



PRAKTIKER-REPORT (PR)

Monatsschrift für den praktisch tätigen Juristen

37. Jahrg.

August 2012

Heft 8

Aus dem Inhalt:

- BGH:** Keine Verzugsbeendigung bei Rückforderungsvorbehalt
- LG Köln:** Religiös motivierte Beschneidung als Körperverletzung
- VGH Mannheim:** Bordell als Gewerbebetrieb allgemeiner Art
- OVG Bln-Bbg.:** Reine Werbefahrten als Sondernutzung
- OLG Hamm:** Formanforderungen bei vom Gericht festzustellenden Vergleich
- BGH:** Verstoß gegen das Gebot des gesetzlichen Richters
- OVG Koblenz:** Mangelnder Hinweis auf Möglichkeit der elekt. Kommunikation



Impressum:

Verlag und Redaktion:

Juristischer Verlag Juridicus
Hiberniastraße 6
45879 Gelsenkirchen

Tel.: 0209 / 945 806 - 35

Fax: 0209 / 945 806 - 50

info@juridicus.de

www.juridicus.de

Verantwortliche Redakteure:

Silke Wollburg, Hiberniastraße 6, 45879 Gelsenkirchen

Britta Wegner, Hiberniastraße 6, 45879 Gelsenkirchen

Urheber und Verlagsrechte:

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

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

Erscheinungsweise: monatlich

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

Zahlung quartalsweise im Voraus

Inhalt

Aus der Gesetzgebung

Änderungen des Melderechts.....	1
---------------------------------	---

Brandaktuell

BVerfG: Gleichbehandlung eingetragener Lebenspartner (rückwirkende Gleichbehandlung bei Grunderwerbssteuer).....	3
---	---

Entscheidungen materielles Recht

Zivilrecht

BGH: AGB in Fitnessstudio-Verträgen (Laufzeitvereinbarung und Kündigungsklauseln).....	4
BGH: Zahlung unter Rückforderungsvorbehalt (keine Beendigung des Verzugs).....	8

Strafrecht

BGH: Bildung terroristischer Vereinigungen (Rädelsführerschaft).....	11
LG Köln: Körperverletzung (religiös motivierte Beschneidung).....	14

öffentl. Recht

VGH Mannheim: Bordellbetrieb im Gewerbegebiet (Gewerbebetrieb allgemeiner Art).....	16
OVG Bln-Bbg.: Reine Werbefahrten als Sondernutzung (Fahrten im Rahmen des ortsüblichen und erlaubten Straßenverkehrs).....	19

Kurzauslese I

BGH: Mitverschulden (Haftungsabwägung bei vermutetem Verschulden).....	22
BGH: Kautionshaftung des Erwerbers (Insolvenz des Voreigentümers).....	22
BGH: Polizeiliche Verfolgungsfahrt (Haftung).....	23
OLG Köln: Gefährliches Werkzeug („Schweizer Offiziersmesser“).....	23
BGH: Gefährliche Körperverletzung (Hinterlistiger Überfall).....	23
BGH: Begünstigung (Gezahlter Tatlohn als Vortatvorteil).....	24
BGH: Betrug (Automatisiertes Mahnverfahren).....	24
BGH: Betrug (Einreichung eines gefälschten Schecks).....	24
BGH: Betrug (Unbemerktes Tanken an Selbstbedienungstankstelle).....	25
OLG Köln: Untreue (Fortwirkung einer im Innenverhältnis erloschenen Bankvollmacht).....	25
BGH: Gefährlicher Eingriff in den Straßenverkehr (Tathandlung).....	25
BGH: Gefährlicher Eingriff in den Straßenverkehr (provozierter Unfall).....	26
OVG Münster: Verbot der Straßenprostitution (Drittsschutz).....	26
OVG Münster: Verwaltungsakt (Kursabschlussnote).....	27

Entscheidungen Verfahrensrecht

Zivilrecht

BGH:	Unterschreiten der Berufungssumme (Antragserweiterung nach Berufungsbegründung).....	28
OLG Hamm:	vom Gericht festzustellender Vergleich (Formanforderungen).....	31

Strafrecht

BGH:	Doppelvorsitz am BGH (Verstoß gegen das Gebot des gesetzl. Richters).....	34
------	--	----

öffentl. Recht

BVerfG:	Gewährleistung des gesetzlichen Richters (Nichtzulassung der Revision).....	38
OVG Koblenz:	Jahresfrist wegen fehlerhafter Rechtsbehelfsbelehrung (Hinweis auf Möglichkeit der elektronischen Kommunikation).....	42

Kurzauslese II

BGH:	Berufungsbegründung (Unterzeichnung durch Rechtsanwalt mit dem Zusatz „i.V.“).....	45
OLG Dresden:	Ordnungsgeld (Verhängung gegen GmbH wegen Fernbleibens des Geschäftsführers).....	45
BGH:	Revisionszulassung (Wirksamkeit der Beschränkung).....	46
LG Dresden:	Verwertungsverbot (Körperliche Untersuchung eines Zeugen).....	47
OLG Stuttgart:	Pflichtverteidigerbeordnung (keine Notwendigkeit der Verteidigung bei nachträglicher Gesamtstrafenbildung).....	47
BGH:	Verständigungsgespräch (Offenlegungspflicht).....	47
OLG Hamm:	Verzicht auf Sachverständigenanhörung (bedingungsfeindliche Prozesshandlung).....	48
BFH:	Verpflichtungsklage (Rechtsschutzinteresse).....	48
BVerwG:	Rechtsschutzziel (Ermittlung des Umfangs des Klagebegehrens).....	48
BVerwG:	Behördliche Ermessensentscheidung (zulässige Nachholung im gerichtlichen Verfahren).....	49
OVG Münster:	Urteilstenor (analoge Anwendbarkeit).....	50
VGH Mannheim:	Gesetzlicher Parteiwechsel (keine Klageänderung).....	50
VGH Mannheim:	Vorabentscheidung über vorläufige Vollstreckbarkeit (Berufungszulassungsverfahren).....	50

Speziell für Rechtsanwälte und Notare

Gebühren und Kosten

OLG München:	Verbot der Vereinbarung von Erfolgshonoraren (Prozessfinanzierungsvertrag).....	51
OLG München:	Rechtsanwaltshonorar (Unwirksamkeit einer Honorarvereinbarung).....	53
BGH:	Rahmengebühren (Toleranzgrenze 20 %).....	53
KG:	Terminsgebühr (telefonische Verfahrensabsprache).....	54

Inhaltsverzeichnis

OLG Düsseldorf:	Reisekostenerstattung (tatsächliche Kosten).....	54
BGH:	Erstattungsfähigkeit von Rechtsanwaltsgebühren (Schadensmeldung beim Kaskoversicherer).....	54
LG Berlin:	Streitwert (Vorschussklage zum Zwecke der Mangelbeseitigung).....	55
OLG Frankfurt:	Unstatthafte Beschwerde (Gebührenfreiheit).....	55
KG:	Rücknahme der Pflichtverteidigerbestellung (Drängen auf Abschluss einer Honorarvereinbarung).....	56
Aus der Praxis		
OLG Köln:	Unzulässige Verwendung einer Kurzbezeichnung (Irreführende Formulierung im Briefkopf).....	57
LG Berlin:	Beendigung der beruflichen Zusammenarbeit (Anspruch des ausscheidenden Rechtsanwalts auf Nennung seiner Kontaktdaten).....	57
BGH:	Widerruf der Rechtsanwaltszulassung (strafrechtliche Verurteilung wegen eines Verbrechens).....	58
BGH:	Auslagenpauschale (Anknüpfungstatsachen für gerichtl. Schätzung).....	58
LG Düsseldorf:	Regressklage gegen Rechtsanwalt (Offenbarungspflicht hinsichtlich eigener Fehler).....	58
OLG Bamberg:	Recht auf freie Anwaltswahl (unzulässige Einschränkung durch Allg. Rechtsschutzbedingungen).....	58
BGH:	Betriebskostenvorauszahlungen (Anpassung nur auf Basis einer formell und inhaltlich korrekten Abrechnung).....	59
AG Ludwigslust:	Kündigung wegen Mietzinsrückstand (verspätete Zahlungen des Jobcenters).....	60
OLG Oldenburg:	Prozess-/Verfahrenskostenhilfe (nachträglicher Vermögenszuwachs).....	60
OLG Hamm:	Verfahrensmangel (unterbliebene Anhörung in Familiensachen).....	60
Steuern		
BFH:	Werbungskosten (Aufwendungen für arbeitsgerichtlichen Vergleich).....	61
BFH:	Freie Wahl der Veranlagungsform (kein Wahlrecht für gleichgeschlechtlichen Lebenspartner).....	62
VGH München:	Gewerbesteuerhinterziehung (Haftung des Ehepartners).....	62
FG Rh-Pf:	Haftung des Steuerpflichtigen (fehlerhafte Steuersoftware).....	62
BFH:	Verwertungsverbot im Besteuerungsverfahren (Verletzung von Verfahrensvorschriften).....	63
Weitere Schrifttumsnachweise		64

Aus der Gesetzgebung

Änderungen des Melderechts

I. Allgemeines

Mit der vom Bundestag beschlossenen Regelung des „Gesetzes zur Fortentwicklung des Meldewesens“ werden neben einigen rein redaktionellen Änderungen und Ergänzungen **grundlegende Informations- und Mitwirkungspflichten sowie Datenübermittlungsstandards neu** in das Melderecht **aufgenommen**:

Insbesondere dürfen **Melderegisterauskünfte zukünftig für Zwecke der Werbung oder des Adresshandels“ an Firmen** auch dann **erteilt werden**, wenn die betroffene Person gegen die Übermittlung für jeweils diesen Zweck Widerspruch eingelegt hat und zwar dann, wenn die Daten ausschließlich zur Bestätigung oder Berichtigung bereits vorhandener Daten verwendet werden.

Die Einführung dieser Ausnahme vom Verbot der Übermittlung bei Widerspruch wird **gravierende Auswirkungen** für die betroffenen Bürgerinnen und Bürger und die Meldebehörden haben: Bislang konnten Auskunfteien und Adresshändler keine Adressen aus dem Melderegister ohne vorherige Einwilligung des Betroffenen erhalten. Mit der nun beschlossenen Änderung würde eine (vermeintlich) nicht korrekte Adresse ausreichen und schon könnten Adresshändler die geprüften aktuellen Adressen aus dem Melderegister zur Bestätigung oder Berichtigung ihrer Adress-Altbestände erhalten und weiter veräußern.

II. Die Neuregelungen im Überblick

1. Meldegeheimnisverpflichtung der Beschäftigten, § 5 MRRG

Alle bei der Meldebehörde Beschäftigten oder für diese Tätigen sind auf die Einhaltung des Meldegeheimnisses zu verpflichten.

2. Auskunft an den Betroffenen § 8 MRRG

Künftig erhält der Betroffene Auskunft über die Art der übermittelten Daten bei automatisierten Abrufen auf Antrag im Einzelfall.

3. Allgemeine Meldepflicht, § 11 MRRG

Die bisherige Wochenfrist zur Erfüllung der Meldepflicht wird auf 2 Wochen ausgedehnt, außerdem wird ein Antragsrecht für einfache und erweiterte Meldebescheinigungen aufgenommen. Für die Anmeldung von Neugeborenen wird eine automatische Datenübermittlung durch die Standesämter normiert.

4. Informationspflichten der Wohnungsgeber, § 11 IV MRRG

Wieder in das Melderecht aufgenommen wird eine ausdrückliche Mitwirkungspflicht des Wohnungsgebers bei An- und Abmeldung, der nunmehr den Ein- oder Auszug der meldepflichtigen Person zu bestätigen hat. Bei Verweigerung der Bestätigung oder nicht rechtzeitigem Erhalt wird eine diesbzgl. Mitteilungspflicht des Meldepflichtigen begründet.

5. Besondere Meldepflicht in Beherbergungsstätten, § 16 I MRRG

Hier gelten künftig §§ 29, 30 MeldFortG, die u.a. einen vorausgefüllten Hotelmeldeschein, d.h. eine hotelinterne Datenübertragung, ermöglichen. Damit soll das Ausfüllen durch den Gast entfallen und auf eine unterschriftliche Bestätigung der ggf. bereits dem Hotel bekannten Daten beschränken.

6. Besondere Meldepflicht in Krankenhäusern, Heimen und ähnlichen Einrichtungen, § 16 II MRRG

Diese besonderen Meldepflichten werden, ebenso wie die Auskunftspflicht zur Identitätsfeststellung von einzelnen Personen, ersatzlos abgeschafft; lediglich eine Anmeldepflicht für den Leiter dieser Einrichtungen bleibt in den Fällen, in denen dort aufgenommene Personen nicht im Inland gemeldet sind und ihrer Meldepflicht innerhalb von 3 Monaten nicht selbst nachkommen können.

7. Einfache Melderegisterauskünfte, § 21 I MRRG

Künftig ist eine einfache Melderegisterauskunft nur zulässig, wenn der Auskunftsverlangende eine ausdrückliche Erklärung abgibt, die Auskunftsdaten nicht für Zwecke der Werbung oder des Adresshandels verwenden zu wollen. Auf das Recht des Betroffenen, einer automatisierten Melderegisterdatenauskunft zu widersprechen, soll nun schon bereits bei der Anmeldung hingewiesen werden.

8. Datenübermittlungen an öffentlich-rechtliche Religionsgemeinschaften, § 19 MRRG

Neu ist die jährliche Bekanntmachungspflicht zum bestehenden Widerspruchsrecht gegen die Übermittlung.

9. Datenübermittlungen an andere öffentliche Stellen und Behandlung von Auskunftssperren, §§ 18, 21 V u. VII MRRG

Neu ist eine Mitteilungspflicht an den Betroffenen bei einer bestehenden, von Amts wegen eingetragenen, Auskunftssperre über jede Meldedatenanfrage sowie die ausdrückliche Verpflichtung der Meldebehörde, den Betroffenen vor der Löschung einer Auskunftssperre zu unterrichten.

10. Datenübermittlungen durch automatisiertem Abruf, §§ 18, 21 MRRG

Künftig sind bestimmte Abfragedaten zu protokollieren und aufzubewahren.

Brandaktuell

GG

Gleichbehandlung eingetragener Lebenspartner

GG

Art. 3 I

rückwirkende Gleichbehandlung bei Grunderwerbsteuer

(BVerfG in Pressemitteilung Nr. 62/201 vom 08.08.2012 1021794; Beschluss vom 18.07.2012 – 1 BvL 16/11)

Fall: Mit dem am 14. Dezember 2010 in Kraft getretenen Jahressteuergesetz 2010 hat der Gesetzgeber die eingetragenen Lebenspartner den Ehegatten hinsichtlich sämtlicher für sie geltenden Grunderwerbsteuerlichen Befreiungen gleichgestellt. Diese Neufassung des Grunderwerbsteuergesetzes (GrEStG) gilt jedoch nicht rückwirkend, sondern ist auf Erwerbsvorgänge nach dem 13. Dezember 2010 beschränkt.

