt eines weiteren Konkurrenten abzuwehren** (vgl. BVerfG, Beschl. v. 13.06.2006 – 1 BvR 1160/03, BVerfGE 116, 135 [151 f.] m.w.N.). Etwas anderes kann zwar gelten, wenn der Staat selbst die Funktionsbedingungen des Wettbewerbs festlegt. Hieraus kann einem Wettbewerber das **Recht auf Einhaltung dieser Wettbewerbsbedingungen** zuwachsen; jedoch nur unter der Voraussetzung, dass sie (auch) dem individuellen Interesse der Teilnehmer am Wettbewerb zu dienen bestimmt sind (BVerwG, Urt. v. 25.9.2008, a. a. O., Rn. 30). So liegt der Fall – wie gezeigt – im Anwendungsbereich von § 11a ApoG aber nicht.“* (BVerwG aaO)

bb) Schutz vor Wettbewerbsnachteilen bei staatlich regulierten Märkten

Allerdings ist anerkannt, dass der Schutzbereich des Grundrechts der Berufsfreiheit bei Änderungen im Wettbewerb dann eröffnet ist, wenn eine **hoheitliche Maßnahme** zu einer Wettbewerbsveränderung führt, die **erhebliche Konkurrenz Nachteile** zur Folge hat.

*„Die Annahme einer möglichen grundrechtsrelevanten Verwerfung der Konkurrenzverhältnisse setzt nämlich voraus, dass die **Wettbewerbsveränderung im Zusammenhang mit staatlicher Planung und/oder der Verteilung staatlicher Mittel** steht. Es muss sich um eine Berufsausübung handeln, die in einem staatlich regulierten Markt stattfindet (vgl. BVerfG, Beschlüsse v. 17.08.2004, aaO, S. 274, und v. 23.04.2009 – 1 BvR 3405/08, NVwZ 2009, 977). Um einen **dergestalt strukturierten Markt**, wie er etwa im Bereich der Krankenhausplanung und -finanzierung (dazu BVerfG, Beschlüsse v. 12.06.1990 – 1 BvR 355/86, BVerfGE 82, 209, und v. 23.04.2009, aaO) sowie im System des Vertragsarztrechts (dazu BVerfG, Beschl. v. 17.08.2004, aaO) anzutreffen ist, handelt es sich indes **bei den Apotheken nicht**. Der Zugang zu diesem Markt unterliegt keiner Bedarfsprüfung. Bei der Erteilung einer apothekenrechtlichen Betriebserlaubnis nach*

§ 2 ApoG spielen **Mechanismen der Bedarfsplanung keine Rolle**. Gleiches gilt für die Erteilung der Erlaubnis zum Versand apothekenpflichtiger Arzneimittel nach § 11a ApoG. Anders als der Krankenhausmarkt ist der **Apothekenmarkt auch nicht durch die Verteilung staatlicher Investitionsfördermittel gekennzeichnet**. Ebenso wenig besteht eine dem Vertragsarztsystem vergleichbare Budgetierung der Gesamtvergütung. Im Apothekenmarkt realisiert sich daher mit der **Zulassung eines weiteren Konkurrenten lediglich das allgemeine marktmanente Wettbewerbsrisiko** (vgl. auch Rixen, WiVerw 2011, 219 [226 ff.]).“ (BVerwG aaO)

cc) Unzumutbare Beeinträchtigung der wirtschaftlichen Position durch hoheitliche Wettbewerbsveränderung

Eine Klagebefugnis kommt aber ausnahmsweise in Betracht, wenn die hoheitliche Maßnahme eine Wettbewerbsveränderung im Apothekenmarkt herbeiführt, die die wirtschaftliche Position des kl. Konkurrenten unzumutbar beeinträchtigt. In einer solchen Situation ließe sich eine grundrechtsrelevante Verwerfung der Konkurrenzverhältnisse nicht von vornherein ausschließen (vgl. BVerfG v. 25.03.1992 – 1 BvR 298/86, BVerfGE 86, 28 [37]) und BVerwG v. 18.04.1985 – 3 C 34.84, BVerwGE 71, 183 [193]).

„Das verlangt aber, dass ein **spürbarer wirtschaftlicher Schaden dargetan** ist. Die Voraussetzung ist hier nicht erfüllt. Durch den Versandhandel des Beig. bedingte tatsächliche **Nachteile** des Kl., die **über das allgemeine marktmanente Wettbewerbsrisiko** hinausgingen, sind auf der Grundlage der Feststellungen des Berufungsgerichts nicht auszumachen.“ (BVerwG aaO)

Die Klagebefugnis lässt sich daher auch nicht unter Heranziehung von Art. 12 I (i.V.m. Art. 3 I) GG begründen. Das Grundrecht auf Berufsfreiheit gebietet nicht, hier ein Klagerecht anzuerkennen (vgl. zum Anspruch auf eine angemessene Verfahrensgestaltung BVerfG, Beschl. v. 17.08.2004 – 1 BvR 378/00, NJW 2005, 273 m.w.N.).

II. Ergebnis

Eine Anfechtungsklage ist nach § 42 II VwGO zulässig, wenn der Kl. geltend macht, durch den angefochtenen Verwaltungsakt in seinen Rechten verletzt zu sein. Hiernach ist die Klagebefugnis zu verneinen. Der Kl. kann nicht geltend machen, die dem Beig. erteilte Versandhandelserlaubnis verstoße gegen eine seinen Schutz bezweckende Norm.

(OVG Magdeburg in LKV 2012, 136; Beschluss vom 20.02.2012 - 1 M 8/12)

Kosten, die im Zusammenhang mit „**Altschulden**“ entstehen, können die Anordnung des **Sofortvollzugs** allein **nicht rechtfertigen**, weil diese Rückstände nur die Folge eines früheren Fehlverhaltens des Gewerbetreibenden sind und aller Voraussicht nach auch dann entstehen, wenn der Gewerbetreibende seine gewerbliche Tätigkeit sofort einstellen würde. Mit dem Sofortvollzug der Gewerbeuntersagung kann nur erreicht werden, dass keine neuen Schulden aus der jetzigen gewerblichen Tätigkeit entstehen.

Fall: Die Ag. erließ gegen den Ast. eine Gewerbeuntersagung wegen Steuerschulden und Pflichtbeiträge gegenüber der Deutschen Rentenversicherung für die Jahre 2007 bis 2011 aufgrund seiner selbständigen Tätigkeit als Metallbauer aus dem Jahre 2007. Zugleich ordnete die Ag. die sofortige Vollziehung nach § 80 II 1 Nr. 4 VwGO mit der Begründung an, wegen der Unzuverlässigkeit des Ast. müsse die Untersagungsverfügung zum Schutz der Allgemeinheit sofortige Wirkung entfalten. Der Ast. legte daraufhin fristgerecht Widerspruch ein. Im Widerspruchsverfahren legte der Ast. ein Schreiben des Finanzamtes G. vom 11.01.2012 vor, in dem ihm u. a. bescheinigt wird, dass zurzeit Steuerrückstände weder bestünden noch zur Vollziehung ausgesetzt seien und keine Steuerbeträge gestundet seien. Der Ast. beantragte zudem beim zuständigen VG, die aufschiebende Wirkung seines Widerspruchs gegen die für sofort vollziehbar erklärte Untersagung seines Gewerbes wieder herzustellen.

Wird er hiermit Erfolg haben?

Der Antrag wird Erfolg haben, wenn er zulässig und begründet ist.

I. Zulässigkeit des Antrags

1. Eröffnung des Verwaltungsrechtswegs, § 40 I 1 VwGO

Eine öffentlich-rechtliche Streitigkeit nichtverfassungsrechtlicher Art liegt vor, wenn die streitentscheidenden Normen dem öffentlichen Recht zuzuordnen sind. Hier wird um eine Untersagungsverfügung nach der GewO gestritten. Das Gewerberecht als besonderes Ordnungsrecht ist ohne weiteres dem öffentlichen Recht zugehörig und auch kein Verfassungsrecht. Der Verwaltungsrechtsweg ist mangels Eingreifen von Sonderzuweisungen daher gem. § 40 I 1 VwGO eröffnet.

2. Statthafte Antragsart

Fraglich ist, ob das Verfahren auf Anordnung der aufschiebenden Wirkung nach § 80 V VwGO hier die richtige Verfahrensart des einstweiligen Rechtsschutzes darstellt.

In Abgrenzung zum Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung nach § 123 VwGO ist nach § 123 V VwGO vorab stets zu prüfen, ob nicht der Eilrechtsschutz über § 80 V oder § 80 a VwGO zu suchen ist.

Das Verfahren nach § 80 V VwGO ist immer dann statthaft, wenn in der Hauptsache eine Anfechtungsklage zu erheben ist und der Suspensiveffekt des Hauptsacherechtsbehelfs entfallen ist.

Gegen die Untersagungsverfügung als den Ast. belastenden Verwaltungsakt ist die Anfechtungsklage die richtige Klageart. Auch entfällt hier nach § 80 II 1 NR. 4 VwGO wegen der Anordnung der sofortigen Vollziehung die aufschiebende Wirkung.

3. Antragsbefugnis, § 42 II VwGO analog

Der Ast. als Adressat des angegriffenen, belastenden Verwaltungsaktes ist nach der Adressatentheorie auch ohne weiteres antragsbefugt, da er jedenfalls in seinem Grundrecht aus Art. 2 I GG verletzt sein kann.

4. Rechtsschutzbedürfnis

Dem Rechtsschutzbedürfnis steht auch nicht nach § 80 VI VwGO entgegen, dass die Ast. bei dem Streit um öffentliche Gebühren eigentlich zuvor **bei der Behörde die Aussetzung der Vollziehung hätte beantragen** müssen. Aufgrund des bereits erfolgten Ablaufs der Klagefrist hätte die Behörde sich hierauf berufen. Die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand wegen der Versäumung der Klagefrist und die damit einhergehende Beseitigung der Bestandskraft kann in Fällen wie dem vorliegenden nur das VG gewäh-

ren, so dass auch ein vorhergehender Antrag an die Behörde auf Aussetzung der Vollziehung **entbehrlich** ist. Zudem ist der den Suspensiveffekt auslösende Rechtsbehelf in der Hauptsache, schon eingelegt, so dass keine durchgreifenden Bedenken gegen das Vorliegen eines Rechtsschutzbedürfnisses bestehen.

5. Zwischenergebnis

Der Antrag auf Anordnung der aufschiebenden Wirkung ist zulässig.

II. Begründetheit des Antrags

Der Antrag auf Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung der Klage gegen die Beseitigungsverfügung ist begründet, wenn die Anordnung der sofortigen Vollziehung rechtswidrig ist.

1. **Rechtsgrundlage** für eine Anordnung der sofortigen Vollziehung (AOsV) ist § 80 II 1 Nr. 4 VwGO.

2. formelle Rechtswidrigkeit der AOsV

Zuständig für die AOsV ist nach § 80 II 1 Nr. 4 VwGO die Behörde, die den Verwaltungsakt erlassen hat. Hier hat die Erlassbehörde also als zuständige Behörde gehandelt. Die nach § 80 III 1 VwGO ist die AOsV erforderliche **schriftliche Begründung** ist erfolgt. Ob es vor Erlass einer AOsV einer **Anhörung** nach § 28 VwVfG darf, kann dahinstehen, da eine Anhörung jedenfalls erfolgt ist. Die AOsV ist nicht formell rechtswidrig.

3. materielle Rechtswidrigkeit der AOsV

Für die materielle Prüfung der AOsV kommt es darauf an, ob das öffentliche Interesse an der sofortigen Vollziehung das Aufschubinteresse des Bürgers überwiegt, wobei das öffentliche Vollzugsinteresse über das öffentliche Erlassinteresse hinausgehen muss, dass ohnehin an jedem Verwaltungsakt besteht.

a) Erfolgsaussichten in der Hauptsache nach summarischer Prüfung

Eine Gewerbeuntersagung nach § 35 I GewO kann erfolgen, wenn der Gewerbetreibende unzuverlässig ist, also nicht die Gewähr dafür bietet, sein Gewerbe zukünftig ordnungsgemäß, insbesondere unter Einhaltung der rechtlichen Vorgaben zu führen.

Die Unzuverlässigkeit eines Gewerbebetreibenden kann sich auch daraus ergeben, dass **steuerliche Pflichten verletzt** werden. Maßgeblich ist dabei, ob sich aus dem Verhalten in der Vergangenheit eine Unzuverlässigkeitsprognose für die Zukunft stellen lässt.

Hier hat der Antragsteller im Widerspruchsverfahren nachgewiesen, dass keine Steuerrückstände bestehen. Ob diese erst nach Erlass der Untersagungsverfügung beglichen wurden oder schon zuvor, ist hierbei unerheblich.

*„[Es kommt] ...vorliegend nicht entscheidungserheblich darauf an, wann der Ast. seine Steuerverbindlichkeit beglichen hat bzw. diese entfallen ist. Denn für die verwaltungsgerichtliche Beurteilung einer Gewerbeuntersagungsverfügung ist die Sachlage im Zeitpunkt der letzten Verwaltungsentscheidung maßgebend (vgl. BVerwG, Beschl. v. 16.06.1995 – 1 B 83.95, juris; OVG Magdeburg, Beschl. v. 10. 11. 2011 – 1 O 197/11). Ist – wie hier – ein Widerspruchsbescheid noch nicht ergangen, sind Veränderungen im Schuldenstand bis zum Erlass des Widerspruchsbescheids zu berücksichtigen; spätere Entwicklungen können dagegen nur in einem Wiedergestattungsverfahren nach § 35 VI GewO Berücksichtigung finden. Soweit das Schreiben des Finanzamtes G. vom 11.01.2012 zudem eine pünktliche Erfüllung der Steuererklärungspflicht bescheinigt, widerlegt dies zwar nicht die Feststellung des VG hinsichtlich der für die Zeiträume ab 2005 nicht abgegebenen Steuererklärungen, zumal der Ast. einräumt, dass seine steuerliche Veranlagung aufgrund vom Finanzamt vorgenommenen Einkommensschätzungen erfolgt ist; möglicherweise rechtfertigt sich bei Erlass des Widerspruchsbescheids insoweit aber eine **günstigere Prognose** für den Ast., was die **ordnungsgemäße Führung seiner Gewerbeaktivitäten** anbelangt.“ (OVG Magdeburg aaO)*

Es verbleibt hiernach im Wesentlichen die Verbindlichkeit gegenüber der Deutschen Rentenversicherung aufgrund der selbständigen Tätigkeit als Metallbauer für die Jahre 2007 bis 2011 zugrunde liegen.

„Bei dieser Sachlage erscheint eine **Prognose** dahingehend, dass der Ast. sein **Gewerbe künftig ordnungsgemäß betreiben** wird, zwar **nicht ausgeschlossen**, aber auch noch nicht aufgrund ausreichender Fakten begründet; soweit die Ag. auf die **eidesstattliche Versicherung** des Ast. aus dem Jahre 2009 verweist, kann dieser infolge des Zeitablaufs und ohne konkrete Erkenntnisse über weitere Verbindlichkeiten nur noch ein **geringer Aussagewert** hinsichtlich der Frage beigemessen werden, ob der Ast. über die erforderlichen Geldmittel zur ordnungsgemäßen Berufsausübung verfügt. Der Ausgang eines möglichen nachfolgenden Hauptsacheverfahrens bzw. die **Sachlage** bei Erlass des Widerspruchsbescheids ist nach alledem **als offen anzusehen**.“ (OVG Magdeburg aaO)

b) Interessenabwägung

Sind die Erfolgsaussichten in der Hauptsache offen, so hat eine besonders sorgfältige Interessenabwägung hinsichtlich der Anordnung der sofortigen Vollziehung stattzufinden, bei denen die Folgen einer Aufhebung im Falle der letztendlichen Bestätigung der Entscheidung denjenigen bei Bestätigung der sofortigen Vollziehung und Aufhebung der Gewerbeuntersagung im Hauptverfahren gegenüber zu stellen.

„Ein **besonderes öffentliches Interesse** an der sofortigen Vollziehung einer Gewerbeuntersagungsverfügung liegt vor, wenn die **begründete Besorgnis** besteht, dass der unzuverlässige Gewerbetreibende die **berechtigten Belange der Allgemeinheit**, zu denen auch die des Steuerfiskus und der Sozialversicherungsträger gehören, dadurch **erheblich gefährdet**, dass sich sein **Fehlverhalten** im Anschluss an die Untersagung und ggf. auch während eines sich anschließenden gerichtlichen Verfahrens **fortsetzen wird** (vgl. OVG Magdeburg, Beschl. v. 03.08.2007 – 1 M 137/07).

Diese Voraussetzungen lassen sich im gegebenen Fall nicht feststellen. Die **Steuerverbindlichkeiten** des Ast. sind **offensichtlich beglichen**, die noch bestehenden **weiteren Verbindlichkeiten** sind seit Erlass der streitgegenständlichen Gewerbeuntersagungsverfügung – soweit ersichtlich – jedenfalls **nicht durch Fortsetzung eines Fehlverhaltens des Ast. angewachsen**. Kosten, die im Zusammenhang mit „Altschulden“ entstehen, können die Anordnung des Sofortvollzugs allein nicht rechtfertigen, weil diese Rückstände nur die **Folge eines früheren Fehlverhaltens** des Ast. sind und aller Voraussicht nach auch dann entstehen, wenn der Gewerbetreibende seine gewerbliche Tätigkeit sofort einstellen würde. Mit dem Sofortvollzug der Gewerbeuntersagung kann nur erreicht werden, dass **keine neuen Schulden aus der jetzigen gewerblichen Tätigkeit entstehen**, die der Gewerbetreibende möglicherweise zu begleichen nicht in der Lage ist (vgl. OVG Magdeburg, Beschl. v. 21.07.2009 – 2 M 84/09). Für das Entstehen „neuer“ Schulden im vorgenannten Sinne bzw. für eine Fortsetzung des Fehlverhaltens des Ast. ergeben sich derzeit keine Anhaltspunkte.“ (OVG Magdeburg aaO)

Ergebnis: Die vorzunehmende Interessenabwägung führt dazu, dass vorliegend das Aussetzungsinteresse des Ast. das besondere Vollziehungsinteresse der Ag. für eine behördliche Sofortvollzugsanordnung gem. § 80 II Nr. 4 VwGO überwiegt. Der Antrag ist daher begründet und wird Erfolg haben.

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 ZPO
 § 139 I **Zulässigkeit eines Rechtsmittels**
Klageänderung
 (BGH in BeckRS 2012, 07517; Urteil vom 14.03.2012 – XII ZR 164/09)

Ein **Rechtsmittel** ist **unzulässig**, wenn es den in der Vorinstanz erhobenen **Klageanspruch nicht wenigstens teilweise weiter verfolgt** und damit die **Richtigkeit des angefochtenen Urteils in Frage stellt**, sondern lediglich im Wege der Klageänderung einen neuen, bisher nicht geltend gemachten Anspruch zur Entscheidung stellt. Eine **bloße Erweiterung oder Änderung der Klage kann nicht das alleinige Ziel des Rechtsmittels sein**.

„Denn nach **st. Rspr. des BGH** setzt ein zulässiges Rechtsmittel voraus, dass der Rechtsmittelführer damit die Beseitigung einer in dem angefochtenen Urteil liegenden Beschwerde erstrebt. Ein Rechtsmittel ist daher unzulässig, wenn es den in der Vorinstanz erhobenen und abgewiesenen Klageanspruch nicht wenigstens teilweise weiter verfolgt und damit die Richtigkeit des angefochtenen Urteils in Frage stellt, sondern lediglich im Wege der Klageänderung einen neuen, bisher nicht geltend gemachten Anspruch zur Entscheidung stellt. Eine bloße Erweiterung oder Änderung der Klage kann nicht das alleinige Ziel des Rechtsmittels sein; sie setzen vielmehr ein bereits zulässiges Rechtsmittel voraus (vgl. zur Berufung BGH NJW 2001, 226).“ (BGH aaO)

ZPO ZPO
 § 156 II Nr. 3 **Urteilsverkündung nach Richterwechsel**
Wiedereröffnung der Verhandlung
 (BGH in NJW-RR 2012, 508 = ZAP 2012, 441; Urteil vom 01.03.2012 – III ZR 84/11)

Tritt **nach Schluss der mündlichen Verhandlung und vor Fällung des Urteils** (abschließende Beratung und Abstimmung) auf Grund einer Änderung des Geschäftsverteilungsplans ein **Richterwechsel** ein, so ist das **erkennende Gericht nicht ordnungsgemäß besetzt, wenn entgegen § 156 II Nr. 3 ZPO nicht die mündliche Verhandlung wiedereröffnet, sondern ein Urteil verkündet wird, das** (auch) **von dem mittlerweile ausgeschiedenen Richter unterschrieben worden ist**.

