



PRAKTIKER-REPORT (PR)

Monatsschrift für den praktisch tätigen Juristen

39. Jahrg.

März 2014

Heft 03

Aus dem Inhalt:

- BGH:** Unverhältnismäßigkeit der Nacherfüllungskosten
- LG Bonn:** Verunglimpfung des Andenkens Verstorbener durch Leserbrief
- OVG Münster:** Öffentlich-rechtliche Geschäftsführung ohne Auftrag
- BGH:** Prozessbeendende Wirkung eines Vergleichs
- BVerfG:** Willkürliche Auslegung des Klageabweisungsantrags
- OLG Köln:** Unzulässigkeit einer Vernehmungsmethode
- OVG Koblenz:** Entschädigung wegen unangemessener Verfahrensdauer



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 Amtshilferichtlinie-Umsetzungsgesetz.....	1
---	---

Brandaktuell

BGH: Verlust eines Schlüssels durch Mieter (Haftung auf Austausch der Schließanlage nur bei Austausch).....	3
--	---

Entscheidungen materielles Recht

Zivilrecht

BGH: Unverhältnismäßigkeit der Nacherfüllungskosten (Erhebung der Einrede im Prozess).....	4
BGH: Schlüsselrückgabe beim Hauswart (Beginn der Verjährungsfrist für Schadensersatz des Vermieters).....	7

Strafrecht

LG Bonn: Verunglimpfung des Andenkens Verstorbener (Beleidigung durch Leserbrief in Verbandszeitung).....	10
BGH: Computerbetrug (Beantragung eines Mahn-/Vollstreckungsbescheids).....	13

öffentl. Recht

OVG Münster: öffentlich-rechtliche Geschäftsführung ohne Auftrag (zwischen Trägern öffentlicher Verwaltung).....	15
---	----

Kurzauslese I

BGH: Verjährung (Hemmungswirkung bei schwebenden Verhandlungen).....	21
BAG: Verjährungshemmung (Reichweite der Rechtskraft).....	21
OLG Oldenburg: Verzinslichkeit eines Darlehens (Beweislast des Darlehensgebers).....	22
BGH: Gefährliche Körperverletzung (sukzessive Mittäterschaft).....	22
BGH: Schlägerei (aufeinander folgende Tötlichkeiten).....	22
OLG Hamburg: Gemeinschädliche Sachbeschädigung (Beeinträchtigung der öffentlichen Funktion durch Graffiti).....	23
VGH München: Rücktritt von einer Prüfung (Anforderungen).....	23
VG Mannheim: Beihilfeanspruch (Vertrauensschutz).....	24
OVG Münster: Geltungsdauer einer Baugenehmigung (Hemmung durch Verhinderung des Baubeginns).....	24

Entscheidungen Verfahrensrecht

Zivilrecht

BGH: Prozessbeendende Wirkung eines Vergleichs (keine Prüfung von Amts wegen).....	25
BVerfG: Formulierung des Klageabweisungsantrags (Willkürliche Auslegung als Anerkenntnis).....	28

Strafrecht

OLG Köln: Unzulässigkeit einer Vernehmungsmethode
(Versprechen eines gesetzl. nicht vorgesehenen Vorteils)..... 30

öffentl. Recht

BVerwG: Entschädigung wegen unangemessener Verfahrensdauer
(Anspruchsvoraussetzungen)..... 32

OVG Koblenz: Prüfung der Prozesskostenhilfevoraussetzungen
(maßgeblicher Zeitpunkt für Beurteilung der Erfolgsaussichten)..... 38

Kurzauslese II

BGH: Berücksichtigung neuen Vorbringens
(nachgereichter Schriftsatz)..... 40

BGH: Selbständiges Beweisverfahren
(keine Ermittlung entgangenen Gewinns)..... 40

KG: Räumungsverfügung gegen Dritte
(Anwendbarkeit des § 840a II ZPO)..... 41

BGH: Verjährungsunterbrechung
(nach Einstellung des Ermittlungsverfahrens)..... 42

BGH: Verfahrensbeendende Absprache
(kein Anspruch auf Teilnahme an Vorgesprächen mit anderen Angeklagten)..... 42

OLG München: Hauptverhandlung in Abwesenheit des Angeklagten
(Zeugenvernehmung)..... 42

OVG Lüneburg: Prozessvollmacht
(erstmalige Vorlage im Beschwerdeverfahren)..... 43

OVG Münster: Prozessführungsbefugnis
(von Amts wegen zu prüfende Prozessvoraussetzung)..... 43

VGH Mannheim: Beginn und Lauf einer Rechtsmittelfrist
(Berichtigung einer Entscheidung)..... 44

BGH: Dienstgerichtliches Verfahren
(keine Entscheidung durch Gerichtsbescheid)..... 44

Speziell für Rechtsanwälte und Notare

Gebühren und Kosten

LG Essen: Wettbewerbsverstoß
(Zulässigkeit der Werbung mit kostenloser Erstberatung)..... 45

OLG Stuttgart: Terminsgebühr
(Erhöhung der Mittelgebühr wegen langer Dauer der Hauptverhandlung)..... 46

BGH: Umfang und Schwierigkeit der anwaltlichen Tätigkeit
(Gebrauchsmuster- oder Geschmacksmusterverletzung)..... 46

OLG Celle: Geschäftsgebühr
(Anrechnung auf Verfahrensgebühr bei VKH-/PKH-Bewilligung)..... 46

OLG Celle: Verfahrenskostenhilfebewilligung
(Scheidung vor Ablauf des Trennungsjahres)..... 47

BAG: Anspruch auf Bewilligung von Prozesskostenhilfe
(Austritt aus der Gewerkschaft)..... 47

BGH: Aufwendungsersatzanspruch des Verfahrensbeistands
(Abgeltung von Fahrtkosten durch Fallpauschalen)..... 48

AG Bln-Charlottenburg: Anwaltliche Sorgfaltspflicht (Prüfungspflicht des Rechtsanwalts
trotz Deckungszusage des Rechtsschutzversicherers)..... 48

Inhaltsverzeichnis

Aus der Praxis

BVerfG:	Zulässigkeit gemeinschaftlicher Berufsausübung (Rechtsanwalts- und Patentanwaltsgesellschaft).....	49
BGH:	Anwaltliche Sorgfaltspflicht (Überprüfung eines fristwahrenden Schriftsatzes).....	49
BGH:	Betreuungsanordnung (Erforderlichkeit).....	49
BGH:	Aufhebung der Betreuung (Beschwerdebefugnis des Betreuers).....	49
BGH:	Betreuungsverfahren (Verfahrensfähigkeit des Betroffenen).....	50
OLG Saarbrücken:	Befangenheitsantrag (Sachverständiger).....	51
BVerwG:	Behördliches Vorverfahren (kein Teil des gerichtlichen Verfahrens).....	51
Steuern		
BSG:	Vertretungsbefugnis des Steuerberaters (Verwaltungsverfahren).....	53
FG Münster:	Außergewöhnliche Belastungen (Kosten für Verwaltungsgerichtsprozess).....	54
Weitere Schrifttumsnachweise		55

Aus der Gesetzgebung

Das Amtshilferichtlinie-Umsetzungsgesetz

Gesetz zur Umsetzung der Amtshilferichtlinie sowie zur Änderung steuerlicher Vorschriften (Amtshilferichtlinie-Umsetzungsgesetz - AmtshilfeRLUmsG) v. 26.06.2013; In-Kraft-Treten am 30.06.2013 (BGBl. I 2013, 1809)

I. Allgemeines

Das sog. Amtshilferichtlinie-Umsetzungsgesetz enthält im Wesentlichen eine Anpassung deutscher Steuervorschriften an das Recht der Europäischen Union und an die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs. Außerdem wurden hier auch Teile des eigentlich gescheiterten Jahressteuergesetzes 2013 aufgenommen. Im Wesentlichen trat das Gesetz zum 30.06.2013 in Kraft.

II. Die wichtigsten Neuregelungen im Überblick

- **Erbschaftsteuer: Einschränkungen** gibt es nunmehr u. a. **bei den Cash-GmbHs**, die es Erben bislang ermöglichten, große private Geldvermögen als Betriebsvermögen zu deklarieren und damit die Erbschaftsteuer drastisch zu reduzieren; nach der Neuregelung darf eine solche GmbH nur noch 20 % des Vermögens enthalten.
- **Grunderwerbsteuer:** Die Möglichkeit für Immobilienunternehmen, durch Anteilstausch über sog. RETT-Blocker die Grunderwerbsteuer zu vermeiden, wurde stark eingegrenzt.
- **Einkommensteuer: Abgeschafft wurde die Zulässigkeit eines Steuersparmodells, mit dem bei Rohstoffkäufen im Rahmen von sog. Goldfinger-Geschäften der Progressionsvorbehalt** genutzt wurde, indem **im Ausland Edelmetallhandelsfirmen gegründet** wurden, die **beim Einkauf von Gold Verluste** erzielten; **durch den negativen Progressionsvorbehalt über den Abzug des Kaufpreises als Betriebsausgabe wurden die Steuern in Deutschland gesenkt.**
- **Lohnsteuer-Nachscha:** Mit der Einführung einer sog. „Lohnsteuer-Nachscha“ - **die nicht vorher angekündigt werden muss - soll das Finanzamt in die Lage versetzt werden, sich** insbes. einen **Eindruck über die räumlichen Verhältnisse, das tatsächlich eingesetzte Personal und den üblichen Geschäftsbetrieb zu verschaffen.** Die von der Lohnsteuer-Nachscha betroffenen Personen haben auf Verlangen Lohn- und Gehaltsunterlagen, Aufzeichnungen, Bücher, Geschäftspapiere und andere Urkunden über die der Lohnsteuer-Nachscha unterliegenden Sachverhalte vorzulegen und Auskünfte zu erteilen, soweit dies zur Feststellung einer steuerlichen Erheblichkeit zweckdienlich ist. Geben die getroffenen Feststellungen hierzu Anlass, kann von der allgemeinen Nachscha zu einer Außenprüfung übergegangen werden.
- **Wehrsold:** Der reine **Wehrsold** für den freiwilligen Wehrdienst und das **Dienstgeld für Reservisten**, das **Taschengeld** für den Bundesfreiwilligendienst, den Jugendfreiwilligendienst und für die anderen zivilen Freiwilligendienste bleibt grds. steuerfrei; steuerpflichtig werden bei Dienstverhältnissen ab dem 01.01.2014 u. a. der Wehrdienstzuschlag, besondere Zuwendungen sowie unentgeltliche Unterkunft und Verpflegung.
- **Pflegepauschbetrag:** Steuerpflichtige können bei Pflege einer hilflosen Person anstelle einer Steuerermäßigung einen sog. **Pflege-Pauschbetrag in Höhe von 924 € im Jahr** geltend machen, wenn sie dafür keine Einnahmen erhalten und sie die Pflege im Inland entweder in ihrer Wohnung oder in der Wohnung des Pflegebedürftigen persönlich durchführen. Mit dieser Neuregelung wird der Anwendungsbereich des Pflege-Pauschbetrages

auf die häusliche persönlich durchgeführte Pflege im gesamten EU-/EWR-Ausland ausgeweitet und die Norm europarechtstauglich gestaltet.

- **Ort der Leistung:** Bislang wurden Leistungen, die für den nicht unternehmerischen Bereich einer juristischen Person erbracht wurden, die sowohl unternehmerisch als auch nicht unternehmerisch tätig ist, an dem Ort besteuert, an dem der leistende Unternehmer seinen Sitz oder eine Betriebsstätte hat, von der aus der Umsatz tatsächlich erbracht wurde. Zukünftig richtet sich bei Leistungen an juristische Personen, die sowohl unternehmerisch als auch nicht unternehmerisch tätig sind, der Leistungsort insgesamt nach ihrem Sitz, soweit keine andere Ortsregelung vorgeht. Dies gilt sowohl beim Bezug für den unternehmerischen als auch für den nicht unternehmerischen Bereich. Eine Ausnahmeregelung gilt dann, wenn der Bezug ausschließlich für den privaten Bedarf des Personals oder eines Gesellschafters erfolgt.
- **Prozesskosten:** Der **BFH** (NJW 2011, 3055 = PR 08/2011, S. 58) hatte unter Änderung seiner bisherigen Rspr. entschieden, dass Kosten für die Führung eines Zivilprozesses einem Steuerpflichtigen unabhängig vom Gegenstand des Rechtsstreits zwangsläufig entstehen und somit als außergewöhnliche Belastung steuerlich abziehbar sein können. Auch das Schleswig-Holsteinische Finanzgericht (Urteil vom 07.04.2013) und das FG Düsseldorf (NJW-Spezial 2013, 390) haben sich dieser Rspr. angeschlossen und entschieden, dass die mit einer Ehescheidung zusammenhängenden Gerichts- und Anwaltskosten in vollem Umfang steuerlich einkommensmindernd anzuerkennen sind. Die nunmehr erfolgte **Neuregelung** des Einkommensteuergesetzes durch das Amtshilferichtlinie-Umsetzungsgesetz **schließt Aufwendungen für Zivilprozesskosten vom Abzug als außergewöhnliche Belastung** ab In-Kraft-Treten des Gesetzes (30.06.2013) **grds. aus**, es sei denn, es handelt sich um Aufwendungen, ohne die der Steuerpflichtige Gefahr liefe, seine Existenzgrundlage zu verlieren und seine lebensnotwendigen Bedürfnisse in dem üblichen Rahmen nicht mehr befriedigen zu können.

Brandaktuell

BGB
§ 249 II

Verlust eines Schlüssels durch Mieter **Haftung auf Austausch der Schließanlage nur bei Austausch**

MietR

(BGH in becklink 1031331, Urteil vom 05.03. 2014 – VIII ZR 205/13)

Hat ein Mieter einen zu einer Schließanlage gehörenden Wohnungsschlüssel verloren, kommt eine Pflicht zum Schadensersatz für die Erneuerung der Anlage nur dann in Betracht, wenn die **Anlage tatsächlich ausgewechselt** wurde.

Fall: Der Beklagte mietete ab dem 01.03.2010 eine Eigentumswohnung des Klägers. In dem von den Parteien unterzeichneten Übergabeprotokoll ist vermerkt, dass dem Beklagten zwei Wohnungsschlüssel übergeben wurden. Das Mietverhältnis endete einvernehmlich am 31.05.2010. Der Beklagte gab nur einen Wohnungsschlüssel zurück. Nachdem der Kläger die Hausverwaltung der Wohnungseigentümergeinschaft darüber informiert hatte, dass der Beklagte den Verbleib des zweiten Schlüssels nicht darlegen könne, verlangte diese mit Schreiben vom 21.07.2010 vom Kläger die Zahlung eines Kostenvorschusses in Höhe von 1.468 Euro für den aus Sicherheitsgründen für notwendig erachteten Austausch der Schließanlage. Sie kündigte an, den Austausch der Schließanlage nach Zahlungseingang zu beauftragen. Der Kläger hat den verlangten Betrag nicht gezahlt. Die Schließanlage wurde bis heute nicht ausgetauscht. Der Kläger begehrt vom Beklagten unter Abzug von dessen Mietkautionsguthaben Zahlung von zuletzt 1.367,32 Euro nebst Zinsen an die Wohnungseigentümergeinschaft.

Das Amtsgericht gab der Klage in Höhe von 968 Euro nebst Zinsen statt. Das Landgericht wies die Berufung des Beklagten zurück und führte aus, der Beklagte habe wegen des fehlenden Schlüssels seine Obhut- und Rückgabepflicht verletzt, die sich auf den Schlüssel als mitvermietetes Zubehör erstreckt habe. Dem Kläger sei durch die Inanspruchnahme seitens der Wohnungseigentümergeinschaft ein Schaden entstanden, der die Kosten der Erneuerung der Schließanlage umfasse, weil diese aufgrund bestehender Missbrauchsgefahr in ihrer Funktion beeinträchtigt sei. Es komme aber nicht darauf an, ob die Schließanlage bereits ausgewechselt worden oder dies auch nur beabsichtigt sei. Denn gemäß § 249 II BGB könne der Gläubiger bei Beschädigung einer Sache Schadensersatz in Geld verlangen und sei in dessen Verwendung frei. Dies gelte auch bei Beschädigung einer Sachgesamtheit wie einer Schließanlage. Ist diese Rechtsauffassung haltbar.

Die Kläger könnte gegen den Beklagten einen Anspruch auf Schadensersatz in Höhe des Kostenvorschlags für einen Austausch der Schließanlage gem. §§ 546, 280 I BGB haben.

Es geht zu den Obhutspflichten des Mieters, die Haus- und Wohnungsschlüssel sorgfältig zu verwahren und darauf zu achten, dass sie nicht verloren gehen. Mitvermietetes Zubehör ist nach Ende der Mietzeit zurückzugeben. Dies ist nicht vollumfänglich geschehen. Es kann hier unterstellt werden, dass darin eine schuldhafte Verletzung der Obhutspflicht liegt.

Der Kläger müsste aber durch diese Pflichtverletzung auch Schaden erlitten haben.

Bislang wurde die Schließanlage nicht ausgetauscht. Allerdings könnte sich ein Anspruch auf Zahlung der Austauschkosten auf der Grundlage des Kostenvorschlags aus § 249 II BGB ergeben.

Anders als bei unterlassenen Schönheitsreparaturen oder anderen Substanzverletzungen an der Mietsache, kann bei dem Austausch einer Schließanlage **nicht auf der Grundlage eines Kostenvorschlags durch abstrakte Schadensberechnung** Schadensersatz gewährt werden, denn die bloße Befürchtung, mit dem verlorengegangenen Schlüssel könne Missbrauch getrieben werden, genügt dazu nicht. Bei **Substanzverletzungen**, erleidet die Mietsache eine **Wertminderung**, die zu ersetzen ist, auch wenn der Vermieter den Gegenstand nicht repariert oder ersetzt.

„Die Schadensersatzpflicht des Mieters, der einen zu einer Schließanlage gehörenden Schlüssel verloren habe, könne zwar auch die Kosten des Austausches der Schließanlage umfassen, wenn der Austausch wegen bestehender Missbrauchsgefahr aus Sicherheitsgründen erforderlich sei. Ein Vermögensschaden liege insoweit aber erst vor, wenn die Schließanlage tatsächlich ausgetauscht worden sei. Daran fehle es hier.“ (BGH aaO)

Entscheidungen materielles Recht

BGB
§ 439 III

Unverhältnismäßigkeit der Nacherfüllungskosten Erhebung der Einrede im Prozess

ZivilR

(BGH in NZV 2014, 123; Urteil vom 16.10.2013 – VIII ZR 273/12)

Der Verkäufer, der vorprozessual nur das Vorhandensein von Mängeln bestreitet und aus diesem Grund die Nacherfüllung insgesamt verweigert, ist in der Regel nicht daran gehindert, sich auf die Unverhältnismäßigkeit der Kosten der vom Käufer gewählten Art der Nacherfüllung erst im Rechtsstreit über den Nacherfüllungsanspruch zu berufen.

Fall: Der Kl. schloss am 08.08.2009 mit der AL Zweigniederlassung der VL-GmbH in B. einen Leasingvertrag über einen als Geschäftsfahrzeug genutzten Neuwagen A. Vermittelnder Betrieb dieses Leasingvertrages war die Beklagte. Nach Ziffer XIII. der Leasingbedingungen steht dem Leasinggeber nach Maßgabe der gesetzlichen Regelungen aus dem mit dem Lieferanten geschlossenen Kaufvertrag bei Mangelhaftigkeit des Fahrzeugs unter anderem das Recht zu, Nacherfüllung zu verlangen, wobei dieser Anspruch wahlweise auf Mangelbeseitigung oder Lieferung einer mangelfreien Sache gerichtet ist. Sämtliche Ansprüche und Rechte aus dem Kaufvertrag wegen der Mangelhaftigkeit des Fahrzeugs wurden in diesen Leasing-Bedingungen für Geschäftsfahrzeuge an den Leasingnehmer, also an den Kläger abgetreten; der Kläger nahm die Abtretung an. Der Kläger hat dann wegen verschiedener Mängel des Fahrzeugs Nacherfüllung durch Lieferung eines Neufahrzeugs begehrt. Insbesondere übten die Außenspiegel des Fahrzeugs ihre Funktion, beim Starten des Motors wieder auszuklappen, nicht zuverlässig aus und das Fahrzeug weise damit einen wesentlichen, die Verkehrssicherheit berührenden Mangel auf. Dies lehnte die Bekl. mit der Begründung ab, das Fahrzeug sei mangelfrei.

Daraufhin erhob der Kl. gegen die Bekl. Klage auf Neulieferung. Nachdem die Mangelhaftigkeit hinsichtlich des Spiegels im Prozess durch Sachverständigengutachten festgestellt wurde, beruft sich die Bekl. wegen der mit der Nacherfüllung verbundenen Kosten darauf, dass die gewünschte Art der Nacherfüllung unverhältnismäßig sei. Hat der Kl. einen Anspruch auf die Neulieferung?

Der Kl. könnte einen Anspruch auf Neulieferung aus abgetretenem Recht der Leasinggesellschaft gem. §§ 437 Nr. 1, 439 I BGB haben.

I. Kaufvertrag

Zwischen den Parteien wurde ein **Kaufvertrag nach § 433 BGB** geschlossen

II. Vorliegen eines Sachmangels bei Gefahrübergang, § 434 BGB

Nach den Feststellungen des Sachverständigen weist das Fahrzeug auch nicht die Eigenschaften auf, die bei einem Fahrzeug dieser Art und Güte zu erwarten sind, so dass ein **Sachmangel** nach § 434 I 2 Nr. 2 BGB gegeben ist, der auch bei **Gefahrübergang** nach § 446 BGB vorlag.

III. Sachmängelrechte, § 437 BGB

Damit kann der Kl. grundsätzlich nach §§ 437 Nr. 1, 439 BGB die Nacherfüllung verlangen, ohne dass es auf eine Fristsetzung ankomme.

IV. Verweigerung der Nacherfüllung

Die Bekl. hat die gewünschte Nacherfüllung jedoch verweigert.

*„Auch die Tatsachenfeststellung des BerGer., dass die Bekl. die **Mangelbeseitigung insgesamt** und damit auch hinsichtlich der Außenspiegel verweigert hat, ist nicht zu beanstanden. Die Revision hält dem entgegen, die Bekl. dürfe die **Mangelbeseitigung verweigern, bis** der Kl. das Vorliegen eines **Mangels bewiesen** habe. Das trifft nicht zu.*

*Wenn der Verkäufer einen Mangel weiterhin bestreitet, nachdem er **Gelegenheit zur Überprüfung des Mangels** erhalten hat, so geschieht dies auf eigenes Risiko. So war es hier. Der Kl. hatte im September 2010, also noch vor Klageerhebung, unter anderem auch das zeitweise Nichtfunktionieren der Außenspiegel beanstandet. Im Schreiben des Prozessbevollmächtigten des Kl. vom 05.10.2010 wurde das nochmals wiederholt. Darauf erwiderte die Bekl. mit E-Mail vom 08.10.2010, dass das Fahrzeug keine Mängel aufweise bzw. der Kl. die Mängel nicht habe vorführen können. Ebenso hätten die Beanstandungen des Kl. den Herren der A-AG nicht vorgeführt werden können; das Fahrzeug entspreche dem Stand der Technik. Sodann heißt es: „Wir werden das Fahrzeug daher auch nicht mehr überprüfen.“ Das ist eine hinreichend deutliche Verweigerung der Mangelbeseitigung (auch) hinsichtlich der Funktionsweise der Außenspiegel.“ (BGH aaO)*

V. Einrede der Unverhältnismäßigkeit, § 439 BGB

Allerdings hat sich die Bekl. auf die **Einrede der Unverhältnismäßigkeit** der Nacherfüllung durch Neulieferung nach § 439 III BGB berufen. Nach § 439 III BGB kann der Verkäufer die vom Käufer gewählte Art der Nacherfüllung unbeschadet des § 275 II und III BGB verweigern, wenn sie mit unverhältnismäßigen Kosten verbunden ist.

1. Ausschluss der Einrede wegen verspäteter Erhebung

Die Berufung auf § 439 III BGB könnte für die Bekl. ausgeschlossen sein, weil sie diese erst im Prozess erhoben hat.

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

Es kann dahingestellt bleiben, ob sich der Verkäufer auf die Einrede aus § 439 III BGB dann nicht mehr berufen kann, wenn der Käufer bereits wirksam vom Vertrag zurückgetreten ist (so OLG Celle, NJW-RR 2007, 353; vgl. dazu Lorenz, NJW 2007, 1 [5 f.]). Ein solcher Fall liegt hier nicht vor. Der Kl. ist nicht vom Vertrag zurückgetreten, sondern begehrt weiterhin Nacherfüllung in Form der Ersatzlieferung.“ (BGH aaO)

Die Berufung auf die Unverhältnismäßigkeit könnte aber wegen Verfristung ausgeschlossen sein, weil der Kl. der Bekl. eine Frist zur Nacherfüllung gesetzt hat und diese die Einrede nicht vor Ablauf der Frist erhoben habe (so Palandt/Weidenkaff, BGB, 72. Aufl., § 439 Rn. 14 unter Bezugnahme auf OLG Celle, NJW-RR 2007, 353).

*„[Dem]... kann ... nicht gefolgt werden. Der Anspruch des Käufers auf Nacherfüllung ist **nicht von einer Fristsetzung** des Käufers gegenüber dem Verkäufer **abhängig**. Ebenso wenig schreibt § 439 III BGB vor, dass der Verkäufer sich nur dann auf die Einrede berufen kann, wenn er diese innerhalb einer vom Käufer gesetzten Frist zur Nacherfüllung erhebt. Der Verkäufer ist deshalb in der Regel **nicht daran gehindert**, sich auf die **Unverhältnismäßigkeit der Kosten** der vom Käufer gewählten Art der Nacherfüllung **erst im Rechtsstreit** über den Nacherfüllungsanspruch **zu berufen**, auch wenn er vorprozessual nur das Vorhandensein von Mängeln bestritten und aus diesem Grund die Nacherfüllung verweigert hatte. Insoweit gilt nichts anderes als für die Verjährungseinrede, die ebenfalls auch dann noch im Rechtsstreit geltend gemacht werden kann, wenn vorprozessual der Anspruch insgesamt bestritten worden war.“ (BGH aaO)*

Bei dieser Sachlage ist der Bekl. die Berufung auf das Verweigerungsrecht aus § 439 III BGB gegenüber dem vom Kl. geltend gemachten Anspruch auf Ersatzlieferung entgegen der Auffassung des BerGer. nicht deshalb verwehrt, weil die Bekl. eine Mangelbeseitigung insgesamt und damit auch hinsichtlich der Außenspiegel verweigert hat. Die Bekl. ist deshalb aus Rechtsgründen nicht daran gehindert, sich gegenüber dem geltend gemachten Anspruch auf Ersatzlieferung darauf zu berufen, dass die Lieferung eines Neufahrzeugs für sie im Vergleich zur Beseitigung der vorhandenen Mängel mit unverhältnismäßigen Kosten verbunden wäre

2. Vorliegen der Voraussetzungen

Nach den bisherigen Feststellungen des Berufungsgerichts kann nicht verbindlich festgestellt werden, ob der Bekl. eine Berufung auf die Unverhältnismäßigkeit mit Erfolg möglich ist.

*„Nach dem revisionsrechtlich zu Grunde zu legenden Sachvortrag der Bekl. wäre die **Lieferung eines Neufahrzeugs** für die Bekl. im Vergleich zur Mangelbeseitigung mit unverhältnismäßig hohen Kosten verbunden. Auch das BerGer. geht davon aus, dass die Funktion der Außenspiegel möglicherweise mit verhältnismäßig geringen Kosten durch Austausch eines elektronischen Bauteils hätte erreicht werden können.“ (BGH aaO)*

Verbindlich festgestellt wurde dies jedoch nicht. Darüber hinaus wurden auch die anderen, vom Kl. geltend gemachten Mängel weder geprüft noch bei den Erwägungen zur Unangemessenheit der Nacherfüllungskosten durch Neulieferung berücksichtigt.

*„Das BerGer. hat ... die **Einrede** – zu Unrecht – **aus materiell-rechtlichen Gründen für unbeachtlich gehalten**. Es hat daher die **Voraussetzungen** des § 439 III BGB **nicht abschließend geprüft**, sondern nur für möglich gehalten, dass die Funktion der Außenspiegel mit verhältnismäßig geringen Kosten durch Austausch eines elektronischen Bauteils hätte erreicht werden können.*

*Ergänzend weist der Senat auf Folgendes hin: Da das BerGer. – von seinem Standpunkt aus folgerichtig – nicht abschließend geprüft hat, ob hinsichtlich des festgestellten Mangels der Außenspiegel die Voraussetzungen des § 439 III BGB gegenüber dem Anspruch auf Ersatzlieferung vorliegen, wird es dies nachzuholen und hierzu – **gegebenenfalls nach ergänzendem Sachvortrag** der Parteien – die **erforderlichen Feststellungen zu treffen haben**. Wenn die Einrede aus § 439 III BGB insoweit begründet sein sollte, wird zu prüfen sein, **ob weitere Mängel vorliegen** und der Klage auf Ersatzlieferung – unter Berücksichtigung der Einrede aus § 439 III BGB – zum Erfolg verhelfen.“ (BGH aaO)*

VI. Ergebnis

Da die Revision Erfolg hat, ist das Berufungsurteil aufzuheben (§ 562 I ZPO). Die nicht entscheidungsreife Sache ist an das BerGer. zurückzuverweisen (§ 563 I und III ZPO).

BGB § 166 analog Schlüsselrückgabe beim Hauswart (Beginn der Verjährungsfrist für Schadensersatz des Vermieters)
(BGH in NZM 2014, 128; Urteil vom 23.10.2013 – VIII ZR 402/12)

ZivilR

1. Die Zurückerlangung der Mietsache im Sinne des § 548 BGB bedeutet zum einen, dass der Vermieter in die Lage versetzt werden muss, sich durch **Ausübung der unmittelbaren Sachherrschaft ungestört ein umfassendes Bild** von den Mängeln, Veränderungen und Verschlechterungen der Mietsache zu machen (Zum anderen ist es erforderlich, dass der **Mieter den Besitz vollständig und eindeutig aufgibt**)
2. Für die Frage der Verjährung von Ersatzansprüchen des Vermieters setzt die Rückerlangung der Mietsache außer der Übertragung des Besitzes an der Wohnung vom Mieter an den Vermieter die Kenntnis des Vermieters von der Besitzaufgabe voraus.
3. Die **Kenntnis** des Hauswarts von der Rückgabe der Wohnungsschlüssel ist dem Vermieter oder der ihn vertretenden Hausverwaltung analog § 166 I BGB nur dann zuzurechnen, wenn der Hauswart **konkret damit beauftragt** ist, die **Wohnungsschlüssel zum Zweck der Übergabe der Wohnung entgegenzunehmen**.

Fall: Die Kl. nehmen die Bekl. auf Zahlung von Schadensersatz aus einem zum 31.12.2009 beendeten Wohnraummietverhältnis in Anspruch. Mit jeweils am 30.06.2010 beim Mahngericht eingegangenen Mahnbescheidsanträgen haben die Kl. gegen die Bekl. das Mahnverfahren eingeleitet, das nachfolgend ohne vorwerfbare Verzögerungen in das streitige Verfahren übergeleitet worden ist. Soweit für das Revisionsverfahren von Interesse, erheben die Bekl. die Einrede der Verjährung. Sie meinen, eventuelle Ansprüche der Kl. seien verjährt, weil sie – unstreitig – nach ihrem Auszug aus der Wohnung die Wohnungsschlüssel am 20.12.2009 an die im gleichen Haus wohnende Hauswirtsfrau, die Zeugin V, übergeben haben. Greift die Verjährungseinrede durch?

Die Kl. macht hier einen Anspruch auf Zahlung von Schadensersatz gem. §§ 280, 281 BGB geltend. Nach § 548 I 1, 2 BGB beginnt die **sechsmontatige Verjährungsfrist** für die Ersatzansprüche des Vermieters wegen Veränderungen oder Verschlechterungen der Mietsache in dem Zeitpunkt, in dem er die **Mietsache zurückerhält**.

I. Beendigung des Mietvertrages als Voraussetzung

Fraglich ist, ob dies nicht jedenfalls ein Zeitpunkt nach der Beendigung des Mietverhältnisses sein muss.

„Die **Beendigung des Mietvertrags** – hier zum 31.12.2009 – ist (vom BerGer. zutreffend gesehen) **nicht Voraussetzung** für den Beginn der kurzen Verjährung (Senat, NJW 2012, 144 = NZM 2012, 21 Rn. 14 m.w.N.; NJW 2006, 1588 = NZM 2006, 503 [unter II 2 a]). Andererseits ist der Vermieter **nicht dazu verpflichtet**, die Mietsache **jederzeit** – sozusagen „auf Zuruf“ – **zurückzunehmen**, etwa wenn der Mieter kurzfristig auszieht und den Schlüssel zur Wohnung an den Vermieter zurückgeben will (Senat, NJW 2012, 144 = NZM 2012, 21 Rn. 19).“ (BGH aaO)

II. Begriff der Zurückerlangung der Mietsache

Es ist daher zu bestimmen, wann von einer Zurückerlangung der Mietsache im Rechtssinne ausgegangen werden kann.

„Zweck des § 548 BGB ist es, **zeitnah** zur Rückgabe der Mietsache eine **möglichst schnelle Klarstellung** über bestehende Ansprüche im Zusammenhang mit dem Zustand der Mietsache zu erreichen (Senat, NJW 2011, 2717 = NZM 2011, 639 Rn. 12; NJW 2011, 1866 = NZM 2011, 452 Rn. 12). Das bedeutet zum einen, dass der Vermieter in die Lage versetzt werden muss, sich durch **Ausübung der unmittelbaren Sachherrschaft ungestört ein umfassendes Bild** von den Mängeln, Veränderungen und Verschlechterungen der Mietsache zu machen (Senat, NJW 2012, 144 = NZM 2012, 21 Rn. 14 m.w.N.). Zum anderen ist es erforderlich, dass der **Mieter den Besitz vollständig und eindeutig aufgibt**, wobei der Vermieter hiervon Kenntnis erlangen muss (BGH, NJW 2006, 2399 = NZM 2006, 624 [unter II 2 e aa]; NJW 2004, 774 = NZM 2004, 98 [unter II 3 a, noch zu der Vorgängervorschrift § 558 S. 2 BGB aF]). **Ohne Kenntnis** von der Besitzaufgabe des Mieters an der Wohnung, etwa durch Rückgabe der Wohnungsschlüssel an den Vermieter oder seinen Bevollmächtigten, ist der Vermieter grundsätzlich **nicht in der Lage**, den Zustand der Wohnung zu prüfen. Die Rückerlangung der Mietsache i.S.v § 548 I 2 BGB setzt mithin außer der Übertragung des Besitzes an der Wohnung vom Mieter an den Vermieter die Kenntnis des Vermieters von der Besitzaufgabe voraus (vgl. OLG München, GE 2010, 846 = ZMR 2010, 285 [286] = BeckRS 2009, 09502).“ (BGH aaO)

Von einer Zurückerlangung der Mietsache kann also nur dann ausgegangen werden, wenn der Mieter die Wohnung aufgegeben hat, der Vermieter den uneingeschränkten Zugang zur Wohnung hat und von diesen Umständen auch in Kenntnis gesetzt ist.

III. Vorliegen der Voraussetzungen

1. Aufgabe des Besitzes durch die Mieter

Die Mieter haben den Besitz an der Wohnung durch die Rückgabe der Schlüssel an die Hauswartin aufgegeben.

2. Besitzerlangung durch den Vermieter

Fraglich ist, ob durch die Übergabe der Schlüssel an die Hauswartin auch die Kl. den Besitz zurückerlangt hat.

Die Hauswartin könnte insofern Besitzdienerin der Kl. sein nach § 855 BGB sein. Übt jemand die tatsächliche Gewalt über eine Sache für einen anderen in dessen Haushalt oder Erwerbsgeschäft oder in einem ähnlichen Verhältnis aus, vermöge dessen er den sich auf die Sache beziehenden Weisungen des anderen Folge zu leisten hat, so ist nur der andere Besitzer.

*„Nach den unangegriffenen Feststellungen des BerGer. war die Zeugin V **beauftragt**, Wohnungsbesichtigungen durchzuführen und nach Rücksprache mit der Hausverwaltung **zum Teil auch Schlüssel zurückzunehmen**. Soweit die Zeugin V also im Besitz von Schlüsseln war, sei es auch, um Besichtigungen durchzuführen und gegebenenfalls für den Notfall Zutritt zu den Wohnungen nehmen zu können, übte sie als **Hauswartin die Sachherrschaft** über die Wohnungen im Rahmen ihres weisungsgebundenen Angestelltenverhältnisses **mit Wissen und Willen der Vermieter als Besitzdienerin für die Vermieter aus** (§ 855 BGB).“ (BGH aaO)*

Die Kl. hat daher mit Übergabe der Schlüssel an die Hauswartin auch ihrerseits unmittelbar den Besitz an der Wohnung zurückerlangt.

3. Kenntnis der Kl.

Ein Bild über den Zustand der Wohnung kann sich ein Vermieter jedoch erst dann machen, wenn er von vorstehenden Umständen Kenntnis hat.

*„Die Kl. als Vermieter sind damit noch nicht in die Lage versetzt worden, sich durch die **nunmehr erlangte unmittelbare Sachherrschaft** – vermittelt durch die Zeugin V als Besitzdienerin – ein Bild vom Zustand der Wohnung machen zu können. Denn sie selbst hatten **keine Kenntnis von der Wohnungsrückgabe**, während die Zeugin V, die die Kenntnis hatte, nicht bevollmächtigt war, Wohnungsabnahmen durchzuführen. Gleiches gilt für die Kenntnis der von den Kl. bevollmächtigten Hausverwaltung. **Feststellungen** dazu, **wann die Kl. oder die sie vertretende Hausverwaltung tatsächlich Kenntnis** von der Schlüsselerückgabe an die Zeugin V erhalten haben, hat das BerGer. – aus seiner Sicht folgerichtig – jedoch nicht getroffen.“ (BGH aaO)*

Ohne das Treffen solcher Feststellungen kann hingegen der Zeitpunkt der Beginns des Laufs der Verjährungsfrist des § 548 BGB nicht festgelegt werden.

4. Zurechnung der Kenntnis der Hauswartin

Hierauf kommt es aber dann nicht an, wenn sich die Kl. die Kenntniserlangung durch die Hauswartin analog § 166 I BGB zurechnen lassen muss. Es könnte davon auszugehen sein, dass diese im Geschäftsbetrieb von der Hauswartin erlangte Information an den Vermieter oder die Hausverwaltung weitergegeben wird.

a) Hauswartin als Wissensvertreterin

Eine Wissenszurechnung der Hauswartin an die Kl. analog § 166 I BGB würde voraussetzen, dass die Zeugin V als „Wissensvertreterin“ der Vermieter eingesetzt ist.

*„Die Frage, ob ein Hauswart oder ein Hausmeister eine **zum Empfang der Schlüssel berechnete Person** ist, hängt von den Umständen des Einzelfalls ab. Insbesondere kommt es auf die **konkrete Ausgestaltung seiner Tätigkeit** an, also ob er allgemein oder für den konkreten Fall vom Vermieter (oder der von ihm bevollmächtigten Hausverwaltung) mit der Rücknahme der Wohnung beauftragt ist (Streyll in Schmidt-Futterer, MietR, 11. Aufl., § 546 Rn. 62). Die **Kenntnis** des Hauswarts von der Rückgabe der Wohnungsschlüssel ist dem Vermieter oder der ihn vertretenden Hausverwaltung **nur dann zuzurechnen**, wenn der **Hauswart konkret damit beauftragt ist, die Wohnungsschlüssel zum Zweck der Übergabe der Wohnung entgegenzunehmen**. Ansonsten erhält der Vermieter durch die Schlüsselerückgabe an den Hauswart zwar die Sachherrschaft über die Wohnung zurück, er*

ist jedoch mangels Kenntnis davon nicht in der Lage, sich daraufhin ein umfassendes Bild vom Zustand der Wohnung zu machen.“ (BGH aaO)

b) Vorliegen der Voraussetzungen

Demnach muss die Kl. die Kenntnis der Zeugin V von der Schlüsselrückgabe zu der Wohnung am 20.12.2009 oder in den Tagen nur dann zurechnen lassen, wenn die Bekl. mit Einwilligung der hier die Kl. vertretenden Hausverwaltung die Wohnungsschlüssel an die Zeugin V herausgeben sollten oder durften.

*„Die Zeugin V [hat] glaubhaft bekundet, dass sie nach vorheriger Absprache mit der Hausverwaltung berechtigt sei, Schlüssel von den Mietern entgegenzunehmen, jedoch nicht, die Abnahme selbst zu machen. Das BerGer. lässt jedoch dahinstehen, ob die Zeugin V, was von den Kl. bestritten ist, **im vorliegenden Fall zur Rücknahme der Wohnungsschlüssel bevollmächtigt** war, und meint, eine weitere Beweisaufnahme hierzu sei nicht erforderlich. Hieraus ist ersichtlich, dass dem BerGer. die durchgeführte Beweisaufnahme durch Vernehmung der Zeugin V selbst nicht ausreichte, davon überzeugt zu sein, dass eine **Bevollmächtigung der Zeugin V zur Rücknahme der Wohnungsschlüssel im konkreten Fall** vorlag.“ (BGH aaO)*

Das Vorliegen der Voraussetzungen kann daher mit den bisherigen Feststellungen nicht angenommen werden.

5. Kenntniserlangung jedenfalls vor dem 30.12.2009

Fraglich ist jedoch, ob nicht unterstellt werden kann, dass die Kl. bei einer Schlüsselrückgabe am 20.12.2009 jedenfalls bis zum 30.12.2009 Kenntnis von der Rückgabe der Wohnung erlangt haben.