Für alle noch nicht bestandskräftigen Altfälle ab Inkrafttreten des Lebenspartnerschaftsgesetzes am 1. August 2001 gelten daher weiterhin die Bestimmungen des Grunderwerbsteuergesetzes in der Fassung von 1997 (GrEStG a. F.), das für eingetragene Lebenspartner - anders als für Ehegatten - keine Ausnahme von der Besteuerung des Grunderwerbs vorsieht. Nach der für das Ausgangsverfahren maßgebenden Regelung des § 3 Nr. 4 GrEStG a. F. ist der Grundstückserwerb durch den Ehegatten des Veräußerers von der Grunderwerbsteuer befreit. Von der Besteuerung ausgenommen ist auch der Grundstückserwerb im Rahmen der Vermögensauseinandersetzung nach der Scheidung durch den früheren Ehegatten des Veräußerers (§ 3 Nr. 5 GrEStG a. F.). Ferner sieht § 3 GrEStG a. F. - vorwiegend aus güterrechtlichen Gründen - weitere Befreiungsvorschriften für Ehegatten vor.

Die Kläger des Ausgangsverfahrens sind eingetragene Lebenspartner. Im Rahmen ihrer Trennung schlossen sie 2009 eine Auseinandersetzungsvereinbarung, mit der sie sich wechselseitig ihre Miteigentumsanteile an zwei jeweils zur Hälfte in ihrem Eigentum stehenden Immobilien zum Zwecke des jeweiligen Alleineigentums übertrugen. Ihre gegen die jeweils festgesetzte Grunderwerbsteuer gerichteten Klagen führten zur Vorlage durch das Finanzgericht, das die hier maßgebliche Vorschrift des § 3 Nr. 4 GrEStG a. F. wegen Verstoßes gegen den allgemeinen Gleichheitssatz für verfassungswidrig hielt.

Das BVerfG hat entschieden, dass die Benachteiligung eingetragener Lebenspartner in § 3 Nr. 4 GrEStG a. F. sowie in den übrigen Befreiungsvorschriften des § 3 GrEStG a. F. mit dem allgemeinen Gleichheitssatz aus Art. 3 I GG unvereinbar ist. Die Ungleichbehandlung von Ehegatten und eingetragenen Lebenspartnern bei der Befreiung von der Grunderwerbsteuer müsse sich an strengen Verhältnismäßigkeitsanforderungen messen lassen, weil die Differenzierung an die sexuelle Orientierung von Personen anknüpfe. Hinreichend gewichtige Unterschiede, welche die Schlechterstellung der Lebenspartner im Grunderwerbsteuergesetz a.F. rechtfertigen könnten, sieht das BVerfG aber nicht.

*„Die **Privilegierung der Ehegatten gegenüber den Lebenspartnern** lasse sich nicht unter familien- und erbrechtlichen Gesichtspunkten rechtfertigen. **Eingetragene Lebenspartner seien Ehegatten familien- und erbrechtlich gleichgestellt** sowie **persönlich und wirtschaftlich in gleicher Weise in einer auf Dauer angelegten, rechtlich verfestigten Partnerschaft miteinander verbunden**. Die der Steuerbefreiung zugrundeliegende gesetzgeberische Vermutung, dass **Grundstücksübertragungen zwischen Ehegatten wie bei den ebenfalls steuerbefreiten nahen Verwandten häufig zur Regelung familienrechtlicher Ansprüche der Ehegatten untereinander oder in Vorwegnahme eines Erbfalls erfolgten, gelte daher ebenso für eingetragene Lebenspartner.**“ (BVerfG aaO)*

Insofern ist der bloße Hinweis auf Schutzgebot der Ehe nicht ausreichend

*„Außerdem begründe die eingetragene Lebenspartnerschaft ebenso wie die Ehe eine **gegenseitige Unterhalts- und Einstandspflicht**, so dass die Ungleichbehandlung auch nicht mit einem aus besonderen rechtlichen Bindungen gespeisten Familienprinzip zu rechtfertigen sei. Schließlich sieht das BVerfG auch in der in Art. 6 I GG verankerten **Pflicht des Staates, Ehe und Familie zu schützen und zu fördern, keine Rechtfertigungsgrund** für die Schlechterstellung der Lebenspartner gegenüber den Ehegatten. Gehe die Förderung der Ehe mit einer Benachteiligung anderer Lebensformen einher, obgleich diese nach dem geregelten Lebenssachverhalt und den mit der Normierung verfolgten Zielen der Ehe vergleichbar seien, rechtfertige die bloße Verweisung auf das Schutzgebot der Ehe eine solche Differenzierung nicht.“ (BVerfG aaO)*

Das BVerfG sah auch keine Veranlassung, den Gesetzgeber von der Pflicht zur rückwirkenden Beseitigung der verfassungswidrigen Rechtslage zu entbinden.

„Insbesondere ist die Weitergeltung der für verfassungswidrig erklärten Befreiungsvorschriften nicht wegen einer zuvor nicht hinreichend geklärten Verfassungsrechtslage anzuordnen. Eine solche, von der grundsätzlichen Rückwirkung sowohl einer Nichtigkeits- als auch Unvereinbarkeitserklärung abweichende Anordnung kommt nur im Ausnahmefall in Betracht und bedarf einer besonderen Rechtfertigung.

Allein die Erkenntnis des Bundesverfassungsgerichts, dass ein Gesetz gegen Bestimmungen des Grundgesetzes verstößt, vermag indessen nicht ohne weiteres eine in diesem Sinne zuvor ungeklärte Verfassungsrechtslage zu indizieren und damit den Gesetzgeber von einer Pflicht zur rückwirkenden Behebung verfassungswidriger Zustände zu befreien.“ (BVerfG aaO)

Entscheidungen materielles Recht

BGB
§ 307 ff.

AGB in Fitnessstudio-Verträgen Laufzeitvereinbarung und Kündigungsklauseln

BGB

(BGH in NJW 2012, 1431; Versäumnisurteil vom 08.02.2012 – XII ZR 42/10)

1. In einem Fitnessstudio-Vertrag hält eine vorformulierte Vertragsbestimmung, die eine **Erstlaufzeit** des Vertrags von **24 Monaten** vorsieht, grundsätzlich der Inhaltskontrolle nach § 307 I BGB stand.
2. Eine Klausel, die das Recht des Kunden zur **außerordentlichen Kündigung** auf eine ärztlich **attestierter Erkrankung** beschränkt, benachteiligt den Kunden nach § 307 I 1 BGB unangemessen und ist daher **unwirksam**.

Fall: Die Parteien streiten um die Zahlung von Nutzungsentgelt für das von der Kl. betriebene Fitnessstudio. Sie schlossen am 17. 04.2007 einen Vertrag zur Nutzung der Fitness-Centereinrichtungen. Der Vertrag sah eine Vertragsdauer von 24 Monaten vor und sollte sich jeweils um zwölf Monate verlängern, wenn er nicht jeweils drei Monate vor Ablauf schriftlich gekündigt wird. Als Vertragsbeginn vereinbarten die Parteien den 01.05.2007. Das monatliche Nutzungsentgelt betrug 44,90 Euro. Die Vertragsbedingungen der Kl. sahen folgende Regelung vor:

„7. Der Nutzer kann den Vertrag mit Wirkung des Eingangs bei dem B-Center kündigen, wenn er krankheitsbedingt für die restliche Vertragslaufzeit die Einrichtung des Centers nicht nutzen kann. Zur Wirksamkeit der Kündigung ist erforderlich, dass sie unverzüglich, spätestens binnen zwei Wochen nach Kenntnis des die Kündigung rechtfertigenden Umstandes erfolgt und der Kündigungserklärung ein ärztliches Attest beigelegt wird, aus dem sich nachvollziehbar die Erkrankung/gesundheitliche Beeinträchtigung ergibt, die einer Nutzung entgegenstehen soll.“

Mit Schreiben vom 24. 07.2008 kündigte der Bekl. das Vertragsverhältnis auf Grund gesundheitlicher Probleme, die in einem beigelegten ärztlichen Attest bescheinigt waren. Die Kl. akzeptierte die Kündigung nicht und teilte dem Bekl. mit, dass die Kündigung erst zum nächstmöglichen Termin, dem 30. 04.2009, angenommen werde. Da der Bekl. ab Oktober 2008 kein Nutzungsentgelt mehr bezahlte, machte die Kl. die bis zum 30.04.2009 angefallenen Nutzungsentgelte klageweise geltend. Hat die Kl. hierauf einen Anspruch?

Die Kl. könnte gegen den Bekl. einen Anspruch auf Zahlung von 224,50 € gem. § 535 II BGB haben.

I. Vertragsabschluss

Ein entsprechender Vertrag wurde zwischen den Parteien abgeschlossen. Fraglich ist jedoch, um welche Art von Vertrag es sich hierbei handelt.

*„Der zwischen den Parteien abgeschlossene Vertrag über die Nutzung des von der Kl. betriebenen Fitnessstudios ist als ein **Gebrauchsüberlassungsvertrag** zu qualifizieren, der nicht vom Anwendungsbereich des § 309 Nr. 9 BGB erfasst wird. Zwar wird teilweise die Auffassung vertreten, der Vertrag über die Nutzung eines Fitnessstudios sei als **typengemischter Vertrag** zu qualifizieren, der neben **mietvertraglichen** auch **dienstvertragliche Elemente** enthalte. Im vorliegenden Fall hat das BGH jedoch **besondere Verpflichtungen** der Kl. mit **dienstvertraglichem Charakter nicht festgestellt**. Nach dem Inhalt des zwischen den Parteien geschlossenen Vertrags ist der Bekl. lediglich zur Nutzung der Geräte und der Räumlichkeiten der Kl. berechtigt. **Weitere Verpflichtungen** der Kl., etwa zu Unterrichts- oder anderen Dienstleistungen, sieht der Vertrag nicht vor. Soweit für die Nutzung der Geräte im Einzelfall eine Einweisung durch die Kl. oder ihre Mitarbeiter erforderlich sein sollte, schuldet sie diese als bloße **vertragliche Nebenleistungen** (vgl. OLG Frankfurt a. M., OLG-Report 1995, 38 [39] = IBRRS 59515 m. w. Nachw.; a. A. OLG Hamm, NJW-RR 1992, 242 [243]). Wesentlicher Inhalt des Vertrags ist daher das Zurverfügungstellen der Fitnessgeräte und die Nutzung der Räumlichkeiten des Fitnessstudios, so dass jedenfalls im hier zu entscheidenden Fall der Vertrag über die Nutzung des Fitnessstudios der Kl. als **reiner Mietvertrag** einzustufen ist.“ (BGH aaO)*

Die Parteien haben daher einen Mietvertrag nach § 535 BGB abgeschlossen.

II. Beendigung des Vertrages

Der Vertrag könnte jedoch durch die Kündigung des Bekl. zum Oktober 2008 beendet worden sein. Eine ordentliche Kündigung ist jedoch nur möglich, wenn keine bestimmte Laufzeit vereinbart wurde. Anderenfalls besteht nach gem. § 542 II Nr. 1 BGB nur in den gesetzlich zugelassenen Fällen außerordentlich gekündigt werden.

1. Laufzeitvereinbarung

Der vorformulierte Vertrag sieht eine Laufzeit von 24 Monaten vor. Diese Vereinbarung müsste nach den Vorgaben der §§ 305 ff. BGB wirksam getroffen worden sein.

Es besteht kein Zweifel, dass es sich um vorformulierte Vertragsbedingungen nach § 305 I BGB handelt. Einschränkungen der Anwendbarkeit im sachlichen (§ 310 IV BGB) oder persönlichen (§ 310 I, II BGB) Anwendungsbereich greifen offensichtlich nicht. Bei Formularverträgen wie dem vorliegenden dokumentiert der Verwendungsgegner durch seine Unterschrift unter den Vertrag sein Einverständnis mit der Geltung, so dass auch eine nach § 305 II BGB formal wirksame Einbeziehung anzunehmen ist.

Fraglich ist jedoch, ob die getroffene Vereinbarung einer inhaltlichen Kontrolle standhält.

a) Abweichen vom dispositiven Recht oder Ergänzung dispositiver Normen, § 307 III BGB

Bei Dauerschuldverhältnissen sieht das Gesetz den Abschluss auf unbestimmte Zeit vor, gestattet es den Parteien aber ohne weiteres, auch bestimmte Vertragslaufzeiten vorzusehen. Es liegt daher eine Abweichung von dispositivem Recht vor.

b) Verstoß bei Klauseln ohne Wertungsmöglichkeit

Bei einer Laufzeitvereinbarung von 24 Monaten liegt eine Klausel ohne Wertungsmöglichkeit vor, deren Unwirksamkeit sich aus § 309 Nr. 9 BGB ergeben könnte.

§ 309 Nr. 9 BGB trifft eine spezielle Regelung für die Wirksamkeit von Klauseln über die Vertragslaufzeit bei Dauerschuldverhältnissen, die in AGB enthalten sind.

„§ 309 Nr. 9 BGB erfasst jedoch lediglich Vertragsverhältnisse, die die regelmäßige **Lieferung von Waren** oder die **regelmäßige Erbringung von Dienst- oder Werkleistungen** durch den Verwender zum Gegenstand haben und findet deshalb auf **Gebrauchsüberlassungsverträge** grundsätzlich keine Anwendung (Christensen, in: Ulmer/Brandner/Hensen, AGB-Recht, 11. Aufl., § 309 Nr. 9 BGB Rn. 6 m. w. Nachw.; vgl. auch Senat, NJW 1997, 739 [740] zu § 11 Nr. 12 b AGBG).“ (BGH aaO)

c) Verstoß gegen Generalklausel

Die Klausel muss jedoch auch einer Prüfung anhand der Generalklausel des § 307 I BGB standhalten.

aa) Voraussetzungen für eine Unwirksamkeit nach § 307 I 1 BGB

„Nach § 307 I 1 BGB sind Bestimmungen in AGB unwirksam, wenn sie den Vertragspartner des Verwenders **entgegen den Geboten von Treu und Glauben unangemessen benachteiligen**. Eine Klausel ist unangemessen i. S. von § 307 I 1 BGB, wenn der Verwender die Vertragsgestaltung einseitig für sich in Anspruch nimmt und **eigene Interessen missbräuchlich auf Kosten des Vertragspartners** durchzusetzen versucht, ohne von vornherein die Interessen seines Partners hinreichend zu berücksichtigen und ihm einen angemessenen Ausgleich zuzugestehen (Senat, NJW-RR 2008, 818 = NZM 2008, 243 Rn. 17; NJW 1993, 1133 [1134]; BGHZ 147, 279 [282] = NJW 2001, 2331; BGHZ 143, 103 [113] = NJW 2000, 1110; BGHZ 120, 108 [118]; BGHZ 90, 280 [284] = NJW 1984, 1531; jew. zu § 9 I AGBG).

