



PRAKTIKER-REPORT (PR)

Monatsschrift für den praktisch tätigen Juristen

38. Jahrg.

Oktober 2013

Heft 10

Aus dem Inhalt:

- | | |
|------------------------|--|
| BGH: | Enteignender Eingriff bei Wohnungsdurchsuchung |
| OLG Düsseldorf: | Rückforderung von Zuwendungen an das Schwiegerkind |
| OLG Hamburg: | Falschbeurkundung einer TÜV-Untersuchung |
| EGMR: | Freiheitsentziehung bei Einkesselung von Demonstranten |
| OLG Frankfurt: | Voraussetzungen für öffentliche Zustellung |
| OLG Naumburg: | Rechtsbeugung durch spätere Änderung der Urteilsgründe |
| OVG Lüneburg: | Fristbeginn bei nicht bundeseinheitlichen Feiertagen |



Impressum:

Verlag und Redaktion:

Juristischer Verlag Juridicus GbR
Hiberniastraße 6
45879 Gelsenkirchen

Tel.: 0209 / 945 806 - 35

Fax: 0209 / 945 806 - 50

info@juridicus.de

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

Das Gesetz gegen unseriöse Geschäftspraktiken	1
---	---

Brandaktuell

BGH: Verbindlichkeit einer Zuständigkeitsbestimmung (bei Fehlen der Belehrung nach § 504 ZPO).....	3
---	---

Entscheidungen materielles Recht

Zivilrecht

BGH: Anspruch aus enteignendem Eingriff (Schadensverursachung bei Wohnungsdurchsuchung).....	4
---	---

OLG Düsseldorf: Wegfall der Geschäftsgrundlage (Rückforderung von Zuwendungen an das Schwiegerkind).....	7
---	---

Strafrecht

OLG Naumburg: Rechtsbeugung (nachträgliche Änderung der Urteilsgründe).....	11
--	----

OLG Hamburg: Falschbeurkundung im Amt (TÜV-Untersuchungsbericht).....	14
--	----

öffentl. Recht

EGMR: Einkesselung von Demonstranten (Vorliegen einer Freiheitsentziehung).....	18
--	----

OVG Lüneburg: Aufenthaltsverbot im Vorfeld einer Versammlung (rechtliche Anforderungen)	22
--	----

Kurzauslese I

LG Saarbrücken: Schadensminderungspflicht („Übererlös“ bei Inzahlunggabe des Altfahrzeugs).....	25
--	----

OLG Schleswig: Rücktritt vom Kaufvertrag (nach erfolgter Mangelbeseitigung).....	25
---	----

OLG Düsseldorf: Wettbewerbsverstoß (Drohung mit SCHUFA-Eintrag in Mahnschreiben).....	26
--	----

OLG Köln: Körperliche Misshandlung (Fixierung des Opfers).....	26
--	----

LG Gießen: Computerbetrug (unbefugtes Einlösen eines Online-Gutscheins).....	26
---	----

BVerfG: Politische Partei (Zulassung zur Bundestagswahl).....	27
---	----

OVG Münster: Bürgerbegehren (Neutralitätsgebot der Gemeindeorgane).....	27
--	----

OVG Münster: Verletzung der Verschwiegenheitspflicht (Verbreitung vermeintlicher Missstände per Email).....	28
--	----

KG: Anspruch auf Auskunftserteilung (gewerblicher Erbenermittler).....	28
---	----

Zivilrecht

OLG Frankfurt: Voraussetzungen für öffentliche Zustellung (Einsatz eines Privatdetektives).....	29
--	----

BGH : Aufrechnung mit Kostenerstattungsanspruch (Unzulässigkeit der Zwangsvollstreckung).....	31
--	----

Strafrecht

BGH:	Verfahrensverständigung (Dokumentationspflicht).....	34
------	---	----

öffentl. Recht

OVG Bautzen:	Rechtmäßigkeit einer Zwangsgeldfestsetzung (Maßgeblicher Zeitpunkt für Sach- und Rechtslage).....	36
OVG Lüneburg:	Berechnung des Fristlaufs (Fristbeginn bei nicht bundeseinheitlichen Feiertagen).....	39

Kurzauslese II

OLG Köln:	Befangenheitsantrag (Kritik des Richters an Ablehnungsgesuch).....	42
BGH:	Elektronisches Dokument (Zulässigkeit der Container-Signatur).....	42
OLG Bamberg:	Tatbestandsberichtigung (nach Rechtskraft des Urteils).....	42
LG Saarbrücken:	Zuständigkeit des Familiengerichts (Darlehensrückforderung der Schwiegereltern).....	42
BGH:	Unstatthafte Rechtsbeschwerde (Umdeutung in weitere Beschwerde).....	43
LG Limburg:	Verteidigerbestellung im Ermittlungsverfahren (Erforderlichkeit eines Antrags der Staatsanwaltschaft).....	43
BVerfG:	Anspruch auf ein faires Verfahren (Verfahrensverständigung ohne Belehrung).....	43
BGH:	Verfahrensabsprache (Verstoß gegen Belehrungspflicht).....	44
OLG Naumburg:	Präventiv eingelegte Beschwerde (Unzulässigkeit).....	44
OLG Düsseldorf:	Rechtsmittelrücknahme durch Verteidiger (Zulässigkeit).....	45
VGH Mannheim:	Unbestimmter Verwaltungsakt (Vollstreckbarkeit).....	45
BVerwG:	Urteilsberichtigung (Tatbestand eines Revisionsurteils).....	46
OVG Berlin-Bbg:	Anspruch auf anwaltliche Vertretung (jur. Person des öffentlichen Rechts).....	46

Speziell für Rechtsanwälte und Notare

Gebühren und Kosten

BGH:	Antrag auf Festsetzung von Mindestgebühren (konkludenter Verzicht auf höhere Gebührenforderung).....	47
OLG Köln:	Scheidungs- und Folgesache (dieselbe gebührenrechtliche Angelegenheit).....	48
OLG Hamm:	Prozesskostenhilfe (Vorschuss für Privatgutachten).....	48
OLG Düsseldorf:	Einigungsgebühr (Verzicht auf Versorgungsausgleich).....	49
OLG Hamm:	Terminsgebühr (keine Ladung des Verfahrensbevollmächtigten zur mündlichen Verhandlung).....	49

Inhaltsverzeichnis

KG:	Streitwert (Herausgabeklage gegen Untermieter).....	50
KG:	Erstattungsfähigkeit von Anwaltskosten (Abmahnung eines Wettbewerbsverstoßes).....	50
OLG München:	Verwirkung der Erinnerung (nicht vor Verjährungseintritt).....	50
OLG Bremen:	Beschwerde gegen Kostenentscheidung (Zulässigkeit).....	51
OLG Jena:	Anspruch auf Beiordnung eines Rechtsanwalts (abgetrenntes Versorgungsausgleichsverfahren).....	51
OLG Köln:	Streitwertbeschwerde (Beginn der Beschwerdefrist im selbstständigen Beweisverfahren).....	52
 Aus der Praxis		
BVerwG:	Rechtsanwalt als Berufsbetreuer (gewerbliche Tätigkeit).....	53
OLG Bremen:	Wettbewerbsverstoß (irreführende Angaben zur Zulassung eines Rechtsanwalts).....	56
AG Müllheim:	Anwaltliche Prüfpflicht (Insolvenz des Gegners).....	56
OLG Köln:	Versorgungsausgleich im Scheidungsverbund (Anwaltszwang).....	56
OLG Hamm:	Abänderungsklage (Vergleich mit Einkommensfiktion).....	57
OLG Celle:	Anspruch auf Grundbucheinsicht (offene Honoraransprüche).....	57
LG Kleve:	Betreuung (Analphabetismus als geistige Behinderung).....	57
OLG Hamm:	Rotlichtverstoß (Umfahren einer Rotlicht anzeigenden Ampel).....	58
AG Gelnhausen:	Auslagererstattungsanspruch (Bußgeldverfahren).....	58
 Steuern		
LG Saarbrücken:	Durchsuchung der Kanzleiräume eines Steuerberaters (Rechtswidrigkeit).....	59
FG Münster:	Einkünfte aus selbstständiger Arbeit (Gewinnerzielungsabsicht).....	59
Weitere Schrifttumsnachweise		62

Aus der Gesetzgebung

Das Gesetz gegen unseriöse Geschäftspraktiken

Das Gesetz gegen unseriöse Geschäftspraktiken vom 01.10.2013 (BGBl. I, S. 3714); Art. 1 Nr. 1 a, Nr. 2, Nr. 4 und Art. 3 treten am 01.11.2014 in Kraft, i. Ü. ist das Gesetz am 09.10.2013 in Kraft getreten.

I. Allgemeines

Das Gesetz gegen unseriöse Geschäftspraktiken beschäftigt sich zum einen mit **Tauschbörsenabmahnungen**, zum anderen mit der **Geltendmachung von Forderungen durch Inkasso-Büros**. Insbesondere sollen **Verbraucher vor überhöhten Abmahngebühren** bei Urheberrechtsverletzungen **geschützt** und vor allem die **Massenabmahnungen im Bereich des Filesharing eingedämmt** werden. Gewinnspielverträge, die Verbrauchern oftmals am Telefon aufgeschwatzt werden, müssen mindestens in Textform (Email) abgeschlossen werden, anderenfalls sind sie unwirksam.

Außerdem sieht das neue Gesetz u. a. **Änderungen im Gebührenrecht** bei wettbewerbsrechtlichen und urheberrechtlichen Abmahnungen vor. Zudem gelten künftig bei Inkassodienstleistungen bestimmte **Darlegungs- und Informationspflichten zu Gunsten des Schuldners**, die auch von Rechtsanwälten, die Inkassodienstleistungen erbringen, zu beachten sind.

II. Die wichtigsten Neuregelungen im Überblick

1. Begrenzung des Streitwerts

Nach der **neuen Vorschrift des § 97a III UrhG** wird der Anspruch auf Erstattung von anwaltlichen Abmahnkosten auf Rechtsanwaltsgebühren aus einem **Gegenstandswert für den Unterlassungsanspruch von 1.000,00 €** gedeckelt. Bei Anwendung der 1,3-Regelgebühr entspricht dies aktuell Anwaltskosten in Höhe von 124,00 € (netto). Das Gesetz sieht allerdings vor, dass aufgrund besonderer Umstände des Einzelfalls davon abgewichen werden kann, wenn der Wert unbillig ist.

Ob **besondere Umstände** vorliegen, **die gegen eine Streitwertbegrenzung sprechen, muss der Abmahrende darlegen**. Der Gesetzgeber hat diesen Fall bewusst als **Ausnahme** formuliert.

2. Transparenzgebot

Zukünftig muss jede **Abmahnung**, die aufgrund einer Urheberrechtsverletzung erfolgt, **transparent gestaltet** sein. Dies bedeutet, dass z. B. bestimmte Darlegungs- und Informationspflichten bei Inkassodienstleistungen normiert worden sind, die sowohl für Inkassobüros als auch für Rechtsanwälte gelten. Inkassoschreiben müssen daher künftig folgende Angaben enthalten:

- den Namen oder die Firma des **Auftraggebers**
- den **Forderungsgrund**, bei Verträgen unter konkreter Darlegung des Vertragsgegenstands und des Datums des Vertragsschlusses
- wenn Zinsen geltend gemacht werden, eine **Zinsberechnung** unter Darlegung der zu verzinsenden Forderung, des Zinssatzes und des Zeitraums, für den die Zinsen berechnet werden

- wenn ein **Zinssatz über dem gesetzlichen Verzugszinssatz** geltend gemacht wird, einen **gesonderten Hinweis** hierauf und die Angabe, aufgrund welcher Umstände der erhöhte Zinssatz gefordert wird
- wenn eine **Inkassovergütung** oder sonstige Inkassokosten geltend gemacht werden, **Angaben zu deren Art, Höhe und Entstehungsgrund**
- wenn mit der Inkassovergütung **Umsatzsteuerbeträge** geltend gemacht werden, eine Erklärung, dass der Auftraggeber diese Beträge nicht als Vorsteuer abziehen kann.

Auch für **urheberrechtliche Abmahnungen** schreibt § 97a II UrhG vor, dass die Abmahnung in klarer und verständlicher Weise folgende Angaben enthalten muss:

- Name oder Firma des **Verletzten**, wenn der Verletzte nicht selbst, sondern ein Vertreter abmahnt
- die genaue **Bezeichnung der Rechtsverletzung**
- die geltend gemachten **Zahlungsansprüche** als Schadensersatz- und Aufwendungsersatzansprüche **aufzuschlüsseln** und
- wenn darin eine Aufforderung zur Abgabe einer Unterlassungsverpflichtung enthalten ist, anzugeben, inwieweit die vorgeschlagene Unterlassungsverpflichtung über die abgemahnte Rechtsverletzung hinausgeht

Eine Abmahnung, die nicht diesen Vorgaben entspricht, ist künftig unwirksam.

3. Abschaffung des „fliegenden Gerichtsstands“

Der fliegende Gerichtsstand wurde abgeschafft. Bei Urheberrechtsverletzungen, die eine Person im privaten Bereich begangen hat, ist eine **Klage** daher nunmehr **ausschließlich an dem Gericht** möglich, **in dessen Bezirk der Abgemahnte** zur Zeit der Klageerhebung seinen **Wohnsitz** hat.

Brandaktuell

ZPO
§ 504

Verbindlichkeit einer Zuständigkeitsbestimmung bei Fehlen der Belehrung nach § 504 ZPO

ZPO

(BGH in JurisAnwaltsletter Nr. 19, 01.10.2013; Beschluss vom 27.08.2013. - X ARZ 425/13)

Fall: Die Klägerin nimmt den Beklagten auf das Entgelt für die Fertigung von Werbebannern in Anspruch. Nach Widerspruch des Beklagten gegen den von der Klägerin erwirkten Mahnbescheid hat die Klägerin die Klage zunächst gegenüber dem Amtsgericht Münster begründet, an das das Verfahren vom Mahngericht abgegeben worden war. Nach Anberaumung eines Verhandlungstermins hat die Klägerin beantragt, den Rechtsstreit an das Amtsgericht Köln zu verweisen. In der mündlichen Verhandlung hat das Amtsgericht Münster mit den Parteien die Frage seiner Zuständigkeit erörtert. Die Klägerin hat an ihrem Verweisungsantrag festgehalten, der Beklagte hierzu keine Erklärung abgegeben. Das Amtsgericht Münster hat sich für unzuständig erklärt und den Rechtsstreit an das Amtsgericht Köln verwiesen. Dieses hat die Übernahme der Sache abgelehnt. Das Oberlandesgericht Hamm möchte das Amtsgericht Köln für zuständig erklären, sieht sich hieran jedoch durch den Beschluss des Bayerischen Obersten Landesgerichts vom 14.10.2002 (1 ZAR 140/02, NJW 2003, 366) gehindert. Es legt daher dem BGH die Frage zur Entscheidung. Das vorliegende Oberlandesgericht will seiner Entscheidung die Auffassung zugrunde legen, der Verweisungsbeschluss des Amtsgerichts Münster sei bindend. Damit würde es von der Rechtsauffassung des Bayerischen Obersten Landesgerichts (aaO) abweichen, das eine Verweisung als nicht bindend angesehen hat, wenn der Beklagte - wie im Streitfall - nicht nach § 504 ZPO belehrt worden ist.

I. Zuständigkeitsbestimmung nach § 36 I Nr. 6 ZPO

Die Voraussetzungen für eine Zuständigkeitsbestimmung gemäß § 36 I Nr. 6 ZPO liegen vor. Die beiden mit der Sache befassten Amtsgerichte haben sich im Sinne dieser Vorschrift bindend für unzuständig erklärt.

II. Verbindlichkeit des Verweisungsbeschlusses

Die Frage nach der Zuständigkeit zur Entscheidung über das Klagebegehren ist davon abhängig, ob der der Verweisungsbeschluss des Amtsgerichts Münster ist gemäß § 281 II 4 ZPO bindend ist, auch wenn eine Belehrung nach § 504 ZPO nicht erfolgt ist.

1. Werbungsmaßstäbe

„Der Senat hat bereits entschieden, dass eine Verweisung des Rechtsstreits wegen örtlicher Unzuständigkeit auch dann bindend ist, wenn der Beklagte zwar erklärt hat, er werde die örtliche Unzuständigkeit in der mündlichen Verhandlung nicht rügen, auf die Zuständigkeitsrüge aber nicht verzichtet (BGH, Beschluss vom 19.02.2013 - X ARZ 507/12, NJW-RR 2013, 764). Er hat ferner entschieden, dass sich eine abweichende Beurteilung auch nicht aus § 504 und § 39 S. 2 ZPO ergibt, weil die Regelung in § 39 S. 1 ZPO auf der Erwägung beruht, dass es nicht hinnehmbar wäre, wenn sich der Beklagte in Kenntnis der Unzuständigkeit auf eine Verhandlung vor dem an sich unzuständigen Gericht einlassen und in einem späteren Stadium des Prozesses noch die Rüge der Unzuständigkeit erheben könnte, der Regelung aber nicht entnommen werden kann, dass das Gericht dem Beklagten auch dann stets die Möglichkeit einräumen muss, die Zuständigkeit durch rügeloses Verhandeln zur Hauptsache zu begründen, wenn der Kläger schon vor der mündlichen Verhandlung die Verweisung an das zuständige Gericht beantragt (BGH, Beschluss vom 19.03.2013 - X ARZ 622/12, juris).“ (BGH aaO)

2. Anwendung auf den Fall

Bei Anlegung dieses rechtlichen Maßstabes kommt auch dem hier zu beurteilenden Verweisungsbeschluss nach Auffassung des BGH die im Gesetz vorgesehene Bindungswirkung zu.

„Nach § 504 ZPO hat das Amtsgericht den Beklagten vor der Verhandlung zur Hauptsache auf seine fehlende Zuständigkeit und die Folgen einer rügelosen Einlassung zur Hauptsache hinzuweisen. In die Verhandlung zur Hauptsache ist das Amtsgericht jedoch nicht eingetreten, weil es das Amtsgericht Köln als aufgrund einer von den Parteien getroffenen Gerichtsstandsvereinbarung ausschließlich zuständig angesehen hat, die Klägerin die Verweisung an dieses Gericht beantragt hat und der anwaltlich vertretene Beklagte von der Möglichkeit keinen Gebrauch gemacht hat, durch einen Verzicht auf die Zuständigkeitsrüge die Zuständigkeit seines von der Klägerin angerufenen Wohnsitzgerichts zu begründen. Mangels einer gesetzlich vorgeschriebenen Belehrung des Beklagten über diese Möglichkeit hat das Amtsgericht Münster damit weder den Anspruch des Beklagten auf rechtliches Gehör verletzt noch willkürlich entschieden.“ (BGH aaO)

3. Damit ist das Amtsgericht Köln örtlich zuständig.

Entscheidungen materielles Recht

GG

Anspruch aus enteignendem Eingriff

ZivilR

Art. 14

Schadensverursachung bei Wohnungsdurchsuchung

(BGH in NJW 2013, 1736; Urteil vom 14.03.2013 – III ZR 253/12 –)

1. Ansprüche aus enteignendem Eingriff kommen dann in Betracht, wenn an sich
 - **rechtmäßige hoheitliche Maßnahmen** bei einem Betroffenen
 - unmittelbar zu Nachteilen führen, die er
 - **aus rechtlichen oder tatsächlichen Gründen hinnehmen muss,**
 - die aber die **Schwelle des enteignungsrechtlich Zumutbaren übersteigen.**
2. Maßgeblich ist letztlich, wo nach dem vernünftigen **Urteil aller billig und gerecht Denkenden** die Obergrenze liegt.
3. Dem Vermieter einer Wohnung steht für **Schäden, die im Zuge einer rechtmäßigen Durchsuchung der Wohnung** im Rahmen eines strafrechtlichen Ermittlungsverfahrens gegen den Mieter verursacht worden sind, **grundsätzlich ein Anspruch aus enteignendem Eingriff** zu.
4. Ein dem Anspruch aus enteignendem Eingriff zugrunde liegendes gleichheitswidriges **Sonderopfer** kann allerdings dann **zu verneinen** sein, wenn der Vermieter weiß bzw. davon erfährt oder es sich ihm **aufdrängen muss**, dass die **Wohnung für die Begehung von Straftaten, die Lagerung von Diebesgut oder von Drogen benutzt** wird oder werden soll, und er gleichwohl den Mietvertrag abschließt oder von einem Kündigungsrecht keinen Gebrauch macht.

Fall: Der Kl. ist Miteigentümer einer Eigentumswohnung. Im Rahmen einer richterlich angeordneten Durchsuchung der Wohnung wurde das von einem Spezialeinsatzkommando der Polizei zum Einsteigen benutzte Fenster beschädigt und der Teppichboden durch Glassplitter verunreinigt. Hintergrund des Durchsuchungsbeschlusses war der Verdacht, dass der Mieter der Wohnung mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge unerlaubt Handel trieb. Eine in der Vergangenheit liegende Verstrickung des Mieters in Drogendelikte kannte der Kl., der mit der Schwester des Beschuldigten in einer Beziehung lebt.

Der Kl. hat – aus eigenem und abgetretenem Recht – Erstattung der für die Beseitigung der entstandenen Schäden erforderlichen Kosten verlangt. Hat er hierauf einen Anspruch?

I. Anspruch aus Amtshaftung gem. § 839 BGB i.V.m. Art. 34 GG

Der Kl. könnte die Bekl. einen Anspruch auf Schadensersatz wegen Amtshaftung nach § 839 BGB i.V.m. Art. 34 GG haben.

*„Soweit das BerGer. einen Schadensersatzanspruch nach § 839 I BGB, Art. 34 GG wegen der **Rechtmäßigkeit der richterlich angeordneten Durchsuchung** (§§ 102, 105 I StPO) abgelehnt und auch sonstige spezialgesetzliche Entschädigungsansprüche verneint hat, sind **Rechtsfehler nicht erkennbar**; auch die Revision erhebt insoweit keine Rügen. Insbesondere ist dem BerGer. darin zuzustimmen, dass der Kl. keine Entschädigung nach § 2 I, II Nr. 4 StrEG verlangen kann, da es vorliegend um die Entschädigung eines Nichtbeschuldigten geht (vgl. BGH, NJW 1990, 397).“* (BGH aaO)

II. Anspruch aus enteignendem Eingriff

1. Anspruchsvoraussetzungen

*„Nach der **ständigen Senatsrechtsprechung** kommen Ansprüche aus enteignendem Eingriff dann in Betracht, wenn an sich*

- **rechtmäßige hoheitliche Maßnahmen** bei einem Betroffenen
- unmittelbar zu Nachteilen führen, die er
- **aus rechtlichen oder tatsächlichen Gründen hinnehmen muss,**
- die aber die **Schwelle des enteignungsrechtlich Zumutbaren übersteigen**

*(vgl. nur BGHZ 100, 335 [337] = NJW 1987, 2573; BGHZ 158, 263 [267] = NJW 2004, 3118 L = NVwZ 2004, 1018; NJW 2005, 1363; jew. m.w.N.). Hierbei geht es zumeist um **atypische und unvorhergesehene Nachteile**; dies ist für den Anspruch aus enteignendem Eingriff aber nicht Voraussetzung (vgl. nur Senat,*

NJW 1986, 2423[2424]). Deshalb steht der Ersatzfähigkeit nicht entgegen, dass **Beschädigungen der hier streitgegenständlichen Art bei Wohnungsdurchsuchungen weder atypisch noch unvorhersehbar sind, sondern sich vielmehr eine Gefahr verwirklicht hat, die in der hoheitlichen Maßnahme selbst angelegt war** (vgl. Senat, BGHZ 100, 335 [338] = NJW 1987, 2573).“ (BGH aaO)

2. Herleitung des Anspruchs

Der enteignende Eingriff stellt einen **zwangsweise staatlichen Zugriff auf das Eigentum** dar, der den Betroffenen im Vergleich zu anderen entgegen dem verfassungsrechtlichen Gleichheitssatz ungleich behandelt bzw. trifft.

„[Er wird gezwungen] zu einem besonderen, **den Übrigen nicht zugemuteten Opfer für die Allgemeinheit** zwingt (vgl. nur Senat, NJW 1962, 911 L = MDR 1962, 463 = JZ 1962, 609 [611]; Staudinger/Wöstmann, BGB, Neubearb. 2013, § 839 Rn. 477 m.w.N.). Während beim **enteignungsgleichen Eingriff das Sonderopfer durch die Rechtswidrigkeit konstituiert** wird, bedarf bei rechtmäßigen Eingriffen die Annahme eines entschädigungspflichtigen Sonderopfers einer besonderen Begründung.

Hier ist ein Ersatzanspruch nur dann gegeben, wenn die **Einwirkungen die Sozialbindungsschwelle überschreiten**, also im Verhältnis zu anderen ebenfalls betroffenen Personen eine besondere „Schwere“ aufweisen oder im Verhältnis zu anderen nicht betroffenen Personen einen **Gleichheitsverstoß bewirken** (vgl. nur Ossenbühl/Cornils, StaatshaftungsR, 6. Aufl., S. 344). Ob in diesem Sinn eine hoheitliche Maßnahme die Schwelle des enteignungsrechtlich Zumutbaren überschreitet oder sich noch als Ausdruck der Sozialbindung des Eigentums begreifen lässt, kann nur auf Grund einer **umfassenden Beurteilung der Umstände des Einzelfalls** entschieden werden (vgl. Senat, NVwZ 1988, 1066 = VersR 1988, 1022 [1023]). Maßgeblich ist letztlich, wo nach dem **vernünftigen Urteil aller billig und gerecht Denkenden die Opfergrenze** liegt (Senat, BGHZ 17, 172 [175] = NJW 1955, 1109) bzw. wo die Grenze dessen liegt, was eine Gemeinschaft, die ihre verfassungsmäßige Ordnung in einem sozialen Rechtsstaat gefunden hat, dem Einzelnen entschädigungslos zumuten kann und will (Senat, BGHZ 31, 187 [191] = NJW 1960, 379; Krefz, in: RGRK, 12. Aufl., Vorb. § 839 Rn. 154).“ (BGH aaO)

3. Durchsuchungsschäden in Mieterwohnung als Sonderopfer des Vermieters

Vor diesem Hintergrund stellt sich die Frage, ob Schäden, die im Zusammenhang mit der rechtmäßigen Durchsuchung einer Mieterwohnung an der Wohnung selbst entstehen und damit das Eigentum des Vermieters beeinträchtigen, als solches Sonderopfer angesehen werden können.

„Das Eigentum des Kl. wurde für Zwecke der Strafverfolgung und damit im öffentlichen Interesse in Anspruch genommen. Der Kl. – und sein Vater als Miteigentümer – wurden einem staatlichen Eingriff ausgesetzt, der sie anders als andere Eigentümer zu einer Aufopferung im öffentlichen Interesse zwang. Hierbei handelt es sich nicht um das allgemeine Lebensrisiko eines Vermieters, das deshalb immer von diesem zu tragen ist.“ (BGH aaO)

Grundsätzlich ist daher in einer solchen Situation von einem Sonderopfer des Vermieters auszugehen.

4. keine Gefahrerhöhung bei freiwilliger Vermietung zum vertragsgemäßen Gebrauch

„Allerdings kann nach der Senatsrechtsprechung von dem Abverlangen eines Sonderopfers im öffentlichen Interesse und damit einem gleichheitswidrigen, entschädigungspflichtigen staatlichen Verhalten **regelmäßig keine Rede** sein, wenn sich der nachteilig Betroffene **freiwillig in eine gefährliche Situation begeben hat, deren Folgen dann letztlich von ihm herbeigeführt und grundsätzlich selbst zu tragen sind** (vgl. etwa BGHZ 17, 172 [175] = NJW 1955, 1109; BGHZ 31, 1 [4] = NJW 1960, 97; BGHZ 37, 44 [48] = NJW 1962, 1439; NJW 1976, 1204 [1205]). So hat der Senat etwa demjenigen, der **schuldhaft den Anschein einer polizeilichen Gefahr** hervorgerufen hat, keinen Anspruch aus enteignendem Eingriff für die aus der polizeilichen Maßnahme resultierenden Folgen zugebilligt, weil nicht in die Rechtssphäre eines Unbeteiligten eingegriffen worden sei, sondern der Betroffene, wenn auch nicht für eine objektive Gefahr, aber doch für eine Sachlage verantwortlich sei, die eine Pflicht der Polizei zum Eingreifen begründet habe, so dass er nicht als unbeteiligter Dritter angesehen werden könne (vgl. BGHZ 5, 144[152] = NJW 1952, 586). Allgemein ging es in der Senatsrechtsprechung insoweit um Sachverhalte, in denen jedenfalls der Konflikt zwischen den privaten und öffentlichen Interessen infolge eines Verhaltens des Betroffenen eintrat, welches im Hinblick auf die nachteiligen Einwirkungen rechtlich nicht geschützt war. Der Eigentümer darf **nicht durch eigenes Verhalten**, auch wenn dieses rechtlich erlaubt ist, einen vorher noch nicht vorhandenen Interessenkonflikt aktiviert haben; in diesem Fall sind die **Folgen regelmäßig seiner Sphäre zuzuordnen und stellen kein gleichheitswidriges Sonderopfer** dar (vgl. etwa Senat, BGHZ 129, 124 [129 f.] = NJW 1995, 1823 zur Errichtung eines Wohnhauses im Einflussbereich eines Militärflugplatzes).“ (BGH aaO)

Vor diesem Hintergrund könnte anzunehmen sein, dass ein Vermieter sich durch die Vermietung des Objektes selbst in die Situation bringt, dass eine gegen den Mieter ge-

richtete Durchsuchung sein Eigentum beeinträchtigen könnte, so dass diese Gefahr dann durch Abschluss eines Mietvertrages freiwillig übernimmt.

*„Von einer **freiwilligen Übernahme einer Gefahr** kann nicht allein im Hinblick auf den Umstand gesprochen werden, dass sich ein Eigentümer durch die Vermietung der eher entfernt liegenden, wenn auch nicht vollständig auszuschließenden Gefahr aussetzt, dass sein Mieter straffällig wird und es im Zuge strafprozessualer Maßnahmen gegen den Mieter zu Beschädigungen der Wohnung kommt.*

Die Vermietung einer Wohnung ist ein sozial adäquates, ja sozial erwünschtes Verhalten, das im Normalfall die Gefahr strafbaren Verhaltens der Bewohner weder begünstigt noch gar hervorruft. Daher stehen die Vermietung und das den Polizeieinsatz auslösende strafbare Verhalten des Mieters grundsätzlich völlig unabhängig und selbstständig nebeneinander. Der Vermieter verliert nicht im enteignungsrechtlichen Sinn durch die bloße Vermietung seine Stellung als unbeteiligter Dritter mit der Folge, dass strafprozessuale Maßnahmen gegen den Mieter seiner Sphäre zuzuordnen wären. Daran ändert sich grundsätzlich auch nichts, wenn der Mieter im Rahmen seines strafbaren Verhaltens Gegenstände – etwa Diebesgut oder wie hier Betäubungsmittel – in die Wohnung einbringt. Denn die Überlassung der Wohnung durch den Vermieter erfolgt zum vertragsgemäßen Gebrauch; hierfür zahlt der Mieter den Mietzins.“ (BGH aaO)

5. Ausschluss eines Sonderopfers bei Kenntnis von Straffälligkeit

Anders kann die Situation allerdings dann zu bewerten sein, wenn der Vermieter weiß bzw. davon erfährt oder es sich ihm aufdrängen muss, dass die Wohnung für die Begehung von Straftaten, die Lagerung von Diebesgut oder – wie hier – von Drogen in nicht unerheblicher Menge benutzt wird oder werden soll, und er gleichwohl den Mietvertrag abschließt oder von einem Kündigungsrecht keinen Gebrauch macht.

„In einem solchen Fall kann gegebenenfalls, wenn sich das Risiko weiterer strafbarer Handlungen verwirklicht und es im Zuge strafprozessualer Maßnahmen gegen den Mieter zu Schäden an der Wohnung kommt, davon gesprochen werden, dass sich der Vermieter freiwillig der Gefahr ausgesetzt hat, so dass er den Schaden deshalb nicht als gleichheitswidriges Sonderopfer der Allgemeinheit in Rechnung stellen kann.

Das BerGer. hat zu der im Tatbestand nur pauschal angesprochenen, dem Kl. bekannten „Verstrickung des Mieters in Drogendelikte“ und zu der Frage, ob diese ein Recht zur Beendigung des Mietverhältnisses begründet hat, keine näheren Feststellungen getroffen. Dies wird nachzuholen sein. In diesem Zusammenhang ist es ohne Bedeutung, ob der Vater des Kl. als Miteigentümer ebenfalls über entsprechende Kenntnisse verfügt hat. Auch wenn nur einer von zwei Miteigentümern über entsprechendes Wissen verfügt, fällt das hier streitgegenständliche Schadensrisiko in die Sphäre der Eigentümer und stellt kein entschädigungspflichtiges Sonderopfer dar.“ (BGH aaO)

6. Vorliegen einer fühlbaren Beeinträchtigung

Fraglich ist, ob der Umstand, dass der eingetretene Schaden lediglich 802 Euro beträgt, der Annahme eines Sonderopfers entgegensteht.

„Zwar kann bei der im Enteignungsrecht wesentlichen wirtschaftlichen Betrachtungsweise regelmäßig nur eine fühlbare Beeinträchtigung einer vermögenswerten Rechtsposition als entschädigungspflichtiges Opfer angesehen werden; geringfügige Beeinträchtigungen scheiden aus (vgl. nur Senat, BGHZ 54, 293 [296] = NJW 1971, 133 m. w.N.). Bei der hier streitgegenständlichen gezielten Beschädigung bzw. Zerstörung von Eigentum durch strafprozessuale Zwangsmaßnahmen liegt aber bereits in der Substanzverletzung eine solche fühlbare Beeinträchtigung des betroffenen Eigentums, die – abgesehen von Bagatellfällen – für die Annahme eines nicht hinzunehmenden Sonderopfers ausreicht.“ (BGH aaO)

7. kein Ausschluss der Haftung aus enteignendem Eingriff wegen anderweitiger Ersatzmöglichkeit

Der Kl. als Vermieter könnte wegen der entstandenen Schäden einen Anspruch auf Schadensersatz gegen seinen Mieter haben. Bei einem Amtshaftungsanspruch entfällt eine Staatshaftung nach § 839 I 2 BGB dann, wenn der Geschädigte auf andere Weise Ersatz zu erlangen vermag. Dies könnte auch für den enteignenden Eingriff gelten.

„Die Regelung des § 839 I 2 BGB ... gilt nicht für andere selbstständige Erstattungsansprüche gegen den Staat (vgl. nur BGHZ 63, 167[171] = NJW 1975, 207 m. w.N.). Entgegen einer z. T. in der obergerichtlichen Rechtsprechung (vgl. OLG Rostock, MDR 2011, 160 [161] = BeckRS 2010, 22989; anders OLG Celle, GE 2012, 1638 = BeckRS 2007, 09345) vertretenen Auffassung kann das Vorliegen eines Sonderopfers auch nicht vom Fehlen einer solchen anderweitigen Ersatzmöglichkeit abhängig gemacht werden. Ob der Geschädigte aus dem Schadensereignis auch Ansprüche gegen Dritte hat, ist für die Frage, ob ihm im Interesse der Allgemeinheit durch hoheitlichen Zwang ein Sonderopfer in gleichheitswidriger Weise abverlangt worden ist, grundsätzlich ohne Bedeutung. Ein an sich entschädigungspflichtiges Sonderopfer wird im Allgemeinen nicht dadurch zum hinzunehmenden Nachteil, dass der Geschädigte auf Ansprüche gegen einen Dritten verwiesen und ihm insoweit das Risiko der Durchsetzbarkeit dieser Ansprüche auferlegt wird.“ (BGH aaO)

1. **Schwiegerelterliche Zuwendungen**, die mit Rücksicht auf die Ehe ihres Kindes an das (künftige) Schwiegerkind erfolgen, sind keine unbenannten Zuwendungen, sondern stellen **regelmäßig eine Schenkung** i. S. des § 516 I BGB dar.
2. **Rückforderungsansprüche der Schwiegereltern** nach den Grundsätzen über den **Wegfall der Geschäftsgrundlage**, § 313 BGB, können nicht mit der Begründung verneint werden, dass das beschenkte Schwiegerkind mit dem eigenen Kind der Schwiegereltern in gesetzlichem Güterstand gelebt hat und das eigene Kind über den Zugewinn ausgleich teilweise von der Schenkung profitiert.
3. Ist grundsätzlich eine **Anpassung der Schenkungsverträge nach den Grundsätzen des Wegfalls der Geschäftsgrundlage** im Rahmen einer Gesamtabwägung aller relevanten Umstände vorzunehmen, ist in diesem Rahmen in so genannten Altfällen das Ergebnis des auf der alten Rechtsprechung des BGH beruhenden bereits durchgeführten **Zugewinnausgleichsverfahrens zwischen dem Kind und dem Schwiegerkind** zu berücksichtigen.
4. Die Verjährung des Anspruchs nach den Regeln über den Wegfall der Geschäftsgrundlage richtet sich nach § 195 BGB.

Fall: Die Ast. ist die frühere Schwiegermutter der Ag. Der frühere Schwiegervater der Ag. ist 2006 verstorben und von der Ast. beerbt worden. Sie beehrte nach dem Scheitern der 1983 geschlossenen Ehe ihres Sohnes mit der Ag. von dieser die Rückzahlung – nach ihrem Vortrag ihrem Sohn und der Ag. – geschenkter Geldbeträge nach den Grundsätzen über den Wegfall der Geschäftsgrundlage.

Der Sohn der Ast. und die Ag. erwarben nach der Eheschließung ein Grundstück in X1., das mit einem Ferienhaus bebaut wurde. Die Schwiegereltern der Ag. leisteten dazu finanzielle Beiträge. Sie überwiesen insgesamt 27.751,49 Euro direkt an Bauträger, die Stadt X3. oder andere am Bau beteiligte Firmen sowie insgesamt 36.744,82 Euro auf ein von ihrem Sohn und der Ag. unterhaltenes Baukonto bei der Sparkasse X4. oder auf ein Privatgirokonto der Ag. (Gesamtaufwand 27.751,49 Euro + 36.744,82 Euro = 64.496,31 Euro).

Der Sohn der Ast. und die Ag. trennten sich im März des Jahres 2000. Im Scheidungsverbundverfahren war auch die Folgesache Zugewinn anhängig. Zahlungen der Ast. und ihres Mannes zur Errichtung des Ferienhauses waren auch Gegenstand dieses Verfahrens. Im Termin am 11.11.2004 haben die Ag. und der Sohn der Ast. einen Vergleich geschlossen, dass wechselseitige Zugewinnausgleichsansprüche nicht bestehen. Die Ehe ist zwischenzeitlich rechtskräftig geschieden. Durch notariellen Vertrag vom 15.07.2005 veräußerte die Ag. ihren hälftigen Miteigentumsanteil an dem Ferienhaus zu einem Kaufpreis von 70.000 Euro an den Sohn der Ast.

Die Ast. hat die Auffassung vertreten, bei den zur Errichtung des Ferienhauses geleisteten Geldbeträgen habe es sich um Schenkungen gehandelt, die die Ag. nach den Grundsätzen über den Wegfall der Geschäftsgrundlage zu 11/20 der hälftigen Gesamtaufwendungen, hier 17.736,49 Euro, zurückerstatten müsse (Gesamtaufwendungen 64.496,31 Euro : 2 = 32.248,16 Euro x 11/20 = 17.736,49 Euro). Sie hat dazu vorgetragen, der Zweck ihrer Schenkung wäre nach 20-jähriger Nutzung als erreicht anzusehen. Tatsächlich habe die Ag. das Ferienhaus aber nur 9 Jahre bis zur Trennung genutzt. Deshalb habe sie 11/20 der hälftigen Gesamtaufwendungen zu erstatten. Die Ast. hat beantragt, die Ag. zu verurteilen, an sie 17.736,49 Euro (= jeweils 11/20 von 27.751,49 Euro und 36.744,82 Euro) nebst Zinsen zu zahlen. Hat sie hierauf einen Anspruch?

Die Ast. könnte gegen die Ag. einen Anspruch auf Rückzahlung schenkweise geleisteter Beträge nach den Grundsätzen über den Wegfall der Geschäftsgrundlage des Schenkungsvertrages nach § 313 BGB haben.

I. Vorliegen einer Schenkung i.S.d. § 516 BGB

Zunächst stellt sich die Frage, ob die Hingabe von Geld an das eigene Kind und das Schwiegerkind überhaupt als Schenkung i.S.d. § 516 BGB qualifiziert werden kann oder ob nicht - wie zwischen Ehegatten häufig anzunehmen - eine sog. unbenannte Zuwendung vorliegt.

*„Bei den schwiegerelterlichen Zuwendungen an die Ag. handelte es sich um **Zuwendungen**, die die Schwiegereltern **an die frühere Schwiegertochter** mit Rücksicht auf die Ehe mit ihrem Kind und zur Begünstigung des ehelichen Zusammenlebens machten. Diese Zuwendungen sind **nach der neueren Rechtsprechung des BGH** nicht mehr als so genannte ehebezogene Zuwendungen zu betrachten, sondern stellen **regelmäßig eine***

Schenkung i. S. des § 516 I BGB dar, wenn sie um **der Ehe des eigenen Kindes willen** an die Schwiegertochter erfolgten (vgl. BGH, FamRZ 2010, 958; NJW 2010, 2884 = FamRZ 2010, 1626 Rn. 11 ff.; NJW 2012, 523 = FamRZ 2012, 273 Rn. 18 ff.).

Vorliegend handelt es sich bei sämtlichen in der Antragsschrift genannten Zahlungen der Schwiegereltern um Schenkungen (auch) an die Ag. und zwar sowohl hinsichtlich der Direktzahlungen der Schwiegereltern für das Haus in X1. (etwa an Generalunternehmer oder die Stadt X3.) wie auch hinsichtlich der Überweisungen auf das Konto ihres Sohnes und ihrer Schwiegertochter (Baukonto) oder das Girokonto der Ag. Unzutreffend vertritt die Ag. die Auffassung, es habe sich nicht um Schenkungen gehandelt. Die Ag. und ihr früherer Ehemann hatten beschlossen, ein Ferienhaus auf einem anzukaufenden Grundstück zu erstellen. Die Schwiegereltern hatten dazu ihre Unterstützung zugesagt. Auch aus Sicht der Ag. liegt deshalb in jeder Zahlung der Schwiegereltern zum Zwecke der Errichtung des Ferienhauses an sie und ihren früheren Ehemann eine Schenkung der Schwiegereltern auch an sie selbst.“ (OLG Düsseldorf aaO)

II. Anwendbarkeit der Grundsätze des Wegfalls der Geschäftsgrundlage

Im Weiteren ist fraglich, ob die Grundsätze des Wegfalls der Geschäftsgrundlage nach § 313 BGB überhaupt auf Schenkungen anwendbar sind.

1. Begriff der Geschäftsgrundlage

Geschäftsgrundlage sind die **nicht zum eigentlichen Vertragsinhalt erhobenen**, bei Vertragsschluss aber zu Tage getretenen **gemeinsamen Vorstellungen der Vertragsparteien** sowie der die einer Vertragspartei erkennbaren und von ihr nicht beanstandeten Vorstellungen der anderen vom Vorhandensein oder dem künftigen Eintritt gewisser Umstände, sofern der **Geschäftswille der Parteien auf diesen Vorstellungen aufbaut**.

2. Bestand der Ehe als Geschäftsgrundlage für erfolgte Schenkung

„Ist dies hinsichtlich der Vorstellungen der Eltern, die **eheliche Lebensgemeinschaft** des von ihnen beschenkten Schwiegerkindes mit ihrem Kind **werde Bestand** haben und ihre Schenkung demgemäß dem eigenen Kind dauerhaft zugute kommen der Fall, so bestimmt sich bei Scheitern der Ehe eine Rückabwicklung der Schenkung nach den Grundsätzen über den Wegfall der Geschäftsgrundlage (vgl. BGH, FamRZ 2010, 958).“ (OLG Düsseldorf aaO)

Hier war Geschäftsgrundlage der Schenkung der Ast. und ihres Ehemanns die für die Schwiegertochter, die Ag., **erkennbare Erwartung**, dass die Ehe der Ag. mit dem Sohn der Ast. von Dauer sein werde und mit der Schenkung zur Schaffung der Ferienwohnung beigetragen wurde, die dem Sohn auf Dauer zugutekommen sollte. Einen anderen Anlass, die Ag. zu bedenken, gab es nicht.

3. Wegfall der Geschäftsgrundlage

Diese Geschäftsgrundlage ist infolge des Scheiterns der Ehe der Ag. mit dem Sohn der Ast. und mit der Übernahme des Miteigentumsanteils der Ag. durch den Sohn der Ast. entfallen.

„Selbstverständlich haben die Ast. und ihr Ehemann die Ag. **nur deshalb bedacht, weil diese mit ihrem Sohn verheiratet war** und sie davon ausgingen, dass mit der Schenkung auch an ihre Schwiegertochter **für den Sohn und die Enkelkinder auf Dauer eine Ferienwohnung** geschaffen werden würde. Mit der Trennung der Eheleute und der späteren Übernahme des Miteigentumsanteils der Ag. durch den Sohn der Ast. gegen Entgelt ist diese Geschäftsgrundlage der Schenkungen entfallen.“ (OLG Düsseldorf aaO)

Danach ist grundsätzlich eine Anpassung der Schenkungsverträge nach den Grundsätzen des Wegfalls der Geschäftsgrundlage im Rahmen einer Gesamtabwägung aller relevanten Umstände vorzunehmen.

III. Kriterien für die Anpassung bei Schwiegerkindschenkungen

§ 313 BGB sieht grundsätzlich eine Anpassung der getroffenen vertraglichen Regelungen an die Änderungen in der Geschäftsgrundlage vor. Fraglich ist allerdings, wie eine solche Anpassung bei einer Schenkung aussehen soll.

„Zurückzugreifen ist dabei zunächst auf die Abwägungskriterien, die nach der bisherigen Rechtsprechung des BGH zu unbenannten schwiegerelterlichen Zuwendungen heranzuziehen waren (vgl. BGH, FamRZ 2010, 958). Regelmäßig kommt es **nicht zu einer vollen Rückgabe der Schenkung, da der Zweck der Zuwendung jedenfalls teilweise erreicht ist**, soweit und solange die Ehe Bestand gehabt hat. Die Begünstigung ist vielmehr nur für die Zeit nach dem Scheitern der Ehe zu entziehen. Die **Geschäftsgrundlage entfällt insoweit, als die Begünstigung des eigenen Kindes entgegen der Erwartung seiner Eltern vorzeitig endet**. Über die Art und Weise, wie dem Gesichtspunkt Geltung zu verschaffen ist, ist im Rahmen der Abwägung, des **tatrichterlichen**

Ermessens, zu befinden (vgl. BGH, FamRZ 2010, 958 Rn. 59). Zudem ist vorliegend das Ergebnis des im Jahr 2004 durchgeführten Zugewinnausgleichsverfahrens zwischen der Ag. und dem Sohn der Ast. zu beachten [wird ausgeführt].“ (OLG Düsseldorf aaO)

IV. Anwendung auf den Fall

Im Rahmen der umfassenden Abwägung ist hier zunächst zu berücksichtigen, dass die Ehe der Ag. und des Sohnes der Ast. von der Heirat 1983 bis zur Trennung im März 2000 etwa 17 Jahre gedauert hat, bis zur Rechtskraft der Scheidung im Jahr 2004 mehr als 20 Jahre.

Es kommt hinzu, dass der Sohn der Ast. von dem Ferienhaus in der von der Ast. und ihrem Ehemann vorausgesetzten und zur Geschäftsgrundlage erhobenen Weise von der Fertigstellung des Ferienhauses spätestens im Jahr 1992 bis zum Scheitern der Ehe mit Trennung im März 2000 immerhin 9 Jahre Gebrauch gemacht hat. Erst zu diesem Zeitpunkt ist die Geschäftsgrundlage der Schenkung entfallen.

„Geht man nun mit Haußleiter/Schulz (Vermögensauseinandersetzung bei Trennung und Scheidung, 5. Aufl., Kap. 7, Rn. 15, 16) davon aus, dass bei einer Dauer der Ehe des Kindes mit dem Schwiegerkind von **20 Jahren nach der Schenkung der verfolgte Zweck**, die Ehe des leiblichen Kindes aufrechtzuerhalten und zu stärken, im **Regelfall als erreicht anzusehen** ist (vgl. ebd., Kap. 5, unter Berufung auf BGHZ 142, 137 = NJW 1999, 2962 = FamRZ 1999, 1580 [1583] Rn. 231 m. w.N.) kommt ein Ausgleich **hier grundsätzlich nur noch in Höhe von 11/20** (20 Jahre abzüglich 9 Jahre Nutzungsdauer) der geschenkten Summe in Betracht.