„Von einem Hauswart könne nach Treu und Glauben erwartet werden, dass dieser den Vermieter bzw. die Hausverwaltung von allen wesentlichen Vorkommnissen, die sich in seinem Bereich zutrügen, unverzüglich unterrichte.“ (BGH aaO)

Angesichts des Umstandes, dass die Schlüsselrückgabe kurz vor den anstehenden Feiertage erfolgte, kann hiervon eben nicht ohne weiteres ausgegangen werden.

IV. Ergebnis

Auf der Grundlage der bisherigen Feststellungen kann nicht davon ausgegangen werden, dass die Kl. vor dem 30.12.2009 Kenntnis von der Rückgabe der Mietsache erhalten hat, so dass das Vorliegen der Voraussetzungen für das Eintreten der Verjährung nach § 548 BGB nicht angenommen werden kann.

Verunglimpfung des Andenkens Verstorbener
Beleidigung durch Leserbrief in Verbandszeitung

(LG Bonn in NStZ-RR 2014, 79; Urteil vom 09.09.2013 – 25 Ns 555 Js 94/12 – 113/12)

In den **Schranken der grundgesetzlich geschützten Meinungsfreiheit** kommt das **Grundprinzip der wehrhaften Demokratie** („keine Freiheit für die Feinde des Freiheit“) zum Ausdruck. Dieses folgt nicht dem Ansatz des 1. Zusatzartikels zur US-Fassung „the best weapon against speech is more speech“.

Fall: Pastor Dietrich Bonhoeffer versuchte nach Ende des Polen-Feldzuges im Auftrag der Widerstandsgruppe um Admiral Canaris führende Persönlichkeiten der anglikanischen Kirche für die Vermittlung eines Waffenstillstandes zwischen den Westalliierten und der vorgesehenen neuen deutschen Regierung zu gewinnen. Hierzu bediente sich Bonhoeffer der ökumenischen Bewegung, eines Zusammenschlusses evangelischer Kirchen. Nach dem Misslingen des Attentats auf Hitler und des Staatsstreiches vom 20.7.1944 wurde diese Auslandstätigkeit Bonhoeffers im September 1944 im Zuge ausgedehnter Ermittlungen des Reichssicherheitshauptamtes (RSHA) entdeckt. Bonhoeffer und die übrigen Widerstandskämpfer kamen in Haft und wurden sodann nach Flossenbürg verbracht. Dem war das Auffinden der Tagebücher von Admiral Canaris am 04.04.1945 vorausgegangen, die Aufzeichnungen über die Angelegenheiten der Widerstandsgruppe umfassten und dem RSHA damit die Beweise für den „konspirativen Hintergrund“ dieser Gruppe lieferten. Schon am nächsten Tag entschied Hitler, dass mit diesen Personen „kurzer Prozess“ gemacht werden sollte. Auf Weisung des Leiters des RSHA Kaltenbrunner, die auch die Zusammensetzung des „SS-Standgerichts“ vorgab, wurde am 08.04.1945 in Flossenbürg ein SS-Standgerichtsverfahren gegen Bonhoeffer und 4 andere (u.a. Canaris und Oster) durchgeführt. Die Angekl. wurden wegen Hoch- und Landesverrates zum Tode verurteilt. Ohne zuvor eine Bestätigung der Urteile durch den zuständigen Feldherrn herbeizuführen, wurden die Angekl. in den Morgenstunden des 09.04.1945 im Konzentrationslager Flossenbürg „hingerichtet“.

Der Angekl. ist seit Mitte der 2000er Jahre „Alter Herr“ einer Bonner Studentenverbindung, Nachdem in der Ausgabe Nr. 141 des Bundesbriefs der Studentenverbindung ein Artikel erschienen war, in welchem Bonhoeffer den Lesern als „schlesische Biographie zum Vorbild“ präsentiert worden war, verfasste der Angekl. einen Leserbrief, der im November 2011 im Bundesbrief Nr. 143 veröffentlicht wurde. Darin äußerte er u. a., der Artikel blende Handlungen und Charaktereigenschaften „dieses Gottesmannes“ aus, die gegen eine Vorbildfunktion sprächen. Die Gruppe um Canaris und Bonhoeffer habe sich des Landesverrates schuldig gemacht, indem sie politische und militärische Pläne vor allem den Briten übermitteln hätten, Dieser Verrat habe gerade in den letzten Tagen des Krieges zu tausenden toten deutschen Soldaten an allen Fronten geführt. Es sei eine Frage der Moral, wie man gegen eine Diktatur vorgehe. Hochverrat möge ein probater Weg gewesen sein. Landesverrat [sei es] ... sicherlich nicht. Zwischen Hoch- und Landesverrat müsse genauestens differenziert werden und Bonhoeffer sei zweifelsfrei ein Landesverräter gewesen. Rein juristisch halte er die Verurteilung Bonhoeffers für gerechtfertigt. ... Auf Landesverrat habe zu allen Zeiten und vor allem während des Krieges im schlimmsten Fall der Tod gestanden, ganz gleich, welche Staatsform regiere. Auch der BGH ... habe die Richter, die Bonhoeffer verurteilten, 1956 ausdrücklich freigesprochen. Bei genauem Hinschauen eigne sich Bonhoeffer sicherlich nicht als Vorbild für Burschenschafter.

Der Bundesbrief wurde an insgesamt 145 Alte Herren, Bundesschwestern und aktive Studierende versandt. Er wurde nicht als Werbeschrift versandt und auch nicht im Internet veröffentlicht, wurde aber im Zusammenhang mit dem Burschentag 2011 an „Spiegel Online“ weitergereicht, woraus eine bundesweite Berichterstattung über den Leserbrief resultierte. Daraufhin verfasste der Angekl. einen „Nachtrag“ zu seinem ursprünglichen Leserbrief, welcher im Bundesbrief Nr. 144 erschien.

Der Angekl. hat sich durch das Verfassen des ersten Leserbriefs, der im Bundesbrief Nr. 143 veröffentlicht wurde, insbesondere durch die Formulierungen:

„Aber es ist eine Frage der Moral, wie man gegen eine Diktatur vorgeht. Der Hochverrat mag ein probater Weg sein, der Landesverrat auf Kosten von tausenden Soldaten an der Front und der durch diese beschützten Flüchtlinge besonders in den Ostgebieten ist es sicherlich nicht. Hier muss zwischen Hochverrat und Landesverrat genauestens differenziert werden. Und Bonhoeffer war zweifelsfrei ein Landesverräter.“; sowie „... das landesverräterische Engagement Bonhoeffers und besiegelt sein Schicksal: Die Hinrichtung am 09.04.1945 im Konzentrationslager Flossenbürg. Rein juristisch halte ich die Verurteilung für gerechtfertigt. ... auch der BGH, unzweifelhaft freiheitlich-demokratischen Gesichtspunkten verpflichtet, sprach die Richter, die Bonhoeffer verurteilten, 1956 ausdrücklich frei.“

auch unter Berücksichtigung der Vorgaben des Art. 5 GG zur Meinungsfreiheit der **Verunglimpfung des Andenkens Verstorbener nach § 189 StGB** schuldig gemacht.

- I. Durch den Tatbestand des § 189 StGB wird der **Persönlichkeitsschutz auch nach dem Tode** gewährleistet. **Geschütztes Rechtsgut** ist ein gegenüber der Ehre eingeschränktes und entsprechend verändertes Persönlichkeitsrecht eigener Art, das in der **postmortalen Respektierung** eines Kernbereichs dessen, was den Verstorbenen in seinem Leben aus-

machte und prägte, seinen Ausdruck findet (vgl. BGH NJW 1994, 1421; Schönke/Schröder, StGB, 28. Aufl., § 189 Rn 1).

1. Vorliegend wurde das **Verunglimpfen des Andenkens des verstorbenen Bonhoeffer durch eine Beleidigung** i. S. des § 185 StGB, welche eine besonders schwere Kränkung enthielt, begangen.

„Durch die Bezeichnung des verstorbenen Bonhoeffer als „Landesverräter“, der Erweckung des Eindrucks, er handele „unmoralisch“ und sei rechtmäßig verurteilt worden, bekundete der Angekl. seine eigene Missachtung der Taten des verstorbenen Bonhoeffer im Widerstandskampf gegen das nationalsozialistische Regime und damit seine Missachtung gegenüber Bonhoeffer als Person.

Die Äußerung konnte auch im Zusammenhang nicht dahingehend verstanden werden, dass bloß gesagt werden wollte, Bonhoeffer hätte nach den damaligen Gesetzen des nationalsozialistischen Regimes einen Landesverrat verwirklicht. Dies ist offenkundig und kann nicht bestritten werden, muss aber gerade auf Grund der Banalität und der allgemeinen Bekanntheit dieser Tatsache eben nicht mitgeteilt werden. Manche Widerstandskämpfer haben es in ihrem Kampf gegen die nationalsozialistische Gewalt- und Willkürherrschaft als erforderlich angesehen, auch außerdeutsche Hilfe in Anspruch zu nehmen und dem Ausland bei seinem Kampf gegen Hitler zu helfen. Dabei handelten die meisten der Widerstandskämpfer aus uneigennütziger, lauterer Gesinnung heraus, um der nationalsozialistischen Gewalt- und Willkürherrschaft ein Ende zu bereiten. Wer die Widerstandskämpfer – und damit auch den verstorbenen Bonhoeffer – in der heutigen Zeit „Landesverräter“ nennt, kann das deshalb nicht i. S. einer Tatsachenbehauptung, sondern nur als kränkendes Werturteil meinen (so bereits BGH NJW 1952, 1183).

*Zwar hat der Angekl. in seinem ersten Leserbrief auch geschrieben, er wolle ausdrücklich betonen, dass seine Kritik an den Verschwörern nicht als Sympathiebekundung für den Nationalsozialismus verstanden werden dürfe und das Eintreten gegen eine undemokratische und totalitäre Diktatur ehrenwert sei. Dennoch kann seine Äußerung im Gesamtkontext nicht als bloße Tatsachenbehauptung oder als straflose Meinungsäußerung verstanden werden. Denn der Angekl. würdigt in seinem ersten Leserbrief gerade die Entscheidung Bonhoeffers als unmoralisch herab, sich im Kampf gegen das nationalsozialistische Regime an die Alliierten zu wenden. Er gibt an, die Widerstandskämpfer hätten verkannt, dass es den Alliierten nicht darum gegangen sei, einen Diktator zu stürzen, sondern lediglich darum, Deutschland zu schwächen, zu zerschlagen und zu dominieren. In Folge unterstreicht er seine **Herabwürdigung der Persönlichkeit Bonhoeffer** dadurch, dass er angibt, dieser sei auf Grund „von rein kriminellen Devisenschiebereien im Bereich der Abwehr“ inhaftiert worden und habe im Gefängnis bei einem Besuch seines Onkels als „Stargefangener“ gezecht.*

*Im Weiteren bezeichnet er die Hinrichtung Bonhoeffers als „rein juristisch ... gerechtfertigt“ und das Urteil als „nachvollziehbar“. Insbes. diese **Rechtfertigung des Scheinprozesses**, der in der Verkleidung eines justizförmigen Verfahrens unmittelbar vor der Ermordung Bonhoeffers durchgeführt worden war, macht deutlich, dass die Ausführungen des Angekl. keineswegs darauf angelegt waren, lediglich den Diskurs über Bonhoeffer anzuregen. Entgegen der Darstellung des Angekl. gab es nämlich gegen Bonhoeffer unmittelbar vor seiner Ermordung gar **kein justizförmiges Verfahren**. ...*

Der Zweck des Standgerichtsverfahrens bestand ... nicht darin, die Wahrheit zu erforschen und Recht und Gerechtigkeit walten zu lassen. Zweck des Verfahrens war es vielmehr ausschließlich, die auf Grund ihrer Widerstandstätigkeit unbequem gewordenen Häftlinge unter dem Schein eines gerichtlichen Verfahrens, das de facto unter Missachtung aller Grundsätze eines rechtsstaatlichen Verfahrens stattgefunden hatte, beseitigen zu können. Dies gilt umso mehr, als zum Zeitpunkt der Hinrichtung eine Niederschlagung des nationalsozialistischen Regimes durch die Alliierten ohnehin unmittelbar bevorstand. Dennoch war Hitler in Kenntnis dieses Umstandes bis zum Schluss bestrebt, sich politisch Andersdenkender zu entledigen. Damit hat allein der Machterhalt und die Rache der führenden Nationalsozialisten wegen der Ereignisse am 20. Juli 1944 den Erlass der gegen Bonhoeffer und seine Mitgefangenen ergangenen Todesurteile bestimmt, (vgl. hierzu LG Berlin NJW 1996, 2742; BGH NStZ 1996, 485). Bonhoeffer wurde als Widerstandskämpfer gegen die nationalsozialistische Gewalt- und Willkürherrschaft wegen seiner Bemühungen um die Befreiung Deutschlands ermordet. Die Bezeichnung als „Landesverräter“, der „rein juristisch ... gerechtfertigt“ auf Grund eines „nachvollziehbar[en]“ Urteils „hingerichtet“ worden sei, würdigt daher all sein Tun und seine Ehre in besonders kränkender Weise herab.“ (LG Bonn aaO)

2. Die **Herabwürdigung** ist durch die Veröffentlichung im Bundesbrief Nr. 143 auch **zur Kenntnis lebender Personen** gelangt.

„Eine Bezeichnung als „vertraulich“ oder der Umstand, dass der Angekl. nur davon ausging, dass der Personenkreis lediglich die Mitglieder der Burschenschaft umfassen sollte, ändert an der Kundgabe nichts (vgl. Lenckner/Eisele, § 185 Rn 11).“ (LG Bonn aaO)

- II. Die im vorliegenden Verfahren inkriminierten Äußerungen des Angekl. sind auch nicht durch das Grundrecht auf Meinungsfreiheit des Art. 5 I GG gedeckt, denn das Grundrecht der Meinungsfreiheit wird nicht schrankenlos gewährleistet, sondern findet gerade im Recht der persönlichen Ehre gem. Art. 5 II 3. Alt. GG eine ausdrückliche Beschränkung bereits im Wortlaut des Verfassungstextes.

„Das bedeutet, dass man sich für **beleidigende und herabwürdigende Äußerungen**, wie sie hier Gegenstand des Verfahrens sind, bereits unabhängig von der jeweiligen politischen Einstellung gerade **nicht auf Meinungsfreiheit berufen** kann.

Auch liegt dem Grundgesetz – anders als dem ersten Zusatzartikel zur amerikanischen Bundesverfassung (First Amendment), auf welches sich der Angekl. und sein Verteidiger im Schlussvortrag rechtsvergleichend berufen haben – gerade wegen der geschichtlichen Erfahrungen aus den letzten Jahren der „Weimarer Republik“ und der Willkürherrschaft von 1933 bis 1945, die bei der Entstehung des Grundgesetzes in den Jahren 1948/49 unmittelbar prägend waren, das **Grundprinzip der sog. wehrhaften Demokratie** zu Grunde. Damit unterscheidet sich das Grundgesetz mit seinem Ansatz „keine Freiheit für die Feinde der Freiheit“ wesentlich von der Auslegung des First Amendment, dem der Ansatz „the best weapon against speech is more speech“ zu Grunde liegt. Auch deshalb kann sich der Angekl. mit seinen im inkriminierten Leserbrief – wenn auch intelligent und daher besonders gefährlich getarnten – zu Tage getretenen rechtsradikalen Äußerungen nicht auf das Grundrecht der Meinungsfreiheit berufen, weil er damit nicht mehr auf dem Boden der freiheitlich-demokratischen Grundordnung steht.“ (LG Bonn aaO)

III. Der Angekl. handelte auch vorsätzlich; die entgegenstehende Einlassung im zweiten Leserbrief und im Verfahren ist eine verfahrensgeprägte **Schutzbehauptung**.

„Zwar gab er in seinem zweiten Leserbrief an, ihm läge nichts ferner als Dietrich Bonhoeffer und andere Widerstandskämpfer herabzusetzen. Doch kann dies nicht darüber hinweghelfen, dass die Formulierungen des Angekl. nicht anders als **besonders schwer kränkend** gedeutet werden können.

Nach dem **objektiven Erklärungswert** lag eine beleidigende, besonders schwer kränkende Äußerung vor. Dies war dem Angekl. auch bewusst. Vor dem Sinngehalt seiner Äußerungen konnte er sich nicht verschließen. Zusätzlich wird dies auch in seinem zweiten Leserbrief dadurch deutlich, dass er seine – insoweit vermeintliche – Distanzierung vom ersten Leserbrief bzw. von dessen Lesart stark relativiert. Er gibt an, er zolle Bonhoeffer Respekt für seine Widerstandshandlungen, macht jedoch zugleich wieder deutlich, er hätte nicht alle dessen Mittel angewandt. Es folgen im Nachgang Literaturnachweise dafür, warum Bonhoeffers Taten nach damaligem Gesetz Landesverrat gewesen seien. Sodann schlägt der Angekl. eine Brücke in die Gegenwart und vergleicht die Situation mit den Kriegen in Afghanistan und Vietnam sowie Urteilen der US-Militärjustiz. Letztlich führt er die Diskussion um das Luftsicherheitsgesetz und das daraufhin ergangene Urteil des BVerfG, in dem festgestellt wurde, dass ein Vorgehen mit Waffengewalt, welches die Leben unbeteiligter Dritter in einem Flugzeug gefährdet, nicht mit Art. 2 II GG zu vereinbaren ist, als Belege für das seiner Ansicht nach unrechte Handeln Bonhoeffers an. Durch diese vermeintlichen Parallelen versucht der Angekl. jedoch immer wieder, das damalige Handeln Bonhoeffers als sogar nach den Maßstäben der heutigen Zeit letztendlich als nicht nur unmoralisch, sondern sogar als unrecht darzustellen. Auch dies unterstreicht im **Gesamtzusammenhang** die Herabwürdigung Bonhoeffers und die erhebliche Ehrkränkung. Der Angekl. mag nach außen hin den Anschein erwecken, den „Brand“ begrenzen zu wollen. Die Kernaussage ändert sich jedoch nicht.“ (LG Bonn aaO)

IV. Schließlich müsste der **Leserbrief** des Angekl. auch **verbreitet** worden sein.

- Verbreitet wird eine Schrift, wenn sie einem **größeren Personenkreis** mit so vielen Personen zugänglich gemacht wird, dass es sich bei den Empfängern um einen für den Täter nicht mehr kontrollierbaren Personenkreis handelt (BGH NJW 1959, 2125).
- Der Personenkreis ist nicht mehr kontrollierbar, wenn **mit der Weitergabe einzelner Exemplare an andere Personen zu rechnen** ist (BGH NJW 1963, 2034).

Bei der Aushändigung einer Schrift an mehrere Personen ist das Merkmal nur dann nicht erfüllt, wenn der Täter die **Kontrolle darüber behält, was mit den einzelnen Exemplaren geschieht** (BGH NJW 1959, 2125). Hierzu müsste der Täter nach Absendung des Schriftstücks noch eine realistische Möglichkeit haben, die Folgen seines Tuns auf den Empfängerkreis zu mildern oder zu beseitigen (BayObLG NStZ 1996, 436).

„Vorliegend wusste und wollte der Angekl., dass der Leserbrief im Bundesbrief Nr. 143 erscheint und so an die Mitglieder der Burschenschaft sowie an Witwen verstorbener Mitglieder – insgesamt an 145 Personen – verschickt wird. [Diese mögen]... dem Angekl. namentlich bekannt sein, doch hatte der Angekl. de facto keine Möglichkeit der Kontrolle über die einzelnen versandten Exemplare. Auch wenn innerhalb der Mitglieder – aber schon nicht mehr im Kreise der dadurch nicht gebundenen Witwen – eigentlich der Vereins-Grundsatz gegolten haben mag, dass die Bundesbriefe nicht nach außen getragen werden sollen. Der Angekl. konnte und musste bei einem solch brisanten Leserbrief damit rechnen, dass dieser auch weitergereicht wird, was faktisch auch geschah. Bereits der Umstand, dass eine **Weitergabe an die Redaktion** von „Spiegel Online“ erfolgte, belegt, dass die einzelnen Exemplare des Bundesbriefs Nr. 143, welcher den ersten Leserbrief des Angekl. enthielt, und deren Weiterverwendung und Weitergabe der Kontrolle des Angekl. entzogen waren.“ (LG Bonn aaO)

StGB
§ 263a I**Computerbetrug**
Beantragung eines Mahn-/Vollstreckungsbescheids
(BGH in NStZ 2014, 155; Beschluss vom 19.11.2013 – 4 StR 292/13)

StGB

Die **Beantragung eines Mahn- und eines Vollstreckungsbescheides** im automatisierten Mahnverfahren auf der Grundlage einer **fingierten, tatsächlich nicht bestehenden Forderung** stellt eine **Verwendung unrichtiger Daten i. S. des § 263 a I, 2. Var. StGB** dar.

Fall: Die Angekl. beantragte beim AG Hagen im automatisierten Mahnverfahren einen Mahnbescheid über eine Hauptforderung in Höhe von 180.960 € gegen die B-GbR mbH. Als Anspruchsgrund gab sie einen „Dienstleistungsvertrag gem. Rechnung vom 02.11.06“ an. Dabei war ihr bewusst, dass ein solcher Vertrag tatsächlich nicht geschlossen worden war und ihr deshalb keine Ansprüche gegen die Antragsgegnerin zustanden. Der antragsgemäß erlassene Mahnbescheid wurde entsprechend den Angaben der Angekl. der früheren Mitangekl. B. (ihrer Mutter) unter deren Wohnanschrift zugestellt, die - obgleich sie als Mitgesellschafterin der B-GbR mbH dazu verpflichtet gewesen wäre - abredgemäß keinen Widerspruch einlegte und auch die weitere Mitgesellschafterin nicht von dem Mahnbescheid informierte. Nachdem die Angekl. auf die gleiche Weise auch einen Vollstreckungsbescheid erwirkt hatte, beantragte sie auf dessen Grundlage einen Pfändungs- und Überweisungsbeschluss in Bezug auf Forderungen der B-GbR mbH gegen die Bank. Nach dessen antragsgemäßen Erlass wurden 184.324,60 € gepfändet und auf ein Konto der Angekl. überwiesen.

I. Die Angekl. könnte sich bei der Beantragung des Pfändungs- und Überweisungsbeschlusses des **Betrugs durch Unterlassen** schuldig gemacht haben, weil sie den zuständigen **Rechtspfleger nicht über die Umstände der Titelerlangung aufgeklärt** hat.

1. Hierzu könnte sie nach § 13 I StGB aus dem Gesichtspunkt der **Ingerenz** verpflichtet gewesen sein, weil der **Vollstreckungsbescheid** zuvor von ihr **vorsätzlich in sittenwidriger Weise erwirkt** worden sei.

Ein (pflichtwidriges) Vorverhalten führt aber nur dann zu einer **Garantenstellung aus Ingerenz**, wenn dadurch die naheliegende Gefahr des Eintritts des konkreten tatbestandsmäßigen Erfolges verursacht worden ist (BGHSt 54, 44). Der durch die Vorhandlung herbeigeführte Zustand muss so beschaffen sein, dass bereits ein bloßes Untätigbleiben die Gefahr vergrößert, dass es zum Eintritt des tatbestandsmäßigen Erfolges kommt oder ein bereits eingetretener Schaden vertieft wird (vgl. BGHSt 36, 255; Schönke/Schröder, StGB, 28. Aufl., § 13 Rn 39, 42).

„Eine solche **Gefahrlage** bestand hier nicht: Wäre die Angekl. nach dem Erlass des von ihr erwirkten Vollstreckungsbescheides untätig geblieben, hätte sich für das Opfervermögen keine zusätzliche Gefährdung ergeben. Die Pfändung und Überweisung wurde erst durch den nachfolgenden Antrag nach § 829 ZPO veranlasst, der auf einem neuen Tatentschluss der Angekl. beruhte.

Der Senat muss unter diesen Umständen nicht entscheiden, ob ein vorsätzliches Vorverhalten, das auf denselben Erfolg gerichtet ist wie das nachfolgende Unterlassen, überhaupt eine Garantenstellung aus Ingerenz zu begründen vermag (verneinend BGH BGHR StGB § 221 Konkurrenzen 1; offen gelassen in BGH BGHR StGB § 211 Abs. 2 Verdeckung 15; a. A. das überwiegende Schrifttum, vgl. MüKo-StGB/Freund 2. Aufl., § 13 Rn 130; SSW-StGB/Kudlich § 13 Rn 22; Stein JR 1999, 265).“ (BGH aaO)

2. Die Angekl. hat bei der Stellung des Antrags auf Erlass eines Pfändungs- und Überweisungsbeschlusses auch nicht **konkludent über das Bestehen einer vollstreckbaren Forderung getäuscht**, sodass eine Strafbarkeit wegen Betrugs durch ein aktives Tun gleichfalls nicht in Betracht kommt.

a) Ob in einer bestimmten **Kommunikationssituation** neben einer ausdrücklichen auch eine konkludente Erklärung abgegeben worden ist und welchen Inhalt sie hat, bestimmt sich nach dem **objektiven Empfängerhorizont**, der unter Berücksichtigung der Gesamtumstände und der Verkehrsanschauung festzulegen ist (vgl. BGH NStZ 2013, 234; BGHSt 47, 1; BGH BGHR StGB § 263 Abs. 1 Irrtum 10). Findet die Kommunikation im Rahmen eines geregelten Verfahrens statt, wird der Inhalt der abgegebenen Erklärungen maßgeblich durch die diesem Verfahren zugrunde liegenden Vorschriften geprägt. Dies sind hier die Bestimmungen der Zivilprozessordnung (Wagemann GA 2007, 146).

b) Danach ist davon auszugehen, dass bei der Beantragung eines Pfändungs- und Überweisungsbeschlusses der **Bestand der titulierten Forderung kein Gegenstand der Kommunikation** zwischen dem Ast. und dem Rechtspfleger ist.

„Der **Rechtspfleger** als Vollstreckungsorgan hat bei Erlass eines Pfändungs- und Überweisungsbeschlusses **nur die formalen Voraussetzungen der Zwangsvollstreckung zu untersuchen**. Eine Prüfungskompetenz hinsichtlich der zu vollstreckenden Forderung (Titelforderung) steht ihm nicht zu (vgl. RGSt 23, 286; Stöber, Forderungspfändung, 16. Aufl., Rn 464). Der Titelgläubiger ist daher auch nicht gehalten, die materiell-rechtliche Grundlage der titulierten Forderung in seinem Antrag auf Erlass eines Pfändungs- und Überweisungsbeschlusses näher zu bezeichnen (vgl. § 2 Nr. 2 Zwangsvollstreckungsformularverordnung i. V. m. deren Anl. 2; Musielak/Becker, ZPO, 10. Aufl., § 829 Rn 3). **Einwendungen gegen die Berechtigung der titulierten Forderung können grds. allein mit der Vollstreckungsabwehrklage** bei dem Prozessgericht des ersten Rechtszugs und nur innerhalb der Grenzen des § 767 II ZPO geltend gemacht werden, nicht aber gegenüber dem Rechtspfleger bei Erlass von Vollstreckungsmaßnahmen (vgl. BGHZ 190, 172). Dies zeigt auch die Regelung in § 775 ZPO, nach dessen Ziff. 4 und 5 eine Einstellung der Zwangsvollstreckung nur erfolgen kann, wenn die Befriedigung des Gläubigers durch Urkunden nachgewiesen wird, nicht aber bei Geltendmachung sonstiger Einwendungen gegen den Bestand der Titelforderung. Auch die in Ausnahmefällen mögliche Klage auf Unterlassung der Zwangsvollstreckung und Herausgabe des Titels nach § 826 BGB (vgl. BGHZ 103, 44; BGHZ 101, 380; BGH BGHR BGB § 826 Rechtskraftdurchbrechung 18) ist vor dem Zivilgericht zu erheben und führt als solche nicht zu einem vom Rechtspfleger als Vollstreckungsorgan zu beachtenden Vollstreckungshindernis.“ (BGH aaO)

- c) Da aus den vorgenannten Gründen bereits eine **Täuschungshandlung fehlt**, kann offen bleiben, ob der Rechtspfleger einem Irrtum über das Bestehen der titulierten Forderung unterlag.

„Die Annahme eines ausreichenden „sachgedanklichen Mitbewusstseins“ wäre insoweit nur tragfähig, wenn sich dieses - etwa aufgrund vorheriger Kontrollen des Erklärungsempfängers - auf eine hinreichende Tatsachengrundlage stützen kann, woran hier aus den vorgenannten Gründen Zweifel bestehen (vgl. BGHSt 33, 244).“ (BGH aaO)

- II. Die Beantragung eines Mahn- und eines Vollstreckungsbescheides im automatisierten Mahnverfahren auf der Grundlage einer fingierten, tatsächlich nicht bestehenden Forderung stellt aber eine **Verwendung unrichtiger Daten** dar, sodass die Voraussetzungen eines **Computerbetruges gem. § 263 a I Var. 2 StGB** erfüllt sein könnten.

1. Der **Tatbestand** des § 263 a StGB ist **betrugsäquivalent auszulegen** (BGH NStZ 2013, 586). Maßgebend ist deshalb, ob die Handlung des Täters einer **Täuschung i. S. des § 263 I StGB** entspricht (BGHSt 47, 160).

„Wird im automatisierten Mahnverfahren eine fiktive Forderung geltend gemacht, liegt darin ein täuschungsäquivalentes Verhalten (vgl. BT-Drucks. 10/318, S. 21; NK-StGB/Kindhäuser, 4. Aufl., § 263 a Rn 18; Haft NStZ 1987, 6; Möhrenschräger wistra 1986, 128; Münker, Der Computerbetrug im automatisierten Mahnverfahren, 2000, S. 183; a. A. Schönke/Schröder, StGB, 28. Aufl., § 263 a Rn 6; SSW-StGB/Hilgendorf, § 263 a Rn 6; SK-StGB/Hoyer, 8. Aufl., 65. Lfg., § 263 a Rn 30), da bei gleichem Vorgehen gegenüber einem Rechtspfleger ein Vorspiegeln von Tatsachen i. S. des § 263 I StGB (falsche Behauptung eines Sachverhaltes, aus dem sich die angebliche Forderung ergeben soll) anzunehmen wäre.“ (BGH aaO)

2. Aus dem Umstand, dass das **Gericht** im Mahnverfahren die **inhaltliche Berechtigung des Anspruchs nicht prüft** (vgl. § 692 I Nr. 2 ZPO), ergibt sich nichts anderes.

„Im Gegensatz zum Vollstreckungsverfahren **dient das Erkenntnisverfahren der Überprüfung der Berechtigung der geltend gemachten materiellen Forderung**. Während der Rechtspfleger im Vollstreckungsverfahren nicht zur Prüfung der titulierten Forderung berechtigt ist, müsste er im Erkenntnisverfahren bei Kenntnis der Nichtexistenz der geltend gemachten Forderung den Erlass eines Mahn- oder Vollstreckungsbescheids ablehnen (BGH NStZ 2012, 322; OLG Düsseldorf NStZ 1991, 586). Erlässt er den beantragten Bescheid, so geschieht dies in der Vorstellung, dass die nach dem Verfahrensrecht ungeprüft zu übernehmenden tatsächlichen Behauptungen des Antragstellers gem. der sich aus § 138 I ZPO ergebenden Verpflichtung der Wahrheit entsprechen (BGH NStZ 2012, 322; BGHSt 24, 257 (zum vor 1977 geltenden Zivilprozessrecht); offen gelassen von BGH BGHR § 263 Abs. 1 StGB Täuschung 19; OLG Celle NStZ-RR 2012, 111; Münker, Der Computerbetrug im automatisierten Mahnverfahren, 2000, S. 183; a. A. LK-StGB/Tiedemann, 12. Aufl., § 263 Rn 90; MüKo-StGB/Hefendehl, 2. Aufl., § 263 Rn 129; Kretschmer GA 2004, 458).“ (BGH aaO)

3. Die **weiteren Voraussetzungen des § 263 a StGB** liegen ebenfalls vor.

„Der **vermögensrelevante Datenverarbeitungsvorgang wirkte sich unmittelbar vermögensmindernd aus** (vgl. BGH NStZ 2013, 586), denn schon durch die Erwirkung des rechtskräftigen Vollstreckungsbescheides wurde das Vermögen der geschädigten Gesellschaft vermindert (vgl. RGSt 59, 104; MüKo-StGB/Hefendehl, 2. Aufl., § 263 Rn 674). Dass es noch der Zustellung dieses Bescheides bedurfte, ändert daran nichts, weil es sich dabei lediglich um die **Umsetzung des Ergebnisses des Datenverarbeitungsvorgangs ohne inhaltliche Kontrolle** handelt.“ (BGH aaO)

BGB
§§ 677 ff.**Öffentlich-rechtliche Geschäftsführung ohne Auftrag
zwischen Trägern öffentlicher Verwaltung**

VerwVerfR

(OVG Münster in NVwZ-RR 2014, 14; Urteil vom 12.09.2013 – 20 A 433/11)

1. Die Vorschriften über die Geschäftsführung ohne Auftrag gem. §§ 677 ff. BGB können auch dann anzuwenden sein, wenn ein Träger öffentlicher Verwaltung die Aufgaben eines anderen Trägers öffentlicher Verwaltung erfüllt und dieser nicht bereit oder nicht in der Lage ist, seine Aufgabe selbst wahrzunehmen. Entsprechendes trifft zu, wenn das Geschäft in der Vornahme einer Maßnahme besteht, die der ordnungsrechtlichen Verantwortlichkeit des anderen Trägers öffentlicher Verwaltung unterfällt.
2. § 76 NW VwVG schließt Zwangsmittel gegen eine Behörde oder juristische Person des öffentlichen Rechts unabhängig davon aus, ob diese hierdurch in ihrem spezifisch hoheitlichen Aufgabenbereich berührt würde oder ob die Zwangsmittel sich allein auf Tätigkeiten der Behörde oder juristischen Person des öffentlichen Rechts auswirken, die sie nach den für Jedermann geltenden Vorschriften ausübt.
3. Der § 20 III des preußischen Polizeiverwaltungsgesetzes vom 01.06.1931 zu Grunde liegende Rechtsgedanke, die ordnungsrechtliche Verantwortlichkeit für den Zustand von Wasserläufen bestimme sich wegen spezialgesetzlicher Regelungen vor allem in Gestalt der Vorschriften über die wasserrechtliche Unterhaltung ausschließlich nach jenen, findet jedenfalls unter Geltung des Ordnungsbehördengesetzes in der heutigen Fassung keine Anwendung mehr.

Fall: Die klagende Stadt nimmt die beklagte Bundesrepublik auf Erstattung der Kosten von Maßnahmen zur Beseitigung von Verunreinigungen des Rheins in Anspruch.

Das Stadtgebiet der Klägerin wird vom Rhein durchflossen. Die Beklagte ist Eigentümerin des Rheins einschließlich der mit ihm verbundenen Gewässerteile des auf dem Gebiet der Klägerin liegenden Hafens L.-X.-ringen. In dem Hafen lagen seit spätestens Ende der 1990er Jahre der Arbeitsponton „S.“. Das Fahrzeug fand sich in schlechtem Zustand und wurde nicht mehr für die ursprünglichen Zwecke genutzt. Die Beklagte betrieb nach Beendigung vertraglicher Nutzungsrechte an den Hafenterrassen die Räumung gegen den Eigentümer des Fahrzeugs.

Der Arbeitsponton sank im Januar 2004 in einem vertraglich von der Firma C. genutzten Bereich des Hafens, nachdem er zuvor von seinem Liegeplatz abgetrieben war. In der Folge trat aus ihm Öl/Dieselmotorkraftstoff aus und verunreinigte das Wasser. Die Klägerin richtete durch ihre Feuerwehr Ölsperren ein und brachte Ölbindemittel aus. Das Wasser- und Schifffahrtsamt (WSA) L. der Beklagten forderte den Eigentümer des Pontons zu dessen Bergung auf. Nachdem der Eigentümer erklärt hatte, er sei zur Bergung nicht in der Lage, ließ das WSA den Ponton am 04.02.2004 heben und zu einer Werft verbringen. Begleitend hierzu ließ die Klägerin in der Zeit vom 03. bis 06.02.2004 durch die Firma C1. das Öl/Wassergemisch im Bereich der Ölsperren absaugen und entsorgen sowie Ölsaugtücher und Ölbindemittel ausbringen, aufnehmen und entsorgen. Hierfür stellte die Firma C1. der Klägerin 3.744,92 EUR in Rechnung.

Die Klägerin forderte die Beklagte mit Schreiben vom 06.07.2004 zur Erstattung von für den Arbeitsponton angefallenen Kosten in Höhe von 3.744,92 EUR auf. Die Beklagte wies die Forderung zurück; Ansprüche der Klägerin könnten sich nur gegen die Eigentümer des Fahrzeugs richten. Die Klägerin macht den Anspruch nunmehr klageweise vor dem Verwaltungsgericht geltend. Hat die Klage Aussicht auf Erfolg?

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

A. Zulässigkeit der Klage

I. Eröffnung des Verwaltungsrechtswegs, § 40 I 1 VwGO

Die Klägerin macht hier einen Anspruch auf **Aufwendungsersatz aus Geschäftsführung ohne Auftrag (GoA)**. Hierbei handelt es sich grundsätzlich um eine zivilrechtliche Anspruchsposition nach §§ 677ff. BGB. Die Vorschriften finden allerdings analog Anwendung auch auf die öffentlich-rechtliche GoA.

Geht es um die **Wahrnehmung von Aufgaben eines Trägers öffentlicher Gewalt** für einen anderen Träger öffentlicher Gewalt, so kommt ein Anspruch aus öffentlich-rechtlicher GoA jedenfalls in Betracht, was für die Eröffnung des Verwaltungsrechtswegs ausreichend ist.

II. Klageart

„Die Klage ist als **allgemeine Leistungsklage** zulässig.“ (OVG Münster aaO)

III. Klagebefugnis

Für eine allgemeine Leistungsklage bedarf es **analog § 42 II VwGO** auch einer Klagebefugnis. Diese ist im vorliegenden Fall gegeben, wenn ein Anspruch der Klägerin gegen die Beklagte auf Aufwendungsersatz **jedenfalls nicht von vornherein und nach jeder Betrachtungsweise ausgeschlossen** ist. Da die Rechtsfigur der öffentlich-rechtlichen GoA zwischen Verwaltungsträgern **grundsätzlich anerkannt** ist und die Klägerin tatsächlich auch Aufwendungen getätigt hat, erscheint ein Anspruch jedenfalls möglich, so dass Klagebefugnis analog § 42 II VwGO gegeben ist.

IV. Klagegegner

Klagegegner der allgemeinen Leistungsklage ist nach dem sich aus § 78 I Nr. 1 VwGO ergebenden Rechtsträgerprinzip der Rechtsträger der Behörde, für welche die Klägerin tätig wurde, also die BRD als Eigentümerin des Gewässers.

V. Rechtsschutzbedürfnis

„Die Klägerin stützt den mit der Klage verfolgten Zahlungsanspruch in erster Linie auf die Vorschriften über die **GoA**. Da sie nicht befugt ist, einen auf dieser Grundlage bestehenden Anspruch durch Verwaltungsakt geltend zu machen, kann ihr das **Rechtsschutzbedürfnis** für die Klage nicht abgesprochen werden.“ (OVG Münster aaO)

B. Begründetheit der Klage

Die Klage ist begründet, wenn der Klägerin der geltend gemachte Anspruch zusteht.

I. Geschäftsführung ohne Auftrag

„Anspruchsgrundlage für die Erstattungsforderung sind die Vorschriften über die GoA nach § 677, § 683 i.V.m § 670 BGB in entsprechender Anwendung. Bei einer GoA kann der Geschäftsführer wie ein Beauftragter Ersatz seiner Aufwendungen verlangen, wenn die Übernahme der Geschäftsführung dem Interesse und dem wirklichen oder mutmaßlichen Willen des Geschäftsherrn entspricht (§ 683 S. 1 BGB). In den Fällen des § 679 BGB steht der Anspruch dem Geschäftsführer auch zu, wenn die Übernahme der Geschäftsführung mit dem Willen des Geschäftsherrn in Widerspruch steht (§ 683 S. 2 BGB). Ein Beauftragter kann nach § 670 BGB vom Auftraggeber Ersatz von Aufwendungen zum Zweck der Ausführung des Auftrags verlangen, die er den Umständen nach für erforderlich halten darf.“ (OVG Münster aaO)

II. Rechtsfigur der öffentlich-rechtlichen GoA

Die Vorschriften der §§ 677 ff. BGB über die GoA finden im öffentlichen Recht grundsätzlich entsprechende Anwendung.

„Das ist in der Rechtsprechung anerkannt (vgl. BVerwG, Beschluss vom 28.03.2003 - 6 B 22.03 -, Buchholz 442.066 § 53 TKG Nr. 2, und Urteil vom 06.09.1988 - 4 C 5.86 -, BVerwGE 80, 170. An der für die entsprechende Anwendung der §§ 677 ff. BGB erforderlichen **planwidrigen Lücke** fehlt es, wenn und soweit gesetzliche Sonderregelungen das Verhältnis zwischen Geschäftsführer und Geschäftsherr abschließend regeln.“ (OVG Münster aaO)

III. Bestehen einer abschließenden Sonderregelung

Die Anwendbarkeit der öffentlich-rechtlichen GoA hängt somit davon ab, ob das Verhältnis zwischen Klägerin und Beklagter durch andere Rechtsvorschriften geregelt ist.

1. Zuständigkeitszuweisung nicht zwingend abschließende Regelung

Eine **abschließende Regelung** der Frage, wer ein bestimmtes Geschäft vorzunehmen hat, existiert **nicht bereits** dann, wenn die **Zuständigkeit** für eine Aufgabe durch das öffentliche Recht **generell einem bestimmten Träger öffentlicher Verwaltung zur Wahrnehmung zugewiesen** ist.