Ob eine die Laufzeit eines Vertrags betreffende Klausel den Vertragspartner des Verwenders gem. § 307 I 1 BGB entgegen den Geboten von Treu und Glauben unangemessen benachteiligt, ist mit Hilfe einer umfassenden Abwägung der **schützenswerten Interessen beider Parteien** im Einzelfall festzustellen (vgl. Fuchs, in: Ulmer/Brandner/Hensen, § 307 Rn. 187). Bei dieser Abwägung sind nicht nur die auf Seiten des Verwenders getätigten Investitionen, sondern es ist der gesamte Vertragsinhalt zu berücksichtigen; notwendig ist eine Gegenüberstellung der insgesamt begründeten gegenseitigen Rechte und Pflichten (BGH, NJW 2003, 886 [887] = NZM 2003, 290 m. w.N.; Fuchs, in: Ulmer/Brandner/Hensen, § 307 BGB Rn. 187).“ (BGH aaO)

bb) Anwendung auf Fitnessstudio-Verträge

Es kommt daher darauf an, wie die Interessen der Parteien bei Fitnessstudio-Verträgen zu gewichten sind.

(1) Meinungsstand

In der **Rechtsprechung** und im **Schrifttum** werden **unterschiedliche Auffassungen** dazu vertreten, welche Erstlaufzeiten durch vorformulierte Vertragsbestimmungen in Sport- und Fitnessstudio-Verträgen der Inhaltskontrolle nach § 307 I 1 BGB standhalten.

„Eine **Erstlaufzeit von bis zu sechs Monaten** wird **regelmäßig für zulässig** erachtet (vgl. OLG Celle, NJW-RR 1995, 370 [371]; OLG Hamm, NJW-RR 1992, 243 [es folgen weitere Nachweise]). Soweit in formularvertraglich vereinbarten Erstlaufzeiten von mehr als sechs Monaten in Fitnessstudio-Verträgen eine unangemessene Benachteiligung des Kunden i. S. von § 307 I BGB gesehen wird, wird zur Begründung im Wesentlichen darauf abgestellt, dass der Kunde durch die langfristige Vertragsbindung nicht nur in seiner wirtschaftlichen

Betätigungsfreiheit, sondern auch in seiner **persönlichen Entscheidung** über die **Art seiner Freizeitgestaltung erheblich eingeschränkt** werde [Nachweise folgen].

Ein durchschnittlicher Kunde könne **regelmäßig nicht voraussehen**, ob er auf **Dauer genügend Freizeit** aufbringe und **körperlich in der Lage** sei, die Leistungen des Studiobetreibers über einen Zeitraum von sechs Monaten hinaus in Anspruch nehmen zu können. Dem stehe zwar das **Interesse des Studiobetreibers an einer verlässlichen Grundlage für seine Kalkulation** gegenüber. Daraus lasse sich jedoch kein anerkanntes Interesse ableiten, Kunden übermäßig langfristig an sich zu binden, insbesondere da seine Investitionen nicht auf besondere Personen zugeschnitten seien [Nachweise folgen].

Teilweise wird auch die Möglichkeit bejaht, **Erstlaufzeiten von bis zu zwölf Monaten und mehr** durch eine vorformulierte Vertragsklausel zu vereinbaren [es folgen weitere Nachweise]. **Erstlaufzeiten von 24 Monaten** wurden bislang in der Rechtsprechung **nur vereinzelt für zulässig erachtet** [Nachweise folgen].“ (BGH aaO)

(2) Auffassung des BGH

Der Gesetzgeber hat in § 309 Nr. 9 a BGB angeordnet, dass eine Klausel unwirksam ist, die bei einem Vertragsverhältnis über die regelmäßige Lieferung von Waren oder die regelmäßige Erbringung von Dienst- oder Werkleistungen eine den anderen Vertragsteil länger als zwei Jahre bindende Laufzeit des Vertrags vorsieht.

„Durch diese Regelung sollte die **Entscheidungs- und wirtschaftliche Dispositionsfreiheit** des Kunden **geschützt** werden, die bei einer langfristigen Bindung an einen Vertrag besonders beeinträchtigt sein kann, ohne dass die Notwendigkeit einer langen Vertragslaufzeit durch die Natur des Vertrags vorgegeben ist (BT-Dr 7/3919, S. 37; Christensen, in: Ulmer/Brandner/Hensen, § 309 Nr. 9 BGB Rn. 1). Obwohl die Dispositionsfreiheit eines Vertragspartners des Verwenders bei jeglicher Art von langfristiger Vertragsbindung eine erhebliche Einschränkung erfährt, hat der Gesetzgeber den **Anwendungsbereich** des § 309 Nr. 9 BGB jedoch **nicht auf alle Dauerschuldverhältnisse**, sondern nur auf Vertragsverhältnisse über die regelmäßige Lieferung von Waren oder die regelmäßige Erbringung von Dienst- oder Werkleistungen **erstreckt**. Insbesondere **Gebrauchsüberlassungsverträge** wurden dabei **bewusst vom Anwendungsbereich** dieses Klauselverbots **ausgenommen** (vgl. BT-Dr 7/3919, S. 37).

Diese in § 309 Nr. 9 a BGB zum Ausdruck gekommene **Regelungsabsicht** des Gesetzgebers ist auch bei der nach § 307 I BGB vorzunehmenden Abwägung **zu berücksichtigen**, ob durch eine vorformulierte Laufzeitklausel eine unangemessene Benachteiligung des Kunden gegeben ist. Das schließt zwar nicht aus, dass eine Klausel, die nach ihrem Regelungsgehalt in den Anwendungsbereich der Klauselverbote fällt, mit den in Betracht kommenden Einzelverboten aber nicht kollidiert, nach der Generalklausel des § 307 I BGB unwirksam sein kann (vgl. Senat, NJW 1997, 739 [740]). Voraussetzung hierfür ist jedoch, dass sich die **unangemessene Benachteiligung** des Kunden **nicht allein aus den Nachteilen einer langfristigen Vertragsbindung** ergibt, die der Gesetzgeber bei der Schaffung des § 309 Nr. 9 BGB im Blick hatte.

Da es **unzulässig** ist, **auf Grund allgemeiner Überlegungen**, die sich nicht aus den Besonderheiten gerade des zu beurteilenden Vertrags ergeben, über die Generalklausel die gesetzgeberische **Regelungsabsicht geradezu „auf den Kopf zu stellen“** (Senat, NJW 1997, 739 [740]), muss sich die Unangemessenheit einer Laufzeitklausel aus besonderen, von der Verbotsnorm nicht erfassten Gründen ergeben.“ (BGH aaO)

In einem Fitnessstudio-Vertrag hält daher eine vorformulierte Vertragsbestimmung, die eine Erstlaufzeit des Vertrags von 24 Monaten vorsieht, grundsätzlich der Inhaltskontrolle nach § 307 I BGB stand. Der Vertrag wurde mit einer Laufzeit von 24 Monaten abgeschlossen.

2. außerordentliches Kündigungsrecht

Der Bkl. konnte daher nach § 542 II Nr. 1 BGB das Vertragsverhältnis nur vorzeitig beenden, wenn ihm ein außerordentliches Kündigungsrecht zusteht.

„Unabhängig von der rechtlichen Einordnung eines Fitnessstudio-Vertrags als Miet-, Dienst- oder typengemischter Vertrag handelt es sich dabei um ein Dauerschuldverhältnis, bei dem dem Kunden ein **Recht zur außerordentlichen Kündigung aus wichtigem Grund** zusteht. In den Vorschriften der §§ 626 I, 543 I und § 314 I BGB kommt der von Rechtsprechung und Lehre entwickelte allgemeine Grundsatz zum Ausdruck, dass den Vertragsparteien eines Dauerschuldverhältnisses stets ein Recht zur außerordentlichen Kündigung bei Vorliegen eines wichtigen Grundes zusteht (Gaier, in: MünchKomm-BGB, § 314 Rdnr. 1; Palandt/Grüneberg, BGB, 71. Aufl., § 314 Rdnr. 1). Dieses **Recht** kann durch eine Bestimmung **in AGB nicht ausgeschlossen** werden (BGH, NJW 1986, 3134; Gaier, in: MünchKomm-BGB, § 314 Rn. 4 m.w. Nachw.; vgl. auch Christensen, in: Ulmer/Brandner/Hensen, Teil 2 [Sportstudioverträge] Rn. 2).“ (BGH aaO)

Fraglich ist, ob die Kündigungsklausel in Nr. 7 des Vertrages daran gemessen wirksam ist. An der wirksamen Einbeziehung bestehen nach den vorstehenden Ausführungen keine Bedenken. Allerdings könnte diese Regelung den Bekl. nach § 307 I 1 BGB nach Treu und Glauben unangemessen benachteiligen.

„Schließt eine **Regelung in AGB** das Recht zur außerordentlichen Kündigung eines Dauerschuldverhältnisses zwar nicht gänzlich aus, knüpft dieses aber **an zusätzliche Voraussetzungen**, die geeignet sein können, den Vertragspartner des Verwenders von der **Ausübung des außerordentlichen Kündigungsrechts abzuhalten**, führt dies ebenfalls zu einer unangemessenen Benachteiligung des Kunden und damit zur Unwirksamkeit einer solchen Klausel nach § 307 I BGB (BGH, NJW 2000, 2983 [2984]; Gaier, in: MünchKomm-BGB, § 314 Rn. 4 m. w.N.). AGB dürfen dem Vertragspartner nicht solche Rechte entziehen oder einschränken, die ihm der Vertrag nach seinem Inhalt und Zweck zu gewähren hat (BGH, NJW-RR 2010, 1497 = NZM 2010, 553 Rn. 26; BGHZ 89, 363 [367] = NJW 1984, 1350; BGHZ 103, 316 [324] = NJW 1988, 1785).“ (BGH aaO)

Nach Nr. 7 S. 1 der Klausel ist der Kunde der Kl. zwar zur außerordentlichen Kündigung des Nutzungsvertrags berechtigt, wenn er **krankheitsbedingt** für die restliche Vertragslaufzeit die Einrichtungen des Centers nicht nutzen kann. Nr. 7 S. 2 der Klausel knüpft die Wirksamkeit der Kündigung jedoch an die zusätzlichen Voraussetzungen, dass die Kündigung unverzüglich, spätestens **binnen zwei Wochen nach Kenntnis** des die Kündigung rechtfertigenden Umstands erfolgt und der Kündigungserklärung ein **ärztliches Attest** beigefügt wird, aus dem sich nachvollziehbar die **Erkrankung/gesundheitliche Beeinträchtigung** ergibt, die einer Nutzung entgegenstehen.

„Durch die Beschränkung des außerordentlichen Kündigungsrechts auf eine Erkrankung des Kunden sowie die zusätzlichen Anforderungen an die Wirksamkeit der Kündigungserklärung wird das dem Kunden zustehende außerordentliche Kündigungsrecht erheblich eingeschränkt.

Ein wichtiger Grund zur Kündigung eines Dauerschuldverhältnisses liegt vor, wenn dem kündigenden Teil unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls und unter Abwägung der beiderseitigen Interessen die **Fortsetzung** des Vertragsverhältnisses bis zur vereinbarten Beendigung oder bis zum Ablauf einer Kündigungsfrist **nicht zugemutet** werden kann (vgl. § 314 I 1 BGB). Dies ist in der Regel der Fall, wenn einem der Vertragspartner aus **Gründen**, die **nicht in seinem Verantwortungsbereich** liegen, eine weitere Nutzung der Leistungen des anderen Vertragspartners nicht mehr zumutbar ist (vgl. BGH, NJW 1986, 3134 [3135] m. w.N.).

Bei einem Vertrag über die **Nutzung eines Fitnessstudios** kann ein solcher Umstand **nicht nur** in einer **Erkrankung** des Kunden liegen. Ihm kann auch aus anderen Gründen, die nicht in seinem Verantwortungsbereich liegen, die weitere Nutzung der Leistungen des Studiobetreibers bis zum Ende der vereinbarten Vertragslaufzeit unzumutbar sein. So kann beispielsweise das Vorliegen einer **Schwangerschaft** ein Grund zur außerordentlichen Kündigung des Vertrags sein (vgl. Graf v. Westphalen, Fitness- u. Sportstudiovertrag Rdnr. 23; Christensen, in: Ulmer/Brandner/Hensen, Teil 2 [Sportstudioverträge] Rn. 4). Im Übrigen hat der Senat bereits in der Vergangenheit darauf hingewiesen, dass Klauseln, die einen Kunden auch dann zur Weiterzahlung der monatlichen Beiträge verpflichten, wenn er auf Grund von Umständen, die er nicht beeinflussen kann, auf Dauer die Einrichtungen des Fitnessstudios nicht nutzen kann, den Kunden unangemessen benachteiligen (vgl. Senat, NJW 1997, 193 [194]; auch Damman, in: Wolf/Lindacher/Pfeiffer, Klauseln [Fitnessstudiovertrag] Rd. F 28).

Im vorliegenden Fall **schränkt die Kündigungsklausel** das Recht des Kunden zur außerordentlichen Kündigung **unangemessen ein**. Denn die Klausel kann in der für die Inhaltskontrolle maßgeblichen kundenfeindlichsten Auslegung (vgl. hierzu BGHZ 175, 76 = NJW 2008, 987 Rn. 9 m. w.N.) dahingehend verstanden werden, dass der Kunde **nur bei Vorliegen einer Erkrankung**, die ihm für die restliche Vertragslaufzeit die Nutzung der Einrichtungen des Centers nicht ermöglicht, zur außerordentlichen Kündigung berechtigt und im Übrigen ein Recht zur außerordentlichen Kündigung ausgeschlossen ist.“ (BGH aaO)

Auch die weiteren Einschränkungen, dass das ärztliche Attest die Art der Erkrankung angeben muss und die Kündigung binnen 2 Wochen nach Kenntnis zu erfolgen hat, halten einer Prüfung am Maßstab des § 307 I 1 BGB nicht stand, da auch diese den Kunden von einer Kündigung abhalten könnten [wird ausgeführt].

Ergebnis: Die Kl. hat keinen Anspruch gegen den Bekl. auf weitere Zahlungen.

**Zahlung unter Rückforderungsvorbehalt
keine Beendigung des Verzuges**

(BGH in NJW 2012, 604; Urteil vom 15.03.2012 – IX ZR 35/11)

1. **Zahlungen auf Grund eines vorläufig vollstreckbaren Urteils** sind in der Regel dahin zu verstehen, dass sie nur eine vorläufige Leistung darstellen sollen und unter der aufschiebenden **Bedingung der rechtskräftigen Bestätigung** der zu Grunde liegenden Verbindlichkeit erfolgen
2. Eine Leistung unter dem Vorbehalt der Rückforderung hat keine Erfüllungswirkung
3. Nach **gefestigter höchstrichterlicher Rechtsprechung** vermag eine Leistung des Schuldners, die **zur Abwendung der Zwangsvollstreckung aus einem vorläufig vollstreckbaren Urteil** erfolgt, den Verzug des Schuldners zu beenden, obwohl sie keine Erfüllung bewirkt
4. Ein Gläubiger, der ein nicht rechtskräftiges Berufungsurteil erwirkt hat, aus dem er nicht vollstreckt, hat weiterhin Anspruch auf Verzugszinsen, wenn er die ihm zur Abwendung der Zwangsvollstreckung angebotene Zahlung des Schuldners zurückweist.