„Gem. § 309 ZPO kann das Urteil nur von denjenigen Richtern gefällt werden, die der dem Urteil zu Grunde liegenden Verhandlung beigewohnt haben. Dabei handelt es sich im hiesigen Verfahren zwar um die drei Richter, die das Berufungsurteil unterschrieben haben. Gefällt ist ein Urteil i. S. des § 309 ZPO aber erst, wenn über das Urteil abschließend beraten und abgestimmt worden ist (vgl. BGH NJW 2002, 1426).“

Wie sich aus der Verfügung des Senatsvorsitzenden ergibt, war zum Zeitpunkt des Ausscheidens der Richterin am OLG K. aus dem Senat anlässlich des Wechsels in einen anderen Senat des BerGer. die **Sache noch nicht abschließend beraten** und das Urteil i. S. des § 309 ZPO noch nicht gefällt. Deshalb hätte das BerGer. – was es verfahrensfehlerhaft unterlassen hat – **vor Fällung eines Urteils gem. § 156 II Nr. 3 ZPO zwingend die Wiedereröffnung der mündlichen Verhandlung anordnen** müssen (vgl. Stein/Jonas/Leipold, ZPO, 22. Aufl., § 309 Rn 4; Wieczorek/Schütze/Rensen, ZPO, 3. Aufl., § 309 Rn 14; MüKo-ZPO/Musielak, 3. Aufl., § 309 Rn 12; Saenger, HandKomm-ZPO, 4. Aufl., § 309 Rn 5; Baumbach/Lauterbach/Hartmann, ZPO, 70. Aufl., § 309 Rn 5; Rosenberg/Schwab/Gottwald, ZivilprozessR, 17. Aufl., § 60 Rn 1; s. zur Rechtslage vor Einfügung des Abs. 2 in § 156 ZPO durch das Zivilrechtsreformgesetz vom 27.07.2001: RGZ 16, 417; Wassermann, AK-ZPO, § 309 Rn 5; Vollkommer NJW 1968, 1309; s. im Übrigen auch BAGE 101, 145).“ (BGH aaO)

ZPO ZPO
 § 531 II 1 Nr. 1 **Berufungsverfahren**
Zulässigkeit neuen Vorbringens
 (BGH in BeckRS 2012, 03453; Urteil vom 21.12.2011 – VIII ZR 166/11)

- I. Ein in **zweiter Instanz konkretisiertes Vorbringen ist neu, wenn es einen sehr allgemein gehaltenen erstinstanzlichen Vortrag konkretisiert oder erstmals substantiiert**, nicht jedoch dann, wenn ein bereits schlüssiges Vorbringen aus erster Instanz durch weitere Tatsachenbehauptungen zusätzlich konkretisiert, verdeutlicht oder erläutert wird (vgl. BGHZ 159, 245; BGHZ 164, 330; BGH NJW 2007, 1531; BGH NJW-RR 2009, 1236; jeweils m. w. Nachw.).
- II. Eine **Zulassung neuen Vorbringens** nach § 531 II 1 Nr. 1 ZPO ist **nicht schon dann ausgeschlossen, wenn eine Partei unter Verstoß gegen ihre Prozessförderungspflicht (§§ 282, 277 I ZPO) Vorbringen aus prozesstaktischen Erwägungen zurückhält**. Ein solches Verhalten begründet Nachlässigkeit i. S. von § 531 II 1 Nr. 3 ZPO und schließt damit die Berücksichtigung neuen Vortrags nach dieser Fallgruppe aus (vgl. BGH VersR 2009, 1683; BGH NJW 2010, 376; BGH NJW-RR 2011, 211).
- III. **Im Rahmen des § 531 II 1 Nr. 1 ZPO kommt es jedoch nicht darauf an, ob ein neues Angriffs- oder Verteidigungsmittel schon in erster Instanz hätte vorgebracht werden können** (BGH NJW-RR 2006, 1292).

„Denn diese Bestimmung soll verhindern, dass Prozessparteien gezwungen werden, in der ersten Instanz vorsorglich auch solche Angriffs- und Verteidigungsmittel vorzutragen, die vom Standpunkt des erstinstanzlichen Gerichts unerheblich sind (vgl. BT-Drucks. 14/4722, S. 101; BGH WM 2004, 2213 m. w. Nachw.). Das Berufungsgericht durfte daher unter dem Blickwinkel

des § 531 II 1 Nr. 1 ZPO das erstmalige Bestreiten in der Berufungsinstanz nicht im Hinblick auf eine früher mögliche Geltendmachung dieses Verteidigungsmittels zurückweisen.

Entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts scheidet eine Berücksichtigung des neuen Verteidigungsmittels nach § 531 II 1 Nr. 1 ZPO auch nicht aus anderen Gründen: Zwar kommt der **Zulassungsgrund des § 531 II 1 Nr. 1 ZPO** nur dann zum Tragen, wenn der **von dem neuen Vorbringen betroffene Gesichtspunkt in erster Instanz** entweder von allen Verfahrensbeteiligten **übersehen** worden ist **oder** wenn das erstinstanzliche Gericht ihn **für unerheblich gehalten** hat. Damit findet die genannte Vorschrift nur unter der ungeschriebenen Voraussetzung Anwendung, dass die **Rechtsansicht des Gerichts den erstinstanzlichen Sachvortrag der Partei beeinflusst** hat und daher, ohne dass deswegen ein Verfahrensfehler gegeben wäre, (mit-)ursächlich dafür geworden ist, dass sich Parteivorbringen in das Berufungsverfahren verlagert (st. Rspr.; vgl. BGH NJW-RR 2005, 167; BGH NJW-RR 2007, 774; BGH NJW 2011, 3361).

Diese Voraussetzung ist jedoch (schon) dann erfüllt, wenn das Gericht des ersten Rechtszugs die Partei durch seine Prozessleitung oder seine erkennbare rechtliche Beurteilung des Streitverhältnisses davon abgehalten hat, zu bestimmten Gesichtspunkten (weiter) vorzutragen. Das kann auf unterschiedliche Weise geschehen: So kann das Gericht eine Partei etwa durch die Erteilung von Hinweisen veranlassen, in erster Instanz von weiterem Vorbringen abzusehen. Das erstinstanzliche Gericht kann aber auch durch das Unterlassen von Hinweisen den Eindruck erwecken, der bisherige Parteivortrag sei ausreichend (vgl. BGH NJW-RR 2005, 213).“ (BGH aaO)

ZPO
§ 765a I 1

Vollstreckungsschutzantrag
Unwirksamkeit bei fehlender Prozessfähigkeit
(BGH in ZMR 2012, 264; Beschluss vom 17.08.2011 – I ZB 73/09)

ZPO

Die **Prozessunfähigkeit** des Schuldners stellt keinen ganz besonderen Umstand i. S. von § 765a I 1 ZPO dar, der eine mit den guten Sitten unvereinbare Härte der Zwangsvollstreckung begründen könnte. Das Fehlen der Prozessfähigkeit des Schuldners ist vielmehr ein **Verfahrenshindernis**.

„Denn die Prozessfähigkeit ist jedenfalls dann Voraussetzung für die Zwangsvollstreckung, wenn der Schuldner - wie im Falle der Räumung - daran mitwirken muss und nicht lediglich sichernde Maßnahmen zu treffen sind (vgl. Zöller/Stöber, ZPO, 28. Aufl., vor § 704 Rn 16; Stein/ Jonas/Münzberg, ZPO, 22. Aufl., vor § 704 Rn 80; Thomas/Putzo/Seiler, ZPO, 32. Aufl., § 704 Vorbem. VII Rn 43; Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann, ZPO, 69. Aufl., Grundz. § 704 Rn 40). Darüber hinaus ist die Prozessfähigkeit **Prozesshandlungsvoraussetzung**. Der Vollstreckungsschutzantrag, der von einer prozessunfähigen und auch nicht wirksam vertretenen Partei gestellt worden ist, ist daher unwirksam und darf nicht beschieden werden.“ (BGH aaO)

StPO
§§ 113a I, 168c

Anwesenheitsrecht des Verteidigers
Vernehmung eines anderen Beschuldigten
(OLG Köln in NJW 2012, 1240 = NSTz 2012, 174; Beschluss vom 10.06.2011 – 2 Ws 313, 315/11)

StPO

Dem **Verteidiger eines Mitbeschuldigten** steht kein **Anwesenheitsrecht bei Vernehmungen eines anderen Beschuldigten im Haftprüfungsverfahren** zu.

„Dies gilt auch dann, wenn der Mitbeschuldigte, den der Verteidiger vertritt, verdächtig ist, an der Straftat, die dem Beschuldigten vorgeworfen wird, der von dem Haftprüfungstermin betroffen ist, teilgenommen zu haben. Nach § 118a I StPO müssen die StA sowie der Beschuldigte und der Verteidiger von Ort und Zeit der mündlichen Verhandlung über die Haftprüfung benachrichtigt werden. Eine Benachrichtigung des Mitbeschuldigten oder seines Verteidigers ist nicht vorgesehen. Bereits daran wird deutlich, dass die StPO kein Anwesenheitsrecht des Verteidigers eines Mitbeschuldigten an einem anderen Beschuldigten betreffenden Haftprüfungstermin vorsieht. Auch i. Ü. ist der StPO ein **Anwesenheitsrecht des Verteidigers des Beschuldigten bei einer außerhalb der Hauptverhandlung stattfindenden richterlichen Anhörung eines Mitbeschuldigten fremd**. So sieht die Vorschrift des § 168c StPO – mag sie nach ihrer systematischen Stellung auch lediglich nur das Ermittlungsverfahren betreffen – ein Anwesenheitsrecht des Verteidigers des Mitbeschuldigten bei der Vernehmung eines anderen Beschuldigten ebenfalls nicht vor (BGHSt 82, 391; Meyer-Goßner aaO, § 168c, Rn 1).

Dem stimmt der Senat zu: Die Auffassung, nach der dem Verteidiger eines Mitbeschuldigten kein Anwesenheitsrecht bei Vernehmungen eines anderen Beschuldigten zusteht, hat der BGH in der Entscheidung BGHSt 42, 391 ausdrücklich auch für Vernehmungen im Haftprüfungsverfahren gem. §§ 115 III, 118a I StPO vertreten und hieran in der in StV 2002, 584 veröffentlichten Entscheidung festgehalten. Diese Auffassung ist auch verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden (vgl. für die gleich gelagerte Fragestellung des Anwesenheitsrechts bei der richterlichen Vernehmung des Beschuldigten nach § 168c II StPO: BVerfGE 96, 68; NJW 2007, 204).

Der Senat verweist hierzu noch auf die Kommentierung bei LR-Erb (26. Aufl., § 168c Rn 13ff), nach der für einen Mitbeschuldigten angesichts des eigenen vitalen Interesses am Ausgang des Verfahrens bei gleichzeitigem Fehlen einer strafrechtlich sanktionierten Wahrheitspflicht stets die Versuchung besteht, das Aussageverhalten den Reaktionen des anderen Beschuldigten anzupassen. Soweit es um die Haftgründe geht, ist ein berechtigtes Interesse des Mitbeschuldigten an der Teilnahme an der Haftprüfung ohnehin in keiner Weise erkennbar.

Ein **Anwesenheitsrecht** wird schließlich auch **nicht durch die EMRK verbürgt**. Art. 6 III d EMRK und Art. 14 III e IPBPR garantieren das Fragerecht nur bei Fragen an den Belastungszeugen und nicht bei solchen an den Mitbeschuldigten (vgl. BGH StV 2002, 584).“ (OLG Köln aaO)

StPO
§ 267 I 3

Unzulässige Bezugnahme
auf „bei den Akten befindliches Speichermedium“
(BGH in StV 2012, 272 = NZV 2012, 143; Urteil vom 02.11.2011 – 332/11)

StPO

Die **Verweisung auf ein elektronisches Speichermedium** stellt keine wirksame Bezugnahme i. S. von § 267 I 3 StPO dar.

„Nach [§ 267 I 3 StPO] darf wegen der Einzelheiten auf (nur) „Abbildungen“ verwiesen werden, die sich bei den Akten befinden.

Abbildungen sind Wiedergaben der Außenwelt, die unmittelbar durch den Gesichts- oder Tastsinn wahrgenommen werden können (Meyer-Goßner, StPO 54. Aufl. § 267 Rn 9; Fischer, StGB 58. Aufl. § 11 Rn 37). In seiner Sprachbedeutung als „bildliches Darstellen“ (Duden – Deutsches Universalwörterbuch, 7. Aufl. 2011, S. 78) erfasst der Begriff vor allem **statische bildliche Wiedergaben** wie Fotografien, gemalte Bilder, Zeichnungen, Skizzen, Landkarten, technische Diagramme, grafische Darstellungen und Statistiken (vgl. Duden – Das Synonymwörterbuch – 5. Aufl. 2010, S. 32). Ob sich der **Wortsinn** auch auf Filme oder Filmsequenzen erstreckt, die in einer kontinuierlichen Abfolge einer Vielzahl von visuellen Eindrücken den Ablauf eines Geschehens dokumentieren, mag bereits zweifelhaft erscheinen. Dagegen könnte auch sprechen, dass der Gesetzgeber § 11 III StGB, der bereits den Begriff der „Abbildungen“ enthielt, durch Art. 4 Nr. 1 LuKDG um den Begriff des „Datenspeichers“ erweitert hat, der auch CD-ROMs erfassen soll (vgl. BT-Drucks. 13/7385 S. 36). Selbst wenn man von dem Begriff – etwa im Kontext von § 184 StGB – **grds. auch Filme** umfasst sieht (Fischer aaO), setzt eine Bezugnahme nach § 267 I 3 StPO aber voraus, dass diese selbst Aktenbestandteil geworden sind. Dies ist jedenfalls bei **auf elektronischen Medien gespeicherten Bilddateien** nicht der Fall. Bei diesen **wird nicht der Film als solcher** und damit das durch das menschliche Auge unmittelbar wahrnehmbare Geschehen, **Bestandteil der Akten**, sondern es **bedarf für die Wahrnehmung der Vermittlung durch das Speichermedium sowie weiterer technischer Hilfsmittel**, die das Abspielen ermöglichen.

Hinzu kommt, dass der Gesetzgeber mit § 267 I 3 StPO eine Öffnung für Bezugnahmen in den Urteilsgründen nur in „einer vorsichtigen, die Verständlichkeit des schriftlichen Urteils nicht beeinträchtigenden Form“ (BT-Drucks. 8/976 S. 55) ermöglichen wollte. Bei Bezugnahmen auf Speichermedien mit – unter Umständen mehrstündigen – Videoaufnahmen wären die Urteilsgründe dagegen nicht mehr aus sich heraus verständlich. Darüber hinaus ist es nicht Aufgabe des Revisionsgerichts, das Urteil möglicherweise tragende Umstände selbst an passender Stelle herauszufinden und zu bewerten; bei einem solchen Vorgehen handelt es sich nicht mehr um ein Nachvollziehen des Urteils, sondern um einen Akt eigenständiger Beweiswürdigung, der dem Revisionsgericht verwehrt ist (vgl. BGH, Beschluss vom 14. 9. 2011, 5 StR 355/11). Dies gilt nicht nur für pauschale, sondern auch für Bezugnahmen, welche die Sequenz auf dem Speichermedium konkret bezeichnen und eingrenzen.“ (BGH aaO)

StVO
§ 36 V

Verkehrskontrolle
Unzulässige Durchsuchung des Beifahrers
(AG Köln in StV 2012, 280; Urteil vom 26.10.2010 – 585 Ds 223/09)

StVO

Gem. § 36 V StVO **dürfen Polizeibeamte Verkehrsteilnehmer zur Verkehrskontrolle** einschließlich der Kontrolle der Verkehrstüchtigkeit **anhalten**. Diese **Maßnahmen dürfen sich jedoch nur auf den Fahrzeugführer beziehen und nicht auf den Beifahrer**.

„§ 102 StPO scheidet als Ermächtigungsgrundlage aus. **Voraussetzung jeder Durchsuchung ist die Wahrscheinlichkeit, dass eine bestimmte Straftat bereits begangen ist**. Hierfür müssen **tatsächlich Anhaltspunkte** vorliegen.

Im vorliegenden Fall erfolgte die Durchsuchung des Angekl., nachdem ein Drogenschnelltest bei dem Zeugen M. positiv war und es für die Polizisten nicht weit entfernt lag, dass auch der Angekl., der sich als Beifahrer im Auto befand, Drogen konsumiert hat. Diese Annahme stellt jedoch nur eine Vermutung dar und keinen tatsächlichen Anhaltspunkt für das Vorliegen einer Straftat. Einen konkreten Anfangsverdacht gab es zum Zeitpunkt der Durchsuchung des Angekl. noch nicht.

Auch § 39 II Polizeigesetz scheidet als Ermächtigungsgrundlage aus: Es liegen keinerlei Anhaltspunkte vor, dass eine Durchsuchung des Angekl. zur Eigensicherung der Polizeibeamten erforderlich war. Zwar hat der Zeuge P dies als Ermächtigungsgrundlage angegeben, die Strafanzeige enthält jedoch keinerlei Angaben dazu, dass durch den Angekl. eine Gefahr für Leib oder Leben der Polizeibeamten oder eines Dritten ausgegangen wäre. Solche Anhaltspunkte ergeben sich auch nicht aus den Aussagen der in der Hauptverhandlung vernommenen Polizeibeamten P und L. Auch die Voraussetzungen einer Festnahme, bei deren Vorliegen eine Maßnahme zur Eigensicherung hätte ergriffen werden können, waren erkennbar nicht gegeben.“ (AG Köln aaO)

VwGO
§§ 42 I, 113 I 4

Dauerverwaltungsakt
Zulässigkeit der Anfechtung
(BVerwG in NVwZ 2012, 510; Beschluss vom 05.01.2012 – 8 B 62/11)

VwGO

Ein **Dauerverwaltungsakt** kann – bei fortbestehender Beschwer – für die gesamte Dauer seiner Wirksamkeit und damit **auch hinsichtlich vergangener Zeiträume angefochten werden**. Entfällt die Beschwer, so kann der Kl. im Hinblick auf vergangene Zeiträume zur Fortsetzungsfeststellungsklage übergehen, wenn hierfür ein **Feststellungsinteresse** besteht, und zugleich die Aufhebung **des Verwaltungsakts „ex nunc“** begehren.

- I. Der sog. **Verwaltungsakt mit Dauerwirkung** weist die **Besonderheit** auf, dass seine **Wirkung nicht zu einem bestimmten Zeitpunkt, sondern während eines bestimmten Zeitraums eintritt** (vgl. BVerwGE 59, 148). Er kann deshalb nicht nur für einen bestimmten Zeitpunkt, sondern auch für den gesamten Zeitraum seiner Wirksamkeit oder auch nur für Teile dieses Zeitraums angefochten werden (vgl. BVerwGE 28, 202; BVerwGE 92, 32 = NJW 1993, 1729 = NVwZ 1993, 777).

„Zwar wird der Kl. seinen Aufhebungsantrag häufig ohne nähere zeitliche Bestimmung stellen. Dann dürfte regelmäßig anzunehmen sein, dass er die Aufhebung des Dauerverwaltungsakts für den gesamten Zeitraum seiner Wirksamkeit begehrt. Entsprechendes gilt für ein einer solchen **Anfechtungsklage** stattgebendes Urteil; auch **dadurch wird der Verwaltungsakt nicht nur für bestimmte Zeitpunkte oder Zeitabschnitte, sondern im Zweifel für den gesamten Zeitraum seiner Wirksamkeit beseitigt**. Der Umstand, dass seine Rechtmäßigkeit in Ermangelung abweichender gesetzlicher Bestimmungen (vgl. dazu etwa BVerwGE 65, 1 = NVwZ 1982, 503; BVerwG NVwZ 1991, 372) regelmäßig nach der Sach- und Rechtslage zu beurteilen ist, wie sie im Zeitpunkt der gerichtlichen Entscheidung besteht (BVerwGE 92, 32 = NJW 1993, 1729 = NVwZ 1993, 777; BVerwG NVwZ 2011, 1328, jew. m. w. Nachw.), ändert hieran nichts; er hat zur **unausgesprochenen Voraussetzung**, dass sich die **Sach- und Rechtslage seit seinem Erlass nicht verändert hat**. Hat sich die Sach- oder die Rechtslage seither in ausschlaggebender Weise verändert, so wird der Kl. entscheiden müssen, ob er sein Aufhebungsbegehren auf den Zeitraum nach der Veränderung beschränkt, und das Gericht wird, wenn der Verwaltungsakt erst durch die Veränderung rechtswidrig geworden

ist, ihn nur für die nachfolgende Zeit aufheben und die ohne zeitliche Beschränkung aufrechterhaltene Klage im Übrigen, nämlich für den früheren Zeitraum abweisen. Alles dies ändert aber nichts daran, dass ein Dauerverwaltungsakt Wirkungen für einen längeren Zeitraum entfaltet und dass der Kl. auch in zeitlicher Hinsicht bestimmt, inwieweit er ihn der gerichtlichen Überprüfung zuführen will.“ (BVerwG aaO)

- II. Der Klageantrag, einen Dauerverwaltungsakt auch für vergangene Zeiträume aufzuheben, setzt freilich voraus, dass der **Kl. von ihm auch insoweit noch beschwert ist**.