„Die **Festlegung der Zuständigkeiten regelt die Aufgabenbereiche** unterschiedlicher Träger öffentlicher Verwaltung, hindert aber nicht stets die Erfüllung einer (auch) fremden Aufgabe im Wege der berechtigten GoA. Denn Kennzeichen einer GoA ist vor allem, dass ein Geschäft für den Geschäftsherrn und **mit dessen wirklichen oder mutmaßlichen Willen** geführt wird (§§ 677 f. BGB). Eine solche Situation kann angesichts von § 679 BGB gerade bei der **Wahrnehmung einer Aufgabe in fremder Zuständigkeit** gegeben sein, weil nach dieser Vorschrift ein der Geschäftsführung entgegenstehender

Wille des Geschäftsherrn unbeachtlich ist, wenn ohne die Geschäftsführung eine Pflicht des Geschäftsherrn, deren **Erfüllung im öffentlichen Interesse liegt**, nicht rechtzeitig erfüllt würde. Danach können die §§ 677 ff. BGB auch dann anzuwenden sein, wenn **ein Träger öffentlicher Verwaltung die Aufgaben eines anderen Trägers öffentlicher Verwaltung erfüllt** und dieser nicht bereit oder nicht in der Lage ist, seine Aufgabe selbst wahrzunehmen (vgl. BVerwG, Urteile vom 06.09.1988 - 4 C 5.86 -, aaO., und vom 22.11.1985 - 4 A 1.83 -, ZfW 1986, 357; OVG NRW, Urteil vom 14.03.2013 - 6 A 1760/11 -, ZBR 2013, 274; OVG Rh.-Pf., Urteil vom 13.12.2010 - 2 A 11003/10 -, juris; Seiler in: Münchener Kommentar zum BGB, 6. Aufl., Vor § 677 Rn. 24.).

Entsprechendes trifft zu, wenn das von einem Träger öffentlicher Verwaltung geführte Geschäft in der Vornahme einer Maßnahme besteht, die der **ordnungsrechtlichen Verantwortlichkeit des Geschäftsherrn** unterfällt (vgl. BGH, Urteil vom 13.11.2003 - III ZR 70/03 -, BGHZ 156, 394; Seiler, aaO., Vor § 677 Rn. 31; Ossenbühl/Cornils, Staatshaftungsrecht, 6. Aufl., S. 414 ff.). “ (OVG Münster aaO)

2. Nichtanwendbarkeit bei abschließender Regelung von Kosten- und Auslagen-erstattung

Also solche vorrangigen Vorschriften kommen hier Vorschriften des Verwaltungsvollstreckungsrechts in Betracht. Die Klägerin ist als untere Wasserbehörde ordnungsbehördlich tätig geworden zur Abwehr von eingetretenen und noch drohenden Gefahren für die Wasserqualität des Rheins. Die Vorschriften des Verwaltungsvollstreckungsrecht legen die Voraussetzungen fest, unter denen ein ordnungsrechtlich Verantwortlicher für die einer Behörde entstandenen Kosten von Maßnahmen der Gefahrenabwehr aufzukommen hat. Einschlägig sind, soweit hier von Belang, die Regelungen über die Erstattung der Kosten einer Ersatzvornahme (§§ 55, 59 VwVG NRW).

„Allerdings sind die **Kostenerstattungsregelungen** hinsichtlich einer Ersatzvornahme bezogen auf den vorliegenden Sachverhalt **nicht abschließend**. Anders als in dem Fall, der der vorgenannten und vom Verwaltungsgericht herangezogenen Entscheidung des Bundesgerichtshofs - BGH, Urteil vom 13. November 2003 - III ZR 70/03 -, aaO - zugrunde lag, kam eine **Ersatzvornahme zur Durchsetzung ordnungsrechtlicher Verpflichtungen** der Beklagten **schon im Ansatz nicht in Betracht**, so dass durch die Anwendung der Vorschriften der §§ 677 ff. BGB keine spezialgesetzlichen und damit vorrangigen Eingriffs- und/oder Erstattungsregelungen unterlaufen werden. Nach § 76 VwVG NRW sind **Zwangsmittel gegen Behörden und juristische Personen des öffentlichen Rechts** nämlich **unzulässig**, soweit nicht etwas anderes bestimmt ist. Das lässt, da die Ersatzvornahme zu den Zwangsmitteln gehört (§ 57 I VwVG NRW) und keine andere Bestimmung im Sinne von § 76 VwVG NRW vorliegt, **für eine rechtmäßige Ersatzvornahme** der Klägerin gegen die Beklagte, bei der es sich um eine juristische Person des öffentlichen Rechts handelt, **keinen Raum**. Die Unzulässigkeit einer Ersatzvornahme hat zur Folge, dass sogar bei einer eventuell gleichwohl durchgeführten Ersatzvornahme kein Anspruch auf Erstattung der Kosten der Ersatzvornahme nach § 59 VwVG NRW bestehen könnte. Denn nur im Fall einer rechtmäßig durchgeführten Ersatzvornahme kann sich aus dieser Vorschrift eine Verpflichtung zur Kostenerstattung ergeben (vgl. OVG NRW, Urteil vom 21.08.1997 - 20 A 6979/95 -, juris, m.w.N.).“ (OVG Münster aaO)

Der Ausschluss von Zwangsmitteln gegen Behörden und juristische Personen des öffentlichen Rechts ist auch nicht davon abhängig, ob diese hierdurch in ihrem spezifisch hoheitlichen Aufgabenbereich berührt würden.

„Eine den **Wortlaut** von § 76 VwVG NRW, der Zwangsmittel generell für unzulässig erklärt, wenn sie gegen Behörden oder juristische Personen des öffentlichen Rechts gerichtet werden sollen, **einschränkendes Verständnis** findet in den für die Auslegung der Vorschrift heranzuziehenden Umständen **keine tragfähige Stütze**. Die Erwägungen, die der Rechtsprechung zur Möglichkeit der ordnungsbehördlichen Inanspruchnahme auch von Behörden und juristischen Personen des öffentlichen Rechts auf der Grundlage von Vorschriften über jedermann obliegende Verantwortlichkeiten zugrunde liegen (vgl. hierzu BVerwG, Urteile vom 08.05.2003 - 7 C 15.02 -, NVwZ 2003, 1252, vom 25.07.2002 - 7 C 24.01 -, BVerwG 117, 1, und vom 16.01.1968 - 1 A 1.67 -, BVerwGE 29, 52) lassen sich für Nordrhein-Westfalen wegen § 76 VwVG NRW nicht auf die Anwendung von Zwangsmitteln zur Durchsetzung der entsprechenden Verpflichtungen übertragen. [wird ausgeführt]. § 76 VwVG NRW beruht ersichtlich auf dem **Gedanken**, dass die Anwendung von **Verwaltungszwang** auch in einer solchen Situation **wegen der besonderen Gebundenheit öffentlicher Stellen an Gesetz und Recht nicht erforderlich** oder mit Blick auf das staatliche Gesamtgefüge nicht angezeigt ist (vgl. hierzu OVG NRW, Urteil vom 26.11.1984 - 20 A 1273/83 -, Sadler, VwVG, VwZG, 8. Aufl., § 17 VwVG Rn. 3, 13.

Diese **gesetzliche Wertung** des § 76 VwVG NRW betrifft **alle Tätigkeitsbereiche** einer Behörde oder juristischen Person des öffentlichen Rechts, allerdings nur die Vollstreckung. Sie bietet **keinen Anhaltspunkt** für die Annahme, mit dem Ausschluss von Zwangsmitteln solle **zugleich eine abschließende Regelung über die Tragung von Kosten** bewirkt werden, die bei einer Behörde oder deren Träger zur Erfüllung von Aufgaben anfallen, die an sich von einer anderen Behörde oder juristischen Person des öffentlichen Rechts hätten wahrgenommen werden müssen.

Die von der Klägerin hilfsweise als Anspruchsgrundlagen mit kostenrechtlichem Regelungsgehalt er- wogenen Vorschriften [§§ 45, 46 OBG] schließen die Anwendbarkeit der §§ 677 ff. BGB ebenfalls nicht aus. [wird ausgeführt]“ (OVG Münster aaO)

IV. Vorliegen der Anspruchsvoraussetzungen

Es müssten auch die Voraussetzungen von § 683 S. 1 i.V.m. § 670 BGB sind bezogen auf die Hauptforderung der Klägerin erfüllt sein.

1. Führen eines Geschäfts der Beklagten

Die Klägerin müsste durch die Maßnahmen, zu deren Durchführung die in Rede stehenden Aufwendungen angefallen sind, im Sinne von § 677 BGB ein Geschäft für die Beklagte geführt haben.

„Sie hat Aufgaben erfüllt, die an sich der Beklagten oblagen, indem sie die **Schwimmfähigkeit** des Fahrgastschiffs **wiederhergestellt, drohende Verunreinigungen des Rheins** durch aus dem Fahrgastschiff noch austretende wassergefährdende Stoffe verhindert und die bereits eingetretenen Verunreinigungen des Rheins durch aus dem Fahrgastschiff und dem Arbeitsponton ausgetretenes Öl/Dieselmotorkraftstoff beseitigt hat.“ (OVG Münster aaO)

Fraglich ist, inwiefern es relevant ist, dass die Klägerin als untere Wasserbehörde für ihr Stadtgebiet zugleich die Aufgabe hatte, Gefahren vom Rhein abzuwehren. Es könnte sich insofern zumindest um ein „auch fremdes Geschäft“ ändern. „Für einen anderen“ wird ein Geschäft von demjenigen besorgt, der mit dem Wissen und Willen handelt, nicht nur für sich, sondern zumindest auch im Interesse eines anderen tätig zu werden.

„Für das Vorhandensein eines solchen Willens spricht eine Vermutung, wenn das **Geschäft objektiv, seinem äußeren Erscheinungsbild nach, auch einem anderen zugute kommt** (vgl. OVG NRW, Beschluss vom 14.01.1998 - 20 A 6457/96 -, m. w. N.; Palandt, BGB, 72. Aufl., § 677 Rn. 3 bis 6.).

Letzteres trifft hier zu. Es war an sich **Sache der Beklagten**, die kostenverursachenden Maßnahmen durchzuführen. Daraus, dass auch die Eigentümer der Fahrzeuge für deren Zustand verantwortlich waren, ergibt sich nichts anderes. Ein Geschäft kann, abhängig von der jeweiligen objektiven Interessenlage, für mehrere Geschäftsherren nebeneinander geführt werden (vgl. Seiler, aaO., § 677 Rn. 8.; Palandt, aaO., § 677 Rn. 8).

Daran, dass die Maßnahmen ein für die Klägerin (auch) fremdes Geschäft der Beklagten waren, ändert sich nichts, wenn, was die Beklagte annimmt, bezogen auf die durch den Arbeitsponton verursachten Verunreinigungen auch die Firma C. zum Kreis der ordnungsrechtlich Verantwortlichen gezählt hat.

Die Herstellung der Schwimmfähigkeit des Fahrgastschiffs und die Verhinderung des Austretens wassergefährdender Stoffe aus dem Schiff lagen **objektiv im Interesse der Beklagten**. Die Verpflichtung der Beklagten zur Vornahme der insofern durchgeführten Maßnahmen folgt aus ihrer **ordnungsrechtlichen Verantwortlichkeit** nach § 18 I, II OBG. Danach sind die Maßnahmen zur Gefahrenabwehr gegen den Eigentümer zu richten, wenn die **Gefahr von einer Sache ausgeht (§ 18 I 1 OBG)**; die Maßnahmen können auch gegen den Inhaber der tatsächlichen Gewalt gerichtet werden (§ 18 II 1 OBG). Das beinhaltet die materielle Ordnungspflicht der potentiellen Adressaten dieser Maßnahmen. Die Beklagte gehört zum Kreis der nach § 18 OBG Verantwortlichen hinsichtlich der Verunreinigungen. Sie war - und ist - Eigentümerin und Inhaberin der tatsächlichen Gewalt an den von den Verunreinigungen betroffenen Flächen des Rheins.“ (OVG Münster aaO)

Die Anwendung von § 18 I, II OBG ist allerdings dann ausgeschlossen, wenn andere Rechtsvorschriften bestimmen, gegen wen die Maßnahmen zu richten sind (§ 18 IV i.V.m. § 17 IV 4 OBG). Als solche Vorschrift kommt hier § 20 III des preußischen Polizeiverwaltungsgesetzes vom 01.06.1931 (Gesetzsamml. S. 77) - **prPVG** – in Betracht, wonach die Bestimmungen über die Zustandsverantwortlichkeit (§ 20 I, II prPVG) unter anderem **nicht für Wasserläufe** galten. Fraglich ist jedoch, ob diese Regelung überhaupt noch fortgilt (bislang so angenommen vom OVG).

„[Diese Regelung] war im Zeitpunkt der Durchführung der Maßnahmen im Jahre 2004 **aufgrund des Ordnungsbehördengesetzes überholt und gegenstandslos**. Das Polizeiverwaltungsgesetz war nach § 51 I OBG in der zu diesem Zeitpunkt geltenden Fassung der Bekanntmachung vom 13.05.1980 (GV. NRW. S. 528) mit dem Inkrafttreten des Ordnungsbehördengesetzes von den Ordnungsbehörden **nicht mehr anzuwenden**. Das galt - und gilt - für das Polizeiverwaltungsgesetz insgesamt. § 51 I OBG in der Fassung vom 13.05.1980 stimmt, soweit entscheidungserheblich, inhaltlich überein mit § 58 I OBG in der Erstfassung dieses Gesetzes vom 16.10.1956 (GV. NRW. S. 289). Es handelt sich um eine **Übergangsvorschrift**, durch die das zuvor in Nordrhein-Westfalen geltende Polizeiverwaltungsgesetz für die Ordnungsbehörden außer Kraft gesetzt worden ist. Die **Annahme einer teilwei-**

sen Fortgeltung des Polizeiverwaltungsgesetzes widerspricht dem eindeutigen Wortlaut der Übergangsregelung und deren Sinn, das Polizeiverwaltungsgesetz für die Ordnungsbehörden durch das Ordnungsbehördengesetz abzulösen, also dem für ihr Verständnis ausschlaggebenden objektivierten Willen des Gesetzgebers. Die weitergehend im Gesetzgebungsverfahren **verlautbarte Absicht**, am bisherigen Rechtszustand im Sinne von § 20 III prPVG festzuhalten (vgl. OVG NRW, Urteile vom 26.03.1985 - 20 A 2724/83 -, ZfW 1986, 262, und vom 19.09.1969 - 11 A 1014/68 -, ZfW 1970, 154; Riedorf, aaO) hat in der Gesetz gewordenen Fassung des Ordnungsbehördengesetzes **keinen fassbaren Niederschlag gefunden**. Sie läuft angesichts des klaren Wortlauts des Ordnungsbehördengesetzes auf die Meinung hinaus, der Regelungsgehalt von § 20 III prPVG sei nach dessen Unanwendbarkeit für die Ordnungsbehörden spezialgesetzlichen Vorschriften zu entnehmen. Die von der Beklagten zitierte anderslautende Auffassung des Senats in seinem Urteil vom 26.03.1985 - OVG NRW, Urteil vom 26. März 1985 - 20 A 2724/83 -, aaO -, beruht wesentlich auf der Annahme, der § 20 III prPVG zugrunde liegende Rechtsgedanke, die ordnungsrechtliche Verantwortlichkeit für den Zustand von Wasserläufen bestimme sich wegen spezialgesetzlicher Regelungen in Gestalt der Vorschriften vor allem über die wasserrechtliche Unterhaltung ausschließlich nach jenen, habe unter Geltung des Ordnungsbehördengesetzes noch Bestand. **Daran hält der Senat für § 18 I, II OBG in der im Jahre 2004 geltenden Fassung des Gesetzes nicht fest**. Die als vorrangige Spezialregelungen in Betracht zu ziehenden Vorschriften sind aufgrund ihrer jeweiligen spezifischen Zielsetzung in der Reichweite zur Abwehr von Gefahren von Gewässern inhaltlich beschränkt. Sie schließen einen Rückgriff auf die allgemeinen Regelungen über die ordnungsrechtliche Zustandsverantwortlichkeit jedenfalls für den gegebenen Sachverhalt der Gewässerverunreinigung nicht aus.“ (OVG Münster aaO)

§ 20 III prPVG steht einer Anwendung des § 18 OBG gegenüber der Beklagten daher nicht entgegen.

2. Fremdgeschäftsführungswille

Zu der objektiven Fremdheit des von der Klägerin geführten Geschäfts muss aber auch hinzukommen, dass die Klägerin auch **subjektiv mit dem Willen gehandelt** und ihn ferner nach außen zum Ausdruck gebracht hat, als Ordnungsbehörde anstelle des ordnungsrechtlich Verantwortlichen und **auf dessen Kosten** tätig zu werden.

„Ihre eigene Zuständigkeit hat die Klägerin allenfalls im Rahmen der Ermächtigung wahrnehmen wollen, als **Ordnungsbehörde Maßnahmen zulasten des/der eigentlich Verantwortlichen durchzuführen**. Bezogen auf das Fahrgastschiff hat die Klägerin durch ihre Ordnungsbehörde die Ordnungsverfügung vom 30.03.2004 erlassen und der Beklagten in Reaktion auf deren Weigerung, den Anordnungen Folge zu leisten, angekündigt, sie werde die Maßnahmen selbst vornehmen und die Beklagte auf Erstattung der anfallenden Kosten in Anspruch nehmen. Die Sofortmaßnahmen vor Erlass der Ordnungsverfügung hat die Klägerin unverkennbar durch ihre Ordnungsbehörde wegen ausbleibender Wahrnehmung durch die ordnungsrechtlich Verantwortlichen ergriffen. Gleiches gilt für die Maßnahmen hinsichtlich des Arbeitspontons. Dabei hat die Klägerin ersichtlich nicht der von der Beklagten durch die Beschränkung auf die Hebung des Pontons zum Ausdruck gebrachten Auffassung zugestimmt, mit der Bergung habe es, was die Verantwortlichkeit der Beklagten angehe, sein Bewenden.“ (OVG Münster aaO)

3. Berechtigung zur Geschäftsführung

Der Aufwendungsersatzanspruch setzt weiterhin voraus, dass die Klägerin zur Geschäftsführung berechtigt war. Dies ist anzunehmen, wenn sie im tatsächlichen oder mit dem mutmaßlichen Willen der Beklagten gehandelt hat. Ein entgegenstehender Wille ist allerdings unbeachtlich, wenn es bei dem Geschäft um eine Pflicht des Geschäftsherrn geht, die anderenfalls nicht rechtzeitig erfüllt werden würde, deren Erfüllung aber im öffentlichen Interesse liegt (§ 679 BGB).

„Die von der Klägerin zur Herstellung der Schwimmfähigkeit des Fahrgastschiffs und dessen Räumung von an Bord befindlichen wassergefährdenden Stoffen sowie zur Beseitigung der von ihm sowie vom Arbeitsponton ausgehenden Gewässerverunreinigungen durchgeführten Maßnahmen lagen im **dringenden öffentlichen Interesse**. Die **Maßnahmen duldeten keinen Aufschub**, weil der Rhein nach dem Sinken der Fahrzeuge durch Öl/Dieselmotorkraftstoff verunreinigt war und mit dem Eintritt weiterer Verunreinigungen durch zusätzlich austretende wassergefährdende Stoffe sowie durch eine fortschreitende flächenmäßige Ausdehnung der Fahne aus Öl/Dieselmotorkraftstoff gerechnet werden musste. Sie wurden im Zeitpunkt ihrer Vornahme **von den Beteiligten übereinstimmend inhaltlich als sachgerecht betrachtet**; das trifft auch zu, was ihre zeitliche Notwendigkeit anbelangt. Die Beklagte hat auch nachträglich keinen Zweifel in dieser Richtung vorgebracht. Die Beklagte hat ihre Zuständigkeit auch durch Rechtsbehelfe gegen die Ordnungsverfügung vom 30.03.2004 nachdrücklich in Abrede gestellt und die Klägerin im Wesentlichen auf die Inanspruchnahme der Eigentümer der Fahrzeuge verwiesen, die tatsächlich nicht zur Gefahrenabwehr zur Verfügung standen, deren finanzielle Leistungsfähigkeit zumindest fragwürdig und deren Leistungsbereitschaft durch nichts gesichert war.

Eine verbindliche Klärung der Zuständigkeit und Verantwortlichkeit der Beklagten auf dem Aufsichtswege oder mittels gerichtlicher Entscheidung war in der mit einer effektiven Abwehr der Gefahr noch zu vereinbarenden kurzen Frist nicht zu erreichen. Die Klägerin war faktisch mangels realer Möglichkeit, auf den oder die an sich Verantwortlichen mit Aussicht auf tatsächliche Vornahme der zur Gefahrenabwehr gebotenen Maßnahmen einzuwirken, sowie wegen der gegebenen Unaufschiebbarkeit des Schutzes des Rheins vor den eingetretenen und noch drohenden zusätzlichen Verunreinigungen gezwungen, den gegebenen Handlungsbedarf selbst zu befriedigen.“ (OVG Münster aaO)

Die Klägerin hat sich insofern nicht eigenmächtig in die Angelegenheiten der Beklagten „eingemischt“, sondern, veranlasst durch die Untätigkeit der Beklagten und die Erforderlichkeit eines effektiven Schutzes des Rheins vor Verunreinigungen, das nach Lage der Dinge Notwendige unternommen.

Dadurch hat die Beklagte auch die an sich von ihr aufzubringenden Aufwendungen zur Durchführung der Maßnahmen zunächst erspart.

4. Höhe der Aufwendungen

Der Klägerin müssten auch die geltend gemachten Aufwendungen entstanden sein. Aufwendungen sind freiwillige Vermögensopfer, die der Geschäftsführer für das Führen des Geschäfts in Kauf genommen hat.

„Die Höhe der Klageforderung steht im Einklang mit den Beträgen, die der Klägerin von Seiten der von ihr beauftragten Firmen für die Maßnahmen in Rechnung gestellt worden sind. Sie sind bei der Klägerin als Aufwendungen für die Führung des Geschäfts angefallen. Ihre Erforderlichkeit ist zwischen den Beteiligten nicht streitig.“ (OVG Münster aaO)

5. Zinsanspruch

Fraglich ist, ob die Klägerin für eine öffentlich-rechtliche Geldforderung eine Verzinsung nach § 288 BGB verlangen kann.

*„Verzugszinsen können bei öffentlich-rechtlichen Geldforderungen lediglich aufgrund einer **ausdrücklichen gesetzlichen Grundlage** verlangt werden. Eine analoge Anwendung von § 288 BGB kommt nur in Betracht, wenn es sich bei der Forderung um eine vertragliche Leistungspflicht handelt, die in einem Gegenseitigkeitsverhältnis steht (vgl. BVerwG, Urteile vom 30.06.2011 - 3 C 30.10 -, DVBl. 2011, 1224, und vom 20.09.2001 - 5 C 5.00 -, BVerwGE 115, 139, jeweils m.w.N.).*

*Der Anspruch auf Erstattung von Aufwendungen nach Maßgabe der §§ 677 ff. BGB gehört nicht zu solchen Forderungen. Er ist ein gesetzlicher Anspruch. Zinsen stehen der Klägerin **lediglich als Prozesszinsen** nach § 291 BGB in entsprechender Anwendung zu.*

*Die Höhe der Prozesszinsen beträgt nach § 291 S. 2 i.V.m. § 288 I 2 BGB **fünf Prozentpunkte über dem Basiszinssatz**. Der mit der Klage geforderte Zinssatz von acht Prozentpunkten über dem Basiszinssatz gemäß § 288 II BGB findet keine Anwendung. Er wird für Entgeltforderungen geschuldet. Eine Entgeltforderung im Sinne von § 288 II BGB setzt voraus, dass die Geldforderung die Gegenleistung für eine Leistung des Gläubigers ist (vgl. BGH, Urteile vom 16.06.2010 - VIII ZR 259/09 -, NJW 2010, 3226, und vom 21.04.2010 - XII ZR 10/08 -, NJW 2010, 1872).*

Bei der hier in Rede stehenden Erstattung von Aufwendungen nach den Vorschriften der Geschäftsführung ohne Auftrag handelt es sich nicht um eine solche Gegenleistung.“ (OVG Münster aaO.

Die Klägerin kann daher lediglich eine Verzinsung in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz verlangen.

Kurzauslese I

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

BGB
§ 203 S. 1

Verjährung Hemmungswirkung bei schwebenden Verhandlungen

BGB

(BGH in MDR 2014, 202; Beschluss vom 19.12.2013 – IX ZR 120/11)

Bei **schwebenden Verhandlungen** wirkt die **Hemmung grds.** auf den Zeitpunkt **zurück**, in dem der Gläubiger seinen Anspruch gegenüber dem Schuldner geltend gemacht hat

„Nach der **Rspr. des BGH** genügt es für das Vorliegen von die Verjährung hemmenden Verhandlungen, wenn der **Berechtigte Anforderungen an den Verpflichteten stellt und dieser nicht sofort ablehnt**, sondern sich auf Erörterungen einlässt. Antwortet der Verpflichtete auf die Mitteilung des Berechtigten alsbald in solcher Weise, dass dieser annehmen darf, der Verpflichtete werde im Sinne einer Befriedigung der Ansprüche Entgegenkommen zeigen, so tritt eine Verjährungshemmung ein, die auf den Zeitpunkt der Anspruchsanmeldung zurückzubeziehen ist (BGH VersR 1959, 34; BGH VersR 1962, 615; vgl. auch BGH VersR 2008, 1669).

Die von der Rechtsbeschwerde angeführten Entscheidungen des VII. und auch des VIII. Zivilsenats stehen dieser Rspr. nicht entgegen. Entweder beziehen sie sich auf den anders lautenden § 639 II BGB a. F. (BGH NJW 1983, 162; BGH ZIP 1999, 1132) oder aber sie stellen auf den späteren Zeitpunkt ab, weil dies ausreichte, um eine rechtzeitige Hemmung annehmen zu können, ohne der anders lautenden Rspr. des VI. Zivilsenats entgegenzutreten (BGHZ 93, 64; BGH NJW 2007, 587).“ (BGH aaO)

BGB
§ 213

Verjährungshemmung Reichweite der Rechtskraft

BGB

(BAG in MDR 2014, 287 = NZA 2014, 164; Urteil vom 25.09.2013 – 10 AZR 454/12)

§ 213 BGB ordnet eine „Wirkungserstreckung“ der Hemmung der Verjährung auf Ansprüche an, die nicht unmittelbar Streitgegenstand eines Vorprozesses waren. Ansprüche beruhen dabei nur auf „demselben Grund“ i. S. von § 213 BGB, wenn ihr Anspruchsgrund im Kern identisch ist; ein bloßer wirtschaftlicher oder funktioneller Zusammenhang genügt ebenso wenig wie die (notwendige) Identität des Schuldners.

- I. Eine **Hemmung der Verjährung durch Rechtsverfolgung** i. S. von § 204 I Nr. 1 BGB tritt **nur für Ansprüche ein, die streitgegenständlich sind** (BGH NJW 2007, 2560).
- II. § 213 BGB **erstreckt die Hemmungswirkung nach §§ 203 ff. BGB auf Ansprüche „die aus demselben Grunde wahlweise neben dem Anspruch oder an seiner Stelle gegeben sind“.**

„Die mit der Schuldrechtsreform neu eingeführte Norm verallgemeinert einen Gedanken, der vorher lediglich im Bereich des Kaufvertrags- und Werkvertragsrechts Anwendung fand (§ 477 III BGB a. F., § 639 I BGB a. F.; vgl. BT-Drs. 14/6040, 91; jurisPK-BGB/Lakkis, 6. Aufl., § 213 Rn 1). Der Gesetzgeber der Schuldrechtsreform wollte den Gläubiger, „der ein bestimmtes Interesse mit einem bestimmten Anspruch verfolgt“ davor schützen, „dass inzwischen andere Ansprüche auf dasselbe Interesse verjähren, die von vornherein wahlweise neben dem geltend gemachten Anspruch gegeben sind oder auf die er stattdessen übergehen kann“. Der Gläubiger sollte nicht gezwungen werden, insoweit gesonderte Hilfsanträge zu stellen (BT-Drs. 14/6040, 121).“ (BAG aaO)

1. **Tatbestandliche Voraussetzung** für die Anwendbarkeit des § 213 BGB ist zunächst, dass der Anspruch „aus demselben Grunde“ gegeben ist. Gemeint ist damit der durch das Anspruchsziel geprägte Sachverhalt (Erman/J. Schmidt-Räntsch, 13. Aufl., § 213 Rn 3), nicht der Streitgegenstand im prozessualen Sinn.

„Dies ergibt sich aus **systematischen Erwägungen**: Für Ansprüche, die im Vorprozess streitgegenständlich waren, tritt eine Hemmung der Verjährung bereits nach § 204 I Nr. 1 BGB ein. Würde man eine Identität des Streitgegenstands verlangen, wäre § 213 BGB überflüssig (jurisPK-BGB/Lakkis, § 213 Rn 2). Die **Norm erstreckt die Hemmung i. S. einer „Wirkungserstreckung“** (Erman/J. Schmidt-Räntsch, § 213 Rn 1; MüKo-BGB/Grothe, 6. Aufl., § 213 Rn 1) auf bestimmte weitere Ansprüche, die nicht unmittelbar Streitgegenstand waren. Dabei genügt aber nicht, dass die Ansprüche irgendwie wirtschaftlich zusammenhängen. Ebenso wenig ist ausreichend, dass die Ansprüche gegen denselben Schuldner gerichtet sind; dies ist eine notwendige, aber keine hinreichende Voraussetzung. Vielmehr müssen sie sich aus demselben Lebenssachverhalt ergeben, der Anspruchsgrund muss mindestens „im Kern identisch“ sein (Bamberger/Roth/Henrich, 3. Aufl., § 213 Rn. 2; MüKo-BGB/Grothe, § 213 Rn 3; Palandt/Ellenberger, § 213 Rn 2). Durch das Tatbestandsmerkmal wird die Wirkungserstreckung auf Ansprüche beschränkt, die in einem ähnlichen Verhältnis zueinander stehen wie die Gewährleistungsansprüche des § 477 I BGB a. F. oder die Ansprüche des § 638 BGB a. F. (Erman/J. Schmidt-Räntsch, § 213 Rn 3).

Dies macht auch der **Ablauf des Gesetzgebungsverfahrens** deutlich: Nach dem ursprünglichen Gesetzesentwurf (BT-Drs. 14/6040, 5) sollte § 213 BGB folgenden Wortlaut haben: „Die Hemmung und der erneute Beginn der Verjährung gelten auch für Ansprüche, die neben dem Anspruch oder an seiner Stelle gegeben sind“. Dieser **Wortlaut** ließ die Deutung zu, dass ein Zusammenhang im Anspruchsgrund nicht Voraussetzung für die Anwendung der Norm sein sollte. Der Bundesrat hat die Auffassung vertreten, aus dieser Formulierung werde weder das nach der Gesetzesbegründung (BT-Drs. 14/6040, 121 f.) erforderliche Wahlverhältnis zwischen den Ansprüchen noch die Tatsache deutlich, dass die Ansprüche auf das gleiche Interesse gerichtet sein müssen (BT-Drs. 14/6857, 10). Die Bundesregierung hat diese Bedenken aufgegriffen; mit der jetzigen Gesetzesfassung sollten diese den Anwendungsbereich der Norm einschränkende Tatbestandsvoraussetzungen – die sich früher bereits aus der systematischen Stellung des § 477 III BGB a. F. ergaben – klar gestellt werden (BT-Drs. 14/6857, 46).“ (BAG aaO)

2. Von einem derart **beschränkten Anwendungsbereich der Norm** geht auch die Rspr. der ordentlichen Gerichte aus.

„So werden bspw. Nacherfüllungs- und Gewährleistungsrechte, die auf demselben Mangel beruhen, als aus demselben Grund gegeben angesehen (BGH NJW 2010, 1284; KG BeckRS 2011, 09607). Ebenso wird dies für eine Vorschussklage zur Mängelbeseitigung und einen Schadensersatzanspruch nach § 635 BGB a. F. angenommen (OLG Celle BeckRS 2013, 14463) oder im Verhältnis zwischen einem Erfüllungsanspruch und dem Schadensersatzanspruch wegen Nichterfüllung (OLG Hamm BeckRS 2010, 25948). Abgelehnt wurde hingegen eine Anwendung des § 213 BGB auf das Verhältnis zwischen einem abstrakten Schuldversprechen einerseits und einem Darlehensvertrag andererseits (OLG Frankfurt a. M., NJW 2008, 379), da die Ansprüche nur erfüllungsmäßig funktionell miteinander verknüpft seien.“ (BAG aaO)

BGB
§ 488 I 2

Verzinslichkeit eines Darlehens Beweislast des Darlehensgebers

BGB

(OLG Oldenburg in MDR 2014, 203; Urteil vom 09.07.2013 – 13 U 136/12)

Die **Beweislast für die Verzinslichkeit eines Darlehens trägt der Darlehensgeber**, § 488 I 2 BGB.

„Gem. § 488 I 2 BGB ist der Darlehensnehmer verpflichtet, „einen geschuldeten Zins“ zu zahlen und bei Fälligkeit das zur Verfügung gestellte Darlehen zurückzahlen. In der **Gesetzesbegründung** heißt es dazu, die jetzige Regelung gehe vom Regelfall der Entgeltlichkeit des Darlehensvertrages aus und führe daher die Zinspflicht ausdrücklich auf. Das entspreche den heutigen Realitäten, wonach ein Darlehen in aller Regel entgeltlich sei (BT-Drs. 14/6040, S. 253). Daraus kann aber, anders als das Landgericht meint, nicht geschlossen werden, dass die Entgeltlichkeit des Darlehens gesetzlich vermutet würde und der Schuldner eine von ihm behauptete Unentgeltlichkeit beweisen müsste. Eine solche Beweislastverteilung lässt sich dem Gesetzeswortlaut nicht entnehmen.

Zwar dürfen angesichts der **Realitäten im Geschäftsverkehr** an die Annahme einer konkludenten Vereinbarung der Verzinslichkeit keine zu hohen Anforderungen gestellt werden (vgl. NK-BGB/Krämer-Müller, 2. Aufl., § 488 Rn 12). Das ändert aber nichts daran, dass nach der Formulierung des § 488 Abs. 1 Satz 2 BGB eine Zinszahlungspflicht des Darlehensnehmers nur unter der Voraussetzung besteht, dass ein Zins geschuldet ist. Diese **Anspruchsvoraussetzung ist nach den allgemeinen Grundsätzen zur Verteilung der Beweislast vom Gläubiger zu beweisen** (so auch NK-BGB/Krämer-Müller aaO; BeckOK-BGB/Rohe, § 488 Rn 51; AnwK-BGB/Reiff, § 488 Rn 5; vgl. auch OLG München BeckRS 2013, 05409; OLG Oldenburg NJW-RR 1995, 1452). Die Gegenansicht, nach der der Darlehensnehmer für die Unverzinslichkeit des Darlehens beweispflichtig sein soll (MüKo-BGB/Berger, 6. Aufl., § 488 Rn 149; PWW/Kessal-Wulf, BGB, 7. Aufl., § 488 Rn 6; Palandt/Weidenkauf, BGB, 72. Aufl., § 488 Rn 28; Jauernig/Chr. Berger, BGB, 14. Aufl., § 488 Rn 19 [abweichend von der Voraufgabe]; vgl. auch Nobbe, Kreditrecht, 2. Aufl., § 488 Rn 31), vermag nicht stichhaltig zu begründen, warum bei § 488 I 2 BGB hinsichtlich der Zinsen von den allgemeinen Grundsätzen zur Beweislast abgewichen werden sollte. Sie führt auch zu **wenig überzeugenden Konsequenzen** hinsichtlich der Zinshöhe, falls dem Schuldner - seine Beweislast unterstellt - der Beweis der Unverzinslichkeit nicht gelingt. Für die Höhe des Zinssatzes soll dann der Darlehensgeber beweispflichtig sein, wenn er einen höheren als den gesetzlichen Zinssatz von 4% (§ 246 BGB) geltend macht. Eine derartige Aufspaltung der Beweislast dem Grunde und der Höhe nach lässt sich aber weder dem Gesetzeswortlaut noch der Gesetzesbegründung entnehmen.“ (OLG Oldenburg aaO)

StGB
§§ 25 II, 224 I Nr. 2

Gefährliche Körperverletzung Sukzessive Mittäterschaft

StGB

(BGH in NSTZ-RR 2014, 73; Beschluss vom 22.05.2013 – 2 StR 14/13)

Bei einer **gefährlichen Körperverletzung nach § 224 I Nr. 2 StGB scheidet die Annahme sukzessiver Mittäterschaft aus, wenn** bei Hinzutreten der übrigen Täter die **nicht vorab verabredete Tat des Ersttätters bereits vollständig abgeschlossen** ist. Dies gilt auch dann, wenn die Hinzutretenden die Tat des Ersttätters billigen und anschließend für einen weitergehenden körperlichen Angriff ausnutzen.

„Nach der Rspr. des BGH zieht bei einem **Geschehen, welches schon vollständig abgeschlossen** ist, das Einverständnis des später Hinzutretenden trotz Kenntnis, Billigung oder Ausnutzung der durch den anderen Mittäter geschaffenen Lage eine **strafbare Verantwortung für das bereits abgeschlossene Geschehen** nicht nach sich (BGHSt 2, 344; BGH NSTZ 1994, 123; BGH NSTZ 1997, 272; BGH NSTZ 2008, 280). Das gilt auch, wenn eine Tatbestandsvariante vorliegt, die vom Mittäter vor Hinzutritt der weiteren Tatbeteiligten vollständig erfüllt worden ist.“ (BGH aaO)

StGB
§ 231 I 1. Alt.

Schlägerei Aufeinander folgende Tötlichkeiten

StGB

(BGH in NSTZ 2014, 147; Urteil vom 19.12.2013 – 4 StR 347/13)

Die für die Erfüllung des Tatbestandsmerkmals **Schlägerei** erforderlichen **wechselseitigen Tötlichkeiten zwischen mehr als zwei Personen** müssen nicht gleichzeitig begonnen werden. Eine Schlägerei ist vielmehr auch dann gegeben, wenn **nacheinander jeweils nur zwei Personen gleichzeitig wechselseitige Tötlichkeiten verüben**, zwischen diesen Vorgängen aber ein so **enger innerer Zusammenhang** besteht, dass die **Annahme eines einheitlichen Gesamtgeschehens gerechtfertigt** ist.

„Eine Schlägerei i. S. des § 231 I 1. Alt. StGB kann vielmehr auch anzunehmen sein, wenn nacheinander jeweils nur zwei Personen gleichzeitig wechselseitige Tötlichkeiten verüben, zwischen diesen Vorgängen aber ein so enger innerer Zusammenhang besteht, dass eine **Aufspaltung in einzelne „Zweikämpfe“ nicht in Betracht kommt** und die Annahme eines einheitlichen Gesamtgeschehens mit mehr als zwei aktiv Beteiligten gerechtfertigt ist (BGH NSTZ 1997, 402; RGSt 59, 107 zum von mehreren verübten Angriff; Fischer StGB, 61. Aufl., § 231 Rn 2; NK-StGB/Paeffgen, § 231 Rn 5; Pichler, Beteiligung an einer Schlägerei, 2010, S. 47). Allerdings verliert eine tätliche Auseinandersetzung zwischen mehr als zwei Personen den Charakter einer Schlägerei, wenn sich so viele Betei-

lichte entfernen, dass nur noch zwei Personen verbleiben, die aufeinander einschlagen oder in anderer Weise gegeneinander tätlich sind (RG JW 1938, 3157; Eisele ZStW 110 [1998], S. 69; Henke Jura 1985, 585; Saal, Die Beteiligung an einer Schlägerei, 2005, S. 44).“ (BGH aaO)

StGB
§ 304

Gemeinschaftliche Sachbeschädigung
Beeinträchtigung der öffentlichen Funktion durch Graffiti

StGB

(OLG Hamburg in NStZ-RR 2014, 81; Beschluss vom 04.12.2013 – 2 REV 72/13)

- I. Die **öffentliche Funktion von Fahrzeugen bzw. Fahrzeugteilen des öffentlichen Personennahverkehrs** ist i. S. von § 304 I und II StGB **bereits beeinträchtigt, wenn das Erscheinungsbild der Fahrzeuge** durch Beschmierungen der Außenflächen so **erheblich verändert** wird, dass der öffentlichen Zweck, mit komfortablen und sauberen Fahrzeugen neben dem Erhalt von Fahrgästen neue Fahrgäste zu gewinnen, um so durch Stärkung und Ausweitung des öffentlichen Personennahverkehrs ein weiteres Anwachsen des Individualverkehrs mit seinem Flächenverbrauch und seiner Umweltbelastung zu verhindern, unterlaufen wird.

„**Beschädigen** i. S. des § 304 II StGB - sowie entsprechend des § 303 II StGB - ist bereits ein **nicht nur unerhebliches und nicht nur vorübergehendes unbefugtes Verändern des Erscheinungsbildes einer Sache**, ohne dass ein durch diese Veränderung selbst oder deren Entfernung hervorgerufener weiterer Schaden erforderlich wäre.

Nach **ganz überwiegender Auffassung** ist für die Tatbestandsmäßigkeit nach § 304 II StGB - ebenso wie entsprechend bei einer Beschädigung nach § 304 I StGB - zusätzlich erforderlich, dass die Erscheinungsveränderung i. S. des § 304 II StGB gerade die öffentliche Funktion des Tatobjektes beeinträchtigt (vgl. Fischer aaO, § 304 Rn 13a; Satzger/Schmitt/Widmaier, StGB, § 304 Rn 12, jeweils m. w. Nachw.). Ob diese Auffassung zutrifft, obwohl danach der über § 304 I StGB hinausgehende Anwendungsbereich des § 304 II StGB erheblich eingeschränkt wird, kann der Senat hier dahin stehen lassen, weil vorliegend durch die Schmierereien die öffentliche Funktion der betroffenen S-Bahnwagen beeinträchtigt worden ist. Dies ist bereits für das Besprühen der Wagenaußenflächen an sich anzunehmen und gilt erst Recht unter Berücksichtigung der Tatsache, dass vorliegend jedenfalls teilweise sogar zuvor transparente Fenster- und Türverglasungen der betroffenen S-Bahnwagen blickdicht zugesprüht worden sind.