Fall: Der Bekl. ist Verwalter im Insolvenzverfahren über das Vermögen der K-GmbH & Co. KG (fortan: Schuldnerin). In einem Vorprozess ertritt er am 04.01.2008 ein Berufungsurteil gegen die jetzige Kl., nach welchem diese 9.979.906,23 Euro nebst 5% Zinsen im Zeitraum vom 01.06.2000 bis zum 19.05.2002 sowie Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 21.05.2002 an ihn zu zahlen hatte. Mit Schreiben vom 28.01.2008 forderte der Bekl. die Kl. auf, den ausgerichteten Betrag nebst von ihm bis zum 28.01.2008 auf 4.852.929 Euro berechneter Zinsen zu bezahlen. Auf Anfrage der Kl., die zwischenzeitlich Beschwerde gegen die Nichtzulassung der Revision im Urteil vom 04.01.2008 eingelegt hatte, erklärte er, dass er bis auf Weiteres nicht beabsichtige, die Zwangsvollstreckung zu betreiben. Dennoch bezahlte die Kl. am 03.03.2008 auf die Hauptforderung und die Zinsen 14.909.266,88 Euro, nachdem sie zuvor mitgeteilt hatte, dass die Zahlung lediglich zur Abwendung der Zwangsvollstreckung erfolge und deshalb nicht als Erfüllung der vom Bekl. behaupteten Ansprüche betrachtet werden könne. Auf Grund dieses Vorbehalts verweigerte der Bekl. die Annahme des überwiesenen Betrags und veranlasste dessen sofortige Rücküberweisung.

Durch Beschluss des BGH vom 07.05.2009 wurde die Nichtzulassungsbeschwerde der Kl. zurückgewiesen. Am 05.06.2009 zahlte die Kl. an den Bekl. die Hauptforderung und die titulierten Zinsen bis zum 03.03.2008. Mit Anwaltsschreiben vom 05.06.2009 forderte der Bekl. die Kl. unter Androhung der Zwangsvollstreckung zur Zahlung der seiner Ansicht nach im Zeitraum vom 04.03.2008 bis zum 04.06.2009 angefallenen Zinsen auf. Die Kl. hat daraufhin Vollstreckungsgegenklage erhoben. Sie hat beantragt, die Zwangsvollstreckung aus dem Urteil vom 04.01.2008 für unzulässig zu erklären und den Bekl. zur Herausgabe der ihm erteilten vollstreckbaren Ausfertigung dieses Urteils zu verurteilen. Zu Recht?

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

I. Zulässigkeit der Vollstreckungsabwehrklage

1. Vom Vorliegen der **Prozessvoraussetzungen** und der **allgemeinen Sachentscheidungs-voraussetzungen** kann ohne weiteres ausgegangen werden. Ausschließlich zuständig ist nach §§ 802, 767 I ZPO das Prozessgericht des ersten Rechtszugs.

2. Statthaftigkeit

Die Vollstreckungsabwehrklage ist nach § 767 I statthaft, wenn die Kl. Einwendungen erhebt, die den durch das Urteil festgestellten Anspruch selbst betreffen. Die Klägerin muss also materiell-rechtliche Einwendungen gegen den titulierten Anspruch geltend machen.

Die Kl. beruft sich hier auf die vollständige Erfüllung des titulierten Anspruchs nach § 362 BGB und damit auf eine materiell-rechtliche Einwendung. Die Vollstreckungsabwehrklage ist folglich statthaft.

c) Aktivlegitimation der Klägerin

Klageberechtigt ist nur derjenige, gegen den er Titel lautet oder gegen den er umgeschrieben wurde. Die Kl. ist also aktivlegitimiert.

d) Rechtsschutzbedürfnis

Dieses fehlt, wenn die Kl. auf billigerem und einfacherem Weg zum gleichen Ziel kommen kann, der verfahrensmäßig einfacher und kostengünstiger ist. Die Kl. hat keine andere Möglichkeit gegen die Zwangsvollstreckung vorzugehen. Bezüglich des Rechtsschutzbedürfnisses bestehen damit ebenfalls keine Bedenken. Die Vollstreckungsabwehrklage ist mithin zulässig.

II. Begründetheit der Vollstreckungsabwehrklage

Die Klage ist begründet, wenn der Kl. eine durch § 767 II oder III ZPO nicht ausgeschlossene materiell-rechtliche, rechtsvernichtende und rechtshemmende Einwendung zusteht, welche die Wirkung hat, dass der titulierte Anspruch nicht mehr oder nur noch eingeschränkt besteht.

Die Kl. ist der Auffassung, die geschuldete Zahlung vollständig vorgenommen zu haben, so dass der Anspruch des Bekl. nach § 362 BGB erfüllt wurde und damit untergegangen ist. Somit liegt damit eine **rechtsvernichtende Einwendung** vor.

Fraglich ist allerdings, ob durch die Leistung der Kl. der Anspruch des Bekl. tatsächlich vollständig erfüllt wurde. Hierbei kommt es insbesondere auf die Frage an, ob auch für den Zeitraum nach dem 03.03.2008 Verzugszinsen geschuldet werden, weil die Kl. sich noch in Verzug befunden hat.

1. Verzugsbeendigung durch Erfüllung am 03.03.2008

Die Kl. hat am 03.03.2008 den bis dahin geschuldeten Gesamtbetrag an den Bekl. angewiesen. Hierdurch könnte der Anspruch erfüllt worden sein. Eine tatsächliche Erfüllung ist jedenfalls nicht eingetreten, da der Bekl. die Zahlung nicht angenommen hat.

2. Ende der Verzinsungspflicht wegen Annahmeverzug

Durch die Ablehnung der Zahlung könnte der Bekl. jedoch in Annahmeverzug geraten sein, der nach § 301 BGB eine weitere Verzinsung ausschließt.

„Der Gläubiger kommt dann in Verzug, wenn er die ihm angebotene Leistung nicht annimmt (§ 293 BGB). Die Leistung muss dem Gläubiger so, wie sie zu bewirken ist, tatsächlich angeboten werden (§ 294 BGB). Das ist hier nicht geschehen. Zahlungen auf Grund eines vorläufig vollstreckbaren Urteils sind in der Regel dahin zu verstehen, dass sie nur eine vorläufige Leistung darstellen sollen und unter der aufschiebenden Bedingung der rechtskräftigen Bestätigung der zu Grunde liegenden Verbindlichkeit erfolgen (BGH, WM 1976, 1069 = BeckRS 1976, 31114798; BGHZ 86, 267 [269] = NJW 1983, 1111). Im Streitfall hat die Kl. einen entsprechenden Vorbehalt sogar ausdrücklich erklärt. Die unter einer solchen Bedingung stehende Zahlung stellte nicht die von der Kl. geschuldete Leistung dar. Eine Leistung unter dem Vorbehalt der Rückforderung hat keine Erfüllungswirkung (§ 362 BGB). Der Gläubiger muss also damit rechnen, dass er das Geleistete zurückgewähren muss; er kann nicht nach seinem Belieben mit dem Gegenstand der Leistung verfahren.“ (BGH aaO)

3. Keine Verzinsungspflicht wegen Verstoß gegen das Schikaneverbot

Durch die Verweigerung der Zahlungsannahme könnte der Bekl. aber gegen das Schikaneverbot des § 226 BGB verstoßen haben und daher von einer weiteren Verzinsung ausgeschlossen sein.

Nach § 226 BGB ist die Ausübung eines Rechts unzulässig, wenn sie nur den Zweck haben kann, einem anderen Schaden zuzufügen.

„Jeder andere Zweck muss ausgeschlossen sein (RGZ 68, 424 [425]; RGZ 98, 15 [17]). Ein berechtigtes Interesse an der Zurückweisung der so nicht geschuldeten Leistung folgt hier bereits daraus, dass der Bekl. den gezahlten Betrag, hätte er ihn angenommen, im Falle der Aufhebung des Urteils vom 4. 1. 2008 hätte zurückgewähren müssen. Gemäß § 717 III 4 ZPO, § 818 IV BGB hätte er sich nicht auf einen Wegfall der Bereicherung berufen können. Die Annahme der Leistung hätte ihm damit ein Risiko auferlegt, das er bei Ablehnung der Leistung nicht zu tragen hatte. Schon damit steht fest, dass die Ablehnung der Leistung nicht ausschließlich der Schädigung der Kl. diene.“ (BGH aaO)

Ein Verstoß gegen § 226 BGB lag daher nicht vor.

4. Keine Verzinsungspflicht wegen Verstoß gegen Treu und Glauben

Die Nichtannahme der Zahlung könnte zudem gegen den Grundsatz von Treu und Glauben nach § 242 BGB verstoßen haben und daher den Zinsanspruch ausschließen.

a) Fehlen berechtigter Eigeninteressen

„Eine Rechtsausübung ist unabhängig vom Vorliegen der Voraussetzungen des § 226 BGB missbräuchlich, wenn sie beachtliche Interessen eines anderen verletzt, ihr aber kein schutzwürdiges Eigeninteresse zu Grunde liegt (BGH, NJW 1994, 1351 = WM 1994, 623 [625] m. w.N.).“ (BGH aaO)

Fraglich ist, ob die Verweigerung der Geldannahme diese Voraussetzungen erfüllt.

aa) Interessenlage der Klägerin

„Die Bekl. wollte mit der **Vorbehaltsleistung** erreichen, dass sie **keine Verzugszinsen** mehr zu zahlen hatte. Obwohl die Leistung unter Vorbehalt keine Erfüllung der titulierten Forderung bewirkt und **nicht die geschuldete Leistung** darstellt, hat der BGH dieses Interesse in früheren Entscheidungen nicht von vornherein für unbeachtlich gehalten. Nach **gefestigter höchstrichterlicher Rechtsprechung** (BGH, NJW 1981, 2244; WM 1983, 21; VersR 1984, 868; BGHR GG vor Art. 1/enteignungsgleicher Eingriff Verzögerungsschaden 1; BAG NZA 2008, 757 Rn. 16; offen gelassen allerdings von BGH, ZP 102, 366 [367 f.]), die in der instanzgerichtlichen Rechtsprechung (OLG Karlsruhe, VersR 1992, 370) und in der Literatur (Ernst, in: MünchKomm-BGB, 5. Aufl., § 286 Rn. 94, § 288 Rn. 17; Staudinger/Löwisch/Feldmann, BGB, Neubearb. 2009, § 286 Rn. 120; Erman/Hager, BGB, 13. Aufl., § 286 Rn. 73; krit. etwa Braun, AcP 184 [1984], 152 [161 ff.]; Krüger, NJW 1990, 1208 [1211]; Kerwer, Die Erfüllung in der Zwangsvollstreckung [1996], S. 163 ff.; Gaul/Schilken/Becker-Eberhard, ZwangsvollstreckungsR, 12. Aufl., § 14 Rn. 71) überwiegend Zustimmung gefunden hat, vermag eine Leistung des Schuldners, die **zur Abwendung der Zwangsvollstreckung aus einem vorläufig vollstreckbaren Urteil** erfolgt, den Verzug des Schuldners zu beenden, obwohl sie keine Erfüllung bewirkt. Grund dafür ist, dass auch eine im Wege der Zwangsvollstreckung aus einem für vorläufig vollstreckbar erklärten Urteil betriebene Leistung die Beendigung des Schuldnerverzugs zur Folge hat. Die Zahlung zur Abwendung der Zwangsvollstreckung soll die nämlichen Folgen nach sich ziehen.“ (BGH aaO)

bb) Interessenlage des Beklagten

Diesem Interesse der Klägerin könnten jedoch schutzwürdige eigene Interessen des Gläubigers (des Bekl.) entgegenstehen.

„Der Gläubiger hat Anspruch auf die geschuldete Leistung, nicht nur auf eine Leistung unter dem Vorbehalt der Rückzahlung. Mit der **Annahme der Vorbehaltsleistung** verliert der Gläubiger seinen **Anspruch auf Zahlung von Verzugszinsen**, obgleich nicht sicher ist, dass er die Leistung letztlich behalten darf. Bei einer Abänderung oder Aufhebung des Titels kann er nach Maßgabe des § 717 III ZPO zur Erstattung des Geleisteten nebst Zinsen in gesetzlicher Höhe ab dem Empfang der Leistung verpflichtet sein, ohne sich auf einen Wegfall der Bereicherung berufen zu können. Bestand auch nur das **Risiko einer Inanspruchnahme**, diente die **Zurückweisung** der Vorbehaltszahlung **eigenen berechtigten Interessen** des Bekl.“

Im Übrigen setzt der **Erstattungsanspruch aus § 717 III ZPO** nach der neueren Rechtsprechung des Senats **nicht voraus**, dass vor der Zahlung oder Leistung des Titelschuldners die **Zwangsvollstreckung angedroht** worden war (BGHZ 189, 320 = NJW 2011, 2518 Rn. 17 ff.). Unabhängig hiervon will der Titelschuldner mit der Vorbehaltszahlung regelmäßig so gestellt werden, wie er stünde, wenn die Zahlung durch Zwangsvollstreckungsmaßnahmen erzwungen worden wäre (BGH, NJW 1981, 2244). Um diese Rechtsfolge abzuwenden, muss dem Titelgläubiger das Recht zugestanden werden, die Annahme der Vorbehaltsleistung abzulehnen. Der Gläubiger kann aus dem vorläufig vollstreckbaren Berufungsurteil vollstrecken, muss es aber nicht. Er kann es ohne Angabe von Gründen bei dem bestehenden Zustand belassen und den **Eintritt der Rechtskraft des Berufungsurteils** abwarten. Das Recht, die titulierte Leistung erst dann entgegenzunehmen, wenn er diese bedingungslos behalten darf, kann man dem Gläubiger nicht nehmen.“ (BGH aaO)

b) Verbot widersprüchlichen Verhaltens

Der Bekl. könnte sich durch die Zurückweisung der Vorbehaltsleistung trotz vorher erfolgter Leistungsaufforderung widersprüchlich und damit im Sinne des § 242 BGB treuwidrig verhalten haben.

„Der Bekl. hat die Kl. nicht **durch die Zahlungsaufforderung** am 28.01.2008 in die für sie **missliche Situation** der fortdauernden Zinspflicht trotz Angebots einer Vorbehaltsleistung **gebracht**. Er hat die Kl. zur Erfüllung ihrer Schuld aufgefordert, nicht zu einer Vorbehaltsleistung. **Widersprüchlich** wäre die Zurückweisung der Vorbehaltszahlung sicherlich dann gewesen, wenn der Bekl. die Kl. nicht nur zur Zahlung aufgefordert, sondern zugleich die **Zwangsvollstreckung** aus dem für vorläufig vollstreckbar erklärten Berufungsurteil **angedroht** hätte. Dies hat er jedoch nicht getan; er hat ausdrücklich erklärt, nicht vollstrecken zu wollen.“ (BGH aaO)

Ergebnis: Die titulierten Zinsforderung ist bisher nicht vollständig erfüllt worden ist; die Kl. schuldete Verzugszinsen bis zur Zahlung am 05.06.2009. Die Vollstreckungsgegenklage wird daher keinen Erfolg haben.