Zudem muss hier im Rahmen der Gesamtabwägung berücksichtigt werden, dass ein Teil der hier zum Ausgleich gestellten Schenkungen bereits **im Rahmen der Berechnung des Zugewinnausgleichs** zwischen ihrem Sohn und der Ag. in Höhe eines Betrags von 12.974,72 Euro **Berücksichtigung fand**. Dies führt hier zu einer weiteren Herabsetzung des Anspruchs 17.736,48 Euro auf rechnerisch nur noch 4.761,76 Euro [wird ausgeführt].“ (OLG Düsseldorf aaO)

V. Verjährung des Anspruchs

Letztlich ist fraglich, nach welchen Regeln ein solcher Anspruch verjährt

„Nach der **neuen Rechtsprechung des BGH**, der im Verhältnis zwischen Schwiegereltern und Schwiegerkind von einer **schenkwisen Zuwendung** statt wie bisher von einer unbenannten Zuwendung ausgeht, unterliegt es keinem Zweifel mehr, dass die **Verjährung sich nach § 195 BGB richtet**. Es handelt sich um einen schuldrechtlichen Anspruch (vgl. dazu Soyka, NJW 2012, 523 = FuR 2012, 260 [261]; Wever, FamRZ 2012, 273 [276]; Haußleiter/Schulz, Kap. 7 Rn. 37).“ (OLG Düsseldorf aaO)

Die Verjährung beginnt danach mit dem **Schluss des Jahres**, in dem der **Anspruch entstanden** ist und die Schwiegereltern von den anspruchsbegründenden Umständen Kenntnis erlangt haben oder ohne grobe Fahrlässigkeit hätten erlangen müssen (§§ 195, 199 I Nr. 1, 2 BGB).

„Der **Anspruch der Schwiegereltern nach § 313 BGB entsteht**, wenn die Ehe des Kindes mit dem Schwiegerkind gescheitert ist. Dies ist der Fall, wenn die **Eheleute sich endgültig getrennt haben** (vgl. Soyka, NJW 2012, 523 = FuR 2012, 260 [261]; Wever, FamRZ 2012, 273 [277]; BGH, NJW 2007, 1744 = FamRZ 2007, 877; FamRZ 2010, 958 Rn. 28; Wegfall der Geschäftsgrundlage mit Auszug der Tochter der Kl. aus der Familienwohnung infolge des Scheiterns der Ehe; anders – aber wohl unbedacht – im Rahmen eines obiter dictum BGH, NJW 2012, 523 = FamRZ 2012, 273 [276] Rn. 10, 44).

Da die Ast. und ihr Ehemann **notwendigerweise im März des Jahres 2000** von der endgültigen Trennung der Schwiegertochter/ihrer Sohnes erfahren haben und auch von den anspruchsbegründenden Umständen, ihren Zuwendungen, Kenntnis hatten, hätte die **Verjährungsfrist** grundsätzlich mit dem Schluss des Jahres 2000 zu laufen begonnen und **wäre zum 31.12.2003 abgelaufen**.“ (OLG Düsseldorf aaO)

Ist aber die Rechtslage unübersichtlich, zweifelhaft oder besteht nach der zur Zeit der Entstehung des Anspruchs geltenden Rechtsprechung erst gar kein Anspruch, ist der Beginn der Verjährungsfrist bis zur rechtlichen Klärung oder einer dem Anspruchsteller günstigen Änderung der Rechtsprechung hinausgeschoben.

„Es entspricht der **Rechtsprechung des BGH**, dass in Fällen unübersichtlicher, zweifelhafter oder dem Anspruchsteller ungünstiger Rechtsprechung auch ein rechtskundiger Dritter nicht einzuschätzen vermag, **ob ein Anspruch besteht** und deshalb der **Verjährungsbeginn wegen Rechtsunkenntnis hinausgeschoben** ist, weil es an der Zumutbarkeit der Klageerhebung als übergreifender Voraussetzung für den Verjährungsbeginn fehlt (vgl. ausdrücklich BGH, NJW 1999, 2041 [2042]; für den Fall der Rechtsprechungsänderung insb. NJW 2005, 429 [433 a. E.] = NZV 2005, 84 = NZS 2005, 202; BGHZ 122, 317 = NJW 1993, 2303; Haußleiter/Schulz, Kap. 7 Rn. 41; Grothe, in: MüKo-BGB, 6. Aufl. [2012], § 199 Rn. 26, ebenfalls ausdrücklich zu geänderter höchstrichterlicher Judikatur).

So liegt der Fall hier. **Bis zur Entscheidung des BGH, FamRZ 2010, 958, war das Rückzahlungsbegehren der Ast. von vornherein aussichtslos**. Nach der früheren Rechtsprechung des BGH handelte es sich bei finan-

ziellen Zuwendungen an Kind und Schwiegerkind zwar gegenüber dem eigenen Kind um eine Schenkung, gegenüber dem Schwiegerkind aber um eine ehebezogene Zuwendung. Im Falle des Scheiterns der Ehe bestand nach früherer Rechtsprechung ein Anspruch auf Rückgewähr nach den Regeln über den Wegfall der Geschäftsgrundlage gegen das Schwiegerkind nicht, wenn der vorrangig durchzuführende Zugewinnausgleich zwischen den Eheleuten zu einem angemessenen und auch für die Schwiegereltern zumutbaren Ergebnis führte. Dies war in der Regel der Fall, da der BGH die Zuwendung an Kind und Schwiegerkind rechtlich unterschiedlich bewertete (vgl. dazu Haußleiter/Schulz, Kap. 7 Rn. 2 f.).

Dies hat zur Folge, dass die **Inanspruchnahme erst im Jahr 2010 Erfolg versprach**, die Verjährung deshalb **erst mit Beginn des Jahres 2011 zu laufen begann** und die Klageerhebung im Jahr 2011 rechtzeitig vor Ablauf der Verjährungsfrist erfolgte.“ (OLG Düsseldorf aaO)

Die Geltendmachung des Anspruchs ist daher nicht wegen Verjährung ausgeschlossen.

Ergebnis: Die Ast. haben gegen die Ag. einen Anspruch auf Zahlung von 4.761,76 Euro nach den Grundsätzen über den Wegfall der Geschäftsgrundlage nach § 313 BGB.

StGB
§ 339**Rechtsbeugung**
Nachträgliche Änderung der Urteilsgründe
(OLG Naumburg in NStZ 2013, 533; Beschluss vom 23.04.2012 – 1 Ws 48/12)

StGB

Die nach Ablauf der Frist des § 275 I 2 StPO durch den Richter allein zur Vereitelung ansonsten sicher zu erwartender erheblicher disziplinarrechtlicher Sanktionen **vorgenommenen Änderungen bzw. Ergänzungen von Urteilsfragmenten** stellen einen **elementaren Verstoß gegen die Rechtspflege** dar. Hieraus erwachsen den Verfahrensbeteiligten indes **keine Vor- oder Nachteile i. S. d. § 339 StGB**.

Fall: Dem Angekl. wird vorgeworfen, in der Zeit vom 01.04.2005 bis zum 03.08.2007 in 5 Fällen Rechtsbeugung in Tateinheit mit Urkundenfälschung, dabei die Befugnisse oder die Stellung eines Amtsträgers missbraucht, und in einem Fall auch in Tateinheit mit Strafvereitelung im Amt begangen zu haben, indem er jeweils entgegen dem in § 275 I 3 StPO normierten Verbot nach Ablauf der gesetzlich vorgesehenen Frist von 5 Wochen die Urteilsgründe änderte oder ergänzte und hierzu in einem Fall die Akten zur Vollstreckung der im rechtskräftigen Urteil gegen den Verurteilten verhängten Freiheitsstrafe über mindestens 9 Monate nicht zur Verfügung stellte.

Zu prüfen ist, ob die dem Angekl. zur Last gelegten **systematischen Ergänzungen bzw. Änderungen der Urteilsgründe nach Ablauf der Frist des § 275 I 2 StPO** als **Rechtsbeugung** oder aber als **Urkundenfälschung** zu beurteilen sind.

I. Die dem Angekl. zur Last gelegten **Änderungen bzw. Ergänzungen** der unvollständig in den Geschäftsgang gegebenen **Urteile nach Ablauf der in § 275 I 2 StPO normierten Frist** stellen sich **nicht als Beugung des Rechts** i.S.d. § 339 StGB dar.

1. Zwar hat der Angekl. als Richter bei der Leitung oder Entscheidung einer Rechtssache i.S.d. § 339 StGB, d.h. bei einer selbstständigen und übergeordneten Stellung und Tätigkeit bei der Rechtsanwendung, gehandelt. Der vom Begriff der Leitung umfasste **Bereich richterlicher Tätigkeit beurteilt sich** dabei aber nicht nach den einzelnen Maßnahmen, sondern **nach der Natur des Verfahrens in seiner Gesamtheit und in seinem Endziel**.

„Leitung der Rechtssache ist daher der Inbegriff aller Maßnahmen, die auf die Erledigung der Sache hinzielen (vgl. hierzu BGHSt 12, 191). Die Urteilsabsetzung ist eine Maßnahme, die auf die Erledigung der Sache hinzielt, und somit vom Schutzbereich des § 339 StGB umfasst.“ (OLG Naumburg aaO)

2. Die nach der in § 275 I 2 StPO normierten Frist durch den Angekl. vorgenommenen Urteilsänderungen stellen auch einen **elementaren Verstoß gegen die Rechtspflege** i.S.d. § 339 StGB dar.

„Der BGH hat wiederholt darauf hingewiesen, dass der Tatbestand der Rechtsbeugung nicht in unangemessener Weise ausgedehnt werden dürfe. Zweck der Vorschrift sei es, den Rechtsbruch als elementaren Verstoß gegen die Rechtspflege unter Strafe zu stellen. Die Einordnung der Rechtsbeugung als Verbrechenstatbestand indiziere die Schwere des Unwerturteils und führe i. d. R. im Falle der rechtskräftigen Verurteilung kraft Gesetz zur Beendigung des Richterverhältnisses (§ 24 I DRiG). Mit dieser gesetzlichen Zweckbestimmung wäre es nicht zu vereinbaren, jede unrichtige Rechtsanwendung und jeden Ermessensfehler in den Schutzbereich der Norm einzubeziehen. Das Tatbestandsmerkmal „Beugung“ des Rechts enthalte ein normatives Element und solle nur elementare Verstöße gegen die Rechtspflege erfassen, bei denen sich der Täter bewusst und in schwerer Weise von Recht und Gesetz entferne (vgl. MüKo-StGB/Uebele § 339 Rn 31).“

Daran gemessen stellen die dem Angekl. zur Last gelegten systematischen nachträglichen Ergänzungen/Änderungen der bereits abgesetzten Urteilsfragmente eine elementaren Verstoß gegen die Rechtspflege dar, da sie zur Überzeugung des Senats allein davon motiviert waren, eigenes Fehlverhalten, nämlich das Absetzen nur unvollständiger Urteile, zu verdecken, umso sicherer weiter zu erwartende erhebliche disziplinarrechtliche Konsequenzen zu vereiteln.“ (OLG Naumburg aaO)

3. Der Angekl. hat hierdurch jedoch **weder zugunsten noch zum Nachteil einer Partei** gehandelt.

Die Begehung einer Rechtsbeugung ist grds. auch bei einem **Verstoß gegen Verfahrensvorschriften**.

„Allerdings ist **nicht jeder Verstoß gegen Verfahrensvorschriften** für sich allein in jedem Fall **geeignet, konkret fassbare Vor- oder Nachteile für einen Verfahrensbeteiligten auszulösen**: Die Verletzung einer Norm über das Verfahren stellt sich nur dann als Rechtsbeugung dar, wenn der Richter dabei nicht lediglich die abstrakte Gefahr einer falschen Endentscheidung schafft, sondern durch sein Verhalten einen Vor- oder Nachteil i.S.v. § 339 StGB dadurch herbeiführt, dass er die **konkrete Gefahr einer falschen Entscheidung** begründet. Eine solche Gefahr muss dem eingetretenen Vor- oder Nachteil gleichgestellt werden, weil § 339 StGB auch die fehlerhafte Leitung einer Rechtssache unter Strafe stellt und damit deutlich macht, dass ein endgültiger Vor- oder Nachteil nicht eintreten muss.“ (OLG Naumburg aaO)

4. Allein aus der vorliegenden Nichteinhaltung der Frist des § 275 I 2 StPO und dem Verstoß gegen das in § 275 I 3 StPO statuierte Verbot, nach Ablauf der Frist die Urteilsgründe nicht mehr zu ändern, erwachsen den Prozessparteien noch **keine greifbaren Vor- oder Nachteile**.

„Auch deshalb ist die **Verletzung der Vorschrift des § 338 Nr. 7 StPO als absoluter Revisionsgrund** ausgebildet, da ein konkreter Beruhensnachweis sich hinsichtlich der die Vorinstanz abschließenden Entscheidung meist nicht führen lassen wird.

Eine Beeinflussung der endgültigen Entscheidung bzw. die konkrete Gefahr einer falschen endgültigen Entscheidung ist vorliegend ausgeschlossen.

Die schriftliche Niederlegung der Urteilsgründe gem. § 267 StPO vermag schon deshalb die Entscheidungsfindung weder zugunsten noch zulasten einer Partei zu beeinflussen, da sie dem schon gefundenen und mündlich begründeten Schuldspruch nachfolgt und nicht in den materiellen Inhalt der Entscheidung eingreift.

Den am Verfahren Beteiligten wird zwar der absolute Revisionsgrund des § 338 Nr. 7 StPO genommen. Dies stellt indes allein einen **prozessualen Nachteil** dar.“ (OLG Naumburg aaO)

5. Dementsprechend **mangelt** es auch am **Vorsatz des Angekl.**, der sich darauf richten muss, das **Recht zugunsten oder zuungunsten einer Partei zu verletzen**.

- II. Der Angekl. könnte sich jedoch wegen **Urkundenfälschung** gem. § 267 I und III Nr. 4 StGB strafbar gemacht haben.

1. Eine **Urkunde** ist die **Verkörperung einer allgemein oder für Eingeweihte verständlichen Gedankenerklärung**, die den **Erklärenden (Aussteller) erkennen lässt und geeignet und bestimmt ist, im Rechtsverkehr Beweis zu erbringen** (vgl. Fischer, StGB, 59. Aufl., § 267 Rn 2).

„Bei der mit dem Eingangsvermerk „Zur Geschäftsstelle gelangt am ...“ versehenen **Urteilsniederschrift** handelt es sich um eine **zusammengesetzte Urkunde**, die immer dann gegeben ist, wenn eine Urkunde mit dem Augenscheinsobjekt, auf das sich ihr Erklärungsinhalt bezieht („Bezugsobjekt“) räumlich fest **zu einer „Beweiseinheit“ verbunden** ist (vgl. Schönke/Schröder, StGB, § 267 Rn 36a; Fischer aaO, Rn 23). Die durch räumlich feste Verbindung verkörperte „Beweisbeziehung“ zwischen Urkunde und deren Bezugsobjekt hat im Rechtsverkehr denselben Beweiswert wie der eigentliche Erklärungsinhalt der Urkunde. Ihre Veränderung ist deshalb **Urkundenfälschung**, auch wenn dabei in den Erklärungsinhalt selbst nicht eingegriffen wird.“ (OLG Naumburg aaO)

2. Der Angekl. könnte die mit dem Eingangsvermerk versehene **Urteilsniederschrift verfälscht** haben.

„Verfälschen einer echten Urkunde i.S.d. § 267 I StGB ist eine **Veränderung der gedanklichen Erklärung**, so dass der geänderte Inhalt nicht mehr von dem scheinbaren Aussteller herrührt oder die Beweisrichtung ändert (Fischer aaO, § 267 Rn 33).

Auch der Aussteller selbst kann die Urkunde verfälschen, wenn er unbefugt handelt (st. Rspr. des BGH: BGHSt 13, 383; Fischer aaO, § 267 Rn 34 mit Darstellung des Streitstandes). Das ist der Fall, wenn die Urkunde dem Rechtsverkehr schon zugänglich gemacht ist oder der Aussteller in anderer Weise die Verfügungsgewalt über sie verloren hat (BGHSt 13, 385), so dass ein legitimes Beweisinteresse eines Dritten an der Unversehrtheit und ordnungsgemäßen Verwendung (damit auch an der Wahrheit) der echten Urkunde entstanden ist.

Gem. § 275 I 2 StPO ist die Absetzung der schriftlichen Urteilsgründe an bestimmte Fristen, die nicht verlängerbar sind, gebunden. Gem. § 275 I 3 StPO darf nach Ablauf der Frist grds. keine Änderung der Urteilsgründe mehr erfolgen. Damit tritt die **Unabänderlichkeit der Urteilsgründe mit dem Fristablauf auch dann ein**, wenn die Urteilsgründe nach außen noch nicht bekannt gemacht worden sind. Eine Änderung, auch in der Form der Ergänzung, hat dann keine rechtliche Wirkung. Eine Berichtigung oder Änderung darf nur dann noch vorgenommen werden, solange die Frist nicht abgelaufen und eine Zustellung noch nicht erfolgt ist (vgl. hierzu Meyer-Goßner aaO, § 275 Rn 11).

In den vorliegenden Fällen musste das Urteil, da die Hauptverhandlung jeweils nicht mehr als 3 Tage andauerte, innerhalb von 5 Wochen zur Geschäftsstelle gelangen. Der Fall einer ausnahmsweise zulässigen

Fristüberschreitung des § 275 I 4 StPO, wenn und solange das Gericht durch einen im Einzelfall nicht vor-aussehbaren unabwendbaren Umstand an ihrer Einhaltung gehindert worden ist, war nicht gegeben.

*Diese Frist hatte der Angekl. zunächst durch Vorlage eines unvollständigen Urteils eingehalten, was jeweils entsprechend auch von der Geschäftsstelle vermerkt wurde. Damit hatte der Angekl. **nach Fristablauf die Verfügungs- bzw. Änderungsgewalt über die Urteilsniederschrift verloren**. Durch die von ihm nach Ablauf der Absetzungsfrist vorgenommenen Urteilsergänzungen hat er die Urteilsniederschrift in Verbindung mit dem auf dem Urteil angebrachten Eingangsvermerk i.S.d. § 267 I StGB verfälscht.“ (OLG Naumburg aaO)*

4. Von der **verfälschten Urkunde** hat der Angekl. auch **Gebrauch gemacht**.

*„Gebrauchen der Falschbeurkundung setzt voraus, sie der **sinnlichen Wahrnehmung zugänglich zu machen**, etwa **durch Vorlegen oder Übergeben** (vgl. Fischer aaO, § 267 Rn 36).*

Indem die veränderten Urteilsniederschriften zum Bestandteil der Akten gemacht und dadurch Dritten, insbesondere dem Revisionsführer und dem RevGer. Zugänglich gemacht wurden, liegt ein Gebrauch machen i.S. der Vorschrift vor.“ (OLG Naumburg aaO)

*Der Angekl. hat durch sein Handeln auch seine **Befugnisse und seine Stellung als Amtsträger** i.S.d. § 11 I Nr. 2a StGB gem. § 267 III Nr. 4 StGB **missbraucht** und damit den besonders schweren Fall der Urkundenfälschung verwirklicht.*

Auch an der Verwirklichung des bedingten Vorsatzes hinsichtlich der Tathandlung, der die Urkundeneigenschaft begründenden Merkmale, sowie der Amtsträgereigenschaft besteht kein Zweifel (OLG Naumburg aaO)

4. Die zur **Sicherung der Unabhängigkeit des Richters** (vgl. hierzu BGHSt 10, 294) und zur **Sicherung der Rechtspflege** (vgl. BGHSt 41, 247) gebotene Beschränkung der strafrechtlichen Verantwortung von mit der Leitung und Entscheidung von Rechtssachen befassten Amtsträgern macht es erforderlich, auch die Strafbarkeit nach anderen Vorschriften einzuschränken.

Dem trägt die in Rspr. und Lehre dem Rechtsbeugungstatbestand zuerkannte **Sperrwirkung** Rechnung, wonach eine Verurteilung wegen eines Verhaltens bei der Leitung oder Entscheidung einer Rechtssache nach anderen Strafvorschriften nur möglich ist, wenn die tatbestandlichen Voraussetzungen des § 339 StGB gegeben sind.

Die Sperrwirkung des Rechtsbeugungstatbestands greift jedoch nur dann ein, wenn die den anderweitigen strafrechtlichen Vorwurf begründende Verhaltensweise mit der Leitung oder Entscheidung einer Rechtssache derart in einem **inneren funktionalen Zusammenhang** steht, dass es objektiv als ein auf der Leitungs- oder Entscheidungskompetenz des Amtsträgers beruhendes Tun oder Unterlassen erscheint.

„Stellt sich das Verhalten eines Richters bei der Leitung oder Entscheidung einer Rechtssache unabhängig von der Beantwortung der Frage, ob es als Rechtsbeugung, d.h. als elementarer Rechtsverstoß zugunsten oder zum Nachteil einer Partei, zu werten ist, auch isoliert als eine Straftat dar, greift der Schutz der Sperrwirkung nicht ein.

Die Anwendung der Sperrwirkung hätte sonst zur Folge, dass ein Richter bei Ausübung seiner Tätigkeit, die nicht in einem inneren Zusammenhang mit einer Leitung oder Entscheidung einer Rechtssache steht, Straftaten begehen kann, ohne dafür aufgrund der Sperrwirkung strafrechtlich zur Verantwortung gezogen werden zu können.

*Die vom Angekl. vorgenommenen Änderungen der Urteile stellen sich auch isoliert betrachtet als Urkundenfälschung dar und stehen in **keinem inneren funktionalen Zusammenhang mit der Leitung und Entscheidung einer Rechtssache**, sondern entfernen sich hiervon so erheblich, dass es nicht als ein auf der Leitungs- oder Entscheidungskompetenz des Richters beruhendes Tun oder Unterlassen anzusehen ist.“ (OLG Naumburg aaO)*

(OLG Hamburg in NSStZ-RR 2013, 278; Beschluss vom 24.04.2013 – 1 – 78/12[REV])

Ein **Prüfer des TÜV**, der im Rahmen einer Kfz-Hauptuntersuchung einen **unrichtigen Untersuchungsbericht** erstellt, begeht **keine Falschbeurkundung im Amt** nach § 348 I StGB

Fall: Der Angekl. bescheinigte in seiner Funktion als TÜV-Sachverständiger einem Klein-Lkw, der im Zeitraum vom 15. September 2008 bis 22. April 2010 ausweislich fünf unabhängiger Sachverständigenbegutachtungen aufgrund seiner erheblichen, durchgehend bestehenden technischen Mängel insgesamt verkehrsunsicher war, bei drei in diesem Zeitraum durchgeführten Haupt- bzw. Nachuntersuchungen in den betreffenden Untersuchungsberichten lediglich „geringe Mängel“, „erhebliche Mängel“ sowie „ohne erkennbare Mängel“, wobei er jeweils damit rechnete und es billigend in Kauf nahm, dass das Fahrzeug Mängel hatte, die zur Verkehrsunsicherheit führten. Im Einzelnen hat der Angekl. in dem am 23. Oktober 2008 von ihm erstellten und unterzeichneten Hauptuntersuchungsbericht dem tatsächlich verkehrsunsicheren Fahrzeug „geringe Mängel“ attestiert, als nächsten Hauptuntersuchungstermin „10-2010“ vermerkt und im Untersuchungsbericht weiterhin „HU-Plakette: nein“ sowie „Eine Prüfplakette wurde nicht zugeteilt“ vermerkt. In dem am 16. März 2010 vom ihm gefertigten und unterzeichneten Hauptuntersuchungsbericht hat er dem auch zu diesem Zeitpunkt verkehrsunsicheren Fahrzeug neben der Auflistung einiger konkreter Mängel insgesamt „erhebliche Mängel“ bescheinigt und eine Nachprüfung innerhalb eines Monats unter Vorlage des Untersuchungsberichts angeordnet. Ferner hat er auf dem Bericht „HU-Plakette: nein“ vermerkt. Aufgrund der daraufhin am 17. März 2010 erfolgten Nachuntersuchung des Fahrzeugs hat der Angekl. im unterzeichneten Hauptuntersuchungsbericht trotz Fortbestandes der mangelbedingten Verkehrsunsicherheit dem Klein-Lkw als Ergebnis „ohne erkennbare Mängel“ bescheinigt, als nächsten Hauptuntersuchungstermin „03-2012“ festgehalten sowie „HU-Plakette: nein“ und „Eine Prüfplakette wurde nicht zugeteilt“ vermerkt. Der Untersuchungsbericht enthält ferner den Hinweis, die HU-Plakette werde vom Straßenverkehrsamt zugeteilt.

Fraglich ist, ob die **Erstellung unrichtiger TÜV-Untersuchungsberichte** im Rahmen von Kraftfahrzeughauptuntersuchungen den **Straftatbestand der Falschbeurkundung im Amt** nach § 348 I StGB erfüllt.

- I. Als **TÜV-Sachverständiger** ist der Angekl. zwar **ein zur Aufnahme öffentlicher Urkunden befugter Amtsträger** i. S. des § 11 I Nr. 2 c StGB. Zudem hat er die Hauptuntersuchungsberichte innerhalb seiner Zuständigkeit i. S. des § 348 I 1 StGB angefertigt.
- II. Jedoch hat der Angekl. mit der Erstellung der TÜV-Untersuchungsberichte, einschließlich der Nichtauflistung vorhandener technischer Mängel des untersuchten Fahrzeugs, der jeweiligen Einordnung als „geringe Mängel“ (Fall 1), „erhebliche Mängel“ (Fall 2), „ohne erkennbare Mängel“ (Fall 3) sowie der Vermerke „HU Plakette: nein“ und der Erfassung der Fälligkeit des nächsten Hauptuntersuchungstermins (Fälle 1 und 3) nicht, wie von § 348 I StGB vorausgesetzt, **nicht rechtlich erhebliche Tatsachen falsch beurkundet**.
 1. Denn **nicht jede durch einen Amtsträger** innerhalb seines Zuständigkeitsbereiches **abgegebene urkundliche Erklärung**, die den äußeren Erfordernissen einer öffentlichen Urkunde entspricht, **kann Gegenstand eines Vergehens nach § 348 I StGB sein** (BGHSt 5, 95 m. w. Nachw.). Tatbestandlich erforderlich ist eine für den Verkehr nach außen bestimmte **Urkunde**, die nach gesetzlicher Vorschrift die **Wahrheit der dort bezugten Erklärungen zu öffentlichem Glauben für und gegen jedermann beweist** (RGSt 52, 268; RGSt 59, 13; BGHSt 6, 380; BGH 22, 201).

„Diese erhöhte Beweiswirkung kann nur angenommen werden, wenn kein Zweifel besteht, dass die erhöhte öffentliche Beweiswirkung dem Sinn und Zweck des Gesetzes entspricht, wobei auch die Anschauungen des Rechtsverkehrs zu berücksichtigen sind (BGHSt 22, 201; OLG Thüringen wistra 2010, 111). Dabei ist ein strenger Maßstab anzulegen (BGH aaO). Andernfalls fehlte es an der nach Art. 103 II 2 GG erforderlichen Bestimmtheit des Straftatbestandes des § 348 I StGB (vgl. Puppe, Nomos-Kommentar zum Strafgesetzbuch, 3. Aufl., § 348 Rn 2 und 4). Auch wenn eine öffentliche Urkunde für den Rechtsverkehr nach außen bestimmt ist, folgt daraus noch nicht, dass alle Bestandteile an der erhöhten Beweiskraft teilnehmen; beurkundet sind lediglich die Erklärungen, Vorgänge und Tatsachen, auf die sich der öffentliche Glaube der jeweiligen Urkunde erstreckt (st. Rspr., vgl. BGHSt 12, 88; BGHSt 22, 201; BGHSt 44, 186; BGHSt 47, 39, 41 f.; vgl. auch Zieschang, Leipziger Kommentar StGB, 12. Aufl., § 271 Rn 38; MüKo-StGB/Freund, § 348 Rn 13; Satzger/Schmidt/Widmaier, StGB, § 348 Rn 10; Matt/Renzikowski, StGB, § 348 Rn 8 und § 271 Rn 12 ff.). Darunter fallen nicht Werturteile oder solche Tatsachen, die sich erst durch gedankliche Schlussfolgerung aus einer anderen Tatsache ergeben (HansOLG BeckRS 2010, 14203 m. w. Nachw.). Umfang und Reichweite der Beweiskraft ergeben sich aus den für die Errichtung und den

Zweck der Urkunde maßgeblichen gesetzlichen Bestimmungen, wobei auch die Anschauungen des Rechtsverkehrs zu beachten sind (BGHSt 44, 186).“ (OLG Hamburg aaO)

2. Danach kann eine **Erstreckung des öffentlichen Glaubens** auf die vorliegenden in den Hauptuntersuchungsberichten angeführten Informationen nicht angenommen werden. Es **mangelt** bereits an **einer hinreichenden Rechtsgrundlage, aus der sich zweifelsfrei eine Beweiswirkung für und gegenüber jedermann ableiten ließe**.

- a) **BGH aaO** hat vorliegend nicht über die Frage zu entscheiden, ob der **Prüfplakette als öffentlicher Urkunde** i. S. des § 348 I StGB über die Beurkundung der Fälligkeit des nächsten Hauptuntersuchungstermins (so OLG Hamm MDR 1974, 857; OLG Köln JR 1979, 255; BayObLG NSTZ 1999, 575; so auch zum grds. Gedankeninhalt einer Prüfplakette OLG Karlsruhe DAR 2002, 229; OLG Celle NJW 2011, 2983) hinaus auch **öffentlicher Glaube hinsichtlich der technischen Vorschriftsmäßigkeit des Fahrzeugs** i. S. der Anlagen VIII, VIIIa zu § 29 III StVZO (in der zur Tatzeit maßgeblichen Fassung) zukommt.

„Denn nach den Feststellungen hat der Angekl. in allen drei angeklagten Fällen weder eine Prüfplakette zugeteilt noch eine solche am Kennzeichen des untersuchten Fahrzeugs angebracht. Insoweit kann dahingestellt bleiben, ob bereits die mit Wirkung zum 01.12.1999 geänderte Fassung des § 29 III 2 StVZO („Durch die nach durchgeführter Hauptuntersuchung zugeteilte und angebrachte Prüfplakette wird bescheinigt, dass das Fahrzeug zum Zeitpunkt dieser Untersuchung vorschriftsmäßig nach Nummer 1.2 der Anlage VIII ist“) zu einer Erweiterung des öffentlichen Glaubens der Prüfplakette auch auf die Vorschriftsmäßigkeit des Fahrzeugs i. S. der Prüfvorgaben geführt hat (ausdrücklich ablehnend für den bis 30.11.1999 gültigen § 29 II a StVZO [„Durch die Prüfplakette wird bescheinigt, dass das Fahrzeug zum Zeitpunkt seiner letzten Hauptuntersuchung bis auf etwaige Mängel für vorschriftsmäßig befunden worden ist“]: BayObLG aaO).“ (OLG Hamburg aaO)

- b) Maßgeblich für die Beurteilung, ob bestimmten im Untersuchungsbericht niedergelegten Informationen erhöhte Beweiskraft mit Wirkung für und gegenüber jedermann zukommt, sind allein die **rechtlichen Grundlagen für den Untersuchungsbericht** in ihrer zur Tatzeit gültigen Fassung. Der Annahme, wonach sich aus einer etwaigen erhöhten Beweiswirkung der Prüfplakette betreffend die Vorschriftsmäßigkeit des Fahrzeugs auf das Vorliegen einer öffentlichen Beurkundung bzgl. aller im Untersuchungsbericht niedergelegten Informationen schließen lasse, kann nach **OLG Hamburg aaO** nicht gefolgt werden.

- aa) Weder die durch **§ 29 IX StVZO** statuierte **Pflicht zur Fertigung und Aushändigung des Untersuchungsberichts** noch die gem. § 29 X 1, 2 StVZO vorausgesetzte **Aufbewahrungs- und Vorlagepflicht** treffen eine hinreichend konkrete Aussage über Beweisfunktion und Adressatenkreis des Untersuchungsberichtes, erst recht nicht mit Blick auf die jeweiligen in diesem Dokument niedergelegten und zu unterscheidenden Informationen (OLG Hamburg aaO).

- bb) Soweit der Ordnungsgeber in Anlage VIII Nr. 3.1.5 Regelungen zur **Ausführung eines Untersuchungsberichts** getroffen hat, folgt daraus kein anderes Ergebnis.

„Denn die Vorschrift erfasst lediglich **standardisierte Mindestinhalte eines Hauptuntersuchungsberichtes**. Aus einer solchen eher als **formelle Vorschrift** zu begreifenden Regelung ergibt sich indes nicht zweifelsfrei, ob und ggf. auf welche konkreten Inhalte sich ein etwaiger erhöhter Glaube erstrecken soll. So hat ein Untersuchungsbericht nach Anlage VIII gem. deren Nr. 3.1.5 (in der zu Tatzeit geltenden Fassung) neben Angaben zur Fälligkeit der nächsten Hauptuntersuchung, zu festgestellten Mängeln und zur Entscheidung über die Zuteilung der Prüfplakette u. a. auch Angaben zum aktuellen amtlichen Kennzeichen, zum Monat und Jahr der letzten Hauptuntersuchung, zum Stand des Wegstreckenzählers sowie zu Datum, Uhrzeit und Ort der Sicherheitsprüfung zu enthalten, ohne dass der Vorschrift im Hinblick auf die jeweilige Funktion oder Beweiswirkung eine hinreichende Differenzierung entnommen werden könnte.“ (OLG Hamburg aaO)

- cc) **Systematische Erwägungen** stützen vielmehr die Annahme, dass der Untersuchungsbericht als **Begleitdokumentation der Fahrzeugprüfung** eine **rein innerdienstliche Vorbereitungsmaßnahme** zu der für den Betrieb des Fahrzeugs maßgeblichen Plakettenteilung darstellt.

„So regelt § 29 III 1, 2 StVZO in der zur Tatzeit gültigen Fassung, dass eine Prüfplakette nur dann zugeteilt und angebracht werden darf, wenn keine Bedenken gegen die Vorschriftsmäßigkeit des Fahrzeugs bestehen, und dass durch die nach durchgeführter Hauptuntersuchung zugeteilte und angebrachte Prüfplakette die Vorschriftsmäßigkeit des Fahrzeugs nach Maßgabe der Anlage VIII Nr. 1.2 zum Zeitpunkt der Untersuchung bescheinigt wird. Unabhängig davon, ob sich hieraus hinsichtlich der Prüfplakette ein für § 348 I StGB relevanter **Erklärungsgehalt** ableiten lässt, findet sich jedenfalls eine entsprechende Regelung für den Untersuchungsbericht nicht. Obgleich es dem Verordnungsgeber ohne weiteres möglich gewesen wäre, eine vergleichbare Regelung für den Untersuchungsbericht auszugestalten, ist dies nicht geschehen. Ferner bestimmt § 29 II Nr. 1, V, VI Nr. 1 a), VII 1, 2, VIII StVZO, wer die in ihrer begrenzten Gültigkeitsdauer genau geregelte Plakette in welcher Form anzubringen hat, dass der Halter mit der Prüfplakette den Monat der nächsten fälligen Hauptuntersuchung nachzuweisen hat und dieses Datum von demjenigen, der die Prüfplakette erteilt, in der Zulassungsbescheinigung Teil I zu vermerken ist, sowie die Verpflichtung, die Plakette in ordnungsgemäßen Zustand zu erhalten.

Aus dem vom Verordnungsgeber hergestellten graduellen Unterschied zwischen dem in § 29 IX und X StVZO vorgeschriebenen und durch Anlage VIII durch Mindestinhalte konkretisierten Untersuchungsbericht einerseits und der in Gültigkeit, Funktion und Beweisrichtung ausdrücklich normierten - für den Fahrzeugbetrieb ausschließlich entscheidenden - Prüfplakette andererseits folgt der **innerdienstlich vorbereitende Charakter des Untersuchungsberichts** (so i. E. auch Puppe aaO Rn 16). Folgerichtig ist die Plakettenerteilung gem. Anlage VIII Nr. 3.1.4.1-4 zu § 29 StVZO an die technische Untersuchung und die daraufhin erfolgende - insofern vorbestimmende - Einstufung des Fahrzeugs in eine Mängelklasse durch den Prüfer geknüpft. Hinzu kommt, dass der Verordnungsgeber mit der Einführung des § 29 X 4 StVZO, der der Vereinfachung der Verwaltungspraxis durch Beseitigung einer Doppelregelung sowie dem Schutz des Bürgers vor unnötiger Bürokratie dienen sollte, von der Entbehrlichkeit der Vorlage des Untersuchungsberichts gegenüber den Zulassungsstellen ausgeht, soweit der für diese Stellen überhaupt erkennbar relevante Inhalt - die Fälligkeit der nächsten Hauptuntersuchung - bereits aus einem anderen amtlichen Dokument hervorgeht, wie es gem. § 29 VI Nr. 1a StVZO durch den Eintrag in der Zulassungsbescheinigung Teil I der Regelfall ist. Kein anderer Schluss ist mit Blick auf §§ 7 I, 14 II 2 FZV möglich. Denn auch diese Normen, welche die (Wieder-)Zulassung gebrauchter (Import-)Fahrzeuge betreffen, statuieren gerade nicht die Pflicht zur Vorlage eines Hauptuntersuchungsberichtes. Entsprechend sollte nach Auffassung des Verordnungsgebers die sich aus § 29 X StVZO ergebende Aufbewahrungs- und Vorlagepflicht ein mögliches **Kontrollinstrument** vor dem Hintergrund der Zunahme von Plakettenfälschungen eröffnen (VkBf. 1998 S. 509). Insofern kann aber dem § 29 X StVZO unter Berücksichtigung seines S. 4 nicht mit der für eine Anwendung des § 348 I StGB gebotenen Zweifelsfreiheit entnommen werden, dass die Wahrhaftigkeit konkreter Informationen aus dem Untersuchungsbericht zu öffentlichem Glauben beurkundet sein soll.“ (OLG Hamburg aaO)

- dd) Anderes ergibt sich auch nicht aus der **amtlichen Begründung** zur Novellierung des § 29 III StVZO mit Wirkung vom 01.12.1999, denn diese lässt einen Willen des Verordnungsgebers zur Aufwertung des Untersuchungsberichtes nicht erkennen.

„Das folgt zunächst einmal daraus, dass der Untersuchungsbericht in der amtlichen Begründung überhaupt keine Erwähnung gefunden hat. **Ziel der Neufassung des - ausschließlich die Prüfplakette regelnden - § 29 III StVZO** sowie der Neugliederung der Anlagen zu § 29 StVZO war es, eine **verbesserte Lesbarkeit der Verordnung, die Einführung von einheitlichen Untersuchungs- und Beurteilungsstandards** bei Fahrzeugprüfungen, die **Erhöhung der Qualität und Verbesserung der Aussagequalität der Hauptuntersuchung** sowie die **Gleichbehandlung aller Fahrzeughalter** bei der Durchführung der Hauptuntersuchung zu erreichen (VkBf. 1998 S. 503, 505). Weder eine Anpassung der Untersuchungskriterien noch die vom Landgericht angenommene Erweiterung des Beweisumfangs der Prüfplakette besagen jedoch etwas über eine Aufwertung der im Untersuchungsbericht niedergelegten Informationen zu öffentlichem Glauben.“ (OLG Hamburg aaO)

3. Selbst wenn man die dargestellte Regelungsgrundlage zur Begründung des öffentlichen Glaubens genügen lassen wollte, **fehlt** es aber an einer für eine Strafbarkeit gem. § 348 I StGB erforderlichen **falschen Beurkundung einer rechtlich erheblichen Tatsache im Untersuchungsbericht**.
- a) Obgleich einem sachverständigen Prüfer stets ein gewisser Einschätzungsspielraum beim Erkennen von technischen Mängeln verbleibt, handelt es sich bei den erfassten Mängeln eines Fahrzeugs sowohl nach der Regelungskonzeption der Anlage VIII Nr. 3.1.4 als auch in der Sache um einen dem Beweis zugänglichen gegenwärtigen Zustand und mithin um eine im Untersuchungsbericht **dokumentierte Tatsache**.

Dies **gilt jedoch nicht für die vom Prüfer vorgenommene Klassifizierung** gem. Nr. 3 der Anlage VIIIa zu § 29 StVZO und den Nr. 3 und 4 der dazu ergangenen HU-Richtlinie.

*„Denn danach hat der Prüfer die erkannten **Mängel und das Fahrzeug insgesamt zu bewerten**. Die Einstufung des Fahrzeugs in eine Mängelklasse, welche gem. den vorgenannten Regelungen die Entscheidung über die Plakettenzuteilung maßgeblich vorbestimmt, steht im **pflichtgemäßen Ermessen der prüfenden Person**. Dabei statuiert die HU-Richtlinie in der zur Tatzeit gültigen Fassung nicht nur die pflichtgemäße Entscheidung des Prüfers über die etwaige Einstufung des Fahrzeugs in eine höhere Mängelklasse bei Vorliegen mehrerer Mängel, sondern ausweislich der Anlage zu Nr. 4 der HU-Richtlinie auch die Kompetenz des Prüfers, ein und denselben Mangel in verschiedene Mängelkategorien einzustufen. Dem Prüfer steht folglich entgegen anders lautender Annahme (Köhler SVR 2008, 372) bei dem Beurteilungsvorgang trotz eines anzuwendenden strengen Maßstabs ausweislich Wortlaut und Regelungsgehalt der Anlage VIIIa i. V. m. der HU-Richtlinie weiterhin ein nicht unerheblicher **Bewertungsspielraum** zu. Die im Hauptuntersuchungsbericht vermerkte Kategorisierung des Fahrzeugs (ohne erkennbare Mängel/geringe Mängel/erhebliche Mängel/verkehrsunsicher) stellt folglich gerade keine Tatsache dar, sondern vielmehr ein der (Falsch-)Beurkundung nicht zugängliches Werturteil. Denn hierbei teilt der Prüfer auf der Grundlage seiner Erkenntnisse eine aus einer anderen Tatsache hergeleitete gedankliche, wertende Schlussfolgerung mit.“ (OLG Hamburg aaO)*

- b) Auch der Vermerk „HU-Plakette: nein“ sowie die Mitteilung der Festsetzung des Fälligkeitszeitpunktes der nächsten Hauptuntersuchung im Untersuchungsbericht können nicht zu einer Strafbarkeit wegen Falschbeurkundung im Amt führen.

*„Eine denkbare Interpretation dieser Vermerke, das Fahrzeug habe sich zum Zeitpunkt der Prüfung in vorschriftsmäßigem Zustand befunden, würde einen gedanklichen Schluss aus einem anderen Umstand darstellen, der zudem **aus dem Wortlaut des Vermerks nicht klar erkennbar** wird. Der **Charakter einer Tatsachenbeurkundung** kann den genannten Vermerken nur dahingehend zukommen, dass der Prüfer mit Datum des Untersuchungsberichtes (k)eine Plakette erteilt hat bzw. die Fälligkeit der nächsten Hauptuntersuchung auf ein bestimmtes Datum festgesetzt hat. Diese Vorgänge mögen zwar mit Blick auf das Fahrzeug als **Folge eines fehlerhaften Prüf- oder Bewertungsvorgangs inhaltlich nicht gerechtfertigt und folglich pflichtwidrig** sein; die betreffenden **aufgeführten Tatsachen sind jedoch nicht falsch**, soweit die Plaketten-Nicht-Erteilung bzw. Festsetzung der Fälligkeit des nächsten Hauptuntersuchungstermins tatsächlich wie angegeben stattgefunden haben.“ (OLG Hamburg aaO)*

- c) Könnten mithin allein die im Untersuchungsbericht (unvollständig) niedergelegten Mängel eines Fahrzeugs einer Falschbeurkundung zugänglich sein, kommt es auf diese nicht rechtserheblich mit **Außenwirkung für und gegenüber jedermann** an.

*„Denn selbst wenn man entgegen der bisher **einhelligen Rspr.** den **Untersuchungsbericht nicht bloß als Dokumentation einer der maßgeblichen Plakettenerteilung vorausgehenden Vorbereitungsmaßnahme** ansehen wollte, käme es gegenüber der für eine Mängelbewertung nicht sachverständigen Zulassungsstelle bei der (Wieder-)Zulassung eines Fahrzeugs oder der dort vorgenommenen Plakettenerteilung nicht auf einzelne Mängel an, sondern, wie sich auch aus der Regelung des § 29 X StVZO, insbes. dessen S. 4 ergibt, nur auf einen Erteilungsvermerk über die Prüfplakette oder die niedergelegte Fälligkeit des nächsten HU-Termins.“ (OLG Hamburg aaO)*

- d) Ein **öffentlicher Glaube** betreffend die Mängelfeststellung des Prüfers kann auch **nicht aus dem Bedürfnis des Rechtsverkehrs, ein amtliches Dokument** über den Fahrzeugzustand **zur Erleichterung von privaten Kfz-Veräußerungsgeschäften** zur Verfügung zu haben, **hergeleitet werden**.

*„Denn zum einen ist bereits der Rückschluss von einem (bestreitbaren) allgemeinen Bedürfnis nach einem Qualitätsnachweis auf die Beweiskraft eines amtlichen Dokumentes zu öffentlichem Glauben nicht tragfähig. Zum anderen ist der insoweit **maßgebliche Sinn und Zweck der Hauptuntersuchung nach § 29 StVZO in der Erhöhung der Verkehrssicherheit, nicht aber in der Erhöhung der wirtschaftlichen Verkehrsfähigkeit gebrauchter Fahrzeuge** zu sehen. Ferner dürfte mit Blick auf die Natur der Hauptuntersuchung als grundlegende Sicht-, Wirkungs- und Funktionsprüfung (vgl. Anlage VIII Nr. 4) schon zweifelhaft sein, ob darauf ein berechtigtes Vertrauen der Allgemeinheit in den technischen Zustand eines Fahrzeugs überhaupt gegründet werden kann (insoweit eine Drittwirkung der TÜV-Prüfung ablehnend BGH NJW 1988, 1378 und NJW 1973, 458).“ (OLG Hamburg aaO)*

EGMR in NVwZ-RR 2013, 785; Urteil vom 15.03.2012 – 39692/09, 40713/09, 41008/09)

1. Die **Einkesselung** ist eine **neue Einsatztechnik der Polizei**, um insbesondere mittels moderner Kommunikationstechnik schnell mobilisierte Demonstranten zu isolieren und zu kontrollieren und so die öffentliche Sicherheit und Ordnung zu gewährleisten.
2. Art. 5 I EMRK betrifft die Freiheitsentziehung, nicht einfache Einschränkungen der Freizügigkeit. Die sind in Art. 2 Protokoll Nr. 4 zur EMRK geregelt. **Entziehung der Freiheit** und Beschränkung der **Bewegungsfreiheit unterscheiden sich** aber nur graduell und **nach der Intensität der jeweiligen Maßnahme**, insbesondere nach ihrer Art und Dauer sowie nach ihren Auswirkungen.
3. Das mit der Maßnahme verfolgte **Ziel ist für die Frage, ob eine Freiheitsentziehung vorliegt, irrelevant**. Es spielt grundsätzlich erst bei der Frage der Rechtfertigung eines Eingriffs in das Recht nach Art. 5 I EMRK eine Rolle.
4. Die Einkesselung einer Menschenmenge und der Einsatz von Techniken zu ihrer Kontrolle **kann unter besonderen Umständen eine gegen Art. 5 I EMRK verstoßende Freiheitsentziehung sein**.
5. In dem Zusammenhang ist allerdings **mit Nachdruck darauf hinzuweisen**, dass Maßnahmen der Kontrolle einer Menschenmenge durch die Behörden wegen der **überragenden Bedeutung der Meinungs- und Versammlungsfreiheit** (Art. 10, 11 EMRK) in der demokratischen Gesellschaft nicht dazu benutzt werden dürfen, **direkt oder indirekt Protestbewegungen zu ersticken oder zu entmutigen**.