Bereits die Schmierereien auf den Außenflächen der betroffenen S-Bahnwagen erbringen, dass dadurch die öffentliche Funktion der zum Hamburger öffentlichen Personennahverkehr gehörenden S-Bahnwagen beeinträchtigt worden ist (wird ausgeführt)

Da der **öffentliche Zweck** von Fahrzeugen des öffentlichen Personennahverkehrs neben reiner **Transportleistungserbringung** auch darin liegt, durch ein **zeitgemäßes und ansprechendes Erscheinungsbild** bestehende Kunden zu halten sowie darüber hinaus mehr Menschen zum Umsteigen auf den öffentlichen Personennahverkehr zu bewegen, ist bereits durch das Besprühen der äußeren Flächen der im vorliegenden Fall betroffenen S-Bahnwagen mit sog. Graffiti jedenfalls bis zu einer vollständigen und rückstandslosen Entfernung der Schmierereien die öffentliche Funktion der S-Bahnwagen im Sinne des Tatbestands der gemeinschaftlichen Sachbeschädigung gem. § 304 II StGB beeinträchtigt worden.

Grds. kann die öffentliche Funktion von Fahrzeugen des öffentlichen Personennahverkehrs zusätzlich dadurch beeinträchtigt werden, dass die **betroffenen Fahrzeuge für die Zeiten der Beseitigung der Vandalismusschäden nicht zur Personenbeförderung zur Verfügung stehen**, mit der Folge einer Verknappung der etwa in Hamburg im Bereich der S-Bahn seit vielen Jahren ohnehin geringen Anzahl an für die Personenbeförderung zur Verfügung stehenden Wagen.“ (OLG Hamburg aaO)

- II. Werden Fenster oder Türscheiben von Fahrzeugen bzw. Fahrzeugteilen des öffentlichen Personennahverkehrs ganz oder teilweise blickdicht beschmiert, stellt dies ebenfalls eine Beeinträchtigung der öffentlichen Funktion dar, weil dadurch die der **Sicherheit und dem Sicherheitsgefühl der Fahrgäste dienende Transparenz beeinträchtigt** wird.

„Zu einem im dargelegten Sinne **attraktiven öffentlichen Personennahverkehrsangebot** gehört auch, dass die Fahrgäste während der Fahrt aus den Fahrzeugen durch deren verglaste Teile nach außen sehen können.

Einen **Sicherheitsaspekt** gewinnt die Durchsichtigkeit der verglasten Flächen von Fahrzeugen des öffentlichen Personennahverkehrs dadurch, dass diese etwa im Bereich der hier betroffenen Hamburger S-Bahn auch der Kontrolle durch die Fahrgäste dient, auf welcher Seite des Fahrzeuges sich bei einem Halt jeweils der Ausstieg befindet.

Außerdem betrifft die Transparenz verglaster Flächen der Fahrzeuge des öffentlichen Personennahverkehrs die Sicherheit der Fahrgäste auch insoweit, als bessere Einsicht in die einzelnen Wagen der Verhinderung von Straftaten zum Nachteil von Fahrgästen, insbes. aus den Bereichen der Raub- und Sexualdelinquenz, dient. Nichts anderes gilt für verglaste Seitenfenster und Türscheiben von S- und U-Bahnwagen (wird ausgeführt).

Insgesamt ist die öffentliche Funktion von Fahrzeugen bzw. Fahrzeugteilen des öffentlichen Personennahverkehrs nicht erst dann beeinträchtigt, wenn die technische Betriebsbereitschaft der Wagen nicht mehr gegeben ist, sondern, wie dargelegt, auch wenn das **Erscheinungsbild der Wagen durch Beschmierungen der Außenflächen erheblich verändert** wird.

Kommt hinzu, dass die zur Beseitigung der Schmierereien erforderlichen Reinigungsarbeiten einen gegenüber der regelmäßigen Reinigung und Wartung zusätzlichen Ausfall der Wagen für deren Einsatz im Personennahverkehr bedingen, stellt dies eine zusätzliche weitere Beeinträchtigung der öffentlichen Funktion der Fahrzeuge dar.“ (OLG Hamburg aaO)

ÄApprO
§§ 18, 19

Rücktritt von einer Prüfung
Anforderungen

PrüfR

(VGH München in BayVBl 2014, 116; Beschluss vom 03.07.2013 – 7 ZB 13.891)

Ein während der Prüfung erklärter Rücktritt unterliegt **ähnlich strengen Anforderungen wie ein Rücktritt nach vollständiger Beendigung der Prüfung.**

„Insbesondere ein Prüfungsrücktritt nach Antritt der Prüfung birgt die **Gefahr des Missbrauchs**. Offensichtlich ist dies, wenn der Prüfling die Prüfung zunächst ablegt und erst nach Bekanntwerden der Ergebnisse seinen Rücktritt erklärt. Missbräuchlich kann aber auch ein während der Prüfung erklärter Rücktritt sein, etwa dann, wenn ein Prüfling die **Rücktrittsentscheidung hinauszögert**, um sie davon abhängig zu machen, ob nach seiner eigenen Einschätzung der Schwierigkeit der Aufgabe und seiner Prüfungsleistungen mit einem Prüfungserfolg zu rechnen ist oder nicht (BVerwGE 80, 282; BayVGH BayVBI 2008, 210). Auch wenn dem Prüfling insoweit ein **Mindestmaß an Überlegungszeit** zubilligt werden muss, berührt ein solcher nachträglicher oder während der Prüfung erklärter Rücktritt den **Grundsatz der Chancengleichheit im Prüfungsrecht** in besonderem Maße und unterliegt daher strengen Anforderungen. Unterzieht sich der Prüfungsteilnehmer in Kenntnis eigener Beschwerden einer Prüfung, nimmt er dieses Risiko, das auch eine Fehleinschätzung seines Leistungsvermögens einschließt, bewusst in Kauf.“ (VGH München aaO)

BWBVO
§ 5 I 1, VI

Beihilfeanspruch
Vertrauensschutz

öffR

(VG Mannheim in VBIBW 2014, 59; Urteil vom 23.04.2013 – 2 S 3166/11)

Der **Gewährung einer Beihilfe zu einer bereits erfolgten Aufwendung begründet** für sich allein **regelmäßig kein Vertrauen** darauf, dass die gewährende Behörde auch zukünftig in gleicher Weise entscheiden wird.

„Da jeder Beihilfeantrag regelmäßig ein neues, in sich abgeschlossenes Verwaltungsverfahren eröffnet, **begründet eine frühere Bewilligung** ohne das Hinzutreten weiterer Umstände **keinen Anspruch auf entsprechende zukünftige Entscheidungen**. Insbesondere kann der Gewährung einer Beihilfe zu einer bereits erfolgten Aufwendung für sich allein regelmäßig nicht die Zusage der gewährenden Behörde entnommen werden, sie werde auch zukünftig in gleicher Weise entscheiden. Maßgebend ist vielmehr die objektive Sach- und Rechtslage, wie sie sich für den jeweiligen Bewilligungszeitraum darstellt. Wenn ein Beamter insoweit Handlungssicherheit haben möchte, muss er eine ausdrückliche Klärung der Beihilfefähigkeit bestimmter Aufwendungen herbeiführen (VGH Bad.-Württ., Beschl. v. 29.3.2004 - 4 S 802/03).“ (VG Mannheim aaO)

NWBauO
§ 77 I

Geltungsdauer einer Baugenehmigung
Hemmung durch Verhinderung des Baubeginns

öffR

(OVG Münster in NWVBI 2014, 63; Urteil vom 17.07.2013 – 7 A 1896/12)

Der **Ablauf der Frist für die Geltung einer Baugenehmigung** ist **gehemmt, wenn der Bauherr durch höhere Gewalt am Baubeginn gehindert** ist, oder wenn ihm auf Grund eines erfolgten oder drohenden hoheitlichen Eingriffs die Ausnutzung der Baugenehmigung nicht möglich oder zumutbar ist.

„Dementsprechend führt auch ein **Nachbarrechtsbehelf** – selbst wenn er keine aufschiebende Wirkung entfaltet und die Baugenehmigung sofort vollziehbar ist –, zur **Hemmung des Fristablaufs** (vgl. OVG Münster BeckRS 2001, 18099).

Denn auch insoweit kommt ein hoheitlicher Eingriff – in Gestalt der gerichtlichen Aufhebung der Baugenehmigung und nachfolgender bauaufsichtlicher Maßnahmen – in Betracht, weshalb einem verständigen Bauherrn die Ausnutzung vor einer abschließenden Klärung nicht zugemutet wird.“ (OVG Münster aaO)

Entscheidungen Verfahrensrecht

ZPO
§ 261 III Nr. 1

**Prozessbeendende Wirkung eines Vergleichs
keine Prüfung von Amts wegen**

ZPO

(BGH in NZBau 2014, 102, Urteil vom 21.11.2013 – VII ZR 48/12)

1. Ein geschlossener Prozessvergleich lässt die Rechtshängigkeit nur einfallen, wenn die prozessualen Formvorschriften (§§ 160 III Nr. 1, 162 I 1 und 3, 163 ZPO) eingehalten werden. Das folgt aus der **Doppelnatur des Prozessvergleichs** als einerseits materiell-rechtliches Rechtsgeschäft und andererseits Prozesshandlung.
2. Der Rechtsstreit, in dem ein **unwirksamer Prozessvergleich** geschlossen wurde, ist nur dann fortzusetzen, wenn eine Partei die Wirksamkeit des Prozessvergleichs angreift und damit dessen prozessbeendende Wirkung in Frage stellt.
3. Dementsprechend ist eine neue Klage, die den Streitgegenstand des ursprünglichen Rechtsstreits umfasst, zulässig, wenn die Parteien die **Beendigung des Ursprungsrechtsstreits durch den Vergleich nicht in Frage stellt**.
4. Der Einwand, auf Grund der Unwirksamkeit eines Prozessvergleichs müsse das Ursprungsverfahren fortgesetzt werden, ist eine verzichtbare prozessuale Rüge, die **grundsätzlich vor Beginn der Verhandlung zur Hauptsache** bzw. im Rahmen einer vom Gericht gesetzten Klageerwiderungsfrist vorzubringen ist.

Fall: Die Kl. erwarben von der Bekl. durch notariellen Vertrag vom 24.06.1994 einen Anteil an einem Erbbaurecht verbunden mit der Verpflichtung der Bekl., auf dem Grundstück ein Wohngebäude zu errichten. Die Baumaßnahme wurde von der Bekl. mit der zwischenzeitlich in Insolvenz geratenen D-GmbH geplant und als Bauträger durchgeführt. Im Jahr 2000 leiteten die Kl. ein selbstständiges Beweisverfahren gegen die D-GmbH ein und verkündeten der Bekl. den Streit. Der gerichtlich bestellte Sachverständige stellte Mängel hinsichtlich der Verklinkerung und des Fliesenbelags fest, schlug Mängelbeseitigungsmaßnahmen vor und errechnete dafür die wahrscheinlich anfallenden Kosten (5200 DM zuzüglich Umsatzsteuer betreffend die Verklinkerung und 1500 DM zuzüglich Umsatzsteuer für die Bodenfliesen). Auf dieser Grundlage erhoben die Kl. im Juli 2002 Klage auf Vorschusszahlung und Feststellung der Verpflichtung der Bekl. zur Erstattung weiterer Kosten. Dieses Verfahren endete mit dem am 18.11.2002 zwischen den Parteien geschlossenen Prozessvergleich. Dieser Vergleich hat unter anderem folgenden Inhalt:

„I. Die Bekl. verpflichtet sich, folgende, auf Seite 5 der Klageschrift vom 17.07.2002 unter Bezugnahme auf die Feststellungen des Sachverständigen L in seinem im Verfahren OH/00 erstatteten Gutachten vom 20.11.2000 aufgelisteten Mängel sach- und fachgerecht zu beseitigen:

1. Mangelhafte Verfugung Klinker (...)
6. Bodenfliesen Küche,
7. Bodenfliesen Wohnzimmer (...).“

Im Anschluss an den Vergleich ließ die Bekl. Mängelbeseitigungsarbeiten durchführen. Inwieweit die Mängelbeseitigungsarbeiten erfolgreich waren, ist zwischen den Parteien streitig.

Nachdem Verhandlungen der Parteien gescheitert waren, leiteten die Kl. 2007 ein weiteres selbstständiges Beweisverfahren zur Begutachtung von Mängeln hinsichtlich der Verklinkerung und des Fliesenbelags im Küchen- und Wohnzimmerbereich ein. Auf der Grundlage des in diesem Verfahren erstatteten Gutachtens des gerichtlich bestellten Sachverständigen S haben die Kl. mit beim LG am 25.02.2009 eingegangenen Schriftsatz Klage auf Vorschusszahlung im Umfang von 26.800 Euro (19.800 Euro Fliesen und 7000 Euro Klinker) und Feststellung der Verpflichtung der Bekl. auf Erstattung weiterer Kosten erhoben. Das LG Bielefeld (Urt. v. 28.12.2010 – 9 O 127/09, BeckRS 2013, 21637) hat der Klage im Umfang von 7000 Euro hinsichtlich der Klinkerfassade und insoweit auch dem Feststellungsbegehren stattgegeben. Im Übrigen hat das LG die Klage wegen Verjährung abgewiesen.

Gegen das Urteil des LG haben die Kl. Berufung und hat die Bekl. Anschlussberufung eingelegt. Das BerGer. hat auf die Anschlussberufung der Bekl. das angefochtene Urteil abgeändert und die Klage als unzulässig abgewiesen. Dies wurde damit begründet, dass die Kl. bereits mit der im Jahr 2002 erhobenen Klage Vorschusszahlungen für Mängelbeseitigungskosten hinsichtlich der Klinkerfassade sowie den Fliesen in Küche und Wohnzimmer geltend gemacht hätten. Dieses Verfahren sei entgegen der Auffassung der Kl. durch den protokollierten Vergleich vom 18.11.2002 nicht beendet worden. Nur ein wirksam protokollierter Vergleich könne ein rechtshängiges Verfahren beenden. Da in dem Vergleich die Mängel nur grob skizziert seien, weil im Übrigen zur weiteren Feststellung auf das Gutachten des Sachverständigen L Bezug genommen werde, sei es zwingend notwendig gewe-

sen, dieses Gutachten als Anlage zu Protokoll zu nehmen und auch mitzuverlesen sowie zu genehmigen. Der Umstand, dass sich der ursprüngliche Mangel an den Fliesen durch die späteren Arbeiten geändert habe, ändere nichts an der rechtlichen Einordnung der doppelten Rechtshängigkeit. Denn nach dem Vortrag der Kl. handele es sich dabei um fehlgeschlagene Mängelbeseitigungsarbeiten, so dass der Fliesenbelag weiterhin mangelbehaftet sei und nicht der vertraglichen Leistungsverpflichtung entspreche. Damit habe sich der ursprüngliche Klagegrund nicht geändert, es bleibe nämlich bei einem Vorschussanspruch wegen der Mängelbeseitigung am Fliesenbelag. Da eine doppelte Rechtshängigkeit von Amts wegen zu berücksichtigen sei, komme es auch nicht darauf an, ob die Parteien den Vergleich zumindest materiell-rechtlich gewollt hätten, so dass eine Berufung auf dessen Unwirksamkeit als rechtsmissbräuchlich angesehen werden könnte. Ist diese Begründung haltbar?

Die Abweisung der Klage als unzulässig wegen doppelter Rechtshängigkeit ist nur haltbar, wenn das Gericht die von ihm angenommene Unwirksamkeit des geschlossenen Prozessvergleichs und damit das Fehlen der prozessbeendenden Wirkung von Amts wegen berücksichtigen durfte.

I. Wegfall der Rechtshängigkeit durch Prozessvergleich

Ein geschlossener Prozessvergleich lässt die Rechtshängigkeit nur einfallen, wenn die prozessualen Formvorschriften (§§ 160 III Nr. 1, 162 I 1 und 3, 163 ZPO) eingehalten werden.

„Das folgt aus der **Doppelnatur des Prozessvergleichs** als einerseits materiell-rechtliches Rechtsgeschäft und andererseits Prozesshandlung (BGHZ 16, 388 [390] = NJW 1955, 705; BGHZ 142, 84 [88] = NJW 1999, 2806 = DNotZ 1999, 985; BGH, NJW-RR 2007, 1451 Rn. 7; Stein/Jonas/Groth, ZPO, 22. Aufl., § 162 Rn. 8; Stein/Jonas/Münzberg, § 794 Rn. 29). Der dementsprechend anzuwendende § 162 I ZPO verlangt, dass das den Vergleichsschluss enthaltende **Protokoll den Beteiligten vorzulesen** oder zur Durchsicht vorzulegen und von diesen **zu genehmigen** ist. Die Einhaltung dieser Förmlichkeiten muss im Protokoll selbst vermerkt werden. Auf dieser Grundlage entspricht es einer obergerichtlichen Rechtsprechung, dass **Unterlagen, auf die in einem Vergleich Bezug genommen wird, als Anlage zum Protokoll zu nehmen, vorzulesen und von den Parteien zu genehmigen** sind. Bei Nichteinhaltung dieser Förmlichkeiten genüge der Vergleich nicht den prozessualen Voraussetzungen, sei deshalb unwirksam und beende den Rechtsstreit nicht (OLG Hamm, NJW 2000, 3222 Ls. = NZBau 2000, 295 = BauR 2000, 1231 [1232]; OLG Naumburg, Beschl. v. 28.11.2001 – 5 W 101/01, BeckRS 2001, 30223146; Kindl in Hk-ZPO, 5. Aufl., § 794 Rn. 11; Musielak/Lackmann, ZPO, 10. Aufl., § 794 Rn. 10; Zöller/Stöber, ZPO, 30. Aufl., § 794 Rn. 9; MüKo-ZPO/Wolfsteiner, 4. Aufl., § 794 Rn. 36). Ob dieser Auffassung zu folgen ist, kann dahinstehen. Dahinstehen kann auch, ob der Vergleich unabhängig davon wirksam ist.“ (BGH aaO)

II. Befugnis zur Prüfung der Wirksamkeit des Prozessvergleichs von Amts wegen

Auf die zuvor aufgeworfene Frage der Wirksamkeit des Prozessvergleichs und seiner prozessbeendenden Wirkung kommt es aber dann nicht an, wenn das Gericht dies gar nicht von Amts wegen berücksichtigen darf.

1. Voraussetzungen für die Fortsetzung des Ursprungsprozesses

„Es entspricht der **ständigen Rechtsprechung des BGH**, dass das Verfahren, in dem der Prozessvergleich geschlossen wurde, **nur dann fortzusetzen** ist, wenn die **Wirksamkeit des Prozessvergleichs angegriffen** und damit seine den Prozess beendende Wirkung in Frage gestellt wird. Dementsprechend ist eine **neue Klage**, die den Streitgegenstand des ursprünglichen Rechtsstreits umfasst, dann **zulässig**, wenn die Parteien die **Beendigung des Ursprungsrechtsstreits durch den Vergleich nicht in Frage stellen** (BGHZ 142, 253 [254] = NJW 1999, 2903; BGHZ 87, 227 [230] = NJW 1983, 2034; BGHZ 86, 184 [187 f.] = NJW 1983, 996; BGHZ 41, 310 [311] = NJW 1964, 1524; BGHZ 28, 171 = NJW 1958, 1970; MDR 1978, 1019 = BeckRS 1978, 31206919).

Diese Rechtsprechung findet **in der Literatur uneingeschränkte Zustimmung** (Stein/Jonas/Münzberg, § 794 Rn. 58; MüKo-ZPO/Wolfsteiner, § 794 Rn. 76 f.; Musielak/Lackmann, § 794 Rn. 21; Zöller/Stöber, § 794 Rn. 15 a; Scheuch in Prütting/Gehrlein, ZPO, 5. Aufl., § 794 Rn. 24; Thomas/Putzo/Seiler, ZPO, 34. Aufl., § 794 Rn. 36; Kindl in Hk-ZPO, 5. Aufl., § 794 Rn. 20). Soweit die Revision meint, die Rechtsprechung des BGH sei dahingehend auszulegen, dass das Ursprungsverfahren jedenfalls dann fortgeführt werden müsse, wenn die prozessualen Wirksamkeitsvoraussetzungen nicht erfüllt seien, ist das unzutreffend. Den Parteien steht es frei, übereinstimmend einen **Zivilprozess als durch Vergleich beendet anzusehen** unabhängig davon, ob dieser wegen prozessualer oder materiell-rechtlicher Mängel unwirksam ist. Eine Differenzierung danach, auf welcher rechtlichen Grundlage die Unwirksamkeit des Vergleichs beruht, ist nicht gerechtfertigt.“ (BGH aaO)

Da die Parteien die Beendigung des Ursprungsrechtsstreits durch den am 18.11.2002 geschlossenen Vergleich zu keinem Zeitpunkt in Frage gestellt haben, war es dem BerGer. verwehrt, den Vergleich einer Überprüfung zu unterziehen.

„Das angefochtene Urteil war daher aufzuheben (§ 562 I ZPO). Die Sache ist zur neuen Verhandlung und Entscheidung an das BerGer. zurückzuverweisen (§ 563 I 1 ZPO), da das BerGer. – von seinem Standpunkt aus folgerichtig – **keine Feststellungen zur Begründetheit der Klage getroffen hat**.“ (BGH aaO)

2. Berufung auf Unwirksamkeit des Vergleichs in neuer Verhandlung

Der Bekl. könnte nunmehr in der neuen Verhandlung die Rechtswirksamkeit des Vergleichs mit dem Ziel in Frage stellen, den Ursprungsrechtsstreit fortzusetzen.

„[Diese] Rüge [dürfte] nach §§ 282 III, 296 III, 532 S. 2 ZPO nicht mehr zuzulassen sein. Bei dem **Einwand der Unwirksamkeit des Vergleichs** handelt es sich um eine verzichtbare prozessuale Rüge, die **grundsätzlich vor Beginn der Verhandlung zur Hauptsache** bzw. im Rahmen einer vom Gericht gesetzten Klageerwiderungsfrist vorzubringen ist.

Dementsprechend besteht jetzt für die Bekl. zudem grundsätzlich keine Möglichkeit mehr, im Ursprungsverfahren wegen einer Unwirksamkeit des Vergleichs die Fortsetzung der mündlichen Verhandlung zu beantragen. Denn das Ursprungsverfahren ist nach dem in der Verhandlung zur Hauptsache in diesem Rechtsstreit zum Ausdruck kommenden übereinstimmenden Willen der Parteien endgültig beendet.“ (BGH aaO)

3. Verjährung der Klage wegen der Fliesenarbeiten

Darüber hinaus ist fraglich, ob das LG die Klage hinsichtlich der Fliesenarbeiten wegen Verjährung zu Recht abgewiesen hat.

Nach § 638 I BGB aF verjährten die Mängelansprüche der Kl. hinsichtlich der Fassade und der Bodenfliesen in der Küche und im Wohnzimmerbereich **innerhalb von fünf Jahren** beginnend mit der Abnahme. Die Abnahme fand am 25.07.1995 statt.

„Nach der Beurteilung des LG, die das BerGer. konsequenterweise nicht überprüft hat, **unterbrochen** die Kl. die **Verjährungsfrist** durch die **Einleitung des selbstständigen Beweisverfahrens** am 04.07.2000 (§§ 639 I, 477 II, III BGB aF).“ (BGH aaO)

Die Unterbrechung hatte nach § 217 BGB aF zur Folge, dass die bis zur Unterbrechung verstrichene Verjährungszeit nicht in Betracht kam, das heißt **nach Abschluss des selbstständigen Beweisverfahrens eine neue Verjährungsfrist von fünf Jahren** begann.

„Zum 01.01.2002 waren daher die Forderungen der Kl. noch nicht verjährt. Dementsprechend bestimmt Art. 229 § 6 I 1 EGBGB, dass auf die Forderungen der Kl. die Vorschriften des BGB über die Verjährung in der seit dem 01.01.2002 geltenden Fassung Anwendung finden.“ (BGH aaO)

Durch die **Klageerhebung im ersten Klageverfahren** am 07.08.2002 wurde die Verjährung nach §§ 204 I Nr. 1, 209 BGB gehemmt. Dieses Verfahren beendeten die Parteien durch den Vergleich vom 18.11.2002, womit die **Hemmung** nach § 204 II 1 BGB **sechs Monate danach endete**.

„Mit dem Vergleich, in dem sich die Bekl. verpflichtete, Mängel der Fassade und der Bodenfliesen in der Küche und im Wohnzimmer zu beseitigen, hat die Bekl. zusätzlich ein **Anerkenntnis** i.S.v. § 212 I Nr. 1 BGB abgegeben, das zum F führte. Ein Anerkenntnis im Sinne dieser Vorschrift ist das rein tatsächliche Verhalten des Schuldners gegenüber dem Gläubiger, aus dem sich das **Bewusstsein vom Bestehen des Anspruchs unzweideutig** ergibt. Das Anerkenntnis ist kein Rechtsgeschäft, sondern eine geschäftsähnliche Handlung, deren Rechtsfolgen unabhängig vom Willen des Schuldners und einer (wirksamen) gerichtlichen Protokollierung eintreten. Diese Voraussetzungen sind im Rahmen eines Vergleichsangebots erfüllt (BGH, VersR 1965, 958 = BeckRS 2014, 00462; Palandt/Ellenberger, BGB, 72. Aufl., § 212 Rn. 4 aE; MüKo-BGB/Grothe, 6. Aufl., § 212 Rn. 18).

Der erneute Beginn der Verjährungsfrist umfasste nach § 213 BGB nicht nur den Mängelbeseitigungsanspruch, sondern **sämtliche Ansprüche**, die aus demselben Grunde wahlweise neben dem Anspruch oder an seiner Stelle gegeben sind und damit zumindest den sich aus §§ 634 Nr. 2, 637 III BGB ergebenden Vorschussanspruch. Die so **neu beginnende Verjährungsfrist** haben die Kl. durch die **Einleitung des weiteren selbstständigen Beweisverfahrens** nach § 204 I Nr. 7 BGB **gehemmt**. [wird ausgeführt]“ (BGH aaO)

Danach **endete** die **Verjährungshemmung** durch das selbstständige Beweisverfahren am 05.06.2009 gem. § 204 II 1 BGB. Vor Ablauf dieser Frist trat weitere Hemmung nach § 204 I Nr. 1 BGB durch die der Bekl. in diesem Rechtsstreit am 18.03.2009 zugestellte Klageschrift ein.“ (BGH aaO)

Die Zurückweisung der Klage hinsichtlich der Fliesenarbeiten wegen Verjährung ist daher zu Unrecht erfolgt.

(BVerfG in NJW 2014, 291; Beschluss vom 08.08.2013 –1 BvR 1314/13)

1. Gegen den Gleichheitssatz wird **nicht bereits dann verstoßen**, wenn die angegriffene Rechtsanwendung oder das dazu eingeschlagene **Verfahren des Fachgerichts fehlerhaft** sind.
2. Hinzukommen muss vielmehr, dass **Rechtsanwendung oder Verfahren unter keinem denkbaren Aspekt mehr rechtlich vertretbar** sind und sich daher der Schluss aufdrängt, dass die Entscheidung auf **sachfremden und damit willkürlichen Erwägungen** beruht; dabei enthält die Feststellung von Willkür keinen subjektiven Schuldvorwurf.
3. Bei der Auslegung einer Prozessklärung darf eine Partei **nicht am buchstäblichen Sinn ihrer Wortwahl festgehalten** werden, sondern es ist davon auszugehen, dass sie mit ihrer Prozesshandlung das erreichen will, was nach den Maßstäben der Rechtsordnung vernünftig ist und ihrer **recht verstandenen Interessenlage** entspricht. Maßgebend ist unter Beachtung der durch die gewählte Formulierung gezogenen Auslegungsgrenzen der objektiv zum Ausdruck kommende Wille des Erklärenden
4. Beantragt eine Partei **ausdrücklich die Abweisung einer Klage**, so dürfte die Annahme eines Anerkenntnisses allenfalls in besonderen Ausnahmefällen in Betracht kommen. Klageabweisung und Anerkennung eines geltend gemachten Anspruchs **schließen sich aus**.

Fall: Mit ihrer Verfassungsbeschwerde beanstandete die Bf., dass das AG ihren Klageabweisungsantrag als Anerkenntnis ausgelegt hat. Die Kl. erhob gegen die „L & Co. Nachf-GmbH, vertreten durch den Geschäftsführer AL“ beim AG eine Klage mit dem Ziel, dass die Bekl. den Ausbau eines Stromzählers duldet. Das AG ordnete gem. § 495 a ZPO das schriftliche Verfahren an. In einem Schriftsatz, der auf einem Briefbogen mit der Angabe „L & Co. Nachf.“ erstellt wurde, teilte „AL“ mit, sich verteidigen zu wollen. In einem weiteren, auf dem gleichen Briefbogen verfassten Schriftsatz beantragte „AL“, die Klage abzuweisen und die Kosten der Kl. aufzuerlegen, da die beklagte GmbH nicht existiere. Nur vorsorglich führe er aus, dass die Klage grundlos eingereicht worden sei. Denn seit über zwei Jahren sei gebeten worden, dass der Zähler ausgebaut werde. Die Kl. bestritt darauf hin, dass es die GmbH nicht mehr gebe. Nach einer beim Gewereregister eingeholten Auskunft sei die GmbH noch tätig. Außerdem trete die Bekl. im Schriftverkehr nach außen ausweislich der Briefbögen auch als GmbH auf. Sie rege an, dass der Bekl. den Klageanspruch anerkenne. Der „L & Co. Nachf-GmbH“ wurde keine Frist zur Erwidern auf dieses Vorbringen gesetzt. Zuvor hatte das AG bereits einen Verkündungstermin festgelegt.

Mit dem angegriffenen Anerkenntnisurteil vom 28.03.2013 (31 C 370/12) verurteilte das AG St. Goar die „L & Co. Nachf-GmbH“ antragsgemäß und legte ihr die Kosten des Rechtsstreits auf. Der zulässigen Klage sei im Wege des Anerkenntnisurteils als kostengünstigste Variante zur Erledigung des Rechtsstreits antragsgemäß stattzugeben, weil die Bekl. in der Klageerwidern ausdrücklich erklärt habe, dass der Stromzähler überflüssig sei und ausgebaut werden solle. Das Gericht werte diese Erklärung als Anerkenntnis. Soweit die Bekl. ihre Passivlegitimation in Frage stelle, ergebe sich aus dem Gewereregister, dass die Bekl. in der Rechtsform einer GmbH tätig sei. Nach Zurückweisung der Gehörsrüge hat die Bf. Verfassungsbeschwerde erhoben und gerügt, in ihrem Grundrecht aus Art. 3 I GG, sowie in ihrem Anspruch auf rechtliches Gehör aus Art. 103 I GG und ihrem Grundrecht aus Art. 2 I i.V.m. Art. 20 III GG verletzt zu sein. Zu Recht?

I. Verletzung von Art. 3 I GG

Es könnte eine Verstoß gegen den allgemeinen Gleichheitssatz wegen Missachtung des Willkürverbots vorliegen.

1. Anforderungen an Verstoß gegen Art. 3 I GG wegen Willkür

*„Gegen den Gleichheitssatz wird **nicht bereits dann verstoßen**, wenn die angegriffene Rechtsanwendung oder das dazu eingeschlagene **Verfahren des Fachgerichts fehlerhaft sind**. Hinzukommen muss vielmehr, dass Rechtsanwendung oder Verfahren **unter keinem denkbaren Aspekt mehr rechtlich vertretbar sind** und sich daher der Schluss aufdrängt, dass die **Entscheidung auf sachfremden und damit willkürlichen Erwägungen beruht**; dabei enthält die Feststellung von Willkür keinen subjektiven Schuldvorwurf (st. Rspr.; vgl. nur BVerfGE 83, 82 [84] = NJW 1991, 157).“* (BVerfG aaO)

2. Wertung des Vorbringens der Bf. als Anerkenntnis

Fraglich ist, ob die Wertung des Vorbringens der Bf. als Anerkenntnis vor diesem Hintergrund noch rechtlich vertretbar ist oder als willkürliche Rechtsanwendung anzusehen ist.

„Bei der Auslegung einer Prozessklärung – wie des hier **ausdrücklich gestellten Antrags auf Abweisung der Klage** – darf eine Partei nicht am buchstäblichen Sinn ihrer Wortwahl festgehalten werden, sondern es ist davon auszugehen, dass sie mit ihrer Prozesshandlung das Erreichen will, was nach den Maßstäben der Rechtsordnung vernünftig ist und ihrer recht verstandenen Interessenlage entspricht (vgl. BGH, NJW-RR 2010, 275 Rn. 9 m.w.N). Dabei bestimmen allerdings nicht allein die tatsächlichen Interessen der erklärenden Partei das Verständnis der abgegebenen Erklärung. Vielmehr müssen sich diese aus den **im Zeitpunkt der Erklärung äußerlich in Erscheinung tretenden Umständen** ersehen lassen. Maßgebend ist unter Beachtung der durch die gewählte Formulierung gezogenen Auslegungsgrenzen der objektiv zum Ausdruck kommende Wille des Erklärenden.“ (BVerfG aaO)

Vor diesem Hintergrund stellt sich die Frage, ob bei einem ausdrücklichen Klageabweisungsantrag eine Auslegung der weiteren Erklärungen als Anerkenntnis überhaupt in Frage kommt. Dies kann allenfalls in Ausnahmefälle angenommen werden.

„**Klageabweisung und Anerkennung** eines geltend gemachten Anspruchs **schließen sich aus**. Ein Anerkenntnis führt regelmäßig dazu, dass dem Anerkennenden die Kosten des Rechtsstreits auferlegt werden (vgl. die Ausnahmevorschrift des § 93 ZPO). Zudem ist ein Anerkenntnisurteil ohne Sicherheitsleistung vorläufig vollstreckbar (§ 708 Nr. 1 ZPO). Beides entspricht nicht der Interessenlage desjenigen, der die Abweisung einer Klage beantragt.

Dass dies im Fall der Bf. anders sein soll, behauptet das AG nicht einmal. Es stellt lediglich darauf ab, dass die **Annahme eines Anerkenntnisses** für die Bf. die **kostengünstigste Variante** sei. Die **Abweisung der Klage** mit der Folge der Kostentragungspflicht der Kl. wäre für die Bf. jedoch **offensichtlich kostengünstiger** gewesen. Einen solchen Ausgang des Klageverfahrens von vornherein auszuschließen, wie es das AG ausweislich seiner entsprechenden Ausführungen im Beschluss über die Anhörungsrüge getan hat, ist angesichts der Einwände der Bf. gegen die Bezeichnung der Bekl. im Ausgangsverfahren **offensichtlich fehlerhaft**, zumal das Gewereregister, auf das sich das AG insoweit beruft, keinen öffentlichen Glauben genießt (vgl. BeckOK GewOMartinez, § 14 Rn. 58 a, Stand: 1.1.2013); dies gilt erst recht hinsichtlich der Rechtsform, in der die gewerbliche Betätigung ausgeübt wird.“ (BVerfG aaO)

Dem Vorbringen der Bf. ein Anerkenntnis gem. § 307 ZPO zu entnehmen, ist nicht mehr vertretbar.

3. Ergebnis

Die Annahme des AG in seinem Urteil, die Bf. habe den geltend gemachten Anspruch anerkannt, ist willkürlich und verstößt gegen Art. 3 I GG.

II. Verstoß gegen Art. 103 GG und Art. 2 I GG i.V.m. Art. 20 III GG

„Ob das Urteil darüber hinaus den Anspruch der Bf. auf rechtliches Gehör aus Art. 103 I GG oder ihr Grundrecht aus Art. 2 I i.V.m. Art. 20 III GG verletzt, kann offenbleiben.“ (BVerfG aaO)

StPO
§ 136a I 3

Unzulässigkeit einer Vernehmungsmethode
Versprechen eines gesetzl. nicht vorgesehenen Vorteils
(OLG Köln in NStZ 2014, 172; Beschluss vom 24.06.2013 – 2 Ws 264/13)

StPO

Das **Versprechen eines gesetzlich nicht vorgesehenen Vorteils** (hier: Ablegung eines Geständnisses gegen das Versprechen, keinen Haftbefehl zu beantragen) stellt einen **Verstoß gegen § 136 a I 3 StPO** dar.

Fall: Die StA hat gegen den Angesch. B wegen des Vorwurfs des schweren Raubes Anklage zum LG erhoben. Als Beweismittel hat die StA u. a. die geständige Einlassung des Angesch. bezeichnet, die gegenüber dem Zeugen F im Rahmen der Beschuldigtenvernehmung erfolgt ist. Dieser Vernehmung vorausgegangen war ein Vorgespräch.

Das LG hat die Eröffnung des Hauptverfahrens aus rechtlichen Gründen abgelehnt und zur Begründung ausgeführt, es sei nicht davon auszugehen, dass mit den Beweismitteln und Erkenntnismöglichkeiten der Hauptverhandlung eine Verurteilung wegen der angeklagten Straftat wahrscheinlich ist. Die geständige Einlassung des Angesch. sei wegen eines Verstoßes gegen die Vorschrift des § 136 a I 3, II StPO gem. § 136 a III 2 StPO nicht verwertbar. Nach dieser Vorschrift sei das Versprechen eines gesetzlich nicht vorgesehenen Vorteils, insbes. das einer Haftentlassung bei Vorliegen des Haftgrundes der Fluchtgefahr, verboten. Dem Angesch., gegen den der Haftgrund der Fluchtgefahr nach Auffassung der Kammer zum Zeitpunkt dessen Festnahme vorgelegen habe, sei ein solcher Vorteil versprochen worden. Der Angesch. habe gegenüber dem ihn vernehmenden Polizeibeamten seine Aussagebereitschaft von dem Nichtergehen eines Untersuchungshaftbefehls abhängig gemacht. Der Vernehmungsbeamte habe daraufhin mit der StA Rücksprache gehalten und ihm anschließend erklärt, dass kein Antrag auf Erlass eines Haftbefehls gestellt werde. Diese Vorgehensweise habe das Versprechen eines nicht vorgesehenen Vorteils beinhaltet. Vorliegend handele es sich daher um einen der Entscheidung des BGH NJW 1965, 2262 gleichgelagerten Fall, da der Angesch. auch hier bei seiner Entscheidung, ob und inwieweit er seine Täterschaft bestreiten oder zugeben soll, unter dem unsachlichen Zwang der Zusage, dass er sich mit einem Geständnis seine Freilassung erkaufen kann, gestanden habe. Im Hinblick darauf falle die Beweisbarkeitsprognose negativ aus. Denn von einem erneuten Geständnis des Angesch. in der Hauptverhandlung könne nicht ausgegangen werden. Gem. § 136 a III StPO könne seine Aussage zudem auch nicht mittelbar verwertet werden und die Aussagen der benannten Tatzeugen seien zur Überführung des Angesch. wenig ergiebig.

Gegen diesen Besch. hat die StA sofortige Beschwerde eingelegt und diese u. a. damit begründet, dass dem Angesch. ein gesetzlich nicht vorgesehener Vorteil nicht versprochen worden sei. Die Auskunft des Vernehmungsbeamten, es werde kein Haftbefehl beantragt, sei nicht mit der Bereitschaft des Angesch., ein Geständnis abzulegen, verknüpft worden. Sie sei vielmehr ausschließlich Resultat einer Prüfung der Haftgründe durch den zuständigen StA, die zur Feststellung geführt habe, dass solche nicht vorgelegen hätten. Die Annahme der Kammer, der Angesch. werde im Rahmen der Hauptverhandlung von seinem Schweigerecht Gebrauch machen, sei zudem mangels hinreichender Tatsachengrundlage rein spekulativ. Der Angesch. habe gewusst, dass er eine empfindliche Haftstrafe zu erwarten habe und sich gegenüber dem Vernehmungsbeamten lediglich dahingehend geäußert, „nicht in Untersuchungshaft zu wollen.“

Ein **Verstoß gegen § 136 a I 3 Alt. 2 StPO** liegt insbes. dann vor, wenn eine **Haftentlassung für den Fall versprochen** wird, **dass der Besch. ein Geständnis ablegt** und hierdurch der Haftgrund der Fluchtgefahr nicht ausgeräumt werden kann (vgl. BGH NJW 1965, 2262; Meyer-Goßner, StPO, § 136 a Rn 23; KK-Diemer, 6. Aufl., § 136 a Rn 33; vgl. auch AG Hannover StV 1986, 523, zu der Zusage, der Besch. werde bei einem Geständnis nicht dem Haftrichter vorgeführt).

Vorliegend ist das von dem Angesch. abgelegte Geständnis durch das Versprechen eines gesetzlich nicht vorgesehenen Vorteils in diesem Sinne veranlasst worden.

- I. Der **in Aussicht gestellte Vorteil** (der „Nichtinhaftierung“) ist **mit dem Erfordernis eines Geständnisses verknüpft** worden, indem seitens der Ermittlungsbehörden eine nach Maßgabe des § 136 a I 3 Alt. 2 StPO **unzulässige enge Verbindung** zwischen einem Geständnis und einer Entlassung gezogen worden ist.

„Dies ergibt sich schon aus der Formulierung unter Ziffer 04 des polizeilichen Abschlussvermerks, nach dem auf den Antrag auf Untersuchungshaft „insbesondere“ verzichtet worden sei, „da der Tatverdächtige im Rahmen des Vorgesprächs bereits signalisiert hatte, nur ein Geständnis abzulegen, wenn er nicht in Untersuchungshaft ginge“. Dafür spricht auch die Formulierung in dem nach Anklageerhebung auf Veranlassung der StrK gefertigten dritten Vermerk, wonach die geständige Einlassung des Besch. die Begründung „untermauert“, dass er sich dem Verfahren stellt und sich nicht durch Flucht entziehen will. Bereits diese Formulierungen stehen im Widerspruch zu den Ausführungen in der Beschwerdebegründung, nach der die Auskunft, es werde von der Beantragung eines Haftbefehls abgesehen werden, nicht mit der geständigen Einlassung verknüpft, sondern ausschließlich aufgrund der Prüfung und Verneinung der Haftgründe durch den zuständigen StA erfolgt sei.“ (OLG Köln aaO)

- II. Der **Haftgrund der Fluchtgefahr** gem. § 112 II Nr. 2 StPO hat – auch bereits zum Zeitpunkt der vorläufigen Festnahme und der Beschuldigtenvernehmung durch die Polizei – **objektiv vorgelegen**.