„Ein Dauerverwaltungsakt wird sich häufig bei fortschreitender Zeit für die jeweils vergangenen Zeiträume – gewissermaßen fortlaufend – erledigen, auch wenn für die Annahme seiner Erledigung der bloße Zeitablauf nicht genügt, vielmehr erforderlich ist, dass von ihm auch für diese Vergangenheit keine dem Kl. nachteiligen **Rechtswirkungen** mehr ausgehen. Dies bietet dem Kl. einen zusätzlichen Grund, sein Aufhebungsbegehren auf den gegenwärtigen Zeitpunkt (und die weitere Zukunft – „ex nunc“) zu beschränken. Es zwingt ihn aber nicht dazu, sein Klagebegehren in Ansehung der Vergangenheit vollständig aufzugeben. Er kann vielmehr insoweit zu dem Feststellungsantrag übergehen, dass der Dauerverwaltungsakt in Ansehung der Vergangenheit rechtswidrig gewesen sei (BVerwG NVwZ 2011, 1328). Ein solcher **Feststellungsantrag** muss sich nicht auf die **gesamte zurückliegende Geltungszeit des Dauerverwaltungsakts** erstrecken, sondern kann sich – ein berechtigtes Interesse an der gerichtlichen Feststellung vorausgesetzt – auf bestimmte zurückliegende Zeiträume beschränken. Regelmäßig wird es sich um Feststellungsanträge nach § 113 I 4 VwGO handeln. Das zeigt, dass mit einer Klage, die einen Dauerverwaltungsakt zum Gegenstand hat, zugleich dessen Aufhebung (in Ansehung von Gegenwart und Zukunft) als auch die Feststellung seiner Rechtswidrigkeit (in Ansehung der Vergangenheit) begehrt werden kann. Für die Feststellung seiner Rechtswidrigkeit in der Vergangenheit wird ein Feststellungsinteresse namentlich in Betracht kommen, wenn sich zwischenzeitlich die maßgebliche Sach- oder Rechtslage geändert hat.“ (BVerwG aaO)

VwGO
§ 67 IV

Vertretungszwang
auch für Zeugen für Beschwerde im Ordnungsgeldverfahren
(OVG Bautzen in NVwZ-RR 2012, 335; Beschluss vom 20.09.2011 – 4 E 35/11)

VwGO

Der **Vertretungszwang nach § 67 IV VwGO** gilt auch für Beschwerde von Zeugen in Ordnungsgeldverfahren.

„[Nach] § 67 IV 1 VwGO müssen sich die Bet. vor dem OVG, außer im Prozesskostenhilfverfahren, durch die in § 67 II 1 VwGO bezeichneten Rechtsanwälte und Hochschullehrer als Prozessbevollmächtigte vertreten lassen.

Der Vertretungszwang nach § 67 IV VwGO gilt dabei auch für Beschwerden einer Zeugin gegen die Festsetzung eines Ordnungsgeldes nach § 98 VwGO i. V. mit § 380 ZPO, weil er Bf. in allen Beschwerdeverfahren (mit Ausnahme der Beschwerden gegen Beschlüsse im Verfahren der Prozesskostenhilfe) betrifft. Denn in §§ 67 IV 2, 147 I 2 VwGO hat der Gesetzgeber klargestellt, dass der **Vertretungszwang auch für Prozesshandlungen gilt, durch die ein Verfahren vor einem OVG eingeleitet wird** (OVG Bautzen BeckRS 2011, 51959 m. w. Nachw.). Dies gilt folglich auch für die Beschwerde einer Zeugin gegen ein gegen sie festgesetztes Ordnungsgeld. **Sinn und Zweck des § 67 VwGO**, im Interesse einer geordneten Rechtspflege sowie der **Vereinfachung und Beschleunigung des Verfahrens vor dem OVG** den sachkundigen Vortrag sowie die Erörterung des Streitfalls einem Rechtsanwalt oder Rechtslehrer vorzubehalten, gebieten i. Ü. diese Auslegung.“ (OVG Bautzen aaO)

VwGO
§ 86 II

Beweisantrag
Erforderlichkeit der Protokollierung
(BVerwG in NVwZ 2012, 512; Beschluss vom 28.12.2011 – 9 B 53/11)

VwGO

Ein **Beweisantrag nach § 86 II VwGO** gehört zu den **wesentlichen Vorgängen der Verhandlung**, die gem. § 160 II ZPO i. V. mit § 105 VwGO **zu protokollieren sind**.

Ist ein **Beweisantrag nicht protokolliert**, so **begründet das Protokoll den vollen Beweis dafür, dass er nicht gestellt** worden ist (BVerwG aaO).

VwGO
§ 94

Verfahrensaussetzung
Parallelverfahren
(OVG Berlin-Bbg in NVwZ-RR 2012, 296; Beschluss vom 28.10.2011 – OVG 1 L 85/11)

VwGO

Eine **Verfahrensaussetzung analog § 94 VwGO** ist nicht deshalb möglich, weil **parallel gelagerte Verfahren zur obergerichtlichen Klärung anstehen**. In solchen Fällen kommt allein das **Ruhen des Verfahrens** gem. § 173 S. 1 VwGO i. V. mit § 251 ZPO in Betracht.

„Ein Fall der **Vorgreiflichkeit der Entscheidung im Berufungsverfahren** des OVG (erstinstanzlich: VG) [liegt] nicht vor, [wenn] die Rechtssache hinsichtlich vom VG für maßgeblich erachteter Rechtsfragen nur gleichartig oder parallel gelagert, die Entscheidung des Rechtsstreits aber nicht vom Bestehen oder Nichtbestehen eines Rechtsverhältnisses abhängt, das den Gegenstand des in Bezug genommenen Berufungsverfahrens bildet. Die Voraussetzungen für eine Aussetzung nach § 94 VwGO liegen daher nicht vor (vgl. auch: OVG Magdeburg DÖV 2009, 299; VGH München NVwZ-RR 1992, 334). Es liegt auch kein Fall vor, in dem die entsprechende Anwendung der Bestimmung – etwa die Anhängigkeit eines Normenkontrollverfahrens, in dem über die zweifelhafte Geltung einer für den Rechtsstreit entscheidungserheblichen Rechtsnorm allgemeinverbindlich zu entscheiden ist – von der Rspr. befürwortet wird und – etwa mit Blick auf die Regelungen in §§ 47 IV und 93a VwGO – auch zu begründen ist (vgl. dazu – tendenziell allerdings zu weit gefasst: Kopp/Schenke, VwGO, 17. Aufl., § 94 Rn 2, 4a; zutreffend zu den Grenzen der Analogiebildung: Schoch u. a., VwGO, Stand: Juni 2011, § 94 Rn 43).

Fehlt es danach an den **tatbestandlichen Voraussetzungen des § 94 VwGO**, kann eine über die angesprochenen Fallgestaltungen hinausreichende entsprechende Anwendung nicht mit Erwägungen, wie sie bei der Ermessensausübung des ProzessGer. bei Vorliegen der tatbestandlichen Voraussetzungen anzustellen sind, begründet werden. Auch sonst ist nicht ersichtlich, dass das Gesetz hier

unbeabsichtigt lückenhaft wäre. Die **Verfahrensbet. können grds. verlangen, dass das Gericht eine Rechtsfrage im jeweiligen Verfahren ggf. auch wiederholend nach seiner Überzeugung entscheidet**, auch wenn eine gleichartige Fragestellung den Gegenstand eines anhängigen Berufungs- oder Revisionsverfahrens bildet. Wollen die Bet. übereinstimmend ein solches Verfahren abwarten und hält auch das Gericht dies für zweckmäßig, kann der Verfahrensstillstand nach § 173 S. 1 VwGO i. V. mit § 251 ZPO durch übereinstimmenden Antrag der Bet. und eine entsprechende Anordnung des Gerichts herbeigeführt werden.

Es kann angesichts der in den Prozessordnungen geregelten Voraussetzungen für die Aussetzung des Verfahrens nicht angenommen werden, dass der Gesetzgeber die Möglichkeit, einen Stillstand des Verfahrens zu bewirken, unter den hier gegebenen Umständen allein in die Hand des ProzessGer. legen wollte.“ (OVG Berlin-Bbg aaO)

VwGO **Zwangsvollstreckung aus Leistungsbescheid** VwGO
§§ 123 I, 167 I, 173 S. 1 **statthafte Klageart**
(VGH Mannheim in NVwZ-RR 2012, 129 = VBIBW 2012, 195; Beschluss vom 16.11.2011 – 3 S 1317/11)

Für einen **Antrag, die Zwangsvollstreckung aus einem Leistungsbescheid vorläufig einzustellen**, ist **§ 123 I VwGO die statthafte Antragsart**. Eine analoge Anwendung des § 769 ZPO ist weder über § 167 I VwGO noch über § 173 S. 1 VwGO oder über § 15 BadWürttVwVG i. V. mit § 322 I 2 AO 1977 möglich.

I. **Eine analoge Anwendung des § 769 ZPO über § 167 I VwGO ist nicht möglich.**

„Die VwGO sieht zwar in § 167 I VwGO für die Vollstreckung die entsprechende Anwendung der Vorschriften des 8. Buches der ZPO vor. Dies gilt jedoch nur für die in § 168 VwGO genannten Vollstreckungstitel. Dazu zählen Verwaltungsakte wie ein bestandskräftiger Leistungsbescheid nicht.“ (VGH Mannheim aaO)

II. **Auch über § 15 I BadWürttVwVG ergibt sich die Zulässigkeit einer einstweiligen Anordnung nach § 769 ZPO nicht.**

„Die Vorschrift des § 15 I BadWürttVwVG erklärt für die Beitreibung einer Geldforderung – um die es hier geht – bestimmte Vorschriften der Abgabenordnung für entsprechend anwendbar. Hierzu zählt auch § 322 I 2 AO 1977. Nach dieser Bestimmung sind auf die Vollstreckung die für die gerichtliche Zwangsvollstreckung geltenden Vorschriften, namentlich die §§ 864 – 871 ZPO und das Gesetz über die Zwangsversteigerung und die Zwangsverwaltung anzuwenden. Der **Verweis in § 322 I 2 AO 1977 auf die zivilprozessualen Vorschriften umfasst nicht nur die Vorschriften über die Zwangsvollstreckung in das unbewegliche Vermögen**, sondern auch die allgemeinen Vorschriften über die Zwangsvollstreckung, d. h. die §§ 704 – 802 ZPO (vgl. Hübschmann/Hepp/Spitaler, Komm. AO 1977, § 322 Rn 64) und damit dem Wortlaut nach auch die §§ 767 und 769 ZPO.

Gleichwohl ist über die Verweiskette des § 15 BadWürttVwVG und des § 322 I AO 1977 weder die Vorschrift des § 767 ZPO noch die des § 769 ZPO anzuwenden, da sich § 15 BadWürttVwVG nur an die Vollstreckungsbehörden richtet; deren Verfahren hat sich an die Vorgaben der Abgabenordnung und der durch die Abgabenordnung für anwendbar erklärten Vorschriften der ZPO zu halten. Den Rechtsschutz im Verfahren der Verwaltungsvollstreckung regelt § 15 BadWürttVwVG dagegen nicht. Dieser richtet sich vielmehr nach den Vorschriften der Verwaltungsgerichtsordnung. § 15 BadWürttVwVG entspricht im Wesentlichen der bundesrechtlichen Vorschrift des § 5 VwVG, wonach sich das Verwaltungszwangsverfahren und der Vollstreckungsschutz im Fall des § 4 VwVG nach bestimmten Vorschriften der Abgabenordnung richten. Aus der Einschränkung „im Falle des § 4“ wird gefolgert, dass sich die in § 4 VwVG genannten Vollstreckungsbehörden in ihrem Verfahren nach der Abgabenordnung zu richten haben, der Rechtsschutz in dieser Vorschrift aber nicht ausdrücklich geregelt ist; hierfür gelten die allgemeinen Regeln des Verwaltungsrechtsschutzes (vgl. Engelhardt/App/Schlatmann, Komm. VwVG/VwZG, 9. Aufl. 2011, § 5 VwVG Rn 3 und 5; Kopp/Schenke, VwGO, 17. Aufl. 2011, § 167 Rn 14). § 15 BadWürttVwVG enthält diese Einschränkung zwar nicht in dieser Form. Er ordnet die sinngemäße Anwendung bestimmter Vorschriften der Abgabenordnung jedoch „mit der Maßgabe“ an, „dass an die Stelle des Vollziehungsbeamten der Vollstreckungsbeamte tritt“. Diese Einschränkung macht deutlich, dass durch § 15 BadWürttVwVG und die dadurch für anwendbar erklärten Vorschriften der Abgabenordnung sowie der ZPO nur das Vollstreckungsverfahren geregelt wird, nicht aber das Rechtsschutzverfahren in der Zwangsvollstreckung. Für dieses sind daher, auch soweit es die Vollstreckung von Leistungsbescheiden nach dem Landesverwaltungsvollstreckungsgesetz betrifft, die Vorschriften der Verwaltungsgerichtsordnung einschlägig.“ (VGH Mannheim aaO)

III. **Eine entsprechende Anwendung des § 769 ZPO – und auch des § 767 ZPO – über die Verweisungsnorm des § 173 VwGO scheidet schließlich ebenfalls aus.**

„Nach dieser Vorschrift sind die Vorschriften des Gerichtsverfassungsgesetzes und der ZPO nur insoweit entsprechend anzuwenden, als die Verwaltungsgerichtsordnung keine Bestimmungen über das Verfahren enthält. Die entsprechende Anwendung der §§ 767 und 769 ZPO ist daher ausgeschlossen, wenn im Verfahren der Hauptsache eine Klage nach § 42 oder § 43 VwGO und im Verfahren des vorläufigen Rechtsschutzes ein Antrag nach § 80 V oder § 123 I VwGO zulässig sind (vgl. BVerwGE 27, 141 = NJW 1967, 1976; VGH Mannheim NVwZ 1993, 72).

So liegen die Dinge hier: Der Kl. konnte sein **Rechtsschutzziel im Hauptsacheverfahren im Wege einer vorbeugenden Feststellungsklage nach § 43 VwGO verfolgen** mit dem Ziel, die Unzulässigkeit der Vollstreckung aus dem Leistungsbescheid feststellen zu lassen. Im Verfahren des vorläufigen Rechtsschutzes war daher ein Antrag nach § 123 I VwGO statthaft.“ (VGH Mannheim aaO)

VwGO **Berufungsbegründung** VwGO
§ 124a III 4 **Inhaltliche Anforderungen**
(BVerwG in BeckRS 2012, 49206; Beschluss vom 16.02.2012 – 9 B 71.11)

Ein **Berufungsführer genügt grds. seiner gesetzlichen Pflicht, in der Berufungsbegründung die Gründe der Anfechtung anzugeben**, wenn er in der Berufungsbegründung an seiner in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht hinreichend konkret erläuterten Auffassung festhält, durch den mit der Klage angegriffenen Bescheid verletzt zu sein, und dadurch **zum Ausdruck bringt, dass er von den gegenteiligen Ausführungen des angefochtenen Urteils nicht überzeugt** ist.

„Auch dieser generalisierende Rechtssatz ist der Rspr. des BVerwG zu § 124a III 4 VwGO entnommen. Mit ihm wird klargestellt, dass der Berufungsführer sich in der **Berufungsbegründung mit dem Gedankengang des angefochtenen Urteils nicht in den Details auseinandersetzen muss, sondern sich damit begnügen darf, konkret zu erläutern, weshalb er abweichender Auffassung ist**, bzw. deutlich zu machen, dass er eine bereits vorher konkret erläuterte abweichende Auffassung weiterhin als tragfähig erachtet. Entspricht die Berufungsbegründung diesen Anforderungen, so bringt sie auch ohne eine Detailkritik an den Gründen der angefochtenen Entscheidung hinreichend klar zum Ausdruck, aus welchen tatsächlichen und rechtlichen Erwägungen an dem verfolgten Rechtsschutzziel festgehalten wird, und erfüllt damit die der Berufungsbegründung zukommende Funktion, die übrigen Beteiligten und das Berufungsgericht über die zur Stützung des Berufungsbegehrens maßgeblichen Gründe zu unterrichten.“ (BVerwG aaO)

VwGO
§ 127

Anschlussberufung
Zulässigkeit im gerichtl. Asylverfahren

VwGO

(BVerwG in BeckRS 2012, 49199; Urteil vom 01.03.2012 – 10 C 5.11)

Eine **Anschlussberufung** ist auch im gerichtlichen Asylverfahren **zulassungsfrei statthaft** und **nicht an den Rahmen der zugelassenen Berufung gebunden**.

„Mit der **Neuordnung des Rechts der Anschlussberufung** (§ 127 VwGO) durch Art. 1 Nr. 16 des Gesetzes zur Bereinigung des Rechtsmittelrechts im Verwaltungsprozess - RmBereinVpG - vom 20. Dezember 2001 (BGBl I S. 3987) ist die Anschlussberufung ohne Zulassung statthaft und nicht mehr an den Rahmen der zugelassenen Berufung gebunden (so noch - zu § 127 VwGO a.F. - BVerwG NVwZ-RR 1997, 253). Sie muss auch nicht denselben Streitgegenstand betreffen wie die Hauptberufung (BVerwGE 125, 44). Ein sachlicher Zusammenhang zwischen den gegenläufigen prozessualen Ansprüchen (s .a. BVerwGE 116, 169 m. w. Nachw.) liegt hier zwischen dem vom Kl. mit seiner Berufung verfolgten Begehren auf Flüchtlingsschutz und der Anschlussberufung der Bekl., die sich gegen die Gewährung von Abschiebungsschutz richtet, schon mit Blick darauf vor, dass die Entscheidung über ein Flüchtlingsschutzbegehren mit der Feststellung zu verbinden ist, ob die Voraussetzungen des § 60 II – V oder VII AufenthG vorliegen (§ 31 III 1 AsylVfG).

§ 127 IV VwGO gilt auch für das gerichtliche Asylverfahren. § 78 III – V oder § 79 AsylVfG enthalten für das Verfahren nach zugelassener Berufung keine Regelungen, welche die Anwendung des § 127 VwGO ausschließen. Auch **Sinn und Zweck des Zulassungserfordernisses nach § 78 II AsylVfG** rechtfertigen es nicht, für das Verfahren nach zugelassener Berufung eine zulassungsfreie, nicht auf denselben Streitgegenstand beschränkte Anschlussberufung auszuschließen.“ (BVerwG aaO)

Speziell für Rechtsanwälte und Notare

Gebühren und Kosten

VV RVG

Terminsgebühr

RVG

Vorbem. 3 III Alt. 3

PKH-Verfahren ohne mündliche Verhandlung

(BGH in AnwBl 2012, 470; Beschluss vom 28.02.2012 – XI ZB 15/11)

In **Verfahren über die Bewilligung von Prozesskostenhilfe**, in denen **ohne mündliche Verhandlung** entschieden wird, **fällt eine Terminsgebühr nicht an**.

- I. Eine Terminsgebühr nach Vorb. 3 III Alt. 3 VV-RVG entsteht nach der **BGH-Rspr.** nicht, wenn für das betreffende Verfahren eine mündliche Verhandlung nicht vorgeschrieben ist und das Gericht durch Beschluss entscheidet.

NJW 2007, 1461 und NJW 2007, 2644; vgl. auch BGH NJW-RR 2012, 314; ferner OLG Frankfurt a.M. NJW-RR 2006, 1438; OLG Karlsruhe NJW-RR 2007, 503; OLG München NJOZ 2005, 4946 = AnwBl 2006, 147; Mayer/Kroiß, RVG, 4. Aufl., Nr. 3104 VV RVG Rn 26

So ist es auch im Verfahren über die Bewilligung von Prozesskostenhilfe. **Entscheidungen in Prozesskostenhilfverfahren ergehen** gem. § 127 I 1 ZPO **ohne mündliche Verhandlung**. Die **mündliche Erörterung gem. § 118 I 3 ZPO ist nur fakultativ** und **keine mündliche Verhandlung im eigentlichen Sinne** (Stein/Jonas/Bork, ZPO, 22. Aufl., § 118 Rn 21).