StGB

Bildung terroristischer Vereinigungen

StGB

§§ 129a IV, 129 b I 1

Rädelsführerschaft

(BGH in NJW 2012, 1973; Urteil vom 16.02.2012 – 3 StR 243/11)

Der BGH hat die zur Rädelsführerschaft entwickelten **Grundsätze** dahingehend **präzisiert**, dass der **bestimmende Einfluss des Täters als Führungskraft bzw. als gleichsam an der Führung der Organisation mitwirkende Person** sich **auf die Vereinigung als solche** richten, mithin etwa die **Bestimmung der Organisationszwecke, -tätigkeiten oder -ziele**, die **ideologische Ausrichtung** der Vereinigung, deren **Organisationsstruktur** oder sonstige Belange mit für die Vereinigung **wesentlicher Bedeutung** betreffen muss; dies **gilt auch bei Betätigungen für Vereinigungen im Ausland**.

Fall: Die Angekl. war von Ende August 2002 bis November 2008 eine hochrangige Funktionärin der Devrimci Halk Kurtulus Partisi-Cephesi (Revolutionäre Volksbefreiungspartei/-front, im Folgenden: DHKP-C). Sie leitete zunächst die DHKP-C-Region Westfalen, zu der unter anderem die Gebiete Köln, Dortmund und Duisburg gehörten. Spätestens im Juli 2007 übernahm sie die Funktion der Deutschlandverantwortlichen und übte diese bis zum November 2008 aus. In diesem Tatzeitraum verfolgte die DHKP-C als marxistisch-leninistisch orientierte Gruppierung das Ziel, durch bewaffneten Kampf das verfassungsmäßige Regierungssystem in der Türkei im Wege eines revolutionären Umsturzes zu beseitigen und durch ein kommunistisches „Regime“ zu ersetzen. Sie verübte seit dem Jahr 1994 zahlreiche Brand- und Sprengstoffanschläge, die insbesondere gegen Repräsentanten des türkischen Staates, Mitglieder türkischer Justizbehörden und Angehörige der türkischen Armee gerichtet waren.

Die Organisation war streng hierarchisch und zentralistisch aufgebaut. Sie bestand aus einem politischen Bereich, der DHKP, und einem militärischen Arm, der DHKC. Die DHKP bestimmte die politischen Leitlinien der Organisation und überwachte bzw. koordinierte die Durchführung der Parteibeschlüsse. Das höchste Organ war der Parteikongress, der als Leitungsgremium den Generalsekretär sowie die Mitglieder des Zentral- und Generalkomitees bestimmte. Das Zentralkomitee hatte als „Befehlshaber des Kriegs“ über „politische Vorgehensweisen und Taktiken“ zu beschließen. Der an seiner Spitze stehende Generalsekretär war faktisch nicht absetzbar und mit umfassenden Vollmachten ausgestattet. Ihm oblag die Kontrolle sämtlicher Organe der DHKP und DHKC. Das Generalkomitee war zur Schlichtung von Meinungsverschiedenheiten zwischen Mitgliedern des Zentralkomitees berufen. In außerordentlichen (Krisen-)Situationen konnte es auch an Stelle des Parteikongresses vorläufige Anordnungen treffen. Darüber hinaus war die Partei in Form von Komitees und Zellen organisiert, die sowohl nach geografischen Gesichtspunkten als auch nach Sach- bzw. Arbeitsbereichen gegliedert waren.

Die Frontorganisation DHKC führte den bewaffneten Kampf in der Türkei. Sie bestand im Wesentlichen aus „bewaffneten Propagandaabteilungen“ und Milizverbänden, war hierarchisch der DHKP nachgeordnet und hatte die in deren Gremien getroffenen Entscheidungen auszuführen. Die DHKP-C war auch außerhalb der Türkei, vor allem in Westeuropa, aktiv. Die hier bestehende „Rückfront“ bzw. „Hinterfront“ diente der Aufrechterhaltung und Fortführung des bewaffneten Kampfes in der Türkei. Die Organisationseinheiten hatten insbesondere die Aufgabe, die für die Aktivitäten in der Türkei erforderlichen finanziellen Mittel zu beschaffen. Daneben rekrutierten sie „Kämpfer“ für Anschläge in der Türkei und sorgten für deren Ausstattung; ebenso schafften sie Rückzugsräume für Mitglieder. Innerhalb der „Rückfront“ war Deutschland auf Grund der hohen Anzahl der hier lebenden türkischstämmigen Personen, deren finanziellen Möglichkeiten und des daraus resultierenden Potenzials zur personellen und materiellen Unterstützung von Aktivitäten der DHKP-C in der Türkei das wichtigste Betätigungsgebiet dieser Organisation. Für die Organisation betätigten sich im Jahre 2008 bundesweit etwa 650 Aktivisten.

Die DHKP-C baute in Europa festgefügte, hierarchisch gegliederte Strukturen auf. Die aus mehreren Personen bestehende Europaführung hatte die Aufgabe, die Organisation nach den vom Zentralkomitee bzw. Generalsekretär erteilten Weisungen zu leiten und die praktische Umsetzung einzelner Anordnungen in eigener Verantwortung sicherzustellen. Als höchste Hierarchieebene in der Europaorganisation war der/die Europaverantwortliche unmittelbar der Partei- bzw. Organisationsführung unterstellt und weisungsgebunden. Der Europaführung nachgeordnet waren nationale Organisationseinheiten in den verschiedenen, zur „Rückfront“ gehörenden Staaten, die jeweils durch Einzelpersonen oder durch innerhalb mehrköpfiger Länder-Komitees agierende Länderverantwortliche geführt wurden. Dabei war zuletzt der – von der Europaführung eingesetzte – Deutschlandverantwortliche zugleich den Funktionären in den Niederlanden, Belgien, Frankreich und Österreich vorgesetzt.

In Deutschland war die Organisation in Regionen und Gebiete aufgeteilt, die von professionellen Führungskadern, den so genannten Regions- bzw. Gebietsverantwortlichen, geleitet wurden. Daneben bestanden besondere, nach sachlichen Kriterien abgegrenzte Arbeitsgebiete bzw. Organisationseinheiten, etwa die Jugendorganisation „Devrimci Genclik“ („Revolutionäre Jugend“) oder der Bereich Nachschub und Logistik. Die als Gebietsleiter, Regions- und Deutschlandverantwortliche tätig gewesenen Funktionäre waren durch ein Berichts- und Kontrollsystem fest in die hierarchischen Strukturen der Organisation eingebunden; sie unterstanden der einheitlichen Führung durch den Generalsekretär, das Zentralkomitee und die Europaführung.

Die Angekl. könnte sich wegen **Rädelsführerschaft in einer terroristischen Vereinigung** im Ausland nach §§ 129a IV, 129b I 1 StGB strafbar gemacht haben.

- I. Nach gefestigter, ursprünglich zu § 90a StGB a. F. entwickelter und später auf die §§ 129, 129a StGB übertragener Rspr. ist **Rädelsführer, wer in der Vereinigung** dadurch eine **führende Rolle spielt**, dass er sich **in besonders maßgebender Weise für sie betätigt**.

Entscheidend ist dabei nicht der Umfang, sondern das Gewicht, das der geleistete **Beitrag für die Vereinigung** hat. Besonders maßgebend ist eine Tätigkeit dann, wenn sie von **Einfluss ist auf die Führung der Vereinigung** im Ganzen oder in wesentlichen Teilen, wenn also der Täter, falls er nicht schon selbst zu den Führungskräften gehört, doch durch sein Tun gleichsam an der Führung mitwirkt (BGHSt 19, 109 = NJW 1964, 210). Der vom Täter ausgeübte **Einfluss** muss der Sache nach **beträchtlich** sein (BGHSt 20, 121 = NJW 1965, 451). Eine **rein formale Stellung** innerhalb eines Führungsgremiums **reicht** für sich genommen noch **nicht aus** (Krauß, LK-StGB, 12. Aufl., § 129 Rn 173 m. w. Nachw.). Liegen die genannten Voraussetzungen vor, so wird die Rädelsführerschaft andererseits nicht schon dadurch ausgeschlossen, dass der Täter von Weisungen abhängig ist (BGH bei Wagner GA 1960, 235).

- II. **BGH aaO** hält an den dargestellten Grundsätzen fest und präzisiert sie dahin, dass der **bestimmende Einfluss des Täters als Führungskraft** bzw. als gleichsam an der Führung der Organisation mitwirkende Person sich **auf die Vereinigung als solche richten**, mithin etwa die Bestimmung der **Organisationszwecke, -tätigkeiten oder -ziele**, die **ideologische Ausrichtung** der Vereinigung, deren **Organisationsstruktur** oder sonstige Belange mit für die Vereinigung **wesentlicher Bedeutung** betreffen muss.

„Diese Auslegung des Tatbestandsmerkmals ist geboten auf Grund von dessen Sinn und Zweck, die dahin gehen, „Drahtzieher“ (BGHSt 6, 129 = NJW 1954, 1253 m. w. Nachw.), Führungskräfte und solche Personen zu erfassen, die kraft einer **Schlüsselstellung** einen **bestimmenden Einfluss** haben (Krauß, LK-StGB, § 129 Rn 173), der hohen, im Vergleich zum jeweiligen Grundtatbestand deutlich gesteigerten Strafdrohung des § 129a IV StGB (Freiheitsstrafe nicht unter drei Jahren in den Fällen des § 129a I und II, Freiheitsstrafe von einem Jahr bis zu zehn Jahren in den Fällen des § 129a III StGB) sowie der **gesetzlichen Gleichstellung des Rädelsführers mit dem Hintermann**. Für Letzteren ist kennzeichnend, dass er zwar – im Unterschied zum Rädelsführer – nicht Mitglied der Vereinigung ist, gleichwohl aber die Vereinigung als Außenstehender dadurch wesentlich fördert, dass er geistig oder wirtschaftlich **maßgebenden Einfluss** auf die Führung der Vereinigung hat (BGHSt 20, 121 [= NJW 1965, 451]).“ (BGH aaO)

- III. Diese **Grundsätze gelten** nach BGH aaO **auch bei Betätigungen für Vereinigungen im Ausland**, die seit Einfügung des § 129b in das Strafgesetzbuch durch das 34. Strafrechtsänderungsgesetz vom 22.08.2002 (BGBl I, 3390) unter Strafe gestellt sind.

„Denn § 129b I 1 StGB verweist insoweit ohne Einschränkung auf die §§ 129 und 129a StGB. In diesen Fällen ist den gesetzlichen Anforderungen deshalb nicht ohne Weiteres allein dadurch Genüge getan, dass der Täter auf eine möglicherweise bestehende inländische Teilorganisation der Vereinigung (zur Abgrenzung zwischen in- und ausländischer Vereinigung vgl. BGH NJW 2012, 325) **maßgebenden Einfluss** hat, mag dieser auch in dem **Gesamtgefüge der Vereinigung** eine **nicht unerhebliche Bedeutung** zukommen. Erforderlich ist vielmehr, dass der Täter in dem näher umschriebenen Sinne als Führungskraft der Gesamtorganisation anzusehen ist oder durch sein Tun in sonstiger Weise gleichsam an der Führung der Gesamtvereinigung teilnimmt.“ (BGH aaO)

- IV. Gemessen an diesen Maßstäben ist eine Rädelsführerschaft der Angekl. nicht gegeben.

„Die in Deutschland und anderen Teilen Westeuropas agierenden Führungsfunktionäre waren vollständig in die **streng hierarchischen Strukturen** der DHKP-C eingebunden. Der Angekl. waren danach gleich mehrere Ebenen, namentlich der Generalsekretär, das Zentralkomitee, der Europaverantwortliche sowie die weiteren Mitglieder der Europaführung übergeordnet. Die **Funktionäre der DHKP-C** waren zwar **innerhalb ihres jeweiligen Zuständigkeitsbereichs für sämtliche Angelegenheiten organisatorischer, personeller, finanzieller und sonstiger Art verantwortlich**. Sie **schuldeten den übergeordneten Kadern** indes jederzeit **unbedingten Gehorsam** und nahmen deren Befehle und Anweisungen verbindlich entgegen. So hatte die – über der Angekl. stehende – Europaführung die Aufgabe, die DHKP-C nach den vom Generalsekretär bzw. dem Zentralkomitee erteilten Weisungen zu führen. Lediglich die praktische Umsetzung der einzelnen Anordnungen war von der Europaführung in eigener Verantwortung sicherzustellen. Entsprechendes gilt für das Verhältnis zwischen der Europaführung und dem Deutschlandverantwortlichen. Mit Blick auf diese Umstände erscheint es bereits zweifelhaft, ob die Angekl. allein auf Grund ihrer Stellung in der Organisation einen für die Annahme der Rädelsführerschaft **ausreichenden Einfluss auf die Gesamtorganisation** als solche ausüben konnte.

Jedenfalls wird ein **derartiger maßgeblicher Einfluss** der Angekl. von den Feststellungen zu den konkreten Aufgaben und Tätigkeiten der einzelnen Parteiorgane **nicht belegt**. Aus diesen ergibt sich vielmehr, dass die für die Vereinigung wesentlichen Belange von der Partei- und Europaführung bestimmt und geprägt wurden, ohne

dass ein für die Rädelsführerschaft ausreichender Einfluss der Angekl. auf die diesbezüglichen Entscheidungen ersichtlich ist (wird ausgeführt)

Die Angekl. war schließlich nicht direkt in die **Planung oder die Durchführung der** von der Vereinigung in der Türkei **verübten Anschläge** und damit nicht in die Straftaten eingebunden, auf deren Begehung die Zwecke und Tätigkeit der DHKP-C vor allem gerichtet waren.