„Von Fluchtgefahr ist offenbar auch die Polizei selbst ausgegangen, die den Besch. im Anschluss an die Wohnungsdurchsuchung vorläufig festgenommen hat. Zum Zeitpunkt der vorläufigen Festnahme war der Angesch. nicht auf frischer Tat betroffen oder verfolgt worden, so dass für die vorläufige Festnahme allein der Festnahmegrund des § 127 II StPO in Betracht kam. Der Hinweis der StA, für die vorläufige Festnahme gem. § 127 StPO genüge ein Fluchtverdacht, geht insoweit fehl, als dass das **Vorliegen eines Fluchtverdachts** nur für den Fall einer vorläufigen Festnahme nach § 127 I StPO, nicht aber für den hier einschlägigen Festnahmegrund des § 127 II StPO genügt (vgl. KK-Schultheiß, § 127 Rn 16, 36; Meyer-Goßner, § 127 Rn 9 f., 18). Für eine Festnahme auf Grundlage der letztgenannten Vorschrift ist das Vorliegen der Voraussetzungen der §§ 112 f., 126a StPO erforderlich.

Selbst wenn aber davon abweichend der zum Zeitpunkt der Vernehmung zuständige StA unabhängig von einer etwaigen Einlassung den Haftgrund der Fluchtgefahr verneint haben sollte, erscheint es bei lebensnaher Betrachtung ausgeschlossen, dass der Vernehmungsbeamte dem damaligen Besch. dieses Ergebnis der Prüfung (und Verneinung) etwaiger Haftgründe mitgeteilt hat und dieser daher tatsächlich davon ausgegangen i. S., dass die StA im Hinblick auf das Fehlen von Haftgründen ohnehin keinen Haftbefehlsantrag stellen würde. Die Ausführungen des Zeugen F in den von ihm gefertigten Aktenvermerken verhalten sich zu der Frage, was konkret er dem Angesch. nach Rücksprache mit der StA und vor Eintritt in die Beschuldigtenvernehmung mitgeteilt hat, nicht, obwohl die StrK ausdrücklich gerade auch danach gefragt hat, welche Erklärungen der Vernehmungsbeamte gegenüber dem Angesch. abgegeben hat. I. Ü. erscheint es kaum nachvollziehbar, dass sich der Angesch., dem es nach dem Vorgespräch maßgeblich darum ging, nicht inhaftiert zu werden, „ohne Not“ zu einem umfassenden Geständnis entschlossen hätte, wenn er davon ausgegangen wäre, dass unabhängig von einer etwaigen Einlassung die StA mangels Vorliegens von Haftgründen ohnehin keinen Haftbefehlsantrag gestellt hätte. Ebenso wenig lebensnah erscheint die Annahme, dem Angesch. sei bewusst gewesen, dass ohne seine Einlassung ein dringender Tatverdacht gegen ihn nicht hätte begründet werden können. Naheliegend ist vielmehr, dass der Angesch. mit Blick auf seine zuvor erfolgte vorläufige Festnahme jedenfalls subjektiv davon ausgegangen ist, dass die Voraussetzungen der §§ 112 ff StPO für die Beantragung eines Haftbefehls vorgelegen haben und er einen Haftbefehlsantrag allenfalls durch das von ihm in Aussicht gestellte Geständnis abwenden konnte. Dadurch ist jedoch seine **Willensentschließung und Willensbetätigung** nach Maßgabe des § 136 a I 3 Alt. 2 StPO **unzulässig beeinträchtigt** worden.“ (OLG Köln aaO)

- III. Dabei spielt es keine Rolle, ob die Verknüpfung zwischen Vorteil und Geständnis von den Ermittlungsbeamten oder zunächst durch den Angesch. selbst hergestellt worden ist.

„**Entscheidend** ist, dass der **Vernehmungsbeamte in Absprache mit der StA diese Verknüpfung aufgegriffen** und zum Anlass für eine telefonische Absprache mit der StA genommen hat. Ferner macht es keinen Unterschied, ob die Entlassung aus der bereits angeordneten und vollzogenen Untersuchungshaft oder der Verzicht auf die Stellung eines Antrags auf Erlass eines Haftbefehls den in Aussicht gestellten Vorteil darstellt. Sowohl die Zuständigkeit der StA zur Beantragung eines Haftbefehls als auch ihre Befugnis, eine Aufhebung des Haftbefehls zu beantragen und hierdurch die Bindungswirkung des § 120 III StPO herbeizuführen, beruhen auf ihrer Rolle als der das Ermittlungsverfahren führenden Behörde. Es bedeutet für einen Besch. im Ergebnis keinen Unterschied, ob die StA den Erlass eines Haftbefehls nicht beantragt oder die Aufhebung eines bereits erlassenen Haftbefehls durch entsprechende Antragstellung herbeiführt.“ (OLG Köln aaO)

(BVerwG in BayVBl. 2014, 149; Urteil vom 11.07.2013 – 5 C 27.12)

1. **Gerichtsverfahren** i.S. von § 198 I 1 und VI Nr. 1 GVG ist das gesamte verwaltungsgerichtliche Verfahren; **nicht** aber **das behördliche Vorverfahren**.
2. Die **Verfahrensdauer** ist **unangemessen** i. S. von § 198 I 1 GVG, wenn eine insbesondere an den Merkmalen des § 198 I 2 GVG ausgerichtete Gewichtung und Abwägung aller bedeutsamen Umstände des Einzelfalles ergibt, dass die aus konventions- und verfassungsrechtlichen Normen folgende **Verpflichtung des Staates**, Gerichtsverfahren **in angemessener Zeit zum Abschluss zu bringen**, verletzt ist.
3. Mit § 198 I GVG ist **weder** die Zugrundelegung **fester Zeitvorgaben** vereinbar, noch lässt es die Vorschrift grundsätzlich zu, für die Beurteilung der Angemessenheit von **bestimmten Orientierungs- oder Richtwerten für die Laufzeit** verwaltungsgerichtlicher Verfahren auszugehen, und zwar unabhängig davon, ob diese auf eigener Annahme oder auf statistisch ermittelten durchschnittlichen Verfahrenslaufzeiten beruhen.
4. Die Erkrankung eines Richters kann als Fall höherer Gewalt eine kurzfristige Verzögerung des Rechtsstreits rechtfertigen.

Fall: Die Beteiligten streiten um eine Entschädigung wegen überlanger Verfahrensdauer.

Die Klägerin ist Polizeiobermeisterin und leistete ihren Dienst in der Revierstation B. S. Wegen des Vorwurfs der unrichtigen Abrechnung privater Telefonate wurde sie an die Revierstation G. umgesetzt. Ein erster Verwaltungsprozess wurde im Hinblick auf die Ankündigung des Beklagten, die Klägerin Ende 2008 wieder in ihre frühere Revierstation umzusetzen, für erledigt erklärt. Nachdem der Beklagte entgegen dieser Ankündigung die Umsetzung aus dienstlichen Gründen verlängerte, erhob die Klägerin nach erfolgloser Durchführung des Widerpruchsverfahrens am 08.06.2009 erneut Klage. Dieses zweite Klageverfahren endete etwa zwei Jahre später am 22.06.2011 damit, dass die Beklagte in der mündlichen Verhandlung nach entsprechendem Hinweis des Gerichts die streitgegenständlichen Bescheide aufhob.

Am 22.12.2011 hat die Klägerin Entschädigung wegen unangemessener Dauer des zweiten Klageverfahrens begehrt. Steht der Klägerin ein Entschädigungsanspruch zu?

Die Klägerin könnte einen Anspruch auf Entschädigung wegen überlanger Verfahrensdauer nach § 198 I GVG haben. Danach wird angemessen entschädigt, wer infolge unangemessener Dauer eines Gerichtsverfahrens als Verfahrensbeteiligter einen Nachteil erleidet. Der durch eine unangemessene Verfahrensdauer eingetretene immaterielle Nachteil wird nach Maßgabe des § 198 II GVG entschädigt.

I. Begriff des Gerichtsverfahrens

Zunächst ist zu bestimmen, wie der Begriff des Gerichtsverfahrens im Verwaltungsprozess zu bestimmen ist.

*„Gerichtsverfahren im Sinne von § 198 I 1 GVG ist jedes Verfahren von der **Einleitung bis zum rechtskräftigen Abschluss** (§ 198 VI Nr. 1 GVG). Bezugsrahmen des von der Klägerin geltend gemachten Entschädigungsanspruchs ist danach das gesamte - hier abgeschlossene - verwaltungsgerichtliche Verfahren im Ausgangsrechtsstreit, und zwar vom Zeitpunkt der Klageerhebung bis zum Eintritt der formellen Rechtskraft einer Entscheidung (vgl. BSG, Urteil vom 21.02.2013 - B 10 ÜG 1/12 KL - juris Rn. 24 m.w.N.). Erfasst ist hier mithin die **Gesamtdauer des Verfahrens vor dem Verwaltungsgericht.**“ (BVerwG aaO)*

Vielfach ist dem eigentlichen gerichtlichen Verfahren ein Widerspruch nach § 80 VwGO vorgeschaltet, welches vor der Behörde zu führen ist, allerdings in der Verwaltungsgerichtsordnung geregelt ist. Vor diesem Hintergrund stellt sich die Frage, ob das Widerspruchsverfahren vom Begriff des Gerichtsverfahrens im Rahmen der Prüfung des § 198 GVG umfasst ist.

1. Wortlautauslegung

*„Die Ausklammerung des Verwaltungs- und Vorverfahrens ist mit der Begrenzung auf das „**Gerichtsverfahren**“ bereits unmissverständlich im Wortlaut des Gesetzes angelegt. Sie entspricht überdies dem **Willen des Gesetzgebers**, wie er in den Gesetzesmaterialien seinen Ausdruck gefunden hat (vgl. BTDrucks 17/3802 S. 17).“ (BVerwG aaO)*

2. Vereinbarkeit mit der EMRK

Diese Auslegung müsste aber auch mit Art. 6 und Art. 13 EMRK vereinbar sein.

„Dem steht die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte, die über den jeweils entschiedenen Fall hinaus Orientierungs- und Leitfunktion für die Auslegung der EMRK hat (vgl. Urteil vom 28.02.2013 - BVerwG 2 C 3.12 - ZBR 2013, 257 Rn. 46), nicht entgegen.

Der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte hat zwar für die Ermittlung, wann die Verfahrensdauer in verwaltungsgerichtlichen Verfahren unangemessen ist, die **Dauer des Vorverfahrens mit einbezogen**. Sofern die Einlegung dieses Rechtsbehelfs ein notwendiger erster Schritt ist, bevor das gerichtliche Verfahren anhängig gemacht werden kann, hat der Gerichtshof den Zeitraum, der für die Angemessenheit der **Verfahrens-dauer** nach Art. 6 I EMRK maßgeblich ist, **mit dem Tag beginnen** lassen, an dem der Beschwerdeführer den behördlichen **Rechtsbehelf (Widerspruch) eingelegt** hat (vgl. etwa EGMR, Urteile vom 28.06.1978 - C 78/31, König/Deutschland - NJW 1979, 477 [478 f.], vom 30.06.2011 - Nr. 11811/10 - juris Rn. 21 und vom 24.06.2010 - Nr. 25756/09 - juris Rn. 21 m.w.N.).

Allerdings beziehen sich diese Entscheidungen auf einen Zeitraum, in welchem das **deutsche Recht keinen wirksamen Rechtsbehelf** im Sinne von Art. 13 EMRK vorsah, der geeignet war, Abhilfe für die unangemessene Dauer von Verfahren zu schaffen (vgl. etwa EGMR, Urteil vom 24.06.2010 aaO Rn. 30 m.w.N.).“ (BVerwG aaO)

Allerdings steht nunmehr mit § 198 GVG ein solcher **Rechtsbehelf** gegen Verzögerungen gerichtlicher Verfahren im Sinne des Konventionsrechts **zur Verfügung**. Hinzu kommt, dass das nationale Recht mit der so genannten Untätigkeitsklage nach § 75 VwGO einen Rechtsbehelf vorsieht, mit dem einer unangemessenen Verzögerung im Vorverfahren (Widerspruchsverfahren) durch unmittelbare Klageerhebung begegnet werden kann.

„Mit Blick auf die Rüge der Verfahrensdauer erweist sich die **Untätigkeitsklage grundsätzlich als wirksamer Rechtsbehelf im Sinne von Art. 13 EMRK** (vgl. EGMR, Urteil vom 10.01.2008 - Nr. 1679/03, Glusen/Deutschland - juris Rn. 66 f.). Dieser tritt neben die durch das neue Gesetz normierte (kompensatorische) Entschädigung für Verzögerungen des Gerichtsverfahrens (vgl. Marx, in: Marx/Roderfeld, Rechtsschutz bei überlangen Gerichts- und Verwaltungsverfahren, 2013, § 173 VwGO Rn. 9; Ott, in: Steinbeiß-Winkelmann/Ott, Rechtsschutz bei überlangen Gerichtsverfahren, 2013, § 198 GVG Rn. 38). Jedenfalls mit Blick auf das **Nebeneinander dieses Entschädigungsanspruchs und der Untätigkeitsklage** ist es konventionsrechtlich nicht zu beanstanden, dass das Vorverfahren nicht in die Prüfung der Angemessenheit der Verfahrensdauer einbezogen wird. Die **Europäische Menschenrechtskonvention** fordert im Hinblick auf das Gebot effektiven Rechtsschutzes **nicht notwendig einen einheitlichen Rechtsbehelf**, sondern lässt bei entsprechender Wirksamkeit auch eine Kombination von Rechtsbehelfen genügen (EGMR, Urteil vom 08.06.2006 - Nr. 75529/01, Sürmeli/ Deutschland - NJW 2006, 2389 Rn. 98 m.w.N.). Den Konventionsstaaten kommt bei der gesetzlichen Ausgestaltung des von Art. 13 EMRK geforderten Rechtsbehelfs ein Gestaltungsspielraum zu (vgl. etwa EGMR, Urteile vom 29.03.2006 - Nr. 36813/97, Scordino/Italien - NVwZ 2007, 1259 Rn. 189 und vom 29.05.2012 aaO Rn. 41).“ (BVerwG aaO)

Das vorstehende Auslegungsergebnis ist mit Art. 6 und Art. 13 EMRK in der Fassung vom 22.10.2010 (BGBl II S. 1198) vereinbar. Das Verwaltungsverfahren und das dem gerichtlichen Verfahren vorausgegangene Vorverfahren bei einer Behörde (Widerspruchsverfahren) sind daher nicht Bestandteil des Gerichtsverfahrens im Sinne von § 198 I 1 und § 198 VI Nr. 1 GVG.

II. Begriff der Unangemessenheit

Nach § 198 I 2 GVG richtet sich die Angemessenheit der Verfahrensdauer nach den **Umständen des Einzelfalles**, insbesondere nach der Schwierigkeit und Bedeutung des Verfahrens und nach dem Verhalten der Verfahrensbeteiligten und Dritter.

„Wie die Verwendung des Wortes „insbesondere“ zeigt, werden damit die Umstände, die für die Beurteilung der Angemessenheit besonders bedeutsam sind, beispielhaft und ohne abschließenden Charakter benannt (BTDrucks 17/3802 S. 18).“ (BVerwG aaO)

1. keine festen zeitlichen Vorgaben

Durch die Ausrichtung an den Umständen des Einzelfalles hat der Gesetzgeber bewusst von der Einführung bestimmter Grenzwerte für die Dauer unterschiedlicher Verfahrenstypen abgesehen.

„Die Ausrichtung auf den Einzelfall folgt nicht nur in deutlicher Form aus dem **Wortlaut** des Gesetzes („Umstände des Einzelfalles“), sondern wird durch seine **Entstehungsgeschichte** bestätigt und entspricht dem in den **Gesetzesmaterialien** klar zum Ausdruck gebrachten Willen des Gesetzgebers (vgl. BTDrucks 17/3802 S. 18). Daraus wird deutlich, dass der Gesetzgeber **schematische zeitliche Vorgaben** für die Angemessenheit **ausgeschlossen** hat. Er hat sich insoweit daran ausgerichtet, dass weder die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte noch die des Bundesverfassungsgerichts feste Zeiträume vorgibt, sondern jeweils die Bedeutung der Einzelfallprüfung hervorhebt. Dem **Grundgesetz** lassen sich **keine allgemeingültigen Zeitvorgaben** dafür entnehmen, wann von einer überlangen, die Rechtsgewährung verhindernden und damit unangemessenen Verfahrensdauer auszugehen ist; dies ist

vielmehr eine Frage der Abwägung im Einzelfall (BVerfG, Beschlüsse vom 20.09.2007 - 1 BvR 775/07 - NJW 2008, 503; vom 14.12.2010 - 1 BvR 404/10 - juris Rn. 11 und vom 01.10.2012 - 1 BvR 170/06 - Vz 1/12, NVwZ 2013, 789 [790]). Gleiches gilt im Ergebnis für die Europäische Menschenrechtskonvention. Es entspricht der ständigen Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte, die Angemessenheit der Verfahrensdauer nach den **Umständen des Einzelfalles** sowie unter Berücksichtigung der **Komplexität des Falles**, des **Verhaltens des Beschwerdeführers** und der zuständigen Behörden sowie der Bedeutung des Rechtsstreits für den Beschwerdeführer zu beurteilen (vgl. etwa EGMR, Urteile vom 28.06.1978 aaO [479] und vom 11.01.2007 - Nr. 20027/02, Herbst/Deutschland NVwZ 2008, 289 Rn. 75; Entscheidung vom 22.01.2008 - Nr. 10763/05 - juris Rn. 43 m.w.N.).“ (BVerwG aaO)

2. Orientierungs- oder Richtwerte

Es könnte aber in Betracht kommen, für die Beurteilung, ob die Verfahrensdauer angemessen ist, von Orientierungs- oder Richtwerten für die Laufzeit verwaltungsgerichtlicher Verfahren auszugehen. Dies lehnt das BVerwG jedoch ab

„[Und] zwar unabhängig davon, ob diese auf eigener Annahme oder auf statistisch ermittelten durchschnittlichen Verfahrenslaufzeiten beruhen. Dabei macht es im Ergebnis keinen Unterschied, ob solche Werte - in Rechtsprechung und Literatur werden **Zeitspannen von ein bis drei Jahren** genannt - als „normale“, „durchschnittliche“ oder „übliche“ Bearbeitungs- oder Verfahrenslaufzeiten bezeichnet und - im Hinblick auf die Angemessenheit der Verfahrensdauer - als Indiz (**Regelfrist**), **Hilfskriterium** oder „**erster grober Anhalt**“ herangezogen werden (vgl. etwa Stahnecker, Entschädigung bei überlangen Gerichtsverfahren, 2013, Rn. 76; Roderfeld, in: Marx/Roderfeld aaO § 198 GVG Rn. 38 f.; im Ergebnis zu Recht ablehnend OVG Bautzen, Urteil vom 15.01.2013 - 11 F 1/12 - LKV 2013, 230 [232]; Ott, in: Steinbeiß-Winkelmann/Ott aaO § 198 GVG Rn. 69, 86 f. m.w.N.).“ (BVerwG aaO)

Die Entscheidung des Gesetzgebers, keine zeitlichen Festlegungen zu treffen, ab wann ein Verfahren „überlang“ ist, schließt für den Bereich der Verwaltungsgerichtsbarkeit grundsätzlich einen Rückgriff auf Orientierungs- oder Richtwerte aus.

„Angeht die **Vielfältigkeit verwaltungsgerichtlicher Verfahren** stießen solche Festlegungen an eine Komplexitätsgrenze. Sie könnten letztlich für die Angemessenheit im Einzelfall nicht aussagekräftig sein. Die **Bandbreite der Verwaltungsprozesse** reicht von sehr einfach gelagerten Verfahren bis zu äußerst aufwändigen Großverfahren (etwa im Infrastrukturbereich), die allein einen Spruchkörper über eine lange Zeitspanne binden können. Der Versuch, dieser Bandbreite mit Mittel- oder Orientierungswerten Rechnung zu tragen, ginge nicht nur am Einzelfall vorbei, sondern wäre auch mit dem Risiko belastet, die einzelfallbezogenen Maßstäbe des Bundesverfassungsgerichts und des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte zu verfehlen. Die Bestimmung einer Regeldauer brächte zudem - entgegen der Intention des Gesetzes - die Gefahr mit sich, dass sie die Verwaltungsgerichte als äußerstes Limit ansehen könnten, bis zu welchem ein Verfahren zulässigerweise ausgedehnt werden dürfte.“ (BVerwG aaO)

3. Heranziehung statistischer Durchschnittslaufzeiten

Zur Ermittlung der Angemessenheit könnte man statistische Durchschnittslaufzeiten des jeweiligen Bundeslandes heranziehen.

„Zum einen ist auch dieser Ansatz mit der **Vielfältigkeit verwaltungsgerichtlicher Verfahren** nicht in Einklang zu bringen. Zum anderen ist ein gesichertes Indiz für eine „normale“ bzw. durchschnittliche Laufzeit in einem verwaltungsgerichtlichen Verfahren schon deshalb kaum möglich, weil die Verfahrenslaufzeiten der **Verwaltungs- und Oberverwaltungsgerichte in den Ländern** - wie aus allgemein zugänglichen Quellen ersichtlich und zwischen den Beteiligten unstrittig ist - **sehr unterschiedlich** ausfallen. Im Hinblick auf die verfassungsmäßige Gewährleistung eines Gerichtsverfahrens in angemessener Zeit kann die **Effektivität des verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutzes** (Art. 19 IV GG) für die verfahrensbeteiligten Bürger nicht (mit) davon abhängen, in welchem Land sie Rechtsschutz suchen und wie sich die durchschnittliche Verfahrensdauer dort ausnimmt.“ (BVerwG aaO)

Allerdings verbietet es sich gleichfalls, statistische Erhebungen für Verwaltungsstreitverfahren auf Bundesebene heranzuziehen.

„Abgesehen davon, dass solche statistischen Werte über Verfahrenslaufzeiten im Hinblick auf die **Vielfältigkeit verwaltungsgerichtlicher Verfahren** für den Einzelfall kaum aussagekräftig sind, müssten die Durchschnittswerte ihrerseits wieder daraufhin überprüft werden, ob sie als solche angemessen sind.

Die Orientierung an einer - wie auch immer ermittelten - (statistisch) durchschnittlichen Dauer verwaltungsgerichtlicher Verfahren erweist sich auch deshalb als bedenklich, weil eine **solche Laufzeit** stets auch **Ausdruck** der den Gerichten jeweils **zur Verfügung stehenden Ressourcen** ist, also insbesondere von den bereitgestellten personellen und sächlichen Mitteln abhängt. **Der verfassungsrechtliche Anspruch auf eine angemessene Verfahrensdauer darf hingegen grundsätzlich nicht von der faktischen Ausstattung der Justiz abhängig gemacht werden** (vgl. BVerfG, Beschluss vom 12.12.1973 - 2 BvR 558/73 - BVerfGE 36, 264 [274 f.]). Dies wäre aber im Ergebnis der Fall, wenn für die Ermittlung der angemessenen Verfahrensdauer im Sinne von § 198 I GVG auf eine durchschnittliche Laufzeit abgestellt würde (vgl. Ott, in: Steinbeiß-Winkelmann/Ott aaO Rn. 87; Ziekow, DÖV 1998, 941 [942]).“ (BVerwG aaO)

4. Einzelfallprüfung

Es verbleibt daher nur eine Einzelfallprüfung anhand rein rechtlicher Maßstäbe. Danach ist eine Verfahrensdauer unangemessen im Sinne von § 198 I 1 GVG, wenn eine insbesondere an den Merkmalen des § 198 I 2 GVG ausgerichtete Gewichtung und Abwägung aller bedeutsamen Umstände des Einzelfalles ergibt, dass die aus konventions- und verfassungsrechtlichen Normen folgende Verpflichtung des Staates, Gerichtsverfahren in angemessener Zeit zum Abschluss zu bringen, verletzt ist.

a) Verletzung von Grund- und Menschenrechten durch Verfahrensdauer

„Der unbestimmte Rechtsbegriff der „**unangemessenen Dauer eines Gerichtsverfahrens**“ (§ 198 I 1 GVG) wie auch die zu seiner Ausfüllung heranzuziehenden Merkmale im Sinne von § 198 I 2 GVG sind unter Rückgriff auf die Grundsätze näher zu bestimmen, wie sie in der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte zu

- **Art. 6 I 1 EMRK** und des Bundesverfassungsgerichts zum
- **Recht auf effektiven Rechtsschutz** aus Art. 19 IV GG und zum
- **Justizgewährleistungsanspruch** aus Art. 2 I i.V.m. Art. 20 III GG entwickelt worden sind.

Diese Rechtsprechung diente dem Gesetzgeber bereits bei der Textfassung des § 198 I GVG als Vorbild (vgl. BTDrucks 17/3802 S. 18). Insgesamt stellt sich die Schaffung des Gesetzes als **innerstaatlicher Rechtsbehelf** gegen überlange Gerichtsverfahren als Reaktion auf eine entsprechende Forderung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte dar (vgl. insbesondere EGMR, Urteil vom 02.09.2010 - Nr. 46344/06, Rumpf/Deutschland - NJW 2010, 3355). **Haftungsgrund** für den gesetzlich normierten Entschädigungsanspruch wegen unangemessener Verfahrensdauer in § 198 I GVG ist mit hin die **Verletzung des in Art. 19 IV und Art. 2 I i.V.m. Art. 20 III GG sowie Art. 6 I EMRK** verankerten Rechts eines Verfahrensbeteiligten auf Entscheidung eines gerichtlichen Verfahrens in angemessener Zeit (vgl. BSG, Urteil vom 21.02.2013 aaO Rn. 25 m.w.N.).“ (BVerwG aaO)

b) Fehlen einer sachlichen Rechtfertigung für Verfahrensdauer

Es kommt insofern darauf an, ob der Beteiligte durch die Länge des Gerichtsverfahrens in seinem Grund- und Menschenrecht beeinträchtigt worden ist. Damit wird eine gewisse Schwere der Belastung vorausgesetzt; es reicht also nicht jede Abweichung von einer optimalen Verfahrensführung des Gerichts aus (vgl. BSG, Urteil vom 21.02.2013 aaO Rn. 26).

„Vielmehr muss die Verfahrensdauer eine **Grenze überschreiten**, die sich auch unter Berücksichtigung gegenläufiger rechtlicher Interessen für den Betroffenen als **sachlich nicht mehr gerechtfertigt oder unverhältnismäßig** darstellt (vgl. BVerfG, Beschluss vom 01.10.2012 - 1 BvR 170/06 - Vz 1/12 - NVwZ 2013, 789 [791 f.]). Dabei haben die Gerichte auch die Gesamtdauer des Verfahrens zu berücksichtigen, weshalb sich mit zunehmender Verfahrensdauer die Pflicht des Gerichts, sich nachhaltig um eine Förderung und Beendigung des Verfahrens zu bemühen, verdichtet (st. Rspr. des BVerfG, vgl. etwa Beschlüsse vom 14.12.2010 - 1 BvR 404/10 - juris Rn. 11 und vom 01.10.2012 aaO [790] jeweils m.w.N.).“ (BVerwG aaO)

aa) Gestaltungsspielraum des Gerichts

Die Angemessenheit der Dauer eines Gerichtsverfahrens bemisst sich auch danach, wie das Gericht das Verfahren geführt hat und ob und in welchem Umfang ihm Verfahrensverzögerungen zuzurechnen sind.

„Im Zusammenhang mit der Verfahrensführung durch das Gericht ist zu berücksichtigen, dass die Verfahrensdauer in einem gewissen **Spannungsverhältnis zur richterlichen Unabhängigkeit** (Art. 97 I GG) und zum rechtsstaatlichen Gebot steht, eine inhaltlich richtige, an Recht und Gesetz orientierte Entscheidung zu treffen (vgl. BSG, Urteil vom 21.02.2013 aaO Rn. 27). Ebenso fordert Art. 6 I EMRK zwar, dass Gerichtsverfahren zügig betrieben werden, betont aber auch den allgemeinen **Grundsatz einer geordneten Rechtspflege** (EGMR, Urteil vom 25.02.2000 - Nr. 29357/95, Gast und Popp/Deutschland - NJW 2001, 211 Rn. 75). Die **zügige Erledigung** eines Rechtsstreits ist **kein Selbstzweck**; vielmehr verlangt das Rechtsstaatsprinzip die grundsätzlich umfassende tatsächliche und rechtliche Prüfung des Streitgegenstands durch das dazu berufene Gericht (st. Rspr. des BVerfG, vgl. etwa Beschlüsse vom 12.02.1992 - 1 BvL 1/89 - BVerfGE 85, 337 [345] und vom 26.04.1999 - 1 BvR 467/99 - NJW 1999, 2582 [2583]; ebenso BGH, Urteil vom 04.11.2010 - III ZR 32/10 - BGHZ 187, 286 Rn. 14 m.w.N.).“ (BVerwG aaO)

Um den verfahrensrechtlichen und inhaltlichen Anforderungen gerecht werden zu können, benötigt das Gericht eine **Vorbereitungs- und Bearbeitungszeit**, die der Schwierigkeit und Komplexität der Rechtssache angemessen ist.

„Dabei ist die **Verfahrensgestaltung** in erster Linie in die Hände des mit der Sache befassten Gerichts gelegt (BVerfG, Beschlüsse vom 30.07.2009 - 1 BvR 2662/06 - NJW-RR 2010, 207 [208] und vom 02.12.2011 - 1 BvR 314/11 WM 2012, 76 [77]). Zur Ausübung seiner verfahrensgestaltenden Befugnisse ist dem Gericht - auch im Hinblick auf die richterliche Unabhängigkeit - ein **Gestaltungsspielraum** zuzubilligen (vgl. BVerfG, Beschlüsse vom 29.03.2005 - 2 BvR 1610/03 - NJW 2005, 3488 [3489] und vom 01.10.2012 aaO [791] jeweils m.w.N.; vgl. auch BGH, Urteil vom 04.11.2010 aaO). **Verfahrenslaufzeiten**, die durch die Verfahrensführung des Gerichts bedingt sind, führen nur zu einer unangemessenen Verfahrensdauer, wenn sie - auch bei Berücksichtigung des gerichtlichen Gestaltungsspielraums - **sachlich nicht mehr zu rechtfertigen** sind (vgl. BVerfG, Beschluss vom 01.10.2012 aaO m.w.N.).“ (BVerwG aaO)

b) keine Berufung auf strukturelle Probleme

Es stellt sich allerdings die Frage, ob der Staat sich insofern hinsichtlich überlanger Verfahren auf Umstände innerhalb seines Verantwortungsbereichs (z.B. Personal- oder Sachausstattung) berufen kann. Solches vermag derartige Verzögerungen nicht zu rechtfertigen (stRspr des BVerfG, vgl. Beschlüsse vom 07.06.2011 - 1 BvR 194/11 - NVwZ-RR 2011, 625 [626], vom 24.09.2009 - 1 BvR 1304/09 - EuGRZ 2009, 699 Rn. 14 und vom 01.10.2012 aaO [790]; vgl. auch BFH, Urteil vom 17.04.2013 - X K 3/12 - BeckRS 2013, 95036 = juris Rn. 43).

„Eine Zurechnung der Verfahrensverzögerung zum Staat kommt nach der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte insbesondere für Zeiträume in Betracht, in denen das Gericht **ohne rechtfertigenden Grund untätig geblieben**, also das Verfahren nicht gefördert oder betrieben hat (vgl. EGMR, Urteile vom 26.10.2000 - Nr. 30210/96, Kudta/Polen - NJW 2001, 2694 Rn. 130 und vom 31.05.2001 - Nr. 37591/97, Metzger/Deutschland - NJW 2002, 2856 Rn. 41). Soweit dies auf eine **Überlastung der Gerichte** zurückzuführen ist, gehört dies zu den strukturellen Mängeln, die der Staat zu beheben hat (EGMR, Urteil vom 25.02.2000 aaO Rn. 78). **Strukturelle Probleme**, die zu einem ständigen Rückstand infolge chronischer Überlastung führen, **muss sich der Staat zurechnen lassen**; eine überlange Verfahrensdauer lässt sich damit nicht rechtfertigen (BVerfG, Beschluss vom 01.10.2012 aaO [790]).“ (BVerwG aaO)

5. Anwendung auf den Fall

Fraglich ist somit, ob im vorliegenden Fall unter Berücksichtigung der aufgezeigten Maßstäbe von einer unangemessenen Verfahrensdauer ausgegangen werden kann.

a) Schwierigkeitsgrad des Falles

„Mit Blick auf die vom Oberverwaltungsgericht insoweit getroffenen Feststellungen handelte es sich um einen in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht sehr einfach gelagerten Fall.[wird ausgeführt]“ (BVerwG aaO)

b) Interessenlage der Klägerin

Die Klägerin hatte schon allein deshalb ein berechtigtes erhebliches Interesse an einem schnellen Abschluss des Verfahrens gehabt haben, weil sie sich bereits in einem vorangegangenen Prozess gegen die Umsetzung erfolgreich zur Wehr gesetzt hatte und im vorliegenden Prozess letztlich nur die Einlösung der gegebenen Zusage einer Rückgängigmachung der Umsetzung begehrte.

„Das Oberverwaltungsgericht hat ferner zutreffend ausgeführt, dass die zusätzliche Wegstrecke zum Dienort und zurück für die Klägerin eine **nicht unerhebliche zeitliche Belastung** darstellte. Hinzu kommt, dass die Umsetzung der Klägerin aufgrund eines angenommenen dienstlichen Fehlverhaltens nach den tatrichterlichen Feststellungen eine belastende Wirkung hatte.“ (BVerwG)

c) keine Verantwortlichkeit der Klägerin für Verzögerung

Die Klägerin war auch nicht für die Verzögerung des Rechtsstreits verantwortlich.

„Vielmehr hat sie sich zu Beginn des Rechtsstreits zur Beschleunigung des Verfahrens mit einer **Übertragung des Rechtsstreits auf den Einzelrichter** einverstanden erklärt.“ (BVerwG aaO)

Der Klägerin könnte aber vorgehalten werden, dass sie im weiteren Verlauf des Prozesses nicht nachdrücklicher auf eine Beschleunigung gedrängt hat.

„[Dies] kann ... ihr aus Rechtsgründen nicht angelastet werden. Die **Verpflichtung des Gerichts**, das Verfahren in angemessener Zeit zu einem Abschluss zu bringen, **ergibt sich** - wie aufgezeigt - **unmittelbar aus** der dem Staat obliegenden **Justizgewährleistungspflicht**, aus dem **Gebot des effektiven Rechtsschutzes** und aus Art. 6 I EMRK. Daher bedarf es grundsätzlich keines entsprechenden Hinweises der Prozessbeteiligten. Eine besondere gesetzliche Verpflichtung zur Erhebung einer Verzögerungsrüge bestand bei Abschluss des Verfahrens im Juni 2011 nicht. Nach Art. 23 Satz 5 ÜblV-

ÜbVfRSchG gilt bei abgeschlossenen Verfahren das Erfordernis der Verzögerungsrüge nach § 198 III GVG nicht.“ (BVerwG aaO)

d) sachlicher Grund für Verzögerung durch das Gericht

Es könnte anzunehmen sein, dass das Gericht das Verfahren im Zeitraum vom 25.10.2009 bis zum 16.09.2010 und vom 16.02.2011 bis zum 12.04.2011 - zusammengerechnet mehr als 12 Monate - ohne rechtfertigenden Grund nicht gefördert hat.

aa) Verzögerung wegen Warten auf Duplik (25.10.2009 bis 16.09.2010)

Hinsichtlich des ersten Zeitraums war die Sache ausgeschrieben: Klagebeurteilung, Klageerwidern und Replik der Klägerin lagen vor. Fraglich ist jedoch, ob das Gericht den betreffenden Zeitraum zu Recht auf den Eingang einer Duplik der Beklagten warten durfte.

„Das OVG [hat] unter Berücksichtigung des richterlichen Gestaltungsspielraums zutreffend ausgeführt, dass der Vorsitzende auf die ungewisse und tatsächlich auch nicht eingegangene weitere Erwiderung des Beklagten zwar **einen Monat habe warten** dürfen. Insbesondere mit Blick auf den sehr geringen Schwierigkeitsgrad des Verfahrens und dessen Bedeutung für die Klägerin war ein **weiteres Zuwarten** hingegen **nicht gerechtfertigt**. Eine Förderung im Sinne eines Hinwirkens auf eine Erledigung des Prozesses ist nach Ablauf dieses Monats nicht mehr erkennbar. Da die Akte vom 25.10.2009 bis zum 16.09.2010 nach den tatsächlichen Feststellungen des Obergerichtes unbearbeitet blieb, muss für diesen Zeitraum von einer **nicht gerechtfertigten Verzögerung** des Rechtsstreits ausgegangen werden.“ (BVerwG aaO)

bb) Verzögerung wegen Erkrankung des sachbearbeitenden Richters (16.02.2011 bis zum 12.04.2011)

Zu der betreffenden Verzögerung kam es, weil der sachbearbeitende Richter drei Monate erkrankt war und nach seiner Rückkehr für rund zwei Monate die Sache unbearbeitet gelassen hat. Fraglich ist, ob die Verzögerung vor diesem Hintergrund gerechtfertigt ist.

„Zwar ist eine unvorhersehbare Erkrankung des berichtstattenden Vorsitzenden als ein Fall höherer Gewalt anzusehen, der grundsätzlich eine vorübergehende Terminverschiebung rechtfertigen kann (vgl. EGMR, Urteil vom 16.07.2009 - Nr. 8453/04, Bayer/Deutschland NVwZ 2010, 1015 Rn. 53). Das OVG hat aber zu Recht darauf hingewiesen, dass die **Erkrankung eines Richters** im Hinblick auf die in der Geschäftsverteilung des Gerichts vorzusehenden Vertretungsregelungen **nur eine kurzfristige Verzögerung rechtfertigen** könne. Erkrankt ein Richter, sind grundsätzlich die zur Vertretung berufenen Richter zur Förderung des Verfahrens verpflichtet. Im vorliegenden Fall hat das Verfahren **in den drei Monaten**, in denen der Vorsitzende krankheitsbedingt abwesend gewesen ist, **keine Förderung erfahren**.

Selbst wenn dies nicht als unangemessene Verzögerung angesehen wird, war es nicht angemessen, dass der Vorsitzende nach seiner Rückkehr am 16.02.2011 die **Akte erneut auf Abruf gelegt und bis zum 12.04.2011 nicht bearbeitet** hat. Hierfür sind vom Tatsachengericht keine rechtfertigenden Gründe festgestellt worden. Solche sind auch nicht erkennbar. Auch in diesem Zusammenhang ist von Gewicht, dass das Verfahren einfach gelagert war und Bedeutung für die Klägerin hatte. Deshalb ist dem Beklagten auch nicht darin zu folgen, dass dem Vorsitzenden nach der Rückkehr aus dem Krankenstand eine mehrwöchige Übergangsfrist für die Dezeratsaufarbeitung nach Prioritätsgesichtspunkten eingeräumt werden müsse. Mithin kann auch bei Berücksichtigung eines richterlichen Gestaltungsspielraums im **Zeitraum vom 16.02.2011 bis zum 12.04.2011 kein Rechtfertigungsgrund** für die erneute Zurückstellung des bereits vor der Erkrankung geladenen und damit priorisierten Verfahrens festgestellt werden.“ (BVerwG aaO)

III. Ergebnis

Das Verfahren hatte auf der einen Seite einen geringen Schwierigkeitsgrad, auf der anderen Seite aber eine hohe subjektive Bedeutung für die Klägerin. Diese hat zu der eingetretenen Verzögerung nicht beigetragen und es gab keine sachliche Rechtfertigung für die verzögerte Bearbeitung durch das Gericht im Rahmen seiner Befugnis zur Prozessleitung. Der Rechtsstreit hätte daher in einem Jahr hätte erledigt werden müssen und die zweijährige Prozessdauer war nicht angemessen. Die Klägerin hat einen Anspruch auf Entschädigung nach § 198 GVG.

**Prüfung der Prozesskostenhilfenvoraussetzungen
maßgeblicher Zeitpunkt für Beurteilung der Erfolgsaussichten**

(OVG Koblenz in NVwZ-RR 2014, 76; Beschluss vom 30.07.2013 – 2 D 10709/13)

1. Prozessual maßgeblicher Zeitpunkt für die Beurteilung der hinreichenden Erfolgsaussicht der Klage im Prozesskostenhilfverfahren ist der **Zeitpunkt der Bewilligungsreife des Antrags**, also der Zeitpunkt, zu dem das Prozesskostenhilfegesuch einschließlich der Erklärungen über die persönlichen und wirtschaftlichen Verhältnisse vollständig vorliegt.
2. Wird ein nicht bekannt gegebener Verwaltungsakt faktisch vollzogen, kann ein Rechtsschutzbedürfnis für eine Feststellungsklage gem. § 43 I Alt. 1 VwGO bestehen.

Fall: Der Bekl. betrieb für die Dauer von mehreren Monaten ein – letztlich eingestelltes – Schulausschlussverfahren gegen den schulpflichtigen Kl. Während dessen besuchte der Kl. die Schule nicht mehr. Nach erfolglosem Schriftwechsel erhob der Kl. am 23.05.2013 „Untätigkeits“-Klage zum VG, mit der er die Verurteilung des Bekl. zur weiteren Erteilung von Schulunterricht, hilfsweise zum Erlass eines rechtmittelfähigen Bescheides über den Schulausschluss begehrte. Zugleich beantragte er unter Vorlage der Erklärungen über die persönlichen und wirtschaftlichen Verhältnisse die Bewilligung von Prozesskostenhilfe für die Durchführung des erstinstanzlichen Hauptsacheverfahrens. Mit Datum vom 04.06.2013 erklärte der Bekl., der Kl. dürfe mangels förmlichen Schulausschlusses die Schule weiter besuchen. Das VG lehnte den Antrag des Kl. auf Bewilligung von Prozesskostenhilfe u. a. mit Verweis auf die fehlende Erfolgsaussicht der Klage ab, weil der Kl. mangels eines Schulausschlusses die Schule besuchen dürfe und für eine diesbzgl. Feststellungsklage kein Rechtsschutzbedürfnis bestehe. Zu Recht?