- II. Die im Anschluss an einen Teil der **Rspr. und Lit.** (vgl. die Darstellung in BGH NJW 2012, 459) erhobenen Einwände gegen die BGH-Rspr. rechtfertigen keine andere Beurteilung.

*„Entgegen dieser abweichenden Auffassung rechtfertigen **Wortlaut und Regelungszweck** der Vorb. 3 III Alt. 3 VV RVG die Entstehung einer Terminsgebühr in Verfahren, in denen eine mündliche Verhandlung nicht vorgeschrieben ist, nicht. Das Erfordernis einer vorgeschriebenen mündlichen Verhandlung wird zwar im Wortlaut der Vorb. 3 III Alt. 3 VV RVG, anders als in Anmerkung 1 Nr. 1 zu Nr. 3104 VV RVG, nicht ausdrücklich erwähnt. Dies ändert aber nichts daran, dass die in Teil 3 des Vergütungsverzeichnisses bezeichnete **Terminsgebühr** durch Vorb. 3 III Alt. 3 **nicht zu einer von den einzelnen Gebührentatbeständen losgelösten Korrespondenzgebühr für anwaltliche Besprechungen** in den Streitigkeiten **umgestaltet** worden ist, in denen eine mündliche Verhandlung vor Gericht nicht vorgesehen ist (BGH NJW 2007, 2644). Dies ergibt sich bereits aus der Bezeichnung der Gebühr als Terminsgebühr und aus dem **Standort der jeweiligen Gebührentatbestände in Teil 3 des Gebührenverzeichnisses**, der die Gebühren für die Vertretung in gerichtlichen Verfahren bestimmt. Anderes ergibt sich auch nicht aus dem Zweck, den der Gesetzgeber mit der Ausweitung dieser Gebühr auf Besprechungen ohne Mitwirkung des Gerichts zur Vermeidung oder zur Erledigung eines Verfahrens verfolgt hat. Damit sollten dem Anwalt die **Bemühungen um die Erledigung der Sache honoriert** werden und den Verfahrensbeteiligten sowie dem Gericht **unnötige Erörterungen in einem Gerichtstermin** allein im Gebühreninteresse **erspart** bleiben (BT-Dr 15/1971, S. 209). Diese Begründung für die darin von § 31 I Nr. 2 und 4 BRAGO abweichende Neuregelung greift nicht in den Beschlussverfahren, in denen das Gericht grds. ohne eine mündliche Verhandlung entscheidet. Auch die **Gesetzesmaterialien zum RVG** enthalten keinen Hinweis darauf, dass mit der Terminsgebühr eine allgemeine Korrespondenzgebühr für rechtsanwaltliche Mitwirkung an solchen Besprechungen eingeführt werden sollte (BGH NJW 2007, 1461).*

Eine Terminsgebühr ist auch nicht nach Nr. 3104 VV RVG angefallen. Dieser Gebührentatbestand nennt in Anm. 1 Nr. 1 ausdrücklich das Erfordernis einer vorgeschriebenen mündlichen Verhandlung, das im vorliegenden Fall, wie dargelegt, nicht erfüllt ist.“ (BGH aaO)

ZPO

Privatgutachten

ZPO

§ 91 I 1

Erstattungsfähigkeit der Kosten

(BGH in NJW 2012, 1370; Beschluss vom 20.12.2011 – VI ZB 17/11)

Die Beurteilung der **Erstattungsfähigkeit der Kosten für die Einholung eines Privatgutachtens** hat sich **daran zu orientieren, ob eine verständige und wirtschaftlich vernünftigt denkende Partei die Kosten auslösende Maßnahme ex ante als sachdienlich ansehen durfte**. Die Erstattungsfähigkeit solcher Kosten **setzt aber nicht zusätzlich voraus, dass das Privatgutachten im Rahmen einer ex-post-Betrachtung tatsächlich die Entscheidung des Gerichts beeinflusst hat**.

- I. Ob für die Erstattungsfähigkeit der Kosten für die Einholung eines im Verlaufe eines Prozesses eingeholten Privatsachverständigengutachtens zu verlangen ist, dass das im Rechtsstreit vorgelegte Gutachten den Verlauf des Rechtsstreits zu Gunsten der das Privatgutachten vorlegenden Partei beeinflusst hat, ist **in der obergerichtlichen Rspr. umstritten**.

- Nach **einer Auffassung** reicht es für die Erstattungsfähigkeit nicht aus, dass das Privatgutachten eingeholt worden ist, um ein gerichtliches Sachverständigengutachten zu widerlegen; erstattungsfähig sollen diese Kosten des Privatgutachtens nur dann sein, wenn der Rechtsstreit durch die Vorlage des Gutachtens nachweislich gefördert worden sei, insbes. der Verlauf des Rechtsstreits zu Gunsten der vorlegenden Partei beeinflusst worden ist.

vgl. etwa OLG Bamberg JurBüro 1990, 732; OLG Frankfurt a.M. JurBüro 1984, 1083

- Nach **anderer – wohl überwiegender – Auffassung** ist eine Beeinflussung des Prozesses nicht Voraussetzung dafür, dass Privatsachverständigenkosten erstattungsfähig sind.

vgl. etwa OLG Hamm Rpfleger 2001, 616; OLG Saarbrücken JurBüro 1988, 1360; OLG Stuttgart ZEV 2007, 536 = DS 2008, 190).

II. **BGH aaO hält die letztgenannte Auffassung für zutreffend.**

1. Der **Gesetzeswortlaut des § 91 I 1 ZPO gibt keine Anhaltspunkte** für die von der Gegenmeinung geforderte zusätzliche Voraussetzung für die Erstattungsfähigkeit der Kosten für die Einholung eines Privatgutachtens.

„Vielmehr sind auch diese Kosten der obsiegenden Partei zu erstatten, wenn sie zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung oder Rechtsverteidigung notwendig waren. Die Beurteilung dieser Frage hat sich daran auszurichten, ob eine verständige und wirtschaftlich vernünftig denkende Partei die Kosten auslösende Maßnahme ex ante als sachdienlich ansehen durfte; dabei darf die Partei die zur vollen Wahrnehmung ihrer Belange erforderlichen Schritte ergreifen (vgl. BGH NJW 2006, 2415; BGH NJW 2009, 2220). Für die Beurteilung der Notwendigkeit ist auf den Zeitpunkt abzustellen, in dem die Kosten auslösende Maßnahme veranlasst wurde (vgl. BGHZ 153, 235 = NJW 2003, 1398; BGH NJW 2006, 2415; BGH NJW 2009, 2220; BPatGE 51, 114). Bereits aus diesem Grund verbietet es sich, die Erstattungsfähigkeit von Kosten eines Privatgutachtens zusätzlich im Rahmen einer ex-post-Betrachtung davon abhängig zu machen, ob das Privatgutachten tatsächlich die Entscheidungsfindung des Gerichts beeinflusst hat.“ (BGH aaO)

2. Der BGH hat die Frage, ob eine verständige und wirtschaftlich vernünftig denkende Partei die Kosten auslösende Maßnahme ex ante als sachdienlich ansehen durfte, insbes. in Fällen bejaht, in denen die **Partei infolge fehlender Sachkenntnisse ohne** die Einholung des **Privatgutachtens nicht zu einem sachgerechten Vortrag in der Lage** war (vgl. BGHZ 153, 235 = NJW 2003, 1398 m. w. Nachw. und BGH NJW 2006, 2415).

*„Hierzu gehören auch Fälle, in denen die Partei ohne Einholung eines Privatgutachtens ein ihr **nachteiliges Gerichtssachverständigengutachten** nicht zu erschüttern vermag (vgl. OLG Köln DS 2009, 316 = OLG-Report 2009, 527; KG KG-Report 2008, 487; OLG Koblenz Rpfleger 1991, 388 = NZV 1991, 315; OLG Schleswig VersR 1991, 117; OLG Saarbrücken JurBüro 1988, 1360). Daneben können bei der Beurteilung der Erstattungsfähigkeit der Kosten des Privatgutachtens weitere Gesichtspunkte eine Rolle spielen, wie etwa dessen voraussichtliche Eignung zur Rechtsverfolgung oder -verteidigung und deren **Erfolgsaussichten**, insbes. unter Berücksichtigung vorhandener Anknüpfungstatsachen, sowie die Möglichkeit, den **Prozesserfolg mit anderen Darlegungs- und Beweismitteln zu fördern**. Letztlich dürfen im Rahmen der erforderlichen **Gesamtbetrachtung aus der ex ante-Sicht** einer verständigen und wirtschaftlich vernünftig denkenden Partei auch die Kosten des Privatgutachtens nicht völlig außer Betracht bleiben, wenn auch die Partei grds. die zur vollen Wahrnehmung ihrer Belange erforderlichen Schritte ergreifen darf (vgl. BGH NJW 2006, 2415; BGH NJW 2009, 2220).“ (BGH aaO)*

ZPO
§§ 114 ff

Beratungshilfe
Analphabet

ZPO

(AG Lichtenberg in Rpfleger 2012, 265; Beschluss vom 14.01.2012 – 70a II 2282/11)

Analphabeten und Personen mit Sprachschwierigkeiten ist Beratungshilfe zur Wahrnehmung von Rechten eher zu gewähren, als Menschen, die lesen und schreiben können, da angenommen werden kann, dass bei Analphabeten wegen Unwissenheit der Beratungsbedarf früher einsetzt.

„Soweit das BVerfG (Rpfleger 2007, 552) festgestellt hat, dass es aus verfassungsrechtlicher Sicht nicht zu beanstanden ist, dass das AG einem Analphabeten keine Beratungshilfe gewährt hat, da „Beratungshilfe kein Instrument der allgemeinen Lebenshilfe wie Schreib- und Lesehilfe ist“, ist damit Beratungshilfe für Analphabeten nicht ausgeschlossen.

*Vielmehr wird der **Mangel der Fähigkeit lesen und schreiben zu können** (ebenso wie Sprachschwierigkeiten), grds. dazu führen, dass die **Voraussetzungen zur Gewährung von Beratungshilfe eher zu bejahen** sind, da dadurch die **Wahrnehmung der eigenen Rechte behindert** und wegen Unwissenheit der **Beratungsbedarf vergrößert** wird. Es ist mit Gewissheit anzunehmen, dass ein bemittelter Analphabet, der seinen Rechtsanwalt selbst bezahlen muss, dessen Rat eher nachsucht, als eine Person, die Lesen und Schreiben kann.“ (AG Lichtenberg aaO)*

ZPO
§ 122 I

Prozesskostenhilfe

ZPO

Keine Übernahmehaftung der berechtigten Partei bei Vergleich

(OLG Frankfurt a.M. in JurBüro 2012, 154; Beschluss vom 20.09.2011 – 3 WF 100/11)

Die **prozesskostenhilfeberechtigte Partei haftet im Falle der Prozessbeendigung durch Vergleich** mit gegenseitiger Kostenaufhebung **nicht als Übernahmeschuldner für die auf sie entfallende Hälfte der Gerichtskosten**.

- I. Nach § 122 I Nr. 1a ZPO darf die Staatskasse vom **Bekl., dem (ratenfreie) Prozesskostenhilfe bewilligt ist, keine Gerichtskosten einziehen**. Aus § 29 Nr. 2 GKG, wonach die Kosten (auch) derjenige schuldet, der sie in einem vor Gericht abgeschlossenen Vergleich übernommen hat, ergibt sich nichts Gegenteiliges.

*„Zwar hat der Bekl. durch den Vergleich die Hälfte der Gerichtskosten „übernommen“. Denn die vereinbarte **gegenseitige Aufhebung der Kosten des Rechtsstreits bedeutet, dass die Gerichtskosten jeder Partei zur Last fallen** (§ 92 I 2 ZPO). In § 29 GKG (dem § 24 FamGKG inhaltlich entspricht) ist jedoch lediglich geregelt, wer als Kostenschuldner in Betracht kommt. § 122 ZPO regelt demgegenüber, inwieweit der Kostenschuldner, dem Prozesskostenhilfe bewilligt ist, von der Staats-*

kasse in Anspruch genommen werden kann. Die Vorschrift unterscheidet nicht zwischen Entscheidungs- und Übernahme-schuldner und hindert die Staatskasse daran, gegenüber der Partei des Rechtsstreits, der Prozesskostenhilfe bewilligt ist, den auf sie entfallenden Anteil an den Gerichtskosten anzusetzen (OLG Köln JurBüro 1992, 101 = OLG-Report 1992, 32; OLG Rostock JurBüro 2010, 147). § 123 ZPO ist nicht einschlägig.“ (OLG Frankfurt a.M. aaO)

- II. Anders als der 13., der 14. und der 18. Zivilsenat des OLG Frankfurt a. M. geht der erkennende Senat auch nicht von einer Haftung der PKH-berechtigten Partei für den auf sie entfallenden Anteil der Gerichtskosten infolge einer in § 31 III GKG zum Ausdruck kommenden **Wertung des Gesetzgebers** aus.

„§ 31 III GKG regelt die Inanspruchnahme eines anderen Kostenschuldners, wenn dem Entscheidungsschuldner Prozesskostenhilfe bewilligt worden ist. Ob der Kostenschuldner, dem Prozesskostenhilfe bewilligt ist, von der Bundes- oder Landeskasse in Anspruch genommen werden kann, ist in § 122 I ZPO geregelt, wonach die Bundes- oder Landeskasse Gerichtskosten nur nach den Bestimmungen, die das Gericht trifft, gegen die PKH-Partei geltend machen kann. **Allein § 122 ZPO regelt also das Verhältnis der PKH-berechtigten Partei zur Staatskasse** (OLG Brandenburg FamRZ 2011, 1323). Eine andere Wertung widerspricht dem **Gesetzeswortlaut** des § 122 I Nr. 1 a ZPO. I. Ü. hat in den einschlägigen Fällen eine Wertung aufgrund gesetzlicher Vorschriften bereits dadurch stattgefunden, dass der Partei durch das Gericht Prozesskostenhilfe bewilligt wurde, was voraussetzt, dass ihrer Rechtsverfolgung oder Rechtsverteidigung hinreichende Erfolgsaussicht und fehlende Mutwilligkeit zuerkannt wurde.“ (OLG Frankfurt a.M. aaO)

ZPO
§ 567 II

Kostenfestsetzungsverfahren Beschwerdesumme: 200 €

ZPO

(OLG Düsseldorf in NJW-RR 2012, 446; Beschluss vom 12.09.2011 – 24 W 85/11)

Die **Beschwerdesumme** muss im Kostenfestsetzungsverfahren **über 200 €** liegen und ist unter Berücksichtigung der von dem Beschwerdeführer zu tragenden Kostenquote zu ermitteln.

„Während die frühere Fassung der Vorschrift für Kostengrundentscheidungen einen Beschwerdewert von 100 € und für andere Entscheidungen über Kosten einen solchen von 50 € bestimmt hatte, ist diese Unterscheidung mit dem **Kostenrechtsmodernisierungsgesetz** entfallen und für alle „Entscheidungen über Kosten“ ein **einheitlicher Beschwerdewert** von 200 € vorgeschrieben worden.“ (OLG Düsseldorf aaO)

KostO
§ 145 I 1

Entwurfsgebühr Rücknahme des Beurkundungsauftrags

KostO

(OLG Stuttgart in ZAP 2012, 400; Beschluss vom 20.09.2011 – 8 W 327, 328/11)

Einem Notar steht die **Entwurfsgebühr** gem. § 145 I 1 KostO zu, wenn er bei einem nicht beurkundungspflichtigen Rechtsgeschäft **zugleich mit dem Auftrag auf Beurkundung einen solchen auf Entwurfsfertigung** erhält und **nach Aushändigung des Entwurfs der Beurkundungsauftrag zurückgenommen** wird.

- I. Nach **§ 145 I 1 KostO** wird die für die Beurkundung bestimmte Gebühr erhoben (§§ 36 ff KostO), wenn der Notar auf Erfordern nur den Entwurf einer Urkunde fertigt. Das Gesetz geht dabei vom **Nichtvorliegen eines Beurkundungsauftrags** aus.

„Denn in § 145 I 3 KostO ist geregelt, dass die **Entwurfsgebühr auf die Beurkundungsgebühr angerechnet** wird, wenn der Notar demnächst aufgrund des von ihm gefertigten Entwurfs eine Beurkundung vornimmt.

Daraus kann aber **nicht der Rückschluss gezogen** werden, dass von Anfang an kein Beurkundungsauftrag vorliegen durfte. Vielmehr lässt sich unter § 145 I 1 KostO ebenso subsumieren, dass ein Beurkundungsauftrag nicht mehr vorliegt, weil er zurückgenommen wurde.

Dem steht **§ 145 III KostO** nicht entgegen. Diese **Norm bezieht sich ausschließlich auf Rechtsgeschäfte, die der notariellen Beurkundung bedürfen**. In diesem Fall wird die in § 145 II KostO bestimmte Gebühr (mindestens eine volle Gebühr) erhoben, wenn der Notar auf Erfordern den Entwurf einer Urkunde aushändigt, die Beurkundung aber infolge Zurücknahme des Auftrags unterbleibt.

Für den **Entwurf eines beurkundungspflichtigen Rechtsgeschäfts**, der auf Erfordern vom Notar ausgehändigt wurde, fällt danach eine **volle Gebühr** an, obwohl der Empfänger mit dem Entwurf wegen der Formbedürftigkeit „nichts anfangen“ kann.

Der Empfänger des Entwurfs eines nicht beurkundungspflichtigen Rechtsgeschäfts kann diesen jedoch ohne weiteres **verwenden**, selbst wenn diese Verwendung als abredewidrig angesehen werden sollte, weil die Anfertigung und Übersendung des Entwurfs in Zusammenhang mit einem Beurkundungsauftrag erfolgte. **Warum diese Leistung gebührenfrei** erfolgen soll ist **nicht einsichtig**.“ (OLG Stuttgart aaO)

- II. Rohs (Rohs/Wedewer, KostO, Bd. 2, § 145 KostO Rn 32) meint, das Argument, der Entwurf eines nicht beurkundungsbedürftigen Rechtsgeschäfts habe einen höheren Wert, weil der Auftraggeber ihn nur selbst unterzeichnen müsse, um ihn rechtswirksam zu machen, verfange letztlich nicht. Denn bei einer solchen Verwendung habe der Entwurf für den Auftraggeber eine selbstständige Bedeutung außerhalb des von ihm gar nicht mehr gewünschten Beurkundungsverfahrens erhalten, so dass § 145 I 1 KostO anwendbar sei.

„Er übersieht dabei aber, dass es **für den Notar nicht überprüfbar** ist, **ob und wann** eine solche **Verwendung durch den Auftraggeber erfolgt**. Die Kenntnis hiervon kann der Notar allenfalls zufällig erhalten. Die **Erhebung von Gebühren kann jedoch nicht von Zufälligkeiten abhängen**.“ (OLG Stuttgart aaO)

- III. Bengel/Tiedtke (Korintenberg/Lappe/Bengel/Reimann, KostO, 18. Aufl. 2010, § 145 Rn 24 ff) verlangt, dass der Entwurf eine selbstständige Zwischenstation auf dem Weg zur Beurkundung darstellt, setzt sich allerdings mit der oben dargelegten Problematik nicht auseinander.

„Gerade aber im Hinblick auf die **Rspr. des BVerfG** (BVerfGE 50, 217) kann die zu verlangende **Gebührengleichheit** nur dazu führen, dass der Entwurf eines nicht beurkundungsbedürftigen Rechtsgeschäfts nach § 145 I 1 KostO zu vergüten ist, wenn die Aushändigung vom Auftraggeber verlangt wurde - wie vorliegend.“ (OLG Stuttgart aaO)

- IV. Diese letztgenannte Auffassung wird auch von Lappe (NotBZ 2003, 194) und von der Prüfungsabteilung der Ländernotarkasse A. d. ö. R. (NotBZ 2006, 13) vertreten, der sich OLG Stuttgart aaO anschließt.