Fall: Am 01.05.2011 kam es vor der Weltbank in London zu einer Demonstration gegen die Globalisierung. Von dort zogen die Demonstranten zum Oxford Circus, wo sie von der Polizei eingekesselt wurden. Die Bf. zu 1, eine der Demonstranten, wollte sich nach etwa zwei Stunden auf den Weg machen, um ihre Tochter in einer Krippe abzuholen, wurde aber von der Polizei daran gehindert und konnte den Ort erst gegen 21:30 Uhr verlassen. Der Bf. zu 2 wollte über den Oxford Circus zu einem Buchladen, wurde von der Polizei auf einen offenen Zugang verwiesen, geriet aber in den Kessel und konnte den Platz erst gegen 21:20 Uhr verlassen. Ebenso erging es den Bf. zu 3 und 4, deren Arbeitsplatz in der Nähe des Oxford Circus liegt: sie waren während ihrer Mittagspause über den Platz gegangen, den sie dann erst zwischen 20 Uhr und 21:30 Uhr verlassen konnten. Die Bf. saßen so bis zu sieben Stunden auf dem Oxford Circus fest.

In der Absicht, wegen rechtswidriger Freiheitsentziehung auf Schadensersatz zu klagen, wandten sich etwa 150 Personen, die am 01.05.2011 in den Polizeikessel geraten waren, an verschiedene Anwaltsfirmen. Im Interesse eines wirksamen Vorgehens kam es nach Gesprächen zwischen den Betroffenen, ihren Anwälten und der Polizei zu einer Absprache, der zufolge die Bf. zu 1 als Teilnehmerin an der Demonstration und ein unbeteiligter Passant im Rahmen eines Musterprozesses Klage erheben würden. Die Polizei verpflichtete sich den übrigen Personen gegenüber, darunter den Vertretern der Bf. zu 2, 3 und 4, sich nicht auf Verjährung zu berufen, wenn sie nach Abschluss des Musterprozesses klagen würden. Der Prozess begann vor dem High Court, der die Klage am 23.03.2005 abwies ([2005] EWHC 480 - QB). Der Court of Appeal wies die Berufung am 15.10.2007 zurück ([2007] EWCA Civ 989), das House of Lords die Revision am 28.01.2009 ([2009] UKHL 5). Der High Court war der Auffassung, die Einkesselung sei Freiheitsentziehung i. S. von Art. 5 EMRK, die aber sei nach Art. 5 I lit. c EMRK gerechtfertigt, denn die Polizei habe beabsichtigt, die Personen festzunehmen und vor Gericht zu bringen, bei denen hinreichender Verdacht bestand, sie hätten Straftaten begangen oder ihre Festnahme sei notwendig, um sie an der Begehung einer Straftat zu hindern. Für den Court of Appeal und das House of Lords war die Einkesselung keine Freiheitsentziehung i. S. von Art. 5 EMRK. Dabei haben sich die Richter des House of Lords in ihrer einstimmigen Entscheidung ausführlich mit der Rechtsprechung des Gerichtshofs zu Art. 5 EMRK auseinandergesetzt. Am 17. bzw. 27.07.2009 haben sich die Bf. an den Gerichtshof gewandt und geltend gemacht, ihre Einkesselung bis zu sieben Stunden sei eine Freiheitsentziehung i. S. von Art. 5 I EMRK gewesen. Ist dies zutreffend?

I. Auslegungsvorgaben für die Anwendung der EMRK

1. Auslegung im Licht der heutigen Verhältnisse

*„Erstens, wie zu vielen Malen betont, ist die Konvention ein **lebendes Instrument**, das **im Licht der heutigen Verhältnisse** und der in demokratischen Staaten dieser Tage herrschenden Vorstellungen **auszulegen** ist (s. u. a.: EGMR NJW 1979, 1989 – Tyrer/Vereinigtes Königreich; EGMR, NJW-RR 2004, 289 [291] – Christine Goodwin/Vereinigtes Königreich; und kürzlich: EGMR, NVwZ 2012, 1603 [1605] – Bayatyan/Armenien).“* (EGMR aaO)

2. keine Schaffung neuen Rechts oder neuer Ausnahmen bzw. Rechtfertigungen

„Das **heißt aber nicht**, dass der Gerichtshof zusätzlich zu den von der Konvention garantierten Rechten ein **neues Recht schaffen** könnte, um den heutigen Bedürfnissen, Verhältnissen, Auffassungen und Standards zu entsprechen (s. EGMR, 1986, Serie A, Bd. 112, S. 24 ff. Nr. 51 ff. = EGMR-E 3, 356 – Johnston u. a./Irland) oder dass er ein **bestehendes Recht verkürzen** oder eine neue „Ausnahme“ oder „Rechtfertigung“ **schaffen** könnte, die nicht ausdrücklich in der Konvention vorgesehen ist (s. z. B.: EGMR, EGMR-E 1, 178 – Engel u. a./Niederlande; EGMR, EGMR-E 4, 239 – Ciulla/Italien).“ (EGMR aaO)

II. Ermessensspielraum der Polizei

„Der Polizei muss bei Entscheidungen über ihren Einsatz ein gewisser **Ermessensspielraum** eingeräumt werden. Solche **Entscheidungen sind fast immer schwierig**, und die Polizei, die über der Öffentlichkeit nicht zugängliche Informationen und nachrichtendienstliche Kenntnisse verfügt, ist normalerweise am besten in der Lage, Entscheidungen dieser Art zu treffen (s. EGMR, Entsch. v. 23.11.2010 – 28326/09 Nr. 41 – P. F. u. E.F./Vereinigtes Königreich).“ (EGMR aaO)

Außerdem war es angesichts der **Entwicklung der Kommunikationstechnik** schon 2001 möglich, **Demonstranten** schnell und heimlich **in einer bis dahin unbekanntem Größenordnung zu mobilisieren**. Polizeikräfte in den Konventionsstaaten stehen neuen Herausforderungen gegenüber, vielleicht nicht vorhergesehen, als die Konvention ausgearbeitet wurde, und haben neue Techniken entwickelt, um ihnen zu begegnen, einschließlich Einschließung oder „Einkesselung“.

„Art. 5 EMRK kann nicht so ausgelegt werden, dass es der **Polizei unmöglich gemacht** wird, ihrer Aufgabe nachzukommen, die **öffentliche Ordnung aufrechtzuerhalten** und die Öffentlichkeit zu schützen, vorausgesetzt, sie hält sich an den dem Art. 5 EMRK zu Grunde liegenden Grundsatz, den Einzelnen gegen Willkür zu schützen (s. EGMR, Slg. 2008 Nr. 67 ff. =NVwZ 2007, 913 – Saadi/Vereinigtes Königreich).“ (EGMR aaO)

III. Bedeutungsgehalt von Art. 5 I EMRK

Art. 5 I EMRK befasst sich mit Freiheitsentziehungen, nicht mit einfachen Beschränkungen der Freizügigkeit. diese sind in Art. 2 Protokoll Nr. 4 zur EMRK geregelt. Danach sind Einschränkungen des Rechts auf Freizügigkeit zulässig, wenn sie notwendig sind, u. a. um die **öffentliche Ordnung aufrechtzuerhalten**, Straftaten zu verhüten oder die Rechte und Freiheiten anderer zu schützen.

1. kein Hineinlesen nicht ratifizierter Protokolle in die EMRK

Die Bf. haben sich nicht auf Art. 2 Protokoll Nr. 4 zur EMRK berufen, denn das Vereinigte Königreich hat das Protokoll nicht ratifiziert und ist also nicht daran gebunden.

„...**Art. 5 EMRK [kann] grundsätzlich nicht so ausgelegt werden**, dass ihm die **Verpflichtungen nach dem Protokoll Nr. 4 zur EMRK für Staaten zugeordnet werden**, die, wie das Vereinigte Königreich, **das Protokoll nicht ratifiziert haben**.“ (EGMR aaO)

Vor diesem Hintergrund kommt eine Verletzung des Art. 5 I EMRK nur in Betracht, wenn tatsächlich nicht nur eine Beschränkung der Freizügigkeit, sondern eine Freiheitsentziehung vorliegt.

2. Begriff der Freiheitsentziehung

Um zu entscheiden, ob Jemandem i. S. von Art. 5 I EMRK die Freiheit entzogen worden ist, muss von der konkreten Situation ausgegangen und müssen eine Reihe von Gesichtspunkten berücksichtigt werden, wie die Art, die Dauer, und die Auswirkungen der Maßnahme sowie ihre Anwendungsweise.

a) nur gradueller Unterschied zwischen Freiheitsentziehung und Beschränkung der Bewegungsfreiheit

„**Entziehung der Freiheit und Beschränkung der Bewegungsfreiheit unterscheiden sich nur graduell** und nach der Intensität, nicht aber nach ihrer Natur oder ihrem Wesen (s. EGMR, EGMR-E 1, 178 – Engel u. a./Niederlande; EGMR NJW 1984, 544 – Guzzardi/Italien; EGMR NJW-RR 2006, 307 [310] – Storck/Deutschland; sowie kürzlich: EGMR, NJOZ 2011, 231 [233] – Medvedyev u. a./Frankreich).“ (EGMR aaO)

b) Zusammenhang einer Maßnahme als Wertungsmaßstab

„Doch da es notwendig ist, die „Art“ und die „Anwendungsweise“ der Maßnahme zu berücksichtigen, kann auf den **besonderen Zusammenhang und die Begleitumstände abgestellt** werden, die zu einer anderen Art Einschränkung als das typische Einsperren in einer Zelle gehören (s. EGMR EGMR-E 1, 178 – Engel u. a./Niederlande; EGMR, NJW 1984, 544 – Guzzardi/Italien; EGMR NVwZ 1997, 1102

– Amuur/Frankreich). Der **Zusammenhang einer Maßnahme ist in der Tat ein wichtiger Umstand**, den es zu berücksichtigen gilt, denn es gibt in der modernen Gesellschaft häufig Situationen, in denen die Öffentlichkeit aufgerufen sein kann, Einschränkungen der Freizügigkeit oder der Freiheit im Interesse des Gemeinwohls hinzunehmen. (EGMR aaO)

c) Unvermeidliche Einschränkungen der Bewegungsfreiheit keine Freiheitsentziehung

Die Bürger stimmen im Allgemeinen bestimmten vorübergehenden Einschränkungen ihrer Bewegungsfreiheit zu, etwa bei Reisen in öffentlichen Verkehrsmitteln, auf der Autobahn oder in Fußballstadien. Solche **üblichen Einschränkungen** sind **keine „Freiheitsentziehung“** i. S. von Art. 5 I EMRK, solange sie **unvermeidlich das Ergebnis von Umständen** sind, die außerhalb der Kontrolle der Behörden liegen und notwendig sind, eine reale Gefahr ernsthafter Verletzungen oder Schädigungen abzuwenden, und die sich auf das unbedingte Minimum beschränken.

d) Unbeachtlichkeit des Maßnahmeziels

Allerdings ist das mit der **Maßnahme verfolgte Ziel** für die Unterscheidung zwischen Freiheitsentziehung und Beschränkung irrelevant.

„Tatsächlich zeigt die Rechtsprechung des Gerichtshofs, dass ein **öffentliches Interesse**, dem die Maßnahme Rechnung tragen will, zum Beispiel der Schutz der Gemeinschaft gegen eine erkannte Gefahr durch einen Dritten, **für die Frage, ob Jemandem die Freiheit entzogen wurde, unwesentlich** ist, wenngleich es für die anschließende Prüfung, ob die Freiheitsentziehung nach Art. 5 I gerechtfertigt war, wichtig sein kann (s. u. a.: EGMR NJOZ 2010, 1903 [1908] – A. u. a./Vereinigtes Königreich; EGMR NJW 2006, 2313– Enhorn/Schweden; EGMR NJW 2010, 2495 m. Anm. Eschelbach – M./Deutschland). Dasselbe gilt bei der Unterbringung einer Person, wenn es deren Ziel und Zweck ist, den Betr. zu schützen, zu behandeln oder zu versorgen, es sei denn, er hätte der Maßnahme wirksam zugestimmt, die sonst eine Freiheitsentziehung wäre (s. EGMR NJW-RR 2006, 307 [310 f.] – Storck/Deutschland m. w.N.; kürzlich: EGMR NJOZ 2013, 1190– Stanev/Bulgarien; s. auch zur Wirksamkeit einer Einwilligung: EGMR NVwZ 1997, 1102 – Amuur/Frankreich).“ (EGMR aaO)

e) keine Rechtfertigungsfähigkeit von Freiheitsentziehungen außerhalb Art. 5 I EMRK

Art. 5 EMRK garantiert ein grundlegendes Menschenrecht, nämlich den Schutz des Einzelnen gegen willkürliche Eingriffe des Staates in sein Recht auf Freiheit. Art. 5 I lit. a - f EMRK enthält eine erschöpfende Liste der Gründe, aus denen es zulässig ist, Jemandem die Freiheit zu entziehen, und keine Freiheitsentziehung ist mit Art. 5 I EMRK vereinbar, es sei denn, sie fällt unter eine dieser Vorschriften.

„Es ist **nicht ausgeschlossen**, dass die **Einkesselung** einer Menschenmenge und der Einsatz von Techniken zu ihrer Kontrolle unter besonderen Umständen eine gegen Art. 5 I EMRK verstoßende **Freiheitsentziehung** ist. In jedem Fall muss Art. 5 I EMRK so ausgelegt werden, dass der besondere Zusammenhang, in dem solche Techniken eingesetzt werden, berücksichtigt wird, sowie auch die Aufgabe der Polizeibehörden, die öffentliche Sicherheit und Ordnung aufrechtzuerhalten und die Öffentlichkeit zu schützen, wozu sie nach staatlichem Recht und nach der Konvention verpflichtet sind.“ (EGMR aaO)

IV. Anwendung dieser Grundsätze im vorliegenden Fall

1. Prüfungsumfang

Der **Rechtsschutz durch den Gerichtshof** ist im Verhältnis zum staatlichen Grundrechtsschutz **subsidiär** (s. EGMR, NJOZ 2010, 1903 [1907] – A. u. a./Vereinigtes Königreich). Der Gerichtshof muss vermeiden, die Rolle eines erstinstanzlichen Tatsachengerichts einzunehmen, es sei denn, das ist nach den Umständen des Falls unvermeidbar. Wenn es staatliche Verfahren gegeben hat, ist es grundsätzlich nicht seine Aufgabe, seine eigene Beurteilung an die Stelle der von staatlichen Gerichten zu setzen, deren Aufgabe es ist, den Sachverhalt auf Grund erhobener Beweise festzustellen.

„Ihre Beurteilung bindet zwar den Gerichtshof nicht, denn es steht ihm frei, die **Tatsachen unter Berücksichtigung allen ihm vorliegenden Materials selbst zu beurteilen**. Ohne zwingende Gründe aber wird er normalerweise nicht von den tatsächlichen Feststellungen des staatlichen Richters abweichen (s. EGMR NVwZ 2011, 1441 [1443] – Guiliani u. Gaggio/Italien). Wengleich er dessen Tatsachenfeststellungen berücksichtigen muss, ist der Gerichtshof, der nach Art. 19 und 32 EMRK die Konvention letztendlich auslegen und anwenden muss, an die **rechtliche Beurteilung** des staatlichen Richters, ob eine Freiheitsentziehung i. S. von Art. 5 I EMRK vorliegt, **nicht gebunden** (s. z. Bsp.: EGMR, NJW-RR 2006, 307 [310] – Storck/Deutschland).“ (EGMR aaO)

2. Feststellungen des nationalen Gerichts

Der High Court stellte u. a. fest, dass sich aus den der Polizei im Vorfeld bekannten Informationen ergeben hatte, dass die Demonstration einen „harten Kern“ von 500 – 1.000 gewaltbereiten Personen anziehen würde und ein erhebliches Risiko bestünde, dass es zu schweren Verletzungen, wenn nicht gar zum Tod von Menschen sowie zu materiellen Schäden kommen werde, wenn die Menge nicht wirksam kontrolliert werde. Angesichts der nachrichtendienstlichen Informationen, die sie erhalten hatte, sowie des Verhaltens von Teilnehmern an früheren Demonstrationen zu ähnlichen Themen entschied die Polizei, ab 14 Uhr eine geschlossene Absperrkette zu errichten, um Gewalt und die Gefahr einer Verletzung von Personen und materieller Schäden abzuwenden.

*„Die Menschen innerhalb der Absperrung hatten **Platz, sich zu bewegen**, und es gab kein Gedränge, doch waren die Verhältnisse dort ungemütlich, ohne Obdach, ohne Essen, Wasser und Toiletten. Im Laufe des Nachmittags und des Abends versuchte die Polizei, Personen gruppenweise herauszulassen, doch das gewalttätige und unkooperative Verhalten einer starken Minderheit innerhalb der Absperrung und um den Platz herum veranlasste sie wiederholt, ihr Vorhaben zu unterbrechen. Daher war die Einkesselung nicht vor 21:30 Uhr völlig beendet. Allerdings hatte die Polizei zuvor etwa 400 Personen erlaubt, den Oxford Circus zu verlassen, die offensichtlich nichts mit der Demonstration zu tun hatten oder durch die Einkesselung in erhebliche Schwierigkeiten geraten waren. Das ist **unbestritten**, und es gibt keinen Grund, von diesen Feststellungen abzuweichen. Die Bf. zu 1, 2 und 3 waren innerhalb des polizeilich abgesperrten Platzes ungefähr 7, der Bf. zu 4 etwa 5 ½ Stunden.“* (EGMR aaO)

3. Prüfung des EGMR

Fraglich ist, ob die so beschriebene Lage der Bf. die Annahme rechtfertigt, dass eine Freiheitsentziehung vorliegt, die nicht gerechtfertigt ist.

*„Der Gerichtshof muss die **konkrete Lage der Bf. im Licht der Kriterien** prüfen, die er in seinem Urteil **Engel u. a./Niederlande** (EGMR, 1976, Serie A, Bd. 22 = EGMR-E 1, 178) und der späteren Rechtsprechung aufgestellt hat. Nach den **Engel-Kriterien** sprechen die Einkesselung, ihre **Dauer** und ihre **Auswirkungen** auf die Bf., insbesondere die physische Unannehmlichkeit und die Unmöglichkeit, den Platz zu verlassen, für eine Freiheitsentziehung.*

*Doch müssen auch die „Art“ und die „Anwendungsweise“ des Polizeieinsatzes berücksichtigt werden. Festzuhalten ist daher, dass die Einkesselung vorgenommen wurde, um eine große **Menschenmenge in einer instabilen und gefährlichen Situation zu isolieren und zusammenzuhalten**. Der High Court ist zu dem Ergebnis gekommen, dass die Polizei angesichts der Lage auf dem Oxford Circus keine Alternative zur Einkesselung hatte, wenn sie eine **echte Gefahr ernsthafter Verletzung von Menschen und materielle Schäden vermeiden** wollte. Es gibt keinen Grund, von der Feststellung des High Court abzuweichen, dass unter den gegebenen Umständen die **Einkesselung das am wenigsten einschneidende und das wirksamste Mittel war**. Die Bf. haben im Übrigen nicht geltend gemacht, dass den Personen auf dem abgesperrten Platz schon mit Errichtung der Sperren die Freiheit entzogen worden sei.*

*Außerdem und wieder auf der Grundlage des von den britischen Richtern festgestellten Sachverhalts lässt sich nicht erkennen, wann genau die umstrittene Maßnahme von dem, was es allenfalls war, nämlich eine Einschränkung der Bewegungsfreiheit, zu einer Freiheitsentziehung geworden wäre. Es ist bemerkenswert, dass die Polizei etwa fünf Minuten nach der Einkesselung plante, die Menschen kontrolliert nach Norden herauszulassen. Dreißig Minuten später begann sie einen zweiten Versuch, der aber wegen des gewalttätigen Verhaltens innerhalb und außerhalb der Absperrung. Da die Polizei die Lage **ständig eingehend überprüft** hat und **dieselbe gefährliche Situation**, welche die Einkesselung um 14 Uhr erforderlich gemacht hatte, den ganzen Nachmittag und noch am frühen Abend bestand, lässt sich nicht sagen, dass den Personen auf dem abgesperrten Oxford Circus die Freiheit i. S. von Art. 5 I EMRK entzogen worden ist. Da **Freiheitsentziehung nicht vorliegt**, ist es nicht erforderlich zu prüfen, ob die Einkesselung nach Art. 5 I lit. a und b EMRK gerechtfertigt war.“* (EGMR aaO)

V. Ergebnis: Es liegt keine Freiheitsentziehung vor.

*„Dies beruht auf den besonderen und außergewöhnlichen Umständen des Falls. Es ist mit Nachdruck darauf hinzuweisen, dass angesichts der **überragenden Bedeutung der Meinungs- und Versammlungsfreiheit in einer demokratischen Gesellschaft** Maßnahmen der Kontrolle einer Menschenmenge von den Behörden nicht dazu benutzt werden dürfen, **direkt oder indirekt Protestbewegungen zu ersticken oder zu entmutigen**. Wäre es nicht erforderlich gewesen, die Einkesselung beizubehalten, um ernsthafte Verletzungen der Menschen oder Sachschäden zu verhindern, wäre die „Art“ der Maßnahme eine andere gewesen und ihr Zwangscharakter zusammen mit den Einschränkungen hätte ausreichen können, sie unter Art. 5 EMRK fallen zu lassen.“* (EGMR aaO)

(OVG Lüneburg in DÖV 2013, S. 740, Beschluss vom 28.06.2013 – 11 LA 27/13 –)

1. Für die Erteilung eines **polizeirechtlichen Aufenthaltsverbotes** müssen konkrete Tatsachen vorliegen, aus denen mit der erforderlichen Sicherheit auf die **bevorstehende Begehung von Straftaten gerade durch die betreffende Person** geschlossen werden kann.
2. Beschränkungen der Versammlungsteilnahme sind auch im Vorfeld einer Versammlung nur mit Hilfe der **versammlungsgesetzlich geregelten teilnehmerbezogenen Maßnahmen** rechtlich möglich. Ergeht eine solche Anordnung nicht, ist ein polizeirechtliches Aufenthaltsverbot, das in der Sache zu dem Verlust des Teilnahmerechts an einer Versammlung führt, nicht zulässig.

Fall: Der Kläger wendet sich gegen einen ihm gegenüber am 04.06.2011 gegen 09.45 Uhr ausgesprochenen polizeilichen Platzverweis für den gesamten Innenstadtbereich von B. bis 24.00 Uhr. An diesem Tag sollte in B. ursprünglich ein Demonstrationaufzug der rechten Szene beginnend vom Hauptbahnhof in der Zeit von 11.00 bis 20.00 Uhr unter dem Motto „Tag der deutschen Zukunft - Ein Signal gegen Überfremdung - Gemeinsam für eine deutsche Zukunft“ (im Folgenden: Kundgebung „Rechts“) stattfinden. Nachdem die Stadt B. den Aufzug und jede Form der Ersatzveranstaltung unter Anordnung der sofortigen Vollziehung verboten hatte, stellte der Senat im Eilverfahren (Beschl. v. 01.06.2011 - 11 ME 164/11 -, NordÖR 2011, 367, juris) die aufschiebende Wirkung der vom Veranstalter erhobenen Klage mit der Maßgabe wieder her, dass die Versammlung stationär am Hauptbahnhof B. auf dem Parkplatz zwischen dem südwestlichen Ende des Bahnhofshauptgebäudes und dem Zentralen Omnibusbahnhof an der S. Straße in der Zeit von 12.00 bis 15.00 Uhr stattfinden dürfe. Der Deutsche Gewerkschaftsbund - DGB - hatte für denselben Tag ebenfalls in Bahnhofnähe eine Versammlung zum Thema „Demokratie und Zivilcourage“ angezeigt, die von 10.00 bis 19.00 Uhr durchgeführt werden sollte. Eine Einsatz Einheit der Polizeidirektion Hannover, die im Hinblick auf diese Kundgebungen in B. eingesetzt worden war, führte an einem Absperrring im Bereich V-Straße, die direkt auf den vor dem Bahnhof gelegenen Berliner Platz mündet, Personenkontrollen durch.

Gegen 09.30 Uhr passierte der Kläger in Begleitung von drei weiteren Personen zu Fuß diesen Bereich in Richtung Bahnhof. Da er und seine Begleitung nach Einschätzung der Polizei rein äußerlich dem linken Spektrum zuzuordnen waren, sprachen die Einsatzkräfte sie an und forderten sie auf, sich auszuweisen. Dies taten der Kläger und seine Begleiter laut Angaben der Polizei widerwillig und erst auf mehrfache Aufforderung hin. Sie gaben an, auf dem Weg zur DGB-Kundgebung zu sein. Bei der Kontrolle stellten die Polizeibeamten fest, dass einer der Begleiter des Klägers als „Straftäter linksmotiviert“ im polizeilichen Informationssystem „INPOL“ gespeichert war. Bei einer Durchsichtung der von der Gruppe mitgeführten Rucksäcke fanden die Polizeibeamten schwarze Kapuzenpullover, Sonnenbrillen und einen Schal, die sie als Vermummungsmaterialien ansahen, ohne sie allerdings den einzelnen Personen zuordnen zu können.

Um 09.45 Uhr verfügte die Einsatzleiterin gegenüber sämtlichen Mitgliedern der Gruppe, auch gegenüber dem Kläger, einen Platzverweis für den gesamten Innenstadtbereich der Stadt B. bis zum 04. Juni 2011 um 24.00 Uhr. Der Kläger erhielt ein Platzverweisformular ausgehändigt, auf dem folgende Begründung vermerkt war: „Der unkooperative Herr K. ist dem linken Spektrum zuzuordnen und begab sich in Richtung der äußeren Absperrung zur rechten Demo. Die Gruppe hatte Vermummungsmaterialien bei sich. Es ist davon auszugehen, dass K. Straftaten begehen wird“. Danach wurden der Kläger und die drei anderen Personen in Richtung H.-B1-Ring entlassen. Hiergegen hat der Kläger eine zulässige Fortsetzungsfeststellungsklage erhoben. Ist diese begründet?

Die Fortsetzungsfeststellungsklage ist nach § 113 I 4 VwGO analog begründet, wenn der dem Kläger gegenüber verfügte Platzverweis rechtswidrig war.

I. Ermächtigungsgrundlage

Der ergangene Platzverweis könnte ein Aufenthaltsverbot nach § 17 IV 1 Nds. SOG sein. Allerdings ist fraglich, ob § 17 IV 1 Nds. SOG insoweit überhaupt anwendbar ist, als das Aufenthaltsverbot auch den örtlichen Bereich umfasste, der die Versammlung des DGB und den Weg des Klägers dorthin betraf.

„Wie das Verwaltungsgericht zutreffend dargelegt hat, hätte insofern vor Erlass eines Platzverweises ein auch im Vorfeld der Versammlung möglicher Ausschluss des Klägers von der Veranstaltung des DGB nach § 10 III NdsVersG erfolgen müssen. Anordnungen, die der Sache nach zu einem Verlust des Teilnahmerechts führen, wie ein Aufenthaltsverbot oder eine Ingewahrsamnahme, sind nicht zulässig, solange die Versammlung nicht aufgelöst oder die betreffende Person nicht von der Versammlung ausgeschlossen worden ist (vgl. BVerfG, Beschl. v. 26.10.2004 - 1 BvR 1726/01 -, NVwZ 2005, 80, juris, Rn. 17, und Beschl. v. 30.4.2007 - 1 BvR 1090/06 -, juris, Rn. 43; Wefelmeier/Miller, a. a. O., § 10 Rn. 18 u. Rn. 20; Ullrich, Nds. Versammlungsgesetz, § 10, Rn. 18; siehe auch: Saipa, Nds. SOG, Stand: Mai 2013; § 17, Rn. 5). Da nicht widerlegt werden kann, dass der Kläger die DGB-Kundgebung aufsuchen wollte, hat er in Bezug auf diese Versammlung den Schutz der

Versammlungsfreiheit aus Art. 8 GG genossen. Um die nach den Einsatzplänen der Polizei erforderliche Trennung der Teilnehmer der DGB-Versammlung und der Kundgebung „Rechts“ zu gewährleisten, hätte der Kläger ggf. auf einen anderen Weg zur DGB-Kundgebung verwiesen werden können.“ (OVG Lüneburg aaO)

§ 17 IV 1 Nds. SOG kann daher nur hinsichtlich des nicht auf die DGB-Kundgebung bezogenen Aufenthaltsverbotes taugliche Ermächtigungsgrundlage sein.

II. formelle Rechtmäßigkeit

Hinsichtlich der formellen Rechtmäßigkeit bestehen keine Bedenken.

III. materielle Rechtmäßigkeit

Die Entscheidung ist nach § 17 IV 1 Nds. SOG materiell rechtmäßig, wenn die Tatbestandsvoraussetzungen der Ermächtigungsgrundlage vorliegen und die vorgesehenen Rechtsfolgen die Maßnahme decken.

1. Vorliegen der Tatbestandsvoraussetzungen

Nach § 17 IV 1 Nds. SOG kann, wenn Tatsachen die **Annahme rechtfertigen**, dass eine Person in einem bestimmten örtlichen Bereich eine **Straftat begehen** wird, ihr für eine bestimmte Zeit verboten werden, diesen Bereich zu betreten oder sich dort aufzuhalten, es sei denn, sie hat dort ihre Wohnung.

*„Hinreichende Anhaltspunkte dafür, dass der Kläger in dem von dem Aufenthaltsverbot umfassten Bereich Straftaten begehen würde, lagen im maßgeblichen Zeitpunkt der streitigen Anordnung nicht vor. Dabei ist zu berücksichtigen, dass ein Aufenthaltsverbot nicht auf Vermutungen oder subjektive Einschätzungen gestützt werden kann, sondern dass **konkrete Tatsachen** vorliegen müssen, aus denen mit der erforderlichen Sicherheit auf die **bevorstehende Begehung von Straftaten gerade durch die betreffende Person** geschlossen werden kann.“ (OVG Lüneburg, aaO)*

Fraglich ist, ob solche konkreten Anhaltspunkte für die bevorstehende Begehung von Straftaten durch den Kläger vorlagen.

a) Vermummung

*„Wie das Verwaltungsgericht zutreffend dargelegt hat, reichte der Umstand, dass von dem Kläger und seinen drei Begleitern **schwarze Kapuzenpullover, Sonnenbrillen** und ein **Schal** mitgeführt wurden, zum maßgeblichen Zeitpunkt der polizeilichen Kontrolle nicht für die Annahme aus, dass der Kläger eine Straftat begehen werde. Derartige Bekleidungsgegenstände und Sonnenbrillen können bei entsprechendem Einsatz zwar die Feststellung der Identität verhindern und sind damit **grundsätzlich zur Vermummung geeignet**. Anders als Waffen sind Vermummungsgegenstände als solche aber nicht **ersichtlich zur Begehung von Straftaten bestimmt**.“ (OVG Lüneburg aaO)*

So kommt bei dem bloßen **Mitsichführen von Vermummungsgegenständen** nach § 21 I Nr. 15 NdsVersG lediglich eine **Ordnungswidrigkeit** in Betracht, sofern dadurch gegen eine vollziehbare Anordnung nach § 10 II NdsVersG verstoßen wird. Eine zu erwartende Begehung von Ordnungswidrigkeiten reicht nicht aus, um ein Aufenthaltsverbot zu rechtfertigen. Erst das **Anlegen einer Vermummung** kann nach § 20 II 1 Nr. 5 NdsVersG **zu einer Strafbarkeit führen**, vorausgesetzt, dass dadurch einer vollziehbaren Anordnung nach § 10 II NdsVersG zuwidergehandelt wird. Ein **Verstoß gegen das Vermummungsverbot** hat daher nicht schon bei Erfüllung des Verbotstatbestandes, sondern erst dann strafrechtliche Relevanz, wenn **zuvor eine einzelfallbezogene versammlungsrechtliche Anordnung** ergangen ist, um das Verbot durchzusetzen, und dieser Anordnung nicht Folge geleistet worden ist.

*„Dafür, dass der Kläger gegen das Vermummungsverbot verstoßen und auch nach entsprechender Anordnung die Vermummung nicht ablegen und sich somit strafbar machen würde, lagen aber **keine hinreichenden Anhaltspunkte vor**. Zudem wäre hier als **milderes Mittel** zur Verhinderung einer solchen Straftat eine Anordnung nach § 10 II NdsVersG bzw. eine **Sicherstellung des Vermummungsmaterials** in Betracht gekommen.“ (OVG Lüneburg aaO)*

b) Mitführen von Vermummungsgegenständen als offenkundige Gewaltbereitschaft

Auch konnte nicht ohne weitere Hinweise allein aufgrund der mitgeführten Gegenstände darauf geschlossen werden, dass der Kläger beabsichtigte, sich unfriedlich

zu verhalten und Straftaten wie Körperverletzungsdelikte oder Sachbeschädigungen zu begehen.

„Zwar besteht ein Zusammenhang zwischen dem Auftreten vermummter Demonstranten bzw. Störer und dem Ausbruch von Gewalttätigkeiten, d. h. **von ver Mum mten Personen in einer Versammlung geht eine abstrakte Gefahr aus**, die durch das Vermummungsverbot verhindert werden soll (vgl. dazu auch: Wefelmeier/Miller, Nds. Versammlungsgesetz, § 9 Rn. 1, 10). Anders als bei Waffen oder Schutzausrüstungsgegenständen indiziert allein das **Mitführen von zur Vermummung geeigneten Gegenständen aber noch keine offenkundige Gewaltbereitschaft**. Hinzutreten müssen vielmehr weitere Aspekte, die bezogen auf den jeweiligen Einzelfall erwarten lassen, dass die betreffende Person Straftaten begehen wird. Dies ist hier nicht der Fall. Dass der Polizei zum Zeitpunkt der Kontrolle bekannt war, dass einer der Begleiter des Klägers in der Datei INPOL als Straftäter „linksmotiviert“ gespeichert gewesen ist, ließ objektiv keine Rückschlüsse auf ein strafbares Verhalten des Klägers zu. [wird ausgeführt].“ (OVG Lüneburg aaO)

c) Stören der Kundgebung „Rechts“

Auch der Umstand, dass der Kläger in der Nähe des Bahnhofs angetroffen wurde, wo die Kundgebung „Rechts“ stattfinden sollte, ließ nicht mit hinreichender Sicherheit darauf schließen, dass er diese Kundgebung stören wollte.

„Seine Angabe gegenüber der Polizei, **auf dem Weg zur DGB-Kundgebung zu sein**, kann entgegen der Auffassung der Beklagten **nicht als „Schutzbehauptung“** angesehen werden. Die Versammlung des DGB sollte um 10.00 Uhr ebenfalls in Bahnhofsnähe am Berliner Platz mit einer Kundgebung beginnen und war von der Kontrollstelle an der V-Straße ebenso gut erreichbar wie die Kundgebung „Rechts“, die ab 12.00 Uhr auf dem Parkplatz am Bahnhof stattfinden sollte. Der Kläger und seine Begleiter hätten sich daher durchaus, wie von ihnen angegeben, zum Zeitpunkt der polizeilichen Kontrolle gegen 09.35 Uhr auf dem Weg zur Kundgebung des DGB befinden können. Der Umstand, dass der Kontrollpunkt näher an der Kundgebung „Rechts“ als an der Versammlung des DGB lag, schließt dies jedenfalls nicht aus.“ (OVG Lüneburg aaO)

d) Verhalten am Versammlungspunkt

Möglicher Weise lässt das Verhalten des Klägers am Kontrollpunkt jedoch den Schluss auf die bevorstehende Begehung von Straftaten zu.

„Nach dem Bericht der Einsatzleiterin vom 07.07.2011 wurden der Kläger und seine Begleiter an dem Sperrpunkt an der V-Straße von der Polizei angesprochen und gebeten, sich auszuweisen. Sie hätten zunächst nicht angegeben, woher sie gekommen seien, und **nur widerwillig und auf mehrfache Aufforderung hin ihre Personalausweise ausgehändigt**. Dieses aus Sicht der Polizei **unkooperative Verhalten** rechtfertigte objektiv aber noch nicht die Annahme, dass von dem Kläger Straftaten zu erwarten waren. So hat der Kläger **kein aggressives Verhalten** gegenüber den Polizisten gezeigt und letztendlich auch der polizeilichen Aufforderung, sich auszuweisen, Folge geleistet.“ (OVG Lüneburg aaO)

2. Ergebnis

Das Aufenthaltsverbot ist hinsichtlich der Teilnahme an der DGB-Kundgebung schon mangels Anwendbarkeit des § 17 IV 1 Nds. SOG und mangels Vorliegen der Tatbestandsvoraussetzungen für einen versammlungsrechtlichen Platzverweis rechtswidrig. Aber auch im Übrigen fehlt es an konkreten Anhaltspunkten für die bevorstehende Begehung von Straftaten durch den Kläger, so dass die Maßnahme insgesamt rechtswidrig war und die Fortsetzungsfeststellungsklage daher begründet ist.

Kurzauslese I

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

BGB
§ 249

Schadensminderungspflicht „Übererlös“ bei Inzahlunggabe des Altfahrzeugs

BGB

(LG Saarbrücken NJW-RR 2013, 1045; Urteil vom 22.03.2013 – 13 S 199/12)

Erzielt der Geschädigte durch die Inzahlunggabe seines unfallbeschädigten Fahrzeugs beim Neuwagenkauf **ohne besondere Anstrengungen** einen **Mehrerlös**, der den sonst erzielbaren Restwert übersteigt, muss er sich diesen Erlös als Restwert **schadensmindernd anrechnen** lassen.

„Der Geschädigte darf seiner Schadensabrechnung im Allgemeinen denjenigen Restwert zu Grunde legen, den ein von ihm eingeschalteter Sachverständiger in einem Gutachten, das eine korrekte Wertermittlung erkennen lässt, als Wert auf dem allgemeinen regionalen Markt ermittelt hat (vgl. BGHZ 143, 189 = NJW 2000, 800; BGHZ 163, 362 = NJW 2005, 3134; BGHZ 171, 287 = NJW 2007, 1674; BGH NJW 2010, 2722 = VersR 2010, 963). Eine solche Wertermittlung lag hier indes nicht vor, vielmehr hat der Kl. durch Veräußerung seines Fahrzeugs einen Erlös erzielt, der als Anhaltspunkt für den tatsächlich erzielbaren Restwert zu Grunde gelegt werden kann.

*Soweit der Kl. behauptet hat, der auf dem regionalen Markt tatsächlich erzielbare Restwert habe unter dem von ihm erzielten Erlös gelegen, bedarf dies keiner weiteren Aufklärung. Denn auch wenn ein überdurchschnittlicher Erlös zu Grunde gelegt würde, den der Geschädigte für seinen Unfallwagen aus Gründen erzielt, die mit dem Zustand des Fahrzeugs nichts zu tun haben, ist dieser dem Schädiger gutzubringen, wenn der Geschädigte, was der Schädiger zu beweisen hat, für das Unfallfahrzeug ohne **überobligationsmäßige Anstrengungen** einen Erlös erzielt hat, der den vom Sachverständigen geschätzten Betrag übersteigt (vgl. BGH NJW 2005, 357 = VersR 2005, 381; BGH NJW 2010, 2724 = VersR 2010, 1197 m. w. Nachw.).*

*So liegt es hier: Eine Anrechnung erfolgt regelmäßig dann, wenn der Geschädigte, wozu er allerdings nicht verpflichtet ist, einen Sondermarkt für Restwertaufkäufer im Internet in Anspruch nimmt und hierbei **ohne besondere Anstrengungen einen höheren Erlös erzielt** (vgl. BGH NJW 2005, 357 m. w. Nachw.). Nichts anderes muss gelten, wenn der Geschädigte durch die Inzahlungnahme seines Fahrzeugs beim Neuwagenkauf ohne besondere Anstrengungen einen Erlös erzielt, der den auf dem regionalen Markt sonst erzielbaren Restwert übersteigt. Dass ein etwaiger „Übererlös“ für den Unfallwagen aus Gründen erzielt worden ist, die mit dem Zustand des Fahrzeugs nichts zu tun hatten (vgl. noch BGH NJW 1985, 2469 = VersR 1985, 593), führt ebenfalls zu keiner anderen Beurteilung. Ein Verbleib des Übererlöses würde nämlich gegen das **schadensrechtliche Bereicherungsverbot** verstoßen, wonach der Geschädigte zwar vollen Ersatz verlangen kann, an dem Schadensfall aber nicht verdienen soll. Deshalb kann ihn der Schädiger in solchen Fällen an dem tatsächlich erzielten Erlös festhalten (vgl. BGHZ 154, 395 = NJW 2003, 2085; BGH NJW 2005, 357 und NJW 2010, 2724, jeweils m. w. Nachw.).“ (LG Saarbrücken aaO)*

BGB
§§ 434, 437, 440

Rücktritt vom Kaufvertrag Nach erfolgter Mangelbeseitigung

BGB

(OLG Schleswig NJW-RR 2013, 1144; Urteil vom 21.12.2012 – 3 U 22/12)

Für die Beurteilung, ob **ein den Rücktritt rechtfertigender Mangel der Kaufsache** vorliegt, ist auf den **Zeitpunkt der Rücktrittserklärung** abzustellen. Hat der Verkäufer den **Mangel zu diesem Zeitpunkt bereits fachgerecht, vollständig und nachhaltig beseitigt, schließt dies den Rücktritt des Käufers** aus. Dies gilt auch dann, wenn der **Käufer den Mangel bereits selbst beseitigt hat oder hat beseitigen lassen**.

*„Soweit ersichtlich, wird dies in der Kommentierung zwar stets nur unter der Fragestellung behandelt, ob der Käufer noch zurücktreten könne, wenn der Verkäufer den Mangel nachgebessert habe. Die fachgerechte, vollständige und nachhaltige Beseitigung des Mangels durch den Verkäufer schließt nach einhelliger Auffassung den Rücktritt aus. Ist die Nachbesserung erst nach Ablauf einer hierzu gesetzten Frist oder gar erst nach der Rücktrittserklärung erfolgt, wird dies damit begründet, dass **in der Entgegennahme der Nachbesserung durch den Käufer ein Verzicht auf sein Rücktrittsrecht** liege (Reinking/Eggert, Der Autokauf, 10. Aufl. [2009], Rn 505; Alpmann, jurisPK-BGB, [Stand: 1. 10. 2012], § 323 Rn 63; MüKo-BGB/Ermst, 5. Aufl. [2007], § 323 Rn 154, 166; insoweit auch Erman/Grunewald, BGB, 13. Aufl. [2011], § 434 Rn 68 und § 437 Rn 4). Zum gleichen Ergebnis muss es aber führen, wenn der Käufer selbst den Mangel beseitigt hat. Die **tatsächliche Folge der Mangelbeseitigung ist dieselbe. Die Sache ist nun vertragsgerecht**. Rechtsfolge muss sein, dass **kein Gewährleistungsanspruch wegen Vertragswidrigkeit mehr besteht**. Der Käufer verhielte sich widersprüchlich, wenn er den Mangel beseitigte und dann den Kaufvertrag wegen eines Mangels rückabwickeln möchte, der nicht mehr vorliegt.*

Anderes ergibt sich auch nicht aus der Kommentierung von Erman/Grunewald (§ 434 RN 68), wo es heißt, dass der Wegfall des Mangels nach Gefahrübergang keinen Einfluss auf die Gewährleistungsrechte des Käufers habe. Seine Rechte blieben auch dann bestehen, wenn er selbst den Mangel beseitige. Zum Beleg wird auf ein Urteil des BGH (NJW 2001, 66) verwiesen. Dort heißt es in der Tat, dass nach den gesetzlichen Gewährleistungsvorschriften allein maßgeblich sei, dass der Kaufgegenstand im Zeitpunkt des Gefahrübergangs einen Mangel aufweise. Es könne dem Verkäufer nicht zu Gute kommen, dass er sein Einverständnis zur Vollziehung der Wandelung oder Minderung hinauszögere, obwohl der Käufer wegen des Mangels berechtigterweise Wandelung oder Minderung verlange. Aus dieser Begründung des BGH ergibt sich aber, dass die Kommentierung bei Erman missverständlich ist. Sie war in dieser Form nur unter dem alten Schuldrecht richtig. Danach kamen ein Rückabwicklungsverhältnis oder eine Minderung erst nach Einverständniserklärung des Verkäufers mit dem Wandlungs- oder Minderungsverlangen des Käufers zu Stande. Der BGH hatte einen Sachverhalt zu beurteilen, bei dem die Sache nach der Geltendmachung der Gewährleistung (Minderung), aber vor der Einverständniserklärung des Verkäufers damit, mangelfrei wurde. Er hat entschieden, dass der Wegfall des Mangels in dieser Schwebezeit unerheblich sei. Nicht andeutungsweise ergibt sich aus dieser Entscheidung, dass der BGH auch ein Vorliegen des Mangels zum

Zeitpunkt des Geltendmachens des Gewährleistungsanspruchs für entbehrlich halte. Nur dieser Zeitpunkt kann – neben dem des Gefahrübergangs – nach neuem Schuldrecht noch maßgeblich sein. Es wird i. Ü. auf die oben zitierte Entscheidung (BGH NJW 2009, 508) verwiesen, in dem der BGH ohne jeden Erörterungsbedarf davon ausgegangen ist, dass die Rücktrittsvoraussetzungen zum Zeitpunkt der Rücktrittserklärung vorliegen müssten. Dazu gehört eben auch die Mangelhaftigkeit der Kaufsache.“ (OLG Schleswig aaO)

UWG
§ 4 Nr. 1

Wettbewerbsverstoß
Drohung mit SCHUFA-Eintrag in Mahnschreiben

UWG

(OLG Düsseldorf MDR 2013, 1057 = MMR 2013, 647; Urteil vom 09.07.2013 – I-20 U 102/12)

Eine **Mahnung**, die beim Adressaten den **Eindruck erweckt, er müsse mit einer Übermittlung seiner Daten an die SCHUFA rechnen**, wenn er die geltend gemachte Forderung nicht innerhalb der gesetzten Frist ausgleicht, ist **wettbewerbsrechtlich unlauter**.

„Der in den Mahnungen enthaltene streitgegenständliche Passus ist geeignet, den **Verbraucher zu einer geschäftlichen Entscheidung zu veranlassen, die er andernfalls nicht getroffen hätte, und seine Fähigkeit zu einer freien informationsgeleiteten Entscheidung erheblich zu beeinträchtigen**. Das Schreiben erweckt beim Adressaten den Eindruck, er müsse mit einer Übermittlung seiner Daten an die SCHUFA rechnen, wenn er die geltend gemachte Forderung nicht innerhalb der gesetzten, äußerst knapp bemessenen Frist befriedigt. Wegen der **einschneidenden Folgen** eines solchen Eintrags wird eine nicht unerhebliche Zahl der Verbraucher dem Zahlungsverlangen der Bekl. folglich auch dann nachkommen, wenn sie die Rechnung wegen tatsächlicher oder vermeintlicher Einwendungen eigentlich nicht bezahlen wollten. Ein bei der SCHUFA Eingetragener wird vom Zugang zu regulären Krediten faktisch abgeschnitten, was für den Betroffenen existenzvernichtend sein kann, etwa weil er als Selbständiger für den Betrieb seines Unternehmens auf einen Kreditrahmen angewiesen ist oder weil jemand als Immobilienbesitzer eine Anschlussfinanzierung benötigt, ohne die er sein Haus verkaufen müsste. Da ein solches Risiko in den Augen der Betroffenen in keinem Verhältnis zu der vergleichsweise kleinen Forderung der Bekl. steht, besteht die konkrete Gefahr einer nicht informations-, sondern allein angstgeleiteten Entscheidung.“ (OLG Düsseldorf aaO)

StGB
§ 223

Körperliche Misshandlung
Fixierung des Opfers

StGB

(OLG Köln NStZ-RR 2013, 308; Beschluss vom 28.05.2013 – III-1 RVs 81/13)

Das **bloße Niederdrücken und Festhalten des Geschädigten** durch den Täter **erfüllt die Voraussetzungen einer körperlichen Misshandlung nicht** ohne weiteres.

„Denn es handelt sich im Allgemeinen um eine **kurzzeitige Einwirkung auf den Körper, die für sich betrachtet nicht zu einer erheblichen Beeinträchtigung des körperlichen Wohlbefindens führt**.

Die vom Landgericht zitierte Entscheidung des BGH (NStZ-RR 2010, 374) rechtfertigt keine andere Beurteilung. Dort wurde das Opfer zu einem Stuhl gezerrt, an diesen mit Handschellen gefesselt und so in den „Schwitzkasten“ genommen, dass es Nackenschmerzen davontrug. Dem ist das - wenn auch heftig und mit Wucht erfolgte - Niederdrücken und Festhalten des Zeugen Z. nicht vergleichbar. Dass dabei besondere Umstände vorgelegen haben, die ausnahmsweise zu einer erheblichen Beeinträchtigung des körperlichen Wohlbefindens geführt haben, ist den Urteilsfeststellungen nicht zu entnehmen.“ (BGH aaO)

StGB
§ 263a

Computerbetrug
Unbefugtes Einlösen eines Online-Gutscheins

StGB

(LG Gießen NSt-RR 2013,312; Beschluss vom 29.05.2013 – 7 Qs 88/13)

Das **Einlösen eines erkennbar versehentlich zugesandten Online-Gutscheins ist nicht nach § 263 a StGB strafbar**.