Nach § 166 VwGO i.V.m. § 114 ZPO erhält eine Partei auf Antrag Prozesskostenhilfe, wenn sie

- nach ihren persönlichen und wirtschaftlichen Verhältnissen die Kosten der Prozessführung nicht aufbringen kann und
- die beabsichtigte Rechtsverfolgung oder Rechtsverteidigung hinreichend Aussicht auf Erfolg bietet und
- nicht mutwillig erscheint.

Fraglich ist, ob diese Voraussetzungen hier erfüllt sind.

I. Bedürftigkeit

Daran, dass der Kl. nach seinen persönlichen und wirtschaftlichen Verhältnissen die Kosten der Prozessführung nicht aufbringen kann, bestehen keine Zweifel.

II. hinreichende Erfolgsaussichten

Fraglich ist jedoch, ob die Klage hinreichende Erfolgsaussichten hat.

1. Maßgeblichkeit der Bewilligungsreife

Es kommt daher darauf an, auf welchen Zeitpunkt für die Beurteilung der hinreichenden Erfolgsaussicht abzustellen ist.

*„Prozessual maßgeblicher Zeitpunkt für die Beurteilung der hinreichenden Erfolgsaussicht der Klage ist der Zeitpunkt der **Bewilligungsreife** des Prozesskostenhilfeantrags, also der Zeitpunkt, zu dem das **Prozesskostenhilfegesuch**, einschließlich der Erklärungen über die persönlichen und wirtschaftlichen Verhältnisse, **vollständig vorliegt** (OVG Koblenz, NVwZ 1991, 595; BVerwG, NVwZ 2004, 111; BVerfG, NVwZ 2006, 1156; OVG Münster, NVwZ-RR 2010, 742; VGH München, Beschl. v. 13.09.2006, in: BeckRS 2009, 40950; wohl auch: OVG Koblenz, NVwZ-RR 1994, 123 f.; a. A. OVG Koblenz, NVwZ-RR 1990, 384– Zeitpunkt der gerichtlichen Entscheidung). Maßgeblich hierfür ist die Überlegung, dass der **allgemeine Gleichheitsgrundsatz** aus Art. 3 I GG i.V.m. dem **Sozialstaatsprinzip** aus Art. 20 I GG, dem **Rechtsstaatsprinzip** aus Art. 20 III GG und dem **Anspruch auf effektiven Rechtsschutz** aus Art. 19 IV GG eine weitgehende Angleichung der Rechtsschutzmöglichkeiten von Bemittelten und Unbemittelten gebieten. Der Unbemittelte muss einem solchen Bemittelten gleichgestellt werden, der seine Aussichten vernünftig abwägt und dabei auch sein Kostenrisiko berücksichtigt (BVerfGE 122, 39 [48 f.] = NJW 2009, 209 m.w.N.). Die **Anforderungen an die Erfolgsaussichten** dürfen daher **nicht überspannt** werden (BVerfG, NJW 2013, 2013 f.).“*
(OVG Koblenz aaO)

2. Bewertung der Erfolgsaussichten

Die Klage war bei sachgerechter Würdigung des Begehrens des Kl. (§ 88 VwGO) dahingehend zu verstehen, dass der Kl. gem. § 43 I Alt. 1 Var. 1 VwGO die Feststellung begehrte, dass er einen Anspruch auf Beschulung durch die Schule am B. hatte.

*„Für die so verstandene Feststellungsklage bestand im maßgeblichen Zeitpunkt der Bewilligungsreife des Prozesskostenhilfeantrags ein Rechtsschutzbedürfnis, denn es lag eine Konstellation vor, die einer „**faktischen Vollziehung**“ eines **Schulaustritts** gleich kam (vgl. auch für einen zulässigen Feststellungsantrag entsprechend § 43 I Alt. 1 Var. 2 VwGO bei unwirksamer Bekanntgabe eines Verwaltungsakts: VGH München, NVwZ-RR 2013, 169 m.w.N.; s. auch zur faktischen Vollziehung des unwirksamen Verwaltungsakts: VG Augsburg, Beschl. v. 16.11.2007 – Au 4 S 07.1206).*

*Der Zulässigkeit der Feststellungsklage stand auch ihre **Subsidiarität gem. § 43 II VwGO** nicht entgegen. Keine der vorrangigen Klagearten kam ernsthaft in Betracht. Insbesondere entsprach eine auf Ausschluss von der Schule gerichtete Verpflichtungsklage nicht dem eigentlichen Begehren des Kl. Dass parallel zum faktischen Schulaustritt ein förmliches Schulaustrittsverfahren betrieben wurde, ist daher für die Zulässigkeit der Feststellungsklage bezüglich des faktischen Schulaustritts insoweit ohne Belang.*

*Dies zu Grunde gelegt war die Feststellungsklage im maßgeblichen Zeitpunkt als **voraussichtlich zulässig und begründet** anzusehen. Mangels Bekanntgabe in der vorgeschriebenen Form (vgl. § 81 VI, VIII 3 i.V.m. § 81 VI RhPfSoSchulO) waren weder der dauerhafte noch der vorläufige Schulaustritt wirksam (vgl. § 1 I RhPfVwVfG i.V.m. § 43 I VwVfG). Gleichwohl wurde der Schulaustritt faktisch vollzogen, denn der Kl. besuchte trotz bestehender Schulpflicht (vgl. § 7 RhPfSchulG) seit dem 12.12.2012 nicht mehr die Schule.*

Das ergibt sich nicht nur aus dem insoweit übereinstimmenden Beteiligtenvorbringen, sondern auch aus dem Halbjahreszeugnis des Kl. für das Schuljahr 2012/2013 vom 25.01.2013. Dort wird unter dem Feld „Bemerkungen“ ausgeführt, sein Verhalten habe sich im Laufe des vergangenen Schuljahres dramatisch verschlechtert. Er stelle eine Gefahr für seine eigene Sicherheit sowie für die Sicherheit seiner Mitschüler dar. Deshalb besuche er seit dem 12.12.2012 nicht mehr die Schule. Darüber hinaus ist in dem Zeugnis vermerkt, dass der Kl. im betr. Halbjahr 5 Tage entschuldigt und 0 Tage unentschuldigt gefehlt habe. Der Bekl. war jedoch nicht nur verpflichtet, die Wahrnehmung der Schulpflicht zu ermöglichen, sondern diese auch durchzusetzen (vgl. §§ 65, 66 RhPfSchulG). Dieser Verpflichtung war er offenkundig im maßgeblichen Zeitpunkt seit geraumer Zeit nicht nachgekommen. Dass der Bekl. im Rahmen des Eilverfahrens (7 L 567/13) mit Datum vom 04.06.2013 eine Erklärung abgegeben hat, nach welcher der Kl. das Recht habe, die Schule zu besuchen, widerspricht nicht dessen ursprünglich bestehendem Rechtsschutzbedürfnis, sondern belegt dieses gerade.“ (OVG Koblenz aaO)

Nach alledem hätte das VG nach Eingang der vollständigen Unterlagen Prozesskostenhilfe bewilligen müssen.

Kurzauslese II

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

ZPO ZPO
§§ 139 V, 156 II Nr. 1 **Berücksichtigung neuen Vorbringens**
Nachgereichter Schriftsatz

(BGH in NJW-RR 2014, 177; Beschluss vom 04.07.2013 – V ZR 151/12)

Weist das **Berufungsgericht** den Berufungsbekl. erstmals im Termin darauf hin, dass es in **einem entscheidungserheblichen Punkt die Auffassung des erstinstanzlichen Gerichts nicht teilt**, hat es das **entsprechende neue Vorbringen des Berufungsbekl. in einem nachgereichten Schriftsatz zu berücksichtigen** und ggf. die **mündliche Verhandlung wiederzueröffnen**.

„Reagiert eine Partei auf das nicht ordnungsgemäße, weil gegen Art. 103 I GG verstoßende Vorgehen des BerGer., indem sie einen nicht nachgelassenen Schriftsatz einreicht, so muss das BerGer. das darin enthaltene neue Vorbringen berücksichtigen und – wenn es sich als entscheidungserheblich darstellt – die mündliche Verhandlung nach § 156 II Nr. 1 ZPO wiedereröffnen (vgl. BGH NJW 2000, 142; BGH NJW-RR 2007, 412).

Dies gilt auch dann, wenn die Partei auf den erst in der mündlichen Verhandlung erteilten Hinweis nicht in der angemessenen Weise reagiert, dass sie nach § 139 V ZPO eine Schriftsatzfrist beantragt, weil ihr eine sofortige Erklärung zu dem gerichtlichen Hinweis nicht möglich ist. Die durch § 139 V ZPO eröffnete Befugnis der von einem verspäteten Hinweis des Gerichts überraschten Partei, sich weiteren Vortrag vorzubehalten, führt nicht dazu, dass eine Verletzung des Verfahrensgrundrechts nach Art. 103 I GG zu verneinen wäre. Das BerGer. kann nämlich, wenn es einen Hinweis erst in der mündlichen Verhandlung erteilt, nicht erwarten, dass die Partei die rechtlichen Konsequenzen des Hinweises sofort in vollem Umfang überblickt und entsprechend prozessual angemessen zur Wahrung ihrer Rechte reagiert. Deshalb stellt es einen Verstoß gegen Art. 103 I GG dar, wenn das BerGer. die Wiedereröffnung der mündlichen Verhandlung ablehnt und damit das in einem nachgereichten Schriftsatz enthaltene Vorbringen nicht mehr zur Kenntnis nimmt (BGH NJW-RR 2007, 412).“ (BGH aaO)

ZPO ZPO
§ 485 II 1 Nr. 1 **Selbständiges Beweisverfahren**
Keine Ermittlung entgangenen Gewinns

(BGH in MDR 2014, 176 = NJW-RR 2014, 180; Beschluss vom 27.11.2013 – III ZB 38/13)

Gegenstand eines Antrags auf schriftliche Begutachtung durch einen Sachverständigen gem. § 485 II 1 Nr. 1 ZPO kann **nicht** die Begutachtung darüber sein, **ob** dem Ast. durch das Verhalten des Antragsgegners **Gewinne in einer bestimmten Mindesthöhe entgangen** sind.

- I. Eine schriftliche Begutachtung durch einen Sachverständigen nach § 485 II 1 ZPO setzt nicht lediglich ein rechtliches Interesse des Ast. voraus. Erforderlich ist zusätzlich, dass einer der in § 485 II 1 ZPO **enumerativ aufgeführten Gegenstände begutachtet** werden soll (vgl. RegE eines Rechtspflege-VereinfachungsG v. 1.12.1988, BT-Drs. 11/3621, 42).

„Gegenstand der Begutachtung können nur die im Gesetz genannten Feststellungen sein (Zöller/Herget, ZPO, 30. Aufl., § 485 Rn 9; Musielak/Huber, ZPO, 10. Aufl., § 485 Rn 12; Müller, FS E. Schneider, 1997, S. 405).

Die Zulässigkeit eines Antrags nach § 485 II 1 Nr. 1 ZPO richtet sich nach dem unmittelbaren Antragsgegenstand und nicht danach, ob im Rahmen der Begutachtung des Antragsgegenstands – allein oder neben anderen Faktoren – auch der Wert einer Sache zu begutachten ist. Der entgangene Gewinn ist jedoch bereits nach Wortlaut und Inhalt keine „Sache“, seine Höhe nicht der „Wert einer Sache“ i. S. v. § 485 II 1 Nr. 1 ZPO.“ (BGH aaO)

- II. Etwas anderes ergibt sich weder aus der **Entstehungsgeschichte** noch aus **Sinn und Zweck** von § 485 II 1 Nr. 1 ZPO.

*„Mit der Neufassung der §§ 485 ff. ZPO durch Art. 1 Nr. 30 des am 01.04.1991 in Kraft getretenen Rechtspflege-Vereinfachungsgesetzes vom 17.12.1990 (BGBl. I 1990, 2847) wurde das **bisherige Beweissicherungsverfahren erheblich erweitert**. Zur Begründung wurde angeführt, dass die vor- oder außergerichtliche Beweisaufnahme auch dann zweckmäßig sei, wenn der Streit der Parteien nur von der Entscheidung tatsächlicher Fragen abhängt. Die gesonderte Begutachtung durch einen Sachverständigen führe häufig zu einer die Parteien zufriedenstellenden Klärung und damit eher zum Vergleich als in einen Prozess (vgl. BT-Drs. 11/3621, 23, 41).*

*Zwar hätte sich mit dem auf diese Weise beschriebenen Zweck der Erweiterung des seinerzeitigen Beweissicherungsverfahrens ggf. auch die Einrichtung eines generell auf die Begutachtung von Tatsachen bezogenen selbstständigen Beweisverfahrens begründen lassen. Der Gesetzgeber hat von einer entsprechenden Formulierung des neuen § 485 II ZPO jedoch bewusst abgesehen. Er hat stattdessen die **Gegenstände der Begutachtung** in dem Katalog des § 485 II 1 ZPO **ausdrücklich begrenzt** und dies im Einzelnen begründet (BT-Drs. 11/3621, 23, 42). Vor diesem Hintergrund mag allenfalls eine durch Sinn und Zweck des Gesetzes gerechtfertigte weite Auslegung der in § 485 II ZPO normierten Voraussetzungen des selbstständigen Beweisverfahrens in Betracht kommen, nicht aber eine Auslegung über ihren eindeutigen Wortlaut hinaus. Eine solche, über den eindeutigen Wortlaut hinausgehende Auslegung wäre indes bei einer Einbeziehung des entgangenen Gewinns in den Begriff „Wert einer Sache“ gegeben.“ (BGH aaO)*

- III. Auch aus der Entscheidung des **BGH NJW-RR 2010, 946** folgt **kein weitergehendes Verständnis von § 485 II 1 Nr. 1 ZPO**.

„Diese Entscheidung betrifft ausschließlich die Bestimmung des § 485 II 1 Nr. 3 ZPO und die dort ermöglichte Begutachtung des Aufwands für die Beseitigung eines Personenschadens. Da der Begriff des Personenschadens sich auch auf den entgangenen Gewinn bezieht, handelt es sich bei dem entgangenen Gewinn um einen „Aufwand für die Beseitigung eines Personenschadens“ i. S. d. § 485 II 1 Nr. 3 ZPO (BGH NJW-RR 2010, 946). Für die Auslegung von § 485 II 1 Nr. 1 ZPO ergibt sich aus dieser Entscheidung nichts.“ (BGH aaO)

IV. Auch eine **analoge Anwendung** der Regelung in § 485 II 1 Nr. 1 ZPO **ist abzulehnen**.

„Insofern **fehlt** es bereits an einer **planwidrigen Regelungslücke** als Voraussetzung für eine analoge Anwendung der vorgenannten Vorschrift: Denn der Gesetzgeber hat von einer (noch) weiterreichenden Formulierung der Voraussetzungen des selbstständigen Beweisverfahrens in § 485 II 1 Nr. 1 ZPO bewusst abgesehen. Die **Erleichterung einer vorprozessualen Einigung der Parteien als Zweck der Erweiterung des Beweissicherungsverfahrens** (vgl. BT-Drs. 11/3621, 41) hätte auch eine Formulierung von § 485 II 1 ZPO dahingehend erlaubt, dass eine Partei die schriftliche Begutachtung durch einen Sachverständigen (stets dann) beantragen kann, wenn sie ein rechtliches Interesse daran hat, dass eine Tatsache festgestellt wird, die einer solchen Begutachtung zugänglich ist. Hiervon hat der Gesetzgeber indes bewusst abgesehen und stattdessen einen Katalog einzelner Gegenstände formuliert, deren Begutachtung im Rahmen eines selbstständigen Beweisverfahrens gem. § 485 II 1 ZPO zulässig ist. Nur unter den besonderen Voraussetzungen des § 485 I ZPO soll danach die Beweiserhebung über „jedes denkbare Beweisthema“ möglich sein (BT-Drs. 11/3621, 41). Vor diesem Hintergrund kann in Bezug auf die Begutachtung von entgangenem Gewinn nicht von einer planwidrigen Regelungslücke in § 485 II 1 Nr. 1 ZPO ausgegangen werden. Eine analoge Anwendung dieser Bestimmung würde dem in der Gesetzesbegründung und dem Katalog des § 485 II ZPO zum Ausdruck kommenden Willen des Gesetzgebers erkennbar zuwiderlaufen.“ (BGH aaO)

ZPO
§ 940a II

Räumungsverfügung gegen Dritte
Anwendbarkeit des § 940a II ZPO

ZPO

(KG in ZMR 2014, 112; Beschluss vom 05.09.2013 – 8 W 64/13)

§ 940 a II ZPO findet auf Gewerberaummietverhältnisse keine Anwendung.

I. **Gegen eine Erstreckung des Anwendungsbereiches** von § 940 a II ZPO auch auf sonstige Mieträume **spricht** bereits der **klare Wortlaut der Norm**, der ausdrücklich von „Räumung von Wohnraum“ spricht.

Auch die **Gesetzessystematik** spricht gegen die Anwendbarkeit der Norm auf sonstige Mieträume, da der Gesetzgeber die Vorschrift im Zuge des Mietrechtsänderungsgesetzes 2013 gerade in einer bestehenden Norm mit der amtlichen Überschrift „Räumung von Wohnraum“ angesiedelt hat (so auch LG Köln, NZM 2013, 732 = MietRB 2013, 204).

II. Dass § 940 a II ZPO ausschließlich auf Wohnraummietverhältnisse Anwendung findet, ergibt sich darüber hinaus auch aus den Ausführungen zu dem **Gesetzesentwurf der Bundesregierung** (BT-Dr 17/10485 v. 15.08.2012, S. 1, 2, 33, 34).

„Dort wird unter A. „Problem und Ziel“ ausgeführt, dass das bestehende Recht den Erfordernissen eines modernen und effizienten Mietrechts nicht mehr uneingeschränkt gerecht werde und dass dies insbesondere Konstellationen betreffe, in denen sich einzelne Mieter planmäßig ihren vertraglichen Zahlungsverpflichtungen entziehen und insbesondere private Kleinanbieter auf dem Wohnungsmarkt im Einzelfall erheblich schädigten. Die Einführung des § 940 a II ZPO wird in der Begründung des Gesetzesentwurfs unter B. „Besonderer Teil“ damit begründet, dass nach früher h. M. Familienangehörigen, nichtehelichen Lebensgefährten und Untermietern kein (Mit-)Besitz an Räumlichkeiten zugestanden worden sei, wenn diese Personen nicht selbst (Haupt-)Mietvertragspartei gewesen seien. Bei einem Räumungsrechtsstreit und der nachfolgenden Vollstreckung habe der Vermieter gewusst, gegen wen er seinen Anspruch auf Räumung und Herausgabe gerichtlich geltend machen und die Räumungsvollstreckung betreiben musste, nämlich gegen seinen Mieter. Nach heutiger Rspr. sei (Mit-)Besitzer der Wohnung nicht nur derjenige, der den Mietvertrag abgeschlossen habe, sondern jeder Dritte, der (Mit-)Besitz an der Wohnung oder Teilen davon begründet habe. Darunter falle z. B. auch der in der Mietwohnung lebende Ehegatte des Mieters, der selbst nicht Mietvertragspartei sei. Ebenso der nichteheliche Lebensgefährte des Mieters, Untermieter oder sonstige nicht nur vorübergehend in die Wohnung aufgenommene Dritte, wie z. B. Angehörige des Mieters.

D. h., der Gesetzgeber stellt zur Begründung der Einführung des § 940 a II ZPO auf die ganz spezielle, mit der eines Gewerberaumvermieteters nur teilweise (nämlich in Bezug auf unbekannte Untermieter) vergleichbaren Situation des Vermieters von Wohnraum ab. Anders als der Vermieter von Gewerberaum hatte der Vermieter von Wohnraum beim Betreiben der Räumung nicht nur mit einem ihm nicht bekannten Untermieter, sondern darüber hinaus mit in der Wohnung lebenden Ehegatten, Lebensgefährten, Angehörigen oder sonstigen nicht nur vorübergehend in die Wohnung aufgenommenen Dritten zu rechnen. Der Vermieter von Wohnraum hatte nach der bis zur Einführung von § 940 a II ZPO geltenden Rspr. zu ermitteln, ob neben dem Mieter eine oder mehrere dieser vorgenannten Personen (Mit-)Besitz an der zu räumenden Wohnung haben und hatte die Räumungsklage auch auf diese (mit-)besitzenden Personen zu erstrecken. Daraus folgt, wie auch das LG Köln NZM 2013, 732 zutreffend ausgeführt hat, dass es sich bei § 940 a II ZPO um eine auf Wohnraum zugeschnittene Spezialvorschrift handelt.“ (KG aaO)

III. Bei der **Ermittlung des objektivierbaren Willens des Gesetzgebers** ist darüber hinaus zu berücksichtigen, dass sich die Lit. (Dötsch ZMR 2012, 83; Hinz ZMR 2012, 153; Streyl NZM 2012, 249) vor der abschließenden Beratung des Mietrechtsänderungsgesetzes 2013 im Dt. Bundestag mit dem Referentenentwurf auseinandergesetzt und darauf hingewiesen hat, dass es an einer entsprechenden gesetzlichen Regelung für die Räumung von Gewerberaum fehlt.

„So hat Streyl (NZM 2012, 249) u. a. etwa ausgeführt: „... Warum aber wurde die Räumungsverfügung gem. § 940 a II ZPO nicht auch auf die Gewerbemiete erstreckt? Der RefE schweigt sich dazu aus ... Ein praktische Bedürfnis wäre also vorhanden, auch wenn es nicht ganz so groß erscheint wie bei Wohnraummiete, weil die Besitzüberlassung an Dritte zur Erreichung eines Räumungsaufschubes eher selten vorkommt und der finanzschwache Gewerbemieteter nach meiner Erfahrung vornehmlich versucht, sich des Mietobjekts vorzeitig zu entledigen, anstatt die Räumung zu verzögern.“

KG aaO geht mit dem LG Köln (NZM 2013, 732) davon aus, dass der Umstand, dass der Gesetzgeber es trotz dieser Hinweise unterließ, eine entsprechende Regelung für Gewerberaummietverhältnisse zu treffen, zeigt, dass er die getroffene Regelung – aus den aus der Gesetzesbegründung ersichtlichen Gründen – nur auf Wohnraummietverhältnisse angewendet wissen wollte.

Aus den vorgenannten Gründen kommt die von Streyl (NZM 2012, 249) vorgeschlagene entsprechende Anwendung des § 940 a II ZPO auf Gewerberaummietverhältnisse nicht in Betracht.“ (KG aaO)

StGB
§§ 78c IV, 78c I Nr. 3

Verjährungsunterbrechung Nach Einstellung des Ermittlungsverfahrens

StGB

(BGH in NStZ 2014, 144; Beschluss vom 29.01.2013 – 2 StR 510/12)

Wird das **Ermittlungsverfahren** gegen den zum Tatvorwurf vernommenen Besch. gem. § 170 II 1 StPO von der Staatsanwaltschaft **eingestellt und sodann gegen Unbekannt weitergeführt**, so wird die **Verfolgungsverjährung gegen den (früheren) Beschuldigten nicht nach § 78 c I Nr. 3 StGB unterbrochen, wenn nunmehr ein Sachverständiger beauftragt wird.**

„Die Unterbrechung der Verfolgungsverjährung wirkt gem. § 78 c IV StGB nur gegenüber demjenigen, auf den sich die Unterbrechungshandlung bezieht. Daraus folgt, dass nur eine gegen eine bestimmte Person gerichtete, nicht aber eine die Ermittlung des noch unbekanntem Täters bezweckende Untersuchungshandlung geeignet ist, die Verjährung zu unterbrechen (vgl. BGHSt 42, 283 m. w. Nachw.). Der **Täter muss im Zeitpunkt der Unterbrechungshandlung „der Person nach“ bekannt sein**, d. h. er muss – wenn auch nicht unter zutreffenden Namen – als Tatverdächtiger in den Akten genannt sein (vgl. BGH GA 1961, 239; BGHSt 24, 321; BGHSt 42, 283; BGH NStZ 2008, 158). Eine **Untersuchungshandlung in einem Ermittlungsverfahren gegen Unbekannt genügt dagegen zur Verjährungsunterbrechung nicht** (vgl. RGSt 6, 212; BGHSt 2, 54; Fischer, 60. Aufl., § 78 c Rn 4; Satzger/Schmitt/Widmaier-StGB, § 78 c Rn 5; SK-StGB-Rudolphi/Wolter, 8. Aufl., § 78 c Rn 6; LK-Schmid, 12. Aufl., § 78 c Rn 3).

Bei wertender Betrachtung macht es keinen Unterschied, ob das Ermittlungsverfahren von vornherein gegen Unbekannt geführt oder ob der Besch. vor der Unterbrechungshandlung durch eine Verfahrenseinstellung gem. § 170 II 1 StPO aus dem Kreis der Tatverdächtigen ausgeschieden worden ist. Wegen der **Bedeutung der Verjährung** und der **Rechtssicherheit** im Hinblick auf ihren Ablauf (BGH NStZ 2008, 158) ist allein darauf abzustellen, ob der Besch. zum Zeitpunkt der Unterbrechungshandlung – hier der Beauftragung der Sachverständigen gem. § 78 c I Nr. 3 StGB – aus den Akten als Tatverdächtiger hervorgeht. Hierfür spricht auch, dass die **Vorschriften über die Unterbrechung der Verjährung als Ausnahmevorschriften eng auszulegen** sind (vgl. BGHSt 28, 381).

Hieran ändert es auch nichts, dass der Angekl. vor der Einstellung des gegen ihn zunächst geführten Ermittlungsverfahrens als Beschuldiger vernommen worden und damit diese in § 78 c I Nr. 3 StGB vorgesehene Voraussetzung für die Unterbrechung der Verjährungsfrist erfüllt war; denn vom Schutzzweck des § 78 c I Nr. 3 StGB aus gesehen ist ein Besch., gegen den ohne sein Wissen ein Ermittlungsverfahren eingeleitet wurde, einem (früheren) Besch. gleichzustellen, dessen Ermittlungsverfahren nach seiner Vernehmung gem. § 170 II 1 StPO eingestellt worden ist. In beiden Fällen hat der Besch. keine Kenntnis von den gegen ihn gerichteten Ermittlungen, obwohl in deren Rahmen – möglicherweise mehrfach – Unterbrechungshandlungen erfolgen können (vgl. Schönke/Schröder-Sternberg-Lieben/Bosch, 28. Aufl., § 78 c Rn 11). Der Umstand, dass das Verfahren mangels hinreichenden Tatverdachts eingestellt und ihm dies mitgeteilt worden ist, gibt einem Besch. gerade keinen Anlass, noch mit weiteren gegen ihn gerichteten Ermittlungen zu rechnen. Die mit dem Erfordernis der vorherigen Bekanntgabe der Ermittlungen bzw. der Vernehmung als Besch. (vgl. §§ 163 a, 136 StPO) bezweckte Informationsfunktion (vgl. BGHSt 30, 215) ist bei dieser Sachlage nicht gewahrt.“ (BGH aaO)

StPO
§ 243 IV

Verfahrensbeendende Absprache Kein Anspruch auf Teilnahme an Vorgesprächen mit anderen Angekl.

StPO

(BGH in NStZ 2014, 168; Beschluss vom 02.10.2013 – 1 StR 386/13)

Weder der Angekl. noch sein Verteidiger haben einen Anspruch darauf, an Gesprächen des Gerichts mit anderen Angekl. zur Vorbereitung einer verfahrensbeendenden Absprache teilzunehmen.

„Weder der Grundsatz des fairen Verfahrens noch sonstige Regelungen des Verfassungs- oder des Strafverfahrensrechts verbieten dem Tatgericht, das Verfahren betreffende Gespräche mit den Verfahrensbeteiligten zunächst getrennt zu führen. Selbst bei der Vorbereitung einer möglichen verfahrensbeendenden Absprache dienenden Gesprächen sind derartige Vorgespräche nicht ausgeschlossen (BT-Drucks. 16/12310 S. 9 und 12; BVerfG NJW 2013, 1058). Wie sich aus der **Mitteilungspflicht des § 243 IV 1 stopp** ergibt, setzt das Gesetz in Bezug auf verfahrensbeendende Absprachen die Möglichkeit solcher Vorgespräche sogar voraus. Nach der Rspr. des BGH müssen eine eventuelle Verständigung betreffende Vorgespräche nicht stets mit sämtlichen Verfahrensbeteiligten zugleich geführt werden (vgl. BGH StV 2011, 72). Allerdings bedarf es bei der Sondierung der Chancen für eine solche Absprache betreffende Gespräche der anschließenden Information sämtlicher Verfahrensbeteiligter in öffentlicher Hauptverhandlung über den Inhalt, den Verlauf und die Ergebnisse der außerhalb dieser geführten Gespräche.“ (BGH aaO)

StPO
§§ 247, 338 Nr. 5

Hauptverhandlung in Abwesenheit des Angeklagten Zeugenvernehmung

StPO

(OLG München in Rpfleger 2014, 160; Beschluss vom 07.10.2013 – 4 StRR (B) 37/13)

Der **absolute Revisionsgrund** des § 338 Nr. 5 StPO liegt vor, wenn der Angekl., der während der Vernehmung des Zeugen gem. § 247 StPO aus dem Sitzungszimmer entfernt war, an der Verhandlung über die Entlassung des Zeugen aufgrund seiner fortdauernden Abwesenheit **nicht mitwirken kann.**

I. Die **Verhandlung über die Entlassung von Zeugen wird vom Begriff der Vernehmung i. S. des § 247 S.1 und 2 StPO nicht erfasst.**

„Dieser Begriff ist im **Regelungszusammenhang der §§ 247 und 248 StPO** aufgrund der **hohen Bedeutung der Anwesenheit des Angekl.** in der Hauptverhandlung, die als Anspruch auf rechtliches Gehör und angemessene Verteidigung in Art. 103 I

GG sowie durch Art. 6 III c EMRK garantiert wird, restriktiv auszulegen (vgl. BGH NJW 2010, 2450 m. w. N.). Das Anwesenheitsrecht des Angekl. ist mit den Interessen der Allgemeinheit an einer vollständigen und wahrheitsgemäßen Aufklärung des Sachverhalts, die durch die möglicherweise nicht wahrheitsgemäße Aussage eines sich vor dem Angekl. fürchtenden Zeugen gefährdet werden, in einen angemessenen Ausgleich zu bringen. Aus Gründen der **Verhältnismäßigkeit** ist der mit einem Ausschluss zwangsläufig verbundene **Eingriff in die Autonomie des Angekl.** auf solche Verfahrenshandlungen zu beschränken, bei denen der jeweilige Schutzzweck den Ausschluss unbedingt erfordert (BGH aaO m. w. N.).“ (OLG München aaO)

- II. Die das Anwesenheitsrecht und die Anwesenheitspflicht des Angekl. betreffenden Vorschriften bezwecken auch, dem Angekl. eine **allseitige und uneingeschränkte Verteidigung** zu ermöglichen, insbes. durch Vornahme von Verfahrenshandlungen aufgrund des von ihm selbst wahrgenommenen Verlaufs der Hauptverhandlung (BGH aaO m. w. N.).

„Das wird dem Angekl. durch seinen Ausschluss von der Verhandlung über die Entlassung des Zeugen erschwert, weil er in unmittelbarem Anschluss an die Zeugenvernehmung keine Fragen oder Anträge stellen kann, die den Ausgang des Verfahrens beeinflussen können.“ (OLG München aaO)

Die **Verhandlung über die Entlassung eines in Abwesenheit des Angekl. vernommenen Zeugen** ist nach st. Rspr. grds. ein **eigenständiger wesentlicher Teil der Hauptverhandlung** (vgl. BGH NJW 1986, 267; BGH NJW 2010, 2450). Der Einwand, bei der Verhandlung über die Entlassung eines Zeugen handele es sich um einen Vorgang von eher organisatorischem bzw. rein formalem Charakter, der a. nicht unmittelbar der Urteilsfindung diene, steht ihrer Einordnung als wesentlicher Verfahrensteil nicht entgegen.

„Die Zeugenentlassung hat nicht unerhebliche Auswirkungen für den Angekl. und die **Wahrnehmung seiner Mitwirkungsrechte in der Hauptverhandlung**. Denn mit der Entlassung endet das Fragerecht der Verfahrensbeteiligten nach § 240 II 1 StPO.“ (OLG München aaO)

VwGO
§ 67 VI 2, 4

Prozessvollmacht
Erstmalige Vorlage im Beschwerdeverfahren

ZPO

(OVG Lüneburg in NJW 2014, 566; Beschluss vom 15.11.2013 – 13 ME 189/13)

Grds. ist auch in **Verfahren des vorläufigen Rechtsschutzes** eine **Heilung bei einer in erster Instanz nicht vorgelegten Prozessvollmacht** dann **nicht mehr in zweiter Instanz möglich**, wenn dem Verwaltungsgericht trotz zulässig erfolgter Fristsetzung eine ordnungsgemäße schriftliche Vollmacht nicht vorgelegt und der Antrag deshalb durch eine Prozessentscheidung als unzulässig abgelehnt bzw. verworfen worden ist.

„Zwar ist im Ausgangspunkt **§ 67 VI 2 VwGO und § 173 S. 1 VwGO i. V. mit § 89 II ZPO** zu entnehmen, dass die **Erteilung und Vorlage einer Prozessvollmacht** auch mit **genehmigender Wirkung der bisherigen Prozessführung – also rückwirkend – erfolgen kann**. Dies gilt zunächst uneingeschränkt für eine zum Zeitpunkt der Nachreichung noch nicht abgeschlossene Instanz. Auch bei Nachreichung erst in einer nachfolgenden Instanz ist eine **Heilung für die vorhergehende Instanz noch möglich**. Dies gilt allerdings nicht, wenn in der Vorinstanz trotz zulässig erfolgter Fristsetzung eine ordnungsgemäße schriftliche Vollmacht nicht vorgelegt und der Rechtsbehelf bzw. das Rechtsmittel deshalb durch eine Prozessentscheidung als unzulässig abgewiesen worden ist. Ansonsten würde nämlich einer zu Recht ergangenen Entscheidung nachträglich die Grundlage entzogen werden. Eine erst **nach Ergehen einer solchen Prozessentscheidung** ausgestellte und erst in der nachfolgenden Instanz vorgelegte Bevollmächtigung kann mithin **nur noch für die Zukunft wirken** und **keine rückwirkende Heilung auch für die Vorinstanz entfalten** (vgl. dazu etwa Schoch/Schneider/Bier, VwGO, 24. EL 2012, § 67 Rn 98; Sodan/Ziekow, VwGO, 3. Aufl., § 67 Rn 71–73; BSG BeckRS 1986, 05701). Eine rückwirkende Heilung in einer nachfolgenden Instanz bleibt mithin auf die Fälle beschränkt, in denen eine nicht auf das Fehlen einer ordnungsgemäßen Vollmacht gestützte (Sach-)Entscheidung ergangen ist oder in denen eine auf das Fehlen der Vollmacht gestützte Prozessentscheidung sich nunmehr als fehlerhaft herausstellt, etwa weil eine ordnungsgemäß ausgestellte Vollmacht bereits vor Abschluss der Vorinstanz vorlag und lediglich nachträglich vorgelegt worden ist (vgl. dazu BVerwGE 71, 20 = NJW 1985, 2963; Zöller/Vollkommer, ZPO, 26. Aufl., § 89 Rn 11).

Diese **Grundsätze gelten** nach Auffassung des Senats nicht nur in Hauptsacheverfahren, sondern ohne Weiteres **auch in Verfahren des vorläufigen Rechtsschutzes**: Allein der Umstand, dass parallel ein Klageverfahren anhängig ist, für das eine nachträglich ausgestellte und vorgelegte Prozessvollmacht noch genehmigende Wirkung zu entfalten vermag, kann nichts an einer im erstinstanzlichen Eilverfahren zutreffend als unzulässig abgelehnten Prozessentscheidung ändern. Hat das erstinstanzliche Eilverfahren auf diese Weise seinen zutreffenden Abschluss gefunden, ist ein Rechtsschutzsuchender darauf beschränkt, erneuten Eilrechtsschutz zu beantragen. Die Korrektur einer inhaltlich zutreffend ergangenen Prozessentscheidung – mit der für den vollmachtlos aufgetretenen anwaltlichen Prozessvertreter resultierenden negativen Kostenfolge – im Beschwerdeverfahren scheidet hingegen aus.“ (OVG Lüneburg aaO)

VwGO
§ 130 II

Prozessführungsbefugnis
Von Amts wegen zu prüfende Prozessvoraussetzung

VwGO

(OVG Münster in VBIBW 2014, 116; Urteil vom 16.09.2013 – 2 S 889/13)

Bei der **Prozessführungsbefugnis** handelt es sich um eine **Prozessvoraussetzung**, die **in jeder Lage des Verfahrens von Amts wegen zu prüfen** ist.

„Auch wenn man davon ausgehen wollte, dass mit „aktiver Prozessführungsbefugnis“ auch die Aktivlegitimation gemeint sein sollte, die als Erfordernis der Begründetheit und nicht als Voraussetzung für die Zulässigkeit der Klage anzusehen ist, stünde das der Zurückverweisung nicht entgegen. **§ 130 II VwGO** ist außer in Fällen, in denen das Verwaltungsgericht durch Prozessurteil entschieden hat, auch dann **zumindest sinngemäß anwendbar**, wenn das **Verwaltungsgericht zwar über die Begründetheit der Klage, nicht aber über den eigentlichen Gegenstand des Streits entschieden hat**, z. B. weil es bei einer entscheidungserheblichen rechtlichen Vorfrage „die Weichen falsch gestellt hat“ (BVerwG DVBl. 1982, 546; s. auch BVerwGE 38, 139; Schoch/Schneider/Bier, VwGO, § 130 Rn 8).“ (OVG Münster aaO)

(VGH Mannheim in VBIBW 2014, 117; Beschluss vom 15.08.2013 – 12 S 1301/13)

Die **Berichtigung einer Entscheidung wegen offenkundiger Unrichtigkeit** hat **grds. keinen Einfluss auf Beginn und Lauf von Rechtsmittelfristen**.

„Ausnahmsweise anders liegt es jedoch dann, wenn sich erst aufgrund der Berichtigung die zutreffende Grundlage für das weitere Handeln der Beteiligten ergibt (BGHZ 17, 149), insbes. dass überhaupt eine Beschwerde gegeben ist (BGH DAR 1981, 261) oder erst das volle Ausmaß des Unterliegens klar wird. Dem liegt der Gedanke zugrunde, dass **Verfahrensregeln** nicht um ihrer selbst willen, sondern vor allem auch **im Interesse der Beteiligten** geschaffen sind, für die sie nicht zu Fallstricken werden dürfen. Der Zugang zu den in den Verfahrensordnungen eingeräumten Instanzen darf nicht in einer Weise erschwert werden, die aus Sachgründen nicht mehr zu rechtfertigen ist (BVerfGE 69, 381). Der Irrtum eines Gerichts darf sich nicht dahin auswirken, dass die Rechtsmittelmöglichkeit eines Beteiligten beeinträchtigt oder gar vereitelt wird.“ (VGH Mannheim aaO)

(BGH in NVwZ-RR 2014, 206; Urteil vom 14.10.2013 – RiZ (R) 5/12)

Im **dienstgerichtlichen Verfahren** ist eine **Entscheidung durch Gerichtsbescheid unzulässig**.

Die gem. **§§ 83, 66 I 1 DRiG** angeordnete sinngemäße Geltung der Vorschriften der Verwaltungsgerichtsordnung für das Prüfungsverfahren (§ 62 I Nr. 3 und 4 DRiG) **erfasst die Bestimmung des § 84 VwGO** über die Entscheidung ohne mündliche Verhandlung durch Gerichtsbescheid **nicht**.

- I. Nach § 83 DRiG sind durch den Landesgesetzgeber Disziplinarverfahren, Versetzungsverfahren und Prüfungsverfahren entsprechend §§ 63 II, 64 I, 65 bis 68 DRiG zu regeln. Nach § 66 I 1 DRiG gelten für die Prüfungsverfahren die Vorschriften der VwGO sinngemäß.

„Diese bundesrechtlichen Vorgaben setzt § 45 I SächsRiG um, indem es u. a. für die Prüfungsverfahren nach § 34 Nr. 3 und 4 SächsRiG die Vorschriften der VwGO für entsprechend anwendbar erklärt, soweit das Sächsische RichterG nichts Anderes bestimmt. Die **Vorschriften des II. Teiles der VwGO** sind demnach mit Ausnahme des 8. Abschnitts über die Anfechtungs- und Verpflichtungsklage **sinngemäß bzw. entsprechend anwendbar** (vgl. für das DRiG: Schmidt-Räntsch, Deutsches RichterG, 6. Aufl., § 65 Rn 5), **nicht jedoch die Bestimmung des § 84 VwGO** über die Entscheidung ohne mündliche Verhandlung durch Gerichtsbescheid.“ (BGH aaO)

- II. Der **Wortlaut** des § 66 I 1 DRiG und § 45 I 1 SächsRiG lässt zwar auch eine Auslegung zu, wonach die Anordnung der sinngemäßen bzw. entsprechenden Geltung der VwGO die Anwendbarkeit der Vorschrift des § 84 VwGO erfasst. Die rahmenrechtlich gem. § 83 DRiG i. V. mit § 66 I 1 DRiG vorgegebene sinngemäße Geltung der Vorschriften der VwGO bedeutet aber deren Anwendbarkeit nur, soweit diese sich mit der Ausgestaltung des Prüfungsverfahrens im Deutschen RichterG vereinbaren lässt (BGHZ 144, 123 = NJW 2000, 3786).