„Die zuletzt genannte Entscheidung nähert sich der vom Senat vertretenen Auffassung an. Es **kann insoweit keinen Unterschied machen, ob** der mit dem Auftrag auf Entwurfsfertigung und -aushändigung gestellte **Antrag auf Beurkundung vor oder erst nach der Entwurfsaushändigung zurückgenommen wird**. Denn die zeitliche Abfolge hat weder Einfluss auf die Arbeitsleistung des Notars noch auf die damit übernommene rechtliche Verantwortung.“ (OLG Stuttgart aaO)

KostO

§§ 146 III, 147 II, III

Betreuungsgebühr

Erstellung einer Gesellschafterliste

KostO

(BGH in NZG 2012, 388; Beschluss vom 14.02.2012 – II ZB 18/10)

Ein Notar, der die **Gründung einer GmbH beurkundet**, erhält nach der Rechtslage vor Inkrafttreten des MoMiG für die **zusätzliche Erstellung der Gesellschafterliste keine Betreuungsgebühr** gem. § 147 II KostO.

- I. Bei der Gründung einer GmbH mit mehreren Gesellschaftern entstehen regelmäßig je eine 20/10 Notargebühr für die **Beurkundung des Gesellschaftsvertrags** nach §§ 141, 32, 36 II KostO sowie für die **Beurkundung von Beschlüssen von Geschäftsorganen** (Geschäftsführerbestellung) nach §§ 141, 32, 47 S. 1 KostO.

Wird auch die **Anmeldung zum Handelsregister** beurkundet, fällt außerdem eine 5/10 Gebühr nach §§ 141, 38 II Nr. 7 KostO an, sofern § 44 I KostO keine Anwendung finden sollte.

- II. **Ob** dem Notar darüber hinaus **für das Fertigen der** nach § 8 I Nr. 3 GmbHG für die Handelsregistereintragung erforderlichen **Gesellschafterliste eine Betreuungsgebühr** gem. § 147 II KostO **zusteht, ist in Rspr. und Lit. umstritten**.

1. Ein **Teil der obergerichtlichen Rspr.** und das **überwiegende Schrifttum** sehen – nach der maßgeblichen Rechtslage vor Inkrafttreten des MoMiG – im Erstellen der Gesellschafterliste durch den Notar ein gebührenpflichtiges selbstständiges Geschäft nach § 147 II KostO.

Eine an sich von den Geschäftsführern zu erbringende Tätigkeit (§ 78 GmbHG), die deshalb nicht zum Pflichtenkreis des beurkundenden Notars gehöre, sondern von ihm nur auf Grund eines besonderen Auftrags, den er auch ablehnen könne, ausgeführt werde, und die für die Abwicklung und den Vollzug der Beurkundung selbst nicht notwendig sei, stelle kein **Nebengeschäft** dar. Teilweise wird auch auf die **Verantwortlichkeit des Notars für den Inhalt der von ihm entworfenen Erklärungen** und das daraus folgende **Haftungsrisiko** abgestellt

OLG Stuttgart JurBüro 1984, 1078; OLG Saarbrücken MittRhNotK 1984, 222; OLG Celle JurBüro 1994, 41; Filzek, KostO, 4. Aufl., § 147 Rn 49; Korintenberg/Lappe/Bengel/Reimann, KostO, 18. Aufl., § 147 Rn 113; Lappe, Kostenrechtsprechung, 4. Aufl., Anm. zu § 147 KostO Nr. 89 und 101; Kersten/Bühling, Formularbuch und Praxis der Freiwilligen Gerichtsbarkeit, 23. Aufl., § 142 Nr. 48 M a. E.; Assenmacher/Mathias, KostO, 16. Aufl., Stichwort: GmbH, Anm. 4.5; Mümmeler JurBüro 1989, 770; Reimann DNotZ 1987, 642; Tiedtke NZG 2001, 474 = NJW-RR 2002, 321 = ZNotP 2002, 121; Bayerische Notarkammer, MittBayNot 1977, 141; Sigora/Regler/Tiedtke MittBayNot 2008, 437; vgl. Bund JurBüro 2005, 234

2. Demgegenüber betrachten ein **Teil der obergerichtlichen Rspr.** und ein **Teil des Schrifttums** das Fertigen der Gesellschafterliste durch den Notar als **Nebengeschäft** und lehnen den Anfall einer Betreuungsgebühr ab.

Die Gesellschafterliste müsse zwar nicht zwingend durch den Notar gefertigt werden, sie sei aber als **notwendige Anlage zur Handelsregisteranmeldung** (§ 8 I Nr. 3 GmbHG) unerlässlich für den Rechtserfolg des Vorgangs, für den der Notar beauftragt sei. § 35 KostO stelle als kostenrechtliche Vorschrift nur auf das **Verhältnis einer Tätigkeit des Notars zum Hauptgeschäft** ab, nicht darauf, ob der Notar dienstrechtlich zur Übernahme dieser Tätigkeit verpflichtet sei.

vgl. OLG Hamm FGPrax 2005, 231; OLG Karlsruhe Rpfleger 1977, 228; OLG Frankfurt a. M. JurBüro 1987, 590; ebenso für den Fall, dass der Notar neben der Handelsregisteranmeldung auch den Gesellschaftsvertrag beurkundet hat: OLG Hamm NZG 2002, 486; OLG Frankfurt a. M. NZG 2007, 919; Rohs/Wedewer, KostO, Stand: Juli 2011, § 41a Rn 11; § 147 Rn 27 a.E.

3. **BGH aaO** folgt im Ergebnis der zuletzt genannten Auffassung.

- a) **Erstellt der Notar**, der die Gründung einer zum Handelsregister anzumeldenden GmbH beurkundet, auch die **Gesellschafterliste** nach § 8 I Nr. 3 GmbHG, so **fällt hierfür** – nach der vorliegend maßgebenden Rechtslage vor Inkrafttreten des MoMiG – **keine Betreuungsgebühr gem. § 147 II KostO an**.

„Bei der Erstellung der Gesellschafterliste handelt es sich um eine **Vollzugstätigkeit zum Beurkundungsgeschäft**, für die der Notar neben der Beurkundungsgebühr grds. nur dann eine weitere Gebühr erhält, wenn die besonderen Voraussetzungen des § 146 III KostO erfüllt sind. Kommt eine Vollzugsgebühr nach § 146 III KostO, wie vorliegend, nicht in Betracht, weil es nicht um die nähere Begründung eines Antrags oder einer Beschwerde geht, ist im Regelfall ein Nebengeschäft (§ 35 KostO) anzunehmen, für das keine gesonderte Betreuungsgebühr nach § 147 II KostO anfällt (§ 147 III KostO).“ (BGH aaO)

- b) Der Gebührentatbestand des **§ 147 II KostO** kommt als **Auffangregelung** nur zur Anwendung, wenn die Kostenordnung für die betreffende Notartätigkeit keine Gebühr bestimmt und auch keine Regelung enthält, aus der sich ergibt, dass dem Notar für diese Tätigkeit keine gesonderte Gebühr erwachsen soll (BGH NJW 2006, 3428 = WM 2006, 1974; BGH NJW 2007, 3212).

„Eine derartige, die Anwendung des § 147 II KostO im Regelfall ausschließende Gebührenregelung ist für Vollzugstätigkeiten zu Urkundsgeschäften, für die der Notar eine Entwurfs- oder Beurkundungsgebühr bekommt, in § 146 III KostO enthalten.“

Während in § 146 I und II KostO die Gebühren für den Vollzug der dort genannten Grundstücksgeschäfte mit Sperrwirkung gegenüber § 147 II KostO im Grundsatz abschließend geregelt sind (vgl. BGH NJW 2006, 3428 = WM 2006, 1974), betrifft § 146 III KostO die Gebühren für Vollzugstätigkeiten „in anderen Fällen“, in denen der Notar bereits eine Entwurfs- oder Beurkundungsgebühr verdient. Zu den damit angesprochenen Geschäften zählen u. a. Registersachen (BGH NJW 2007, 3212; Rohs/Wedewer, KostO, Stand: Juli 2011, § 146 Rn 49; Korintenberg/Lappe/Bengel/Reimann, KostO, 18. Aufl., § 146 Rn 36).

*Auch § 146 III KostO entfaltet, ebenso wie die beiden ersten Absätze dieser Vorschrift, grds. eine **Ausschlusswirkung gegenüber § 147 II KostO** (vgl. Rohs/Wedewer, KostO, Stand: Juli 2011, § 146 Rn 4; Korintenberg/Lappe/Bengel/Reimann, KostO, 18. Aufl., § 146 Rn 4). § 146 KostO ist für Tätigkeiten, die der Notar erbringt, um das von ihm beurkundete Geschäft zum Vollzug zu bringen, im Verhältnis zu der allgemeinen Gebührenregelung für Nebengeschäfte in § 35 KostO, auf die § 147 III KostO Bezug nimmt, die speziellere Norm (vgl. BGH NJW 2006, 3428 = WM 2006, 1974). Demzufolge sind Vollzugstätigkeiten zu den in § 146 KostO erfassten Urkundsgeschäften nur unter den dort aufgeführten Voraussetzungen gesondert zu vergüten. Sind diese Voraussetzungen nicht erfüllt, fällt für eine entsprechende Vollzugstätigkeit grds. auch keine Gebühr nach § 147 II KostO an.“ (BGH aaO)*

- c) Für die Annahme einer solchen grds. Sperrwirkung sprechen neben dem Wortlaut des § 146 KostO, der auf eine umfassende Regelung der für Vollzugstätigkeiten anfallenden Gebühren, auch in Abgrenzung zu der Betreuungsgebühr nach § 147 II KostO, hindeutet, die Überlegungen, die für die Einführung einer Vollzugsgebühr im Jahr 1957 maßgebend waren.

*„Seinerzeit wurden Tätigkeiten, die der Notar erbrachte, um das von ihm beurkundete Geschäft zum Vollzug zu bringen, grds. als **gebührenfreie Nebengeschäfte** i. S. des § 27 KostO a. F. (§ 35 KostO n. F.) angesehen, nur wenn es erforderlich war, einen Antrag oder eine Beschwerde näher zu begründen, konnte eine besondere Gebühr erhoben werden. Der Gesetzgeber wollte diese Regelung im Grundsatz beibehalten und lediglich für die typischerweise **besonders aufwändigen und verantwortungsvollen Tätigkeiten** zum Vollzug von Grundstücksgeschäften eine **weitere Ausnahme schaffen** (Begründung zum Kostenrechtsänderungsgesetz vom 26.07.1957, BT-Dr 2/2545, S. 193 zu Nr. 78 Nr. 1). Der Gesetzgeber ging demnach davon aus, dass Vollzugstätigkeiten, soweit § 146 KostO nichts anderes bestimmt, gebührenfreie Nebengeschäfte darstellen (vgl. hierzu BGH NJW 2006, 3428 = WM 2006, 1974).“ (BGH aaO)*

- d) **Erstellt der Notar** im Zusammenhang mit der Beurkundung der Gründung einer GmbH und im Hinblick auf deren Anmeldung zum Handelsregister die **Gesellschafterliste** nach § 8 I Nr. 3 GmbHG, so **handelt es sich** – nach der Rechtslage bis zum Inkrafttreten des MoMiG – **um eine Tätigkeit zum Vollzug der Gründungsbeurkundung.**

*„Der in § 146 KostO verwendete Begriff des Vollzugs ist kostenrechtlich und für alle Absätze der Vorschrift einheitlich zu verstehen. Dem **Vollzug des Geschäfts** dienen **alle Tätigkeiten, die zu den beurkundeten** (schuldrechtlichen oder dinglichen) **Vereinbarungen** der Bet. **notwendigerweise hinzukommen müssen, um deren Wirksamkeit herbeizuführen** und ihre **Ausführung zu ermöglichen** (vgl. BGH NJW 2007, 3212; zum Vollzug von Grundstücksgeschäften).“*

*Die **Erstellung der Gesellschafterliste dient im kostenrechtlichen Sinne dem Vollzug der GmbH-Gründung.** Die Gründung einer GmbH, deren Eintragung in das Handelsregister in Befolgung des § 7 I GmbHG angestrebt wird, zielt auf die Errichtung einer GmbH als juristische Person. Insofern erfordert die Ausführung des Gesellschaftsvertrags die Eintragung der GmbH in das Handelsregister (§ 11 I GmbHG) und damit auch die Erstellung der Gesellschafterliste als notwendigen Bestandteil der Anmeldung zum Handelsregister (§ 8 I Nr. 3 GmbHG). Ob der Notar neben dem Gesellschaftsvertrag auch die Anmeldung zum Handelsregister beurkundet hat, ist für die Einordnung der Erstellung der Gesellschafterliste als Vollzugstätigkeit im Verhältnis zur Beurkundung der Gesellschaftsgründung nicht ausschlaggebend.*

Die Annahme einer Vollzugstätigkeit scheidet auch nicht deshalb aus, weil der Notar die Gesellschafterliste nicht auf Grund amtlicher Verpflichtung, sondern im Auftrag der Kostenschuldnerin erstellt hat. Für die Beurteilung, ob eine Tätigkeit dem Vollzug des Urkundsgeschäfts dient, ist nicht das Ansuchen an den Notar, sondern der sachliche Zusammenhang mit dem Hauptgeschäft entscheidend (BGH NJW 2006, 3428 = WM 2006, 1974 m. w. Nachw.).“ (BGH aaO)

- e) Die grds. bestehende **Sperrwirkung des § 146 III KostO** führt im vorliegenden Fall dazu, dass die **Fertigung der Gesellschafterliste als Nebengeschäft gebührenfrei** bleibt (§ 147 III KostO).

*„Allerdings ist eine **Ausnahme von der Sperrwirkung** in Betracht zu ziehen, **wenn Vollzugstätigkeiten betroffen sind**, die der Sache nach kaum anders behandelt werden können als die in § 146 KostO geregelten Fälle (vgl. BGH NJW 2006, 3428 = WM 2006, 1974).“*

In der vorliegenden Konstellation bestehen indes keine Umstände, die eine solche Ausnahme nahelegen. Auf der Grundlage des hier maßgebenden alten Rechts handelt es sich bei dem Erstellen der Gesellschafterliste nicht um eine Notartätigkeit, die den Vollzugstätigkeiten für Grundbuchgeschäfte des § 146 I und II KostO oder den besonders begründeten Anträgen und Beschwerden bei sonstigen Geschäften i. S. des § 146 III KostO nach Aufwand und Verantwortung typischerweise gleichzusetzen wäre.“ (BGH aaO)

- f) Nach BGH aaO ist eine **andere Beurteilung** jedoch **für die Zeit ab dem Inkrafttreten des MoMiG** in Erwägung zu ziehen, **da dem Inhalt der Gesellschafterliste nunmehr eine größere Bedeutung zukommt** (vgl. §§ 16, 40 GmbHG n. F.).
-

JVEG
§§ 4, 5, 8, 9

Entschädigungsanspruch
Sachverständiger / sachverständiger Zeuge

JVEG

(OVG Lüneburg in NJW 2012, 1307; Beschluss vom 23.12.2011 – 5 OB 411/11)

Wird ein **Arzt als sachverständigen Zeugen zur mündlichen Verhandlung geladen** und als solcher **belehrt**, gibt er in der Folgezeit aber **sachkundige Beurteilungen** ab, so ist er nicht als Zeuge zu entschädigen, sondern hat **Anspruch auf eine Vergütung als Sachverständiger**.

„Der sachverständige Zeuge bekundet sein Wissen von bestimmten vergangenen Tatsachen oder Zuständen, zu deren Wahrnehmung eine **besondere Sachkunde** erforderlich war und die er nur kraft dieser besonderen Sachkunde **ohne Zusammenhang mit einem gerichtlichen Gutachtenauftrag** wahrgenommen hat. Er ist insoweit nicht ersetzbar. Demgegenüber begutachtet der Sachverständige auf Grund seiner besonderen Sachkunde auf einem Fachgebiet als **Gehilfe des Gerichts** einen von diesem festzustellenden Sachverhalt. Aufgabe des Sachverständigen ist es, dem Gericht besondere Erfahrungssätze oder Kenntnisse des jeweiligen Fachgebiets zu vermitteln oder auf Grund von besonderen Erfahrungssätzen oder Fachkenntnissen Schlussfolgerungen aus einem feststehenden Sachverhalt zu ziehen. Er ist in dieser Funktion grundsätzlich austauschbar (vgl. BVerwG NJW 2011, 1983 = DS 2011, 294; BGH BeckRS 1973, 31066482).

Diese **Abgrenzung ist im Einzelfall schwierig**. Ein Arzt ist z. B. dann ein sachverständiger Zeuge, wenn er über eine bestimmte Krankheit aussagt, aber ein Sachverständiger und Zeuge, wenn er die Ursache und die Wirkung dieser Krankheit bekundet (vgl. Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann, § 414 Rn 5). Angesichts der Erläuterungen, die der Ast. im Verlaufe seiner Vernehmung gegeben hat, sowie des Umstands, dass eine Beurteilung oder Bewertung im Zweifel als eine Sachverständigentätigkeit beurteilt werden darf (vgl. Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann, § 414 Rn 5), ist der Senat zu der Einschätzung gelangt, dass der Ast. im Verlaufe seiner Vernehmung „zum Sachverständigen geworden“ und entsprechend zu vergüten ist.“ (OVG Lüneburg aaO)

GKG
§ 68 I 1

Streitwertfestsetzung
Beschwerde zum OLG

GKG

(KG in MDR 2012, 280; Beschluss vom 21.10.2011 – 9 W 22/11)

Gegen eine Streitwertfestsetzung durch das Landgericht als Rechtsmittelgericht ist die Beschwerde zum Oberlandesgericht statthaft.

„**Maßgeblich für Rechtsmittel gegen die Wertfestsetzung sind allein die Regelungen im GKG**. Gem. § 68 I 1 GKG findet gegen den Beschluss, durch den der Wert für die Gerichtsgebühren festgesetzt worden ist, die Beschwerde statt, wenn der Wert des Beschwerdegegenstands 200,00 € übersteigt. Die Beschwerde ist gem. § 68 I 5 GKG i. V. mit § 66 III 2 GKG beim nächsthöheren Gericht einzulegen. Nächsthöheres Gericht i. d. S. ist im vorliegenden Fall der Wertfestsetzung in der Berufungsinstanz durch das Landgericht das Oberlandesgericht (bzw. in Berlin das KG).

Die Regelung führt zwar dazu, dass die **Streitwertfestsetzung einer weitergehenden Überprüfung unterliegt als die Hauptsacheentscheidung**. Dies **entspricht aber dem Gesetzeswortlaut und ergibt sich aus dem insoweit eindeutigen Willen des Gesetzgebers**, wonach die Beschwerde anders als nach § 25 III 2 GKG a. F. auch dann zulässig sein soll, wenn das Rechtsmittelgericht die Entscheidung erlassen hat (BT-Drucksache 15/1971, S. 158). § 567 I ZPO, der vorsieht, dass die Beschwerde nur gegen Entscheidungen des Landgerichts stattfindet, die dieses im ersten Rechtszug erlässt, ist daher nicht (auch nicht analog) anwendbar.“ (KG aaO)

Aus der Praxis

BRAO

Wettbewerbsverstoß

RVG

§ 43b Unzulässigkeit der Verwendung des Zusatzes „Rechtsanwalt beim Land- und Oberlandesgericht“

(BGH in BRAK-Mitt. 2012, 79; Beschluss vom 30.01.2012 – AnwZ (Brfg) 27/11)

Die Verwendung des Zusatzes "Rechtsanwalt bei dem Landgericht und dem Oberlandesgericht" im Briefkopf stellt eine unzulässige irreführende Werbung dar.

„Der Kl. meint, der Zusatz "Rechtsanwalt bei dem Landgericht und dem Oberlandesgericht" sei nicht geeignet, bei dem von ihm angesprochenen Publikum falsche Vorstellungen zu wecken oder irreführend zu wirken. Er verwende den "generalisierenden Singular", um so die Gerichte im Verhältnis zu dem Wort "Rechtsanwalt" hervorzuheben. Den vom Kl. angesprochenen Mandantenkreisen sei bekannt, dass die von ihnen beauftragten Anwälte bundesweit bei allen Gerichten auftreten könnten. Andererseits sei die Tätigkeit als Rechtsanwalt bei Landgerichten und Oberlandesgerichten nicht so selbstverständlich, dass sie nicht besonders herausgehoben werden dürfte; denn es gebe viele Rechtsanwälte, die nur beratend tätig seien oder vornehmlich bei den Gerichten der Arbeits-, Verwaltungs- oder Sozialgerichtsbarkeit tätig seien.