Vor diesem Hintergrund belegen die Feststellungen, die Angekl. sei mit **Befehlsgewalt über sämtliche Funktionäre und Kader in Deutschland** ausgestattet, **mit Schulungsaufgaben befasst** sowie für **sämtliche Angelegenheiten** organisatorischer, personeller, finanzieller und sonstiger Art **zuständig** gewesen, die in den von ihr jeweils geleiteten Bereichen angefallen seien, nicht den für die Rädelsführerschaft erforderlichen maßgeblichen Einfluss auf die Führung der ausländischen Gesamtorganisation. Dabei ist weder die große Bedeutung Deutschlands für die DHKP-C noch die Vielzahl durchaus gewichtiger Aufgaben zu verkennen, welche die Angekl. in **konspirativer Vorgehensweise** zu erfüllen hatte. Diese Umstände vermögen indessen nichts daran zu ändern, dass alle wesentlichen Entscheidungen mit für die DHKP-C grundsätzlicher Bedeutung von Parteiorganen getroffen wurden, die der Angekl. übergeordnet waren. Die Angekl. war demgegenüber in Bezug auf alle Aktivitäten, die ihr als DHKP-C-Funktionärin oblagen, etwa der Gebietsarbeit, dem Mitwirken an Spendenkampagnen, beim Verkauf von Publikationen, bei kommerziellen Veranstaltungen, Schulungen und Demonstrationen, gegenüber dem bzw. der Europaverantwortlichen berichtspflichtig. Ihre Tätigkeit war somit vor allem dadurch gekennzeichnet, dass sie für die höheren Parteiorgane nachvollziehbar dafür Sorge zu tragen hatte, die von den ihr übergeordneten Führungsebenen ausgegebenen Direktiven in dem jeweils von ihr geleiteten Bereich umzusetzen.“ (BGH aaO)

(LG Köln in NJW 2012, 2128; Urteil vom 07.05.2012 – 151 Ns 169/11)

Die **Beschneidung** eines **nicht einwilligungsfähigen männlichen Kleinkindes** erfüllt den **Tatbestand des § 223 I StGB**.

Fall: Der angekl. Arzt führte in seiner Praxis unter örtlicher Betäubung die Beschneidung des zum Tatzeitpunkt vierjährigen K mittels eines Skalpells auf Wunsch von dessen Eltern aus religiösen Gründen durch, ohne dass für die Operation eine medizinische Indikation vorlag. Er vernähte die Wunden des Kindes mit vier Stichen und versorgte ihn bei einem Hausbesuch am Abend desselben Tages weiter. Am 6. 11. 2010 wurde das Kind von seiner Mutter in die Kindernotaufnahme der Universitätsklinik in Köln gebracht, um Nachblutungen zu behandeln. Die Blutungen wurden dort gestillt.

Auf Grund des eingeholten Sachverständigengutachtens steht fest, dass der Angekl. fachlich einwandfrei gearbeitet hat. Ein Behandlungsfehler liegt nicht vor.

Der Angekl. könnte sich gem. **§§ 223 I, 224 I Nr. 2 Alt. 2 StGB** strafbar gemacht haben, wenn er eine **andere Person mittels eines gefährlichen Werkzeugs körperlich misshandelt und an der Gesundheit geschädigt** hat.

I. Der äußere Tatbestand des § 223 I StGB ist erfüllt. Nicht erfüllt sind die Voraussetzungen von **§ 224 I Nr. 2 Alt. 2 StGB**, denn das **Skalpell** ist **kein gefährliches Werkzeug** i. S. der Bestimmung, **wenn es – wie hier – durch einen Arzt bestimmungsgemäß verwendet** wird (vgl. BGH NJW 1978, 1206; BGH NJW 1987, 1495 = NStZ 1987, 174).

II. Die auf Grund **elterlicher Einwilligung** aus **religiösen Gründen** von einem Arzt ordnungsgemäß durchgeführte Beschneidung eines nicht einwilligungsfähigen Knaben ist auch **nicht unter dem Gesichtspunkt der sog. Sozialadäquanz vom Tatbestand ausgeschlossen**.

1. Die Entwicklung der gegenteiligen Auffassung durch Exner (Sozialadäquanz im Strafrecht – Zur Knabenbeschneidung, 2011, insbes. S. 189) überzeugt nicht.

*„Die Eltern bzw. der Beschneider sollen demnach nicht über § 17 StGB entschuldigt sein. Der Veranlassung der Beschneidung durch die Eltern soll auch keine rechtfertigende Wirkung zukommen, da dem **Recht der Eltern auf religiöse Kindererziehung in Abwägung zum Recht des Kindes auf körperliche Unversehrtheit und auf Selbstbestimmung kein Vorrang** zukomme, so dass mit der Einwilligung in die Beschneidung ein Widerspruch zum Kindeswohl festzustellen sei. Gleichwohl soll der gegen das Kindeswohl verstoßende und nicht entschuldigte Vorgang sozial unauffällig, allgemein gebilligt und geschichtlich üblich und daher dem formellen Strafbarkeitsverdikt entzogen sein.“* (LG Köln aaO)

2. Nach richtiger Auffassung kommt der **Sozialadäquanz** neben dem Erfordernis tatbestandspezifischer Verhaltensmissbilligung **keine selbstständige Bedeutung** zu.

*„Die Sozialadäquanz eines Verhaltens ist vielmehr lediglich die Kehrseite dessen, dass ein **rechtliches Missbilligungsurteil nicht gefällt werden kann**. Ihr kommt nicht die Funktion zu, ein vorhandenes Missbilligungsurteil aufzuheben (vgl. MüKo-StGB/Freund, 2. Aufl., Vorb. § 13 Rn 159; i. Erg. ebenso Fischer, StGB, 59. Aufl., § 223 Rn 6 c [anders noch bis zur 55. Aufl., § 223 Rn 6 b]; wie hier ferner Herzberg, JZ 2009, 332; ders. MedR 2012, 169; Putzke NJW 2008, 1568; Jerouschek NStZ 2008, 313; a. A. auch Rohe JZ 2007, 801; Schwarz JZ 2008, 1125).“* (LG Köln aaO)

III. Die Handlung des Angekl. war auch **nicht durch Einwilligung gerechtfertigt**. Eine Einwilligung des seinerzeit vierjährigen Kindes lag nicht vor und kam mangels hinreichender Verstandesreife auch nicht in Betracht. Eine **Einwilligung der Eltern** lag vor, **vermochte** indes die tatbestandsmäßige Körperverletzung **nicht zu rechtfertigen**.

*„Gem. § 1627 S. 1 BGB sind vom **Sorgerecht nur Erziehungsmaßnahmen** gedeckt, die dem **Wohl des Kindes** dienen.“*

*Nach wohl herrschender Auffassung in der Lit. (vgl. MüKo-StGB/Schlehofer, Vorb. § 32 Rn 43; Schöнке/Schröder, StGB, 28. Aufl., Vorb. § 32 Rn 41; Jerouschek NStZ 2008, 313; wohl auch Exner, S. 189; Herzberg JZ 2009, 332; ders. MedR 2012, 169; Putzke NJW 2008, 1568) entspricht die Beschneidung des nicht einwilligungsfähigen Knaben weder unter dem Blickwinkel der Vermeidung einer Ausgrenzung innerhalb des jeweiligen religiös gesellschaftlichen Umfelds noch unter dem des elterlichen Erziehungsrechts dem Wohl des Kindes. Die **Grundrechte der Eltern aus Art. 4 I, 6 II GG** werden ihrerseits **durch das Grundrecht des Kindes auf körperliche Unversehrtheit und Selbstbestimmung gem. Art. 2 I und II 1 GG begrenzt**. Das Ergebnis folgt möglicherweise bereits aus Art. 140 GG i. V. mit Art. 136 I WRV, wonach*

die staatsbürgerlichen Rechte durch die Ausübung der Religionsfreiheit nicht beschränkt werden (so Herzberg JZ 2009, 332; ders. MedR 2012, 169).

Jedenfalls zieht Art. 2 II 1 GG selbst den Grundrechten der Eltern eine **verfassungsimmanente Grenze**: Bei der Abstimmung der betroffenen Grundrechte ist der **Verhältnismäßigkeitsgrundsatz** zu beachten. Die in der Beschneidung zur religiösen Erziehung liegende **Verletzung der körperlichen Unversehrtheit** ist, wenn sie denn erforderlich sein sollte, jedenfalls **unangemessen**. Das folgt aus der **Wertung des § 1631 II 1 BGB**. Zudem wird der **Körper des Kindes durch die Beschneidung dauerhaft und irreparabel verändert**. Diese Veränderung läuft dem Interesse des Kindes, später selbst über seine Religionszugehörigkeit entscheiden zu können, zuwider. Umgekehrt wird das Erziehungsrecht der Eltern nicht unzumutbar beeinträchtigt, wenn sie gehalten sind abzuwarten, ob sich der Knabe später, wenn er mündig ist, selbst für die Beschneidung als sichtbares Zeichen der Zugehörigkeit zum Islam entscheidet (zu den Einzelheiten vgl. MüKo-StGB/Schlehofer, Vorb. § 32 Rn 43; a. A. i. Erg. Fischer, § 223 Rn 6 c; inzident wohl auch OLG Frankfurt a. M. NJW 2007, 3580; OVG Lüneburg NJW 2003, 3290; LG Frankenthal MedR 2005, 243; ferner Rohe JZ 2007, 801; jew. ohne nähere Erörterung der Frage). Schwarz (JZ 2008, 1125) bewertet die Einwilligung unter Berücksichtigung verfassungsrechtlicher Kriterien als rechtfertigend, er geht jedoch nur auf die Elternrechte aus Art. 4 und 6 GG, nicht hingegen – was notwendig wäre – auf die eigenen Rechte des Kindes aus Art. 2 GG ein. Seine Auffassung kann schon aus diesem Grunde nicht überzeugen.“ (LG Köln aaO)

- IV. Der Angekl. handelte jedoch in einem **unvermeidbaren Verbotsirrtum** und damit ohne Schuld (§ 17 S. 1 StGB).

„Der Angekl. hat **subjektiv guten Gewissens gehandelt**. Er ging fest davon aus, als frommem Muslim und fachkundigem Arzt sei ihm die Beschneidung des Knaben auf Wunsch der Eltern aus religiösen Gründen gestattet. Er nahm auch sicher an, sein Handeln sei rechtmäßig.

Der Verbotsirrtum des Angekl. war unvermeidbar: Zwar hat sich der Angekl. nicht nach der Rechtslage erkundigt, das kann ihm hier indes nicht zum Nachteil gereichen. Die **Einholung kundigen Rechtsrats** hätte nämlich zu **keinem eindeutigen Ergebnis** geführt. Ein unvermeidbarer Verbotsirrtum wird bei **ungeklärten Rechtsfragen** angenommen, die in der Lit. nicht einheitlich beantwortet werden, insbesondere wenn die **Rechtslage insgesamt sehr unklar** ist (vgl. MüKo-StGB/Joecks, § 17 Rn 58; Vogel, LK-StGB, 12. Aufl., § 17 Rn 75; BGH NJW 1976, 1949, zum gewohnheitsrechtlichen Züchtigungsrecht des Lehrers bezogen auf den Zeitraum 1971/72). So liegt der Fall hier. Die Frage der Rechtmäßigkeit von Knabenbeschneidungen auf Grund Einwilligung der Eltern wird in Rspr. und Lit. unterschiedlich beantwortet. Es liegen, wie sich aus dem Vorstehenden ergibt, Gerichtsentscheidungen vor, die, wenn auch ohne nähere Erörterung der wesentlichen Fragen, inzident von der Zulässigkeit fachgerechter, von einem Arzt ausgeführter Beschneidungen ausgehen, ferner Literaturstimmen, die sicher nicht unvertretbar die Frage anders als die Kammer beantworten.“ (LG Köln aaO)

BauNVO
§ 8 II Nr. 1

Bordell im Gewerbegebiet Gewerbebetrieb allgemeiner Art

BauR

(VGH Mannheim in NVwZ-RR 2012, 431; Beschluss vom 05.03.2012 - 5 S 3239/11)

Ein **Bordell** ist auch nach der BauNVO 1990 den in einem Gewerbegebiet nach § 8 II Nr. 1 BauNVO allgemein zulässigen "**Gewerbebetrieben aller Art**" und nicht den nach § 8 III Nr. 3 BauNVO nur ausnahmsweise zulässigen "Vergnügungsstätten" zuzuordnen.

Fall: Das Grundstück des Antragstellers liegt im Geltungsbereich des Bebauungsplans der Antragsgegnerin vom 16.04.1991 Nr. 656 (in Kraft getreten am 06.09.1991), zu dessen „Planungskonzept“ ausdrücklich die „Umstellung“ der früheren Bebauungspläne auf die Baunutzungsverordnung vom 23.01.1990 (BGBl. I S. 132) - BauNVO 1990 - gehört (vgl. Ziff. 3.5 der Begründung und Ziff. 1 der schriftlichen Festsetzungen). Der Bebauungsplan setzt für das gesamte Plangebiet, in dem sowohl das Grundstück des Antragstellers als auch das Grundstück des Beigeladenen liegt, als Art der baulichen Nutzung „Gewerbegebiet gem. § 8 BauNVO“ fest, mit Einschränkungen allein für Einzelhandelsbetriebe mit zentrenrelevantem Sortiment.

Auch der Beigeladene ist Eigentümer eines Grundstücks im Plangebiet und hatte eine Baugenehmigung für die Errichtung eines Bordells mit 11 „Arbeitsräumen“ und 2 „VIP-Bereichen“ beantragt und von der Antragsgegnerin erhalten. Hiergegen wendet sich der Antragsteller in einem Eilverfahren und macht geltend, sein Gebietserhaltungsanspruch sei verletzt, da ein Bordell in einem Gewerbegebiet nicht allgemein zulässig sei. Es handele sich um eine Vergnügungsstätte, die im Gewerbegebiet nur ausnahmsweise zugelassen werden könne. Zudem läge ein Verstoß gegen § 15 BauNVO vor. Ist der Antragsteller in seinen Rechten verletzt?

I. Verletzung des Gebietserhaltungsanspruchs

1. nachbarschützende Wirkung der Festsetzungen zur Art der Nutzung in einem Bebauungsplan

Zunächst stellt sich die Frage, ob die Festsetzung eines Gewerbegebietes im Bebauungsplan dem Antragsteller überhaupt dergestalt Schutz vermittelt, dass dieser sich auf eine mangelnde Plankonformität des Vorhabens berufen kann.

„Nach der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts, der sich der Senat angeschlossen hat, kommt der Festsetzung von Baugebieten durch Bebauungsplan grundsätzlich nachbarschützende Wirkung zu und der Eigentümer eines im Plangebiet gelegenen Grundstücks hat als Nachbar einen Schutzanspruch auf Bewahrung der Gebietsart. Dieser geht über das Rücksichtnahmegebot hinaus und wird grundsätzlich bereits durch die Zulassung eines mit der Gebietsfestsetzung unvereinbaren Vorhabens ausgelöst, weil hierdurch das nachbarliche Austauschverhältnis gestört und eine Verfremdung des Gebiets eingeleitet wird (BVerwG, Urt. v. 16.09.1993 - 4 C 28.91 -, BVerwGE 94, 151; Beschl. v. 13.05.2002 - 4 B 86.01 -, NVwZ 2002, 1384; Beschl. v. 18.12.2007 - 4 B 55.07 -, juris).“ (VGH Mannheim aaO)

2. Nichteinhaltung der Festsetzungen

Eine Verletzung des Antragstellers kommt jedoch nur dann in Betracht, wenn das Bordell in dem Plangebiet, für welches ein Gewerbegebiet festgesetzt ist, nicht hätte zugelassen werden dürfen. Der Bebauungsplan setzt für das gesamte Plangebiet, als Art der baulichen Nutzung „Gewerbegebiet gem. § 8 BauNVO“ fest, mit Einschränkungen allein für Einzelhandelsbetriebe mit zentrenrelevantem Sortiment.