I. Eine **Beeinflussung des Ergebnisses eines Datenverarbeitungsvorgangs** durch unbefugte Verwendung von Daten nach § 263 a I Alt. 3 StGB **liegt nicht vor**.

„Wie das AG bereits ausgeführt hat, ist die Verwendung der Daten dann unbefugt, wenn sie gegenüber einer natürlichen Person **Täuschungscharakter** hätte (vgl. Fischer, StGB, 60. Aufl., § 263 a Rn 11). Abzustellen ist dabei auf die Berechtigte des Datenverarbeitungsvorgangs, hier der Fa. A, der gegenüber die unbekannte Person den Code zur Einlösung des Gutscheins eingab. Nicht erfasst von § 263 a StGB ist die nur im Verhältnis zu einem Dritten unberechtigte Datenverwendung (vgl. Fischer, § 263 a Rn 11 b). Mit der Eingabe des Gutschein-Codes hat die unbekannte Person die Fa. A bzw. deren Mitarbeiter aber nicht über eine entsprechende Berechtigung getäuscht. Denn durch die Einlösung des Gutscheins wird gegenüber der Fa. A **nicht zugleich konkludent die entsprechende materielle Berechtigung, d. h. der Anspruch, behauptet**. Ein Mitarbeiter der Fa. A hätte sich bei Vorlage eines entsprechenden Gutscheins in Papierform nämlich keine Gedanken über die Berechtigung des Inhabers des Gutscheins gemacht, sondern lediglich überprüft, ob der Gutschein von der Fa. A an den Einlöser ausgegeben wurde (vgl. BGHSt 46, 196 = NJW 2001, 453 = NStZ 2001, 315 – Verfügung über eine irrtümliche Kontogutschrift). Denn die Fa. A wird mit der Einlösung von ihren Leistungspflichten frei. Auch eine **Täuschung durch Unterlassen liegt nicht vor**. Eine solche betrugsspezifisch täuschende Verwendung des Gutscheins wäre nur gegeben, wenn die unbekannte Person auf die fehlerhafte Zusendung des Gutscheins hätte hinweisen müssen. Eine Strafbarkeit durch Unterlassen eines solchen Hinweises setzt eine entsprechende Offenbarungspflicht i. S. einer Garantienpflicht nach § 13 StGB voraus. Eine **Garantienpflicht besteht jedoch nicht** (vgl. BGHSt 39, 392 = NJW 1994, 950 = NStZ 1994, 544 – Verfügung über eine irrtümliche Kontogutschrift). Es ist weder eine gesetzliche noch eine vertragliche Pflicht der unbekannt Person gegenüber der Fa. A zur Offenbarung der fehlenden materiellen Berechtigung ersichtlich. Auch hat die unbekannte Person die **Gefahrenlage nicht herbeigeführt**, da ihr der **Gutschein unaufgefordert zugesandt** wurde. Schließlich ergibt sich eine solche Pflicht nicht aus dem Grundsatz von Treu

und Glauben, da auch insoweit ein besonders Vertrauensverhältnis vorausgesetzt wird. Es fehlt damit an einem gegenüber der Fa. A täuschenden Charakter der Einlösung des Online-Gutscheins.“ (LG Gießen aaO)

- II. Ebenso ist die 4. Alt. des § 263 a StGB (**Beeinflussung durch sonstige unbefugte Einwirkung auf den Ablauf**) nicht erfüllt.

„Zwar kommt dieser Variante nach dem **gesetzgeberischen Konzept** eine **Auffangfunktion** für solche strafwürdigen Manipulationen zu, die nicht unter die Var. 1 bis 3 fallen (vgl. Fischer, § 263 a Rn 18). Jedoch **stellt das datenverarbeitungstechnisch richtige Einlösen eines Gutscheins keine derartige Manipulation dar**. Gegenüber der Fa. A wird nicht unbefugt gehandelt. Denn auf die Anweisung für den Verarbeitungsvorgang wird nicht manipulativ eingewirkt, auch der maschinelle Ablauf des Programms wird nicht verändert. Das lediglich im Verhältnis zur Anzeigerstatterin materiell unberechtigte Verwenden des Gutscheins wird von § 263 a StGB auch in dieser Variante nicht erfasst.“ (LG Gießen aaO)

BWG
§ 18 IV 1 Nr. 2

Politische Partei
Zulassung zur Bundestagswahl

öfFR

(BVerfG NVwZ 2013, 1271; Beschluss vom 23.07.2013 – 2 BvC 3/13)

Eine **Vereinigung** kann auch dann als **wahlvorschlagsberechtigte Partei i. S. von § 18 IV 1 Nr. 2 BWG i. V. mit Art. 21 I GG, § 2 I 1 PartG anerkannt** werden, **wenn** sie in der Gründungsphase nur über 42 Mitglieder verfügt, sofern bei einer Gesamtbetrachtung aller Umstände genügend andere **Indizien für die Ernsthaftigkeit ihrer politischen Zielsetzung vorliegen** (z.B. bei Vorhandensein von Landesverbänden, Öffentlichkeitsarbeit durch Internetauftritte, Verteilung von Werbematerialien und bundesweiten Informationsveranstaltungen).

„Parteien müssen auch in der **Gründungsphase** mindestens ansatzweise in der Lage sein, die ihnen nach § 2 I 1 PartG in Übereinstimmung mit dem Grundgesetz zgedachten Aufgaben wirksam zu erfüllen. Allein der Wille „Partei“ zu sein, ist nicht ausreichend. Im Blick auf die bei der Zulassung zur Wahl zu stellenden Anforderungen hat der Senat festgestellt, sie sollten gewährleisten, dass sich nur **ernsthafte politische Vereinigungen** und keine Zufallsbildungen von kurzer Lebensdauer um Wähler bewerben (vgl. BVerfGE 89, 266 = NVwZ 1994, 157). Daraus folgt im vorliegenden Zusammenhang, dass es gewisser objektiver, im Ablauf der Zeit an Gewicht gewinnender Voraussetzungen bedarf, um einer politischen Vereinigung den Status einer Partei zuerkennen zu können.

Wegen der den Parteien um der Offenheit des politischen Prozesses willen **verfassungsrechtlich verbürgten Gründungsfreiheit** ist bei **politischen Vereinigungen**, die **am Beginn ihres Wirkens als Parteien** stehen, zu berücksichtigen, dass der Aufbau einer Organisation, die sie zur Wahrnehmung ihrer Funktionen befähigt, eine gewisse Zeit erfordert. Entscheidend ist das „**Gesamtbild der tatsächlichen Verhältnisse**“. Die in § 2 I 1 PartG angesprochenen, nicht trennscharf voneinander abzugrenzenden objektiven Merkmale – deren Aufzählung nicht erschöpfend ist (vgl. BVerfGE 89, 266 = NVwZ 1994, 157), denen regelmäßig aber ein großes Gewicht zukommt (vgl. BVerfGE 89, 291 = NJW 1994, 927) – sind **Indizien für die Ernsthaftigkeit der politischen Zielsetzung**. Keines ist für sich genommen ausschlaggebend, und nicht alle müssen von der Partei stets im gleichen Umfang erfüllt werden. Vielmehr bleibt es der Partei grds. überlassen, wie sie die Ernsthaftigkeit ihrer Zielsetzung unter Beweis stellt. Ihr ist es unbenommen, in ihrer politischen Arbeit Schwerpunkte zu setzen, sei es etwa im Bereich der Mitgliederwerbung und -aktivierung, der Öffentlichkeitsarbeit zwischen den Wahlen oder der Wahlteilnahme. Zurückhaltung in einem Bereich kann durch verstärkte Bemühungen auf anderen Gebieten in gewissen Grenzen ausgeglichen werden (BVerfGE 91, 262).

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

NWGO
§ 26 VI 6

Bürgerbegehren
Neutralitätsgebot der Gemeindeorgane

öfFR

(OVG Münster NVwZ-RR 2013, 814; Beschluss vom 09.04.2013 – 15 B 304/13)

Gemeindeorgane unterliegen im Zusammenhang mit der **Durchführung eines Bürgerbegehrens bzw. eines Bürgerentscheids keinem Neutralitätsgebot** wie bei Wahlen.

„Vielmehr können die Organe einer Gemeinde gerade bei einem kassatorischen Bürgerbegehren, mit dem die vollständige oder teilweise Beseitigung eines Ratsbeschlusses durch Aufhebung oder Änderung erstrebt wird, sogar gehalten sein, öffentlich zu dem Sachbegehren wertend Stellung zu nehmen. Im **repräsentativ-demokratischen Verfahren der gemeindlichen Willensbildung** sind Organe oder Organteile der Ag. in vielfältiger Form beteiligt. Bei einem kassatorischen Bürgerbegehren bzw. Bürgerentscheid hat sogar schon eine Willensbildung der Gemeinde im repräsentativ-demokratischen Wege stattgefunden. Ferner sieht auch das Recht des Bürgerbegehrens selbst vor, dass Gemeindeorgane inhaltlich zu dem Bürgerbegehren Stellung nehmen können: Gem. **§ 26 VI 3 NWGO** ist ein Bürgerentscheid nur durchzuführen, wenn der Rat dem zulässigen Bürgerbegehren nicht entspricht. Spätestens in diesem Stadium sieht also das Gesetz die regelmäßige **inhaltliche Befassung von Gemeindeorganen mit dem sachlichen Ziel des Bürgerbegehrens in öffentlicher Sitzung** vor und damit auch einen Beschlussvorschlag des Bürgermeisters in Vorbereitung des Beschlusses.

Wird statt des gewöhnlichen Verfahrens der gemeindlichen Willensbildung der Weg des Bürgerentscheids gewählt, der einen Ratsbeschluss ersetzen soll, so folgt daraus nicht die Verpflichtung der Gemeindeorgane, sich nunmehr aus der gemeindlichen Willensbildung herauszuhalten und Neutralität zu üben. Dementsprechend haben die an einem Bürgerbegehren und Bürgerentscheid teilnehmenden Bürger ebenso wenig einen Anspruch auf Neutralität der Gemeindeorgane wie es die Ratsmitglieder in repräsentativ demokratischen Verfahren haben (vgl. OVG Münster NVwZ-RR 2004, 283).“ (OVG Münster aaO)

BBG
§§ 62 I, 63 II, 67

Verletzung der Verschwiegenheitspflicht
Verbreitung vermeintlicher Missstände per Email

BGB

(OVG Münster NVwZ-RR 2013,850; Beschluss vom 07.05.2013 – 1 A 2400/11)

Die **Verbreitung vermeintlicher Missstände beim Dienstherrn per E-Mail im Kollegenkreis verletzt die Pflicht zur Verschwiegenheit in dienstlichen Angelegenheiten.**

„Der Senat kann schon nicht erkennen, dass der Kl. mit der Offenbarung der genannten Dateien gegenüber bis zu sieben Kollegen die „gute Absicht“ verfolgte, auf Missstände aufmerksam zu machen. Denn mit einer solchen guten Absicht lassen sich die ironischen Begleitbemerkungen in der Übersendungs-E-Mail nicht erklären. Sollte es dem Kl. dennoch – zumindest auch – um das **Aufzeigen von Missständen** gegangen sein, so ist der hierfür angemessene Weg, der jedem Beamten bekannt zu sein hat, in §§ 62 I 1 und 63 II BBG beschrieben: Danach hat ein Beamter im Rahmen seiner Beratungs- und Unterstützungspflicht seinen Vorgesetzten auf nach seiner Ansicht rechtswidrige Umstände hinzuweisen (§ 62 I 1 BBG); führt dieser Weg nach seiner Auffassung nicht zur Abstellung der angenommenen rechtswidrigen Umstände, bleibt das **Remonstrationsrecht nach § 63 II BBG**. Das Bloßstellen vermeintlich rechtswidrig handelnder Kollegen oder Vorgesetzter – und sei es auch nur gegenüber einem begrenzten Kollegenkreis – gehört nicht zu dem gesetzlich vorgesehenen Instrumentarium.“ (OVG Münster aaO)

LVwVG BW
§§ 2, 37 I

Anspruch auf Auskunftserteilung
Gewerblicher Erbenermittler

öffR

(KG FamRZ 2013, 1412; Beschluss vom 21.05.2013 – 1 W 339/12)

Ein **gewerblicher Erbenermittler hat i. d. R. keinen Anspruch auf Erteilung von Auskünften aus standesamtlichen Sammelakten.**

„Personenstandsurkunden sind auf Antrag den Personen zu erteilen, auf die sich der Registereintrag bezieht, sowie deren Ehegatten, Lebenspartnern, Vorfahren und Abkömmlingen, § 62 I 1 PStG. Entsprechendes gilt für die Auskunft aus einem und Einsicht in einen Registereintrag sowie die Auskunft aus den und Einsicht in die Sammelakten, § 62 II PStG.

Der Bet. zu 1) **gehört nicht zu dem in § 62 I 1 PStG genannten Personenkreis**. Er kann die begehrten Auskünfte deshalb nur erlangen, wenn er ein **rechtliches Interesse glaubhaft gemacht** hat, § 62 I 2 HS 1 PStG. Wie der Senat in anderem Zusammenhang entschieden hat, kann ein gesetzlicher Vertreter, dem auch die Erbenermittlung obliegt, ein solches Interesse haben. Beauftragt der Vertreter hierzu einen Erbenermittler, kann dieser das rechtliche Interesse von dem Vertreter ableiten.“ (KG aaO).

Entscheidungen Verfahrensrecht

ZPO

Voraussetzungen für öffentliche Zustellung

ZPO

§ 185 Nr. 1

Einsatz eine Privatdetektives

(OLG Frankfurt a. M. in NJW 2013, 2913, Beschluss vom 10.04.2013 – 15 W 27/13)

Die klagende – die öffentliche Zustellung beantragende – Partei muss alle im bisherigen Lebenskreis des Zustellungsempfängers aufscheinenden Möglichkeiten einer Klärung seines derzeitigen Aufenthalts nutzen und deshalb alles das tun, was eine verständige, an der wirtschaftlich sinnvollen Durchsetzung berechtigter Ansprüche interessierte Partei tun würde, gäbe es die Möglichkeit öffentlicher Zustellung nicht.

Fall: Die Kl. begehrt die öffentliche Zustellung einer Klageschrift an den Bekl., von dem sie die Zahlung von 66.915,69 Euro nebst Zinsen begehrt. Dieser hatte bis zum Jahr 2007 auf dem gemeinsamen Anwesen der Parteien, „...“, gelebt. Die letzte der Kl. bekannte Anschrift des Bekl. war in „...“. Den aktuellen Aufenthalt des Bekl. kennt die Kl. nicht. Eine von ihr bei dem Einwohnermeldeamt in „...“ geführte Anfrage ergab, dass der Bekl. dort nie gemeldet war. Das LG Kassel (Beschl. v. 01.03.2013 – 7 O 2431/12, BeckRS 2013, 10430) hat den Antrag auf öffentliche Zustellung der Klageschrift zurückgewiesen. Hiergegen richtet sich die sofortige Beschwerde der Kl.. Wird diese Erfolg haben?

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

I. Zulässigkeit der sofortigen Beschwerde

1. Statthaftigkeit

Nach § 567 I ZPO findet die sofortige Beschwerde statt gegen die im ersten Rechtszug ergangenen Entscheidungen der Amtsgerichte und Landgerichte, wenn dies im Gesetz ausdrücklich bestimmt ist (Nr. 1) oder es sich um solche eine mündliche Verhandlung nicht erfordernde Entscheidungen handelt (Nr. 2), durch die ein das Verfahren betreffendes Gesuch zurückgewiesen worden ist.

Nach § 186 I ZPO entscheidet das Prozessgericht über die Bewilligung der öffentlichen Zustellung, wobei die Entscheidung ohne mündliche Verhandlung ergehen kann. Die sofortige Beschwerde gegen die Ablehnung der Bewilligung ist daher statthaft.

2. Beschwer

Da ein das Verfahren betreffender Antrag der Kl. abgelehnt wurde, ist sie auch beschwert.

3. Form

Die Beschwerde wird nach § 569 II ZPO durch Einreichung einer Beschwerdeschrift eingelegt. Die Beschwerdeschrift muss die Bezeichnung der angefochtenen Entscheidung sowie die Erklärung enthalten, dass Beschwerde gegen diese Entscheidung eingelegt werde. Von der Einhaltung dieser Formvorgaben kann ausgegangen werden.

4. Frist

Die sofortige Beschwerde ist nach § 569 I ZPO binnen einer Notfrist von zwei Wochen bei dem Gericht, dessen Entscheidung angefochten wird, oder bei dem Beschwerdegericht einzulegen. Die Notfrist wurde gewahrt.

II. Begründetheit der sofortigen Beschwerde

Die sofortige Beschwerde ist begründet, wenn die Ablehnung der öffentlichen Zustellung durch das LG Kassel rechtswidrig ist, also eine solche hätte erfolgen müssen. Fraglich ist daher, ob die Voraussetzungen des § 185 Nr. 1 ZPO für eine öffentliche Zustellung vorliegen.

1. Voraussetzungen der öffentlichen Zustellung

Nach § 185 Nr. 1 ZPO kann die Zustellung durch öffentliche Bekanntmachung (öffentliche Zustellung) erfolgen, wenn der **Aufenthaltsort einer Person unbekannt** und eine Zustellung an einen Vertreter oder Zustellungsbevollmächtigten nicht möglich ist.

*„Wegen der besonderen Bedeutung der Zustellung für die **Gewährung rechtlichen Gehörs** sind an die Feststellung, dass der Aufenthalt des Zustellungsadressaten unbekannt ist, im Erkenntnisverfahren **hohe Anforderungen zu stellen** (vgl. BGH, NJW 2012, 3582 [3583]). Im Erkenntnisverfahren darf eine öffentliche Zustellung nur angeordnet werden, wenn die **begünstigte Partei alle der Sache nach geeigneten und ihr zumutbaren Nachforschungen angestellt hat**, um eine öffentliche Zustellung zu vermeiden, und ihre ergebnislosen Bemühungen gegenüber dem Gericht dargelegt hat (vgl. BGH, NJW 2012, 3582 [3583]; NJW-RR 2013, 307). Es reicht danach für die Bewilligung der öffentlichen Zustellung einer Klageschrift **nicht aus**, dass der **derzeitige Aufenthalt des Bekl. gerade der Kl. nicht bekannt** ist. Der derzeitige Aufenthalt des Zustellungsempfängers muss vielmehr in einem viel weiteren Sinne – nämlich **im gesamten bisherigen Lebenskreis des Zustellungsempfängers – unbekannt** sein. Dies wird herkömmlich mit dem Erfordernis umschrieben, „niemand“ dürfe den Aufenthalt des Zustellungsempfängers kennen (vgl. OLG Frankfurt a. M., Beschl. v. 16.02.2006 – 24 W 11/06, BeckRS 2006, 04805; NJW 2009, 2543 [2544]). Unbekannt ist der Aufenthalt einer Person daher nur dann, wenn nicht nur das Gericht, sondern auch die Allgemeinheit den Aufenthalt des Zustellungsadressaten nicht kennt (vgl. BGH, NJW-RR 2013, 307).“ (OLG Frankfurt aaO)*

2. Anforderungen an die Nachforschungspflicht

Fraglich ist, welche Anforderungen an die Nachforschungspflicht dabei zu stellen sind. Lediglich Einwohnermeldeamtsanfrage sind jedenfalls nicht ausreichend. Die eine öffentliche Zustellung beantragende Partei muss deshalb **alle im bisherigen Lebenskreis des Zustellungsempfängers** aufscheinenden Möglichkeiten einer Klärung seines derzeitigen Aufenthalts nutzen (vgl. OLG Frankfurt a. M., Beschl. v. 16.02.2006 – 24 W 11/06, BeckRS 2006, 04805).

*„Sie muss alles das tun, was eine **verständige, an der wirtschaftlich sinnvollen Durchsetzung berechtigter Ansprüche interessierte Partei** tun würde, gäbe es die Möglichkeit öffentlicher Zustellung nicht (vgl. OLG Frankfurt a. M., Beschl. v. 16.02.2006 – 24 W 11/06, BeckRS 2006, 04805). Eine in diesem Sinne wirtschaftlich vernünftig handelnde Partei würde sich **nicht darauf beschränken**, das **Einwohnermeldeamt anzuschreiben** und eine Internet-Recherche vorzunehmen. Sie würde vielmehr vor allem auch **Nachbarn, Eltern und Vermieter anschreiben** und im Misserfolgsfall **in der Nachbarschaft persönlich vorstellig** werden; denn es entspricht der Erfahrung, dass sich auf persönliche Nachfrage oft deutlich höhere Mitteilungsbereitschaft einstellt als auf lediglich schriftliche Anfragen (vgl. OLG Frankfurt a. M., Beschl. v. 16.02.2006 – 24 W 11/06, BeckRS 2006, 04805). Hält die an der Zustellung interessierte Partei eine **persönliche Vorsprache** in der bisherigen Umgebung des Zustellungsempfängers **nicht für angebracht**, so kann – und muss – sie sich fachkundiger Hilfe eines **Privatdetektivs** bedienen (vgl. OLG Frankfurt a. M., Beschl. v. 16.02.2006 – 24 W 11/06, BeckRS 2006, 04805). Eine **öffentliche Zustellung** kommt erst dann in Betracht, **wenn auf dieser Grundlage veranschaulicht** werden kann, dass der **bisherige Lebenskreis des Zustellungsempfängers „abgeschöpft“** ist, ohne dass sich weiterführende Erkenntnisse ergeben haben (vgl. OLG Frankfurt a. M., Beschl. v. 16.02.2006 – 24 W 11/06, BeckRS 2006, 04805).“ (OLG Frankfurt aaO)*

3. Anwendung auf den Fall

Entsprechende Nachforschungen an dem letzten bekannten Aufenthaltsort des Bekl. in D. hat die Kl. weder selbst noch durch einen Privatdetektiv vorgenommen. Gerade angesichts der Höhe des mit der Klage begehrten Betrags (66.915,69 Euro nebst Zinsen) wären der Kl. im vorliegenden Fall persönliche Nachforschungen der genannten Art in D. oder aber die Einschaltung eines Privatdetektivs ohne Weiteres zumutbar gewesen.

Ergebnis: Da die Kl. noch nicht alle zumutbaren Möglichkeiten zur Ermittlung einer zustellfähigen Anschrift des Bekl. ermittelt hat, lagen die Voraussetzungen für die Anordnung einer öffentlichen Zustellung nicht vor. Die sofortige Beschwerde ist daher zwar zulässig, aber unbegründet.

Aufrechnung mit Kostenerstattungsanspruch
Unzulässigkeit der Zwangsvollstreckung
 (BGH in NJW 2013, 2975; Urteil vom 18.07.2013 – VII ZR 241/12)

1. Die Zwangsvollstreckung einer Forderung ist unzulässig, wenn der Schuldner dieser Forderung mit einem **prozessualen Kostenerstattungsanspruch** aufgerechnet hat, der in einem rechtskräftig abgeschlossenen Kostenfestsetzungsverfahren betragsmäßig festgesetzt worden ist.
2. Dies gilt **auch** für den Fall, dass die Kostengrundentscheidung in einem **gegen Sicherheitsleistung vollstreckbaren Urteil** ergangen und die Sicherheitsleistung von dem Aufrechnenden nicht erbracht worden ist.

Fall: Die B-GmbH erwirkte vor dem LG B. auf Grund eines vorläufig gegen Sicherheitsleistung vollstreckbaren Urteils zwei Kostenfestsetzungsbeschlüsse vom 19.07.2005 und 19.09.2008 gegen die Bekl. Die daraus resultierenden Forderungen trat sie ebenso wie eine weitere in B. geltend gemachte Forderung in Höhe von 1.780,99 Euro an den Kl. ab. Der Kl. rechnete am 13.04.2007 gegen die aus dem Kostenfestsetzungsbeschluss vom 19.03.2007 resultierende Forderung mit derjenigen aus dem Kostenfestsetzungsbeschluss vom 19.07.2005 in gleicher Höhe auf. Des Weiteren erklärte der Kl. gegen die sich aus dem Kostenfestsetzungsbeschluss vom 05.04.2005/19.03.2007 ergebende Forderung die Aufrechnung in gleicher Höhe mit der Forderung aus dem Kostenfestsetzungsbeschluss vom 19.09.2008 und der weiteren Forderung von 1.780,99 Euro.

Der Kl. wendet sich nun mit der Vollstreckungsabwehrklage gegen die Zwangsvollstreckung, die die Bekl. auf der Grundlage zweier vor dem LG N. ergangener Kostenfestsetzungsbeschlüsse vom 05.04.2005 und 19.03.2007 betreibt, und verlangt die Herausgabe der vollstreckbaren Ausfertigungen der Vollstreckungstitel.

Ist die Zwangsvollstreckung aus den Kostenfestsetzungsbeschlüssen vom 05.04.2005 und 19.03.2007 unzulässig?

Die Zwangsvollstreckung aus den Kostenfestsetzungsbeschlüssen vom 05.04.2005 und 19.03.2007 könnte wegen Erlöschens der Forderungen unzulässig sein.

Die Forderungen aus den betreffenden Kostenfestsetzungsbeschlüssen könnte **durch Aufrechnung nach § 389 BGB erloschen** sein, so dass dann in entsprechender Anwendung des § 371 BGB die Schuldtitel an den Kl. herauszugeben wären. Fraglich ist jedoch, ob die Aufrechnung mit den Forderungen aus den Kostenfestsetzungsbeschlüssen vom 19.07.2005 und 19.09.2008 wirksam ist.

I. Aufrechnungslage

Zunächst muss eine Aufrechnungslage bestehen. Zwischen der Kl. und den Bekl. müssten gegenseitige, gleichartige Ansprüche vorhanden sein und der Anspruch der aufrechnenden Kl. müsste durchsetzbar gewesen sein.

*„Die an den Kl. abgetretenen Kostenerstattungsansprüche sind spätestens mit der vorläufigen Vollstreckbarkeit der im Verfahren 23 O LG B. ergangenen Kostengrundentscheidung – auflösend bedingt – fällig geworden (vgl. BGH, JR 1976, 332 [333] = BeckRS 1976, 31114714). Auf Grund der vorläufigen Vollstreckbarkeit ist der Kostengläubiger berechtigt, vom Schuldner die **Erstattung seiner Prozesskosten** zu verlangen und diese im Kostenfestsetzungsverfahren gem. §§ 103 ff. ZPO geltend zu machen. Der **Kostenfestsetzungsbeschluss** hat keine rechtsgestaltende, anspruchs- oder fälligkeitsbegründende Funktion (BGH, JR 1976, 332 = BeckRS 1976, 31114714). Mit ihm wird lediglich die **Höhe der zu erstattenden Kosten betragsmäßig festgelegt** und der zur Vollstreckung notwendige Titel (vgl. § 794 I Nr. 2 ZPO) **geschaffen** (BGH, NJW 1988, 3204 [3205]). Er ist in seiner Wirksamkeit vom Bestand der Kostengrundentscheidung abhängig und wird gegenstandslos, wenn diese entfällt.“* (BGH aaO)

Vor diesem Hintergrund ist der Kostenerstattungsanspruch aus einem Kostenfestsetzungsbeschluss, der seinerseits auf einer Kostengrundentscheidung in einem vorläufig vollstreckbaren Urteil beruht, ein **auflösend bedingter Anspruch**. Dies könnte einer Aufrechnung entgegenstehen.

*„Als auflösend bedingter Anspruch ist der als **Forderung aus einem gesetzlichen Schuldverhältnis** zu wertende prozessuale Kostenerstattungsanspruch **aufrechenbar** (BGH, JR 1976, 332 = BeckRS 1976, 31114714). Im Klageverfahren kann die Aufrechnung mit einem Kostenerstattungsanspruch aus einem anderen Prozess allerdings wirksam nur erklärt oder geltend gemacht werden, wenn der **Kostenerstattungsanspruch im Kostenfestsetzungsverfahren rechtskräftig festgesetzt** oder – auch der Höhe nach – **unbestritten** ist (BGH, NJW 1963, 714L = BeckRS 1963, 31190605). Das ProzessGer. kann über einen nach Grund und/oder Höhe streitigen prozessualen Kostenerstattungsanspruch nicht entscheiden. Einer Entscheidung über den Grund steht die an-*

derweilige Rechtshängigkeit entgegen; über die Höhe des prozessualen Kostenerstattungsanspruchs ist ausschließlich in dem gegenüber dem Streitverfahren völlig selbstständigen Kostenfestsetzungsverfahren gem. §§ 103 ff. ZPO zu entscheiden (BGH, NJW 1963, 714 L = BeckRS 1963, 31190605). Wird die **Aufrechnung** dementsprechend **im Rahmen einer Vollstreckungsabwehrklage** nach §§ 794 I Nr. 2, 795 S. 1, 767 ZPO geltend gemacht, muss der **Kostenerstattungsanspruch** betragsmäßig durch **einen rechtskräftigen Kostenfestsetzungsbeschluss festgestellt** sein, wenn sich die Parteien nicht über die Höhe des Kostenerstattungsanspruchs einig sind.“ (BGH aaO)

Eine Aufrechnungslage besteht daher angesichts der gegenseitigen Kostenerstattungsansprüche aus den ergangenen Kostenfestsetzungsbeschlüssen.

II. Ausschluss der Aufrechnung wegen Nichterbringung der Sicherheitsleistung

Der **Wirksamkeit** der Aufrechnung könnte allerdings entgegenstehen, dass die Kostengrundentscheidung, welche hinter den Kostenfestsetzungsbeschlüssen stehen, mit deren Erstattungsforderungen die Aufrechnung erklärt werden, sich in einem **nur gegen Sicherheitsleistung vollstreckbaren Urteil** findet, hinsichtlich dessen die Sicherheitsleistung zur vorläufigen Vollstreckung in der Hauptsache nicht erbracht wurde.

Es könnte anzunehmen sein, dass Gläubiger eines prozessualen Kostenerstattungsanspruchs, der auf einem gegen Sicherheitsleistung vorläufig vollstreckbaren Urteil beruht, **Befriedigung nur erlangen** kann, wenn der Kostenschuldner sich im Falle der nachträglichen Abänderung des Kostentitels **an der Sicherheitsleistung schadlos halten** kann, so dass der Kostengläubiger die Erfüllung der vorläufigen Kostenforderung nur dann erzwingen könnte.

„Die Aufrechnung mit einem prozessualen Kostenerstattungsanspruch scheitert nicht daran, dass nach dem ihm zu Grunde liegenden Urteil die Vollstreckung nur gegen Sicherheitsleistung erfolgen darf. Eine angeordnete **Sicherheitsleistung muss für die Wirksamkeit der Aufrechnung nicht erbracht sein** (OLG Frankfurt a. M., MDR 1984, 148 = BeckRS 1983, 01808; OLG Hamm, FamRZ 1987, 1289; OLG Düsseldorf, MDR 1988, 782 und NJW-RR 1989, 503; OLG Karlsruhe, NJW 1994, 593; Staudinger/Gursky, BGB, Neubearb. 2011, § 387 Rn. 141; Erman/Wagner, BGB, 13. Aufl., § 387 Rn. 19 a; Zöller/Herget, ZPO, 29. Aufl., § 104 Rn. 21, Stichwort „Aufrechnung“; Stein/Jonas/Bork, ZPO, 22. Aufl., § 104 Rn. 18).

Voraussetzung für eine wirksame Aufrechnung ist, dass die **Forderung** desjenigen, der die Aufrechnung erklärt, **durchsetzbar** ist; der Forderungsinhaber muss die ihm gebührende Leistung fordern können (BGH, NJW-RR 2009, 407 = MDR 2009, 290). Im Regelfall kann der Gläubiger die ihm gebührende Leistung sofort, d. h. mit dem Entstehen der Forderung, verlangen, § 271 I BGB. Der **Kostenerstattungsanspruch** wird **mit der** in einem vorläufig vollstreckbaren Urteil getroffenen **Kostengrundentscheidung fällig**. Der Gläubiger der Forderung kann daher von dem Schuldner bereits zu diesem Zeitpunkt die Erstattung seiner Kosten verlangen. Dementsprechend erfolgt die Kostenfestsetzung auf Antrag des Gläubigers ohne Rücksicht darauf, ob nach dem Urteil die Zwangsvollstreckung nur gegen Sicherheitsleistung zugelassen und diese erbracht worden ist. Eine dahingehende Überprüfung erfolgt erst bei der Vollstreckung aus dem Kostenfestsetzungsbeschluss (OLG Köln, MDR 2010, 104 = BeckRS 2009, 87184; Musielak/Lackmann, ZPO, 10. Aufl., § 103 Rn. 5). Daraus erschließt sich, dass die angeordnete **Sicherheitsleistung nur zu erbringen** ist, wenn der **Kostenerstattungsanspruch im Wege der Zwangsvollstreckung** und damit unter Zuhilfenahme staatlichen Zwangs durchgesetzt werden soll. Dem entspricht auch die Anordnung in dem vorläufig vollstreckbaren Urteil, wonach – lediglich – die (Zwangsvollstreckung gegen Sicherheitsleistung erfolgen muss.

Eine **Gleichbehandlung von Aufrechnung und Zwangsvollstreckung** ist nach Sinn und Zweck der gesetzlichen Vorschriften, die bei der zwangsweisen Durchsetzung eines nur vorläufig vollstreckbaren Urteils die vorherige Leistung einer Sicherheit anordnen, **nicht erforderlich**.“ (BGH aaO)

III. Ausschluss der Aufrechnung wegen Geltendmachung im Klageverfahren

Eine Forderung verliert ihre Eignung zur Aufrechnung nicht dadurch, dass sie in einem Prozess eingeklagt worden ist.

„Dies gilt selbst dann, wenn die Aufrechnung in einem Prozess erklärt und die Forderung in einem anderen Prozess eingeklagt wird (BGHZ 57, 242 [243] = NJW 1972, 450; NJW-RR 2002, 1513 [1514] = FPR 2002, 559; Staudinger/Gursky, § 387 Rn. 148 m. w. Nachw.). Die mit einem **gegen Sicherheitsleistung vorläufig vollstreckbaren Urteil** zugesprochene **Hauptforderung** kann daher **ohne Weiteres aufgerechnet** werden, ohne dass die angeordnete Sicherheitsleistung erbracht werden müsste. Auch insoweit ist der Schuldner nicht dadurch geschützt, dass er sich wegen eines eventuellen Schadensersatzanspruchs aus § 717 II ZPO aus der angeordneten Sicherheit befriedigen könnte. Es besteht keine Veranlassung, die **Aufrechenbarkeit des prozessualen Kostenerstattungsanspruchs** davon abweichend von der Erbringung einer für den Fall einer zwangsweisen Durchsetzung des Anspruchs angeordneten Sicherheitsleistung abhängig zu machen.“ (BGH aaO)

IV. Ausschluss der Aufrechnung wegen Verlagerung des Insolvenzrisikos

Es könnte aber eine unzulässige Verlagerung des Insolvenzrisikos darstellen, wenn der Aufrechnungsgegner das Risiko einer Insolvenz des Aufrechnenden trägt, weil er erst nach einer eventuellen Abänderung der Kostengrundentscheidung zu seinen Gunsten die eigene Forderung wieder geltend machen könnte.

„Dies stellt keine Besonderheit dar. Diese Situation ist bei einer Aufrechnung mit auflösend bedingten Forderungen stets gegeben (Staudinger/Gursky, § 387 Rn. 141).“ (BGH aaO)

Auch dieser Gesichtspunkt steht daher einer Aufrechnung nicht entgegen.

V. Ausschluss wegen Bestehen einer Einrede

Schließlich sieht § 390 BGB vor, dass einredebehaftete Forderung nicht aufgerechnet werden kann. Fraglich ist, ob ein solcher Fall hier vorliegt.

*„Den Kostenerstattungsansprüchen des Kl. steht eine derartige Einrede nicht entgegen. Aus dem Umstand, dass das den Kostenerstattungsanspruch des Kl. begründende Urteil die Vollstreckung von einer **Sicherheitsleistung** abhängig gemacht hat, ist der Bekl. eine **Einrede** gegen die Kostenforderungen des Kl. **nicht erwachsen**. Die fehlende Sicherheitsleistung stellt **lediglich ein Vollstreckungshindernis** dar, das den Kostenforderungen selbst nicht entgegengesetzt werden kann und damit eine Aufrechnung nicht hindert (Staudinger/Gursky, § 390 Rn. 21).“ (BGH aaO)*

Die Aufrechnung mit den Kostenerstattungsansprüchen des Kl. scheitert daher auch nicht an § 390 BGB.

VI. Ergebnis

Die Forderungen der Bekl. aus den Kostenfestsetzungsbeschlüssen vom 05.04.2005 und 19.03.2007 sind durch die Aufrechnung des Kl. mit Gegenforderungen in gleicher Höhe erloschen. Dementsprechend ist die von der Bekl. auf Grundlage dieser Kostenfestsetzungsbeschlüsse betriebene Zwangsvollstreckung unzulässig und sind die vollstreckbaren Ausfertigungen in entsprechender Anwendung des § 371 BGB an den Kl. herauszugeben (vgl. BGH, NJW-RR 2008, 1512).

StPO

Verfahrensverständigung Dokumentationspflicht

StPO

§§ 243 IV, 273 I a

(BGH in NJW 2013, 3046; Urteil vom 10.07.2013 – 2 StR 195/12)

Eine entgegen § 273 I a StPO **fehlende oder inhaltlich unzureichende Dokumentation eines** außerhalb der Hauptverhandlung geführten **Verständigungsgesprächs** i. S. von § 243 IV StPO **führt regelmäßig dazu, dass das Beruhen des Urteils auf dem Rechtsfehler nicht auszuschließen ist.**

Fall: Das LG hat den Angekl. u.a. wegen versuchten Betrugs zu einer Freiheitsstrafe verurteilt. Dem Urteil ist eine Verständigung i. S. von § 257 c III StPO vorangegangen. Im Protokoll der Hauptverhandlung ist dazu ausgeführt:

„Der Vorsitzende gab bekannt, dass in der Verhandlungspause eine tatsächliche Verständigung nach § 257 c StPO erörtert worden ist. Das Gericht hat für den Fall eines Geständnisses eine Strafobergrenze von drei Jahren und eine Strafuntergrenze von zwei Jahren und zehn Monaten Gesamtfreiheitsstrafe in Aussicht gestellt. ... Die Vertreter der StA stimmten zu. Die Hauptverhandlung wurde von 12.40 Uhr bis 12.46 Uhr unterbrochen. Der Angekl. und der Verteidiger erklärten Zustimmung.“

Der Bf. machte dazu geltend, die „formellen Anforderungen an eine Verständigung“ seien nicht eingehalten worden, „da insbesondere die erforderlichen Protokollierungsanforderungen nicht beachtet“ worden seien. Er trägt vor, anhand des Protokolls müssten zumindest die Fragen beantwortet werden können, von wem die Initiative zur Verständigung ausgegangen sei, ob alle Verfahrensbeteiligten an dem Gespräch beteiligt gewesen und von welchem Sachverhalt sie ausgegangen seien, ferner welche Vorstellungen sie vom Ergebnis der Verständigung gehabt hätten. Das Protokoll besage nichts darüber.

Es ist zu prüfen, ob ein **Verfahrensfehler** vorliegt, **auf dem das Urteil beruht**.

- I. Nach **§ 243 IV 1 StPO** teilt der Vorsitzende nach Verlesung des Anklagesatzes mit, ob Erörterungen i. S. der §§ 202 a, 212 StPO stattgefunden haben, wenn deren Gegenstand die Möglichkeit einer Verständigung gewesen ist, und ggf. deren wesentlichen Inhalt (vgl. dazu auch BGH NJW 2013, 3045).

Diese **Mitteilungspflicht** ist gem. § 243 IV 2 StPO weiter zu beachten, wenn **Erörterungen erst nach Beginn der Hauptverhandlung** stattgefunden haben (vgl. BT-Dr 16/12310 S. 12; Meyer-Goßner, StPO, 56. Aufl. 2013, § 243 Rn 18 c).

*„Das Gesetz will erreichen, dass derartige Erörterungen stets in der öffentlichen Hauptverhandlung zur Sprache kommen und dies auch inhaltlich dokumentiert wird. Gespräche außerhalb der Hauptverhandlung dürfen **kein informelles und unkontrollierbares Verfahren eröffnen** (vgl. BGH, StV 2011, 72). Alle Verfahrensbeteiligten und die Öffentlichkeit sollen nicht nur darüber informiert werden, ob solche Erörterungen stattgefunden haben, sondern auch darüber, welche Standpunkte gegebenenfalls von den Teilnehmern vertreten wurden, von welcher Seite die Frage einer Verständigung aufgeworfen wurde und ob sie bei anderen Gesprächsteilnehmern auf Zustimmung oder Ablehnung gestoßen ist (vgl. BVerfG NJW 2013, 1058 = NSTZ 2013, 295; BGH StV 2011, 72). Zur Gewährleistung der Möglichkeit einer **effektiven Kontrolle** ist die Mitteilung des Vorsitzenden hierüber gem. § 273 I a 2 StPO in das Protokoll der Hauptverhandlung aufzunehmen. Das **Fehlen der Protokollierung** ist ein **Rechtsfehler des Verständigungsverfahrens** (vgl. BVerfG NJW 2013, 1058 = NSTZ 2013, 295); er **wird durch das Protokoll der Hauptverhandlung bewiesen.**“ (BGH aaO)*

- II. Ein **Mangel des Verfahrens an Transparenz und Dokumentation der Gespräche**, die mit dem Ziel der Verständigung außerhalb der Hauptverhandlung geführt wurden, führt – ebenso wie die mangelhafte Dokumentation einer Verständigung – regelmäßig dazu, dass ein **Beruhen des Urteils auf dem Rechtsfehler nicht auszuschließen** ist (vgl. BVerfG NJW 2013, 1058 = NSTZ 2013, 295).

*„Das Gesetz will die Transparenz der Gespräche, die außerhalb der Hauptverhandlung geführt werden, durch die Mitteilung ihres wesentlichen Inhalts in der Verhandlung für die Öffentlichkeit und alle Verfahrensbeteiligten, insbesondere aber für den Angekl. herbeiführen. Der **Angekl. als eigenverantwortliches Prozesssubjekt** soll **zuverlässig und in nachprüfbarer Form über den Ablauf und Inhalt derjenigen Verständigungsgespräche informiert** werden, die außerhalb der Hauptverhandlung – in der Praxis meist in seiner Abwesenheit – geführt wurden. Durch die Mitteilung nach § 243 IV StPO und durch deren Protokollierung gem. § 273 I a StPO wird nicht nur das Ergebnis der Absprache, sondern auch der dahin führende **Entscheidungsprozess festgeschrieben** und **der revisionsgerichtlichen Kontrolle zugänglich** gemacht. Die Mitteilung und deren **Dokumentation** sowie die **Nachprüfbarkeit** in einem **einheitlichen System der Kontrolle** sind jeweils **Grundlage einer eigenverantwortlichen Entscheidung des Angekl.** darüber, ob er dem Vorschlag des Gerichts gem. § 257 c III 4 StPO*

zustimmt. Für die Entscheidung des Angekl., die meist mit der Frage nach einem Geständnis in der Hauptverhandlung verbunden wird, ist es von besonderer Bedeutung, ob er über die Einzelheiten der in seiner Abwesenheit geführten Gespräche nur zusammenfassend und in nicht dokumentierter Weise von seinem Verteidiger nach dessen Wahrnehmung und Verständnis informiert wird oder ob ihn das Gericht unter Dokumentation seiner Mitteilungen im Protokoll der Hauptverhandlung unterrichtet. Schon durch das Fehlen der Dokumentation kann das Prozessverhalten des Angekl. beeinflusst werden.

Es mag nicht ausgeschlossen sein, dass der Angekl. im Einzelfall auch bei fehlerhaftem Hauptverhandlungsprotokoll durch eine ebenso zuverlässige Dokumentation in anderer Weise so unterrichtet wird, dass das Beruhen des Urteils auf dem Protokollierungsfehler ausgeschlossen werden kann.“ (BGH aaO)

(OVG Bautzen in LKV 2013, 369; Urteil vom 16.04.2013 - 4 A 263/12)

Für die Rechtmäßigkeit einer Zwangsgeldfestsetzung kommt es grds. auf den Zeitpunkt der mündlichen Verhandlung an. Wurde die Vollstreckung der Zwangsgeldfestsetzung schon zuvor beendet, etwa durch Eintragung einer Sicherungshypothek, ist dieser frühere Zeitpunkt für die Beurteilung maßgeblich.

Fall: Der Kl. ist Eigentümer eines bebauten Grundstücks im Satzungsgebiet des Bekl. Mit Bescheid vom 07.07.2008 forderte ihn der Bekl. auf, seine Grundstücksentwässerungsanlage bis zum 30.09.2008 so zu ändern, dass eine Einleitung des gesamten auf dem Grundstück anfallenden Schmutzwassers in die öffentliche Abwasseranlage erfolgt. Ihm wurde aufgegeben, innerhalb dieser Frist seine Kleinkläranlage außer Betrieb zu nehmen. Zugleich wurde er verpflichtet, im Umfang des Benutzungsrechts das gesamte auf dem Grundstück anfallende Schmutzwasser ab dem 30.09.2008 in die öffentliche Abwasseranlage einzuleiten. Für den Fall der Nichterfüllung dieser Verpflichtungen wurde ihm ein Zwangsgeld i.H.v. jeweils 1.000 € angedroht. Die Kosten des Bescheids wurden dem Kl. auferlegt und die sofortige Vollziehung des Bescheids angeordnet.

Nach Ablauf der Befolgungsfrist setzte der Bekl. mit Bescheid vom 28.11.2008 die jeweils angedrohten Zwangsgelder von 1.000 € fest (Ziff. 1 bis 3) und verfügte eine Zahlungsfrist zum 26.12.2008 (Ziff. 4). Zugleich drohte er für den Fall weiteren Zuwiderhandels ab dem 01.01.2009 die Festsetzung von weiteren Zwangsgeldern i. H. v. jeweils 1.000 € an (Ziff. 5). Den Widerspruch des Kl. wies der Bekl. mit Widerspruchsbescheid vom 09.03.2009 zurück. Am 11.05.2009 wurde für die festgesetzten Zwangsgelder eine Sicherungshypothek ins Grundbuch eingetragen. Die gegen den Anordnungsbescheid des Bekl. zum Anschluss- und Benutzungszwang nebst Androhung eines Zwangsgeldes i. H. v. jeweils 1.000 € gerichtete Klage hatte keinen Erfolg. Danach ist der Kl. dem Anschluss- und Benutzungszwang nachgekommen. Ist die gegen die Zwangsgeldfestsetzungen eingelegte zulässige Klage begründet?

Bei der Klage gegen die Zwangsgeldfestsetzungen als belastende Verwaltungsakte handelt es sich um eine Anfechtungsklage, die nach § 113 I 1 VwGO begründet ist, wenn die Zwangsgeldfestsetzungen rechtswidrig sind und den Kl. in seinen Rechten verletzen.

I. Vorliegen der Vollstreckungsvoraussetzungen

Nach § 19 I SächsVwVG werden Verwaltungsakte, die zu einer **sonstigen Handlung, einer Duldung oder einer Unterlassung** verpflichten, mit Zwangsmitteln vollstreckt. Der Anordnungsbescheid verpflichtet den Kl., seine Abwässer in die öffentliche Abwasseranlage einzuleiten und seine Kleinkläranlage außer Betrieb zu nehmen. Hierbei handelt es sich um einen Verwaltungsakt, der zu einer Handlung verpflichtet. Da zugleich auch die **sofortige Vollziehung** nach § 80 II 1 Nr. 4 VwGO angeordnet wurde, lag nach § 2 Nr. 2 SächsVwVG ein **vollstreckungsfähiger Verwaltungsakt** vor.

II. Zulässiges Zwangsmittel

Solche Handlungspflichten können nach § 19 II Nr. 1 SächsVwVG **durch Verhängung von Zwangsgeldern durchgesetzt** werden. Hierbei ist das Zwangsgeld ohne weiteres ein zulässiges und ermessensgerechtes Zwangsmittel.