Demgegenüber hat der Anwaltsgerichtshof zu Recht darauf hingewiesen, dass die Verwendung der Präposition "bei" eine besondere, bei anderen Anwälten so nicht vorhandene Beziehung des Kl. zu den angegebenen Gerichten suggeriert, die aber tatsächlich nicht gegeben ist.“ (BGH aaO)

UWG

Wettbewerbsverstoß

UWG

§§ 4 Nr. 3, 5 I

Verschleiertes Werbeschreiben für Eintrag in Branchenverzeichnis

(BGH in NJW 2012, 1449; Urteil vom 30.06.2011 – I ZR 157/10)

Ein **formulärmäßig gestaltetes Angebotsschreiben für einen Eintrag in ein Branchenverzeichnis**, das nach seiner Gestaltung und seinem Inhalt darauf angelegt ist, bei einem flüchtigen Leser den **Eindruck hervorzurufen**, mit der Unterzeichnung und Rücksendung des Schreibens werde lediglich eine **Aktualisierung von Eintragsdaten im Rahmen eines bereits bestehenden Vertragsverhältnisses** vorgenommen, **verstößt gegen das Verschleiervorbot** des § 4 Nr. 3 UWG sowie gegen das **Irreführungsvorbot** des § 5 I UWG.

- I. Eine Verschleierung i. S. von § 4 Nr. 3 UWG und damit auch eine Irreführung gem. § 5 I UWG liegt vor, wenn das äußere Erscheinungsbild einer geschäftlichen Handlung so gestaltet wird, dass die **Marktteilnehmer den geschäftlichen Charakter nicht klar und eindeutig erkennen** (Köhler/Bornkamm, § 4 Rn 3.11; Büscher/Dittmer/Schiwy, Gewerblicher Rechtsschutz, UrheberR, MedienR, 2. Aufl., § 4 Nr. 3 UWG Rn 9). An einer hinreichend klaren und eindeutigen Erkennbarkeit fehlt es, wenn der **Werbeadressat zur Annahme eines vom Unternehmer unterbreiteten Angebots verleitet** werden soll, dessen **werbender Charakter** dadurch getarnt wird, dass der **unzutreffende Eindruck vermittelt** wird, die **beworbene Ware oder Dienstleistung sei bereits bestellt** (vgl. Köhler/Bornkamm, § 4 Rn 3.49; MüKo-UWG/Heermann, § 4 Nr. 3 Rn 4).
- II. Für die Frage, wie Werbung verstanden wird, ist die Sichtweise des **durchschnittlich informierten, situationsadäquat aufmerksamen und verständigen Marktteilnehmers maßgebend** (vgl. BGH NJW 2010, 612 = GRUR 2009, 1064 = WRP 2009, 1229 – Geld-zurück-Garantie II). Hiervon ist auch bei der Beurteilung auszugehen, ob der Werbecharakter einer geschäftlichen Handlung verschleiert wird (vgl. Köhler/Bornkamm, § 4 Rn 3.11). Richtet sich die Handlung an Gewerbetreibende oder Freiberufler, so ist das durchschnittliche Verständnis der Mitglieder dieser Gruppe maßgebend.

1. Richtet sich die Werbung an Gewerbetreibende und deren Mitarbeiter, die mit der Bearbeitung von allgemeinem Schriftverkehr des Unternehmens betraut sind, kann bei diesem Personenkreis jedenfalls eine **durchschnittlich intellektuelle Erkenntnisfähigkeit** erwartet werden.

Es besteht ein allgemeiner Erfahrungssatz dahingehend, dass im Geschäftsleben Schreiben von vermeintlich geringer Bedeutung auch mit weniger Aufmerksamkeit zur Kenntnis genommen werden, denn gerade Gewerbetreibende und deren Mitarbeiter stehen nicht selten unter **Zeitdruck** und nehmen deshalb den Inhalt von Schreiben der hier in Rede stehenden Art oft selbst dann nicht mit der an sich gebotenen Aufmerksamkeit zur Kenntnis, wenn ihnen eine Einverständniserklärung in Form einer Unterschrift abverlangt wird.

2. Das hier in Frage stehende Anschreiben ist darauf angelegt, den **flüchtigen Betrachter** in seinem ersten – unzutreffenden – Eindruck zu bestätigen, es **bestehe bereits ein Vertragsverhältnis mit dem Versender** (vgl. BGH GRUR 1998, 415 = WRP 1998, 383 – Wirtschaftsregister).

„Für die Feststellung einer solchen Motivation der Bekl. hat das BerGer. mit Recht den Inhalt des Anschreibens herangezogen (vgl. BGH NJW 1995, 1361 = GRUR 1995, 358). Entgegen der Ansicht der Revision sind die Feststellungen des BerGer. zum Fehlen aussagekräftiger Angaben über die beworbene Dienstleistung der Bekl. nicht deshalb rechtsfehlerhaft, weil die auf der Rückseite des Anschreibens abgedruckten Allgemeinen Geschäftsbedingungen im vierten Abschnitt das Leistungsangebot der Bekl. darstellen und die auf der Vorderseite aufgeführten Vertragsbedingungen die Empfehlung enthalten, sich über das Leistungsangebot auf der Internetseite der Bekl. zu informieren. Das BerGer. hat sich hiermit wie auch mit dem weiteren Umstand auseinandergesetzt, dass das Anschreiben auf der Vorderseite unter der Überschrift „Eintragungsbeschreibung“ einige kleingedruckte Erläuterungen zu den angebotenen Leistungen enthält. Es hat dies aber nicht als eine besondere inhaltliche Darstellung der Vorzüge der angebotenen Leistung angesehen, was wegen der Vielzahl der konkurrierenden Angebote jedoch zu erwarten gewesen wäre. Eine **besondere Leistungsdarstellung ergibt sich auch nicht aus dem Hinweis auf die Internetseite der Bekl.** Denn damit bleibt es allein dem Adressaten der Werbung überlassen, ob er die beworbene Leistung näher zur Kenntnis nimmt oder nicht.

Die Würdigung des BerGer. trägt zudem dem Umstand Rechnung, dass sich die Angaben zur beworbenen Dienstleistung lediglich an unauffälliger Stelle des Schreibens befinden. Mit ihrer gegenteiligen Ansicht, wonach das Anschreiben aussagekräftige Angaben über die Gegenleistung enthalte, setzt die Revision lediglich ihre eigene Würdigung an die Stelle derjenigen des BerGer., ohne einen durchgreifenden Rechtsfehler des BerGer. aufzuzeigen.“ (BGH aaO)

3. Das beanstandete Anschreiben vermittelt damit bei flüchtiger Betrachtung, auf die es der Versender auch gerade abgesehen hat, den **unzutreffenden Eindruck**, die **beworbene Leistung sei bereits bestellt**. Ist die Werbung aber gerade auf diesen flüchtigen Eindruck ausgerichtet, kann – ebenso wie bei einer „**dreisiten Lüge**“ (vgl. Köhler/Bornkamm, § 5 Rn 2107) – auch davon ausgegangen werden, dass ein ausreichender Teil des in dieser Weise angesprochenen Verkehrs getäuscht wird.

„Entgegen der Ansicht der Revision setzt die Annahme einer Täuschung darüber hinaus nicht voraus, dass dem Werbeschreiben auch eine Rechnung oder ein ähnliches Dokument mit einer Zahlungsaufforderung beigefügt worden ist. Ist dies der Fall, kann die Werbung, wenn sie an Verbraucher gerichtet ist, zwar den Verbotstatbestand der Nr. 22 des Anhangs zu § 3 III UWG erfüllen. Daraus folgt jedoch nicht im Umkehrschluss, dass ein von diesem Verbotstatbestand nicht erfasst Verhalten hinzunehmen ist. Vielmehr greift dann die Prüfung nach den allgemeinen Bestimmungen über unlautere Geschäftspraktiken ein (vgl. Köhler/Bornkamm, Anh. zu § 3 III Rn 0.8). Dies darf zwar nicht zu einem Wertungswiderspruch führen (vgl. Köhler/Bornkamm, Anh. zu § 3 III Rn 0.12). Ein solcher liegt hier aber auch nicht vor. Die Annahme einer Irreführung über das Bestehen einer geschäftlichen Handlung ohne Zusendung einer Zahlungsaufforderung beruht nicht darauf, dass strengere Maßstäbe an das Verhalten des Werbenden gegenüber sonstigen Marktteilnehmern angelegt werden als gegenüber Verbrauchern. Maßgeblich ist vielmehr, dass die Werbung planmäßig und systematisch die Unaufmerksamkeit der Adressaten des Anschreibens ausnutzt und damit in gleicher Weise geeignet ist, über das Bestehen einer vertraglichen Bindung zu täuschen, wie in dem Fall, der Gegenstand des Verbots gem. Nr. 22 des Anhangs zu § 3 III UWG ist.“ (BGH aaO)

4. Die danach zu bejahende **Verschleierung des Werbecharakters** des beanstandeten Anschreibens ist auch geeignet, die Adressaten zu einem Vertragsabschluss mit dem Versender zu veranlassen. Das Verhalten ist somit geschäftlich relevant (vgl. Köhler/Bornkamm, § 3 Rdnr. 3.12).

Zugleich erfüllt das Verhalten des Versenders nicht nur die Voraussetzungen der speziellen Norm des § 4 Nr. 3 UWG, sondern auch die Anforderungen an eine **unzulässige geschäftliche Handlung i. S. von § 1 Nr. 2 UWG**, weil dadurch **über die Bedingungen irreführt** wird, **unter denen die Dienstleistung erbracht wird** (vgl. Köhler/Bornkamm, § 5 Rn 7138).

BGB
§ 313

Änderung/Wegfall der Geschäftsgrundlage
Abänderung eines Ehevertrages über lebenslangen nachehelichen Unterhalt
(BGH in MDR 2012, 346 = FuR 2012, 254; Urteil vom 25.01.2011 – 6 E 426/11)

BGB

Haben die Parteien in einem **Ehevertrag die Zahlung eines lebenslangen nachehelichen Unterhalts** vereinbart, und hat sich die **Rechtslage danach geändert** (hier: Möglichkeit der Befristung), bleibt es dem Unterhaltspflichtigen im Zweifel unbenommen, sich auf eine **Störung der Geschäftsgrundlage** zu berufen und den Ehevertrag im Wege der **Abänderungsklage** anzugreifen.

- I. Die **Abänderung wegen wesentlicher Änderungen der rechtlichen Verhältnisse** kann sowohl auf eine **Gesetzesänderung** als auch auf eine **Änderung der gefestigten höchstrichterlichen Rspr.** gestützt werden (BGH NJW 2011, 2512 = FamRZ 2011, 1381; BGH NJW 2010, 3582 = FamRZ 2010, 1884).

Zudem ist § 1578b BGB letztlich eine Ausformung der Senats-Rspr. aus dem Jahr 2006 (BGH NJW 2010, 1595 = FamRZ 2010, 538). Da diese ebenfalls erst nach Erlass des abzuändernden Urteils ergangen ist, ist die Abänderungsklage in jedem Fall zulässig.

- II. Jeder Teil ist berechtigt, im Wege der Klage eine entsprechende Abänderung des Urteils zu verlangen, wenn im Falle der Verurteilung zu künftig fällig werdenden wiederkehrenden Leistungen eine **wesentliche Änderung derjenigen Verhältnisse eintritt, die für die Verurteilung zur Entrichtung der Leistungen**, für die Bestimmung der Höhe der Leistungen oder der Dauer ihrer Entrichtung **maßgebend waren**.

1. Ist Gegenstand der abzuändernden Entscheidung ein **Prozessvergleich**, ist im Rahmen der Abänderung für eine zeitlich nachfolgende Neubemessung des Unterhalts der ursprüngliche Parteiwille im Verständnis und in Ausgestaltung des vorausgegangenen rechtskräftigen (Abänderungs-)Urteils maßgebend (BGH NJW 1983, 1118 = FamRZ 1983, 260; BGH NJW 1992, 364 = FamRZ 1992, 162; Zöller/Vollkommer, ZPO, 27. Aufl., § 323 Rn 41 a. E.; Graba, Die Abänderung von Unterhaltstiteln, 4. Aufl., Rn 503). Dies gilt gleichermaßen, wenn die abzuändernde Entscheidung auf einem zwischen den Parteien geschlossenen Vertrag beruht (vgl. Graba, Rn 507).

2. Wenn das abzuändernde Urteil eine bis dahin nicht vollstreckbare ehevertragliche Unterhaltsregelung auf eine entsprechende Leistungsklage hin (vgl. MüKo-ZPO/Gottwald, 3. Aufl., § 323 Rn 13) einer Titulierung zuführt und keine Abänderung der vertraglichen Grundlagen zum Gegenstand hat, ist im Rahmen der Abänderungsklage auch **§ 313 BGB zu beachten**, der die **Störung der Geschäftsgrundlage** regelt (vgl. Graba, Rn 511, u. a. zu § 238 FamFG). Dabei ist – vorrangig gegenüber einer Störung der Geschäftsgrundlage – **durch Auslegung zu ermitteln, ob die Parteien eine bindende Regelung zur Möglichkeit einer Abänderung getroffen haben** (vgl. BGHZ 186, 1 = NJW 2010, 2349 = FamRZ 2010, 1238 m. w. Nachw.; BGH NJW 2012, 309).

- III. Die Auslegung, wonach eine ehevertragliche Unterhaltsregelung einen vom gesetzlichen Unterhaltsrecht losgelösten selbstständigen Schuldgrund darstelle, der einer Abänderung im Hinblick auf die durch das Unterhaltsrechtsänderungsgesetz eingetretenen Änderungen nicht zugänglich sein soll, beruht auf einem Auslegungsfehler.

1. Allein der Umstand, dass der **Unterhalt teilweise abweichend von den gesetzlichen Vorgaben vereinbart** worden ist, hat **nicht zwingend zur Konsequenz, dass der Unterhaltsanspruch losgelöst von sämtlichen gesetzlichen Voraussetzungen ausgestaltet werden sollte.**

„Dies zeigt sich auch daran, dass die vertragliche Regelung i. Ü. an unterhaltsrechtliche Grundsätze angelehnt ist. So haben die Parteien geregelt, dass das Renteneinkommen der Bekl. im Ergebnis bedarfsmindernd zu berücksichtigen ist. Daneben haben die Parteien vereinbart, dass sich bei unverschuldeten Einkommenseinbußen auf Seiten des Kl. eine Abänderung der bestehenden Unterhaltsverpflichtung ergeben kann.

Zu Recht weist die Revision in diesem Kontext darauf hin, dass damit auch nach dem Vertrag das gesetzliche Unterhaltsrecht nicht ohne Einfluss auf die vertraglichen Ansprüche bleiben soll.

Nach alledem lässt sich nicht feststellen, dass die „lebenslange“ Unterhaltsverpflichtung so mit den übrigen Regelungen des Vertrags verzahnt ist, dass sie unumstößlich ist.“ (BGH aaO)

2. Schließt eine Auslegung des Ehevertrags eine Abänderbarkeit der Unterhaltsregelung nicht aus, ist zu prüfen, ob der Vertrag abzuändern ist.

*„Soweit das BerGer. eine Überprüfung des Ehevertrags am Maßstab der sog. **Ausübungskontrolle nach § 242 BGB** erwogen und nicht auf § 313 BGB abgestellt haben, bestehen gegen diesen Ansatz Bedenken, mag er unter Umständen auch zum selben Ergebnis wie die Regeln über die Störung der Geschäftsgrundlage führen (vgl. dazu BGH NJW 2011, 2969 = FamRZ 2011, 1377). Wenn ein Ehevertrag nach § 138 BGB Bestand hat, muss der Richter im Rahmen der Ausübungskontrolle prüfen, ob und inwieweit ein Ehegatte die ihm durch den Vertrag eingeräumte **Rechtsmacht missbraucht**, wenn er sich im Scheidungsfall gegenüber einer vom anderen Ehegatten begehrten gesetzlichen Scheidungsfolge darauf beruft, dass diese durch den Vertrag wirksam abbedungen sei (BGH NJW 2004, 930 = FamRZ 2004, 601; BGH NJW 2011, 2969 = FamRZ 2011, 1377).*

So liegt der Fall hier aber nicht: Es geht nicht um den Ausschluss einer Scheidungsfolge; vielmehr begehrt der Kl. die Abänderung der durch den Vertrag modifizierten Unterhaltsregelung unter dem Gesichtspunkt der Störung der Geschäftsgrundlage.

Selbst wenn man dem BerGer. folgte und von einem selbstständigen Schuldversprechen i. S. eines Leibrentenversprechens nach § 759 BGB ausginge, wäre ebenfalls am Maßstab des § 313 BGB zu prüfen (vgl. Palandt/Sprau, BGB, 71. Aufl., § 759 Rn 6), ob die 1996 geltende Rechtslage, wonach die Unterhaltsverpflichtung des Kl. (grundsätzlich) unbefristet galt, zur Geschäftsgrundlage des Vertrags geworden ist und die Änderung der Senats-Rspr. im Jahr 2006 damit zu einer Störung der Geschäftsgrundlage i. S. des § 313 BGB geführt hat.“ (BGH aaO)

BGB
§§ 253, 823

Ehrschutzklage
Ehrkränkende Äußerungen in Gerichtsverfahren
(BGH in MDR 2012, 518; Urteil vom 28.02.2012 – VI ZR 79/11)

BGB

Für **Klagen auf Zahlung einer Geldentschädigung**, die auf **ehrkränkende Äußerungen in einem anderen Gerichtsverfahren bzw. gegenüber den Strafverfolgungsbehörden** gestützt werden, besteht i. d. R. **kein Rechtsschutzbedürfnis**, wenn die **Äußerungen der Rechtsverfolgung oder Rechtsverteidigung dienen** oder in **Wahrnehmung staatsbürgerlicher Rechte oder Pflichten** gemacht wurden.

- I. Das sog. Ausgangsverfahren soll nicht durch eine **Beschneidung der Äußerungsfreiheit** der daran Beteiligten beeinträchtigt werden (vgl. BGH VersR 1992, 443 m. w. Nachw.; BGH VersR 2005, 277).

*„Vielmehr müssen die Parteien in einem Gerichtsverfahren grds. alles vortragen dürfen, was sie zur **Wahrung ihrer Rechte für erforderlich** halten, auch wenn hierdurch die Ehre eines anderen berührt wird. Ob das Vorbringen wahr und erheblich ist, soll allein in dem seiner eigenen Ordnung unterliegenden Ausgangsverfahren geprüft werden. Der von der ehrkränkenden Äußerung Betroffene kann weder Unterlassungs- noch Widerrufsansprüche geltend machen (vgl. BGH NJW 1986, 2502 m. w. Nachw.).*

*Dies trägt dem **Recht der Parteien auf wirkungsvollen gerichtlichen Rechtsschutz** aus Art. 2 I GG i. V. m. dem Rechtsstaatsprinzip sowie dem Recht auf rechtliches Gehör aus Art. 103 I GG Rechnung (vgl. BVerfG NJW 1991, 29; BGH NJW-RR 2007, 840 jeweils m. w. Nachw.). Die Rechte des Betroffenen werden hinreichend dadurch gewahrt, dass ihm bereits im Ausgangsverfahren prozessual wie materiell-rechtlich ausreichende Rechtsgarantien zum Schutz seiner Interessen bereitstehen; er kann schon in diesem Verfahren die Behauptung des Prozessgegners zur Nachprüfung durch das Gericht stellen (vgl. BGH NJW 1962, 243; BGH NJW 1986, 2502, 2503).“ (BGH aaO)*

- II. Diese Grundsätze gelten entsprechend für **Äußerungen gegenüber Strafverfolgungsbehörden** (BGH NJW 1962, 243; BGH NJW 1986, 2502; vgl. auch BVerfGE 74, 257; BVerfG NJW 1991, 29).

*„Wer der Staatsanwaltschaft oder der Polizei seinen Verdacht mitteilt, dass ein anderer eine strafbare Handlung begangen habe, berührt zwangsläufig die Ehre des anderen. Das kann ihm nicht verwehrt werden; denn mit der Erstattung der Anzeige übt er ein jedem Staatsbürger zustehendes Recht aus. Die Strafanzeige eines Bürgers liegt darüber hinaus grds. im **allgemeinen Interesse an der Erhaltung des Rechtsfriedens und an der Aufklärung von Straftaten**; der Rechtsstaat kann darauf bei der Strafverfolgung nicht verzichten (vgl. BVerfGE 74, 257). Aus diesen Gründen muss der Anzeigende im strafrechtlichen Ermittlungsverfahren grds. das vorbringen dürfen, was er nach seinem Ermessen zur Aufklärung der Sache für erforderlich hält. Den berechtigten Belangen des in seiner Ehre Betroffenen ist durch die Bestimmung des § 164 StGB (falsche Verdächtigung), die Kostenregelung in § 469 StPO für den Fall einer vorsätzlich oder leichtfertig erstatteten unwahren Anzeige sowie die rechtsstaatliche Ausgestaltung des Ermittlungsverfahrens hinreichend Rechnung getragen. Für zivilrechtliche Abwehransprüche ist dagegen in aller Regel kein Raum (vgl. BVerfGE 74, 257).“ (BGH aaO)*

- III. Diese **Grundsätze sind auf Klagen auf Zahlung einer Geldentschädigung**, die auf ehrkränkende Äußerungen in einem anderen Gerichtsverfahren bzw. gegenüber den Strafverfolgungsbehörden gestützt werden, **zu übertragen**.