„Mithin ist gemäß § 1 III 2 BauNVO 1990 auch § 8 II Nr. 1 und III Nr. 3 BauNVO 1990 Bestandteil des Bebauungsplans geworden. Danach gehören „Gewerbebetriebe aller Art“ zu den allgemein und „Vergnügungsstätten“ zu den ausnahmsweise zulässigen Anlagen.“ (VGH Mannheim aaO)

Es kommt daher zunächst darauf an, ob ein Bordell in einem Gewerbegebiet nach § 8 II Nr. 1 BauNVO allgemein zulässig ist oder über § 31 BauGB i.V.m. §§ 1 III 2, 8 III Nr. 3 BauGB nur ausnahmsweise zugelassen werden kann.

„Nach der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts zur BauNVO 1968 und BauNVO 1977 fällt ein Bordell, in dem die Prostituierten - wie im vorliegenden Fall - nicht wohnen, unter den Begriff der „Gewerbebetriebe aller Art“, die in Gewerbegebieten nach § 8 II Nr. 1 BauNVO allgemein zulässig sind (BVerwG, Urt. v. 25.11.1983 - 4 C 21.83 -, BVerwGE 68, 213).“

Unter der Geltung der BauNVO 1990, mit der erstmals Vergnügungsstätten als selbstständige Nutzungsart eingeführt und ihre Zulässigkeit in den einzelnen Baugebieten abschließend geregelt wurde, hat es das Bundesverwaltungsgericht offen gelassen, ob Bordellbetriebe als Vergnügungsstätten i. S. der BauNVO einzustufen sind (vgl. Beschl. v. 29.10.1997 - 4 B 8.97 -, juris). Auch der Senat hat bisher diese Frage offen gelassen (Senatsurt. v. 19.10.1990 - 5 S 3103/89 -, VBIBW 1991, 220). Er entscheidet sie nunmehr dahin, dass Bordellbetriebe auch unter der Geltung der BauNVO 1990 den „Gewerbebetrieben aller Art“ und nicht den Vergnügungsstätten zuzuordnen sind (ebenso die wohl herrschende Meinung: OVG Hamburg, Beschl. v. 13.08.2009 - 2 Bs 102/09 -, juris; BayVG, Beschl. v. 13.02.2008 - 15 ZB

08.2200 -, juris; OVG Rheinland-Pfalz, Urt. v. 11.05.2005 - 8 C 10053/05 -, juris; OVG Berlin-Brandenburg, Beschl. v. 14.11.2005 - 1053.05 -, juris; VG Karlsruhe, Urt. v. 27.10.2009 - 5 K 3864/08 -, juris; VG Hamburg, Urt. v. 22.11.2011 - 11 K 1237/09 -, juris; Fickert/Fieseler, BauNVO, 11. Aufl., § 8 Rn. 5; Soefker, Lfg. 88, in: Ernst/Zinkahn/Bielenberg/ Krautzberger, BauGB, § 8 Rn. 24; Roesner, in: König/Roesner/Stock, BauNVO, 2. Aufl., § 7 Rn. 16; a.A.: VGH Bad.-Württ., Urt. v. 17.10.1996 - 8 S 2136/96 -, HessVG, Beschl. v. 30.04.2009 - 3 A 1284/08.Z -, UPR 2010, 104; OVG Saarlouis, Beschl. v. 30.06.2009 - 2 P 367/09 -, juris; Ziegler, in: Brügelmann, BauGB, 67. Lfg. § 4a Rn. 74; zum Meinungsstand insgesamt vgl. Stühler, Prostitution und öffentliches Baurecht, BauR 2010, 1013, 1020 f.).“ (VGH Mannheim aaO)

Im Baurecht ist der **Begriff der Vergnügungsstätte gesetzlich nicht definiert.**

„Üblicherweise werden darunter gewerbliche Nutzungsarten verstanden, die sich in unterschiedlicher Ausprägung (wie Amüsierbetriebe, Diskotheken, Spielhallen) unter Ansprache (oder Ausnutzung) des Sexual-, Spiel- und/oder Geselligkeitstriebes einer bestimmten gewinnbringenden „Freizeit“-Unterhaltung widmen (vgl. Fickert/Fieseler aaO. § 4a Rn. 22; ähnlich Roesner a. a. O. § 7 Rn. 15; zusammenfassend Stühler a. a. O., S. 1020). Es handelt sich um einen **städtebaulichen Sammelbegriff**, im Vordergrund steht nicht die Frage nach der kommerziellen Unterhaltung, sondern in welcher Weise sich die unter diesen Begriff zusammengefassten Nutzungsarten innerhalb der einzelnen Baugebiete auswirken können (Fickert/Fieseler a. a. O. § 4a Rn. 22.1; vgl. auch VGH Baden-Württemberg, Beschl. v. 28.11.2006 - 3 S 2377/06 -, VBIBW 2007, 189). Die im jeweiligen Baugebiet nach der Baunutzungsverordnung zulässigen Nutzungen ergeben eine **gebietstypische Nutzungsstruktur**, in der **miteinander verträgliche Arten von Nutzungen** zusammengefasst und von anderen Nutzungsarten abgegrenzt werden (BVerwG, Urt. v. 24.09.1992 - 7 C 7.92 -, NVwZ 1993, 987). Die Zulässigkeit von Nutzungen hängt dabei nicht nur von deren **Immissionsträchtigkeit** oder **Immissionsverträglichkeit** ab, sondern wird auch von anderen Maßstäben der städtebaulichen Ordnung bestimmt (BVerwG, Urt. v. 25.11.1983 aaO.).“ (VGH Mannheim aaO)

Auch nach den mit der BauNVO 1990 einhergehenden Änderungen sind Vergnügungsstätten - einschließlich größerer - sog. kerngebietstypischer Vergnügungsstätten - nur in Kerngebieten allgemein zulässig (§ 7 II Nr. 2 BauNVO). In Gewerbegebieten können sie nur ausnahmsweise zugelassen werden (§ 8 III Nr. 3 BauNVO). Dasselbe gilt für Dorfgebiete und besondere Wohngebiete, soweit es sich nicht um kerngebietstypische Vergnügungsstätten handelt (§§ 4a III Nr. 2, 5 III BauNVO). Derartige Vergnügungsstätten sind im Mischgebiet nur in den Teilen des Gebiets allgemein zulässig, die überwiegend durch gewerbliche Nutzungen geprägt sind (§ 6 II Nr. 8 BauNVO); außerhalb dieser Teile können sie ausnahmsweise zugelassen werden (§ 6 III BauNVO).

„Dass die Baunutzungsverordnung damit **Vergnügungsstätten** als eine besondere Art gewerblicher Betriebe nach wie vor (eine) den **Kerngebieten** als eine dort – uneingeschränkte – **allgemein zulässige Nutzung** zuordnet und damit auch den Charakter von Kerngebieten kennzeichnet, lässt erkennen, dass **speziell Bordellbetriebe** nach wie vor **nicht dem typischen Erscheinungsbild der Vergnügungsstätte** i. S. der Baunutzungsverordnung entsprechen. Kerngebiete i. S. des § 7 BauNVO sind Gebiete für zentrale Funktionen in der Stadt mit vielfältigen Nutzungen und einem – urbanen – Angebot an Gütern und Dienstleistungen für Besucher der Stadt und für die Wohnbevölkerung eines größeren Einzugsbereichs und dienen darüber hinaus auch in beschränktem Umfang dem Wohnen (vgl. § 7 II Nrn. 6 und 7, III Nr. 2 und IV BauNVO). **Bordellbetriebe** der hier beabsichtigten Art dagegen sind – anders als die von der Baunutzungsverordnung typischerweise gemeinten, oben genannten Vergnügungsstätten – Einrichtungen, für die sich im Hinblick auf die **allgemeine sozioethische Bewertung** und auf die sich im „Milieu“ ergebenden Begleiterscheinungen eher ein Standort eignet, der **außerhalb oder allenfalls am Rande des „Blickfeldes“** und der Treffpunkte einer größeren und allgemeinen Öffentlichkeit liegt und auch nicht in der Nachbarschaft von Wohnungen. Zweckbestimmung von Gewerbegebieten ist es indes gerade, solchen Betrieben einen Standort zu bieten, die im Hinblick auf ihre **spezifischen Standortanforderungen** und ihre Auswirkungen zu Unzuträglichkeiten in Gebieten führen würden, in denen auch oder sogar vorwiegend gewohnt werden soll (vgl. BVerwGE, Urt. v. 25.11.1983 aaO.).“ (VGH Mannheim aaO)

Das Bordell ist daher von der Art der Nutzung her in dem festgesetzten Gewerbegebiet ohne weiteres nach § 8 II Nr. 1 BauNVO zulässig, so dass die Nutzung gebietskonform ist und eine Verletzung des Gebietserhaltungsanspruchs des Antragstellers ausscheidet.

II. Verletzung des Anspruchs auf Aufrechterhaltung der typischen Gebietsprägung, § 15 I 1 BauNVO

Das Vorhaben könnte aber nach § 15 I 1 BauNVO unzulässig sein. Nach dieser Vorschrift sind die in den §§ 2 bis 14 BauNVO aufgeführten baulichen und sonstigen Anlagen im Einzelfall unzulässig, wenn sie nach Anzahl, Lage, Umfang oder Zweckbestimmung der Eigenart des Baugebiets widersprechen.

1. nachbarschützendes Wirkung des § 15 I 1 BauNVO

„Dabei vermittelt § 15 I 1 1 Satz 1 BauNVO Nachbarn innerhalb des betroffenen Baugebiets einen **Anspruch auf Aufrechterhaltung der typischen Prägung des Baugebiets** (BVerwG, Beschl. v. 13.05.2002 - 4 B 86.01 -, NVwZ 2002, 1384; Urt. v. 16.09.1993 - 4 C 28.91 -, aaO).“ (VGH Mannheim aaO)

2. Missachtung der typischen Gebietsprägung

Allerdings ist fraglich, ob die Zulassung des Bordells die typische Prägung des Baugebietes missachtet.

„Die Eigenart eines einzelnen Baugebiets i. S. von § 15 I BauNVO ergibt sich nicht allein aus den typisierenden Regelungen der BauNVO; nach der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts lässt sich die **Eigenart** eines in einem Bebauungsplan festgesetzten Gebiets **abschließend erst bestimmen**, wenn zusätzlich auch die **jeweilige örtliche Situation**, in die ein Gebiet „hinein geplant“ worden ist, und der jeweilige **Planungswille der Gemeinde**, soweit dieser in den zeichnerischen und textlichen Festsetzungen des Bebauungsplans unter Berücksichtigung der hierfür gegebenen Begründung zum Ausdruck gekommen ist, berücksichtigt werden. Auf die **tatsächlich vorhandene Bebauung kommt es** in Plangebietes für die Bestimmung der Eigenart des Gebiets dagegen **grundsätzlich nicht an**; sie ist grundsätzlich nur insoweit beachtlich, als sie sich im Rahmen der durch die Festsetzungen zum Ausdruck gebrachten städtebaulichen Ordnungsvorstellungen für das Baugebiet hält (Fickert/Fieseler, aaO., § 15 Rn. 8; Soefker, in: Ernst/Zinkahn/Bielenberg a. a. O., § 15 Rn. 12; anders bei unbepflanzten Gebieten i. S. von § 34 II BauGB, vgl. BVerwG, Beschl. v. 16.12.2008 - 4 B 68.08 -, BRS 73 Nr. 82).“ (VGH Mannheim aaO)

Im vorliegenden Fall hat der Satzungsgeber die mit der Festsetzung eines Gewerbegebietes grundsätzlich verbundene sehr offene Gebietsstruktur mit den in § 8 II, III 3 BauNVO aufgeführten allgemein und ausnahmsweise zulässigen Nutzungsarten nicht nennenswert eingeschränkt. Lediglich für die nach § 8 II BauNVO allgemein zulässigen Nutzungen wird bestimmt, dass Einzelhandelsbetriebe „als Ausnahme nur mit zentrenunschädlichen Warengruppen zulässig sind.“

„In Anbetracht der danach **verbleibenden Vielfalt möglicher Nutzungen** ist eine vom Plangeber beabsichtigte Prägung des Gewerbegebietes durch bestimmte Arten von Betrieben nicht erkennbar. Auch dies wird durch die Begründung zum Bebauungsplan bestätigt, wonach die vorhandenen **Bauflächen für eine Gewerbenutzung vorgehalten** und zur Verfügung gestellt werden sollen, um den Bedürfnissen bestehender und neu anzusiedelnder Betriebe des verarbeitenden und produzierenden Bereiches oder sonstiger auf Gewerbegebiete angewiesener Nutzungen gerecht zu werden. Das vom Beigeladenen betriebene **Bordell widerspricht** der sich so darstellenden **Eigenart des Gewerbegebietes** auch **nicht nach Anzahl, Lage, Umfang oder Zweckbestimmung**. [wird ausgeführt].“ (VGH Mannheim aaO)

Ein Verstoß gegen das Recht des Antragstellers auf Aufrechterhaltung der typischen Gebietsprägung ist daher nicht feststellbar.

III. Verletzung des Rücksichtnahmegebotes, § 15 I 2 BauNVO

Das Vorhaben des Beigeladenen könnte aber gegen das in § 15 I 2 BauNVO verankerte Gebot der Rücksichtnahme verstoßen. Danach sind bauliche und sonstige Anlagen auch unzulässig, wenn von ihnen Belästigungen oder Störungen ausgehen können, die nach der Eigenart des Baugebiets im Baugebiet selbst oder in dessen Umgebung unzumutbar sind, oder wenn sie solchen Belästigungen oder Störungen ausgesetzt werden.

„Das in dieser Vorschrift verankerte Gebot der Rücksichtnahme bedeutet nicht, jede Beeinträchtigung eines Nachbarn zu vermeiden. Ein Nachbar kann lediglich **solche Nutzungsstörungen abwehren**, die als **rücksichtslos** zu werten sind. Dies ist erst dann der Fall, wenn die mit dem Bauvorhaben verbundenen Beeinträchtigungen bei der Nutzung des eigenen Grundstücks bei einer Abwägung, bei der die Schutzwürdigkeit des Betroffenen, die Intensität der Beeinträchtigung und die Interessen des Bauherrn zu berücksichtigen sind, für den Bauherrn **billigerweise unzumutbar** erscheinen (vgl. BVerwG, Beschl. v. 25.01.2007 - 4 C 1.06 -, BVerwG 128, 118 m. w. N.). Hiervon ausgehend dürfte der Antragsteller durch das vom Beigeladenen betriebene Bordell nicht unzumutbar in der Nutzung seines Grundstücks beeinträchtigt werden. [wird ausgeführt].“ (VGH Mannheim aaO)

Das Vorhaben verstößt somit auch nicht gegen das Rücksichtnahmegebotes des § 15 I 2 BauNVO.