III. Ordnungsgemäße Androhung

Nach § 20 I SächsVwVG sind Zwangsmittel vor ihrer Anwendung von der Vollstreckungsbehörde schriftlich **anzudrohen**. Dies ist erfolgt. Dem Vollstreckungsschuldner ist in der Androhung zur Erfüllung der Verpflichtung eine **angemessene Frist** zu bestimmen. Auch diese Voraussetzung ist erfüllt. Zudem muss sich die Androhung auf bestimmte Zwangsmittel beziehen. Hier wurde konkret ein Zwangsgeld angedroht, dessen Höhe auch bestimmt war. Eine ordnungsgemäße Androhung liegt daher vor.

IV. Voraussetzungen für die Festsetzung

Nach § 22 II SächsVwVG ist ein Zwangsgeld vor seiner Beitreibung festzusetzen.

1. Nichterfüllung der Verpflichtung innerhalb der gesetzten Frist

Die Festsetzung setzt voraus, dass der Vollstreckungsgegner innerhalb der gesetzten Frist seiner Verpflichtung nicht nachgekommen ist. Auch dies ist der Fall.

2. Erfüllung der Verpflichtung nach der gesetzten Frist, aber vor Festsetzung

Allerdings würde der Rechtmäßigkeit der Festsetzung entgegenstehen, wenn der Kl. seine Verpflichtung zwar nach Ablauf der gesetzten Frist, aber vor der Festsetzung er-

füllt hätte. Denn dann könnte das Zwangsgeld seinen Zweck, den Adressaten eines belastenden Verwaltungsaktes zu dessen Befolgung zu bewegen, nicht mehr erfüllen. Hier ist der Kl. jedoch erst nach Festsetzung und Eintragung der Sicherungshypothek, aber vor der mündlichen Verhandlung seiner Verpflichtung nachgekommen.

3. Maßgebliche Sach- und Rechtslage für die Beurteilung

Möglicher Weise kommt es aber für die rechtliche Beurteilung der Zwangsgeldfestsetzungen auf den Zeitpunkt der mündlichen Verhandlung an.

a) Standpunkt des OVG Bautzen hinsichtlich der maßgeblichen Sach- und Rechtslage für die Beurteilung der Rechtmäßigkeit einer Androhung

Allerdings hat der 1. Senat des OVG Bautzen die Auffassung vertreten, dass es für die Frage der Rechtmäßigkeit einer Zwangsgeldandrohung auf den Zeitpunkt der mündlichen Verhandlung ankomme (Beschl. v. 21.09.2000 – 1 B 116/00). Zu diesem Zeitpunkt war die Sicherungshypothek allerdings schon eingetragen. Hiervon ausgehend käme es in Betracht, ein Vollstreckungshindernis nach § 2 a I Nr. 1 SächsVwVG in Gestalt der Zweckerreichung anzunehmen, welches zur Rechtswidrigkeit der angefochtenen Zwangsgeldfestsetzungen führen könnte.

„Maßgebend für die Beurteilung der Sachlage bei der Anfechtungsklage gegen die wiederholte Zwangsgeldandrohung (§§ 20, 22 SächsVwVG) zur Durchsetzung der auf § 20 II BImSchG gestützten und sofort vollziehbaren (§ 80 II Nr. 4 VwGO) Beseitigungsanordnung ist allerdings nicht der Zeitpunkt der letzten Behördenentscheidung (hier: Erlass des Widerspruchsbescheids vom 12.01.1998), wie das VG angenommen hat, sondern der Zeitpunkt der mündlichen Verhandlung (ebenso VGH Mannheim, NVwZ-RR 1995, 120; für eine Zwangsgeldfestsetzung im Beschwerdeverfahren siehe VGH Kassel, NVwZ-RR 1998, 154 m.w.N.). Dies folgt aus dem für die Beurteilung der Rechtmäßigkeit des angefochtenen Verwaltungsakts heranzuziehenden materiellen Recht (vgl. BVerwG, BVerwGE 97, 214 m.w.N.; OVG Bautzen, Beschl. v. 18.07.2000 – 1 B 544/99; siehe auch Kopp/Schenke, VwGO, 12. Aufl., § 113 Rn. 42 ff.). Dem steht nicht entgegen, dass das Verwaltungsvollstreckungsgesetz für den Freistaat Sachsen, an dem die Zwangsgeldandrohung vorrangig zu messen ist, keine ausdrückliche Regelung über den für die gerichtliche Beurteilung maßgebenden Zeitpunkt enthält, wie sie in einzelnen Gesetzen zu finden ist (vgl. etwa § 77 I AsylVfG). Die vom BVerwG (BVerwGE 97, 214 [220 f.]; ebenso OVG Bautzen, Beschl. v. 18.07.2000 – 1 B 544/99) angenommene „Regel, dass bei der Anfechtung von Verwaltungsakten ohne Dauerwirkung die Sachlage im Zeitpunkt der letzten Verwaltungsentscheidung maßgebend ist“ gilt nur „im Zweifel“ (so ausdrücklich BVerwG, aaO., S. 220), also nur dann, wenn dem auszulegenden materiellen Recht nichts anderes zu entnehmen ist.“ (OVG Bautzen aaO)

Dass im Anfechtungsprozess gegen eine selbständige Zwangsgeldandrohung (§§ 20, 22 SächsVwVG) auch nachträgliche Veränderungen der Sachlage bis zum Schluss der mündlichen Verhandlung zu berücksichtigen sind, folgt nicht nur aus dem Beugezweck dieses Zwangsmittels, sondern auch aus den Grundsätzen des mehrstufigen Vollstreckungsverfahrens.

„Danach ist die Wirksamkeit, nicht die Rechtmäßigkeit, vorangegangener Verwaltungsakte Bedingung für die Rechtmäßigkeit der folgenden Akte und letztlich der Anwendung des Zwangsmittels (vgl. OVG Bautzen, JbOVG Bautzen 4, 147 [148]; NVwZ-RR 1999, 101 m.w.N.; zuletzt Beschl. v. 11.07.2000 – 1 B 365/99). Zudem können mit einem Rechtsmittel gegen Vollstreckungsakte nur Mängel, die diese selbst aufweisen, geltend gemacht werden. Dabei bleiben Einwendungen, die einen vorangegangenen Akt betreffen, im Vollstreckungsverfahren grds. unbeachtlich (vgl. OVG Bautzen, Beschl. v. 11.07.2000 – 1 B 365/99; VGH Mannheim, VBIBW 1991, 299; VGH Kassel, NVwZ-RR 1996, 715), soweit sie weder die Nichtigkeit dieses Akts bewirken noch nachträglich – insbesondere nach Eintritt der Bestandskraft – entstanden sind (vgl. BVerwGE 6, 321 für Einwendungen gegen eine bestandskräftige Grundverfügung; Fliegau/Maurer, BadWürttVwVG, Einleitung Rn. 20 f.; Erichsen/Rauschenberg, Jura 1998, 323 m.w.N. auch zu abweichenden Auffassungen, etwa vom OVG Koblenz, NJW 1982, 2276, und von Pietzner, in: Schoch/Schmidt-Aßmann/Pietzner, VwGO, Stand Januar 2000, § 167 Rn. 58 ff.).

Im Hinblick auf diesen gestuften Einwendungsausschluss ist es nicht nur zur Gewährung eines effektiven Rechtsschutzes (Art. 19 IV 1 GG, Art. 38 S. 1 SächsVerf), sondern auch aus Gründen der Prozessökonomie geboten, nachträglich – d. h. nach der letzten Verwaltungsentscheidung – eingetretene Veränderungen der Sachlage bis zum Schluss der mündlichen Verhandlung zu berücksichtigen, um möglichst zu vermeiden, dass der Vollstreckungsschuldner (§ 3 SächsVwVG) und die Vollstreckungsbehörde (§ 4 SächsVwVG) auf ein weiteres Klageverfahren verwiesen werden und ein bereits anhängiges Verfahren ausgesetzt werden muss (vgl. BVerwGE 6, 321).“ (OVG Bautzen aaO)

Aus § 2 S. 2 SächsVwVG, nach dem die Vollstreckung einzustellen ist, wenn der Zweck der Vollstreckung erreicht ist oder sich zeigt, dass er durch die Anwendung von Zwangsmitteln nicht erreicht werden kann, folgt nichts anderes.

„Insbesondere ist ihm nicht zu entnehmen, dass nachträglich entstandene Einwendungen nur im Rahmen eines gesonderten (Verwaltungs- und) Streitverfahrens – etwa einer Verpflichtungsklage auf Erlass eines die Vollstreckung für unzulässig erklärenden Verwaltungsakts (so OVG Koblenz, Beschl. v. 17.11.1981, NJW 1982, 2276 ...; Schenke/Baumeister, NVwZ 1993, 1) oder auf Aufhebung des vorangegangenen Akts (so Pietzner, aaO., § 167 Rn. 60, für nachträgliche Einwendungen gegen eine Grundverfügung) bzw. einer Feststellungsklage (so OVG Münster, Ur. v. 06.04.1976, NJW 1976, 2036 [2038]) – geltend gemacht werden können (vgl. VGH Kassel, Beschl. v. 12.12.1996, NVwZ-RR 1998, 154 [155]; Erichsen/Rauschenberg, Jura 1998, 323; i. E. auch – allerdings ohne Begründung – VGH Mannheim, Ur. v. 16.04.1994, NVwZ-RR 1995, 120).“ (OVG Bautzen aaO)

b) Standpunkt des OVG Bautzen hinsichtlich der maßgeblichen Sach- und Rechtslage für die Beurteilung der Rechtmäßigkeit einer Festsetzung

Fraglich ist, ob diese Rechtsprechung sich auch auf den Fall der Zwangsgeldfestsetzung übertragen lässt. Zumindest das **BVerwG** geht bei **Klagen gegen Zwangsgeldfestsetzungen** davon aus, dass bei noch andauernden Vollstreckungsverfahren grds. der **Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung** oder der Entscheidung des Berufungsgerichts – als letzte Tatsacheninstanz – für die Beurteilung ihrer Rechtmäßigkeit maßgeblich ist (Ur. v. 14.03.2006 – 1 C 11.05, juris, Rn. 8).

*„Etwas anderes gilt hingegen nach der auch vom Senat geteilten Auffassung des BVerwG für den Fall, dass das **Vollstreckungsverfahren für das festgesetzte Zwangsgeld abgeschlossen** ist. In diesem Fall bestimmt sich die Frage der Rechtmäßigkeit der Zwangsgeldfestsetzung nach der Sach- und Rechtslage im **Zeitpunkt der Beendigung des Vollstreckungsverfahrens** (Ur. v. 14.03.2006, aaO).“ (OVG Bautzen aaO)*

c) Anwendung auf den Fall

Hiervon ausgehend könnte als maßgeblicher Zeitpunkt für die Beurteilung der Zwangsgeldfestsetzung der Zeitpunkt der Eintragung der für ihre Beitreibung eingetragenen Sicherungshypothek am 11.05.2009 maßgeblich sein.

Bei der Vollstreckung eines festgesetzten Zwangsgeldes handelt es sich um die Vollstreckung eines Leistungsbescheids, die nach § 12 I SächsVwVG durch Beitreibung vollstreckt werden.

*„Soll eine Beitreibung durch die **Vollstreckung in das unbewegliche Vermögen** erfolgen, richtet sich diese gem. § 15 I Nr. 3 SächsVwVG nach §§ 322 und 323 AO. Gemäß § 322 I 2 AO sind auf die Vollstreckung in das unbewegliche Vermögen die für die gerichtliche Zwangsvollstreckung geltenden Vorschriften, namentlich die **§§ 864 bis 871 ZPO anwendbar**. Nach § 866 I ZPO erfolgt die Zwangsvollstreckung in ein Grundstück durch die Eintragung einer Sicherungshypothek für die Forderung, durch Zwangsversteigerung und durch Zwangsverwaltung. Wählt der Vollstreckungsgläubiger aus diesen drei Vollstreckungsmöglichkeiten zur Beitreibung eines Leistungsbescheids in Gestalt eines festgesetzten Zwangsgeldes die Eintragung einer **Sicherungshypothek**, ist die **Beitreibung des Leistungsbescheids mit ihrer Eintragung vollständig beendet**. Weitere Vollstreckungsmaßnahmen haben nicht mehr den Leistungsbescheid über die Zwangsgeldfestsetzung zur Rechtsgrundlage. Vielmehr bildet ab diesem Zeitpunkt die Sicherungshypothek in Gestalt des vollstreckbaren Titels, auf dem ihre Eintragung vermerkt ist, die Vollstreckungsgrundlage (§ 867 III ZPO).“ (OVG Bautzen aaO)*

Folglich kommt es für die Rechtmäßigkeit der angefochtenen Zwangsgeldfestsetzung auf den 11.05.2009 als dem Zeitpunkt der Eintragung der Sicherungshypothek an.

*„In Gestalt des gem. seiner Ziff. 6 sofort vollziehbaren Anordnungsbescheids zum Anschluss- und Benutzungszwang lag der Zwangsgeldfestsetzung ein **vollstreckbarer Verwaltungsakt** i. S. v. § 2 Nr. 2 SächsVwVG zugrunde. Dieser war bis zur Beendigung der Zwangsvollstreckung am 11.05.2009 **wirksam**. Mit dem Festsetzungsbescheid wurde das **angedrohte Zwangsgeld** in der angedrohten Höhe festgesetzt. Im maßgeblichen Zeitpunkt der Beendigung der Zwangsvollstreckung in Gestalt der Beitreibung der festgesetzten Zwangsgelder durch Eintragung der Sicherungshypothek lag auch **kein Vollstreckungshindernis** nach § 2 a SächsVwVG vor. Insbesondere lag kein Fall der Zweckerreichung vor. Dem angeordneten Anschluss- und Benutzungszwang kam der Kl. **erst rund zwei Jahre später** nach.“ (OVG Bautzen aaO)*

Ergebnis: Die Zwangsgeldfestsetzungen waren rechtmäßig, so dass die Anfechtungsklage nicht begründet ist.

Eine empfangsbedürftige Willenserklärung geht ihrem ortsabwesenden Empfänger im Fall, dass der Tag der tatsächlichen Übersendung (etwa mittels Fax) am Wohn- oder Geschäftssitz des Empfängers ein landesweiter gesetzlicher Feiertag (hier: Fronleichnam) ist, im Sinne des im öffentlichen Recht entsprechend anzuwendenden § 130 I 1 BGB erst am darauffolgenden Werktag zu.

Fall: Der Vollstreckungsgläubiger mit Wohnsitz in Bayern hat in einem verwaltungsgerichtlichen Eilverfahren seine vorläufige Zulassung als Nachrücker auf einen Teilstudienplatz im 2. Fachsemester im Studiengang Humanmedizin erwirkt gegen die in Niedersachsen ansässige Vollstreckungsschuldnerin erwirkt. In der betreffenden einstweiligen Anordnung des Verwaltungsgerichts war dem Vollstreckungsgläubiger aufgegeben worden, innerhalb von drei Werktagen nach Bekanntgabe des Nachrückfalls die Annahme des Studienplatzes zu erklären.

Mit Schreiben der Vollstreckungsschuldnerin vom 30.05.2013 (Fronleichnam) teilte sie dem in dem in Bayern ansässigen Prozessbevollmächtigten des Vollstreckungsgläubigers per Telefax mit, dass dieser auf einen vorläufigen Teilstudienplatz im 2. Fachsemester nachrückt. Der 30.05.2013 ist in Niedersachsen ein normaler Arbeitstag, in Bayern hingegen ein gesetzlicher Feiertag. Die Annahme wurde per Fax am 03.06.2013 erklärt.

Gleichwohl verweigert die Vollstreckungsschuldnerin die vorläufige Zulassung auf dem genannten Studienplatz, mit der Begründung, der Vollstreckungsgläubiger habe die Annahme des Studienplatzes nicht innerhalb der 3-Tagefrist erklärt. Der Vollstreckungsgläubiger beantragt nunmehr nach § 172 VwGO, der Vollstreckungsschuldnerin ein Zwangsgeld durch Beschluss anzudrohen. Wird das Verwaltungsgericht diesem Antrag entsprechen?

Der Antrag des Vollstreckungsgläubigers wird Erfolg haben, wenn die **Voraussetzungen für die Androhung eines Zwangsgeldes** gegenüber der Behörde vorliegen. Nach § 172 S. 1 VwGO kann das Gericht des ersten Rechtszuges auf Antrag unter Fristsetzung gegen eine Behörde ein Zwangsgeld bis zehntausend EUR durch Beschluss androhen, nach fruchtlosem Fristablauf festsetzen und von Amts wegen vollstrecken, wenn die Behörde der ihr **in einer einstweiligen Anordnung nach § 123 I VwGO auferlegten Verpflichtung** nicht nachkommt. Fraglich ist daher, ob die Vollstreckungsschuldnerin nach dem Beschluss verpflichtet war, den Vollstreckungsgläubiger als Nachrücker auf einen Teilstudienplatz im 2. Fachsemester im Studiengang Humanmedizin zuzulassen. Dies war sie nach der ergangenen einstweiligen Anordnung nur, wenn der Vollstreckungsgläubiger innerhalb von 3 Werktagen die Annahme des Studienplatzes erklärt hatte.

I. Fristbeginn

Der Nachrückfall wurde per Fax bekanntgegeben. Das Telefax ist am 30.05.2013 bei dem Prozessbevollmächtigten des Vollstreckungsgläubigers eingegangen. Da dieser Tag am Sitz des Prozessbevollmächtigten (Bayern) ein gesetzlicher Feiertag ist, hingegen am Sitz der Vollstreckungsschuldner (Niedersachsen) nicht, stellt sich die Frage, wann die Frist zu laufen begann.

Die Frist beginnt grundsätzlich mit dem Zugang der Erklärung beim Prozessbevollmächtigten zu laufen.

1. Anwendbare Vorschriften für den Zugang öffentlich-rechtliche Erklärungen

„Zutreffend gehen die Beteiligten davon aus, dass im Bereich des öffentlichen Rechts für den Zugang empfangsbedürftiger Willenserklärungen die Vorschrift des § 130 BGB entsprechend anzuwenden ist. Nach § 130 I 1 BGB wird eine Willenserklärung, die einem Abwesenden gegenüber abzugeben ist, in dem Zeitpunkt wirksam, in welchem sie ihm zugeht. Zugegangen ist die Willenserklärung, wenn sie so in den Bereich des Empfängers gelangt ist, dass dieser unter normalen Verhältnissen die Möglichkeit hat, vom Inhalt der Erklärung Kenntnis zu nehmen. Die Kenntnisnahme durch den Empfänger muss hierbei unter Zugrundelegung gewöhnlicher Verhältnisse objektiv möglich und nach der Verkehrsanschauung zu erwarten sein (Palandt-Ellenberger, BGB, 72. Aufl. 2013, § 130 Rn. 5 m.w.N.).“ (OVG Lüneburg aaO)

2. Bestimmung der „gewöhnlichen“ Verhältnisse

Unter Berücksichtigung dieser Grundsätze kommt es daher maßgeblich auf die objektiven Verhältnisse auf Seiten des Empfängers der Willenserklärung an, die für den Absender erkennbar sind.

„Diese Verhältnisse sind vorliegend dadurch gekennzeichnet, dass der Tag des 30.05.2013, an dem in tatsächlicher Hinsicht die **Bekanntgabe des Nachrückfalls** durch die Vollstreckungsschuldnerin gegenüber dem Prozessbevollmächtigten des Vollstreckungsgläubigers erfolgt war, in Niedersachsen ein normaler Arbeitstag, im gesamten Bayern hingegen ein gesetzlicher Feiertag war. An **landesweiten gesetzlichen Feiertagen** herrscht sowohl in Niedersachsen (§ 3 NdsFeiertagsG) als auch in Bayern. (§ 4 Abs. 1 SFG) **allgemeine Arbeitsruhe und ein allgemeines Arbeitsverbot**. Dies bedeutet, dass Arbeitnehmer unter Fortzahlung des Entgeltes durch den Arbeitgeber einen freien Arbeitstag haben. Daher ruhen an diesem Tage - mit den gesetzlich vorgesehenen Ausnahmen - sämtliche Dienstleistungen und sonstige im Zusammenhang mit der Erledigung der Arbeit verbundene Tätigkeiten. Dies gilt nach der Verkehrsanschauung sowohl für Arbeitnehmer als auch für Arbeitgeber, für letztere auch, soweit sie freiberuflich tätig sind. Diese Sachlage an **gesetzlich festgelegten Feiertagen** ist daher nicht mit der Situation vergleichbar, in denen die Umstände, die den Empfänger - etwa im Fall einer Erkrankung oder Abwesenheit aus sonstigen individuellen Gründen - an der Kenntnisnahme einer empfangsbedürftigen Willenserklärung hindern, in die Risikosphäre des Empfängers fallen und er deshalb gehalten ist, entsprechende Vorsorge zu treffen. Dies ist für den Absender der empfangsbedürftigen Willenserklärung auch nicht unbillig oder sonst unverhältnismäßig, da er sich über die **Gesetzeslage im Bundesland des Empfängers unschwer und zuverlässig umgehend Kenntnis verschaffen kann**.

Dieser **Rechtsgedanke des Schutzes auch der regionalen gesetzlichen Feiertage** zeigt sich - wenn auch in anderem Zusammenhang - im Rahmen der Zustellung durch die Behörde gegen Empfangsbekanntnis. Nach §§ 1 I NdsVwZG, §5 Abs. 3 VwZG sind die **regionalen Feiertage den allgemeinen bundesweiten Feiertagen gleichgestellt** (vgl. dazu Engelhardt/App, Verwaltungsvollstreckungsgesetz, Verwaltungszustellungsgesetz, 9. Aufl. 2011, § 5 Rn. 9).“ (OVG Bautzen aaO)

Daher hat der Prozessbevollmächtigte des Vollstreckungsgläubigers als Empfänger einer empfangsbedürftigen Willenserklärung nicht die Möglichkeit gehabt, an dem in Bayern landesweit gesetzlich festgelegten Feiertag Fronleichnam Kenntnis von dem Schreiben der Vollstreckungsschuldnerin zu nehmen.

„Insoweit gilt etwas anderes als an den von dem Verwaltungsgericht zur Stützung seiner Auffassung mit in den Blick genommenen Tagen, an denen **lediglich gewohnheitsmäßig landes- oder bundesweit** (z. B. Heiligabend, 24.12., Silvester, 31.12.) oder gebietsspezifisch (z. B. Rosenmontag) **nicht gearbeitet** wird (vgl. hierzu etwa FG Niedersachsen, Beschl. v. 15.4.2013 - 2 K 25/13 -, juris m. w. N.). Die Frage, ob etwas anderes gilt, wenn es sich um einen nicht landesweit geltenden, sondern lediglich in einigen Gemeinden eines Bundeslandes gültigen gesetzlichen Feiertag handelt (dies ist im Fall von Fronleichnam in Sachsen und in Thüringen der Fall, in denen dieser Tag lediglich in einigen Gemeinden mit überwiegend katholischer Bevölkerung ein gesetzlicher Feiertag ist), lässt der Senat mangels Entscheidungserheblichkeit offen.“ (OVG Bautzen aaO)

3. Verpflichtung des Empfängers zur Sicherung des Zugangs an nicht bundeseinheitlichen Feiertagen

Allerdings könnte eine Pflicht des Zugangsempfängers bestehen, an nicht bundeseinheitlichen Feiertagen empfangsbedürftige Willenserklärungen entgegenzunehmen oder sich jedenfalls den Zugang zurechnen zu lassen. Hierbei stellt sich die Frage, wer das Zugangsrisiko zu tragen hat.

„[Es] fällt es **nicht in den Risikobereich des Adressaten** einer empfangsbedürftigen Willenserklärung sicherzustellen, an nicht bundeseinheitlichen Feiertagen gegebenenfalls ihn an seinem Geschäftssitz erreichende Willenserklärungen auch zur Kenntnis zu nehmen und bereits an diesem Tag Folgerungen zu ziehen. Gerade die **föderale Struktur in Deutschland** bedingt, dass in bestimmten Bereichen in den einzelnen Bundesländern unterschiedliche Regelungen bestehen, wobei die jeweiligen „Landeskinder“ dem Recht des Landes unterworfen sind, in dem sie wohnen oder geschäftsansässig sind. Daher sieht der Senat **keine Veranlassung**, dem Prozessbevollmächtigten des Vollstreckungsgläubigers die **Verpflichtung aufzubürden, an landesweit gesetzlich festgelegten Feiertagen verlässliche Vorkehrungen** etwa in Form eines Notdienstes **im Büro zu treffen**, ohne dass hierzu konkret im Einzelfall Anlass besteht. Auch für Rechtsanwälte, die in erheblichem Umfang bundesweit tätig sind, gilt nichts anderes. Sie müssen nur ihrerseits bei der Einlegung von Rechtsmitteln prüfen, ob am Sitz des Gerichts andere Feiertagsregelungen gelten als am Sitz ihrer Praxis (vgl. BGH, Beschl. v. 10.01.2012 - VI ZA 27/11 -, NJW-RR 2012, 254; OLG Celle, Beschl. v. 30.7.20107 - 11 U 116/07 -, juris).“ (OVG Lüneburg aaO)

Das Schreiben der Vollstreckungsschuldnerin vom 30.05.2013 (Fronleichnam), mit dem sie dem in dem Bundesland B. ansässigen Prozessbevollmächtigten des Vollstreckungsgläubigers per Telefax mitgeteilt hat, dass dieser auf einen vorläufigen Teilstudienplatz im 2. Fachsemester nachrückt, ist dem Prozessbevollmächtigten des Vollstreckungsgläubigers daher im Rechtssinn nicht am Donnerstag, 30.05.2013, als Tag der Versendung des Telefax, sondern erst am darauffolgenden Freitag, 31.05.2013, zugegangen.

4. Keine Anwendung der 3-Tagesfiktion des § 41 II 2 VwVfG

Da der Nachrückfall per Fax bekanntgegeben wurde, könnte die 3-Tage-Fiktion des § 41 II 2 VwVfG eingreifen mit der der Folge, dass die Bekanntgabe rechtlich erst am 02.06.2013 anzunehmen sein könnte. Allerdings gilt diese Vorschrift nur für die Bekanntgabe von Verwaltungsakten. Um einen solchen handelt es sich bei der Mitteilung des Nachrückfalles aber nicht. In Betracht kommt jedoch eine entsprechende Anwendung.

*„Die in dem Beschluss des Verwaltungsgerichts vom 29.04.2013 formulierte Bedingung ist hinsichtlich der Frist eindeutig und einer in diesem Sinn erweiternden Auslegung nicht zugänglich, zumal es sich bei der schriftlichen Bekanntgabe des Nachrückfalls durch die Vollstreckungsschuldnerin mangels Regelungswirkung **nicht um einen Verwaltungsakt** im Sinne des § 35 Satz 1 VwVfG handelt und die gebotene schnelle Abwicklung der Nachrückverfahren einer **weiteren zeitlichen Streckung entgegensteht.**“ (OVG Lüneburg aaO)*

Die Frist für die Abgabe der Erklärung begann daher am 31.05.2013 zu laufen.

II. Fristberechnung

Das Verwaltungsgericht hatte in seiner Anordnung eine Frist von 3 Werktagen gesetzt.

1. Verzicht auf Ausschöpfung einer Frist bei nicht bundeseinheitlichen Feiertage

Ist nach Vorstehendem davon auszugehen, dass der Zugang am Freitag, den 31.05.2013 erfolgt ist, so könnte sich aus dem Umstand des nicht bundeseinheitlichen Feiertages allerdings die Verpflichtung des Zugangsempfängers ergeben, dann zumindest nicht die laufende Frist vollständig auszuschöpfen.

*„Entgegen der Ansicht des Verwaltungsgerichts bestand für den Prozessbevollmächtigten des Vollstreckungsgläubigers auch keine Verpflichtung, die **Frist von drei Tagen nicht voll auszuschöpfen**, sondern mit Blick auf die andersartige Gesetzeslage in Niedersachsen noch vor Ablauf dieser Frist tätig zu werden, um sicherzustellen, dass die **erforderlichen Erklärungen noch innerhalb der von der von der Vollstreckungsschuldnerin für richtig gehaltenen Frist bei dieser eingehen.** Eine derartige Forderung findet in dem Tenor des Beschlusses des Verwaltungsgerichts vom 29.04.2013, in dem ausdrücklich von „drei Werktagen“ die Rede ist, keine Grundlage und hieße, die dort aufgeführten Bedingungen nachträglich zulasten der Nachrücker zu verschärfen.“ (OVG Lüneburg aaO)*

2. Fristlauf

Daher war vorliegend Fristbeginn der von dem Verwaltungsgericht gesetzten dreitägigen Frist Sonnabend, der 01.06.2013, 0.00 Uhr, da gemäß § 30 II VwVfG der Lauf der Frist mit dem Tag beginnt, der auf die Bekanntgabe der Frist (hier nach dem oben Gesagten: Freitag, 31.05.2013) folgt.

„Fristende war mithin drei Werktage später, das heißt - da der Sonntag, 02.06.2013 nicht mitgezählt wird - hier am 04.06.2013. Innerhalb dieser Frist lagen die erforderlichen Erklärungen des Vollstreckungsgläubigers bei der Vollstreckungsschuldnerin vor.“ (OVG Lüneburg aaO)

III. Ergebnis

Die Vollstreckungsschuldnerin verweigert dem Vollstreckungsgläubiger zu Unrecht die vorläufige Zulassung auf dem genannten Studienplatz. Der Vollstreckungsgläubiger seinerseits ist den Bedingungen des Beschlusses des Verwaltungsgerichts rechtzeitig nachgekommen, da er gegenüber der Vollstreckungsschuldnerin innerhalb von drei Werktagen nach Bekanntgabe des Nachrückfalls und damit fristgerecht die Annahme des Studienplatzes erklärt hat.

*„Der Senat übt sein Ermessen nach § 172 I VwGO dahingehend aus, dass er der Vollstreckungsschuldnerin ein **Zwangsgeld in Höhe von 1.000 EUR androht** und die Frist zur Vornahme der geforderten Handlung auf drei Tage nach Bekanntgabe dieses Beschlusses auf dem normalen Postweg festlegt.“ (OVG Lüneburg aaO)*

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
§§ 42, 46 II

Befangenheitsantrag Kritik des Richters an Ablehnungsgesuch

ZPO

(OLG Köln NJW-RR 2013, 1152; Beschluss vom 29.04.2013 – 20 W 30/13)

Kritisiert ein Richter die Ausübung eines prozessualen Rechts – hier: des Rechts, einen Richter wegen Besorgnis der Befangenheit abzulehnen –, kann dies die **Besorgnis begründen, er sei nicht unparteiisch**.

„Eine solche Verfahrensweise ist prozessordnungswidrig. Denn das Recht zur Richterablehnung ist ein nicht im Ermessen des Gerichts stehendes Verfahrensrecht, das seinen Grund in der verfassungsrechtlich verankerten richterlichen Neutralitätspflicht hat (OLG Celle BauR 2011, 721). Es steht dem Richter daher nicht zu, die Anbringung eines Ablehnungsgesuchs zu kritisieren. Die Reaktion des abgelehnten Richters rechtfertigt zudem die Besorgnis der Befangenheit. Indem er die Ausübung eines Rechts kritisiert hat, das der Sicherung richterlicher Unparteilichkeit dient, hat er den Eindruck erweckt, selbst nicht unparteiisch zu sein (vgl. auch OLG Celle BauR 2011, 721 zur Ablehnung der Protokollierung eines Ablehnungsgesuchs).“ (OLG Köln aaO)

ZPO
§ 130a

Elektronisches Dokument Zulässigkeit der Container-Signatur

ZPO

(BGH MDR 2013, 1064 = MMR 2013, 608; Beschluss vom 14.05.2013 – VI ZB 7/13)

Die im EGVP-Verfahren eingesetzte **qualifizierte Container-Signatur genügt den Anforderungen des § 130a ZPO**.

*„Denn mit ihr werden **Sinn und Zweck der qualifizierten Signatur** – die Sicherstellung von Authentizität und Integrität des Dokuments – erreicht. Die qualifizierte Container-Signatur ist dadurch gekennzeichnet, dass sie nicht nur die jeweils übersandte Einzeldatei, sondern die **gesamte elektronische Nachricht umfasst**, mit der die Datei an das Gericht übermittelt wird (vgl. Bacher NJW 2009, 1548; Gennen DuD 2009, 661). Ebenso wie die **Einzelsignatur** stellt sie sicher, dass die **Nachricht auf dem Weg vom Sender zum Empfänger nicht manipuliert worden ist**. Sie ermöglicht die Feststellung, ob der Inhalt der übersandten Dateien verändert wurde. Darüber hinaus bietet die qualifizierte Container-Signatur **eine der Einzelsignatur vergleichbare Gewähr für die Urheberschaft und den Willen des Verfassers, die übersandten Dokumente in den Rechtsverkehr zu bringen**.*

Nur ein solches Verständnis des Begriffs der qualifizierten elektronischen Signatur trägt dem Anspruch der Prozessbeteiligten auf Gewährleistung wirkungsvollen Rechtsschutzes, der es u.a. verbietet, an die Beachtung formeller Voraussetzungen für die Geltendmachung eines Rechtsschutzbegehrens überspannte Anforderungen zu stellen, ausreichend Rechnung (vgl. BGH NJW 2009, 2311; BGH NJW 2005, 2086 m. w. Nachw.; BVerfG NJW 2002, 3534).“ (BGH aaO)

ZPO
§§ 320, 567

Tatbestandsberichtigung Nach Rechtskraft des Urteils

ZPO

(OLG Bamberg NJW-RR 2013, 1079; Beschluss vom 27.02.2013 – 1 W 11/13)

Für einen **Antrag auf Tatbestandsberichtigung** besteht **nach dem Eintritt der formellen Rechtskraft des Urteils kein Rechtsschutzinteresse** mehr, sodass ein solcher Antrag als unzulässig zu verwerfen ist. Dies **gilt auch dann, wenn das Urteil zum Zeitpunkt der Antragstellung noch nicht in Rechtskraft erwachsen** war.

*„Durch die Möglichkeit der Tatbestandsberichtigung nach § 320 ZPO soll allein verhindert werden, dass **unrichtig wiedergegebener Parteivortrag infolge der Beweiskraft bzgl. des mündlichen Parteivorbringens zur fehlerhaften Entscheidungsgrundlage des RechtsmittelGer.** Im jeweiligen Rechtszug wird (vgl. BGH NJW 1983, 2030; Zöller/Vollkommer, § 320 Rn 1). Dieser **Zweck entfällt jedoch, wenn das Urteil nicht mehr Gegenstand der Überprüfung durch ein Rechtsmittelgericht werden kann**.*

Damit besteht für einen Antrag auf Berichtigung eines Urteilstatbestandes gem. § 320 I ZPO ab dem Eintritt der formellen Rechtskraft des Urteils kein Rechtsschutzbedürfnis mehr und zwar auch dann nicht, wenn man die zum Teil vertretene Ansicht berücksichtigt, wonach ein Tatbestandsberichtigungsantrag auch bei rechtskräftig gewordenen Urteilen deswegen stets zulässig sei, weil eine Verfassungsbeschwerde in Betracht komme (OLG Oldenburg NJW 2003, 149; Zöller/Vollkommer, § 320 Rn 10). Denn zum einen hat die Bekl. eine solche Möglichkeit gar nicht behauptet, zum anderen wäre vorliegend eine Verfassungsbeschwerde wegen Verzichtes auf Rechtsmittel mangels Erschöpfung des Rechtswegs ohnehin unzulässig. (vgl. Musielak, ZPO, 9. Aufl., § 320 Rn 4; LAG Berlin-Brandenburg BeckRS 2011, 77344). Der Antrag ist somit als unzulässig zu verwerfen, auch wenn das Urteil zum Zeitpunkt der Antragstellung noch nicht in Rechtskraft erwachsen war (vgl. KG BauR 2012, 537; LAG Berlin-Brandenburg BeckRS 2011, 77344; BFH BeckRS 2009, 25015457; LG München I FamRZ 2008, 1200).“ (OLG Bamberg aaO)

FamFG
§ 266 I Nr. 3

Zuständigkeit des Familiengerichts Darlehensrückforderung der Schwiegereltern

FamFG

(LG Saarbrücken FamRZ 2013, 1415; Beschluss vom 21.10.2012 – 3 O 263/12)

Der **Antrag der Schwiegereltern auf Rückzahlung eines Darlehens**, welches wegen Verschlechterung der Vermögensverhältnisse **nach Trennung der Eheleute gekündigt** wurde, ist eine **sonstige Familiensache**.

„Sonstige Familiensachen sind nach § 266 I Nr. 3 FamFG Verfahren, die Ansprüche zwischen miteinander verheirateten oder ehemals miteinander verheirateten Personen oder zwischen einer solchen und einem Elternteil im Zusammenhang mit Trennung oder Scheidung oder Aufhebung der Ehe betreffen, sofern nicht die Zuständigkeit der Arbeitsgerichte gegeben ist oder das Verfahren eines der in § 348 I 2 Nr. 2 a - k der ZPO genannten Sachgebiete, das Wohnungseigentumsrecht oder das Erbrecht betrifft, und sofern es sich nicht bereits nach anderen Vorschriften um eine Familiensache handelt. Unter die sonstigen Familiensachen fallen insbes. **alle Ansprüche aus vermögensrechtlichen Auseinandersetzungen zwischen den Ehegatten und Elternteilen derselben außerhalb des Güterrechts aus Anlass der Trennung, Scheidung oder Aufhebung der Ehe** (BegrRegE zu § 266 Abs. 1 Nr. 3, BT-Drucks. 16/6308, S. 263).

Die vorliegende Klage betrifft „Ansprüche zwischen ehemals miteinander verheirateten Personen und einem Elternteil im Zusammenhang mit Trennung oder Scheidung der Ehe“. Für die Beurteilung ist allein auf die Klageschrift vom 26.09.2012 abzustellen. Die vorliegende **Klagebegründung** [stellt] ausdrücklich und einzig auf die **durch die Trennung des Bekl. und seiner Ehefrau eingetretene wesentliche Verschlechterung der finanziellen Situation** des Bekl. ab, die als Kündigungsgrund i. S. des § 490 BGB für das behauptete gestundete Darlehn herangezogen wird. Damit ist ein **inhaltlicher Zusammenhang des geltend gemachten Anspruchs mit der Trennung oder Scheidung** des Bekl. und der Tochter der Kl. zweifelsfrei gegeben. Inwieweit aus den weiteren Umständen (Zweck der Darlehensgewährungen, Gesamtschuldnerausgleichsansprüche zwischen den Ehegatten, Geltendmachung eines von der Noch-Ehefrau des Bekl. abgehobenen Betrags vor dem FG) sich auch ein inhaltlicher Zusammenhang mit der Trennung oder Scheidung vorliegend ergeben könnte, kann dahinstehen.“ (LG Saarbrücken aaO)

GKG
§ 66 III, IV

Unstatthafte Rechtsbeschwerde Umdeutung in weitere Beschwerde

GKG

(BGH NJW-RR 2013, 1081; Beschluss vom 07.02.2013 – VII ZB 58/12)

Eine **unstatthafte Rechtsbeschwerde kann regelmäßig in eine weitere Beschwerde umgedeutet** und die **Sache an das zuständige OLG abgegeben** werden.

„Die Rechtsbeschwerde ist mit Rücksicht darauf, dass gegen die Beschwerdeentscheidung des LG nicht die Rechtsbeschwerde zum BGH, sondern nur die weitere Beschwerde zum OLG statthaft ist, nicht als unzulässig zurückzuweisen, sondern in eine weitere Beschwerde umzudeuten. Bei Rechtsmittelerklärungen ist eine Umdeutung unter der Voraussetzung zulässig, dass es sich um **vergleichbare Prozesserkklärungen** handelt, die **sich in ihrer Intention und rechtlichen Wirkung entsprechen** (BGH DGVZ 2008, 187 m. w. Nachw.). So verhält es sich hier: Die weitere Beschwerde zielt ebenso wie die Rechtsbeschwerde auf die Änderung einer Beschwerdeentscheidung des LG durch ein übergeordnetes Gericht; die weitere Beschwerde setzt zudem wie die Rechtsbeschwerde voraus, dass das LG die Beschwerde wegen der grds. Bedeutung der zur Entscheidung stehenden Frage in dem Beschluss zugelassen hat. Die Sache ist danach zur Entscheidung über die weitere Beschwerde an das OLG Frankfurt a. M. abzugeben.“ (BGH aaO)

StPO
§§ 140, 141 III

Verteidigerbestellung im Ermittlungsverfahren Erforderlichkeit eines Antrags der Staatsanwaltschaft

StPO

(LG Limburg StV 2013, 625; Verfügung vom 27.11.2012 – 5 AR 33/12)

Im Ermittlungsverfahren ist grds. ein **Antrag der Staatsanwaltschaft für die Beordnung eines Verteidigers erforderlich**. Allein auf Antrag des Besch. ist ein Verteidiger nur dann zu bestellen, wenn anderenfalls die Anforderungen der EMRK an ein **faïres Verfahren** nicht gewahrt wären.

„Mit der überwiegenden Rspr. (vgl. OLG Oldenburg StV 1993, 511; OLG Karlsruhe StV 1998, 123; LG Cottbus StV 2002, 414; a.A. LG Bremen StV 1999, 532; Übersicht zur Rspr. Löwe/Rosenberg, StPO, 26. Aufl., § 141 Rn 24) ist im Ermittlungsverfahren – von Sonderregelungen im Recht der Untersuchungshaft abgesehen – grds. ein Antrag der StA für eine Beordnung erforderlich.

Diese Ansicht wird hier geteilt: Die nach § 141 III StPO gebotene Prüfung obliegt in erster Linie der StA. Das Ergebnis, keinen Antrag zu stellen, bindet im Regelfall den für das Hauptverfahren zuständigen Vorsitzenden. Die ablehnende Entscheidung der StA wird zudem überwiegend auch nicht im Verfahren nach §§ 23ff EGGVG als überprüfbar angesehen (vgl. OLG Karlsruhe StV 1998, 123 m. w. Nachw.). Dies entbindet den für das Hauptverfahren zuständigen Vorsitzenden aber nicht von der Verantwortung, für **ein den Anforderungen der EMRK genügendes Verfahren** Sorge zu tragen (vgl. Lüderssen/Jahn, § 141 Rn 24). Unter dem Gesichtspunkt des fairen Verfahrens kann für die Verteidigerbestellung eine Ermessensreduzierung auf Null in Betracht kommen (vgl. Laufhütte, KK-StPO, 6. Aufl., § 141 Rn 7; offen gelassen OLG Karlsruhe StV 1998, 123).“ (LG Limburg aaO)

StPO
§ 257c V

Anspruch auf ein faïres Verfahren Verfahrensverständigung ohne Belehrung

StPO

(BVerfG NSTZ-RR 2013, 315; Beschluss vom 30.06.2013 – 2 BvR 85/13)

Eine **Verständigung ohne vorherige Belehrung nach § 257 c V StPO verletzt** den Angekl. grds. in seinem **Recht auf ein faïres Verfahren** und in seiner **Selbstbelastungsfreiheit**.

- I. Mit dem Ziel, dem Angekl. überhaupt eine **autonome Entscheidung über das für ihn mit einer Mitwirkung an einer Verständigung verbundene Risiko** zu ermöglichen, sieht § 257 c V StPO vor, dass der Angekl. vor der Verständigung über die Voraussetzungen und Folgen einer Abweichung des Gerichts von dem in Aussicht gestellten Ergebnis zu belehren ist.

„Hiermit wollte der Gesetzgeber die **Fairness des Verständigungsverfahrens sichern** und – wie sein Hinweis auf das Ziel der Ermöglichung einer autonomen Einschätzung (vgl. Begründung des Gesetzentwurfs der Bundesregierung, BT-Dr. 16/12310, S. 15) bestätigt – zugleich die **Autonomie des Angekl. im weiten Umfang schützen** (vgl. BVerfG NJW 2013, 1058).“ (BVerfG aaO)

- II. Eine Verständigung ist folglich regelmäßig nur dann mit dem **Grundsatz des fairen Verfahrens** zu vereinbaren, wenn der Angekl. vor ihrem Zustandekommen über deren nur eingeschränkte Bindungswirkung für das Gericht belehrt worden ist.

„Die Belehrungspflicht verliert nicht deshalb an Bedeutung oder wird gar obsolet, weil eine Lösung des Gerichts von der Verständigung nach § 257c IV 3 StPO das infolge der Verständigung abgegebene Geständnis unverwertbar macht. Denn die **Belehrung hat sicherzustellen, dass der Angekl. vor dem Eingehen einer Verständigung, deren Bestandteil das Geständnis ist, vollumfänglich über die Tragweite seiner Mitwirkung an der Verständigung informiert ist** (vgl. auch Begründung zum Regierungsentwurf, BT-Dr. 16/12310, S. 15). Nur so ist gewährleistet, dass er autonom darüber entscheiden kann, ob er von seiner Freiheit, die Aussage zu verweigern, (weiterhin) Gebrauch macht oder eine Verständigung eingeht.“ (BVerfG aaO)

- III. Zwar muss der Angekl. unabhängig von der Möglichkeit einer Verständigung selbständig darüber befinden, ob und ggf. wie er sich zur Sache einlässt. Mit der Aussicht auf eine Verständigung wird jedoch eine **verfahrensrechtliche Situation** geschaffen, in der es dem Angekl. in die Hand gegeben wird, **durch sein Verhalten spezifischen Einfluss auf das Ergebnis des Prozesses zu nehmen**.

„So kann er anders als in einer nach der herkömmlichen Verfahrensweise geführten Hauptverhandlung mit einem Geständnis die das Gericht grds. bindende Zusage einer Strafobergrenze und damit Sicherheit über den Ausgang des Verfahrens erreichen. Damit ist aus der **Perspektive des Angekl.** das Festhalten an der Freiheit von Selbstbelastung nur noch um den Preis der Aufgabe der Gelegenheit zu einer das Gericht bindenden Verständigung und damit einer (vermeintlich) sicheren Strafobergrenze zu erlangen. Die **erwartete Bindung bildet dementsprechend Anlass und Grundlage der Entscheidung des Angekl. über sein prozessuales Mitwirken**; damit entsteht eine **wesentlich stärkere Anreiz- und Verführungssituation**, als es – mangels Erwartung einer festen Strafobergrenze – etwa in der Situation von § 136 I oder § 243 V 1 StPO der Fall ist. Der Angekl. muss deshalb wissen, dass die Bindung keine absolute ist, sondern unter bestimmten Voraussetzungen – die er ebenfalls kennen muss – entfällt. Nur so ist es ihm möglich, **Tragweite und Risiken der Mitwirkung an einer Verständigung autonom einzuschätzen**. Die in § 257c V StPO verankerte Belehrungspflicht ist aus diesem Grund keine bloße Ordnungsvorschrift, sondern eine zentrale rechtsstaatliche Sicherung des Grundsatzes des fairen Verfahrens und der Selbstbelastungsfreiheit.“ (BVerfG aaO)

StPO
§ 257c V

Verfahrensabsprache
Verstoß gegen Belehrungspflicht

StPO

(BGH StV 2013, 611; Beschluss vom 11.04.2013 – 1 StR 563/12)

Der **Verstoß gegen die Belehrungspflicht bei einer Verfahrensabsprache** stellt einen **Rechtsfehler** dar, auf dem ein Urteil beruhen kann.

„Die Belehrung gem. § 257c V StPO ist eine **wesentliche Förmlichkeit**, die in das Sitzungsprotokoll aufzunehmen gewesen wäre (vgl. § 273 Ia 2 StPO). Da es hieran fehlt, ergibt sich im Hinblick auf die negative Beweiskraft des Protokolls (§ 274 S. 1 StPO), dass der Angekl. nicht gem. § 257c V StPO darüber belehrt wurde, unter welchen Voraussetzungen und mit welchen Folgen das Gericht von dem in Aussicht gestellten Ergebnis abweichen kann. Der Angekl. wurde daher vom Gericht nicht in die Lage versetzt, eine autonome Entscheidung über seine Mitwirkung an der Verständigung zu treffen (vgl. hierzu BVerfG NJW 2013, 1058).

Auf diesem Rechtsfehler beruht das Urteil: Die Voraussetzungen, unter denen nach der Rspr. des BVerfG ausnahmsweise ein Beruhen des Urteils auf der Verletzung der Belehrungspflicht aus § 257c V StPO ausgeschlossen werden kann, liegen nicht vor. Insbes. bestehen keine Anhaltspunkte dafür, dass dem nicht vorbestraften Angekl. auch ohne entsprechende Belehrung durch das Gericht - etwa aus anderen Strafverfahren oder Gesprächen mit seinem Verteidiger - bekannt gewesen sein könnte, wann die Bindung des Gerichts an eine Verständigung entfällt.