„Auch für solche Klagen besteht in aller Regel **kein Rechtsschutzbedürfnis**, wenn die **Äußerungen der Rechtsverfolgung oder Rechtsverteidigung dienen oder in Wahrnehmung staatsbürgerlicher Rechte oder Pflichten** gemacht wurden (vgl. BGH MDR 1964, 136; Staudinger/Hager, BGB, 13. Bearbeitung 1999, § 823 Rn C 138; MüKo-BGB/Rixecker, 6. Aufl., Anh. § 12 Rn 191; Helle GRUR 1982, 207). Dies gilt auch dann, wenn das andere Verfahren bereits abgeschlossen ist. Denn mit dem **Rechtsstaatsprinzip** (Art. 20 III GG) und dem **Anspruch auf Gewährung rechtlichen Gehörs** (Art. 103 I GG) ist es nicht vereinbar, wenn **redliche Äußerungen** in einem Zivilprozess oder die **redliche Wahrnehmung staatsbürgerlicher Rechte und Pflichten im Straf(ermittlungs)verfahren** aus Gründen des Ehrenschutzes zu rechtlichen Nachteilen führen, weil die Behauptung sich später im Prozess oder nach behördlicher Prüfung als unrichtig oder unaufklärbar erweist. Ein **wirkungsvoller gerichtlicher Rechtsschutz in bürgerlich-rechtlichen Streitigkeiten** setzt voraus, dass der Rechtsuchende, ohne Rechtsnachteile befürchten zu müssen, gegenüber den Organen der Rechtspflege alle Handlungen vornehmen kann, die nach seiner von gutem Glauben bestimmten Sicht geeignet sind, sich im Prozess zu behaupten (vgl. BVerfG NJW-RR 2007, 840 m. w. Nachw.). In entsprechender Weise führte es zu einer mit **rechtsstaatlichen Grundsätzen** nicht zu vereinbarenden, unzumutbaren Beschränkung des Einzelnen und zu einer nicht mehr hinnehmbaren **Beeinträchtigung der Funktionsfähigkeit der Strafrechtspflege**, wenn derjenige, der in gutem Glauben eine Strafanzeige erstattet hat, befürchten müsste, wegen seiner Äußerungen gegenüber den Strafverfolgungsbehörden mit einer Schadensersatzklage wegen Ehrverletzung überzogen zu werden (vgl. BVerfGE 74, 257).“ (BGH aaO)

ZPO
§ 511 II Nr. 1

Antragserweiterung Unterschreitung der Berufungssumme

ZPO

(BGH in BeckRS 2012, 09058; Beschluss vom 27.03.2012 – VI ZB 74/11)

Wird mit der Berufungsbegründung ein **Berufungsantrag angekündigt**, mit dem die **in erster Instanz abgewiesene Klage nur teilweise weiterverfolgt** wird, und wird dabei die **Berufungssumme unterschritten**, so kann der **Berufungsantrag bis zum Schluss der mündlichen Verhandlung** vor dem Berufungsgericht nur dann **erweitert** werden, wenn die **Erweiterung von der fristgerecht eingereichten Berufungsbegründung gedeckt** ist.

„Zwar kann grds. erst auf der Grundlage des in der mündlichen Berufungsverhandlung gestellten Antrags entschieden werden, ob der **Wert des Beschwerdegegenstands die Berufungssumme erreicht**, da ein die Berufungssumme unterschreitender Berufungsantrag noch bis zum Schluss der mündlichen Verhandlung vor dem Berufungsgericht auf einen die **Wertgrenze des § 511 II Nr. 1 ZPO** übersteigenden Umfang erweitert werden kann; solange diese Möglichkeit besteht, darf die Berufung deshalb nicht mit der Begründung als unzulässig verworfen werden, die Berufungssumme sei nicht erreicht (vgl. BGH NJW-RR 2005, 714; BGH NJW-RR 2008, 584). Etwas anderes gilt aber, sobald feststeht, dass eine Erweiterung des die Berufungssumme unterschreitenden Berufungsantrags ausgeschlossen ist.

Eine Erweiterung des Berufungsantrags kann nach Ablauf der Berufungsbegründungsfrist nur auf schon in der Berufungsbegründung angeführte Gründe gestützt werden. Im Streitfall setzt sich die Berufungsbegründung aber nur mit einer Haftung der Bekl. von 50 % auseinander. Die Erweiterung des Berufungsantrags auf eine Haftungsquote von 75 % ist mithin von der fristgerecht eingereichten Berufungsbegründung, die sich nur zu einer Haftungsquote von 50 % verhält, nicht gedeckt. Aus diesem Grunde ist, wie das Berufungsgericht unter Bezug auf die Rspr. des BGH zutreffend ausgeführt hat, die Berufung schon dann als unzulässig zu verwerfen, wenn der Berufungskläger - wie hier - zwar einen Berufungsantrag angekündigt hat, der die Berufungssumme erreicht, die Berufung aber bis zum Ablauf der Berufungsbegründungsfrist nur hinsichtlich eines Teils der beantragten Abänderung des angefochtenen Urteils, der die Berufungssumme nicht erreicht, in einer den Anforderungen des § 520 III 2 Nr. 2 ZPO genügenden Weise begründet hat. Die Erweiterung des Antrags vermochte die Berufung nicht zulässig werden zu lassen, weil der **erweiterte Berufungsantrag von der Berufungsbegründung nicht gedeckt** ist und die **Frist zur Berufungsbegründung abgelaufen** war. Der **Mangel an Begründung kann nach Ablauf der Berufungsbegründungsfrist nicht mehr geheilt werden.**“ (BGH aaO)

StGB
§ 185

Beleidigung Titulierung eines Rechtsanwalts als „Winkeladvokat“ (LG Köln in BRAK-Mitt. 2012, 94; Urteil vom 15.11.2011 – 5 O 344/10)

RVG

Wirft ein Rechtsanwalt einem anderen eine **„Winkeladvokatur“** vor, kann die Verwendung dieses Begriffes einen **Angriff auf die Ehre und die Persönlichkeitsrechte** des so betitelten **Kollegen** darstellen.

„Der Begriff „Winkeladvokat“ bezeichnet historisch eine **Person, die ohne Ausbildung zum Rechtsanwalt Rechtsrat erteilt**. Heute wird darunter eine Person verstanden, die entweder **intellektuell unfähig** ist, ihren Beruf zuverlässig und den Regeln des juristischen Handwerks entsprechend auszuüben, oder die diesen in einer Art und Weise ausführt, die **mit Moral und Gesetz in Konflikt** steht. Auch wenn dem Begriff kein einheitlicher Bedeutungsinhalt mehr zukommen mag, ist der **Begriff „Winkeladvokat“ in jedem Fall negativ besetzt** und stellt eine **abfällige und kränkende Wertung** dar. Die genannten Ausführungen gelten auch für den Begriff „Winkeladvokatur“.

Der Einstufung als Ehrverletzung steht nicht entgegen, dass die angegriffene Äußerung als Werturteil grds. den Schutz der Meinungsfreiheit aus Art. 5 I 1 GG genießt: Diese tritt nämlich dort zurück, wo es sich bei der Äußerung um **Schmätkritik** handelt. Schmätkritik liegt dann vor, wenn in einer herabsetzenden Äußerung **nicht die Auseinandersetzung in der Sache, sondern die Diffamierung der Person im Vordergrund** steht (vgl. BGH BeckRS 2005, 84). Maßgebend ist dabei nicht, wie der Äußernde sie versteht, sondern wie ein unvoreingenommenes und verständiges Durchschnittspublikum sie verstehen durfte. Vorliegend ist die **Schwelle zur Schmätkritik überschritten**. Die Bezeichnung als „Winkeladvokatur“ entbehrt den erforderlichen Sachbezug und muss als bloße Diffamierung angesehen werden. Der Begriff würde zwar anlässlich einer sachthemenbezogenen Auseinandersetzung benutzt, indem der Bekl. den Außenauftritt des Kl. gegenüber der Rechtsanwaltskammer monierte. Der Begriff selbst diente jedoch weder der Unterstreichung dieser Position noch als weiteres sachliches Argument, sondern allein dazu, den Kl. bzw. sein Verhalten in ein schlechtes Licht zu rücken, nachdem der Bekl. zuvor mit dem von ihm gegen den Kl. initiierten Verfahren wegen Vertretung widerstreitender Interessen gescheitert war. Auch wenn der Bekl. den Außenauftritt berechtigterweise kritisiert hätte, ändert dies nichts daran, dass mit der Bezeichnung „Winkeladvokatur“ die Diffamierung des Kl. im Vordergrund stand.“ (LG Köln aaO)

Steuerrecht

ErbStG
§ 1 I Nr. 1

Einkommenssteuer Nachlassverbindlichkeit

SteuerR

(FG Düsseldorf in ZAP 2012, 399; Urteil vom 02.11.2011 – 4 K 2263/11)

Die auf den Erben übergegangenen, **vom Erblasser herrührenden persönlichen Einkommensteuerschulden**, die aufgrund der Verwirklichung des Steuertatbestands durch den Erblasser selbst an seinem Todestag rechtlich bestehen, sind **als Nachlassverbindlichkeiten zu berücksichtigen**.

„Ansprüche aus dem Steuerschuldverhältnis entstehen, sobald der Tatbestand verwirklicht ist, an den das Gesetz die Leistungspflicht knüpft (§ 38 AO). Nach § 36 I EStG entsteht die Einkommensteuer zwar grds. mit Ablauf des Veranlagungszeitraums, d.h. des Kalenderjahres (§ 25 I EStG). Entsprechendes gilt nach § 5 I 1 des Gesetzes über die Erhebung von Kirchensteuern im Land Nordrhein-Westfalen für die Kirchensteuer und nach § 51a I EStG für den Solidaritätszuschlag. Der erkennende Senat misst § 36 I EStG indes nur Bedeutung für die Veranlagung zur Einkommensteuer, Kirchensteuer und zum Solidaritätszuschlag bei. Wie die Überschrift zum VI. Abschnitt des EStG (‘‘Erhebung der Einkommensteuer’’) verdeutlicht, regelt § 36 I EStG nur die Frage, wann die Einkommensteuer grds. ertragsteuerrechtlich mit der Folge entsteht ist, dass sie erhoben werden darf.

§ 36 I EStG regelt allerdings nicht die Frage, wann in erbschaftsteuerrechtlicher Hinsicht von einer Entstehung der Steuer auszugehen ist. Insoweit kommt es darauf an, dass **der Erblasser selbst noch den Tatbestand verwirklicht hat**, an den das Einkommensteuergesetz die **Leistungspflicht** knüpft. Da die **Einkommensteuerpflicht mit dem Tod des Steuerpflichtigen erlischt**, ist die **Veranlagung bis zu seinem Todestag durchzuführen** (Viskorf/Knobel/Schuck, ErbStG, 3. Aufl., § 10 Rn 67). Die bis zum Todestag des Erblassers entstandene Einkommensteuer ist am Bewertungsstichtag rechtlich entstanden und daher als Nachlassverbindlichkeit abzugsfähig (vgl. Viskorf/Knobel/Schuck, ErbStG, 3. Aufl., § 10 Rn 67 f.; Troll/Gebel/Jülicher, ErbStG § 10 Rn 140; Kämper/Milatz ZEV 2011, 70). Eine Versagung des Abzugs der noch in der Person des Erblassers entstandenen Einkommensteuer und der Zuschlagsteuern (§ 51a I EStG) würde dem in § 10 I 1 ErbStG verankerten Bereicherungsprinzip widersprechen (vgl. BFHE 204, 311). Dieses Prinzip erfordert bei der Ermittlung der Bereicherung des Erwerbers die Berücksichtigung der den Erben als Gesamtrechtsnachfolger treffenden Nachlassverbindlichkeiten (§ 10 I 2 ErbStG).

Anderes gilt nur für nach dem **Bewertungsstichtag** verwirklichte Tatbestände, wie z.B. die Entnahme eines Grundstücks (vgl. BFH BFH/NV 2011, 603) oder der Zufluss von Zinsen nach dem Todestag des Erblassers (vgl. BFHE 229, 363).“ (FG Düsseldorf aaO)

EStG
§ 9 I Nr. 1

Werbungskosten Fahrtkosten im Rahmen eines Vollzeitstudiums

SteuerR

(BFH in DB 2012, 721; Urteil vom 09.02.2012 – VI R 44/10)

I. Eine **Hochschule** (Universität) ist **nicht als regelmäßige Arbeitsstätte anzusehen**, auch wenn diese häufig über einen längeren Zeitraum hinweg zum Zwecke eines Vollzeitstudiums aufgesucht wird.

1. Die Begrenzung der Steuererheblichkeit von Wegekosten ist nach **bisheriger BFH-Rspr.** auch bei Fahrten im Rahmen beruflicher Bildungsmaßnahmen zu beachten.

Denn danach ist eine Bildungseinrichtung regelmäßige Arbeitsstätte i. S. des § 9 I 3 Nr. 4 EStG, wenn diese häufig über einen längeren Zeitraum hinweg zum Zwecke eines Vollzeitunterrichts aufgesucht wird (BFHE 202, 299, BFH DStR 2003, 973; BFHE 203, 111; BFH DStR 2003, 1873; BFHE 221, 35; BFH DStR 2008, 1228 m. w. Nachw.).

2. **An dieser Rspr. hält BFH aaO nicht länger fest.**

*„Denn auch wenn die berufliche Fort- oder Ausbildung die volle Arbeitszeit des Steuerpflichtigen in Anspruch nimmt, ist eine Bildungsmaßnahme, auch wenn sie sich über einen längeren Zeitraum erstreckt, regelmäßig vorübergehend und nicht auf Dauer angelegt. Wie bei einer Auswärtstätigkeit (vgl. bereits BFHE 209, 502; BFH DStR 2005, 1398; BFH DStR 2005, 1491; BFHE 209, 508; BFH DStR 2005, 1403) hat in einem solchen Fall der Steuerpflichtige typischerweise nicht die vorbezeichneten Möglichkeiten, seine Wegekosten gering zu halten (vgl. Bergkemper FR 2008, 1072). Damit ist eine **Ausnahme von dem sonst geltenden Grundsatz der unbeschränkten Abzugsfähigkeit von Werbungskosten** in den Fällen der vollzeitigen Aus- und Fortbildung **nicht gerechtfertigt**.*

*I. Ü. kommt eine **regelmäßige Arbeitsstätte i. S. des § 9 I 3 Nr. 4 EStG nur im Rahmen bezahlter Arbeit** in Betracht (vgl. bereits BFHE 128, 472). Nach neuerer Rspr. versteht der BFH unter regelmäßiger Arbeitsstätte nur eine ortsfeste dauerhafte betriebliche Einrichtung des Arbeitgebers, der der Arbeitnehmer zugeordnet ist und die er nicht nur gelegentlich, sondern mit einer gewissen **Nachhaltigkeit**, d. h. fortdauernd und immer wieder aufsucht; dies ist regelmäßig der Betrieb des Arbeitgebers oder ein Zweigbetrieb (BFHE 222, 391; BFH DStR 2008, 1873; BFHE 225, 449; BFHDStR 2009, 1997; BFHE 230, 147; BFH DStR 2010, 1715). **„Regelmäßige Arbeitsstätte“** ist damit typischerweise der **Tätigkeitsmittelpunkt eines Arbeitnehmers**, der in einem Arbeitsverhältnis steht; die Beschränkung des objektiven Nettoprinzips durch § 9 I 3 Nr. 4 EStG ist auch nur insoweit gerechtfertigt.“ (BFH aaO)*

II. **Fahrtkosten von Studentinnen und Studenten zur Hochschule** (Universität) sind deshalb nicht mit der Entfernungspauschale, sondern **in tatsächlicher Höhe als Werbungskosten zu berücksichtigen**.

*„Als Werbungskosten abziehbar sind sämtliche Aufwendungen, die im Zusammenhang mit der beruflichen Bildungsmaßnahme stehen. Hierzu gehören auch **Fahrt- bzw. Mobilitätskosten**. Sie sind **grds. gem. § 9 I 1 EStG in tatsächlicher Höhe zu berücksichtigen** (BFHE 219, 358; BFH DStR 2008, 188).*

Im Interesse der **verfassungsrechtlich gebotenen steuerlichen Lastengleichheit** hat sich der Gesetzgeber dafür entschieden, im Einkommensteuerrecht die **objektive finanzielle Leistungsfähigkeit** nach dem Saldo aus den Erwerbseinnahmen einerseits und den beruflichen Erwerbsaufwendungen andererseits zu bemessen (objektives Nettoprinzip). Auch Kosten für die Wege zwischen Wohnung und Arbeitsstätte sind nach Auffassung des Senats beruflich veranlasst und damit Erwerbsaufwendungen (BFHE 219, 358; BFH DStR 2008, 188).

Das **objektive Nettoprinzip** erfährt allerdings durch § 9 I 3 Nr. 4 EStG insoweit eine **Einschränkung**, als die **Fahrtkosten zwischen Wohnung und (regelmäßiger) Arbeitsstätte** nicht im tatsächlichen Umfang, sondern **nur nach Maßgabe einer Entfernungspauschale steuerlich abziehbar** sind. Diese Begrenzung ist nach Ansicht des Senats im Grundsatz sachlich gerechtfertigt (BFHE 209, 502; BFH DStR 2005, 1398). Denn liegt eine auf Dauer und Nachhaltigkeit angelegte (regelmäßige) Arbeitsstätte vor, so kann sich der Arbeitnehmer in unterschiedlicher Weise auf die immer gleichen Wege einstellen und so auf eine Minderung der Wegekosten hinwirken. Dies kann etwa durch **Bildung von Fahrgemeinschaften und Nutzung öffentlicher Verkehrsmittel** und ggf. durch eine **entsprechende Wohnsitznahme** geschehen. Für diesen Grundfall erweist sich die Regelung des § 9 I 3 Nr. 4 EStG als sachgerechte und folgerichtige Ausnahme vom objektiven Nettoprinzip (z. B. BFHE 209, 523; BFH DStRE 2005, 996).“ (BFH aaO)

HGB
§ 25

Haftung für Gewerbesteuerverbindlichkeiten neuer Inhaber einer Gaststätte

SteuerR

(VGH Mannheim in NVwZ-RR 2012, 105; Urteil vom 24.10.2011 – 2 S 1652/11)

Der **neue Inhaber einer Gaststätte haftet nicht nach § 25 HGB für die Gewerbesteuerverbindlichkeiten des früheren Betreibers der Gaststätte**, wenn er die Gaststätte unter ihrem bisherigen Namen fortführt und der Name nicht geeignet ist, den Geschäftsinhaber zu individualisieren.

- I. Nach **§ 25 I HGB** haftet derjenige, der ein **unter Lebenden erworbenes Handelsgeschäft unter der bisherigen Firma** mit oder ohne Beifügung eines das Nachfolgeverhältnis andeutenden Zusatzes **fortführt**, für alle im Betrieb des Geschäfts begründeten Verbindlichkeiten des früheren Inhabers. Nach der **st. Rspr. des BGH** (vgl. etwa: BGH NJW 2006, 1002; BGH NZG 2004, 716 = NJW-RR 2004, 1173 m. w. Nachw.) ist der tragende Grund für die Erstreckung der Haftung für früher im Betrieb des Unternehmens begründete Verbindlichkeiten des Vorgängers auf seinen Nachfolger die Kontinuität des Unternehmens, die in der **Fortführung der Firma nach einem Wechsel des Inhabers** nach außen in Erscheinung tritt. Die Vorschrift greift danach ein, wenn zwar der Unternehmensträger wechselt, das Unternehmen selbst aus der **Sicht des maßgeblichen Verkehrs** aber im Wesentlichen unverändert unter der alten Firmenbezeichnung fortgeführt wird.
- II. Von einer **Unternehmensfortführung** geht die maßgebliche Verkehrsanschauung dann aus, wenn ein **Betrieb von einem neuen Inhaber in seinem wesentlichen Bestand unverändert weitergeführt** wird, der Tätigkeitsbereich, die **innere Organisation** und die **Räumlichkeiten** ebenso wie **Kunden- und Lieferantenbeziehungen** **jedenfalls im Kern beibehalten** und/oder **Teile des Personals übernommen** werden.