„Die **Gesetzgebungsgeschichte** sowie **Sinn und Zweck der Regelung** sprechen dafür, die Bestimmung über den Gerichtsbescheid als von der entsprechenden bzw. sinngemäßen Anwendung der VwGO nicht erfasst anzusehen (wird ausgeführt).“ (BGH aaO)

Speziell für Rechtsanwälte und Notare

Gebühren und Kosten

BRAO
§ 49b I 1

Wettbewerbsverstoß

BRAO

Zulässigkeit der Werbung mit kostenloser Erstberatung

(LG Essen in MMR 2014, 184; Urteil vom 10.10.2013 – 4 O 226/13)

Die **Werbung** eines Rechtsanwalts **mit einer kostenlosen Erstberatung** ist **grds. nicht wettbewerbswidrig**. Insbesondere handelt es sich **nicht** um ein **übertriebenes Anlocken i. S. des § 4 Nr. 1 UWG**, noch um eine **gezielte Behinderung von Mitbewerbern i. S. von § 4 Nr. 10 UWG**.

I. Gem. **§ 49b I 1 BRAO** ist es unzulässig, geringere Gebühren und Auslagen zu vereinbaren oder zu fordern, als das RVG vorsieht, soweit dieses nichts anderes bestimmt. Es gibt aber keine bestimmte gesetzliche Gebühr für eine außergerichtliche Beratung (mehr), sodass in diesem Bereich eine Gebührenvereinbarung nicht gegen § 49b I 1 BRAO verstoßen kann (OLG Stuttgart NJW 2007, 924).

1. Seit der **Änderung des RVG** durch Art. 5 KostRMOG mit Wirkung zum 01.07.2006 sind die bis dahin vorgesehenen gesetzlichen Gebühren für einen mündlichen oder schriftlichen Rat oder eine Auskunft (Beratung) ersatzlos weggefallen, mit der Folge, dass das RAVG für die außergerichtliche Beratung seit diesem Zeitpunkt keine konkret bestimmte gesetzliche Gebühr mehr vorsieht (OLG Stuttgart aaO). Stattdessen soll der Rechtsanwalt nunmehr gem. § 34 I 1 RVG auf eine Gebührenvereinbarung hinwirken. Unterlässt er dies, erhält er gem. § 34 I 2 RVG Gebühren nach den Vorschriften des bürgerlichen Rechts (§ 612 II BGB).
2. Als gesetzliche Gebühr, deren Unterschreitung unlauter wäre, kann nicht auf die ersatzweise Vergütung nach den Vorschriften des bürgerlichen Rechts (§ 34 I 2 RVG) abgestellt werden. Denn diese **Vergütungsregelung greift nur dann, wenn eine Vergütungsvereinbarung gerade nicht getroffen worden ist**. Liegt hingegen eine Gebührenvereinbarung gleich in welcher Höhe vor, so besteht von vornherein kein gesetzlicher Anspruch auf Gebühren nach § 34 I 2 RVG i. V. m. § 612 II BGB, sodass ein solcher auch nicht durch die Gebührenvereinbarung unterschritten werden kann (OLG Stuttgart aaO).
3. Ebenfalls keine gesetzliche Gebühr ist eine nach den Grundsätzen des **§ 4 I 2 RVG** bemessende Vergütung.

„Diese Vorschrift bezieht sich nur auf die Vergütungen, die in außergerichtlichen Angelegenheiten vereinbart werden und niedriger sind, als die jeweilige gesetzliche Vergütung wäre. Damit ist vorausgesetzt, dass zunächst eine gesetzliche Vergütung besteht, die unterboten wird. Im Falle des § 34 Abs. 2 Satz 1 RVG besteht aber gerade keine gesetzliche Vergütung (OLG Stuttgart aaO, zu § 4 RVG in der bis zum 01.07.2004 gültigen Fassung).“

§ 4 I 2 RVG ist auch nicht analog anzuwenden, da keine planwidrige Regelungslücke vorliegt, im Gegenteil der Gesetzgeber bewusst keine Mindestvergütung für die außergerichtliche Beratungstätigkeit mehr vorgesehen hat, sondern diesen Bereich der freien Vertragsgestaltung der Parteien überlassen wollte (OLG Stuttgart aaO, zu § 4 RVG in der bis zum 01.07.2004 gültigen Fassung).“ (LG Essen aaO)

II. Mit der Werbung einer kostenlosen Erstberatung wird **nicht gegen §§ 3, 4 Nr. 1 UWG verstoßen**.

„Ein wettbewerbswidriges übertriebenes Anlocken i.S.v. § 4 Nr. 1 UWG durch das Inaussichtstellen von Vergünstigungen ist nur dann anzunehmen, wenn die Verkaufsförderungsmaßnahmen die Rationalität der Nachfrageentscheidung des Verbrauchers ausschalten. Die Anlockwirkung, die von einem attraktiven Angebot ausgeht, ist für sich niemals wettbewerbswidrig, sondern liegt als gewollte Folge in der Natur des Wettbewerbs. Dies gilt auch für Fälle, in denen die Anlockwirkung von einem Dumping-Preis ausgeht.“

Unlauter ist eine derartige Preisgestaltung erst dann, wenn sie mit der Zielsetzung erfolgt, den Wettbewerber zu verdrängen oder gar zu vernichten, wofür hier nichts ersichtlich ist.“ (LG Essen aaO)

III. Auch ein **Verstoß gegen die aus §§ 3, 4 Nr. 10 UWG folgende Preisgestaltungsfreiheit ist nicht gegeben**.

„Die Preisgestaltungsfreiheit umfasst auch das Recht, den Preis einzelner Mitbewerber zu unterbieten und sogar einen Dumpingpreis anzubieten, sofern nicht besondere Umstände hinzutreten, die die Unlauterkeit begründen. Dass derartige Gründe hier vorliegen, hat die Kl. nicht dargetan und ist auch sonst nicht ersichtlich, insb. ergeben sie sich nicht daraus, dass der Bekl. die Erstberatung zum Nulltarif anbietet. Die kostenlose Erstberatung soll offenkundig den Einstieg in ein weitergehendes, Kosten auslösendes Mandatsverhältnis erleichtern. I.E. zielt die Werbung des Bekl. darauf ab, im Schnitt seiner Mandate kostendeckend zu arbeiten, was auch den Interessenten bewusst ist. Die kostenlose Erstberatung ist daher nur eine Werbemaßnahme neben anderen. Viele Verbraucher lassen sich bei ihrer Auswahlentscheidung vor allem von persönlichen Erfahrungen, die sie mit bestimmten Rechtsanwälten bereits gemacht haben, von dem guten Ruf bestimmter Rechtsanwälte oder Kanzleien und von konkreten Empfehlungen Dritter, aber auch von objektiv erkennbaren Qualifikationen eines Rechtsanwalts leiten. Vor diesem Hintergrund erschließt sich nicht, dass das Angebot des Bekl. geeignet sein könnte, die Kl. vom Markt zu verdrängen.“ (LG Essen aaO)

RVG
§ 14

Terminsgebühr

RVG

Erhöhung der Mittelgebühr wegen langer Dauer der Hauptverhandlung

(OLG Stuttgart in Rpfleger 2014, 161; Beschluss vom 19.09.2013 – 2 Ws 263/13)

Für die **Bemessung der Terminsgebühren gem. § 14 I RVG** ist die **überdurchschnittliche Dauer einer Hauptverhandlung** auch beim Wahlverteidiger ein **maßgebliches Kriterium**. Eine Hauptverhandlungsdauer von über 5 Stunden rechtfertigt bei einem ansonsten durchschnittlichen Fall auch in Verfahren vor dem Schwurgericht eine Erhöhung der Mittelgebühr.

„Vorliegend rechtfertigt bereits die Dauer der Hauptverhandlung an beiden Verhandlungstagen eine Erhöhung der Mittelgebühr, **ohne dass es insoweit auf weitere besondere Schwierigkeiten des im Ganzen als durchschnittlich einzustufenden** (Schwurgerichts-) Falles ankäme. Der Rechtspflegerin ist zwar zuzugeben, dass die durchschnittliche Dauer eines Hauptverhandlungstages vor dem Schwurgericht regelmäßig länger sein wird, als etwa vor den Amtsgerichten, so dass nicht bereits jede mehrstündige Hauptverhandlung eine Erhöhung der Mittelgebühr rechtfertigt. Dass damit aber jede Berücksichtigung **überdurchschnittlicher Verhandlungsdauer** ausgeschlossen wäre, entspricht nicht dem **Willen des Gesetzgebers** (Gesetzentwurf der Fraktionen SPD, CDU/CSU, BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN und FDP zum KostRMoG, BT-Drucks. 15/1971, S. 224 zu VV Nr. 4110 RVG).

Durch die Einführung der Längenzuschläge Nr. 4122 und 4123 VV RVG hat der Gesetzgeber zu erkennen gegeben, dass er Hauptverhandlungen auch vor dem Schwurgericht mit einer Dauer von über 5 Stunden für überdurchschnittlich erachtet. Da bei den Ansprüchen des beigeordnete Verteidigers bzw. Nebenklagevertreters gegen die Staatskasse keine Möglichkeit besteht, diesen Sonderaufwand durch Einordnung des Falles in eine Rahmengebühr Rechnung zu tragen, hat der Gesetzgeber insoweit Längenzuschläge eingeführt. Auch wenn diese für den gewählten Verteidiger bzw. Nebenklagevertreter nicht gelten, so dienen sie gleichwohl der Orientierung für die Einordnung im Gebührenrahmen nach § 14 I RVG (Gesetzentwurf aaO, S. 224 zu Nr. 4110 VV RVG; OLG Köln AGS 2008, 32; KG StV 2006, 198; Schmidt, RVG, 20. Auflage, VV Vorb. 4, Rn 30). Wollte man die Dauer der Hauptverhandlung vor dem Schwurgericht unberücksichtigt lassen, so hätte dies zur Folge, dass bei ansonsten durchschnittlichen Fällen ab einer Verhandlungsdauer von über 5 Stunden der gewählte Verteidiger bzw. Nebenklagevertreter stets geringere Gebühren erhalte als im Falle der Beiordnung. Zwar besteht kein Rechtssatz dahingehend, dass die Gebühren eines gewählten Verteidigers nicht geringer sein dürften als die eines Pflichtverteidigers (KG aaO). Dass dies aber gesetzlich normiert in der Vielzahl der Fälle, in denen es vor den Schwurgerichten in ansonsten durchschnittlichen Verfahren zu ganztägigen Hauptverhandlungen kommt, zwingend der Fall sein sollte, ist mit der ansonsten für die Rahmengebühren getroffenen **Grundsatzentscheidung des Gesetzgebers** (vgl. Gesetzentwurf aaO, S. 220), wonach der Pflichtverteidiger 80% der Mittelgebühr des Wahlverteidigers erhalten soll, nicht vereinbar. Eine **Verfahrensdauer von über fünf Stunden** ist daher auch beim Wahlverteidiger bzw. gewählten Nebenklagevertreter als **überdurchschnittliche Inanspruchnahme** anzusehen, die sich in der Höhe des Gebührensatzes niederschlägt (KG aaO).“ (OLG Stuttgart aaO)

RVG
§§ 14 I, 23 I

Umfang und Schwierigkeit der anwaltlichen Tätigkeit

RVG

Gebrauchsmuster- oder Geschmacksmusterverletzung

(BGH in AnwBl 2014, 272 = GRUR 2014, 206; Urteil vom 13.11.2013 – X ZR 171/12)

Die **Geltendmachung einer Gebrauchsmuster- oder Geschmacksmusterverletzung rechtfertigt für sich genommen noch nicht die Annahme, der Gegenstand der anwaltlichen Tätigkeit sei umfangreich oder schwierig**.

„Gebrauchsmuster- oder Gemeinschaftsgeschmacksmusterschutzsachen **können nicht allein wegen ihres Gegenstands pauschal als überdurchschnittlich umfangreich oder schwierig bewertet** werden. Dies gilt insbesondere, wenn, wie hier, weder die Schutzfähigkeit in Ansehung des Stands der Technik bzw. vorbekannter Gestaltungen zu beurteilen ist noch im Zusammenhang mit der geltend gemachten Verletzung aufwendige oder komplexe Prüfungen erforderlich sind (vgl. BGHZ 190, 89).“ (BGH aaO)

VV RVG
Vorb. 3 IV, Nr. 2300

Geschäftsgebühr

RVG

Anrechnung auf Verfahrensgebühr bei VKH/PKH-Bewilligung

(OLG Celle in MDR 2014, 492 = NJOZ 2014, 49; Beschluss vom 07.11.2013 – 2 W 235/13)

Im Rahmen der Festsetzung der Vergütung des im Wege der **Prozesskostenhilfe** beigeordneten Rechtsanwalts ist die **Geschäftsgebühr auf die entstandene Verfahrensgebühr nur dann anzurechnen, wenn sie tatsächlich bezahlt** worden ist.

- I. Die **allgemeinen Vorschriften zur Anrechnung gelten auch für die Vergütung** des Rechtsanwalts, der **im Wege der Prozesskostenhilfe** beigeordnet ist (vgl. OLG Brandenburg MDR 2011, 1206; OLG Frankfurt a. M. NJOZ 2012, 2018 = FamRZ 2013, 323; Gerold/Schmidt/Müller-Rabe, RVG, 19. Aufl., § 58 Rn 35 u. 36 sowie § 15 a Rn 15 m. w. Nachw.).

„Dies [führt] zur Anrechnung einer Geschäftsgebühr auf die von dem beigeordneten Rechtsanwalt gegenüber der Staatskasse geltend gemachte Verfahrensgebühr aber nur dann, wenn die **Geschäftsgebühr tatsächlich an ihn gezahlt** worden ist (vgl. OLG Brandenburg MDR 2011, 1206; OLG Frankfurt a. M. NJOZ 2012, 2018 = FamRZ 2013, 323; OLG Brandenburg JurBüro 2013, 21; OLG Brandenburg JurBüro 2013, 467; OLG Braunschweig FamRZ 2011, 1683; FG Niedersachsen EFG 2012, 553; Gerold/Schmidt/Müller-Rabe, § 58 Rn 35 u. 36 sowie § 15 a Rn 15; Schneider/Wolf, RVG, 5. Aufl., § 15 a Rn 25; Meyer/Kroiß, RVG, 6. Aufl., § 15 a Rn 23).

Die **Staatskasse** wird im Fall der Bewilligung von Prozesskostenhilfe gem. § 45 I 1 RG **unmittelbarer Gebührenschuldner** und tritt insoweit an die Stelle des Mandanten; sie ist daher **nicht Dritter i. S. des § 15 a II RVG**. Nach der zum 05.08.2009 in Kraft getretenen Norm des § 15 a I RVG kann der Rechtsanwalt auch im Fall der Anrechnung beide Gebühren fordern, jedoch nicht mehr als den um den Anrechnungsbetrag verminderten Gesamtbetrag beider Gebühren. Der Rechtsanwalt hat mithin die Wahl, welche Gebühren er fordert und – falls die Gebühren von unterschiedlichen Personen geschuldet werden – welchen Schuldner er in Anspruch nimmt. Ihm ist es lediglich verwehrt, insgesamt mehr als den Betrag zu verlangen, der sich aus der Summe der beiden Gebühren abzüglich des anzurechnenden Betrags ergibt (vgl. OLG Frankfurt a. M. NJOZ 2012, 2018 = FamRZ 2013, 323 m. w. Nachw.).“ (OLG Celle aaO)

- II. Zwar kommt es nach dem **Wortlaut der Regelung in Teil 3 Vorb. 3 IV RVG** nur darauf an, dass die Geschäftsgebühr entstanden ist, d. h. durch die vorgerichtliche Tätigkeit des Rechtsanwalts ausgelöst wurde, nicht aber darauf, ob sie tatsächlich gezahlt ist.

„**Zweck der Anrechnung** ist es zu **verhindern, dass die gleiche – oder annähernd gleiche – Tätigkeit zweimal honoriert** wird (vgl. Hartmann, Kostengesetze, 41. Aufl., Nr. 3100 VV RVG Rn 55). Insoweit wurde vertreten, dass es für diese Anrechnung ohne Bedeutung ist, ob der beigeordnete Rechtsanwalt die Geschäftsgebühr oder einen Vorschuss darauf bereits erhalten hat oder ob mit der Zahlung der Gebühr wegen der schlechten wirtschaftlichen Verhältnisse auf absehbare Zeit nicht zu rechnen ist (vgl. OVG Hamburg NJW 2009, 1432 = JurBüro 2009, 137 m. w. Nachw.).

Zum 05.08.2009 ist jedoch **§ 55 V RVG neu gefasst** worden: Nach § 55 V 2 RVG hat der Rechtsanwalt in seinem Festsetzungsantrag anzugeben, ob und welche Zahlungen er bis zum Tag der Antragstellung erhalten hat; spätere Zahlungen hat er nach § 55 V 4 unverzüglich anzuzeigen. Diese Angaben des Rechtsanwalts ermöglichen dem Urkundsbeamten bei der Festsetzung die Anrechnung von Vorschüssen und Zahlungen nach § 58 RVG vorzunehmen. Ausweislich der **Gesetzesbegründung** (vgl. BT-Drs. 16/12717, 59) sollten durch die Regelung des § 55 V 2 RVG dem Urkundsbeamten damit alle für die Festsetzung der Vergütung erforderlichen Daten zur Verfügung stehen, um ermitteln zu können, in welchem Umfang die Zahlungen nach § 58 I und II RVG als Zahlung auf die festzusetzende Gebühr zu behandeln sind.

Diese Regelung würde aber keinen Sinn ergeben, wenn eine Anrechnung auf die festzusetzende Gebühr auch in anderen Fällen als dem der Zahlung erfolgen soll, wenn z. B. auch die bloße Entstehung der anzurechnenden Gebühr ausreichen würde. Von dem Urkundsbeamten müssten dann erst diese Voraussetzungen abgefragt werden, so dass ihn die gesetzlich vorgeschriebenen Angaben im Festsetzungsantrag – anders als vom Gesetzgeber gewollt – gerade nicht in die Lage versetzen würden, die festzusetzende Vergütung zu ermitteln. Durch die Tatsache, dass § 55 V 2 RVG nur eine Anzeige von Zahlungen vorsieht, bringt das Gesetz damit zum Ausdruck, dass es für die Anrechnung der Geschäftsgebühr auf die Verfahrensgebühr im Prozesskostenhilfe-Vergütungsverfahren – abweichend von der üblichen Kostenfestsetzung – nur auf die gezahlte, nicht schon auf die entstandene Geschäftsgebühr ankommt (vgl. OLG Brandenburg MDR 2011, 1206; OLG Frankfurt a. M., NJOZ 2012, 2018 = FamRZ 2013, 323; FG Niedersachsen EFG 2012, 553; Gerold/Schmidt/Müller-Rabe, § 58 Rn 41).“ (OLG Celle aaO)

- III. Allein die vorliegend im Vergleich erfolgte **Titulierung der Geschäftsgebühr zu Lasten der Bekl. rechtfertigt eine Anrechnung** noch nicht.

„Das folgt bereits daraus, dass **nicht absehbar** ist, **ob der titulierte Anspruch überhaupt realisiert werden kann**. Wären auf die titulierte Geschäftsgebühr Zahlungen unmittelbar an den Kl. erfolgt, wäre es der Landeskasse unbenommen geblieben, nach § 120 IV 1 und 2 ZPO vorzugehen und einen Teil der von der Landeskasse aufgebrachten Kosten von dem Kl. zurückzuverlangen.

Dem mit den Anrechnungsvorschriften verfolgten **Zweck der Vermeidung einer doppelten Vergütung des Rechtsanwalts** für sich entsprechende außergerichtliche und gerichtliche Tätigkeit wird gegenüber dem Mandanten durch die Forderungssperre des § 122 I Nr. 3 ZPO genügt. Ein mit den Anrechnungsvorschriften bezweckter **besonderer Schutz der Staatskasse lässt sich auch weder dem Wortlaut noch der Systematik der Vorschriften noch ihrer Entstehungsgeschichte oder den Gesetzesmaterialien entnehmen**. Soweit auf die gewährte Prozesskostenhilfe Raten zu zahlen sind, steht eine Schädigung der Staatskasse ohnehin nicht zu befürchten (vgl. OLG Frankfurt a. M. NJOZ 2012, 2018 = FamRZ 2013, 323).“ (OLG Celle aaO)

ZPO
§§ 114 ff

Verfahrenskostenhilfebewilligung Scheidung vor Ablauf des Trennungsjahres

ZPO

(OLG Celle in MDR 2014, 229; Beschluss vom 17.01.2014 – 10 WF 4/14)

Für ein **Scheidungsverfahren**, in dem **Härtegründe nicht geltend gemacht** werden, kommt **vor Ablauf des Trennungsjahres eine Bewilligung von Verfahrenskostenhilfe (VKH) nicht in Betracht**.

„Ein Antrag auf streitige Scheidung hat nur Erfolgsaussicht, wenn feststeht, dass die Ehe i. S. von § 1566 BGB unheilbar gescheitert ist. Dies ist selbst im Falle einer einvernehmlichen Scheidung allein nach Ablauf des Trennungsjahres gem. § 1566 I BGB der Fall.

Nach **herrschender Auffassung der (neueren) obergerichtlichen Rspr.**, der sich der Senat ausdrücklich anschließt, kommt - soweit nicht ausnahmsweise die Voraussetzungen für eine sog. „Härtefallscheidung“ substantiiert dargetan sind - eine **Bewilligung von VKH erst nach Ablauf des gesetzlich ausdrücklich vorgeschriebenen Trennungsjahres** in Betracht, (vgl. OLG Rostock NJW 2006, 3648; OLG Köln FamRZ 2004, 1117; OLG Dresden FamRZ 2002, 890; OLG Hamm OLGR 1996, 154).

Entgegen der vom Ast. vertretenen Auffassung vermag der Senat auch weder eine vermeintliche „Gerichtspraxis“ festzustellen, nach der bereits nach einer neunmonatigen Trennung ein Scheidungsantrag eingereicht werden dürfte, noch wäre eine tatsächliche derartige „Praxis“ überhaupt geeignet, die ausdrückliche gesetzliche Regelung außer Kraft zu setzen.

Der Gesetzgeber hat das Erfordernis einer einjährigen Trennung selbst für eine einvernehmliche Scheidung bewusst eingeführt, um damit übereilten Scheidungen vorzubeugen (BT-Drs. 7/650 S. 112 und 7/4362 S. 11). Der Gesetzgeber geht damit ersichtlich davon aus, dass einem nicht bereits über die Dauer eines Jahres bestehenden Scheidungswillen rechtlich keine erhebliche Bedeutung zukommt. Deswegen darf eine - für die Bewilligung von VKH erforderliche - hinreichende Erfolgsaussicht (selbst für eine - im Streitfall nicht einmal gegebene - einvernehmliche Scheidung) erst dann angenommen werden, wenn die vom Gesetzgeber ausdrücklich angeordnete Jahresfrist bereits tatsächlich abgelaufen ist.“ (OLG Celle aaO)

ZPO
§ 115 III 1

Anspruch auf Bewilligung von Prozesskostenhilfe Austritt aus Gewerkschaft

ZPO

(BAG in NZA 2014, 107; Beschluss vom 18.11.2013 – 10 AZB 38/13)

Tritt eine Partei während eines Rechtsstreits aus Gründen, die mit der Prozessführung des gewerkschaftlichen Rechtsschutzes in Verbindung stehen, **aus der Gewerkschaft aus** und nimmt sie damit den **Verlust der bisherigen Vertretung** in Kauf, **scheidet die Gewährung von Prozesskostenhilfe aus, wenn nachvollziehbare Gründe für den Gewerkschafts Austritt fehlen**.

„Wenn aber die Partei während eines laufenden Prozesses aus Gründen, die im Zusammenhang mit der Prozessführung stehen, aus der Gewerkschaft austritt und damit den Verlust der bisherigen Vertretung bewusst in Kauf nimmt, bedarf es dafür **nachvollziehbarer Gründe** (vgl. zur Notwendigkeit des Vorliegens eines wichtigen Grundes für den Wechsel des beigeordneten Anwalts: BVerwG NJW 2011, 1894; BGH NJOZ 2010, 239). Insofern liegt es ähnlich wie bei der **unterlassenen Inanspruchnahme des Rechtsschutzes**, die ebenfalls **nicht grundlos erfolgen** darf. Eine Verletzung der Koalitionsfreiheit des Arbeitnehmers aus Art. 9 III GG liegt darin nicht (BVerfG NVwZ-RR 2005, 441 [für das sozialgerichtliche Verfahren]; LAG Rheinland-Pfalz BeckRS 2004, 30802356; a. A. LAG Hessen BeckRS 2008, 54152).“ (BAG aaO)

FamFG
§ 158 VII

Aufwendungsersatzanspruch des Verfahrensbeistands Abgeltung von Fahrtkosten durch Fallpauschalen

FamFG

(BGH in Rpfleger 2014, 139; Beschluss vom 13.11.2013 – XII ZB 612/12)

Mit den **Fallpauschalen des § 158 VII 2 und 3 FamFG** sind **sämtliche Aufwendungen des Verfahrensbeistands abgegolten**. Dies gilt auch bei im Einzelfall erheblichen **Fahrtkosten** (im Anschluss an BGH NJW 2013, 3724; Fortführung von BGHZ 187, 40 = NJW 2010, 3446 = FamRZ 2010, 1893).

„Dem Verfahrensbeistand [steht] neben der in § 158 VII 2 und 3 FamFG geregelten Vergütungspauschale kein weiterer Anspruch auf Erstattung von Fahrtkosten zu. Denn diese **sind vom Tatbestandsmerkmal der „Aufwendungen“ in § 158 VII 4 FamFG umfasst** (BGHZ 187, 40 = NJW 2010, 3446 = FamRZ 2010, 1893).

Dies kann zwar in Einzelfällen – auch mit Blick auf ggf. erhebliche Fahrtkosten des Verfahrensbeistands – dazu führen, dass die Abrechnung nach Fallpauschalen keine angemessene Vergütung für den tatsächlich geleisteten Aufwand darstellt. Das ist aber mit Blick auf die bewusste gesetzgeberische Entscheidung gegen ein aufwandsbezogenes Vergütungssystem und die dieser zu Grunde liegende Zielvorstellung hinzunehmen. Die Abrechnung nach Fallpauschalen trifft in Anbetracht der Senatsrechtsprechung zur Auslegung von § 158 VII 2 und 3 FamFG auch nicht auf verfassungsrechtliche Bedenken (vgl. zum Ganzen BGH NJW 2013, 3724).

Die allein auf eine behauptete Unzumutbarkeit der Vergütungshöhe im vorliegenden Einzelfall abstellenden Erwägungen der Rechtsbeschwerde geben zu einer anderen Beurteilung keinen Anlass.

Für die weiter geforderten Pauschalen **fehlt** es ebenfalls an einer **Rechtsgrundlage**: Mit den Fallpauschalen des § 158 VII 2 und 3 FamFG sind **sämtliche Aufwendungen des Verfahrensbeistands abgegolten** (§ 158 VII 4 FamFG). Eine **ergänzende Abrechnung nach dem RVG ist daneben nicht möglich**.“ (BGH aaO)

BGB
§§ 611, 675

Anwaltliche Sorgfaltspflicht

BGB

Prüfungspflicht des Rechtsanwalts trotz Deckungszusage des Rechtsschutzversicherers

(AG Berlin-Charlottenburg in MDR 2014, 60; Urteil vom 25.07.2013 – 211 C 298/12)

Die **Deckungszusage einer Rechtsschutzversicherung gegenüber dem Versicherungsnehmer entbindet** den prozessführenden **Anwalt nicht von seinen Sorgfaltspflichten bei der Ausübung des Mandats**, weshalb daran anknüpfende Schadenersatzansprüche nicht mit dem Argument zurückgewiesen werden können, dass die Versicherung ohnehin zur Übernahme der Verfahrenskosten verpflichtet gewesen wäre (vgl. Palandt, § 280 Rn 70).

„Bei Bestehen eines Rechtsschutzversicherungsvertrags ist der seitens des Versicherungsnehmers beauftragte **Anwalt weder selbst Vertragspartei der Rechtsschutzversicherung noch in den Schutzbereich des** zwischen Versicherungsgeber und Versicherungsnehmer geschlossenen **Vertragsverhältnisses einbezogen** (vgl. OLG Koblenz, Urteil vom 16.02.2011 - 1 U 358/10).

Bei einem Schadenersatzanspruch wegen anwaltlicher Schlechtleistung muss zwar der Kl. beweisen, dass der Prozess bei pflichtgemäßem Verhalten des Rechtsanwalts einen positiven Ausgang genommen hätte, sofern der Prozessverlust auf einem abweisen den Sachurteil gründet (OLG Saarbrücken, Urteil vom 20.11.2012 - 4 U 301/11-96); vorliegend wurde aber die Berufung bereits wegen der Firstversäumnis verworfen, weshalb das Berufungsgericht in eine Sachprüfung gar nicht eingetreten ist. Folglich war alleine die Verfristung für die konkrete Kostenentscheidung relevant, so dass die Kausalität der anwaltlichen Pflichtverletzung für den Schaden feststeht.“ (AG Berlin-Charlottenburg aaO)

Aus der Praxis

BRAO
§ 59a

Zulässigkeit gemeinschaftlicher Berufsausübung Rechtsanwalts- und Patentanwaltsgesellschaft

BRAO

(BVerfG in AnwBl 2014, 270 = NZG 2014, 258; Beschluss vom 14.01.2014 – 1 BvR 2998/11 u. 1 BvR 236/12)

Personengesellschaftsrechtliche Zusammenschlüsse von Rechts- und Patentanwälten sind insbes. in den Rechtsformen der Gesellschaft bürgerlichen Rechts oder der Partnerschaftsgesellschaft möglich.

„Für die Partnerschaftsgesellschaft ist insbes. das **Gesetz über Partnerschaftsgesellschaften Angehöriger Freier Berufe** (Partnerschaftsgesellschaftsgesetz – PartGG) **maßgeblich**. Seit dem 19.07.2013 ermöglicht der neu angefügte § 8 IV PartGG die Errichtung einer Partnerschaftsgesellschaft mit beschränkter Berufshaftung. Gem. § 59 c I BRAO können GmbHs, deren Unternehmensgegenstand die Beratung und Vertretung in Rechtsangelegenheiten ist, als Rechtsanwaltsgesellschaften zur Rechtsanwaltschaft zugelassen werden. Für GmbHs, deren Unternehmensgegenstand die Beratung und Vertretung in Rechtsangelegenheiten aus dem beruflichen Aufgabenbereich der Patentanwälte (§ 3 II und III PAO) ist, sieht § 52 c I PAO entsprechend vor, dass sie als Patentanwalts-gesellschaft zugelassen werden können. Rechtsanwalts- wie Patentanwalts-gesellschaften können jeweils als Prozess- oder Verfahrensbevollmächtigte beauftragt werden und haben dann selbst die Rechte und Pflichten von Rechts- bzw. Patentanwälten (§ 59 I S. 1 und 2 BRAO, § 52 I S. 1 und 2 PAO). Der Unternehmensgegenstand beider Berufsausübungsgesellschaften kann sich weitergehend auch auf die interprofessionelle Zusammenarbeit von Angehörigen verschiedener sozietätsfähiger Berufe erstrecken (vgl. § 59 e I BRAO, § 52 e I PAO). Da nach **§ 59 a BRAO bzw. § 52 a PAO eine Sozietät zwischen Rechts- und Patentanwälten zulässig** ist, kann die gemeinsame Ausübung beider Berufe auch im Rahmen von Rechtsanwalts- oder Patentanwalts-gesellschaften erfolgen.“ (BVerfG aaO)

BGB
§ 276

Anwaltliche Sorgfaltspflicht Überprüfung eines fristwahren Schriftsatzes

BGB

(BGH in BB 2014, 449; Beschluss vom 05.12.2013 – IX ZB 291/11)

Werden dem Rechtsanwalt zur **Abfassung der Beschwerdebeurteilung** die Handakten vorgelegt, hat er auch zu **prüfen, ob die Beschwerde fristgerecht eingelegt worden ist**.

„Die **Kontrolle**, ob die Rechtsmittelschrift innerhalb der gesetzlichen Frist beim Rechtsmittelgericht eingegangen ist, stellt mit der **Vorlage der Handakten an den Anwalt zur Vorbereitung oder Durchführung einer fristgebundenen Prozesshandlung keine routinemäßige Büroarbeit** mehr dar, sondern **erfordert die Prüfung der Zulässigkeitsvoraussetzungen** für das beabsichtigte oder bereits eingelegte Rechtsmittel, die in den Verantwortungsbereich des Rechtsanwalts fällt (vgl. BGH VersR 1995, 69; BGH VersR 1991, 119; BGH NJW 2008, 3706). Diese Prüfung beschränkt sich, wenn die Akten bspw. zur Abfassung der Berufungsbegründung vorgelegt werden, nicht auf die Kontrolle, ob die hierfür laufende Frist noch gewahrt ist. Da dies nur eine Voraussetzung für die Zulässigkeit des Rechtsmittels ist, hat sich der Rechtsanwalt auch zu vergewissern, dass schon zuvor die Berufung rechtzeitig eingelegt worden war. Dadurch, dass nunmehr gem. § 520 II 1 ZPO n. F. die Berufungsbegründungsfrist mit der Zustellung des in vollständiger Form abgefassten erstinstanzlichen Urteils beginnt, hat sich an der Pflicht des Rechtsanwalts, die Zulässigkeitsvoraussetzungen einer Berufung insgesamt zu prüfen, wenn ihm die Handakten zur Fertigung der Berufungsbegründung vorgelegt werden, nichts geändert.

Diese **Grundsätze gelten auch für die hier in Rede stehende Anfertigung einer Beschwerdebeurteilung**: Auch hierfür hat der Anwalt vor Abfassung der Begründung den Inhalt seiner Handakte durcharbeiten und ist daher in der Lage, den Zeitpunkt der Zustellung des Beschlusses, der mit der Beschwerde angefochten wird, festzustellen. Bei der weiteren Durchsicht der Akte kann er die - regelmäßig kurz hinter der Durchschrift der Beschwerdeschrift abgeheftete - Mitteilung des Amtsgerichts oder Beschwerdegerichts über deren Eingang ohne weiteres in den Blick nehmen (vgl. BGH NJW 2008, 3706). I. Ü. ergibt sich die Prüfungspflicht des Anwalts auch daraus, dass er gehalten ist, seinen Mandanten von der Durchführung eines aussichtslosen Rechtsmittels abzuraten (vgl. BGH MDR 1958, 496; BGHZ 97, 372; BGH WM 2014, 89).“ (BGH aaO)

BGB
§ 1896 II

Betreuungsanordnung Erforderlichkeit

BGB

(BGH in FamRZ 2014, 294 = NZFam 2014, 95; Beschluss vom 21.11.2013 – XII ZB 481/12)

Eine **Betreuung** ist regelmäßig **nicht erforderlich, wenn der Betroffene** noch dazu **in der Lage ist, jemanden** mit der Wahrnehmung seiner Angelegenheiten **zu beauftragen**.

„Denn gem. § 1896 II 2 BGB ist die Betreuung nicht erforderlich, soweit die Angelegenheiten des Volljährigen durch einen Bevollmächtigten, der wie hier nicht zu dem Personenkreis des § 1897 III BGB zählt, oder durch andere Hilfen ebenso gut wie durch einen Betreuer besorgt werden können. Eine **Betreuungsanordnung erübrigt sich deshalb jedenfalls dann, wenn der Betroffene** noch in der Lage ist, eine Person seines Vertrauens mit der Wahrnehmung der Angelegenheiten zu beauftragen (vgl. Palandt/Götz, BGB, 72. Aufl., § 1896 Rn 12) und ein **besonderes Bedürfnis für die** mit der Betreuung verbundene **gerichtliche Kontrolle** (vgl. MüKo-BGB/Schwab, 6. Aufl., § 1896 Rn 63) **nicht ersichtlich** ist.“ (BGH aaO)

FamFG
§ 59 I

Aufhebung der Betreuung Beschwerdebefugnis des Betreuers

FamFG

(BGH in MDR 2014, 240; Beschluss vom 04.12.2013 – XII ZB 333/13)

Dem **Betreuer** steht gegen die **Aufhebung der Betreuung** keine **Beschwerdebefugnis** aus eigenem Recht zu.

„Die **Aufhebung der Betreuung** als solche greift nicht in die eigene Rechtssphäre des Betreuers ein, weil die **Betreuung nicht in seinem Interesse, sondern ausschließlich im Interesse der Betroffenen angeordnet** wird (OLG Düsseldorf FamRZ 1998, 1244; Keidel/Meyer-Holz, FamFG, 17. Aufl., § 59 Rn 76 m. w. Nachw.; Keidel/Budde aaO, § 303 Rn 6; BeckOK FamFG/Günter [Stand: 1. Juli 2013] § 303 Rn 16; Bumiller/Harders, FamFG, 10. Aufl., § 59 Rn 17; Haußleiter, FamFG, § 303 Rn 4; Prütting/Frösche, FamFG, 3. Aufl., § 303 Rn 38).

Der [Betreuer] beruft sich ohne Erfolg auf § 303 II Nr. 2 FamFG, wonach das Recht zur Beschwerde im Interesse des Betroffenen einer Person seines Vertrauens zusteht, wenn sie in der Vorinstanz beteiligt worden ist. Der Betreuer ist gem. § 274 I Nr. 2 FamFG Verfahrensbeteiligter, soweit sein Aufgabenkreis betroffen ist, und kann nach § 303 IV 1 FamFG gegen seinen Aufgabenkreis betreffende Entscheidungen im Namen des Betroffenen Beschwerde einlegen. Eine zusätzliche Verfahrensbeteiligung als Vertrauensperson ist durch die Vorinstanzen nicht erfolgt.“ (BGH aaO)

FamFG
§§ 275, 11

Betreuungsverfahren Verfahrensfähigkeit des Betroffenen

FamFG

(BGH in Rpfleger 2014, 135 = NJW 2014, 215; Beschluss vom 30.10.2013 – XII ZB 317/13)

In einem **Betreuungsverfahren** ist der **Betroffene als verfahrensfähig anzusehen**, ohne dass es auf seine Fähigkeit ankommt, einen natürlichen Willen zu bilden. Dabei **umfasst** die Verfahrensfähigkeit auch **die Befugnis, einen Verfahrensbevollmächtigten zu bestellen**.

- I. Die **Verfahrensfähigkeit umfasst dabei das gesamte Verfahren**, so dass dem Betroffenen insoweit alle Befugnisse eines Geschäftsfähigen zur Verfügung stehen.

Die ganz h. M. leitet daraus auch die grds. Befugnis des Betroffenen ab, jederzeit selbst einen Verfahrensbevollmächtigten zu bestellen.

KG NJOZ 2010, 1682 = FamRZ 2010, 835; OLG Schleswig FGPrax 2007, 130 = FamRZ 2007, 1126; BayObLG BtPrax 2005, 148; BayObLG NJOZ 2004, 2915; OLG Saarbrücken FGPrax 1999, 108; Keidel, FamFG, 17. Aufl., § 275 Rn 5; MüKo-ZPO/Schmidt-Recla, 2. Aufl., § 275 FamFG Rn 3; Prütting/Helms, FamFG, 3. Aufl., § 275 Rn 11; Bork/Jacoby/Schwab, FamFG, 2. Aufl., § 275 Rn 2; Damrau/Zimmermann, BetreuungsR, 4. Aufl., § 275 FamFG Rn 5; Knittel, Betreuungsrecht, Stand: 1.3.2013, § 275 FamFG Rn 9; Horndasch/Viefhues, FamFG, § 275 Rn 2; Bahrenfuss, FamFG, § 275 Rn 2; Schulte-Bunert/Weinreich, FamFG, 3. Aufl., § 275 Rn 5; Holzer, FamFG, § 275 Rn 2; BeckOK FamFG/Günter, Stand: 01.07.2013, § 275 Rn 2; Haußleiter, FamFG, § 275 Rn 3; Jurgeleit, BetreuungsR, 3. Aufl., § 275 FamFG Rn 3; Bauer in HK-BUR, Stand: Juli 2011, § 275 Rn. 7; a. A. Prütting/Helms, § 316 Rn 3f.

BGH aaO schließt sich dieser Auffassung an.

„Die Norm des **§ 275 FamFG ersetzt § 66 FGG**, der wiederum auf das Gesetz zur Reform des Rechts der Vormundschaft und Pflegschaft für Volljährige (Betreuungsgesetz) vom 12.09.1990 (BGBl. I 1990, 2002) zurückging. Ein **wesentliches Ziel** der mit dem Betreuungsgesetz vorgenommenen Änderungen des Gesetzes über die Angelegenheiten der Freiwilligen Gerichtsbarkeit war es, die **Rechtsposition des Betroffenen auch im Verfahren zu stärken**. In einem **fairen Verfahren** sollte er **eigenständiger Beteiligter und nicht „Verfahrensobjekt“** sein. Als Kernstück der Verfahrensvorschriften wurde daher schon in § 66 FGG die **Verfahrensfähigkeit des Betroffenen ausdrücklich geregelt und auf alle die Betreuung betreffenden Verfahren ausgedehnt**. Damit sollte der Betroffene in die Lage versetzt werden, seinen Willen nach Kräften selbst zu vertreten, ohne auf andere, insbesondere gesetzliche Vertreter, angewiesen zu sein (vgl. BGGH NJW-RR 2011, 1011 = FamRZ 2011, 1049; BT-Drs. 11/4528, 89 und 170).

Der vom Gesetzgeber verfolgte Zweck einer **Stärkung der verfahrensrechtlichen Position des Betroffenen** würde ohne die Möglichkeit, selbst einen Verfahrensbevollmächtigten zu bestellen, in vielen Fällen verfehlt. Denn wie schon der Blick auf die in § 1896 I 1 BGB genannten medizinischen Voraussetzungen der Betreuung verdeutlicht, wird es dem Betroffenen häufig nur mit anwaltlicher Vertretung möglich sein, seine Rechte im Betreuungsverfahren effektiv wahrzunehmen.“ (BGH aaO)

- II. **Unterschiedliche Auffassungen** werden in **Rspr. und Lit.** allerdings dazu vertreten, **ob die Erteilung einer wirksamen Verfahrensvollmacht** durch den Betroffenen zumindest das Vorliegen eines auf die Vertretung durch einen Bevollmächtigten gerichteten **natürlichen Willens erfordert**.