Der Senat kann nicht ausschließen, dass sich der **Verstoß gegen die Belehrungspflicht** aus § 257c V StPO hier in der Weise **ursächlich auf das Prozessverhalten des Angekl. ausgewirkt hat**, dass er kein Geständnis abgelegt und sich vielmehr gegen den Tatvorwurf verteidigt hätte, wenn er ordnungsgemäß belehrt worden wäre. Solches liegt zwar im Hinblick auf die Beweislage bei Anklageerhebung nicht nahe, ist aber angesichts des Umstandes, dass ohne das Geständnis des Angekl. letztlich im Wesentlichen die Frage der Glaubhaftigkeit der Angaben eines Kindes zu den Vorwürfen an ihm begangener Taten (schweren) sexuellen Missbrauchs gem. §§ 176, 176a StGB für den Tatnachweis ausschlaggebend sein könnte, auch nicht lediglich eine entfernte Möglichkeit. Insoweit in Betracht kommende Beweisanträge liegen auf der Hand. Der Umstand, dass die Bindung des Gerichts an die Verständigung hier nicht gem. § 257c IV StPO entfallen ist und das Landgericht die zugesagte Strafobergrenze eingehalten hat, schließt das Beruhen des Urteils auf dem Verfahrensverstoß nicht aus.“ (BGH aaO)

StPO
§ 296

Präventiv eingelegte Beschwerde
Unzulässigkeit

StPO

(OLG Naumburg NSTZ-RR 2013,543; Beschluss vom 28.01.2013 – 1 Ws 36/13)

Eine **vor Erlass eines erwarteten Beschlusses eingelegte Beschwerde** ist **unzulässig**, weil die **StPO präventive Rechtsmittel nicht kennt**.

- I. Ein **Rechtsmittel** kann **erst nach Erlass der angefochtenen Entscheidung eingelegt** werden (BGHSt 25, 187; Meyer-Goßner, StPO, 55. Aufl., vor § 296 Rn 4; KMR-Plöd 51. EL, vor § 296 Rn 11; s. auch Pfeiffer, StPO, 5. Aufl., vor § 296 Rn 2).

„Die Einlegung eines Rechtsmittels soll nach der **Systematik der StPO** erst dann erfolgen, wenn eine Entscheidung bereits ergangen ist. **Präventive Rechtsmittel**, insbes. um die Entscheidungsfindung einer StrK unzulässig zu beeinflussen, sind **in der StPO nicht vorgesehen**. Die Rechtsmittelinlegung gegen eine vorerst nur drohende Entscheidung ist folglich unzulässig (s. SK-StPO-Frisch, vor § 296 Rn 74). Ein **vor Erlass der angefochtenen Entscheidung eingelegtes Rechtsmittel ist daher unwirksam** (s. LR, 25. Aufl., vor § 296 Rn 30).

Die hier **angefochtene Entscheidung war zum Zeitpunkt der Beschwerdeeinlegung durch die StA noch nicht existent**. Vor Erlass eingelegte Rechtsmittel sind unzulässig (KMR-Plöd aaO).

Zwar kann eine bereits erlassene Entscheidung auch dann wirksam angefochten werden, wenn der Anfechtende die Entscheidung noch nicht kennt (BGH aaO), jedoch sollte die StA als objektive Behörde vor Einlegung vor Rechtsmittel die Gründe einer Entscheidung zur Kenntnis nehmen, um dann eine sachgerechte Prüfung vorzunehmen und um danach zu entscheiden, ob sie die Gründe der Entscheidung für überzeugend hält oder ob sie es für angezeigt hält, Rechtsmittel einzulegen.“ (OLG Naumburg aaO)

- II. Die Beschwerde der StA wird auch nicht deshalb zulässig, da sie „für den Fall, dass die 8. Große StrK beabsichtigt, den Haftbefehl gegen den Angekl. gem. § 116 StPO außer Vollzug zu setzen“ eingelegt wurde.

„Die StA Halle knüpft ihre Beschwerde nicht nur an etwas Gegebenes, insbesondere an eine Rechtslage – wie die bereits erlassene Entscheidung (s. hierzu BGH aaO), sondern **stellt vielmehr auch auf den Eintritt eines künftigen ungewissen Ereignisses** – nämlich die von ihr befürchtete Außervollzugsetzung des Haftbefehls – **ab** (s. hierzu Meyer-Goßner aaO, Einl., Rn 118). Daher handelt es sich bei der von der StA gemachten Bedingung („für den Fall, dass ...“) nicht nur um eine Rechtsbedingung, sondern auch um eine echte Bedingung. Die **bedingte Einlegung von Rechtsmittel ist jedoch unzulässig** (Meyer-Goßner, aaO, vor § 296 Rn 5).“ (OLG Naumburg aaO)

StPO
§ 302 II

Rechtsmittelrücknahme durch Verteidiger Zulässigkeit

StPO

(OLG Düsseldorf StV 2013, 615; Beschluss vom 25.02.2013 – III 3 RVs 24/13)

Ein **Rechtsmittel** kann **nur mit ausdrücklicher Zustimmung des Angekl. wirksam zurückgenommen** werden. Im Rahmen einer allgemeinen Strafprozessvollmacht liegt nur dann eine solche ausdrückliche Ermächtigung i. S. des § 302 II StPO, wenn dem Verteidiger das Mandat ausdrücklich für die Durchführung des Rechtsmittelverfahrens erteilt worden ist.

„Die **Ermächtigung kann zwar formfrei erteilt werden**, dass sie erteilt wurde, **muss aber nachgewiesen sein**; ggf. ist dies im Wege des Freibeweises zu klären (Paul, KK- StPO, 6. Aufl., § 302 Rn 22). Die notwendige Ermächtigung ist insbes. auch nicht in der allgemeinen Strafprozessvollmacht zu erblicken, welche der Angekl. seinem Verteidiger erteilt hatte. Zwar war dieser demnach befugt, Rechtsmittel und Rechtsbehelfe ganz oder teilweise zurückzunehmen. In einer solchen generellen Bevollmächtigung liegt aber nur dann eine ausdrückliche Ermächtigung i. S. von § 302 II StPO, wenn dem Verteidiger das Mandat überhaupt erst zur Durchführung jenes Rechtsmittel- oder Rechtsbehelfsverfahrens und somit in Ansehung der Möglichkeit einer entsprechenden Beschränkung erteilt wird (vgl. Paul, KK- StPO, aaO; Meyer-Goßner, StPO, 55. Aufl., § 302 Rn 32 jeweils m. w. N.).

Allein die Erklärung des Verteidigers, zu einer solchen Vertretung befugt zu sein, beinhaltet nicht zugleich die - prinzipiell hinreichende - anwaltliche Versicherung, zu der bereits erklärten Beschränkung des Einspruchs ermächtigt gewesen zu sein.“ (OLG Düsseldorf aaO)

LVwVG BW
§§ 2, 37 I

Unbestimmter Verwaltungsakt Vollstreckbarkeit

öfFR

(VGH Mannheim NVwZ-RR 2013, 451 = VBIBW 2013, 341; Urteil vom 10.01.2013 – 8 S 2919/11)

§ 2 LVwVG BadWürttVwVG ermöglicht nur die Vollstreckung eines i. S. des § 37 I LVwVfG BadWürttVwVfG inhaltlich hinreichend bestimmten – vollstreckungsfähigen – Verwaltungsakts. Ist ein Verwaltungsakt wegen inhaltlicher Unbestimmtheit nicht vollstreckungsfähig, schließt dieser Mangel Maßnahmen in der Verwaltungsvollstreckung aus. Das gilt auch dann, wenn der Bestimmtheitsmangel „nur“ zur Rechtswidrigkeit, nicht aber zur Unwirksamkeit des Verwaltungsakts infolge Nichtigkeit (§ 43 III LVwVfG i. V. mit § 44 I LVwVfG BadWürttVwVfG) führt.

„Nach § 2 LVwVG BadWürttVwVG **können Verwaltungsakte vollstreckt werden, wenn sie unanfechtbar geworden sind oder wenn die aufschiebende Wirkung eines Rechtsbehelfs entfällt**. Die Vorschrift regelt eine allgemeine Voraussetzung für Maßnahmen, die in der Verwaltungsvollstreckung getroffen werden, und gilt demzufolge auch bereits für eine Zwangsmittelandrohung nach § 20 LVwVG BadWürttVwVG. Sie ermöglicht nur die Vollstreckung eines im Sinne inhaltlich hinreichender Bestimmtheit (§ 37 I LVwVfG BadWürttVwVfG) vollstreckungsfähigen Verwaltungsakts als Grundlage (Titel) der Verwaltungsvollstreckung. Denn die für Einleitung und Durchführung der Verwaltungsvollstreckung erforderliche konkrete Feststellung, dass der Pflichtige seine Verpflichtung aus dem Verwaltungsakt noch nicht erfüllt hat (vgl. auch § 20 I 2 LVwVG BadWürttVwVG), ist nur bei einem **inhaltlich hinreichend bestimmten Verwaltungsakt** möglich. Ist ein **Verwaltungsakt wegen inhaltlicher Unbestimmtheit nicht vollstreckungsfähig, schließt dieser Mangel Maßnahmen in der Verwaltungsvollstreckung aus** (VGH Mannheim VBIBW 1982, 97 f.; VGH München BeckRS 2012, 54589; Fliegau/Maurer, BadWürttVwVG, 2. Aufl., § 1 Rn 3; Lemke, VerwaltungsvollstreckungsR des Bundes und der Länder, 1997, S. 177 f.; Sadler, VwVG VwZG, 8. Aufl., § 6 Rn 13; Schneider, BadWürttVwVG, § 1 Rn 4). Das gilt auch dann, wenn der Bestimmtheitsmangel „nur“ zur Rechtswidrigkeit, nicht aber zur Unwirksamkeit des Verwaltungsakts infolge Nichtigkeit (§ 43 III LVwVfG i. V. mit § 44 I LVwVfG BadWürttVwVfG) führt. Denn auch ein – bestandskräftiger oder sofort vollziehbarer – wirksamer, aber inhaltlich unbestimmter Verwaltungsakt ist nicht vollstreckungsfähig. Insoweit erfährt der tragende Grundsatz des Verwaltungsvollstreckungsrechts, dass es für die Beurteilung der Rechtmäßigkeit einer Vollstreckungsmaßnahme auf die Rechtmäßigkeit einer Grundverfügung nicht ankommt (BVerwG NJW 1984, 2591; vgl. auch: BVerfG NVwZ 1999, 290), eine Ausnahme. Die **Unbestimmtheit der Grundverfügung „infiziert“ eine zu ihrer Durchsetzung ergehende Vollstreckungsmaßnahme** (vgl. Lemke, S. 177 ff.).

Das **Bestimmtheitsgebot nach § 37 I LVwVfG BadWürttVwVfG** erfordert zum einen, dass der Adressat einer Regelung in der Lage sein muss zu erkennen, was von ihm gefordert wird, und zwar in dem Sinne, dass der behördliche Wille keiner unterschiedlichen subjektiven Bewertung zugänglich ist. Zum Anderen muss der Verwaltungsakt Grundlage für Maßnahmen zu seiner zwangsweisen Durchsetzung sein können. Im Einzelnen richten sich die **Anforderungen an die notwendige Bestimmtheit eines Verwaltungsakts nach den Besonderheiten des jeweils anzuwendenden und mit dem Verwaltungsakt umzusetzenden materiellen Rechts**, insbes. nach dem Regelungsgehalt des Verwaltungsaktes und dem mit ihm verfolgten Zweck (BVerwG BeckRS 2010, 55635; BVerwGE 131, 259 = NVwZ 2009, 52 m. w. Nachw.). Dabei muss sich die „Regelung“ (§ 35 S. 1 LVwVfG BadWürttVwVfG)

nicht unmittelbar und allein aus dem Entscheidungssatz ergeben. Es reicht aus, wenn sie sich aus dem gesamten Inhalt des Bescheides, insbes. seiner Begründung, sowie den weiteren, den Bet. bekannten oder ohne Weiteres erkennbaren Umständen, unzweifelhaft erkennen lässt (BVerwGE 114, 160 = NVwZ 2001, 1399 m. w. Nachw.). Will oder muss die Behörde dem Betr. aus Gründen der Verhältnismäßigkeit die Freiheit überlassen, selbst auszuwählen, mit welchem Mittel das mit dem Verwaltungsakt verfolgte Ziel erreicht werden soll, kann oder muss sie sich auf die Angabe eines Zieles beschränken. Das gilt gerade auch bei Verpflichtungen, welche in die durch Art. 14 I 1 GG geschützte Verfügungsbefugnis über das Grundeigentum eingreifen. Insoweit kann es demzufolge geboten sein, die Anforderungen an die Bestimmtheit einer Anordnung zur Durchsetzung baurechtlicher Vorschriften gering zu halten (vgl. BVerwGE 84, 335 = NVwZ 1990, 658). Auch ein solcher, nur das Ziel regelnder Verwaltungsakt kann vollstreckungsfähig sein, vorausgesetzt, das Ziel ist inhaltlich hinreichend bestimmt bezeichnet (vgl. Lemke, S. 179).“ (VGH Mannheim aaO)

VwGO
§§ 119 I, 137 II

Urteilsberichtigung Tatbestand eines Revisionsurteils

VwGO

(BVerwG NVwZ 2013, 1237; Urteil vom 10.01.2013 – 8 S 2919/11)

Der **Tatbestand eines Revisionsurteils unterliegt grds. nicht der Tatbestandsberichtigung** gem. § 119 I VwGO. **Anderes gilt nur, soweit** das Revisionsurteil **urkundliche Beweiskraft entfaltet**, wie z. B. bei der Wiedergabe der Revisionsanträge oder sonstiger, in der Revisionsinstanz abgegebener Prozesserkklärungen

„Die Tatbestandsberichtigung nach § 119 VwGO ist vom Gesetzgeber mit Rücksicht auf die **urkundliche Beweiskraft**, die dem Tatbestand nach § 173 VwGO i. V. mit § 314 ZPO zukommt, zugelassen worden. Es **soll verhindert werden, dass infolge dieser Beweiskraft ein unrichtig beurkundeter Prozessstoff Grundlage für die Entscheidung des Rechtsmittelgerichts wird** (vgl. nur BFHE 89, 565). Das **RevGer. trifft aber keine eigenen Feststellungen**, sondern ist an die in der angegriffenen Entscheidung enthaltenen Feststellungen gebunden (§ 137 II VwGO). Sofern diese nicht mit zulässigen und begründeten Verfahrensrügen angegriffen worden sind, bilden allein sie die Grundlage des Revisionsurteils.

Anderes gilt nur, soweit das Revisionsurteil urkundliche Beweiskraft entfaltet, so etwa bei der Wiedergabe der Revisionsanträge oder sonstiger, in der Revisionsinstanz abgegebener Prozesserkklärungen. Von dieser Ausnahme abgesehen hat der in einem Revisionsurteil enthaltene Tatbestand keine selbstständige Bedeutung. Er dient lediglich dazu, das Verständnis der nachfolgenden Revisionsgründe zu erleichtern, die sich allein auf die von dem BerGer. in dem angefochtenen Urteil festgestellten Tatsachen stützen.

Etwas Anderes gilt auch nicht im Hinblick auf eine etwa im Anschluss beabsichtigte Verfassungsbeschwerde gegen das Revisionsurteil, da das BVerfG an die Wiedergabe der Tatsachenfeststellungen der Vorinstanz im Revisionsurteil nicht über eine § 137 II VwGO vergleichbare Norm gebunden wäre.“ (BVerwG aaO)

VwGO
§ 162 I, II 1

Anspruch auf anwaltliche Vertretung Jur. Person des öffentlichen Rechts

VwGO

(OVG Berlin-Bbg NVwZ-RR 2013,782; Beschluss vom 08.04.2013 – OVG 1 K 6/12)

Der **Grundsatz, dass es den Beteiligten eines Verwaltungsprozesses erleichtert werden soll, sich eines qualifizierten Rechtsvertreters ihrer Wahl zu bedienen, gilt auch für juristische Personen des öffentlichen Rechts oder Behörden** und zwar **unabhängig davon, ob das Gesetz Vertretungszwang vorschreibt.**

„Erstattungsfähig im verwaltungsgerichtlichen Verfahren sind gem. § 162 I VwGO u. a. die zur zweckentsprechenden Rechtsverteidigung notwendigen Aufwendungen der Bet. Nach § 162 II 1 VwGO sind im Gerichtsverfahren die Gebühren und Auslagen eines Rechtsanwalts stets erstattungsfähig, also kraft Gesetzes als notwendig anzusehen. Damit soll es den Bet. erleichtert werden, sich eines qualifizierten Rechtsvertreters ihrer Wahl zu bedienen (vgl. § 67 II VwGO), um den Verwaltungsrechtsschutz wirksamer zu gestalten. Hiernach sind, wie im Ausgangspunkt auch das VG anerkennt, ausnahmsweise – unbeschadet des das gesamte Kostenrecht beherrschenden Grundsatzes, die Kosten so niedrig wie möglich zu halten – auch die Reisekosten eines auswärtigen Rechtsanwalts erstattungsfähig, wenn dieser über besondere Fachkenntnisse verfügt und der Streitfall Fragen aus dem betr. Fachgebiet von solcher Schwierigkeit aufwirft, dass eine verständige Partei zur **angemessenen Wahrnehmung ihrer Rechte** die Hinzuziehung gerade eines solchen Anwalts für ratsam halten muss, oder wenn zu dem betreffenden Rechtsanwalt ein besonderes Vertrauensverhältnis besteht und dies seine Beauftragung im Einzelfall rechtfertigt (vgl. OVG Frankfurt/Oder NVwZ-RR 2002, 317; Sodan/Ziekow, VwGO, 2. Aufl. [2005], § 162 VwGO, Rn 69).“ (OVG Berlin aaO)

Speziell für Rechtsanwälte und Notare

Gebühren und Kosten

RVG
§§ 11 VIII, 14 I 1

Antrag auf Festsetzung von Mindestgebühren Konkludenter Verzicht auf höhere Gebührenforderung (BGH FamRZ 2013, 1573; Urteil vom 04.07.2013 – IX ZR 306/12)

RVG

In dem **Antrag eines Rechtsanwalts gegen seinen Mandanten auf Festsetzung der Mindestgebühren**, nachdem er diesem zunächst höhere Rahmengebühren in Rechnung gestellt hatte, liegt der **Verzicht auf die weitere Gebührenforderung**.

- I. Bei Rahmengebühren - wie sie hier mit Rücksicht auf die Gebührentatbestände der Nr. 5100, 5109, 5113 VV RVG im Streit stehen - bestimmt der Rechtsanwalt gem. § 14 I 1 RVG die Gebühr im Einzelfall unter Berücksichtigung aller Umstände, vor allem des Umfangs und der Schwierigkeit der anwaltlichen Tätigkeit, der Bedeutung der Angelegenheit sowie der Einkommens- und Vermögensverhältnisse des Auftraggebers, nach billigem Ermessen. Damit eröffnet § 14 I 1 RVG dem Rechtsanwalt ein Leistungsbestimmungsrecht, seine Vergütung nach Maßgabe des § 315 I BGB festzusetzen.

Macht der Rechtsanwalt von seinem **Leistungsbestimmungsrecht** durch Erklärung gegenüber dem Mandanten (§ 315 II 2 BGB) Gebrauch, ist er an die von ihm getroffene Bemessung der Gebühr gebunden (BGH NJW 1987, 3203; Gerold/Schmidt/Mayer, RVG, 20. Aufl., § 14 Rn 4; Bischof/Jungbauer/Bräuer/Čurković/Mathias/Uher, RVG, 5. Aufl., § 14 Rn 118; Lutje/v. Seltmann, Beck OK RVG, § 11 Rn 116; Burhoff, RVG, 3. Aufl., Rn 1096) und kann davon auch nicht nachträglich zugunsten des Mandanten abweichen (BGH NJW 1987, 3203).

- II. In der Kostenabrechnung eines Rechtsanwalts kann im Blick auf eine darüberhinausgehende Honorarforderung das **Angebot auf Abschluss eines Erlassvertrages** zu erkennen sein, wenn mit hinreichender Deutlichkeit zum Ausdruck kommt, dass eine materiell-rechtlich wirkende Erklärung abgegeben werden soll (BGH NJW 2006, 1511).

Ausnahmsweise kommt ein **Verzichtsvertrag durch schlüssiges Handeln** nämlich dann in Betracht, wenn ein unzweideutiges Verhalten des Gläubigers vorliegt, das vom Erklärungsgegner nach Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte als Aufgabe des Rechts verstanden werden kann. Dies kann anzunehmen sein, wenn ein triftiger Grund für einen Verzicht eingreift (BGH FamRZ 1981, 763; RG SeuffA 78, 24 Nr. 12; RGRK-BGB/Weber, 12. Aufl., § 397 Rn 23; MüKo-BGB/Schlüter, 5. Aufl., § 397 Rn 3).

Nach diesen Maßstäben kann in der Übermittlung des auf die Mindestgebühr gerichteten Festsetzungsantrags dem Mandanten der Antrag unterbreitet worden sein, ihm die über die Mindestgebühr hinausgehende Honorarforderung zu erlassen (§ 397 I BGB).

1. Der konkludente Erlass der weitergehenden Gebührenforderung beruht auf dem Umstand, dass der Rechtsanwalt mit Rücksicht auf § 11 VIII 1 Fall 1 RVG eine **Festsetzung der Mindestgebühr nur beantragen darf, wenn er auf eine zusätzliche Honorarforderung verbindlich verzichtet**.

„Denn dem Rechtsanwalt ist sowohl nach dem Wortlaut der Bestimmung als auch nach dem Willen des Gesetzgebers im Anschluss an die Festsetzung der Mindestgebühr die Verfolgung einer darüber hinausgehenden Honorarforderung versagt:

Gem. der außer Kraft getretenen Regelung des § 19 I BRAGO wurde die gesetzliche Vergütung, die dem Rechtsanwalt als Prozessbevollmächtigten zustand, auf seinen Antrag durch das Gericht des ersten Rechtszuges festgesetzt. § 19 VIII BRAGO schrieb ausdrücklich vor, dass dieses Verfahren bei Rahmengebühren nicht galt. Im Widerspruch zu dem Wortlaut dieser Bestimmung ließen einzelne Gerichte eine Festsetzung von Rahmengebühren zu, wenn der Rechtsanwalt die Gebühr gegenüber dem Auftraggeber verbindlich auf die Mindestgebühr bestimmt hatte (vgl. die Nachweise bei Gerold/Schmidt/Madert, BRAGO, 15. Aufl., § 19 Rn 19).

Der Gesetzgeber des RVG hat diese gerichtliche Praxis aufgegriffen: In Anlehnung an die vorbezeichnete Rechtsprechung sieht § 11 VIII 1 RVG abweichend von § 19 VIII BRAGO nunmehr vor, dass eine Rahmengebühr festgesetzt werden kann, wenn entweder die Mindestgebühren geltend gemacht werden oder der Auftraggeber der Höhe der Gebühren ausdrücklich zugestimmt hat. Der mangels einer Einigung der Parteien hier allein in Betracht kommende erste Fall des § 11 VIII 1 RVG gilt nach dem Wortlaut der Regelung "nur", wenn die Mindestgebühren geltend gemacht werden. Die Bestimmung setzt also - wie auch dem Willen des Gesetzgebers zu entnehmen ist - voraus, dass "lediglich" die Mindestgebühren verlangt werden (BT-Drucks. 15/1971, 189). Bei dieser Sachlage führt die Auslegung des § 11 VIII 1 Fall 1 RVG unter Berücksichtigung von Wortlaut, Gesetzesmaterialien sowie Sinn und Zweck der Regelung zu dem Ergebnis, dass der Rechtsanwalt die Mindestgebühr nur beanspruchen kann, wenn die Geltendmachung einer darüber hinausgehenden Gebühr rechtlich ausgeschlossen ist (vgl. Gerold/Schmidt/Müller-Rabe, RVG, 20. Aufl., § 11 Rn 93).

Zur Vermeidung einer Nachforderung wird angenommen, dass der Rechtsanwalt durch den Antrag auf Festsetzung der Mindestgebühr sein Bestimmungsrecht nach § 315 I, II BGB, § 14 I 1 RVG abschließend wahrgenommen hat und deswegen nicht berechtigt ist, eine weitergehende Gebührenforderung durchzusetzen. Diese Auslegung stellt sicher, dass die Mindestgebühr nicht als Sockelbetrag eines weitergehenden Gebührenanspruchs festgesetzt werden kann.“ (BGH aaO)

2. Wenn der Rechtsanwalt sein **Bestimmungsrecht** (§ 14 I 1 RVG, § 315 I BGB) durch das Verlangen einer über die Mindestgebühr hinausgehenden Rahmengebühr bereits ausgeübt hat, ist in dem nachfolgenden Antrag auf Festsetzung der Mindestgebühr ein Angebot auf Erlass einer etwaigen weiteren Gebührenforderung zu erblicken. Diese Würdigung beruht auf dem Umstand, dass der Rechtsanwalt durch den Antrag auf Festsetzung der Mindestgebühr nach Maßgabe des § 11 VIII 1 Fall 1 RVG eine **etwaige zusätzliche Gebührenforderung uneingeschränkt aufgibt**.

„Insoweit ist zu berücksichtigen, dass der Rechtsanwalt vielfach durch Übersendung einer die Mindestgebühr übersteigenden Rechnung von seinem Bestimmungsrecht bereits vor dem Antrag auf Festsetzung der Mindestgebühr gegenüber dem Mandanten verbindlich Gebrauch gemacht haben wird. Beantragt der Rechtsanwalt ungeachtet seiner höher berechneten Gebührenforderung anschließend die Festsetzung der Mindestgebühr, muss mit Rücksicht auf die Regelung des § 11 VIII 1 Fall 1 RVG ebenfalls sichergestellt werden, dass der **Mandant keine zusätzliche Inanspruchnahme zu befürchten hat**. Wurde das Bestimmungsrecht des § 315 I, II BGB, § 14 I 1 RVG bereits eingesetzt, **verwirklicht sich dieser Verzicht rechtlich in dem an den Mandanten gerichteten Angebot auf Abschluss eines Erlassvertrages**.

Bereits unter der Geltung des § 19 VIII BRAGO, der seinem Wortlaut nach eine Festsetzung von Rahmengebühren generell ausschloss, wurde gleichwohl die Festsetzung der Mindestgebühr gestattet, weil in diesem Antrag ohne die Notwendigkeit einer weiteren Erklärung die verbindliche und endgültige Festlegung auf die Mindestgebühr i. S. eines Gebührenverzichts zu erkennen war (OLG Koblenz MDR 2000, 1033; LG Osnabrück JurBüro 1995, 648). Soweit im Rahmen des § 19 VIII BRAGO die Festsetzung der Mindestgebühr von einem ausdrücklichen Verzicht auf eine weitere Gebührenforderung abhängig gemacht wurde (OLG Braunschweig FamRZ 1997, 384; LG Hagen Rpfleger 1998), kann an diesem Erfordernis jedenfalls nach Einführung des § 11 VIII 1 Fall 1 RVG nicht festgehalten werden. Vielmehr ist zu berücksichtigen, dass der **Gesetzgeber nunmehr in Abkehr von § 19 VIII BRAGO auf der Grundlage von § 11 VIII 1 Fall 1 RVG die Festsetzung der Mindestgebühr ausdrücklich gestattet** (BT-Drucks. 15/1971, S. 189). Darum muss sich der Rechtsanwalt an dem Inhalt der Vorschrift, welche nach Wortlaut und Gesetzesmaterialien die Festsetzung der Mindestgebühr an den Verzicht auf eine weitergehende Forderung knüpft, festhalten lassen. Infolge der mit der Neuregelung im Vergleich zu dem Altrecht verbundenen Ausräumung rechtlicher Unklarheiten über die bindende Beschränkung des anwaltlichen Gebührenanspruchs auf die beantragten Mindestgebühren führt eine nach beiden Seiten hin interessengerechte Auslegung nunmehr zu dem Ergebnis, dass allein in dem Antrag auf Festsetzung der Mindestgebühr ein an den Mandanten gerichtetes Angebot auf Erlass einer weitergehenden Gebührenforderung (§ 397 I BGB) liegt.“ (BGH aaO)

3. Zwar kann aus der Abrechnung von Gebühren nicht ohne weiteres der Schluss auf einen Verzicht auf weitere Gebührenforderungen hergeleitet werden (BGH NJW 2006, 1511). Im Unterschied hierzu bringt die Vorschrift des § 11 VIII 1 Fall 1 RVG nach ihrem **Regelungszusammenhang** unmissverständlich den **Willen des Rechtsanwalts** zum Ausdruck, **mit dem Antrag auf Festsetzung der Mindestgebühr dem Mandanten eine weitere Gebührenforderung zu erlassen**.

„Die gesetzliche Regelung hat darum eine entsprechende **allgemeine Verkehrssitte** herausgebildet (vgl. BGH NJW 2006, 1511). Andernfalls würde der **Gesetzeszweck des § 11 VIII 1 RVG, auf die Vermeidung von Gebührenrechtsstreitigkeiten** hinzuwirken, geradezu in sein Gegenteil verkehrt, weil der Rechtsanwalt zunächst die Mindestgebühr als Sockelbetrag beanspruchen und sodann die weitere Gebühr im Prozessweg verfolgen könnte.“ (BGH aaO)

- III. Das mit der Übermittlung des Festsetzungsantrags zugegangene **Angebot auf Abschluss eines Erlassvertrages wird angenommen, wenn der Mandant** den gegen ihn ergangenen **Kostenfestsetzungsbeschluss hinnimmt**; ein **Zugang der Annahmeerklärung** gegenüber dem Rechtsanwalt ist gem. § 151 S. 1 Fall 1 BGB **entbehrlich** (vgl. MüKo-BGB/Schlüter, 5. Aufl. § 397 Rn 3; Bamberger/Roth/Dennhardt, BGB, 3. Aufl., § 397 Rn 16; RGRK-BGB/Weber, 12. Aufl., § 397 Rn 24).

RVG
§ 16 Nr. 4

Scheidungs- und Folgesache Dieselbe gebührenrechtliche Angelegenheit

RVG

(OLG Köln FamRZ 2013, 1421; Beschluss vom 05.12.2012 – 4 WF 128/12)

Gebührenrechtlich bilden die Scheidungssache und die Folgesachen kraft Gesetzes dieselbe Angelegenheit.

„Der Begriff der „Angelegenheit“ ist ein gebührenrechtlicher und nicht mit dem des „Streit-/Verfahrensgegenstandes“ zu verwechseln. Gebührenrechtlich hat sich der Gesetzgeber in § 16 Nr. 4 RVG darauf festgelegt, dass „dieselbe Angelegenheit“ u. a. eine Scheidungssache und die Folgesachen sind. Auf Erwägungen, ob und inwieweit es sich bei einer Ehesache und Folgesachen grds. gebührenrechtlich um „dieselbe Angelegenheit“ handelt (vgl. Mayer/Kroiß, § 15 Rn 3 ff.), kommt es nicht an.

Nach der **Definition des § 137 II FamFG** sind Folgesachen die Verfahren über den Versorgungsausgleich, über die Verpflichtung zur Zahlung von Unterhalt gegenüber einem gemeinschaftlichen Kind und dem Ehepartner, über Ehwohnungs- und Haushaltssachen sowie über Güterrechtssachen. Dabei gilt es darauf zu achten, dass Folgesachen nur jene Familiensachen sind, zu denen von einer Partei eine Entscheidung bzw. eine anderweitige, hier eine vergleichsweise Regelung für den Fall der Ehescheidung beantragt wird (vgl. Mayer/Kroiß, § 16 Rn 14). Dementsprechend sind Unterhaltssachen nur dann als Folgesachen zu qualifizieren, soweit sie für die naheheliche Zeit ab Rechtskraft der Scheidung, sei es die Unterhaltspflicht gegenüber einem gemeinschaftlichen Kind der Ehegatten oder sei es den Ehegattenunterhalt betreffend, regeln sollen (Keidel, FamFG, 17. Auflage, § 137 Rn 8).“ (OLG Köln aaO)

RVG
§ 47 I 1

Prozesskostenhilfe Vorschuss für Privatgutachten

RVG

(OLG Hamm AnwBl 2013, 771; Beschluss vom 14.05.2013 – 25 W 94/13)

Dem im Wege der Prozesskostenhilfe beigeordneten Rechtsanwalt ist für die **Kosten der Einholung eines für die sachgerechte Rechtsverfolgung oder Rechtsverteidigung seiner Partei erforderlichen Privatgutachtens** ein angemessener **Vorschuss gem. § 47 I 1 RVG** zu gewähren.

- I. Zu den **Auslagen i. S. des § 46 I RVG** rechnen alle Aufwendungen, die der beigeordnete Rechtsanwalt aufgrund des Mandantenverhältnisses nach §§ 670, 675 BGB von seinem Mandanten beanspruchen kann, denn § 46 I RVG beinhaltet **keine Begrenzung der Erstattungsfähigkeit auf bestimmte Ausgabenarten**.

„Zu den nach § 670 BGB erstattungsfähigen Aufwendungen rechnen auch **Privatgutachterkosten**, wenn sie der Rechtsanwalt nach den Umständen für erforderlich halten darf. Da dies immer dann der Fall ist, wenn die Aufwendungen zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendig sind, **besteht insoweit zwischen § 670 BGB und § 46 I RVG ein Gleichklang**.

Anderenfalls ergäbe sich eine **systemwidrige Lücke im Rechtsschutz der bedürftigen Partei**. Die Partei hat auch im Falle der Prozesskostenbewilligung Auslagen selbst aufzubringen (vgl. Zöller/Geimer § 122 ZPO Rn 7). Ihr kann aus diesem Grund für die Begleichung von Privatgutachterkosten kein Vorschuss gezahlt werden.

Würde man dann die von dem beigeordneten Rechtsanwalt vorgestreckten Aufwendungen für ein Privatgutachten nicht als Auslagen des Rechtsanwalts anerkennen, liefe dies auf eine **Behinderung der bedürftigen Partei** bei der auch ihr zustehenden umfassenden Wahrnehmung ihrer Rechte hinaus, denn sie müsste - wäre die Finanzierung nicht sichergestellt - auf eine zur Durchsetzung ihrer Rechte gebotene sachverständige Hilfe anders als die solvente Partei verzichten.

Wenn aber die Privatgutachterkosten - falls sie zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendig waren - als Auslagen anzuerkennen sind, soweit der Rechtsanwalt sie für die Partei beglichen hat, muss er - wenn er für die Partei ein Privatgutachten in Auftrag geben will - auch einen angemessenen Vorschuss beanspruchen können. Anderenfalls würde er zu einer **Vorleistung** gezwungen, was **§ 47 I RVG gerade verhindern will**.“ (OLG Hamm aaO)

- II. In Bezug auf **prozessbegleitend eingeholte Privatgutachten** ist die **Erstattungsfähigkeit entsprechender Aufwendungen** allerdings insoweit **eingeschränkt**, dass es Sache des Gerichts ist, Beweiserhebungen durch Einholung von Sachverständigengutachten durchzuführen.

„Die Rspr. hat die Erstattungsfähigkeit prozessbegleitender Privatgutachten aber dann bejaht, wenn es darum geht, ein **gerichtliches Gutachten zu überprüfen, zu widerlegen oder zumindest zu erschüttern** oder wenn eine **Partei auf die Hinzuziehung eines Sachverständigen angewiesen ist**, um ihrer Darlegungs- und Beweislast zu genügen, Beweisangriffe abzuwehren oder Beweisen des Gegners entgegenzutreten zu können oder wenn die Einholung des Gutachtens der Wiederherstellung der **Waffengleichheit** dient.

Hier ist die erstgenannte Fallgruppe einschlägig, denn der Kl. will hier ein Privatgutachten einholen, um das Gutachten des gerichtlichen Sachverständigen überprüfen zu können. Der Kl. ist nicht in der Lage, die betriebswirtschaftlichen Abhandlungen des gerichtlichen Sachverständigen in einem hinreichenden Maß zu hinterfragen und etwaige Widersprüche aufzudecken. Hierfür bedarf es der Hinzuziehung eines Betriebswirts oder Steuerberaters.“ (OLG Hamm aaO)

VV RVG
Nr. 1000

Einigungsgebühr

RVG

Verzicht auf Versorgungsausgleich

(OLG Düsseldorf FamRZ 2013, 1422; Beschluss vom 06.11.2012 – II-) WF 15/12

Bei einem **Verzicht auf die Durchführung des Versorgungsausgleichs** im Rahmen einer gerichtlichen Vereinbarung zur Ehescheidung **entsteht für die beteiligten Rechtsanwälte eine Einigungsgebühr**.

„Die Frage, ob und wann bei einem Verzicht auf die Durchführung des Versorgungsausgleichs eine Einigungsgebühr anfällt, wurde in der Rspr. der Oberlandesgerichte für den bis 31.08.2009 gültigen Rechtszustand unterschiedlich beantwortet. Der Senat hat das Anfallen einer Einigungsgebühr auf Grundlage der bisherigen Rechtslage verneint, sofern im Zeitpunkt des Verzichts auf den Versorgungsausgleich aufgrund der eingeholten Auskünfte der Versorgungsträger bereits feststand, wem und in welcher Höhe ein Ausgleichsanspruch zustand. Vorliegend wurde die Vereinbarung der Parteien, mit der diese auf die Durchführung des Versorgungsausgleichs verzichtet haben, im Termin als Vergleich protokolliert. Zum Zeitpunkt des Termins lagen die Auskünfte der Versorgungsträger dem Gericht und den Parteien vor. Danach wäre nach der bisherigen Rspr. des Senats die Einigungsgebühr nicht festsetzbar.

Jedoch ist **die zum früheren Rechtszustand vertretene Auffassung unter Geltung des neuen Rechts nicht aufrecht zu erhalten**. Denn nach bisherigem Recht stellte sich der Ausgleichsanspruch als Ergebnis der Bilanzierung der wechselseitigen Ansprüche dar; ein Verzicht auf die Durchführung war deshalb einseitig. Nach neuem Recht ist dagegen ein Verzicht auf die Durchführung des Versorgungsausgleichs, wenn beide Beteiligte Versorgungsanwartschaften erworben haben, immer wechselseitig, da nach den §§ 10ff VersAusglG kein „Einmalausgleich“, sondern ein „Hin- und Herausgleich“ der jeweiligen Anrechte vorzunehmen ist; dabei ist jedes Recht einzeln zu betrachten und auszugleichen. Den mitwirkenden Rechtsanwälten steht deshalb die Einigungsgebühr gem. Nr. 1000 I 1 VV RVG zu (so auch OLG Hamm FamRZ 2011, 1974; OLG Karlsruhe NJW-RR 2012, 328; OLG Oldenburg NJW-RR 2011, 1570; OLG Frankfurt FamRZ 2010, 922).“ (OLG Düsseldorf aaO)

VV RVG
Nr. 3104

Terminsgebühr

RVG

Keine Ladung des Verfahrensbevollmächtigten zur mündlichen Verhandlung

(OLG Hamm FamRZ 2013, 1511; Beschluss vom 28.12.2012 – II-6 WF 83/12)

Nimmt der Verfahrensbevollmächtigte an einem Termin zur mündlichen Verhandlung tatsächlich nicht teil, weil er ungeachtet seiner Meldung seitens des Gerichts nicht zum Termin geladen wurde, so kann er **keine Terminsgebühr** beanspruchen.

„Denn eine **fiktive Erstattung einer Terminsgebühr** für den Fall, dass ein Termin tatsächlich durchgeführt worden ist, **findet nicht statt**. Eine Terminsgebühr entsteht gem. Abs. 3 der Vorbem. 3 zum Teil 3 des Vergütungsverzeichnisses (VV) des RVG nur bei tatsächlicher Vertretung in einem anberaumten Termin (s. auch Hartmann, Kostengesetze, 41. Aufl., 3104 VV RVG Rn 4). Erscheint der Verfahrensbevollmächtigte - aus welchen Gründen auch immer - zu diesem Termin nicht, hat er seinen Mandanten nicht vertreten. Die Überprüfung der Gründe, die zur Nichtvertretung geführt haben, unterliegt nicht dem Kostenverfahren.“ (OLG Hamm aaO)

GKG
§ 41

Streitwert
Herausgabeklage gegen Untermieter

GKG

(KG NJW-RR 2013, 1035; Beschluss vom 18.02.2013 – 8 W 10/13)

Der **Streitwert** einer auf §§ 546 II, 985 BGB gestützten **Räumungs- und Herausgabeklage gegen den Untermieter** richtet sich nach § 41 II GKG, wobei grds. nicht auf den vom Untermieter an den Untervermieter zu zahlenden Untermietzins, sondern auf den vom Mieter an den Vermieter zu zahlenden **Hauptmietzins** abzustellen ist.

„Bei der Festsetzung des Streitwerts **unberücksichtigt bleiben die im Mietvertrag vereinbarten Betriebs- und Heizkostenvorauszahlungsbeträge**. Nebenkosten sind nur hinzuzurechnen, soweit diese in einer Pauschalvereinbarung enthalten sind und keiner gesonderten Abrechnung unterliegen (Hartmann, Kostengesetze, 41. Aufl., § 41 Rn 21; OLG Düsseldorf ZMR 2006, 516).

Zu berücksichtigen ist die Mehrwertsteuer (Hartmann, Kostengesetze, § 41 GKG Rn 20; KG NJW-RR 2000, 966 = KG-Report 1999, 310).

Dem LG kann nicht gefolgt werden, soweit es in der angefochtenen Entscheidung ausführt, dass bei der Streitwertfestsetzung auf Grund der Befristung des Nutzungsverhältnisses allenfalls ein Nutzungsentgelt von drei Monaten zu Grunde zu legen sei. Stützt der Vermieter seinen Herausgabeanspruch gegen den Untermieter zumindest auch auf Eigentum, ist für den Streitwert der Jahresnutzungswert auch dann maßgeblich, wenn die streitige Zeit weniger als ein Jahr beträgt (OLG Celle Info M 2012, 447).“ (KG aaO)

UWG
§ 12 I 2

Erstattungsfähigkeit von Anwaltskosten
Abmahnung eines Wettbewerbsverstoßes

UWG

(OLG Hamm GRUR 2013, 339; Urteil vom 28.02.2013 – 4 U 159/12)

Außergerichtliche Anwaltskosten für die Abmahnung eines Wettbewerbsverstoßes sind dann **nicht notwendig** – und deshalb nicht erstattungsfähig –, **wenn der Abmahnende über eigene Sachkunde** zur Verfolgung des Wettbewerbsverstoßes **verfügt**. Auch ein Rechtsanwalt, der primär in anderen Rechtsgebieten als dem Wettbewerbsrecht (hier: Familien- und Arbeitsrecht) tätig ist, muss seine eigene Sachkunde einsetzen, wenn es sich um einen typischen, unschwer zu verfolgenden Wettbewerbsverstoß handelt; das ist insbes. dann der Fall, wenn ein Verstoß gegen Pflichten abgemahnt werden soll, die der Rechtsanwalt auch selbst zu erfüllen hat.

„Ob Aufwendungen erforderlich sind, bestimmt sich nach den **Verhältnissen des jeweiligen Gläubigers**. Die Beauftragung eines Rechtsanwalts zur Abmahnung eines Verstoßes gegen das Wettbewerbsrecht ist demnach dann nicht notwendig, wenn der Abmahnende selbst über eigene Sachkunde zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung eines unschwer zu erkennenden Wettbewerbsverstoßes verfügt (BGH NJW 2004, 2448 = GRUR 2004, 789 – Selbstauftrag; BGH NJW-RR 2007, 856 = GRUR 2007, 620 – Immobilienwertgutachten).

Schon bei Verbänden zur Förderung gewerblicher Interessen, die in der Lage sind, typische und durchschnittlich schwer zu verfolgende Wettbewerbsverstöße ohne anwaltlichen Rat zu erkennen, ist die Beauftragung eines Rechtsanwalts mit der Abmahnung eines solchen Verstoßes damit nicht erforderlich (BGH NJW 1984, 2525 = GRUR 1984, 691 – Anwaltsabmahnung). Dementsprechend muss erst recht ein Rechtsanwalt im **Falle der eigenen Betroffenheit** seine Sachkunde bei der Abmahnung eines Wettbewerbsverstoßes einsetzen. Die **Zuziehung eines weiteren Rechtsanwalts** ist deshalb auch für ihn bei typischen, unschwer zu verfolgenden Wettbewerbsverstößen **nicht notwendig**. Allein die zeitliche Beanspruchung für die Rechtsverfolgung reicht nicht aus, um die Erstattungsfähigkeit der Anwaltskosten zu begründen (BGH NJW 2004, 2448 = GRUR 2004, 789 – Selbstauftrag; BGH NJW-RR 2007, 856 = GRUR 2007, 620 – Immobilienwertgutachten; Fezer/Büscher, § 12 UWG Rn 68 f.; Harte-Bavendamm/Henning-Bodewig, UWG, 2. Aufl., § 12 UWG Rn 85; Köhler/Bornkamm, UWG, 31. Aufl., § 12 UWG Rn 1.93).

Daran gemessen ist der Kl. auch als Fachkanzlei für Arbeits- und Familienrecht ein Erstattungsanspruch zu versagen. Denn die in Rede stehenden Pflichten des Dienstleistungserbringers nach § 2 I DL-InfoV mussten der Kl. schon deshalb geläufig sein, weil sie diese selbst zu erfüllen hat. Für die Abmahnung der Bekl. wegen eines diesbzgl. Verstoßes bedurfte es sodann in Anbetracht des offensichtlichen Wettbewerbsverhältnisses und des einfach gelagerten Sachverhaltes keiner speziellen wettbewerbsrechtlichen Kenntnisse. Vielmehr genügte zur Vermeidung eventueller Kostenrisiken nach § 93 ZPO zunächst eine auch außerhalb des wettbewerblichen Bereichs gängige, einfache Abmahnung verbunden mit der Aufforderung zur Abgabe einer strafbewehrten Unterlassungserklärung.“ (OLG Hamm aaO)

KostO
§ 17 II

Verwirkung der Erinnerung
Nicht vor Verjährungseintritt

KostO

(OLG München NJW-RR 2013, 1083; Beschluss vom 07.12.2012 – 34 Wx 251/12)

Die **Verwirkung einer Erinnerung gegen den Kostenansatz** vor Ablauf der Verjährungsfrist des § 17 II KostO kommt **nur bei Vorliegen besonderer Umstände** in Betracht.

- I. Innerhalb des Kostenrechts ist die Verwirkung des Erinnerungs- oder Beschwerderechts **umstritten**:
 - **Zum Teil** wird die Ansicht vertreten, die verfahrensmäßige Befugnis zur Anrufung eines Gerichts gegen den Kostenansatz könne grds. nicht verwirkt werden, denn die Verwirkung sei nur bei materiellen Ansprüchen oder prozessualen Rechten möglich.
OLG Schleswig SchIHA 2000, 118; Assenmacher/Mathias, KostO, 16. Aufl., S. 1072 – Stichwort Verwirkung; Korinthenberg/Lappe/Bengel/Reimann, KostO, 18. Aufl., § 14 Rn 55
 - Nach **anderer Ansicht** kann auch ein Rechtsbehelf gegen den Kostenansatz verwirkt sein. Dies wird zugelassen, wenn die Geltendmachung des Rechtsbehelfs als missbräuchliche Rechtsausübung (§ 242 BGB) zu beurteilen ist, der prozessuale Angriff also so lange verzögert wurde, dass die Kostenberechnung längst abgewickelt war und alle Beteiligten sich auf eine Erledigung des Kostenstreits eingestellt hatten.

OLG Frankfurt a. M. Rpfleger 1965, 182; KG Rpfleger 1962, 117; Rohs/Wedewer, KostO, Stand: Aug. 2012, § 14 Rn 11; Treffer JurBüro 1998, 174; OLG Frankfurt a. M. Rpfleger 1965, 182; sowie für den Antrag auf Geschäftswertfestsetzung etwa OLG Hamm Rpfleger 1987, 204; OLG Schleswig SchIHA 1982, 48

Nachdem die Verjährung nach § 17 I KostO erst mit Ablauf des Kalenderjahres zu laufen beginnt, in dem eine rechtskräftige Entscheidung über die Kosten erging, könnte durch das Hinauszögern des grds. unbefristeten Rechtsmittels der Verjährungseintritt verhindert werden. Aus Gründen der Rechtssicherheit erscheint es daher gerechtfertigt und erforderlich, eine Verwirkung auch den unbefristeten Rechtsbehelfen in Kostensachen entgegenhalten zu können; denn auch dieses Verfahren wird von den aus § 242 BGB abgeleiteten Grundsätzen beherrscht (OLG Hamm Rpfleger 1980, 243).