Dabei kommt es nur auf die bloße Tatsache der Geschäftsfortführung an, nicht hingegen darauf, ob ihr ein rechtsgeschäftlicher, derivativer Erwerb zu Grunde liegt (vgl. BGH NJW 2006, 1002).

„Die Kl. hat die Gaststätte „Zum Viertele“ i. d. S. vom früheren Geschäftsinhaber übernommen und das Unternehmen fortgeführt. Sie hat die Gaststätte ohne zeitliche Unterbrechung unter Übernahme der Räumlichkeiten samt Inventar und der Warenvorräte sowie der Lieferantenbeziehungen und eines Teils der Mitarbeiter fortgesetzt. **Rechtlich unerheblich** in diesem Zusammenhang ist, **ob die Kl. die bestehenden Verträge mit dem Vermieter, den Lieferanten und den Mitarbeitern „übernommen“ hat oder ob sie – wie von ihr behauptet – formal jeweils neue Verträge abgeschlossen hat.**“ (VGH Mannheim aaO)

- III. Darüber hinaus kann angenommen werden, dass ein Handelsgewerbe i. S. von § 1 II HGB vorliegt, wenn das Unternehmen tatsächlich nach Art und Umfang einen **in kaufmännischer Weise eingerichteten Geschäftsbetrieb** erfordert.

„Dafür spricht hier jedenfalls die Beschäftigung von bis zu sieben Mitarbeitern und der vom VG festgestellte Jahresumsatz von knapp 400 000 Euro.“ (VGH Mannheim aaO)

- IV. Des weiteren ist es für eine Haftung nach § 25 HGB erforderlich, dass auch die **Firma des früheren Geschäftsinhabers fortgeführt** wird.

Unter der Firma ist dabei der **Name zu verstehen, unter dem der Kaufmann seine Geschäfte betreibt und die Unterschrift abgibt** (§ 17 I HGB). Für die Fortführung der Firma kommt es nicht darauf an, dass die alte Firma unverändert fortgeführt wird; es **genügt, dass der prägende Teil der alten Firma in der neuen beibehalten wird** (vgl. etwa: BGH NZG 2004, 716 = NJW-RR 2004, 1173 m. w. Nachw.). **Voraussetzung** ist aber, dass tatsächlich eine **Firmenbezeichnung weiter verwendet** wird.

1. Nicht jede Bezeichnung, unter der ein Kaufmann auftritt, ist eine Firma. Gewerbetreibende und Freiberufler verwenden insbes. häufig werbewirksame sog. Geschäfts- bzw. Etablissementbezeichnungen. Diese **Geschäfts- bzw. Etablissementbezeichnungen unterscheiden sich von einer Firma dadurch, dass sie nicht auf den Inhaber des Unternehmens, sondern nur auf das Unternehmen hinweisen** (vgl. FG Münster EFG 2009, 989; OLG Düsseldorf NJW-RR 1998, 965).

„In der **Fortführung des Gaststättennamens** „Zum Viertele“ liegt danach keine Fortführung der Firma, sondern nur die **Weiterverwendung einer Geschäftsbezeichnung** (so auch: FG Münster EFG 2009, 989; OLG Düsseldorf NJW-RR 1998, 965; OLG Hamm NJW-RR 1997, 733 – zur Fortführung einer Gaststätte unter ihrem bisherigen Namen). Im Gaststättengewerbe werden allgemein übliche Geschäftsbezeichnungen wie z. B. „Zum Hirschen“, „Ratskeller“, „Theaterstübchen“ oder „Zum Ochsen“, die nach allgemeiner Lebenserfahrung bei den in dieser Branche häufigen Pächterwechseln regelmäßig erhalten bleiben, vom Verkehr nicht als Firmenbezeichnung aufgefasst. Dies gilt in gleicher Weise für die hier

zu beurteilende Bezeichnung „Zum Viertele“; auch mit dieser Namensgebung wird nicht auf einen individualisierbaren Geschäftsinhaber, sondern lediglich auf den im Ladenlokal betriebenen Geschäftszweig, d. h. die Bewirtung mit Getränken und ggf. mit Speisen, hingewiesen.“ (VGH Mannheim aaO)

2. Etwas **Anderes gilt nur dann, wenn die Bezeichnung objektiv geeignet** ist, den **Geschäftsinhaber zu individualisieren**. Die Bezeichnung geht in einem solchen Fall über die Grenzen einer Geschäftsbezeichnung hinaus und unterfällt damit grds. dem Firmenrecht (OLG Düsseldorf NJW-RR 1998, 965; OLG Hamm NJW-RR 1997, 733).

„Davon kann hier jedoch keine Rede sein: Allein die Bezeichnung „Zum Viertele“ lässt keinerlei Rückschlüsse auf die Person des Geschäftsinhabers zu und ruft deshalb im Rechtsverkehr den Eindruck einer Firma nicht hervor. Auch i. Ü. sind keine Anhaltspunkte dafür ersichtlich, dass die Kl. die Bezeichnung „Zum Viertele“ im Rechtsverkehr mit Zusätzen führt, die den Eindruck einer entsprechenden Firmierung hervorruft.“ (VGH Mannheim aaO)

- V. Schließlich kommt auch eine **analoge Anwendung von § 25 HGB** im vorliegenden Fall nicht in Betracht.

„Angesichts der klaren Regelung des § 25 HGB im Rahmen der firmenrechtlichen Vorschriften besteht **keine Regelungslücke**, die hier eine analoge Anwendung gebieten würde (vgl. dazu: BGH NJW 1992, 112; OLG Düsseldorf NJW-RR 1998, 965). Die Kl. hat keine Erklärungen im Rechtsverkehr abgegeben, die darauf hindeuten könnten, dass sie für die bisherigen Geschäftsschulden des Rechtsvorgängers haften würde. Allein die Weiterbenutzung des bisherigen Gaststättennamens reicht hierfür – wie dargelegt – nicht aus.“ (VGH Mannheim aaO)

Weitere Schrifttumsnachweise

I. Zivilrecht

1. **Hupka:** Unverzüglichkeit der Widerrufsbelehrung bei eBay-Versteigerungen (NJW 2012, 1122)

Bespr. der Entsch. OLG Hamm (NJW 2012, 1156). - Bei **Fernabsatzverträgen**, zu denen auch die auf der Handelsplattform eBay geschlossenen Verträge zählen, **steht Verbrauchern ein gesetzliches Widerrufsrecht nach § 312d I 1 BGB i. V. mit § 355 BGB zu**. - Bis zur am 11.06.2010 in Kraft getretenen Gesetzesänderung hatte die Widerrufsbelehrung bei Vertragsschluss zu erfolgen, damit die nur 14-tägige Widerrufsfrist läuft; anders als etwa bei Kaufverträgen über Online-Shops kommen Verträge im Rahmen einer Versteigerung auf Handelsplattformen wie eBay durch das höchste Gebot des Verbrauchers zu Stande; zu diesem Zeitpunkt ist eine Belehrung des Käufers aber kaum möglich, da bei Abgabe des Höchstgebots noch nicht sicher ist, ob nicht ein noch höheres Gebot abgegeben wird; zudem ist die Identität des Käufers in diesem Moment i. d. R. nicht bekannt, wenn er ein Pseudonym als Benutzernamen verwendet. - Eine lediglich **auf einer Internetseite zur Verfügung gestellte Belehrung genügt** nach weiten Teilen der Rspr. **nicht dem Textformerfordernis gem. § 126b BGB**; daher ist es bei Handelsplattformen wie eBay nur möglich, nach Vertragsschluss zu unterrichten, so dass die Widerrufsfrist nach alter Regelung einen Monat betrug; wurde in der Belehrung fälschlicherweise auf die 14-tägige Frist verwiesen, begann nicht einmal die Monatsfrist zu laufen. - Nunmehr steht gem. § 355 II 2 BGB bei Fernabsatzverträgen auch eine unverzüglich nach Vertragsschluss in Textform mitgeteilte Widerrufsbelehrung einer solchen bei Vertragsschluss gleich; dadurch sollte die **Ungleichbehandlung zwischen Online-Shops und eBay-Verkäufern**, die nur auf der Konstruktion des Vertragsschlusses beruht, **beseitigt** werden. - Diese Gesetzesänderung wirft indes die Frage auf, wie das Merkmal der Unverzüglichkeit i. S. von § 355 II 2 BGB auszulegen ist, bis wann der Verkäufer also auf die Widerrufsfrist hinzuweisen hat; OLG Hamm aaO hat nunmehr entschieden, dass eine Belehrung gut zwei Tage nach Abgabe des höchsten Gebots, aber zeitgleich mit dem Ende der Auktion, unverzüglich ist.

2. **Stackmann:** Frei oder streng – Erhebung und Verwertung von Parteiangaben (NJW 2012, 1249)

Die Frage der Beweiserhebung bzw. die Frage nach der Verwertung einer Parteianhörung stellt sich nur, wenn der – zu substantzierende – Parteivortrag dazu Anlass gibt; das ist nicht der Fall, wenn die Klage schlüssig begründet und der Klagevortrag nicht ausreichend bestritten ist. - Umgekehrt bleibt der **Klagevortrag unterhalb der Schwelle der Schlüssigkeit**, wenn er lediglich ein in Abrede gestelltes Subsumtionsergebnis, nicht aber die zu diesem führenden Tatsachen mitteilt. - Die sich **in Beweisnot befindliche Partei** sollte auch ohne vorherige Ladung an den Verhandlungsterminen teilnehmen; das gilt insbes. dann, wenn eine Beweisaufnahme zu Tatsachen angeordnet ist, zu denen die Partei persönliche Wahrnehmungen gemacht hat; notfalls muss im Termin förmlich beantragt werden, der Partei das Wort zu erteilen; soweit sich die dazu angehörten Parteien der Verwertung der formlosen Anhörung nicht unter Hinweis auf die **Notwendigkeit einer förmlichen Parteianhörung** widersetzen, kann das Gericht im Rahmen der Beweiswürdigung nach § 286 ZPO auch den Äußerungen der angehörten Partei folgen, wenn es sich die volle Überzeugung gebildet hat, dass diese Erklärungen zutreffen; dies kann auch auf Grund einer Parteianhörung geschehen, wenn die angebotenen förmlichen Beweise erhoben worden sind.

3. **Kirschbaum:** Flucht in das Anerkenntnis nach Schluss der mündlichen Verhandlung (NJOZ 2012, 681)

Problemstellung: Ist im Zivilverfahren die mündliche Verhandlung geschlossen, sind die **prozessualen Gestaltungsmöglichkeiten der beklagten Partei sehr beschränkt**. Ergänzendem Vortrag steht regelmäßig § 296a ZPO entgegen; eine Umgehung dieser Vorschriften durch eine Flucht in die Säumnis oder in die Widerklage kommt nicht mehr in Betracht. - Das Nachschieben einer Erfüllung nach Schluss der mündlichen Verhandlung dürfte konstruktiv nicht möglich sein. - Das **Nachschieben einer Aufrechnung nach Schluss der mündlichen Verhandlung** ist konstruktiv **im Wege eines sog. Anerkenntnisses unter Vorbehalt der Aufrechnung** (§ 302 ZPO) möglich; seine Zulässigkeit sollte jedoch von der Zustimmung des Klägers abhängig gemacht werden. - Das **Nachschieben eines Zurückbehaltungsrechts** dürfte als **sog. unechtes Anerkenntnis** möglich sein, setzt jedoch eine Anpassung des Antrags auf Klägerseite voraus. - Zwar kann der anerkennende Beklagte nach der hier vertretenen Auffassung die Einführung des ergänzenden Vortrags nicht erzwingen. Jedoch wird sich der Kläger allein wegen der sich bietenden Kosten- und Vollstreckungsvorteile auf das Anerkenntnis einlassen, was dann zur Berücksichtigung des ergänzenden Vortrags führt.

4. **Reiling/Walz:** Der Neubeginn der Verjährung bei Nacherfüllung durch den Verkäufer (BB 2012, 984)

Beide **Nacherfüllungsvarianten des § 439 I BGB sind gleich zu behandeln**: Sowohl im Fall der Nachbesserung als auch im Fall der Ersatzlieferung beginnt die Verjährung nur dann neu zu laufen, wenn und soweit ein Anerkenntnis i. S. des § 212 I Nr. 1 BGB vorliegt. - Da sich das Anerkenntnis des Verkäufers auch bei der Ersatzlieferung nur auf den konkreten Gegenstand des Nacherfüllungsverlangens bezieht, ist der Neubeginn der Ver-

jähung ebenso wie bei der Nachbesserung auf diesen Gegenstand und auf die Folgen einer mangelhaften Nacherfüllung beschränkt. - Bei einer entsprechend **extensiven Auslegung des § 203 S. 1 BGB** – wie sie derzeit schon erfolgt – besteht dann weder die Gefahr, dass die Verjährung insgesamt verkürzt wird, noch die Gefahr dass der Käufer zu wenig Zeit hat, die Ware erneut zu prüfen.

II. Strafrecht

1. **Bertheau:** § 160a StPO neuer Fassung – doch offene Fragen bleiben (StV 2012, 303)
2. **Lehmann:** Zur Beiordnung des auswärtigen Verteidigers (NStZ 2012, 188)

Nach § 142I 1 StPO in der bis Sommer 2009 geltenden Fassung wurde der Pflichtverteidiger möglichst aus der Zahl der im Bezirk des Gerichts niedergelassenen Rechtsanwälte ausgewählt; das 2. Opferrechtsreformgesetz hat diese Vorgabe gestrichen. – I. d. R. wird der Rechtsanwalt den Antrag auf Beiordnung Namens des Beschuldigten stellen; hat sich ein auswärtiger Wahlverteidiger bereits vor längerer Zeit legitimiert, spricht eine **Vermutung für ein besonderes Vertrauensverhältnis**; wenn der Vorsitzende ausnahmsweise Zweifel hegt, muss er dem Anwalt Gelegenheit geben, sie auszuräumen. - Ist das Wahlmandat erst vor kurzem begründet worden, genügt es, wenn Beschuldigter und Rechtsanwalt die Sache intensiv erörtert und die Schritte der Verteidigung beraten haben. - Eine Tätigkeit des Verteidigers in früheren Strafverfahren lässt sich den Akten der anhängigen Sache meist nicht entnehmen; er sollte zumindest das jeweilige Aktenzeichen und die seinerzeit zuständige Behörde nennen; ist es zu einer Verurteilung seines Mandanten gekommen, genügt ein Hinweis auf die Ziffer des BZR-Auszugs. - Auch eine Arbeit auf außerstrafrechtlichem Gebiet kann geeignet sein, ein besonderes Vertrauensverhältnis zu begründen; wer den Beschuldigten etwa in zivil-, familien- oder ausländerrechtlichen Angelegenheiten oder im Zuge einer Privatinsolvenz vertreten hat, tut aber gut daran, Gegenstand, Zeitraum und Umfang der Mandate genauer darzulegen. - Soweit die **anwaltliche Schweigepflicht** berührt ist, hat es der Mandant in der Hand, eine Entbindung zu erteilen; er allein ist „Herr des Geheimnisses“; oft geht es ohnehin um Vorgänge, die anderswo aktenkundig sind. - Erfüllt der Vortrag die genannten Anforderungen nicht, wird die Entscheidung, den auswärtigen Verteidiger nicht zu bestellen, in aller Regel ermessensfehlerfrei sein; zur Ausforschung ist der Vorsitzende nicht berufen. - Ein Beschuldigter, der den Antrag ausnahmsweise als „Naturalpartei“ stellt, wird oft nicht wissen, worauf es für die Entscheidung ankommt; ihm soll Gelegenheit gegeben werden, fehlende Angaben nachzureichen.

III. Öffentliches Recht

1. **Remus:** Amtshaftung bei verzögerter Amtstätigkeit des Richters (NJW 2012, 1403)

Das **verschuldensabhängige Amtshaftungsrecht gem. Art. 34 GG, §§ 839, 253** gewährt im Hinblick auf die unangemessene Dauer eines Gerichtsverfahrens zwar den **Ersatz materieller und eingeschränkt auch immaterieller Schäden**, aber selbst unter Berücksichtigung der gebotenen Völkerrechtsfreundlichkeit der Auslegung nationalen Rechts nicht einen Schadensersatz, der allein durch die unangemessene Dauer des Verfahrens – etwa im Sinne einer „seelischen Unbill“ – verursacht wird. - Ein derartiger **Nachteil ist jetzt nach §§ 198 ff. VVG zu entschädigen**, wenn das Tatbestandsmerkmal der „Angemessenheit der Verfahrensdauer“ vom Entschädigungsgericht im Wege der Abwägung der richterlichen Verfahrensgestaltung, für die die grundgesetzlich garantierte richterliche Unabhängigkeit gilt, mit der gleichfalls **grundgesetzlich bestehenden richterlichen Pflicht zur Justizgewährung in angemessener Zeit** (Art. 2, 20 III GG) verneint wird, weil die Dauer des Verfahrens auch am Maßstab einer funktionstüchtigen Rechtspflege nicht mehr verständlich erscheint.

IV. Richter / Staatsanwälte / Rechtsanwälte / Notare

1. **Quaas:** Rspr. des Senats für Anwaltssachen des BGH im Jahre 2011 (BRAK-Mitt 2012, 46)
2. **Schulz:** Herausgabe der Handakten des Rechtsanwalts aus zivilrechtlicher und berufsrechtlicher Sicht (BRAK-Mitt. 2012, 53)

Der **Begriff der Handakte umfasst alles, was bei der Mandatsbearbeitung anfällt**. - Die **zivilrechtliche Verpflichtung** des Rechtsanwalts zur Herausgabe der Handakte **beurteilt sich nach den §§ 675, 667 BGB**. - Ein Zurückbehaltungsrecht wegen noch offener Honoraranforderungen steht ihm nach § 50 BRAO zu - Die **Verletzung der rein schuldrechtlichen Herausgabepflicht hat keine berufsrechtlichen Konsequenzen**.

3. **Leutner/Hacker:** Zu Unrecht verschmäht: Der vollstreckbare Anwaltsvergleich (NJW 2012, 1318)
4. **Stabenow/Czubayko:** Auswirkungen der aktuellen Rspr. des BGH zur Bewertung von freiberuflichen Praxen im Zugewinnausgleich (FamRZ 2012, 682)

Protokolle für die mündliche Prüfung

Warum Prüfungsprotokolle?

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

Wie läuft das ab?

Für die mündliche Prüfung stehen nach näherer Maßgabe des Bestellscheins Prüfungsprotokolle nach Vorrat zur Verfügung. In Ihrem eigenen Interesse wird empfohlen, die Prüfungsprotokolle **unverzüglich** anzufordern, sobald die Zusammensetzung der Kommission bekannt ist. Am besten melden Sie sich schon zuvor zum Protokollbezug an und überweisen den Rechnungsbetrag, dann müssen Sie nach Erhalt der Ladung und Kenntnis von den Namen der Prüfer nur noch anrufen und die Protokolle können meist noch am selben Tag versandt werden.

Es kommt immer wieder vor, dass die Anforderung der Protokolle verzögert erfolgt und dann die Protokolle in Zeitnot durchgearbeitet werden müssen. Das liegt nicht im Interesse der Vorbereitung auf die mündliche Prüfung, zumal die Protokollhefte mancher Prüfer sehr umfangreich sind.

Was können Sie sonst noch tun?

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

1/3 Protokollwissen	Prüfungsstoff im Mündlichen 1/3 Zeitschriftenwissen der letzten Monate	1/3 unbekannter Stoff
Protokolle anfordern!	ZA lesen!	Phantasie zeigen! ■

Was kostet das?

Da die Abläufe der Staatsprüfungen in den einzelnen Bundesländern unterschiedlich sind und daher auch der jeweilige Arbeitsaufwand voneinander abweicht, sind die anfallenden Kosten abhängig von dem Bundesland, für welches Sie Prüfungsprotokolle bestellen. Für Detailinformationen dürfen wir Sie bitten, jeweils unter der Rubrik des maßgeblichen Bundeslandes nachzuschauen.

Grundsätzlich setzen sich die Kosten zusammen aus:

Bearbeitungskosten

Einbehalt für Fertigung von Eigenprotokollen (Erstattung nach Einreichung der Eigenprotokolle)

Versandkosten (entfallen bei Abholung im Verlag oder Übermittlung per E-Mail)

Zahlung nur im Voraus oder bei Abholung!

Weitere Informationen unter: www.juridicus.de