1. Die **Befürworter** einer solchen Einschränkung des § 275 FamFG (Prütting/Helms, § 275 Rn 11; Bauer, HK-BUR, § 275 FamFG Rn 8; vgl. auch OLG Saarbrücken FGPrax 1999, 108; wohl auch BayObLG BtPrax 2005, 148; BayObLG NJOZ 2004, 2915) verweisen auf die Natur der Vollmachterteilung als Willenserklärung und darauf, dass die gesetzgeberische Vorstellung vom Betroffenen als selbstbestimmtem Verfahrenssubjekt zuweilen nicht verwirklicht werden könne, wenn der Betroffene durch seine Erkrankung jegliche Fähigkeit eingebüßt habe, sich verständlich zu artikulieren, den Sinn und die Folgen seiner Erklärung auch nur ansatzweise zu erkennen oder sich eine wenigstens ungefähre Vorstellung von seiner Lage zu bilden. Die Anerkennung von Äußerungen des Betroffenen als rechtserheblich berge dann die Gefahr, den Betroffenen – mehr oder weniger wohlmeinender – privater Herrschaft Dritter zu unterwerfen.

2. Demgegenüber hält die **in der Lit. h. M.** das Erfordernis eines natürlichen Willens für mit Wortlaut und Zweck der Vorschrift unvereinbar und in der Praxis problematisch.

MüKo-ZPO/Schmidt-Recla, § 275 Rn 2 u. 6; Bork/Jacoby/Schwab, § 275 Rn 3; Knittel, § 275 FamFG Rn 9; Bienwald/Sonnenfeld/Hoffmann, BetreuungsR, 5. Aufl., § 275 FamFG Rn 13; Damrau/Zimmermann, § 275 FamFG/RPflG, Rn 5; Horndasch/Viefhues, § 275 Rn 3; Bassenge/Roth, FamFG, 12. Aufl., § 275 Rn 1; Schulte-Bunert/Weinreich, § 275 Rn 5; BeckOK FamFG/Günter, § 275 Rn 2a; Haußleiter, § 275 Rn 2; Jurgeleit/Meier, § 275 FamFG Rn 4; Schmidt FGPrax 1999, 178; vgl. auch OLG Schleswig FGPrax 2007, 130 = FamRZ 2007, 1126

Nach **BGH aaO** ist die **letztgenannte Auffassung zutreffend**.

- a) Nach dem **Wortlaut des § 275 FamFG** besteht die Verfahrensfähigkeit des Betroffenen uneingeschränkt und ist an keine weiteren Voraussetzungen geknüpft.

„Den **Gesetzesmaterialien** lässt sich nichts dazu entnehmen, dass der Gesetzgeber gleichwohl eine Differenzierung etwa nach unterschiedlichen Graden der geistigen Leistungsfähigkeit oder aber nach der Schwere der psychischen und physischen Beeinträchtigungen des Betroffenen vornehmen wollte. Vielmehr ging es ihm darum, die **Rolle des Betroffenen als eigenständigem Verfahrensbeteiligten zu sichern** (BT-Drs. 11/4528, 89 und 170). Damit trug der Gesetzgeber Art. 1 I GG Rechnung, aus dem folgt, dass niemand zum bloßen Objekt eines ihn betreffenden staatlichen Verfahrens werden darf (BVerfGE 63, 332 = NJW 1983, 1726).

Mit dieser **gesetzgeberischen Intention** wäre es nicht vereinbar, aus den das Betreuungsverfahren erst auslösenden krankheitsbedingten Beeinträchtigungen der Willensbildungsfähigkeit eines Betroffenen wiederum auf Einschränkungen der Verfahrensfähigkeit – und der daraus folgenden Fähigkeit zur Erteilung einer Verfahrensvollmacht – rückzuschließen. Dies würde § 275 FamFG einen maßgeblichen Teil seiner Wirkung nehmen und zu einer gegenüber der Geschäftsfähigkeit nur wenig erweiterten Verfahrensfähigkeit führen (vgl. Bork/Jacoby/Schwab, § 275 Rn 3). Das war jedoch vom Gesetzgeber ersichtlich nicht gewollt.“ (BGH aaO)

- b) Hinzu kommt nach Auffassung des BGH aaO, dass es dem Merkmal eines natürlichen Willens in dem von seinen Befürwortern vertretenen Bedeutungsgehalt an der für § 275 FamFG erforderlichen **Trennschärfe** fehlt (vgl. MüKo-FamFG/Schmidt-Recla, § 275 Rn 2; Damrau/Zimmermann, § 275 FamFG Rn 5; Horndasch/Viefhues, § 275 Rn 3).

„Grds. liegt ein (nur) natürlicher Wille vor, wenn es einem Betroffenen an einem der beiden für eine freie Willensbestimmung erforderlichen Elemente, der Einsichtsfähigkeit oder der Fähigkeit, nach dieser Einsicht zu handeln, fehlt (BGH FGPrax 2011, 119 = FamRZ 2011, 630; BGH NJW-RR 2012, 773 = FamRZ 2012, 869). Die im Zusammenhang mit § 275 FamFG verwendeten – zudem uneinheitlichen – **Definitionen des „natürlichen Willens“ greifen daher teilweise auf Begrifflichkeiten wie „ungefähre Vorstellung“ und „ansatzweise“ zurück** (vgl. dazu Keidel/Budde, § 275 Rn 7 m. w. Nachw.; Bauer in HK-BUR, § 275 FamFG Rn 8). Das ist folgerichtig, weil die Unterscheidung zur „einfachen“ Geschäftsunfähigkeit, bei der § 275 FamFG noch Platz greifen soll, nur mittels gradueller Kriterien möglich ist. Diese entziehen sich jedoch weitgehend einer für die gerichtliche Praxis brauchbaren Handhabung.“ (BGH aaO)

- c) Die von den Befürwortern des Erfordernisses eines natürlichen Willens angeführte **Möglichkeit eines Missbrauchs der Befugnis des Betroffenen zur Erteilung einer Verfahrensvollmacht** (vgl. insbes. OLG Saarbrücken FGPrax 1999, 108) **steht** nach BGH aaO der Annahme einer uneingeschränkten Verfahrensfähigkeit des Betroffenen **ebenso wenig entgegen wie die allgemeine Gefahr, dass der Betroffene Verfahrenshandlungen zu seinem Nachteil vornehmen kann.**

„Zum einen schließt die **Sollvorschrift des § 276 IV FamFG** die Bestellung eines Verfahrenspflegers etwa bei Vorliegen eines **Interessenkonflikts** auch dann nicht aus, wenn der Betroffene durch einen Rechtsanwalt oder einen anderen geeigneten Verfahrensbevollmächtigten vertreten wird (vgl. KG FGPrax 2004, 117; Keidel, § 276 Rn 15). Zum anderen **war dem Gesetzgeber bewusst, dass mit der uneingeschränkten Verfahrensfähigkeit des Betroffenen Probleme einhergehen können** (vgl. OLG Schleswig FGPrax 2007, 130 = FamRZ 2007, 1126 m. w. Nachw.; ausf. Bienwald/Sonnenfeld/Hoffmann, § 275 FamFG Rn 9; Jurgeleit, § 275 FamFG Rn 4; MüKo-ZPO/Schmidt-Recla, § 275 FamFG Rn 6). Gleichwohl hat er in § 275 FamFG keine Einschränkungen aufgenommen.“ (BGH aaO)

3. Von der aus der unbeschränkten Verfahrensfähigkeit folgenden Befugnis des Betroffenen zur Erteilung einer Verfahrensvollmacht ist die **Frage zu trennen, ob der Betroffene eine Bevollmächtigungserklärung abgegeben hat.** Eine solche ist **mündlich, schriftlich oder konkludent möglich.** Für den **Nachweis** gilt **§ 11 FamFG.**

ZPO
§§ 42, 406

Befangenheitsantrag Sachverständiger

ZPO

(OLG Saarbrücken in MDR 2014, 18; Beschluss vom 08.07.2013 – 5 W 64/13)

Ein **Sachverständiger**, der einen **Ortstermin durchführt, obwohl** eine Partei der **Gegenseite den Zutritt zum Terminsort verweigert, kann wegen Befangenheit abgelehnt werden.**

„Führt ein Sachverständiger zur Vorbereitung seines Gutachtens eine Orts- und Sachbesichtigung in Anwesenheit nur einer der Parteien durch, ohne der anderen die Gelegenheit zur Teilnahme zu geben, so lässt ihn dies nach h. M. als befangen erscheinen (BGH NJW 1975, 1363 = GRUR 1975, 507; OLG Karlsruhe DS 2011, 39 = MDR 2010, 1148; OLG Saarbrücken MDR 2007, 1279; OLG Bremen OLG-Report 2009, 700; OLG Frankfurt a.M. OLG-Report 2009, 573). Dies rechtfertigt sich aus dem **Verstoß gegen das Gebot der Waffengleichheit**, weil sich der Sachverständige der einseitigen Einflussnahme einer Partei aussetzt. Eine verständige Partei darf in der Folge mutmaßen, dass hierbei auch ein – für sie nach Inhalt und Umfang nicht zu überblickender – Informations- und Meinungsaustausch über das streitige Rechtsverhältnis stattgefunden hat. Dies ist aus Sicht eines unbefangenen Dritten geeignet, Zweifel an der Unvoreingenommenheit des Sachverständigen zu begründen (OLG Saarbrücken OLG-Report 2004, 612; OLG Saarbrücken OLG-Report 2007, 636).“ (OLG Saarbrücken aaO)

GVG
§ 198 I, VI Nr. 1

Behördliches Vorverfahren Kein Teil des gerichtl. Verfahrens

GVG

(BVerwG in BayVBl 2014, 149; Urteil vom 11.07.2013 – 5 C 271/2)

- I. **Zum Gerichtsverfahren i. S. von § 198 I 1 und VI Nr. 1 GVG gehört nicht das behördliche Vorverfahren.**

„Gerichtsverfahren i. S. von § 198 I 1 GVG ist **jedes Verfahren von der Einleitung bis zum rechtskräftigen Abschluss** (§ 198 VI Nr. 1 GVG). Die **Ausklammerung des Verwaltungs- und Vorverfahrens** ist mit der Begrenzung auf das „Gerichts-

verfahren" bereits **unmissverständlich im Wortlaut des Gesetzes angelegt**. Sie entspricht überdies dem Willen des Gesetzgebers, wie er in den Gesetzesmaterialien seinen Ausdruck gefunden hat (vgl. BTDrucks 17/3802 S. 17).“ (BVerwG aaO)

II. Dieses Ergebnis ist mit **Art. 6 und Art. 13 der Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten (EMRK) in der Fassung vom 22.10.2010 (BGBl II S. 1198) vereinbar**.

„Dem steht die **Rspr. des EuGH**, die über den jeweils entschiedenen Fall hinaus Orientierungs- und Leitfunktion für die Auslegung der EMRK hat (vgl. BVerwG ZBR 2013, 257), nicht entgegen.

Der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte hat zwar für die Ermittlung, wann die Verfahrensdauer in verwaltungsgerichtlichen Verfahren unangemessen ist, die Dauer des Vorverfahrens mit einbezogen. Sofern die Einlegung dieses Rechtsbehelfs ein notwendiger erster Schritt ist, bevor das gerichtliche Verfahren anhängig gemacht werden kann, hat der Gerichtshof den Zeitraum, der für die Angemessenheit der Verfahrensdauer nach Art. 6 I EMRK maßgeblich ist, mit dem Tag beginnen lassen, an dem der Beschwerdeführer den behördlichen Rechtsbehelf (Widerspruch) eingelegt hat (vgl. etwa EGMR NJW 1979, 477).

Allerdings beziehen sich diese Entscheidungen auf einen Zeitraum, in welchem das deutsche Recht keinen wirksamen Rechtsbehelf i. S. von Art. 13 EMRK vorsah, der geeignet war, Abhilfe für die unangemessene Dauer von Verfahren zu schaffen. Mit dem Gesetz über den Rechtsschutz bei überlangen Gerichtsverfahren und strafrechtlichen Ermittlungsverfahren (ÜbVfRSchG) vom 24.11.2011 (BGBl I S. 2302) steht jedoch nunmehr ein solcher Rechtsbehelf gegen Verzögerungen gerichtlicher Verfahren i. S. des Konventionsrechts zur Verfügung, der zum gegenwärtigen Zeitpunkt keinen Grund zu der Annahme gibt, dass die damit verfolgten Ziele nicht erreicht werden (EGMR NVwZ 2013, 47). Hinzu kommt, dass das nationale Recht mit der sog. Untätigkeitsklage nach § 75 VwGO einen Rechtsbehelf vorsieht, mit dem einer unangemessenen Verzögerung im Vorverfahren (Widerspruchsverfahren) durch unmittelbare Klageerhebung begegnet werden kann. Mit Blick auf die Rüge der Verfahrensdauer erweist sich die **Untätigkeitsklage grds. als wirksamer Rechtsbehelf i. S. von Art. 13 EMRK**. Dieser tritt neben die durch das neue Gesetz normierte (kompensatorische) Entschädigung für Verzögerungen des Gerichtsverfahrens (vgl. Marx/Roderfeld, Rechtsschutz bei überlangen Gerichts- und Verwaltungsverfahren, 2013, § 173 VwGO Rn 9; Steinbeiß-Winkelmann/Ott, Rechtsschutz bei überlangen Gerichtsverfahren, 2013, § 198 GVG Rn 38). Jedenfalls mit Blick auf das Nebeneinander dieses Entschädigungsanspruchs und der Untätigkeitsklage ist es konventionsrechtlich nicht zu beanstanden, dass das Vorverfahren nicht in die Prüfung der Angemessenheit der Verfahrensdauer einbezogen wird. Die Europäische Menschenrechtskonvention fordert im Hinblick auf das Gebot effektiven Rechtsschutzes nicht notwendig einen einheitlichen Rechtsbehelf, sondern lässt bei entsprechender Wirksamkeit auch eine Kombination von Rechtsbehelfen genügen (EGMR NJW 2006, 2389 m. w. Nachw.). Den Konventionsstaaten kommt bei der gesetzlichen Ausgestaltung des von Art. 13 EMRK geforderten Rechtsbehelfs ein Gestaltungsspielraum zu (vgl. etwa EGMR NVwZ 2007, 1259).“ (BVerwG aaO)

Steuerrecht

RDG
§§ 2 I, 5 I

Vertretungsbefugnis des Steuerberaters Verwaltungsverfahren

SteuerR

(BSG in AnwBl 2014, 276 = NJW 2014, 493; Urteil vom 14.11.2013 – B 9 SB 5/12 R)

Die **Beratung und Vertretung von Mandanten nach Erlass eines Feststellungsbescheids nach dem SGB IX ist keine Nebenleistung eines Steuerberaters** i. S. des § 5 I RDG und stellt damit eine **unerlaubte Rechtsberatung** dar.

- I. Der **Begriff der Nebenleistung** wird in § 5 I 2 RDG umschrieben: Danach kommt es auf den Inhalt, den Umfang und den sachlichen Zusammenhang der Nebenleistung mit der Hauptleistung sowie auf die Rechtskenntnis an, die für die Haupttätigkeit erforderlich sind.

„Anders als noch im RBERG vorgesehen, ist es nach dem **Wortlaut der Vorschrift unerheblich**, ob die als Nebenleistung erbrachte Tätigkeit selbst auch eine Hauptleistung sein kann oder ob die Haupttätigkeit auch ohne die Nebenleistung überhaupt erbracht werden kann. Dementsprechend ist der Anwendungsbereich des § 5 I RDG nicht auf solche rechtlichen Nebenleistungen beschränkt, ohne die, wie z. B. bei der Erfüllung von Beratungs- und Aufklärungspflichten, die Haupttätigkeit nicht ordnungsgemäß ausgeführt werden kann (vgl. Entwurf eines Gesetzes zur Neuregelung des Rechtsberatungsrechts, BR-Drs. 623/06, 106 ff. = Begr. zum RegE, BT-Drs. 16/3655, 51 ff.; BGH GRUR 2011, 539 = MDR 2011, 680 m. w. Nachw.; BGH NJW 2012, 1589 = DB 2012, 458 m. w. Nachw.; BGHZ 192, 270 = NJW 2012, 1005).“ (BSG aaO)

- II. Etwas anderes ergibt sich auch nicht aus dem Umstand, dass der im Regierungsentwurf zu § 5 I 1 RDG nach den Worten „zum Berufs- oder Tätigkeitsbild“ enthaltene Satzteil „oder zur vollständigen Erfüllung der mit der Haupttätigkeit verbundenen gesetzlichen oder vertraglichen Pflichten“ im weiteren **Gesetzgebungsverfahren** wieder gestrichen worden ist.

„Denn nach der **Begründung zur Beschlussempfehlung des Rechtsausschusses** diente diese Änderung lediglich der Straffung des Nebenleistungstatbestands unter Vermeidung weiterer Unklarheiten in Bezug auf eine ausufernde Auslegung der Norm. Insbesondere **sollte verhindert werden, dass rechtsdienstleistende Nebenpflichten disponibel werden** und von dem Vertreter und Vertretenen willkürlich und ohne Zusammenhang mit der eigentlichen Haupttätigkeit vereinbart werden können (vgl. hierzu insgesamt BGHZ 192, 270 = NJW 2012, 1005 unter Hinweis auf BT-Drs. 16/6634, 51).

Maßgeblich ist, ob die **Rechtsdienstleistung nach der Verkehrsanschauung innerhalb der Gesamtleistung ein solches Gewicht hat, dass nicht mehr von einer bloßen Nebenleistung ausgegangen werden kann**. Auch eine vorangehende oder nachfolgende Nebenleistung kann noch in einem **unmittelbaren und sachlichen Zusammenhang mit der Hauptleistung** stehen, wenn sie **zum Ablauf oder zur Abwicklung der Haupttätigkeit gehört und nicht selbst wesentlicher Teil** der (oder einer) Hauptleistung ist (vgl. BT-Drs. 16/3655, 52; BGH NJW 2012, 1589 = DB 2012, 458; BGH GRUR 2011, 539 = MDR 2011, 680 m. w. Nachw.). Die **Grenzen der Nebenleistung** hat der Gesetzgeber dann angenommen, wenn die **Rechtsdienstleistung isoliert als gesonderte Dienstleistung angeboten wird**. Entscheidend sei, „ob die Rechtsdienstleistung innerhalb der Gesamtleistung ein solches Gewicht hat, dass für sie die volle Kompetenz eines Rechtsanwalts oder die besondere Sachkunde einer registrierten Person erforderlich ist“ (BT-Drs. 16/3655, 52). Bei der Bewertung der insoweit abzuklärenden Abgrenzungsfragen hat der Gesetzgeber im Hinblick auf die grundrechtlich geschützte Berufsausübungsfreiheit nach Art. 12 GG keine enge Auslegung für geboten erachtet. § 5 RDG soll gerade eine weitergehende Zulassung von Nebenleistungen gegenüber der zuvor gültigen Vorschrift des Art. 1 § 5 RBERG ermöglichen (vgl. BT-Drs. 16/3655, 52; BGH GRUR 2011, 539 = MDR 2011, 680; BGH NJW 2012, 1589 = DB 2012, 458; Kleine-Cosack, § 5 Rn 21).“ (BSG aaO)

- III. Zudem ist auch der **Sinn und Zweck des RDG in Betracht zu ziehen**, der in § 1 I 2 RDG seinen Niederschlag gefunden hat und den Schutz der Rechtsuchenden, des Rechtsverkehrs und der Rechtsordnung vor unqualifizierten Rechtsdienstleistungen beinhaltet (vgl. Begründung in BT-Drs. 16/3655, 51).

„Dieser **Schutz umfasst auch die ordnungsgemäße Geltendmachung von Ansprüchen im Rahmen des Rechtsgewährungsanspruchs als Teil des Rechtsstaatsprinzips** (Art. 19 IV und Art. 20 III GG). Soweit kein Vertretungszwang besteht (vgl. z. B. § 73 IV SGG) kann ein juristischer Laie im Verwaltungs- und Gerichtsverfahren seine Interessen auch selbst wahrnehmen; dies geschieht jedoch auf eigene Verantwortung. Bedient er sich dabei eines berufsmäßigen Bevollmächtigten, so kann er bei dessen Tätigkeit eine **bestimmte Qualität** erwarten, die **durch das RDG gesichert** werden soll.“ (BSG aaO)

- IV. Vor diesem Hintergrund ist auch zu berücksichtigen, dass **Steuerberater** auf einem speziellen Teilgebiet des Rechts eine **beratende Stellung** innehaben, so dass eine **Nebentätigkeit von geringem Umfang in anderen Rechtsbereichen mit der Steuerberatertätigkeit in einem sachlichen Zusammenhang** stehen kann.

„Dies ist im Gesetzgebungsverfahren bereits so gesehen worden. Danach sollte der Schwerpunkt der (Haupt-)Tätigkeit stets auf nicht rechtlichem Gebiet liegen, soweit es sich nicht um Dienstleistungen von Angehörigen steuerberatender Berufe oder nach § 10 RDG registrierter Personen handelt (vgl. BT-Drs. 16/3655, 52; BGH NJW 2012, 1589 = DB 2012, 458).“ (BSG aaO)

- V. Dieses **Ergebnis ist mit dem Grundgesetz vereinbar**, insbesondere liegt **kein Verstoß gegen die Berufsausübungsfreiheit** i. S. von Art. 12 I GG vor.

„Hierzu hat der 10. Senat des BSG noch unter der Geltung des Rechtsberatungsgesetzes ausgeführt, dass vor dem Hintergrund der Rspr. des BVerfG zum Beruf des Steuerberaters „**allenfalls eine Beschränkung im Randbereich**“ der Berufsausübung vorliege, „**die das Berufsbild im Kernbereich und die durch den Beruf gesicherte Existenz unbeeinträchtigt**“ lasse (BSG NJW-RR 1997, 1013).

An dieser Einschätzung hat sich durch das RDG nichts geändert: Dieses hat zwar im Hinblick auf **veränderte gesellschaftliche Berufsbilder und Verkehrsanschauungen** eine erforderliche **verfassungskonforme Anpassung** vorgenommen, aber aus guten Gründen nicht alle Beschränkungen der Berufsausübung im Bereich der Rechtsdienstleistungen aufgehoben.

Das BVerfG (NJW 2006, 1502) hat noch zum RBERG darauf hingewiesen, dass dieses – wie andere Gesetze – einem Änderungsprozess unterworfen sei, da es in einem Umfeld sozialer Verhältnisse und gesellschaftspolitischer Anschauungen stehe,

mit deren Wandel sich auch der Norminhalt ändern könne. Dem hat der Gesetzgeber mit dem RDG Rechnung getragen und eine flexiblere, mehr am Einzelfall ausgerichtete Regelung außergerichtlicher Rechtsdienstleistungen getroffen (vgl. u.a. BT-Drs. 16/3655, 52 f.).

Diese erlaubt nunmehr auch eine begrenzte Tätigkeit für Steuerberater in Feststellungsverfahren nach dem SGB IX und stellt damit eine **Erweiterung der Berufsausübungsfreiheit** gegenüber den früheren Verhältnissen dar. Die darüber hinaus weiterhin bestehenden Beschränkungen für Steuerberater, stellen damit – nach wie vor – keinen willkürlichen Eingriff in deren Berufsfreiheit und Berufsausübungsfreiheit dar (s. hierzu allgemein zuletzt zum Umfang des Schutzbereichs auch unter Darstellung der Liberalisierung des Berufsrechts für Steuerberater BVerfG NJW 2013, 3357 = AnwBl 2013, 825). Denn der vom Gesetzgeber beabsichtigte Schutz des Rechtsuchenden, des Rechtsverkehrs und der Rechtsordnung vor unqualifizierten Rechtsdienstleistungen (§ 1 I 2 RDG) stellt eine ausreichende Rechtfertigung für die Intensität des hier vorliegenden Eingriffs in die Berufsausübungsfreiheit von Steuerberatern im Bereich sozialrechtlicher Verwaltungsverfahren dar, soweit es diesen nach wie vor nicht erlaubt ist, als Bevollmächtigte ein Widerspruchsverfahren in Feststellungsverfahren nach dem SGB IX zu betreiben. Für eine Prüfung am Maßstab der allgemeinen Handlungsfreiheit besteht daneben kein Raum, weil Art. 2 I GG gegenüber Art. 12 I GG subsidiär ist (BVerfG NZS 2012, 102).“ (BSG aaO)

ESTG
§ 33

Außergewöhnliche Belastungen Kosten für Verwaltungsgerichtsprozess

SteuerR

(FG Münster in BB 2014, 537; Urteil vom 27.11.2013 – 11 K 2519/12 E)

Aufwendungen für Rechtsanwälte und Gerichtskosten aus Anlass einer verwaltungsgerichtlichen Streitigkeit sind als außergewöhnliche Belastungen einkommenssteuermindernd zu berücksichtigen.

- I. **Erwachsen einem Steuerpflichtigen zwangsläufig größere Aufwendungen als der überwiegenden Mehrzahl der Steuerpflichtigen gleicher Einkommensverhältnisse, gleicher Vermögensverhältnisse und gleichen Familienstands** (außergewöhnliche Belastungen), wird auf Antrag die Einkommenssteuer dadurch ermäßigt, dass der Teil der Aufwendungen, der die dem Steuerpflichtigen zumutbare Belastung übersteigt, vom Gesamtbetrag der Einkünfte abgezogen wird (§ 33 I EStG). Aufwendungen erwachsen dem Steuerpflichtigen zwangsläufig, wenn er sich ihnen aus rechtlichen, tatsächlichen oder sittlichen Gründen nicht entziehen kann und soweit die Aufwendungen den Umständen nach notwendig sind und einen angemessenen Betrag nicht übersteigen (§ 33 II 1 EStG).
- II. Allerdings bestehen Bedenken, ob die genannten Aufwendungen nach der **bisherigen Rspr. des BFH** als zwangsläufig zu beurteilen gewesen sind.
 - Im Falle von **Kosten für einen Zivilprozess** war dieses Merkmal nur dann zu bejahen, wenn auch das die Zahlungsverpflichtung oder den Zahlungsanspruch adäquat verursachende Ereignis zwangsläufig erwachsen war. In der Regel aber ist es der freien Entscheidung der (Vertrags-) Parteien überlassen, ob sie sich zur Durchsetzung oder Abwehr eines zivilrechtlichen Anspruchs einem Prozess-(kosten)Risiko aussetzen. Lasse sich ein Steuerpflichtiger trotz ungewissem Ausgang auf einen Prozess ein, liege die Ursache für die Prozesskosten in seiner Entscheidung, das Prozesskostenrisiko in der Hoffnung auf ein für ihn günstiges Ergebnis in Kauf zu nehmen. Als zwangsläufig anerkannt worden sind Kosten aus Anlass eines Zivilprozesses nur dann, wenn dieser existentiell wichtige Bereiche oder den Kernbereich menschlichen Lebens berührte. Nur dann, wenn ein Steuerpflichtiger ohne den Rechtsstreit Gefahr liefe, seine Existenzgrundlage zu verlieren und seine lebensnotwendigen Bedürfnisse in dem üblichen Rahmen nicht mehr befriedigen zu können, könne er trotz unsicherer Erfolgsaussichten gezwungen sein, einen Zivilprozess zu führen (bisherige st. Rspr. des BFH, vgl. u.a. BStBl. II 1996, 596 und BFH/NV 2009, 533).
 - **An der vorgenannten Auslegung des Merkmals der Zwangsläufigkeit hat der BFH** (BFHE 234, 30 = BStBl. II 2011, 1015) **nicht mehr festgehalten**: Danach sind Kosten für einen Zivilprozess dann als zwangsläufig zu beurteilen, wenn sich der Steuerpflichtige nicht mutwillig oder leichtfertig auf den Prozess eingelassen hat. Kosten eines Zivilprozesses sind auf Seiten des jeweiligen Klägers bzw. Beklagten bereits dann unausweichlich, wenn die **beabsichtigte Rechtsverfolgung oder Rechtsverteidigung** aus der Sicht eines verständigen Dritten **Aussicht auf Erfolg bietet** (BFHE 234, 30 = BStBl. II 2011, 1015). Maßgeblich sind demnach die Vorgaben, ob die Voraussetzungen für die Bewilligung von Prozesskostenhilfe vorliegen.
- III. **FG Münster aaO folgt der neueren Rspr.**

„Soweit die genannten Auslegungsgrundsätze nach dem **Erlass des BMF** in seinem Schreiben vom 20.12.2011 IV C 4 – S 2284/07/003: 002 -/ 2011/1025909 (BStBl. I 2011, 1286) nicht zu berücksichtigen sein sollen, sind hieran lediglich die nachgeordneten Finanzbehörden gebunden. Eine **Bindung der Gerichte vermog hiervon nicht auszugehen**.

Im vorliegenden Rechtsstreit geht es allerdings nicht um die Kosten für einen Zivilprozess. Die vom BFH herausgestellten **Grundsätze sind aber auch in den Fällen anzuwenden, in denen Kosten aus Anlass eines verwaltungsgerichtlichen Verfahrens betroffen sind**. Grund für die geänderte Rechtsauffassung des BFH zur Auslegung des Merkmals der Zwangsläufigkeit (BFHE 234, 30 = BStBl. II 2011, 1015) ist der Ausgangspunkt, dass sich im Hinblick auf das staatliche Gewaltmonopol streitige Ansprüche regelmäßig nur gerichtlich durchsetzen oder abwehren lassen. Zur gewaltfreien Lösung von Rechtsstreitigkeiten und Interessenkonflikten seien die Kontrahenten auf den Weg vor die Gerichte verwiesen. Dieser Gesichtspunkt gilt auch für Fälle eines verwaltungsgerichtlichen Verfahrens. Soweit es um Maßnahmen eines Trägers öffentlicher Verwaltung geht, kann von dem dadurch Betroffenen eine Korrektur letztlich nur mit gerichtlicher Hilfe begehrt werden. Das vom BFH (BFHE 234, 30 = BStBl. II 2011, 1015) betonte **staatliche Gewaltmonopol**, nach dem zivilrechtliche Ansprüche nur mit Hilfe von Gerichten durchzusetzen oder abzuwehren sind, muss demgemäß auch bei der Durchsetzung von Ansprüchen bzw. Abwehrmaßnahmen im öffentlich-rechtlichen Bereich gelten (vgl. Urteil des FG Düsseldorf EFG 2013, 701; FG Hamburg EFG 2013, 41).“ (FG Münster aaO)

Weitere Schriftumsnachweise

I. Zivilrecht

1. **Schmid:** Wohnraummiete – die abweichende Vereinbarung zu Lasten des Mieters (MDR 2014, 189)

Mieterschützende Vorschriften können zwar nicht generell abgeändert werden, die **Mietvertragsparteien** können jedoch während des Mietverhältnisses **ohne Bindung an gesetzliche Vorgaben** Regelungen treffen, die sie auch bei Abschluss des Mietvertrages treffen könnten und auch den Mietvertrag beenden. - Ansonsten kann der Vermieter nur im Einzelfall dem Mieter den Einwand von Treu und Glauben entgegenhalten, wenn der **Schutzzweck der Norm** nicht die Unwirksamkeit der Vereinbarung erfordert.

2. **Krimphove:** Das Praktikum – Rechte und Pflichten eines arbeitsrechtsähnlichen Rechtsverhältnisses (BB 2014, 564)

3. **Müller-Teckhof:** Rechte und Pflichten des Gerichts beim Prozessvergleich (MDR 2014, 249)

Der **Prozessvergleich** gem. § 278 VI 1. Alt. u. Alt. 2 ZPO stellt einen **Fall der richterlichen Beurkundung** dar. – Dem Richter obliegt eine Prüfung des Inhalts des Vergleichs auf mögliche Unwirksamkeitsgründe. – Der gerichtliche Feststellungsbeschluss beurkundungsbedürftiger Rechtsgeschäfte ist wirksam und wahrt sowohl die Form der notariellen Beurkundung als auch die Schriftform. – Geht der Inhalt des Prozessvergleichs über den Streitgegenstand des Prozesses hinaus, so liegt es im **Ermessen des Gerichts**, ob es eine Beurkundung vornimmt oder aber diese ablehnt. – Von seinen **Informations- und Belehrungspflichten** sowie der Haftung kann sich das Gericht **durch einen Haftungsausschluss freistellen** lassen.

4. **Hilgert/Hilgert:** Nutzung von Streaming-Portalen - Urheberrechtliche Fragen am Beispiel von Redtube (MMR 2014, 85)

§ 44a UrhG knüpft nicht an die Legalität der Quelle, sondern **an die der Nutzung** an; der **Konsum eines illegal veröffentlichten Films ist** daher unabhängig davon **erlaubt**, ob dieser auf DVD gebrannt oder online gestellt wurde. - Zudem ist es für Privatpersonen nach § 53 I UrhG erlaubt, Filme auch aus rechtswidrigen Quellen anzusehen, solange die Rechtswidrigkeit nicht offensichtlich ist; letzteres ist vom Rechteinhaber substantiiert darzulegen und zu beweisen. - Bei **ausländischen Pornofilmen**, die üblicherweise nicht als Filmwerk, sondern nur als Laufbilder anzusehen sind, **besteht der Urheberschutz nur unter den Voraussetzungen der §§ 94, 95, 128II, 126 II UrhG.**

II. Strafrecht

1. **Schäfersküppler/Schmidt:** Das neue Zwangsgeld gegen Vollzugsbehörden – Ein unbekanntes Wesen (StV 2014, 184)

2. **Baumhöfener:** Aktenkenntnis des Nebenklägers – Gefährdung des Untersuchungszwecks bei der Konstellation Aussage-gegen-Aussage (NStZ 2014, 135)

Problemstellung: Eine falsch verstandene bzw. nicht reflektierte uneingeschränkte Beteiligung des „Verletzten“ im Strafverfahren kann die Wahrheitsfindung erschweren bzw. konterkarieren, denn wenn der Verletzte über seinen Rechtsanwalt vor der Zeugenaussage in der mündlichen Verhandlung Akteneinsicht hatte, besteht die **Gefahr, dass die Aussage an den Akteninhalt angepasst wird**; diese Gefahr besteht insbesondere dann, wenn der Verletzte sich der öffentlichen Klage als Nebenkläger anschließt. - Mit dem am 01.10.2009 in Kraft getretenen „Gesetz zur Stärkung der Rechte von Verletzten und Zeugen im Strafverfahren“ (2. Opferrechtsreformgesetz) hat sich der Trend der Ausweitung von Verletztenrechten fortgesetzt. - Die Gefahr, dass die **Aussagekonstanz bei Aktenkenntnis kein zuverlässiges Kriterium der Aussagenanalyse** mehr sein kann und dadurch die lege artis durchgeführte Bewertung der Zuverlässigkeit der Zeugenaussage beeinträchtigt, kann vermieden werden, wenn die **Akteneinsicht gem. § 406 e II 2 StPO verweigert** wird; dies ist gerade in den Fällen von Bedeutung, in denen es auf die Bewertung der Belastungsaussage besonders ankommt, wie z. B. bei der Konstellation Aussage-gegen-Aussage.

3. **Schultheis:** Übersicht über die Rspr. in Untersuchungshaftsaachen 2012/2013 (NStZ 2014, 140)

4. **Cirener:** Die Zulässigkeit von Verfahrensrügen in der Rechtsprechung des BGH (NStZ-RR 71)

III. Öffentliches Recht

1. **Schellenberger:** Zur Zulässigkeit von konsultativen Bürgerbefragungen (VBIBW 2014, 46)
Die **Zulässigkeit konsultativer Bürgerbefragungen ergibt sich aus der Selbstverwaltungsgarantie der Gemeinden und Kreise**, eine **spezielle Ermächtigungsgrundlage** zur Durchführung von konsultativen Bürgerbefragungen ist **mangels Grundrechtsrelevanz nicht notwendig**. - Bedenken hinsichtlich einer Umgehung der Zulässigkeitsvoraussetzungen bzw. der weitreichenden Ausschlussgründe in § 21 II GemO greifen nicht durch: Weder die Gemeinde- und Landkreisordnung noch höherrangiges Recht stehen der grds. Zulässigkeit von konsultativen Bürgerbefragungen entgegen.
2. **Böck:** Der Rundfunkbeitrag – eine verfassungswidrige Wohnungs- und Betriebsstättenabgabe (NVwZ 2014, 266)
3. **Stoll/Lüers:** Stadionverbote: private Gefahrenprävention und öffentliches Recht (DÖV 2014, 222)

Stadionbetreiber und Vereine unterliegen einer **gesteigerten Grundrechtsbindung**, denen die bisherige Regelung der Verbote durch den Deutschen Fußballbund (DFB) und die praktische Handhabung nur schwer gerecht wird. – **Bedenklich** ist, dass die **Polizei** im Rahmen einer verabredeten engen Zusammenarbeit mit der **Weitergabe von Informationen über Strafverfolgung und polizeiliche Vorkommnisse an die privaten Betreiber und Vereine** die Verhängung der Verbote durch Letztere planmäßig initiiert und unterstützt. - Insgesamt bestehen nach Auffassung des Autors Zweifel daran, ob die Stadionverbote einen sinnvollen Beitrag zu der oft geforderten Lastenverteilung zwischen Staat und Privaten bei der Gewährleistung von Sicherheit von Fußballveranstaltungen leisten können. – Nunmehr wird seit einiger Zeit seitens der Stadionbetreiber und Vereine in enger Kooperation mit staatlichen Stellen als neues und wirksames Instrument das **Stadionverbot** eingesetzt: Dieses wird u. a. **gegen Personen verhängt, die einer Neigung zu Gewalttätigkeiten verdächtigt werden**, und schließt diese für bestimmte Zeiträume – zum Teil auch bundesweit – vom Besuch von Bundesligaspielen aus; zunehmend haben Betroffene gegen diese Maßnahmen den Zivilrechtsweg beschritten. - Das Stadionverbot beruht auf Absprachen und Vereinbarungen zwischen dem DFB, dem Ligaverband und den Vereinen; zu seiner einheitlichen Handhabung hat der DFB „Richtlinien“ (**Stadionverbots-Richtlinien**) erlassen; grundlegend wird darin das Stadionverbot als „**Präventivmaßnahme auf zivilrechtlicher Grundlage**“ charakterisiert, die das Ziel verfolgt, „zukünftiges sicherheitsbeeinträchtigendes Verhalten zu vermeiden und den Betroffenen zur Friedfertigkeit anzuhalten, um die Sicherheit anlässlich von Fußballveranstaltungen zu gewährleisten“. - Dem Grunde nach **stützt sich das Stadionverbot auf das Hausrecht von Stadionbetreibern und Vereinen** und kann von diesen nach den Richtlinien in minder schweren Fällen für einzelne Stadien verhängt werden; in schwereren Fällen kann es hingegen bundesweit ausgesprochen werden.

IV. Richter / Staatsanwälte / Rechtsanwälte / Notare

1. **Decker:** Streitwerterhöhung in der Rechtsmittelinstanz (BayVBl. 2014, 106)
Ist der **Kläger Rechtsmittelführer, bestimmt sich der Streitwert im Rechtsmittelverfahren nach seinen Anträgen**; ist das Rechtsmittelgericht der Auffassung, der Streitwert sei durch das erstinstanzliche Gericht zu niedrig angesetzt worden, kann es für das Rechtsmittelverfahren einen höheren Streitwert festsetzen. - Sind der **Beklagte oder ein Beigeladener Rechtsmittelführer, bestimmt sich der Streitwert im Rechtsmittelverfahren nach ihren Anträgen**; dies kann wegen § 52 I GKG dazu führen, dass im Rechtsmittelverfahren ein anderer Streitwert anzusetzen ist als im Verfahren der ersten Instanz; in einer derartigen Situation schützt nun § 47 II 1 GKG den Kläger vor einer Erhöhung des Streitwerts über den im erstinstanzlichen Verfahren festgesetzten hinaus und damit vor einem unkalkulierbaren Kostenrisiko; dies gilt jedoch nicht einschränkungslos, denn kommt das Rechtsmittelgericht zu dem Ergebnis, dass das erstinstanzliche Gericht das Interesse des Klägers zu niedrig bewertet hat, kann es den Streitwert gem. § 63 III 1 Nr. 2 GKG korrigieren.
2. **Quaas:** Rspr. des Senats für Anwaltssachen des BGH im Jahre 2013 (BRAB-Mitt. 2014, 2)
3. **Kappus:** Haftungsfallen bei der Umstellung auf das neue Flensburger Punktesystem (NJW 2014, 677)

Am 01.05.2014 tritt die Reform des Verkehrszentralregisters und des Punktesystems – „Fahreignungsbewertungssystem“ – in Kraft (BGBl. I 2013, 3920). - Durch die Übergangsvorschriften können sich im Einzelfall gravierende Unterschiede ergeben, je nachdem, ob Punkte noch vor dem 01.05.2014 im alten Verkehrszentralregister eingetragen werden oder danach. - Für die Frage, ob sich Punkte und ihre Folgen nach neuem oder altem Recht richten, kommt es nicht auf die Rechtskraft, sondern auf den – nicht steuerbaren – Tag der Eintragung „in Flensburg“ an: Bis zum 30.04.2014 nach altem Recht mit kürzerer Tilgungsfrist, zwei – statt zweieinhalb Jahre – mit Tilgungshemmung, ab dem 01.05.2014 ohne Tilgungshemmung, dafür aber mit zweieinhalb, fünf oder zehn Jahren Tilgungsfrist. - Falls Mandanten zwischenzeitlich noch ein Aufbauseminar nach altem Recht absolvieren, müssen die entsprechenden Bescheinigungen der zuständigen Behörde bis spätestens 30.04.2014 vorgelegt sein.

Protokolle für die mündliche Prüfung

Warum Prüfungsprotokolle?

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

Wie läuft das ab?

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

Was könnt Ihr sonst noch tun?

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

Prüfungsstoff im Mündlichen

1/3 Protokollwissen

Protokolle anfordern!

1/3 Zeitschriftenwissen der letzten Monate

Zeitschriftenauswertung (ZA) lesen!

1/3 unbekannter Stoff

Phantasie zeigen!