II. Allerdings wird die **Frage, ab wann Verwirkung geltend gemacht werden kann, höchst unterschiedlich beantwortet:**

- **Zum Teil** orientiert sich die Rspr. allein an dem Ablauf der Nachforderungsfrist des § 15 I KostO (so etwa OLG Schleswig SchIHA 1982, 48), ohne allerdings darauf einzugehen, dass diese Frist gerade dem Schutz des Kostenschuldners vor Nachforderungen zu dienen bestimmt ist, der nach einer bestimmten Zeit Gewissheit haben muss, dass weitere Forderungen der Staatskasse nicht auf ihn zukommen.
- **Andere Entscheidungen** halten einen Antrag auf Geschäftswertfestsetzung nicht für verwirkt, wenn er vor Ablauf der Verjährungsfrist des § 17 II KostO gestellt wurde (s. OLG Hamm Rpfleger 1987, 204). Dies hat das OLG Schleswig (SchIHA 2000, 118) auch für die Kostenerinnerung nach § 14 KostO so gesehen.

„Zutreffend verweisen die Entscheidungen darauf, dass die Frage, welche Frist letztlich als angemessen zu erachten ist, jeweils von den Umständen des Einzelfalls abhängt und das Gericht nach freiem Ermessen zu entscheiden hat (OLG Frankfurt a. M. Rpfleger 1965, 182). Daher kommt zwar der Frist des § 15 KostO eine Indizwirkung zu. Es darf aber nicht verkannt werden, dass eine erfolgreiche Kostenerinnerung i. d. R. nur dann erhoben wird, wenn die Staatskasse sich zu eigenen Gunsten, also zu Lasten des Kostenschuldners verrechnet hatte. Das Postulat nach einer Balance der für den Kostenschuldner und die Staatskasse geltenden Frist des § 15 I KostO berücksichtigt nicht, dass in diesen Verfahren die Staatskasse in der Situation ist, sich die Titel gegen den Kostenschuldner selbst zu schaffen. Daher darf auch die Wertung des Gesetzgebers durch die Vorschrift des § 17 II KostO nicht außer Betracht bleiben. Gerade in den Fällen einer begründeten Kostenerinnerung muss die Staatskasse stets bis zum Eintritt der Verjährung mit der Geltendmachung von Rückforderungsansprüchen rechnen. Die grundsätzliche Bejahung einer Verwirkung vor dem Eintritt der Verjährung würde den Kostenschuldner benachteiligen. Zutreffend wird daher auf den Wertungswiderspruch verwiesen, wenn das zeitliche Moment der Verwirkung sich an der kurzen Frist des § 15 I KostO orientiert (vgl. OLG Hamm Rpfleger 1987, 204). Eine Verwirkung vor Eintritt der Verjährung nach § 17 II KostO kommt daher nur in seltenen Ausnahmefällen unter ganz besonderen Umständen in Betracht (OLG Schleswig SchIHA 2000, 118; Rohs/Wedewer, § 14 Rn 11).“ (OLG München aaO)

FamFG
§ 61

Beschwerde gegen Kostenentscheidung
Zulässigkeit

FamFG

(OLG Bremen FamRZ 2013, 1505; Beschluss vom 16.01.2013 – 5 WF 3/13)

Voraussetzung für die Zulässigkeit einer Beschwerde gegen eine isolierte Kostenentscheidung in einer nicht vermögensrechtlichen Familiensache ist, das der **Wert des Beschwerdegegenstands 600,00 € übersteigt**.

Ob der Beschwerdewert des § 61 I FamFG für die Anfechtung einer isolierten Kostenentscheidung in einer nicht vermögensrechtlichen Familiensache erreicht sein muss, wird allerdings **nicht einheitlich beurteilt**:

- **Zum Teil** wird vertreten, dass dies nicht der Fall sei, weil in solchen Verfahren auch für die Anfechtung der Hauptsacheentscheidung nebst Kostenentscheidung der Beschwerdewert nicht erreicht sein müsse (so etwa OLG Düsseldorf FamRZ 2012, 1827; OLG Nürnberg FamRZ 2010, 998).
- **Überwiegend** wird jedoch auch in diesen Fällen das Erreichen des Beschwerdewerts gefordert (vgl. OLG Zweibrücken FamRZ 2012, 238; OLG Brandenburg FamRZ 2011, 1616; OLG Schleswig FamRZ 2011, 998; OLG Stuttgart FamRZ 2010, 664; Keidel/Zimmermann aaO, § 81 Rn 81 m. w. Nachw.).

OLG Bremen aaO schließt sich der letztgenannten Auffassung an.

„Denn das Beschwerdeverfahren stellt eine vermögensrechtliche Angelegenheit dar, wenn das Recht, dessen Schutz der Bf. verfolgt, auf einer vermögensrechtlichen Beziehung beruht oder auf Geld oder Geldwert gerichtet ist (Bork/Jacoby/Schwab, Kommentar zum FamFG, § 61 FamFG Rn 5). Dies ist der Fall, wenn der Bf. mit der Beschwerde nur das Ziel verfolgt, die Kosten des Verfahrens nicht oder in geringerem Umfang tragen zu müssen, als erstinstanzlich entschieden.“ (OLG Bremen aaO)

FamFG
§ 111 Nr. 7

Anspruch auf Beiordnung eines Rechtsanwalts
Abgetrenntes Versorgungsausgleichsverfahren

FamFG

(OLG Jena FamRZ 2013, 1594; Beschluss vom 12.12.2012 – 1 WF 646/12)

In einem **wieder aufgenommenen Alt-Verfahren über den Versorgungsausgleich** ist einem **bedürftigen Beteiligten grds. ein Anwalt beizuordnen**.

„Das AG ist zunächst zutreffend davon ausgegangen, dass das vom Scheidungsverbund nach altem Recht abgetrennte Verfahren zum Versorgungsausgleich nach Wiederaufnahme nach dem 01.09.2009 als „selbstständige Familiensache“ fortgeführt wird und somit ihre Eigenschaft als Folgesache verliert (vgl. BGH FamRZ 2011, 635). Weil somit auch die Erstreckung der Prozesskos-

tenhilfe aus dem Scheidungsverbund gem. § 624 II ZPO a. F. entfallen ist, muss über die beantragte Verfahrenskostenhilfe in dem selbstständigen Verfahren neu entschieden werden (vgl. BGH FamRZ 2011, 635).

Entgegen der Ansicht des AG ist der Ast. auch ihr Verfahrensbevollmächtigter im Rahmen der bewilligten Verfahrenskostenhilfe beizuzuordnen: In selbstständigen Versorgungsausgleichssachen i. S. von § 111 Nr. 7 FamFG ist die Vertretung durch einen Rechtsanwalt zwar nicht vorgeschrieben (§ 114 I FamFG). Nach § 78 II FamFG erfolgt für derartige Verfahren im Rahmen der Verfahrenskostenhilfe die Beordnung eines Anwaltes nur noch dann, wenn dies **wegen der Schwierigkeit der Sach- und Rechtslage erforderlich** erscheint (vgl. auch BGH FamRZ 2009, 857; Zöller/Geimer, ZPO, 29. Auflage, § 78 FamFG Rn 4 ff; Keidel/Zimmermann, FamFG, 17. Auflage, § 78 Rn 4).

Die Erforderlichkeit einer anwaltlichen Vertretung beurteilt sich hierbei nach den Umständen des Einzelfalles. Entscheidend ist, ob ein bemittelter Rechtssuchender in der Lage des Unbemittelten vernünftigerweise einen Rechtsanwalt mit der Wahrnehmung seiner Interessen beauftragt hätte. Maßgebend sind dabei Umfang und Schwierigkeit der konkreten Sache, ferner die Fähigkeit des Beteiligten, sich mündlich oder schriftlich auszudrücken (BVerfG NJW-RR 2007, 1713; vgl. auch BVerfGE 63, 380). Auch die existentielle Bedeutung der Sache oder eine besondere, vom allgemeinen Verfahrensrecht stark abweichende Verfahrensart kann die Beordnung eines Rechtsanwalts nahelegen.

Gemessen daran sind vorliegend die Voraussetzungen einer Beordnung als erfüllt anzusehen: Denn **beim Versorgungsausgleich ist regelmäßig von einer schwierigen Rechtslage auszugehen**, da die zu erteilenden Auskünfte und die Berechnungen der Versorgungsträger zu prüfen sind, was partiell bereits Anwälten schwer fällt und daher ungleich mehr juristischen Laien (vgl. Musielak/Borth, Familiengerichtliches Verfahren, 2. Auflage, § 78 Rn 12; Schneider AGS 2011, 58).“ (OLG Jena aaO)

ZPO
§§ 411 IV, 485 ff

Streitwertbeschwerde
Beginn der Beschwerdefrist im selbstständigen Beweisverfahren
(OLG Köln NJWZ-RR 2013,1178; Beschluss vom 04.03.2013 – 16 W 41/12)

ZPO

Die **6-Monatsfrist für Streitwertbeschwerden** wird im selbstständigen Beweisverfahren durch **Beendigung des selbstständigen Beweisverfahrens in Gang gesetzt**.

„Der Senat geht mit der **überwiegenden Meinung in Rspr. und Lit.** davon aus, dass die **6-Monatsfrist des § 63 III 2 GKG** nicht erst nach Eintritt der Rechtskraft der Entscheidung im Klageverfahren **in Lauf gesetzt** wird, sondern **bereits im Zeitpunkt der Beendigung des selbstständigen Beweisverfahrens** (OLG Frankfurt a. M. BeckRS 1997, 15785; OLG Nürnberg MDR 2002, 538; Hartmann, Kostengesetze, 42. Aufl., § 63 GKG Rn 54 m. w. Nachw.; Binz/Dörndorfer/Petzold/Zimmermann, in: GKG, 2. Aufl., § 68 Rn 12; Meyer, Gerichtskosten der streitigen Gerichtsbarkeiten und des Familienverfahrens, 11. Aufl., § 63 Rn 35). **Sinn der auf sechs Monate begrenzten Beschwerdefrist** ist es, **innerhalb dieser zeitlichen Grenze Rechtssicherheit** über die Höhe des endgültigen Kostenstreitwerts **zu schaffen**. Dieser **gesetzgeberischen Intention** würde es zuwider laufen, die Beschwerdefrist erst nach rechtskräftigem Abschluss eines mit dem selbstständigen Beweisverfahren einhergehenden oder diesem nachfolgenden Rechtsstreits in Gang zu setzen. Mit dem Gebot der Rechtssicherung wäre der spätere Fristbeginn erst recht unvereinbar, wenn dem selbstständigen Beweisverfahren ein Klageverfahren nicht folgt und in diesem Fall die Beschwerdefrist überhaupt nicht in Gang gesetzt würde. Die **Anknüpfung an den Streitwert des Klageverfahrens ermöglicht** auch entgegen der Mindermeinung **keine zuverlässigere Bestimmung des Kostenstreitwerts**, da die Streitwerte des selbstständigen Beweisverfahrens und eines Klageverfahrens etwa durch Teilvergleiche auf Grund des selbstständigen Beweisverfahrens oder Erhöhung bzw. Ermäßigung einer Klage keineswegs identisch sein müssen. Das **selbstständige Beweisverfahren ist** auch nicht kraft Gesetzes ein bloßes Nebenverfahren des Erkenntnisverfahrens, sondern ein – wie der Name schon sagt – **selbstständiges Verfahren, das den Parteien ein Verwertungsrecht der gesicherten Beweise gewährt**, was wiederum deutlich macht, dass es sich im Hinblick auf den Streitwert um ein völlig selbstständiges Verfahren handelt. Der Umstand, dass erst mit der Kostengrundentscheidung auch eine Entscheidung über die Kostenverteilung des selbstständigen Beweisverfahrens herbeigeführt wird, rechtfertigt es nicht, zu Lasten der Rechtssicherheit den Fristbeginn auf den rechtskräftigen Abschluss des Klageverfahrens zu verlagern.“ (OLG Köln aaO)

Aus der Praxis

GewO
§§ 6, 14

Rechtsanwalt als Berufsbetreuer
Gewerbliche Tätigkeit

RA/Nt

(BVerwG in NJW 2013, 2214; Urteil vom 27.02.2013 – 8 C 8/12)

Ein **Berufsbetreuer** übt **keinen freien Beruf**, sondern ein **Gewerbe** aus. Das gilt auch für einen zugleich als Berufsbetreuer tätigen Rechtsanwalt.

I. Bei der **Betreuertätigkeit** handelt es sich um den **Betrieb eines stehenden Gewerbes** i. S. des § 14 I 1 GewO.

1. Die **GewO** enthält **keine Legaldefinition**, sondern setzt den **Begriff des Gewerbes** als **unbestimmten Rechtsbegriff** voraus. Übereinstimmend gehen Lit. und Rspr. vom Vorliegen eines Gewerbes aus, wenn es sich um eine erlaubte, auf Gewinnerzielung gerichtete und auf Dauer angelegte selbstständige Tätigkeit handelt, die nicht den Bereichen der Urproduktion, den Freien Berufen oder der bloßen Verwaltung eigenen Vermögens zuzurechnen ist.

BVerwGE 78, 6 = NVwZ 1988, 56; BVerwG NVwZ 1995, 473 = NJW 1995, 1850 = GewArch 1995, 152; BVerwG NJW 2008, 1974 = GewArch 2008, 301; Landmann/Rohmer, GewO, Stand: Juni 2012, § 14 Rn 13; Tettinger/Wank/Ennuschat, GewO, 8. Aufl. 2011, § 1 Rn 7 ff.

Die **auf eigene Rechnung und auf eigene Gefahr ausgeübte selbstständige Tätigkeit** als Berufsbetreuer ist in § 1897 VI BGB von der Rechtsordnung als **zulässige berufliche Betätigungsform** anerkannt und auf Dauer angelegt.

„Entgegen der Auffassung des Kl. ist die Tätigkeit als Berufsbetreuer auch auf Gewinnerzielung gerichtet. Für das Merkmal der Gewinnerzielung kommt es auf die Absicht an, einen unmittelbaren oder mittelbaren wirtschaftlichen Vorteil zu erwirtschaften, der zu einem Überschuss über die betrieblichen Kosten der Tätigkeit führt (Pielow, BeckOK-GewO, Stand: Okt. 2012, § 1 Rn 147). Ein mit der Tätigkeit verbundener außerwirtschaftlicher (religiöser, sozialer oder sonstiger ideeller) Zweck lässt die Gewerbsmäßigkeit unberührt, solange zumindest als Nebenziel die Gewinnerzielung hinzutritt (Tettinger/Wank/Ennuschat, § 1 Rn 18).“

Der Kl. übt die Tätigkeit als Berufsbetreuer nicht aus rein sozialen oder ideellen Motiven aus, sondern bestreitet (zumindest teilweise) seinen Lebensunterhalt aus den gem. §§ 1836 I 2, 1908 I 1 BGB i. V. mit dem Gesetz über die Vergütung von Vormündern und Betreuern (Vormünder- und Betreuervergütungsgesetz – VBVG) vom 21.04.2005 (BGBl I, 1073), zuletzt geändert durch Gesetz vom 17.12.2008 (BGBl I, 2586), geregelten Entgelten für die Betreuung. Er führt nach den Feststellungen des OVG 17 Betreuungen. Auf Grund dieser hohen Anzahl von Betreuungen, die das Mindesterfordernis (für die Feststellung der Berufsmäßigkeit) von elf Betreuungen übersteigt, ist davon auszugehen, dass er zumindest einen Teil seines Lebensunterhalts aus den Vergütungen für die Betreuungen bestreitet.“ (BVerwG aaO)

2. Die **Anzeigepflicht** nach § 14 I 1 GewO entfällt auch nicht deshalb, weil es sich bei der Berufsbetreuertätigkeit um einen **freien Beruf** handelt.

a) Der **Begriff des freien Berufs** ist **weder in der Gewerbeordnung noch in anderen Gesetzen allgemeingültig definiert**.

- **§ 6 I 1 GewO** enthält eine (nicht abschließende) Aufzählung einzelner freier Berufe, die dem Geltungsbereich der Gewerbeordnung nicht unterstellt sind. Berufsbetreuer werden hierin nicht aufgeführt.
- Das **BVerfG** sah bereits Anfang der 1960er Jahre in dieser Bezeichnung keinen eindeutigen Rechtsbegriff, sondern einen soziologischen Begriff, der zur Kennzeichnung eines aus der gesellschaftlichen Situation des frühen Liberalismus erwachsenen Sachverhalts entstanden ist und nachfolgend partiell von der Rechtsordnung aufgegriffen wurde (BVerfGE 10, 354 = NJW 1960, 619). Bei dem Rechtsbegriff des freien Berufs handelt es sich um einen sog. Typusbegriff, der erfüllt ist, wenn mehrere Merkmale einer vielgliedrigen Definition vorliegen (Rennert DVBl 2012, 593; Kluth JZ 2010, 844; Taupitz, Die Standesordnungen der Freien Berufe, 1991, S. 23 f.; Tettinger/Wank/Ennuschat, § 1 Rn 57). Hiernach genügt es, wenn eine Tätigkeit unter Beachtung der Merkmale insgesamt das Gepräge eines freien Berufs aufweist (vgl. BVerwG NJW 2008, 1974 = GewArch 2008, 301; Mann NJW 2008, 121 m. w. Nachw.).
- In der **Rspr.** hat der Begriff des freien Berufs für den Anwendungsbereich der Gewerbeordnung hinreichende Konturen erlangt: Danach ist darauf abzustellen, ob es sich um eine wissenschaftliche, künstlerische oder schriftstellerische Tätigkeit höherer Art oder eine Dienstleistung höherer Art handelt, die eine höhere Bildung, d. h. grds. ein abgeschlossenes Hochschul- oder Fachhochschulstudium, oder eine besondere schöpferische Begabung erfordert.

VerwG NJW 2008, 1974 = GewArch 2008, 301; BVerwGE 78, 6 = NVwZ 1988, 56; BVerwG NJW 1977, 772 = GewArch 1976, 293; BVerwG GewArch 1970, 125

- Eine gesetzliche Definition, die auf die Begrifflichkeit der Gewerbeordnung ausstrahlt (vgl. Pielow, BeckOK-GewO, § 1 Rn 174; Friauf, GewO, Stand: Sept. 2012, § 1 Rn 169 a; Hahn GewArch 2008, 49; Tettinger/Wank/Ennuschat, § 1 Rn 59), findet sich in **§ 1 II 1 des Gesetzes über Partnerschaftsgesellschaften Angehöriger Freier Berufe** (Partnerschaftsgesellschaftsgesetz – PartGG) vom 25.07.1994 (BGBl I, 1744): Danach haben die freien Berufe „im Allgemeinen auf der Grundlage besonderer beruflicher Qualifikation und schöpferischer Begabung die persönliche, eigenverantwortliche und fachlich unabhängige Erbringung von Dienstleistungen höherer Art im Interesse der Auftraggeber und der Allgemeinheit zum Inhalt“.

- b) Die **Berufsbetreuung** als solche **erfüllt in der Gesamtbetrachtung** aller für eine Freiberuflichkeit als typusbestimmend angesehenen Merkmale **nicht den Typusbegriff „freier Beruf“**.

„Zwar steht auch bei der Berufsbetreuung, wie sonst bei freien Berufen, die **persönliche Tätigkeit im Vordergrund** (§ 1897 I BGB). Sie stellt aber **keine wissenschaftliche Tätigkeit höherer Art oder eine Dienstleistung höherer Art** dar, die eine höhere Bildung erfordert. Entscheidend hierfür ist, ob eine Betätigung in dem betreffenden Beruf den Besuch einer Hochschule, Fachhochschule oder Akademie objektiv voraussetzt (Landmann/Rohmer, Einleitung Rn 68; Tettinger/Wank/Ennuschat, § 1 Rn 57). Auf die vorhandene individuelle Qualifikation kommt es insoweit nicht an. Die Betätigung als Berufsbetreuer setzt gem. § 1897 I BGB lediglich voraus, dass der **Betreuer geeignet ist, in dem gerichtlich bestimmten Aufgabenkreis die Angelegenheiten des Betreuten rechtlich zu besorgen** und diesen in dem hierfür erforderlichen Umfang persönlich zu betreuen. Die Anwendung wissenschaftlicher Methoden und eine spezielle berufliche Ausbildung des Betreuers werden vom Gesetz nicht verlangt. Dies wird dadurch bestätigt, dass die Betreuungstätigkeit vorrangig als Ehrenamt ausgestaltet ist (vgl. § 1897 VI 1 BGB). Für Berufsbetreuer werden **weitergehende Anforderungen nicht gestellt**. Auch § 4 VBVG setzt eine akademische Ausbildung nicht voraus; die Vorschrift sieht für die Vergütung der Berufsbetreuer unterschiedliche Stundensätze vor, die je nach dem Ausbildungsgrad des Berufsbetreuers gestaffelt sind und erst bei einer akademischen Ausbildung den Höchstsatz erreicht (vgl. BVerwG NJW 2008, 1974 = GewArch 2008, 301; Mann NJW 2008, 121). Entgegen der Auffassung des Kl. erwächst eine für den freien Beruf typische besondere Qualifikation schließlich nicht daraus, dass Berufsbetreuer i. d. R. mehr als zehn Betreuungen führen (vgl. § 112 Nr. 1 VBVG) und auf Grund dessen über eine ausgeprägte Erfahrung verfügen. Wie ausgeführt, ist maßgeblich, ob der ausgeübte Beruf objektiv eine höhere Bildung voraussetzt, und nicht, ob und inwieweit sich der Betreffende bestimmte Fähigkeiten angeeignet hat.

Soweit der Kl. vorträgt, dass in Nordrhein-Westfalen der Zugang zur Tätigkeit des Berufsbetreuers rein faktisch nur mit einem abgeschlossenen Studium möglich sei, weil die Arbeitsgemeinschaften örtlicher Betreuungsbehörden (AGöB) ein formelles Bewerbungsverfahren für Berufsbetreuer eingerichtet hätten und unter Nr. 5 ein abgeschlossenes Studium an einer Fachhochschule oder Universität voraussetzten, ist dem entgegenzuhalten, dass es sich hierbei nicht um ein Anforderungsprofil im engeren Sinne handelt. Das „Anforderungsprofil“ enthält lediglich allgemeine Anforderungen, die an einen berufsmäßigen Betreuer gestellt werden können, und ersetzt nicht die konkrete Eignungsprüfung durch das Betreuungsgericht. Ob der Betreffende allen oder einem Teil der Anforderungen mehr oder weniger gerecht wird, muss im konkreten Fall anhand des Aufgabenkreises des Betreuers und der gesetzlichen Vorgaben zur Führung der Betreuung entschieden werden (Bienwald/Sonnenfeld/Hoffmann/Bienwald, BetreuungsR, 5. Aufl. 2011, § 1897 Rn 150 ff.). Abgesehen hiervon, wird unter Nr. 5 des genannten „Anforderungsprofils“ ein abgeschlossenes Studium nur „in der Regel“ vorausgesetzt.“ (BVerwG aaO)

- c) **Kennzeichen eines freien Berufs** ist weiter, dass der **Auftraggeber** des Freiberuflers zwar den Auftrag erteilt, **auf dessen Ausführung** dann jedoch **keinen fachlich bestimmten Einfluss** mehr hat. Demgegenüber muss der Berufsbetreuer Entscheidungen für den Betreuten treffen, zu denen dieser grds. selbst befähigt, aktuell aber aus gesundheitlichen oder psychischen Gründen nicht (mehr) in der Lage ist. Insoweit kommt dem Berufsbetreuer zwar eine gewisse **inhaltliche Eigenverantwortlichkeit** bei seinen Entscheidungen zu, etwa bei der Wohnungssuche oder dem Abschluss sonstiger Rechtsgeschäfte, es fehlt jedoch der Aspekt der fachlichen Unabhängigkeit, da die Entscheidungen nicht kraft überlegenen Fachwissens getroffen werden.

„Dementsprechend beruht ein **besonderes Vertrauensverhältnis** zum Betreuten, das der Kl. **in den Vordergrund rückt**, regelmäßig nicht auf der fachlichen Qualifikation des Berufsbetreuers (vgl. BVerwG NVwZ 2009, 1170 = NJW 2009, 2907), sondern auf persönlichen oder sozialen Umständen. Die gesetzliche Ausgestaltung des Betreuungsrechts spricht zudem gegen die Annahme eines solchen Vertrauensverhältnisses: Nach § 1897 VI BGB soll ein Berufsbetreuer nur bestellt werden, wenn keine andere Person zur ehrenamtlichen Betreuung zur Verfügung steht. Vorrangig sind diejenigen Personen zum Betreuer zu bestellen, die der zu Betreuende selbst vorgeschlagen hat, denen er also in besonderem Maße vertraut. Fehlt es an einem Vorschlag, soll der Betreuer vorrangig aus dem Kreis der Personen ausgewählt werden, die mit dem zu Betreuenden verwandt sind oder in sonstiger Weise durch persönliche Bindungen nahestehen (§ 1897 V BGB). Das Gesetz geht mithin davon aus, dass ein Vertrauensverhältnis vor allem bei persönlichen Bindungen zwischen dem Betreuer und dem Betreuten besteht, nicht aber bei Bestellung eines dem Betreuten unbekanntem Berufsbetreuers.

Darauf, ob der Berufsbetreuer nicht nur im Interesse des Betreuten, sondern zugleich auch im Interesse der Allgemeinheit tätig wird, kommt es nicht mehr entscheidungserheblich an. Für eine Tätigkeit des Berufsbetreuers (auch) im Allgemeininteresse könnte sprechen, dass der Rspr. des BVerfG zufolge die Errichtung und Verwaltung von Vormundschaften eine **sozialstaatliche Pflicht** ist und die Wahrnehmung dieser Aufgabe somit im öffentlichen Interesse liegt (vgl. BVerfGE 54, 251 = NJW 1980, 2179; BVerfG NJW 1999, 1621). Selbst dann aber weist die Tätigkeit des Berufsbetreuers in der Gesamtbetrachtung aller für eine Freiberuflichkeit als typusbestimmend angesehenen Merkmale nicht das Gepräge eines freien Berufs auf.“ (BVerwG aaO)

- d) An den vorstehenden Feststellungen ändert sich auch dann nichts, wenn ein Rechtsanwalt eine **Betreuungstätigkeit neben seiner Anwaltschaftigkeit** wahrnimmt, denn die **Betreuertätigkeit gehört nicht zu der berufstypischen freiberuflichen Tätigkeit eines Rechtsanwalts** (BVerfGE 101, 331; BFH UR 1991, 262) und ist **nicht Bestandteil dieser Tätigkeit**, weil sie keine spezifischen juristischen Kenntnisse und keine juristische Ausbildung voraussetzt; sie wird zudem auf Grund gerichtlicher Bestellung und nicht im Rahmen eines rechtsgeschäftlich erteilten Mandats ausgeübt (vgl. BFHE 230, 47 = NJW 2011, 108).

„Die Tätigkeit als Betreuer ist nach dem **gesetzlichen Leitbild** grds. als (**staatsbürgerliches**) **Ehrenamt** konzipiert (§ 1908 I 1 i. V. mit § 1836 I 1 BGB), das nur in Ausnahmefällen einen Vergütungsanspruch nach sich ziehen soll (Pammler-Klein, jurisPK-BGB, 6. Aufl. 2012, § 1836 Rn 8). Die Tätigkeit des Berufsbetreuers unterscheidet sich in den Anforderungen im Grundsatz nicht von der eines ehrenamtlichen Betreuers. § 1897 I BGB bestimmt, dass der Betreuer die Angelegenheiten des Betreuten „rechtlich zu besorgen hat“. Hierdurch soll klargestellt werden, dass der Betreuer die Angelegenheiten des Betreuten nicht selbst auszuführen, sondern die Aufgabe hat, zu organisieren und rechtlich zu regeln (Bieg, jurisPK-BGB, § 1897 Rn 11). Zudem geht es bei dieser Einschränkung auf die Rechtsfürsorge auch darum, dass Akte rein tatsächlicher Zuwendungen (z. B. Gespräche und Besuche) nicht ge-

sondert vergütet werden (Damrau/Zimmermann, *BetreuungsR*, 4. Aufl. 2011, § 1897 Rn 18; Palandt/Götz, *BGB*, 72. Aufl. 2013, § 1901 Rn 1). Auch wenn Rechtsanwälte i. d. R. wegen ihrer rechtlichen Ausbildung als Berufsbetreuer bestellt werden dürften, erhält die Aufgabe der Betreuung als solche keinen anderen Charakter. Der **besonderen fachlichen Kompetenz** trägt der Gesetzgeber dadurch ausreichend Rechnung, dass eine **erhöhte Grundvergütung** vorgesehen ist (vgl. § 4 I i. V. mit § 3 II VBVG). Hierin kommt zum Ausdruck, dass keine genuin anwaltliche Tätigkeit vorliegt, zumal die Betreuungstätigkeit nicht nach den Regelungen des RVG (vgl. § 1 II RVG), sondern nach den Bestimmungen der §§ 4, 5 VBVG vergütet wird. Nur wenn der anwaltliche Berufsbetreuer Aufgaben wahrnimmt, die besondere rechtliche Fähigkeiten erfordern, und er deshalb eine originäre anwaltliche Dienstleistung erbringt, kann er gem. §§ 1835 III, 1908 I 1 BGB nach anwaltlichem Gebührenrecht abrechnen (BGH NJW 2007, 844).“ (BVerwG aaO)

- e) Ist hiernach die **Berufsbetreuung keine den Rechtsanwaltsberuf in besonderer Weise charakterisierende Tätigkeit**, findet auch § 6 I 1 GewO, wonach die Tätigkeit der Rechtsanwälte kein Gewerbe ist, keine Anwendung.

„Ausgeschlossen ist die Anwendung der Gewerbeordnung hiernach nur, soweit der Rechtsanwalt als **unabhängiges Organ der Rechtspflege** (§ 1 BRAO) einen freien Beruf (§ 2 BRAO) ausübt, nicht dagegen, wenn er, gleichsam nebenher, gewerblich tätig ist. Eine **gewerbliche Tätigkeit verliert ihren Charakter nicht dadurch, dass sie von einem Rechtsanwalt ausgeübt wird** (BVerwG NJW 1993, 1346 = GewArch 1993, 156). Davon, dass der Rechtsanwalt eine andere Tätigkeit als die berufsspezifische ausüben kann, gehen auch § 7 Nr. 8 und § 14 II Nr. 8 BRAO aus.“ (BVerwG aaO)

3. Es ist auch nicht nach **Sinn und Zweck des § 14 GewO** geboten, Berufsbetreuer von der Anwendung der Gewerbeordnung auszunehmen.

„Die **Gewerbeanzeige dient**, wie aus § 14 VI 1 GewO folgt, in erster Linie der **Überwachung der Tätigkeit der Gewerbetreibenden**. Die zuständigen Behörden sollen hierdurch ein **genaues Bild über die Zahl und die Art der Gewerbetreibenden** bekommen (Friauf, § 14 Rn 24). Durch die Anzeige wird es den zuständigen Behörden insbes. möglich, bei Bedenken gegen die Zuverlässigkeit der Gewerbetreibenden oder bei Nichterfüllung der Anforderungen an eine ordnungsgemäße Gewerbeausübung einzuschreiten (BVerwG NJW 2008, 1974 = GewArch 2008, 301). Dieser ordnungsrechtliche Zweck kann weder durch die Unterstellung der Berufsbetreuer unter die Aufsicht des Vormundschaftsgerichts noch durch die Überwachung seitens der Rechtsanwaltskammern in gleich wirksamer Weise erreicht werden. Die **Aufsicht des Vormundschaftsgerichts** bezieht sich vornehmlich auf die **ordnungsgemäße Erfüllung der allgemeinen Betreuung im Interesse des Betreuten** (§§ 1908i I, 1837 ff. BGB) sowie die persönliche Eignung des Betreuers. Sie erstreckt sich indes nicht auf die übrigen Voraussetzungen der gewerberechtlichen Zuverlässigkeit. Auch die Unterstellung der Rechtsanwälte unter die Aufsicht des Vorstands ihrer Rechtsanwaltskammer nach § 73 II Nr. 4 BRAO verfolgt andere Zwecke als die gewerberechtliche Aufsicht. Sie bezieht sich lediglich auf die **ordnungsgemäße Führung der einzelnen Berufspflicht** nach § 43 BRAO sowie der weiteren anwaltlichen Pflichten nach §§ 43 a bis 51 a und § 53 BRAO. Das BerGer. hat i. Ü. zutreffend darauf hingewiesen, dass sich die gewerberechtliche Aufsicht und die Überwachung durch die Rechtsanwaltskammern auch hinsichtlich der anzuwendenden Maßstäbe und Eingriffsschwellen unterscheiden. Die Anwaltszulassung kann nach § 14 II Nr. 2 BRAO nur bei Vorliegen bestimmter Straftaten (nämlich solcher, die zu einer Verurteilung zu einer Freiheitsstrafe von mehr als einem Jahr geführt haben, § 45 StGB) widerrufen werden. Demgegenüber kommt es für die gewerberechtliche Unzuverlässigkeit weder auf die Schwere einer Straftat noch das Vorliegen einer Verurteilung, sondern allein auf die abzuwehrende gewerberechtliche Gefährdungslage an (Landmann/Rohmer, § 35 Rn 37, 42 m. w. Nachw.). Schließlich existiert weder im Bereich der Aufsicht durch die Vormundschaftsgerichte noch der Rechtsanwaltskammern ein Register, das die Funktion des Gewerbezentralregisters gem. §§ 149 ff. GewO erfüllen könnte (vgl. zu diesem Gesichtspunkt BVerwG NJW 2008, 1974 = GewArch 2008, 301).“ (BVerwG aaO)

- II. Schließlich ergibt sich auch nichts Gegenteiliges aus den Entscheidungen des **BFH** (BFHE 230, 47 = NJW 2011, 108 und BFHE 230, 54 = NJW 2011, 110), wonach die **Einnahmen eines Berufsbetreuers den Einkünften aus sonstiger selbstständiger Arbeit i. S. des § 18 I Nr. 3 EStG zuzuordnen** und nicht als Einkünfte aus Gewerbebetrieb i. S. des § 15 I Nr. 1 EStG zu qualifizieren sind.

„Abgesehen davon, dass der Rspr. des BFH zufolge die **Tätigkeit eines Berufsbetreuers gerade nicht als freiberufliche Tätigkeit** angesehen wird, hat diese **Qualifizierung im Einkommensteuerrecht** für die gewerberechtliche Bewertung einer Tätigkeit als freiberuflich oder gewerblich wegen der fehlenden Übertragbarkeit der steuerrechtlichen Regelung auf die Gewerbeordnung **keine Bindungswirkung**. Die **Terminologie des Steuerrechts ist nicht mit derjenigen des Gewerberechts identisch**. Dies folgt insbes. daraus, dass sich die Regelungszwecke der beiden Rechtsmaterien unterscheiden. Die Gewerbeordnung ist zur Wahrung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung im Wirtschaftsleben bestimmt, während es im Steuerrecht um fiskalische Ziele geht (Friauf, § 1 Rn 171; Landmann/Rohmer, § 1 Rn 5; Schönleiter GewArch 2011, 67).“ (BVerwG aaO)

- III. Auch **verfassungsrechtliche Einwände stehen** der Einordnung der Berufsbetreuertätigkeit als Gewerbe i. S. des § 14 GewO **nicht entgegen**.

1. **Art. 12 I GG** ist nicht verletzt.

„Die **Anzeigepflicht** stellt allenfalls einen **geringfügigen Eingriff in die Berufsausübungsfreiheit** dar. Sie ist weder mit relevanten Kosten noch mit einem nennenswerten Zeitaufwand verbunden. Durch die Gewerbeanzeige wird ferner die Tätigkeit als Rechtsanwalt nicht in Frage gestellt. Die Tätigkeit des Berufsbetreuers stellt keine unvereinbare Tätigkeit i. S. der §§ 7 Nr. 8 und 14 II Nr. 8 BRAO dar. Auch das Recht, die Berufsbezeichnung „Rechtsanwalt“ zu führen, bleibt unberührt (vgl. BFHE 197, 442 = NJW 2002, 990; NJW 1993, 1346). Der Zweck der Gewerbeanzeige gem. § 14 GewO, den zuständigen Behörden zu ermöglichen, bei Bedenken gegen die Zuverlässigkeit der Gewerbetreibenden oder bei Nichterfüllung der gewerberechtlichen Anforderungen an die Berufsausübung einzuschreiten, ist ein vernünftiger Grund des Gemeinwohls, der Berufsausübungsbeschränkungen rechtfertigen kann. Zur Erreichung dieses Zwecks ist die Gewerbeanzeige geeignet, da mittels der Anzeigepflicht die **Gewerbeüberwachung** gewährleistet wird, dass die zuständigen Behörden ein genaues Bild über die Zahl und Art der Gewerbetreibenden bekommen. Ein gleich wirksames, weniger belastendes Mittel zur Erreichung des gesetzgeberischen Ziels ist nicht ersichtlich. Im Hinblick darauf, dass ein allenfalls geringfügiger Eingriff in die Berufsausübungsfreiheit vorliegt, ist schließlich auch die Grenze der Zumutbarkeit gewahrt.“ (BVerwG aaO)

2. Auch **Art. 3 I GG** ist nicht verletzt.

„Das verfassungsrechtliche Gleichbehandlungsgebot verlangt nicht, anwaltliche Berufsbetreuer deshalb von der gewerberechtiglichen Anzeigepflicht freizustellen, weil sie – im Unterschied zu den sonstigen Berufsbetreuern – einer umfassenden standesrechtlichen Berufsüberwachung unterliegen. Wie oben ausgeführt, zielt die gewerberechtigliche Anzeigepflicht auf Zwecke, die nach dem **gesetzlichen Regelungskonzept** durch die Überwachung seitens der Rechtsanwaltskammern nicht gleich wirksam erreicht werden können. Ein vernünftiger, sich aus der Natur der Sache ergebender oder sonst wie einleuchtender Grund für eine Differenzierung zwischen dem anwaltlichen und dem sonstigen Berufsbetreuer ist nicht gegeben.“ (BVerwG aaO)

UWG

Wettbewerbsverstoß

UWG

§§ 3, 5, 8 I, III Nr. 1

Irreführende Angaben zur Zulassung eines Rechtsanwalts

(OLG Bremen NJW-RR 2013, 1054; Beschluss vom 20.02.2013 – 2 U 5/13)

Verwendet ein Rechtsanwalt im Impressum seines Internetauftritts die **Angabe „Zulassung OLG, LG, AG Bremen“**, stellt dies eine **irreführende Werbung** dar.

„Der Senat teilt die Auffassung des LG, dass die Verwendung des beanstandeten Zusatzes im Impressum der Homepage eine **geschäftliche Handlung i. S. des § 2 I Nr. 1 UWG** darstellt. Das Impressum ist Teil der für die interessierte Öffentlichkeit eingerichteten Homepage, welches durch einen auf der Startseite befindlichen Link sofort aufgerufen werden kann. Es enthält die nach § 5 TMG erforderlichen Angaben, welche u. a. sicherstellen sollen, dass eine schnelle elektronische Kontaktaufnahme und unmittelbare Kommunikation mit dem Diensteanbieter möglich ist. Damit dient das Impressum auch der Anwerbung neuer Kunden, wobei i. Ü. nur im Impressum die E-Mail-Anschrift des Bekl. angegeben ist.

Die Verwendung des Zusatzes „Zulassung OLG, LG, AG Bremen“ ist gem. §§ 3, 5 UWG **irreführend, weil damit der unzutreffende Eindruck erweckt** wird, der Rechtsanwalt verfüge jedenfalls in Bremen gegenüber anderen Anwälten auf Grund der Zulassung an den ausdrücklich aufgeführten Gerichten über eine **besondere Stellung oder Qualifikation**.

Entgegen der Auffassung des Bekl. ist diese Werbung mit einer Selbstverständlichkeit von hinreichender wettbewerblicher Relevanz, insbesondere weil sie geeignet ist, bei einem Rechtsschutz vor bremischen Gerichten suchenden potenziellen Mandanten den Eindruck zu erwecken, der Bekl. sei auf Grund seiner Zulassung vor diesen Gerichten gegenüber auswärtigen Rechtsanwälten zu seiner Vertretung besser geeignet (s. auch OLG Köln NJW-RR 2012, 1528).“ (OLG Bremen aaO)

BGB

Anwaltliche Prüfpflicht

BGB

§ 280

Insolvenz des Gegners

(AG Müllheim NJW-RR 2013, 1064; Urteil vom 27.02.2013 – 8 C 121/12)

Zumindest dann, wenn ein **Rechtsanwalt** vielfach im Bereich des Insolvenzrechts und des Steuerrechts tätig ist, ist er dazu **verpflichtet, unter www.insolvenzbekanntmachungen.de zu prüfen, ob** einer klageweisen Geltendmachung einer Forderung ein **laufendes Insolvenzverfahren** entgegensteht. Erfährt er während eines laufenden Verfahrens von einem vor Klageerhebung bereits laufenden Insolvenzverfahren gegen die Gegenpartei, ist er dazu **verpflichtet, zur Klagerücknahme zu raten, um das Entstehen weiterer Kosten zu vermeiden**.

„Grds. schuldet der Rechtsanwalt die **allgemeine, umfassende und möglichst erschöpfenden Beratung seines Mandanten**, dazu hat er den **Sachverhalt vollständig zu erforschen**, wobei er zunächst beim Mandanten gezielt nachfragen muss. Abzulehnen ist grds. eine über die Befragung des Mandanten hinausgehende Pflicht des Rechtsanwalts eigene Ermittlungen und Nachforschungen anzustellen; der Anwalt ist rechtlicher Vertreter seines Mandanten und kein Privatdetektiv. Soweit sich im vorliegenden Fall aus den dem Bekl. über seinen Mandanten zugänglichen Informationen oder aus allgemeinen Informationen – etwa in der Tagespresse –, keine Hinweise auf Zahlungsschwierigkeiten oder eine drohende oder bereits bestehende Insolvenz des Schuldners ergibt, wäre hier auch grds. eine Pflichtverletzung durch nicht vorgenommene Internetrecherchen zu verneinen.

Eine Ausnahme von diesem Grundsatz ist nach hier vertretener Auffassung allerdings dann zu machen, wenn der beauftragte Rechtsanwalt spezielle Kenntnisse des Insolvenzrechts besitzt. Der Bekl. ist zwar ausweislich seines Briefkopfs nicht als Fachanwalt für Insolvenzrecht tätig, bewegt sich fachlich allerdings vielfach – wie aus dem Briefkopf ersichtlich und i. Ü. auch gerichtsbekannt – im Bereich des Insolvenzrechts und des Steuerrechts.

Die genannte Homepage ist eine **amtliche Seite, deren Existenz in § 9 InsO i. V. mit der Insolvenz-Internet-BekanntmachungsVO gesetzlich geregelt** ist. Auf Grund seiner besonderen Sachkenntnis ist davon auszugehen, dass dem Bekl. auch die fragliche Homepage bekannt gewesen ist, so dass es ihm ohne weiteres möglich und zumutbar gewesen wäre ohne nennenswerten zeitlichen und finanziellen Aufwand kurz im Sinne seines Mandanten zu prüfen, ob eine Klage auch hinreichende Aussicht auf Erfolg verspricht.“ (AG Müllheim aaO)

FamFG

Versorgungsausgleich im Scheidungsverbund

FamFG

§ 114 I

Anwaltszwang

(OLG Köln FamRZ 2013,1604; Beschluss vom 18.12.2012 – 4 UF 206/12)

Für eine im Scheidungsverbund zunächst anhängig gewordene Versorgungsausgleichssache gilt der **Anwaltszwang auch nach der Abtrennung des Verfahrens**.

„Gem. § 114 I FamFG müssen sich die Ehegatten unter anderem in Ehesachen und Folgesachen durch einen Rechtsanwalt vertreten lassen. Zu den Folgesachen gehört u. a. eine Versorgungsausgleichssache (Nr. 1). Der Umstand, dass das Amtsgericht das **Versorgungsausgleichsverfahren abgetrennt hat, führt nicht zur Ausnahme des abgetrennten Verfahrens aus dem Anwaltszwang**: Gem. § 137 V 1 Hs.1 FamFG bleiben abgetrennte Folgesachen nach Absatz 2 dieser Vorschrift Folgesachen. Die abgetrennte Fol-

gesache unterliegt weiterhin dem Anwaltszwang und die Beschwerde eines Ehegatten gegen eine abgetrennte Folgesache kann wirksam nur durch einen Rechtsanwalt eingelegt werden (Keidel, FamFG, 17. Aufl., § 114 Rn 7).“ (OLG Köln aaO)

FamFG
§ 239

Abänderungsklage
Vergleich mit Einkommensfiktion

FamFG

(OLG Hamm NJW 2013, 3044; Beschluss vom 04.07.2013 – II-2 WF 203/12)

Außerhalb der Zeitablauf von mehr als fünf Jahren **seit Abschluss eines Unterhaltsvergleichs führt nicht zum Wegfall einer** in diesem Vergleich vorgenommenen **Einkommensfiktion**; nur wenn der Unterhaltspflichtige in einem Abänderungsverfahren nachweisen kann, dass er sich ernsthaft und intensiv ohne Erfolg um eine Arbeitsstelle bemüht hat, ist ihm das fiktive Einkommen nicht mehr zuzurechnen.

„Außerhalb der Zeitablauf seit Abschluss des Vergleichs von mittlerweile mehr als fünf Jahren führt ohne Weiteres nicht zu einem Wegfall der Fiktion (BGH NJW 2008, 1525 = FamRZ 2008, 872). Dem Unterhaltspflichtigen ist das fiktive Einkommen i. d. R. solange zuzurechnen, wie er sich nicht hinreichend um einen neuen Arbeitsplatz bemüht hat (vgl. Wend/Dose, § 1 Rn 796). Erst dann, wenn er sich **ernsthaft und intensiv um eine Arbeitsstelle bemüht hat**, kann er ggf. im Wege eines Abänderungsantrags geltend machen, dass die Bemühungen erfolglos waren (OLG Karlsruhe FamRZ 1983, 931).

Die Beurteilung ändert sich auch nicht für die Zeit ab dem **Beginn der Arbeitslosigkeit** des Ast. Auf die damit verbundene Reduzierung der Einkünfte kann nur dann abgestellt werden, wenn der Unterhaltsschuldner zuvor eine Arbeitsstelle innehatte, mit der er seiner unterhaltsrechtlichen Obliegenheit genügt hat. Dies war – wie dargelegt – hier gerade nicht der Fall.“ (OLG Hamm aaO)

GBO
§ 12

Anspruch auf Grundbucheinsicht
Offene Honoraransprüche

GBO

(OLG Celle NJW-RR 2013, 1104; Beschluss vom 03.04.2013 – 4 W 31/13)

Ein **Anspruch auf Grundbucheinsicht** kommt dem **Rechtsanwalt** aus eigenem Recht **nur dann zu, wenn er ein eigenes rechtliches Interesse gem. § 12 I GBO** geltend machen kann. Hierzu **reicht** die Darlegung, dass die Grundbucheinsicht zur **Durchsetzung anwaltlicher Honoraransprüche** gegenüber einem in diesem Grundbuch nie eingetragenen früheren Mandanten benötigt werde, **nicht aus**.

„Ein Einsichtsrecht des Rechtsanwalts aus eigenem Recht besteht nur dann, wenn er auch ein **eigenes berechtigtes Interesse aus eben dieser anwaltlichen Tätigkeit ableiten** kann. Das zweifelsohne bestehende wirtschaftliche Interesse des Ast. an der Durchsetzung seiner Honoraransprüche gegenüber seiner früheren Mandantin reicht insoweit allein nicht aus. Entgegen der Auffassung des Ast. ist insoweit auch keine Großzügigkeit der Behandlung von Grundbucheinsichtsansprüchen angebracht, auch nicht unter Berücksichtigung der Stellung des Ast. als Rechtsanwalt. Anders als Notare, die (auch) öffentliche Interessen wahrnehmen und deshalb nach § 43 II Grundbuchverordnung kein berechtigtes Interesse nachweisen müssen, sind Rechtsanwälte nicht von der Darlegung eines rechtlichen Interesses ausgenommen.

Auch ist zu berücksichtigen, dass dem **öffentlichen Informationsinteresse** das zum **allgemeinen Persönlichkeitsrecht** gehörende **informationelle Selbstbestimmungsrecht** des im Grundbuch eingetragenen Eigentümers und sonstiger Dritter gegenübersteht und beides **miteinander abzuwägen** ist. All das gilt auch für die Prüfung der Frage, ob dem Rechtsanwalt aus eigenem Recht ein Grundbucheinsichtsrecht zukommt oder nicht (BayObLG Rpfleger 1984, 351; Eickmann/Kuntze/Ertl/Herrmann, GrundbuchR, 5. Aufl., § 12 Rn 6, § 43 GV Rn 4; Schöner/Stöber, GrundbuchR, 15. Aufl., Rn 527). Im Zweifel ist zum Schutz der Interessen des im Grundbuch eingetragenen eher Zurückhaltung geboten (Bauer/v. Oefele/Maaß, GBO, 3. Aufl., § 12 Rn 15).“ (OLG Celle aaO)

BGB
§ 1896 I 1

Betreuung
Analphabetismus als geistige Behinderung

BGB

(LG Kleeve NJW-RR 2013, 1161; Beschluss vom 07.03.2013 – 4 T 29/13)

Analphabetismus für sich ist keine geistige Behinderung i. S. des § 1896 I 1 BGB.

I. Geistige Behinderungen sind **angeborene oder erworbene Intelligenzdefizite verschiedener Schweregrade** (Palandt/Diederichsen, BGB, 71. Aufl. [2012], § 1896 Rn 7; Jürgens, BetreuungsR, 4. Aufl. [2010], § 1896 BGB Rn 7). Nach der Psychiatrie-Enquete (BT-Dr 7/4201, S. 3) versteht man unter geistig Behinderten Kinder, Jugendliche und Erwachsene, deren geistige Entwicklung durch angeborene oder erworbene Störungen hinter der altersgemäßen Norm zurückgeblieben ist, so dass sie für ihre Lebensführung besonderer Hilfen bedürfen (Bay-ObLG FamRZ 1994, 318).

Analphabetismus selbst ist jedoch weder ein angeborenes noch ein erworbenes Intelligenzdefizit.

„Analphabetismus ist definiert als die „Unfähigkeit, die eigene Sprache zu lesen und zu schreiben (weil es nicht gelernt worden ist)“ (Duden, Das große Fremdwörterbuch, 2. Aufl. [2000], Stichwort „Analphabetismus“) bzw. die „mangelhafte oder fehlende Kenntnis und Beherrschung des Lesens und Schreibens“ (dtv-Lexikon, Ausgabe 1999, Stichwort: „Analphabetismus“); **Analphabeten sind demzufolge „Menschen, die des Lesens und Schreibens („des Alphabets“) unkundig sind** (Brockhaus, Enzyklopädie, 17. Aufl., 1966 ff., Stichwort „Analphabet“). **Analphabetismus ist bereits deswegen kein angeborenes Intelligenzdefizit, weil alle Menschen als Alphabeten geboren werden. Es handelt sich aber auch nicht um ein später erworbenes Intelligenzdefizit, sondern nur um eine nicht erlernte Fähigkeit. Dieses Nichterlernen ist kein Anzeichen einer geistigen Behinderung, etwa die Hälfte der Weltbevölkerung ist Analphabet (vgl. dtv-Lexikon, Stichwort: „Analphabetismus“).**“ (LG Kleeve aaO)

II. **Dass Analphabetismus die Folge einer geistigen Behinderung sein kann, macht diesen nicht selbst zu einer geistigen Behinderung** (vgl. LSG Berlin BeckRS 9999, 08706).

„Vorliegend gibt es keinen Anhalt dafür, dass der Betroffene geistige Behinderungen hätte, die Ursache seines Analphabetismus sein könnten (wird ausgeführt).

Eine analoge Anwendung des § 1896 BGB auf Analphabeten kommt nicht in Betracht. Es fehlt an einer planwidrigen Regelungslücke. Dem Gesetzgeber war bekannt, dass es Analphabeten gibt, als er das Betreuungsgesetz verabschiedet hat, auch die Definition des Analphabetismus ist seit Langem im Kern unverändert. Bereits vor einhundert Jahren wurde als Analphabet definiert, „wer das ABC nicht kennt, ein des Lesens (und Schreibens) Unkundiger“ (Genius, Kleines Fremdwörterbuch, 1912, Stichwort „Analphabet“). Daraus entstehende Probleme im Rechts- und Geschäftsverkehr hat der Gesetzgeber auch nicht etwa übersehen, sondern einer anderweitigen Lösung zugeführt, etwa durch die in § 126 I Fall 2 BGB eröffnete Möglichkeit, der Schriftform durch Unterzeichnung mit einem notariell beglaubigten Handzeichen zu genügen. Der Gesetzgeber war auch nicht verpflichtet, Analphabeten auf Wunsch die Einrichtung einer Betreuung zu ermöglichen. Betreuungen sind nur einzurichten, wenn die Betroffenen anders ihre Angelegenheiten nicht besorgen können und kein Instrument einer allgemeinen Lebenshilfe, wie einer Schreib- und Lesehilfe (vgl. BVerfG NJW-RR 2007, 1369) zur Beratungshilfe.“ (LG Kleve aaO)

StVO
§§ 2 I, 37 II, 49

Rotlichtverstoß

StVO

Umfahren einer Rotlicht anzeigenden Ampel

(OLG Hamm NSTZ-RR 2013, 319; Beschluss vom 02.07.2013 – 1 RBs 98/13)

Eine **Lichtzeichenanlage**, die für den Betroffenen Rotlicht zeigt, **verbietet nicht, vor der Ampelanlage** auf einen nicht durch die Lichtzeichenanlage geschützten Bereich (hier: ein Tankstellengelände) **abzubiegen und** nach Durchfahren dieses Geländes **hinter der Lichtzeichenanlage wieder in den** durch sie geschützten **Verkehrsraum einzufahren**. Das gilt auch dann, wenn dieser Fahrvorgang der Umfahrung der Lichtzeichenanlage dient. Es liegt dann kein Rotlichtverstoß vor.

„Mit einer solchen Vorgehensweise **nutzt der Verkehrsteilnehmer lediglich eine Lücke**, die es ihm ermöglicht, sich außerhalb der Reichweite des Haltegebots fortzubewegen. Das auch ansonsten zulässige und nicht bußgeldbewehrte Verhalten des **Auffahrens und Verlassens eines Privatgrundstücks** wird nicht dadurch zur Ordnungswidrigkeit, dass es durch die Vermeidung des Anhaltens vor einer Rotlicht zeigenden Lichtzeichenanlage motiviert ist. Die oben geschilderte Gefährdungslage ist bei einer solchen Verhaltensweise nicht gegeben. Vielmehr ist lediglich die Gefährdungslage des (grds. aber erlaubten) Ein- und Ausfahrens auf ein bzw. von einem Privatgrundstück gegeben, die aber durch die Wechsellichtzeichenanlage nicht vermindert werden soll (OLG Hamm VRS 55, 292). Diese **Gefährdungslagen werden durch andere Verkehrsvorschriften hinreichend geregelt** (vgl. OLG Düsseldorf ZfS 1984, 62).

Soweit in den Entscheidungen des BayObLG NZV 1994, 80 und des OLG Düsseldorf NZV 1993, 243 (vgl. auch Hentschel/König/Dauer, StraßenverkehrsR, 41. Aufl., § 37 StVO Rn 9) entschieden worden ist, dass aber das gezielte Umfahren einer Rotlicht zeigenden Lichtzeichenanlage wegen der Zielgerichtetheit gleichwohl einen Verstoß gegen § 37 II Nr. 1 S. 7 StVO darstellt, kann dem aus den o. g. Gründen nicht gefolgt werden. Einer Vorlage entsprechend § 121 II GVG (vgl. Göhler, OWiG, 15. Aufl., § 79 Rn 38) bedarf es nicht, da diese Ausführungen nicht tragend waren für die Entscheidungen dieser Gerichte und das -BayObLG zudem aufgelöst ist.

Auch ein Verstoß gegen § 2 I StVO kann in der Verhaltensweise des Betr. nicht gesehen werden: Ein Kraftfahrer, der vor einer Straßenkreuzung die Fahrbahn verlässt, um über ein neben der Straße gelegenes Tankstellengelände die Querstraße schneller zu erreichen, verstößt nicht deshalb gegen das Gebot der Fahrbahnbenutzung in § 2 I StVO, weil er dazu den Gehweg überqueren muss (a. A. König, § 2 StVO Rn 73). Weitere Verstöße gegen ordnungswidrigkeitenrechtliche Vorschriften sind nicht erkennbar.“ (OLG Hamm aaO)

OWiG
§§ 62, 109a

Auslagererstattungsanspruch Bußgeldverfahren

OWiG

(AG Gelnhausen NSTZ-RR 2013, 328; Beschluss vom 08.01.2013 – 44 OWi 1/13)

Ist ein **Messfoto zur Fahreridentifizierung erkennbar nicht geeignet** und äußert sich der Betr. zum Vorwurf der Geschwindigkeitsüberschreitung nicht, so sind ihm **nach Erlass und Rücknahme des Bußgeldbescheides seine notwendige Auslagen zu erstatten**.

„Die **eng auszulegende Ausnahmenvorschrift des § 109 a II OWiG greift vorliegend nicht**. Zum einen hat sich der Betr. zu dem Vorwurf in dem Bußgeldverfahren nicht geäußert. Dies kann als Bestreiten der Fahrereigenschaft angesehen werden. Denn in einem gerichtlichen Verfahren ist bei dieser Sachlage die Fahrereigenschaft durch Beweismittel festzustellen. Ein Schweigen des Betr. ist nicht als Geständnis zu sehen. Weiterhin ist zu berücksichtigen, dass der Verwaltungsbehörde hier von Anfang an auf Grund des schlechten Messbildes, welches einen Fahrer nicht erkennen lässt, klar sein musste, dass die Identifizierung des Fahrers nicht möglich ist und lediglich im Falle eines Geständnisses mit einer Überführung zu rechnen ist. Wenn die Verwaltungsbehörde gleichwohl, auch noch in Kenntnis der Tatsache, dass sich zwischenzeitlich ein Verteidiger bestellt hat, einen Bußgeldbescheid gegen den Betr. erlässt, so dürfte es für diese keinesfalls überraschend sein, wenn eine solche Einlassung im Einspruchsverfahren erfolgt. Indiz für die Fahrereigenschaft des Betr. ist die Angabe der Fahrzeughalterin. Allerdings ist eine solche Angabe keinesfalls zwingend. Denn häufig werden auch dienstlich überlassene Fahrzeuge an Familienangehörige weiter überlassen. Auch im Hinblick auf die **Unschuldsvermutung** erscheint es deshalb bereits kritisch, bei dieser Sachlage einen Bußgeldbescheid zu erlassen.

Jedenfalls liegen im Ergebnis die Voraussetzungen für die Ausnahmenvorschrift des § 109 a II OWiG nicht vor. Zwar ist die Angabe des Betr., nicht er, sondern eine andere Person habe die Tat begangen, ein entlastender Umstand i. S. des § 109 a II OWiG (Göhler, OWiG, 14. Aufl., § 109 a Rn 10). Dieser Vortrag ist hier allerdings nicht erfolgt, denn es blieb bei dem Bestreiten der Fahrereigenschaft. I. Ü. kann ein billigerer Grund für die Zurückhaltung des entlastenden Umstands sein, dass bei Offenbarung ein naher Angehöriger des Betr. der Gefahr der Verfolgung ausgesetzt worden wäre oder ein Freund oder Betriebsangehöriger (Göhler, § 109 a Rn 13).“ (AG Gelnhausen aaO)

Steuerrecht

StPO
§ 95 I

Durchsuchung der Kanzleiräume eines Steuerberaters Rechtswidrigkeit

SteuerR

(LG Saarbrücken StV 2013, 624 = DStR 2013, 1204; Beschluss vom 12.03.2013 – 2 Qs 15/13)

Die **Anordnung der Durchsuchung einer Steuerkanzlei** zur Beschlagnahme von Unterlagen kann **ohne vorheriges Herausgabeverlangen unverhältnismäßig** sein.

- I. Eine **Durchsuchung beim Nichtverdächtigen** ist gem. § 103 StPO **nur unter engeren Voraussetzungen zulässig** als eine Durchsuchung beim Verdächtigen nach § 102 StPO (BVerfG NJW 2003, 2669). Zudem schreibt § 160a II 1 StPO vor, dass an die Verhältnismäßigkeit von Ermittlungsmaßnahmen, durch die eine in § 53 I 1 Nr. 3 StPO genannte Person betroffen wäre und aus der voraussichtlich Erkenntnisse erlangt würden, über die diese Person das Zeugnis verweigern dürfte, **gesteigerte Anforderungen** zu stellen sind.

Dass ein Beschlagnahmeverbot gem. § 97 StPO nicht besteht, hindert die Anwendung des **§ 160a II StPO** nicht.

„§ 160a StPO stellt allein auf das **Bestehen eines Zeugnisverweigerungsrechts** ab und erfordert eine Prognose dahin gehend, ob durch die beabsichtigte Ermittlungsmaßnahme Erkenntnisse aus dem nach § 53 StPO geschützten Bereich zu erwarten sind (vgl. KK-Griesbaum, § 160a Rn 5 f.). Bzgl. des Inhalts der beschlagnahmten Unterlagen hätte dem Bf. ein Zeugnisverweigerungsrecht gem. § 53 I 1 Nr. 3 StPO zugestanden. Der **Beschlagnahmeschutz des § 97 StPO ist enger als das Zeugnisverweigerungsrecht des § 53 StPO** (LR-Schäfer aaO, § 97 Rn 75), das nicht mit der Erledigung des Auftrages endet (HK-Gercke, 5. Aufl. 2012, § 53 Rn 8; Meyer-Goßner aaO, § 53 Rn 10) und alle bekannt gewordenen Tatsachen umfasst, die der Berufsausübende von dem Besch. oder einem Dritten erfahren hat, ohne dass sie ihm anvertraut worden sind (Meyer-Goßner aaO, § 53 Rn 9). Der Begriff des Bekanntwerdens ist dabei weit auszulegen (KK-Senge, § 53 Rn 16; Dölling/Duttge/Rössner, Gesamtes Strafrecht, 2. Aufl. 2012, § 53 StPO Rn 8). Der Berufsgeheimnisträger kann deshalb bereits die Beantwortung der Frage verweigern, ob mit einer bestimmten Person oder einem bestimmten Unternehmen überhaupt ein Mandatsverhältnis besteht (Radtke/Hohmann, StPO, 2011, § 53 Rn 17).“ (LG Saarbrücken aaO)

- II. **Vor Erlass einer Durchsuchungsanordnung** ist der Berufsgeheimnisträger gem. § 95 I StPO **zur Herausgabe der Unterlagen aufzufordern**, denn das Herausgabeverlangen nach § 95 StPO kann im Vergleich zu einer Durchsuchung die **mildere Maßnahme** sein (LR-Schäfer aaO, § 95 Rn 3; HK-Gercke aaO, § 95 Rn 1); sie **geht dann einer Durchsuchungsanordnung vor** (vgl. LG Saarbrücken NSTZ 2010, 535 m. w. N. [zu einer Durchsuchung beim Insolvenzverwalter]).

„Ein entsprechendes Herausgabeverlangen wäre zur Erlangung der im Durchsuchungsbeschluss genannten Beweismittel **voraussichtlich auch erfolgversprechend** gewesen. Umstände, die einem vorherigen Herausgabeverlangen entgegengestanden und daher eine sofortige Anordnung der Durchsuchung erfordert hätten, sind nicht ersichtlich. Der Erlass eines Durchsuchungsbeschlusses war weder aus Gründen der **Verfahrensbeschleunigung** noch aufgrund einer bestehenden **Verdunkelungsgefahr** geboten. Ebenso wenig bestand die Gefahr eines **Beweismittelverlustes**.“ (LG Saarbrücken aaO)

EStG
§ 18 I Nr. 1

Einkünfte aus selbstständiger Arbeit Gewinnerzielungsabsicht bei freiberuflicher Tätigkeit

SteuerR

(FG Münster DStR 2013, 1166; Urteil vom 14.12.2011 – 7 K 3913/09)

Fall: Die Kl. war zunächst als angestellte Rechtsanwältin und seit Januar 1999 als selbständige Rechtsanwältin mit einer Kanzlei in ihrem Wohnhaus tätig. Sie erzielte in den Streitjahren (2000 bis 2009) andauernd einen Verlust aus Ihrer freiberuflichen Tätigkeit. Dieser lag jeweils im niedrigen vierstelligen Bereich. Der Ehemann der Klägerin erzielte in den Streitjahren hohe Einkünfte aus nichtselbständiger Arbeit sowie aus Vermietung und Verpachtung.

Das FG beanstandete, dass persönliche Beweggründe die Anwältin zur Fortführung des verlustbringenden Unternehmens angetrieben hätten: Zum einen die hohen Einkünfte, mit denen die Verluste verrechnet werden konnten und zum anderen der Umstand, dass sich die Anwältin nie bemüht hatte, die Rentabilität der Praxis zu verbessern.

Fraglich ist, ob die geltend gemachten Verluste der Kl. aus selbständiger Arbeit einkommensmindernd anzuerkennen sind.

- I. Gem. **§ 18 I Nr. 1 S. 1 EStG** sind Einkünfte aus freiberuflicher Tätigkeit steuerpflichtig als Einkünfte aus selbständiger Arbeit i.S.d. § 2 I 1 Nr. 3 EStG. Zu der freiberuflichen Tätigkeit gehört gem. § 18 I Nr. 1 S. 2 EStG u.a. die selbständige Berufstätigkeit der Rechtsanwälte.
- II. Die geltend gemachten negativen Einkünfte der Kl. aus selbständiger Arbeit könnten dann nicht als Einkünfte gem. § 18 EStG anzuerkennen sein, wenn ihr das Merkmal der **Gewinnerzielungsabsicht** fehlte.
1. **Auch bei den Einkünften aus selbständiger Arbeit ist eine Gewinnerzielungsabsicht zu fordern** (BFHE 195, 382 = BStBl - II 2002, 276).

„Dies ergibt sich zum einen aus der **ausdrücklichen Verweisung in § 18 IV 2 EStG auf § 15 II 3 EStG**, wonach es genügt, wenn die Gewinnerzielungsabsicht nur ein Nebenzweck ist; das setzt gedanklich voraus, dass überhaupt eine Gewinnerzielungsabsicht vorliegt. Zum anderen ergibt sich dies auch aus dem **Negativmerkmal des § 15 II 1 EStG**, wonach eine selbständige nachhaltige Betätigung, die u.a. mit Gewinnerzielungsabsicht unternommen wird, nur dann Gewerbebetrieb ist, wenn sie weder als Ausübung von Land- und Forstwirtschaft noch als Ausübung selbständiger Arbeit anzusehen ist (BFHE 205, 243 = BStBl II 2004, 455). Hieraus ist zu schließen, dass auch bei der selbständigen Arbeit eine Gewinnerzielungsabsicht i.S.d. § 15 II 1 EStG erforderlich ist.“ (FG Münster aaO)

2. Bei Einkünften aus einem freien Beruf können an das Merkmal der Gewinnerzielungsabsicht nicht geringere Anforderungen gestellt werden, als dies bei gewerblichen Einkünften gem. § 15 II EStG der Fall ist.

„Durch den Hinweis der Kl., ihre freiberufliche Tätigkeit entspreche ihrem erlernten Beruf, vermindern sich die Anforderungen nicht. Denn auch die Ausübung eines Gewerbebetriebs kann dem erlernten Beruf entsprechen. Vielmehr sind sowohl bei gewerblichen Einkünften als auch bei Einkünften aus selbständiger Arbeit jeweils alle Umstände einschließlich etwaiger Besonderheiten der Verhältnisse des Einzelfalles zu berücksichtigen (BFHE 208, 557 = BStBl II 2005, 392).“ (FG Münster aaO)

3. Der Nachweis der Gewinnerzielungsabsicht kann, da es sich um eine innere Tatsache handelt, nur anhand äußerer Merkmale geführt kann. Aus objektiven Umständen (sog. Beweisanzeichen) muss auf das Vorliegen oder das Fehlen der Absicht zur Gewinnerzielung geschlossen werden, wobei einzelne Umstände einen Anscheinsbeweis liefern können (BFHE 141, 405 = BStBl II 1984, 751).

- a) **Beweisanzeichen** für das Vorliegen einer Gewinnerzielungsabsicht kann eine **Betriebsführung** sein, bei der der Betrieb nach seiner Wesensart und der Art seiner Bewirtschaftung **auf die Dauer gesehen dazu geeignet und bestimmt ist, mit Gewinn zu arbeiten**. In diesem Fall deuten längere Verlustperioden erst dann auf das Fehlen einer Gewinnerzielungsabsicht hin, wenn die verlustbringende Tätigkeit nur aus im Bereich der Lebensführung liegenden persönlichen Gründen oder Neigungen ausgeübt wird (BFHE 141, 405 = BStBl II 1984, 751; BFHE 186, 206 = BStBl II 1998, 663).

Bei einer **Anwaltskanzlei** spricht der **Beweis des ersten Anscheins** dafür, dass der Anwalt seine Kanzlei in der **Absicht** betreibt, **Gewinne zu erzielen**; denn ein Unternehmen dieser Art ist regelmäßig nicht dazu bestimmt und geeignet, der Befriedigung persönlicher Neigungen oder der Erlangung wirtschaftlicher Vorteile außerhalb der Einkommenssphäre zu dienen (BFHE 195, 382 = BStBl II 2002, 276; BFHE 186, 206 = BStBl II 1998, 663).

- b) Die zitierte Rspr. ist nach FG Münster aaO allerdings **nicht** in der Weise zu verstehen, dass **bei einer Anwaltskanzlei automatisch eine Gewinnerzielungsabsicht unterstellt** werden könnte.

Vielmehr entfällt auch bei einer Anwaltskanzlei ein für die Gewinnerzielungsabsicht sprechender Anscheinsbeweis bereits dann, wenn die ernsthafte Möglichkeit besteht, dass im konkreten Einzelfall nicht das **Streben nach einem Totalgewinn**, sondern **persönliche Beweggründe des Steuerpflichtigen für die Fortführung des verlustbringenden Unternehmens bestimmend** waren (BFHE 208, 557 = BStBl II 2005, 392).

Persönliche Gründe sind alle **einkommensteuerrechtlich unbeachtlichen Motive** (BFHE 145, 375 = BStBl II 1986, 289 m. w. Nachw.). Als relevante Indizien für die Führung des Verlustbetriebs aus persönlichen Gründen hat die Rspr. - gerade auch im Fall einer Rechtsanwaltskanzlei - im Wesentlichen zwei zu würdigende Umstände entwickelt:

- Zum einen erscheint es als persönliches Motiv, wenn dem Steuerpflichtigen **hohe andere Einkünfte** zur Verfügung stehen, **mit denen er seine freiberuflichen Verluste verrechnet** (BFHE 208, 557 = BStBl II 2005, 392; BFHE 205, 243 = BStBl II 2004, 455).

Dieses Indiz ist insbes. dann von Relevanz, wenn es sich um eine nebenberufliche selbständige Tätigkeit handelt (zur Unterscheidung BFHE 186, 206 = BStBl II 1998, 663 a.E.) und wenn durch die nebenberufliche Tätigkeit Steuern gespart werden (Schmidt, Kommentar zum EStG, 30. Auflage, § 15 Rn 32). Bei einer nebenberuflichen Tätigkeit ist die Rspr. weniger bereit, lange Verlustperioden steuerlich anzuerkennen (BFHE 186, 206 = BStBl II 1998, 663 a.E.).

- Zum anderen spricht als Indiz gegen eine Gewinnerzielungsabsicht, wenn es der Steuerpflichtige **trotz ständiger und nachhaltiger Verluste unterlässt, Maßnahmen zur Herstellung und Steigerung der Rentabilität des Betriebs zu ergreifen** (vgl. BFHE 208, 557 = BStBl II 2005, 392).

- c) Unter Berücksichtigung dieser Grundsätze hat die Kl. im Streitfall ihre Anwaltskanzlei aus **persönliche Beweggründen** geführt, so dass der bei einer Anwaltskanzlei zunächst für eine Gewinnerzielungsabsicht sprechende Anscheinsbeweis im Streitfall entfällt.

„Als Indiz gegen eine Gewinnerzielungsabsicht spricht, dass die Kl. aus den von ihr erklärten Verlusten steuerliche Vorteile ziehen würde, da ihre **Verluste mit den positiven Einkünften** des Klägers im Wege der Zusammenveranlagung zu **verrechnen** wären. Dies ist nach der zitierten Rspr. besonders vor dem Hintergrund relevant, dass die Kl. ihre anwaltliche Tätigkeit nur im Nebenberuf ausübte.

Gegen eine Gewinnerzielungsabsicht spricht weiterhin, dass es die Kl. trotz ständiger und nachhaltiger Verluste **unterließ, Maßnahmen zur Herstellung und Steigerung der Rentabilität ihrer Kanzlei zu ergreifen**. Bereits im ersten Jahr ihrer Betriebsführung (1999) erlitt sie einen Verlust. Diese Verlustsituation blieb über die folgenden zehn Jahre - sämtliche Streitjahre - ununterbrochen. Erst für das Jahr 2010 erklärte sie erstmals einen geringfügigen Gewinn. Hierbei ist beachtlich, dass sowohl die **Einnahmen als auch die Betriebsausgaben über sämtliche Jahre in einem ähnlichen Niveau** verblieben. Die Kl. ergriff also weder Maßnahmen, um ihre Einnahmen zu erhöhen - was sie etwa durch das Einfordern von Kostenvorschüssen hätte erreichen können - noch reduzierte sie ihre Betriebsausgaben. Die fehlende Reaktion auf eine Verlustsituation lässt aber den Schluss zu, dass **persönliche Beweggründe für die Kanzleiführung im Vordergrund** standen.

Der Senat ist weiterhin davon überzeugt, dass im Streitfall die Anwaltskanzlei nach ihrer Wesensart und der Art ihrer Bewirtschaftung nicht auf die Dauer gesehen dazu geeignet und bestimmt war, mit Gewinn zu arbeiten. Dies zeigt sich bereits an dem Verlust von 23.963,- EUR, der über einen Zeitraum von zehn Jahren (alle Streitjahre) kumuliert entstanden ist. Es sind **keine Anhaltspunkte zu erkennen, dass dieser Verlust durch Gewinne in Folge-**

jahren kompensiert werden könnte und sich hierdurch insgesamt ein Totalgewinn ergeben könnte. Vielmehr zeigt auch der nur sehr geringe Gewinn des Jahres 2010 von 179,15 EUR, dass der Betrieb der Kl. weiterhin strukturell nicht geeignet ist, nennenswerte Gewinne zu erzielen. Die Kl. haben auch sonst keine Umstände dargelegt, aufgrund derer der Senat annehmen könnte, bei der Anwaltskanzlei der Klägerin könnten durch die Art der Bewirtschaftung dauerhaft Gewinne entstehen. Sie haben insbes. etwa zu der Struktur der Mandate und der Gebührenliquidation nicht substantiiert vorgetragen. Es fehlen Darlegungen, warum die Kl. trotz einer wöchentlich durchschnittlich 10-stündigen Arbeit nur 11.382,- EUR über 10 Jahre, mithin durchschnittlich 1.138,20 EUR pro Jahr einnehmen konnte. Bei angenommenen 46 Wochen Arbeit pro Jahr (mit 6 Wochen Urlaub) entspricht dies Einnahmen pro Stunde von nur 2,47 EUR. Warum die Kanzlei der Kl. für sie einen derart niedrigen "Stundenlohn" - bei gleichzeitig nominell höheren Kosten - erbrachte, haben die Kl. nicht erläutert." (FG Münster aaO)

- d) Hierin kann auch kein Verstoß gegen den **Gleichheitsgrundsatz gem. Art. 3 GG** oder das **Gebot des Schutzes der Familie gem. Art. 6 GG** gesehen werden.

*„Denn steuerrechtlich wird sowohl für eine Haupt- als auch für eine Nebentätigkeit eine Gewinnerzielungsabsicht gefordert, so dass weder eine **Ungleichbehandlung von wesentlich Gleichem noch eine Gleichbehandlung von wesentlich Ungleichem vorliegt**. Die Annahme der Kl., ein in Vollzeit tätiger Rechtsanwalt, der ohne Familie und Familienarbeit Verluste in größerem Umfang erleide, werde anders behandelt als die Kl., trifft nicht zu. Auch ein in Vollzeit tätiger Rechtsanwalt muss steuerrechtlich eine Gewinnerzielungsabsicht nachweisen. Ebenso wenig wird der Schutz der Familie gem. Art. 6 GG durch die Notwendigkeit der Gewinnerzielungsabsicht beeinflusst.*

Dasselbe gilt für die Förderung der Teilzeitbeschäftigung in anderen Bundesgesetzen: Die von den Kl. genannten anderen Bundesgesetze (z.B. BAföG) enthalten keine Aussage dazu, ob eine Berufstätigkeit ohne Gewinnerzielungsabsicht betrieben werden kann, um steuerlich anerkannt zu werden. Sie sind daher ohne Einfluss auf das Steuerrecht und führen auch nicht zu einem Widerspruch innerhalb der Rechtsordnung.“ (FG Münster aaO)

- e) Schließlich lässt der Hinweis, nach der Rspr. des BGH (NJW-RR 2009, 1359) unterliege die **anwaltschaftliche Berufsausübung der freien und unreglementierten Selbstbestimmung des einzelnen Rechtsanwalts** und sei daher **vor staatlicher Kontrolle und Bevormundung zu schützen**, keinen Schluss auf die Notwendigkeit einer Gewinnerzielungsabsicht zu.

„Denn der BGH äußert sich in der zitierten Entscheidung nur zu Grundsätzen der Berufsausübung des Rechtsanwalts. Zu einer Gewinnerzielungsabsicht, die nach der st. Rspr. des BFH Voraussetzung für steuerrelevante Einkünfte ist, enthält das Urteil des BGH keine Aussage. Dementsprechend gilt das Erfordernis der Gewinnerzielungsabsicht steuerlich für alle Steuerpflichtigen unabhängig von der rechtlichen Ausgestaltung ihres Berufs.“ (FG Münster aaO)

Weitere Schrifttumsnachweise

I. Zivilrecht

1. **Kandel:** Schwierigkeiten des funktionalen Mängelbegriffs in der gerichtlichen Praxis (NJW 2013, 3069)

Besprechung der Entsch. OLG München NJW 2013, 3105

2. **Stieper:** Anfechtbarkeit von Gewinnzusagen (NJW 2013, 2849)

Auch wenn mit der h. M. die **Gewinnzusage als geschäftsähnliche Handlung** eingeordnet wird, folgt daraus keineswegs zwingend deren Anfechtbarkeit gem. §§ 119 ff. BGB, denn die **Regelungen über Willenserklärungen sind auf geschäftsähnliche Handlungen nur „entsprechend“ anwendbar**. - Insbesondere im Hinblick auf die Folgen von Willensmängeln ist daher zu berücksichtigen, dass die an eine Gewinnzusage geknüpften Rechtsfolgen nicht qua Willensakt, sondern kraft Gesetzes eintreten. - Eine **Anfechtung** kommt **analog § 119 I Alt. 2 BGB** vor allem dann in Betracht, wenn automatisierte Gewinnmitteilungen auf Grund eines Software- oder Hardwarefehlers an einen falschen Adressaten versandt wurden oder überhaupt (noch) nicht versandt werden sollten; die Beweislast dafür liegt beim Versender, der einen Irrtum i. d. R. nur schwer nachweisen können. - Zu beachten ist außerdem, dass der Empfänger selbst im Fall einer gem. § 121 BGB **unverzöglichen Anfechtung** berechtigt ist, nach § 122 I BGB **Ersatz seines Vertrauensschadens** zu verlangen.

3. **Retzlaff:** Kein Anerkenntnis durch Aufrechnung (NJW 2013, 2854)

Der **anspruchsbegründende Anerkenntnisvertrag** und das **verjährungsrelevante Anerkenntnis**, für das eine einseitige geschäftsähnliche Handlung ausreicht, **sind zu unterscheiden**: Rechnet ein Schuldner gegenüber einer Forderung mit einem umstrittenen eigenen Anspruch auf, so wird die Hauptforderung hierbei allenfalls in der Form anerkannt, dass gem. § 212 BGB ihre **Verjährung neu beginnt**. - Ein rechtsverbindlicher Anerkenntnisvertrag, auf den der Gläubiger seine Klage stützen könnte, ohne zu seinem ursprünglichen Anspruch vortragen zu müssen, wird hierdurch solange nicht begründet, wie er der Abrechnung nicht insgesamt zugestimmt (und damit auch den Anspruch des Schuldners anerkannt) hat; daran fehlt es, wenn der zur Aufrechnung gestellte Gegenanspruch des Bekl. seit jeher streitig ist; aus dem gleichen Grund kann eine Klage auch nicht im Urkundenprozess auf das nicht akzeptierte Abrechnungsschreiben gestützt werden.

4. **Stackmann:** Der Angriff auf defizitäre Feststellungen im zivilprozessualen Ersturteil (NJW 2013, 2929)

Enthält das Ersturteil die vorgeschriebene Bezugnahme auf das Parteivorbringen in der ersten Instanz, kann mit der Berufung auf dieses zurückgegriffen werden, soweit es keine Feststellung dazu gibt, dass an diesem nicht festgehalten worden ist. - Es ist nicht abschließend höchstrichterlich geklärt, wie in dem Fall zu verfahren ist, dass sich abweichende Feststellungen im Urteil befinden, aber **im Verhandlungsprotokoll keine abweichenden Erklärungen der Parteien festgehalten** sind; in Zweifelfällen muss deshalb erwogen werden, ob nicht eine Protokoll- und Tatbestandsberichtigung beantragt werden muss, um zu dokumentieren, dass die Partei ggf. auch auf weiteres Vorbringen des Gegners im Termin an ihrem schriftsätzlich vorgebrachten Bestreiten festgehalten hat. - Bleiben solche Anträge ohne Erfolg, muss darauf abgehoben werden, dass das Erstgericht zentrales und entscheidungserhebliches Vorbringen (kommentarlos) übergangen hat. - Geht es darum, **neues Vorbringen einzuführen**, ist zunächst zu prüfen, ob § 531 ZPO überhaupt anwendbar ist; ist dies der Fall, ist darzulegen, dass die eigene Partei im Hinblick auf die **Anbringung erst in der zweiten Instanz kein Verschulden** trifft. - **Positive unrichtige Feststellungen** im Urteil müssen **im Wege des fristgebundenen Tatbestandsberichtigungsantrags angegriffen** werden. - **Fehler im Beweisverfahren bzw. der Beweiswürdigung** müssen **über §§ 286, 287 ZPO angegriffen** werden: insoweit muss ggf. bereits in der ersten Instanz darauf geachtet werden, dass **kein Rügeverzicht** eintritt.

5. **Schweer/Todorow:** Prozessuale Durchsetzung von Freistellungsansprüchen (NJW 2013, 3004)

Problemstellung: Freistellungsansprüche provozieren häufig mehrfache Prozesse, denn erst wird um den Anspruch gestritten, von dem später ein Dritter den Bekl. freizustellen hat, danach wird der Regress- oder Freistellungsprozess geführt; besonders misslich ist die Situation, wenn beide Rechtsverhältnisse streitig sind, in tatsächlicher Hinsicht aber die Streitgegenstände eng verknüpft sind. - Für „die Person in der Mitte“, den Freistellungsgläubiger, ergibt sich durch den Zeitversatz der Prozesse ein **doppeltes Insolvenzrisiko**; dabei sollen Freistellungsansprüche eigentlich die Verantwortung dort verorten, wo am Ende die Haftung getragen werden muss; das Interesse des Freistellungsgläubigers wird es daher sein, den Zeitversatz zu vermeiden. - Das geeignete Instrument zur **Zusammenführung der verschiedenen Rechtsverhältnisse** ist die **isolierte Drittwiderklage**, mit der Freistellungsansprüche im Rahmen des Hauptprozesses, der den Anstoß gibt, geltend gemacht werden; ihre Zulässigkeit ist bislang nicht abschließend geklärt; vor allem das OLG München und das OLG Köln halten sie in neueren Entscheidungen für unzulässig; die Klage sollte für Freistellungsansprüche zugelassen werden, denn sie erfüllt geradezu musterhaft das Ziel der Widerklage und führt auf diese Weise bei richtiger Gesamtbetrachtung zu insgesamt deutlich erhöhter Prozessökonomie.

6. **Willems:** Beweis und Beweislastverteilung bei Zugang einer E-Mail - Fallkonstellationen unter besonderer Betrachtung elektronischer Bewerbungen (MMR 2013, 551)

Den **Beweis für den Zugang einer Email hat der Erklärende zu führen**; dies kann er unter Zuhilfenahme des **Anscheinsbeweises** auf Grund einer **zurückgesandten Empfangs- und Lesebestätigung** tun, sofern der Adressat eine solche abgibt; im beiderseitigen De-Mail-Verkehr hat er ferner die Option der Vorlage einer **Empfangsbestätigung nach § 5 VIII De-MailG** als Augenscheinsobjekt; zudem könnte er sich eines „**E-Mail-Einschreibens**“ bedienen; ggf. – je nach technischer und tatsächlicher Verfügbarkeit – besteht zudem die Möglichkeit der Vorlage von oder des Zeugenbeweises über Protokolldaten der E-Mail-Provider. - Die **Beibehaltung der Beweislastverteilung** trotz dieser eingeschränkten Beweisoptionen **erweist sich auch generell nicht als unbillig**: Genauso wie sich derjenige, der eine Erklärung mit einfachem Brief in Richtung des Empfängers abgegeben hat, vorhalten lassen muss, er hätte ja, wenn er den Zugang gerichtsfest dokumentiert haben wollte, sich der Möglichkeit des postalischen Einschreibens bedienen können, muss sich dies auch der Absender einer E-Mail entgegenhalten lassen. - Ein anderes mag freilich dann gelten, wenn der Adressat der Nachricht zuvor ausschließlich den Kommunikationskanal per einfacher E-Mail eröffnet und damit den Erklärenden der Möglichkeit benommen hat, die Nachricht beweissicher per postalischem Einschreiben oder per De-Mail zuzustellen; in diesem Falle wird angeregt, die **sekundäre Darlegungslast dem Adressaten aufzuerlegen**, wenn der Erklärende darlegen kann, dass er die E-Mail in Richtung des Adressaten in Verkehr gebracht und sich ihm kein Anhalt geboten hat, dass die Nachricht diesem nicht zugegangen sei; eine derartige Lösung würde für den Sonderfall des auf die E-Mail eingeschränkten Kommunikationswegs eine **interessengerechtere Lösung** im Spannungsfeld der Risikosphären von Absender und Adressat schaffen, als dies nach den allgemeinen und bewährten Beweisregeln für den Zugang einer Erklärung, die grds. auch für die Kommunikation per E-Mail gelten müssen, der Fall wäre.

7. **Kiparski/Thoenes:** Der Wechsel des Anschlussanbieters - Rechtliche Gesichtspunkte zur umfassenden Neuregelung des § 46 TKG (MMR 2013,565)

Mit der **Novelle des TKG im Jahr 2012** hat der Gesetzgeber den **Anbieterwechsel insgesamt gesetzlich geregelt** und sich nicht – wie in der Fassung des TKG 2004 – auf die Regelungen zur Rufnummernportierung beschränkt; der Gesetzgeber hat bei der Neufassung des § 46 TKG nicht nur die Interessen des Endkunden verfolgt, sondern zum Ausdruck gebracht, dass die Regelung auch dem **Schutz des Wettbewerbs** und damit den Mitbewerbern im TK-Markt dient. - Nach § 46 TKG ist der Anbieterwechsel vertraglich umgesetzt, sobald die i. d. R. von dem aufnehmenden Anbieter im Namen des Kunden ausgesprochene Kündigung des Altanschlussvertrags und ggf. der Antrag auf Rufnummernportierung dem abgebenden Anbieter zugegangen sind; zu diesem Zeitpunkt ist der abgebende Anbieter verpflichtet, den Anbieterwechsel und die Rufnummernportierung vorzunehmen; der aufnehmende Anbieter hat dementsprechend einen Anspruch auf Umsetzung des Anbieterwechsels und auf Portierung der Rufnummer. - Im technischen Teil hat der Gesetzgeber einen **Anspruch des Endkunden auf einen weitgehend unterbrechungsfreien Anbieterwechsel** begründet: Der abgebende und der aufnehmende Anbieter haben sich auf ein Datum zu einigen, zu dem der Kundenanschluss umgeschaltet wird; die Anschlussleistung darf dabei für den Endkunden **höchstens für einen Tag unterbrochen** werden; sofern der Anbieterwechsel scheitert, besteht eine Weiterversorgungspflicht des abgebenden Anbieters. - § 46 II TKG sieht eine Sanktionierung des aufnehmenden sowie des abgebenden Anbieters vor, sofern der Anbieterwechsel nicht zum Ende der Vertragslaufzeit des Endkunden beim abgebenden Anbieter stattfindet; eine **pauschale Schadensersatzregelung** soll sowohl dabei den Interessen des Endkunden dienen als auch den Arbeitsaufwand für die Anbieter reduzieren. - Auf der Grundlage der Ermächtigung in § 46 IX TKG hat die BNetzA flankierend Regelungen für einen **Eskalationsmechanismus** getroffen: Anbieter müssen eine interne Kontaktstelle benennen, über die Kontaktstelle von der BNetzA vorgebrachte Kundenbeschwerden unverzüglich bearbeiten und eingeleitete Maßnahmen sowie den voraussichtlichen Zeitpunkt des Anbieterwechsels mitteilen; der Beschwerde ist spätestens innerhalb von drei Arbeitstagen abzuhelpfen.

I. Strafrecht

1. **Schmidt:** Die zweckwidrige Verwendung von Fremdgeldern durch einen Rechtsanwalt (NSTZ 2013, 498)

Werden durch einen Rechtsanwalt Fremdgelder bestimmungswidrig verwendet oder pflichtwidrig vorenthalten, bedarf auf der Ebene des objektiven Tatbestandes des § 266 I StGB insbes. die **Feststellung eines Vermögensnachteils** sorgfältiger Prüfung; besteht der Vermögensnachteil lediglich in einer schadensgleichen konkreten Vermögensgefährdung, ist nach der Rspr. des BVerfG stets eine **Bezifferung des Schadens erforderlich**. - In diesen Fällen muss sich nach der Rspr. des 2. und 5. Strafsenats des BGH der Untreuevorsatz zudem auf die Billigung eines Endschadens beziehen.

2. **Brauch:** Die außergerichtliche Einziehung von Vermögenswerten im Strafverfahren

Die **außergerichtliche Einziehung von Vermögenswerten** zur Vermeidung einer gerichtlichen Einziehungs- oder Verfallsentscheidung oder eines aufwändigen Rückgewinnungshilfverfahrens ist **gängige Praxis in allen Verfahrensstadien der Strafverfolgung** und kann für die Strafverfolgungsorgane, die Geschädigten, nicht zuletzt aber auch für den Angekl. selbst mit erheblichen Vorteilen verbunden sein. - Bei der außergerichtlichen Einziehung von Vermögenswerten handelt es sich – auch wenn die Begrifflichkeit einen einseitigen Hoheitsakt impliziert – stets um die **Übertragung des betreffenden Vermögenswerts durch privatrechtliches Rechtsgeschäft** (Übereignung beziehungsweise Abtretung) zwischen Angekl. und Justizfiskus, der durch den jeweils zuständigen Dezenten der Staatsanwaltschaft vertreten wird. Für die betreffenden Rechtsgeschäfte gelten un-

eingeschränkt die einschlägigen privatrechtlichen Bestimmungen. - Da sich die Verfolgungsorgane durch die Wahl des Privatrechts als Handlungsform ihrer verfassungsrechtlichen Bindungen nicht entledigen können, gelten zudem die Grundrechte und verfassungsrechtlich begründeten **allgemeinen Verfahrensgrundsätze** – ihnen kommt als Verbotsgesetze i.S.v. § 134 BGB unmittelbare Wirkung zu mit der Folge, dass im Falle eines Verstoßes gegen verfassungsrechtliche Vorgaben das betreffende privatrechtliche Rechtsgeschäft ipso iure nichtig ist; dabei verstoßen entgegen kritischer Stimmen in der Lit. Vereinbarungen über die außergerichtliche Einziehung nicht generell gegen Verfassungsrecht; vielmehr sind sie auch **nach verfassungsrechtlichen Maßstäben im Grundsatz nicht zu beanstanden**, wobei abhängig vom Einzelfall besondere Anforderungen gelten können – insbesondere kann die aus dem **fair trial-Grundsatz** folgende Fürsorgepflicht **besondere Hinweis- und Belehrungspflichten** auslösen. - Bestehen Anhaltspunkte dafür, dass eine Vereinbarung über die außergerichtliche Einziehung von Vermögenswerten privatrechtlich unwirksam sein könnte, haben die Strafgerichte dies nach Maßgabe der Amtsaufklärungspflicht von Amts wegen zu prüfen. Unabhängig davon ist dem Angeklagten bei Streitigkeiten im Zusammenhang mit der Vereinbarung der Zivilrechtsweg eröffnet.

III. Öffentliches Recht

1. **Kiefer**: Können rechtswidrige Verwaltungsakte widerrufen werden? (NVwZ 2013, 1257)

Die Fallkonstellationen, die den Widerruf rechtswidriger Verwaltungsakte betreffen, sind vielfältig; Ausgangspunkt ist jedoch stets die Frage, wie der Ausgangsbescheid formuliert ist und auf welchen rechtlichen und tatsächlichen Erwägungen er basiert. - Häufig lassen sich Probleme durch **Umdeutung** lösen, ohne dass es auf die Frage der Anwendbarkeit des § 49 VwVfG überhaupt ankommt. - Die **Grenzziehung zwischen Umdeutung und dem Nachschieben von Gründen** erweist sich allerdings als **schwierig**; ohnehin scheinen sich beide Rechtsinstitute in ihren Voraussetzungen immer mehr anzugleichen, so dass trotz aller dogmatischen Unterschiede sich spätestens seit der 1996 erfolgten Änderung des § 114 VwGO die Frage der Sinnhaftigkeit der Unterscheidung stellt. – I. Ü. gilt es **zwischen den einzelnen Rück- und Widerrufstatbeständen zu unterscheiden** und die jeweiligen **Ermessensgrenzen** und die **konkret getätigten Ermessenserwägungen besonders zu beachten**.

2. **Dietz**: Nachtschwärmer gegen Nachtschläfer – Sperrzeitverlängerungen im Spiegel der jüngeren Rspr. (GewA 2013, 351)

Insgesamt stellt das **Gaststättenrecht** den Behörden und Kommunen mit der **Befugnis zu nachträglichen Sperrzeitverlängerungen** ein **Instrumentarium zur Entschärfung nächtlicher Ruhestörungen** zur Verfügung, sowohl per **Einzelfallentscheidung** als auch per **genereller Verordnung**, je nachdem, ob die Konfliktslage nur für einen bestimmten Betrieb oder für ein bestimmtes Gebiet gegeben sind. - Mit Blick auf den im Spannungsfeld von Art. 2 I, II GG und Art. 12 I GG relevanten Konflikt zwischen Nachtleben und Nachtruhe erfordert die Anwendung des Instrumentariums einen erheblichen Ermittlungs-, Begründungs- und Vollzugsaufwand. - Die Sperrzeitverlängerung ist jedoch **kein Allheilmittel, um nächtliches Fehlverhalten Einzelner zu unterbinden**, das auf **außerrechtliche Ursachen** zurückgeht wie einen in seinen Ursachen und Auswirkungen viel zu wenig hinterfragten Alkoholmissbrauch speziell von Jugendlichen und jungen Männern sowie einen Verlust sozialer Mindestgepflogenheiten im gewandelten Ausgehverhalten; die Gaststätten sind daher allenfalls eine unter mehreren Ursachen nächtlicher Ruhestörungen; je nach örtlicher Situation aber immerhin ein Kulminationspunkt; längere Sperrzeiten können lediglich den Zeitrahmen reduzieren, in dem Anwohner und Nachbarn mit nächtlichen Ruhestörungen zu rechnen haben.

3. **Fischer**: Die höchstrichterliche Rspr. zur Haftung des steuerlichen Beraters in den Jahren 2011 – 2013 (DB 2013, 2010)

IV. Richter / Staatsanwälte / Rechtsanwälte / Notare

1. **Henssler**: Interessenkonflikte – der Dauerbrenner des Berufsrechts (AnwBl 2013, 668)

2. **Giers**: Die Reform der Prozesskosten-, Verfahrenskosten- und Beratungshilfe (FamRZ 2013, 1341)

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

Protokolle anfordern!

Prüfungsstoff im Mündlichen
1/3
Zeitschriftenwissen der letzten Monate

ZA lesen!

1/3
unbekannter Stoff

Phantasie zeigen! ▀