Ergebnis: Der Antragsteller ist nicht in seinen Rechten verletzt.

BlnStrG **Reine Werbefahrten als Sondernutzung** StrWR
 § 10, 11 **Fahrten im Rahmen des ortsüblichen und erlaubten Straßenverkehrs**

(OVG Berlin-Brandenburg in NVwZ-RR 2012, 485, Beschluss vom 16.0.2012 – OVG 1 N 68/11)

1. Reine Werbefahrten unterfallen nicht dem straßenrechtlichen Gemeingebrauch, weil sie ausschließlich zu verkehrsfremden Zwecken erfolgen und deshalb als Sondernutzung zu qualifizieren sind.
2. Die Anwendung des Straßenrechts (hier: Berliner Straßenrecht und Bundesfernstraßengesetz) auf innerstädtische Werbung ist nicht wegen einer aufgrund von Art. 74 I Nr. 22 GG ergangenen bundesrechtlichen Regelung des Straßenverkehrs ausgeschlossen.

Fall Die Klägerin begehrt mit ihrem Hauptantrag die Feststellung, dass sich die Zulässigkeit der von ihr in Berlin durchgeführten und weiterhin beabsichtigten Werbefahrten mit Kleinlastfahrzeugen, auf denen dafür spezielle Werbetafeln montiert sind, nicht nach den Vorschriften des Berliner Straßengesetzes (BerlStrG), sondern ausschließlich nach straßenverkehrsrechtlichen Vorschriften richtet; hilfsweise beantragt sie festzustellen, dass sie mit diesen straßenverkehrsrechtlich zugelassenen Fahrzeugen am ortsüblichen Straßenverkehr in Berlin teilnehmen darf, ohne eine Sondernutzungserlaubnis nach dem Berliner Straßengesetz zu benötigen.

Bei der Annahme, dass Berliner Straßengesetz sei anwendbar und die Nutzung nicht mehr vom Gemeingebrauch erfasst, ergibt sich nach Auffassung der Klägerin die unhaltbare Konstellation, dass ein Werbefahrzeug zwar erlaubnisfrei parken dürfe, jedoch für die Fahrt zum Parkplatz eine Sondernutzungserlaubnis benötige. Ferner werde den Begriff des „kommunikativen Verkehrs“ verkannt und dessen Grenzen zu eng gezogen. Die dazu ergangene Rechtsprechung nehme eine über den zulässigen kommunikativen Verkehr hinausgehende Sondernutzung nur an, wenn der Verkehr anderer, etwa durch die Errichtung oder Einbringung von Gegenständen, behindert oder aktiv auf andere Verkehrsteilnehmer eingewirkt würde. Dies sei hier jedoch nicht der Fall. Die rein passiven Informationsangebot darstellenden Fahrten hielten sich im Rahmen des ortsüblichen und erlaubten Straßenverkehrs. Sie unterlägen deshalb dem Gemeingebrauch in seiner Ausprägung als gewerblich-kommunikativer Verkehr. Die Fahrten hätten äußerlich denselben Charakter wie das Spazierengehen mit einem werbenden Kleidungsstück oder einer mit Werbung bedruckten Einkaufstüte. Soweit auf das Erscheinungsbild der Fahrzeuge abgehoben werde und diese mit mobilen Werbeträgern verglichen würden, werde übersehen, dass die Zulassungsstelle diesen erkennbar zu Werbezwecken umgestalteten Fahrzeugen mit ihren auf den Ladeflächen befindlichen Aufbauten eine Betriebserlaubnis und damit inzident eine Erlaubnis zur Teilnahme am Straßenverkehr erteilt habe. Wird die Klage Erfolg haben?

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

I. Zulässigkeit der Klage

Die Zulässigkeit der Feststellungsklage, für die hier ohne weiteres wegen des Vorliegens einer öffentlich-rechtlichen Streitigkeit nichtverfassungsrechtlicher Art der Verwaltungsrechtsweg nach § 40 I VwGO eröffnet ist, hängt insbesondere davon ab, ob um das Bestehen oder Nichtbestehen eines Rechtsverhältnisses gestritten wird und die Feststellungsklage nicht als subsidiär ausscheidet. Zudem muss ein Feststellungsinteresse gegeben sein.

Um ein Rechtsverhältnis wird zumindest immer dann gestritten, wenn die **Anwendung einer Rechtsnorm auf einen konkreten Sachverhalt** im Raume steht. Bei dem Hauptantrag geht es um die Nichtanwendung des Berliner Straßengesetzes auf die Werbefahrten der Klägerin, so dass insofern um ein Rechtsverhältnis gestritten wird. Dies gilt darüber hinaus aber auch für die Frage, ob – falls das Berliner Straßengesetz gleichwohl Anwendung finden sollte – dann zumindest keine Sondernutzung nach diesen Vorschriften vorliegt.

*„Das eigentliche Klagebegehren dürfte aber sein, ob die Klägerin mit ihren Fahrzeugen allein zu Werbezwecken am fließenden und ruhenden Straßenverkehr im Berliner Stadtgebiet teilnehmen darf, ohne dafür eine Erlaubnis zu benötigen. Die Frage, ob ein konkretes Verhalten erlaubnisfrei ist, kann durchaus Gegenstand eines feststellungsfähigen Rechtsverhältnisses sein. Anders verhält es sich indes, wenn nur bestimmte rechtliche Vorfagen des eigentlichen Begehrens geklärt werden sollen, wie hier die Frage nach der Anwendbarkeit des Berliner Straßenrechts. Auf diesen Aspekt reduziert sich letztlich auch der Hilfsantrag, ohne die Frage nach einer generellen Erlaubnisfreiheit des bezeichneten Verhaltens - nach welchen öffentlich-rechtlichen Bestimmungen auch immer - zu stellen. Bei der auf die Geltung des Straßenrechts beschränkten Antragstellung besteht die Gefahr, dass der Beklagte die eigentlich bedeutsame Frage nach der generellen Erlaubnisfreiheit der Werbefahrten - etwa aufgrund straßenverkehrsrechtlicher Bestimmungen - verneinen könnte, so dass sich ein **stattgebendes Urteil** im Ergebnis als **nutzloses abstraktes Rechtsgutachten** darstellen könnte. Dass diese Überlegung nicht fernliegend ist, ergibt sich aus dem vom Verwaltungsgericht zitierten Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 22.11.1971 (VII C 61.70 - MDR 1971, 608, juris Rn. 10 ff. [14]), wonach allein zum Zweck der Werbung unternommene Fahrten nach § 5 I Nr. 1 StVO in der Fassung vom 29. März 1956 (BGBl. I S. 327; vgl. zur aktuellen Rechtslage § 29 II 1 StVO) einer Erlaubnis der Straßenverkehrsbehörde bedurften. Vor dem Hintergrund der*

verwaltungsgerichtlichen Feststellungen, dass es an konkreten Anhaltspunkten für eine beabsichtigte Veranstaltung im Sinne von § 29 II 1 StVO fehle - wobei sich anderes aus den im Verwaltungsvorgang enthaltenen Lichtbildern ergeben könnte, die mehrere im Konvoi abgestellte „Werbefahrräder“ zeigen - und dem letztlich entscheidenden Umstand, dass die Klage jedenfalls in der Sache keinen Erfolg haben kann, sind **weitere Ausführungen zur Zulässigkeit des Klagebegehrens entbehrlich.**“ (OVG Bln-Bbg. aaO)

II. Begründetheit der Klage

Für die Begründetheit der Klage kommt es darauf an, ob die Werbefahrten dem straßenrechtlichen Gemeingebrauch unterfallen.

„Ausgangspunkt ist das **Verhältnis von Straßenrecht und Straßenverkehrsrecht**, deren Regelungsbereiche deutlich gegeneinander abgrenzbar sind, obwohl die zugrunde liegenden Sachverhalte oftmals - wie hier - einen sachlichen Zusammenhang aufweisen (vgl. grundlegend BVerfG, Beschluss vom 10.12.1975, aaO Rn. 27 ff.; und - zum Verhältnis von Bau- und Straßenverkehrsrecht in Bezug auf „Außenwerbung“ - BVerfG, Beschluss vom 09.02.1972 - 1 BvR 111/68 - BVerfGE 32, 319, juris Rn. 25 ff., und auch Beschluss vom 09.10.1984 - 2 BvL 10/82 - BVerfGE 67, 299, juris Rn. 47 ff.; aus der jüngeren obergerichtlichen Rechtsprechung: vgl. Urteile des OVG Nordrhein-Westfalen zu „Bier- und Party-Bikes“ vom 23.11.2011 - 11 A 2511/10 u. a. - juris Rn. 24 ff.).

Anhand des **Straßen- und Wegerechts** und eines darauf beruhenden **Widmungsakts** ist zu entscheiden, ob ein (erlaubnisfreier) Gemeingebrauch oder eine (erlaubnisbedürftige) Sondernutzung vorliegt. Die **Anwendung des Straßenverkehrsrechts** erfolgt daher vorbehaltlich und **im Rahmen der straßenrechtlichen Widmung**. Über die Ausübung eines straßenrechtlich zulässigen Verkehrs entscheidet hingegen das der konkurrierenden Regelungskompetenz des Bundesgesetzgebers nach Art. 72 I, Art. 74 I Nr. 22 GG zugewiesene Straßenverkehrsrecht, sofern der dem Straßenverkehr zuzurechnende Sachverhalt dort abschließend geregelt ist. Ein von verkehrsrechtlichen Regelungen in diesem Sinne erfasst Verhalten kann wegen des **Vorrangs des bundesrechtlichen Straßenverkehrsrechts** unter straßenrechtlichen Aspekten nicht abweichend reglementiert werden.“ (OVG Bln-Bbg. aaO)

Hiervon ausgehend kommt es maßgeblich darauf an, ob es sich bei den Werbefahrten der Klägerin um einen **Verkehrsvorgang im straßenrechtlichen Sinne** handelt und ob die Anwendung des Straßenrechts wegen einer nach Art. 72 I, 31 GG vorrangigen straßenverkehrsrechtlichen Bestimmung ausgeschlossen ist.

1. Werbefahrten als Verkehrsvorgang im straßenrechtlichen Sinne

Nach der Legaldefinition in § 10 II 1, 3 und § 11 I 1 BerlStrG ist der Gebrauch öffentlicher Straßen **jedem im Rahmen der Widmung für den Verkehr (Gemeingebrauch)** gestattet. Kein Gemeingebrauch liegt vor, wenn jemand die Straße nicht zum Verkehr, sondern jedenfalls **vorwiegend zu anderen Zwecken** benutzt (vgl. auch OVG Berlin, Urteil vom 17.09.2003 - 1 B 15.03 - juris Rn. 13).

„Jeder **Gebrauch** von öffentlichen Straßen, der **über den Gemeingebrauch hinausgeht, ist Sondernutzung** und bedarf unbeschadet sonstiger Vorschriften der Erlaubnis der Straßenbaubehörde (zur Zuständigkeitskonzentration nach § 13 BerlStrG: vgl. Senatsbeschluss vom 20. Dezember 2011 - OVG 1 S 174.11 - Abdruck, S. 3). **Maßgeblich** für die Abgrenzung des Gemeingebrauchs von der erlaubnispflichtigen Sondernutzung ist der **mit der Straßenbenutzung verfolgte Zweck**. Nicht mehr verkehrsüblich oder gemeinverträglich sind Vorgänge ohne Verkehrsbezug. Unter „Verkehr“ wird allgemein die **Ortsveränderung von Personen oder Gütern** verstanden. Bei der Beurteilung der Frage, ob Verkehrszwecke verfolgt werden, kommt es auf **objektive Merkmale** an; ob aus äußerlich nicht erkennbaren Motiven eine Ortsveränderung angestrebt wird, ist hingegen ohne Belang. Auch derjenige, der nur „spazieren“ fährt oder seinen Wagen ziellos durch die Straßen lenkt, strebt diese Ortsveränderung zum Zwecke des Personentransports an (vgl. BVerwG, Urteil vom 22.01.1971, aaO. Rn. 12 f.). Bei einem **äußerlich am Verkehr teilnehmenden Fortbewegungsmittel**, das nach seinem Erscheinungsbild aus Sicht eines objektiven Beobachters eine andere oder **überwiegend andere Funktion als die eines Verkehrsmittels** erfüllt, handelt es sich hingegen um eine verkehrsfremde Sache. Objektive Anhaltspunkte dafür können sich auch aus der technisch-konstruktiven Bauart der Sache ergeben (vgl. OVG Nordrhein-Westfalen, aaO. Rn. 29 ff. mit umfangr. Nachw.).“ (OVG Bln-Bbg. aaO)

Nach diesem Maßstäben kommt es daher vorliegend darauf an, ob die Klägerin, die zutreffend darauf hinweist, sie würde äußerlich am Verkehr wie jeder andere Teilnehmer, hierbei das Fortbewegungsmittel noch in einer Funktion an Verkehrsmittel benutzt.

„Die Klägerin setzt ihre Fahrzeuge bereits **rein äußerlich als rollende Werbetafeln** ein, die anders als Fahrzeuge, die zumindest überwiegend zum Transport von Personen oder Sachen bestimmt sind, **ausschließlich verkehrsfremden Zwecken** dienen. Da den Fahrten der Klägerin der erforderliche Verkehrsbezug fehlt, ist es **unerheblich, ob zusätzlich ein Eingriff in den Straßenverkehr** oder eine aktive Beeinflussung anderer Verkehrsteilnehmer stattfindet (vgl. BVerwG, Urteil vom 22.01.1971, aaO.). Die in Rede stehenden Werbefahrten sind auch **nicht unter dem „unscharfen Begriff des kommunikativen Verkehrs“**, dessen Bedeutung in der bundesgerichtlichen Rechtsprechung als grundsätzlich geklärt gelten kann (vgl. BVerwG, Beschluss vom 04.07.1996 - 11 B 23.96 - juris Rn. 7 ff.), als zulässiger Gemein-

gebrauch anzusehen; denn auch insoweit ist zunächst die straßenrechtliche Einstufung des jeweiligen Verhaltens zu prüfen.“ (OVG Bln-Bbg. aaO)

An dieser Beurteilung ändert es auch nichts, dass die Fahrzeuge der Klägerin eine gültige Zulassung haben.

„Soweit die Klägerin schließlich auf die **Betriebserlaubnis** für ihre eigens zu Werbezwecken **umgerüsteten Fahrzeuge** verweist und damit auf eine inzident erteilte Erlaubnis zur Teilnahme am Straßenverkehr abzielt, ergibt sich daraus lediglich, dass gegen den **Betrieb dieser Fahrzeuge „zum Verkehr“ unter zulassungsrelevanten Sicherheitsaspekten** keine Bedenken bestehen. Damit ist jedoch noch keine Aussage dazu getroffen, wie der konkrete Einsatz der Fahrzeuge zu beurteilen ist, insbesondere ob einer Erteilung der nach § 11 I BerlStrG für verkehrsfremde Zwecke erforderlichen Sondernutzungserlaubnis durch die Straßenbaubehörde sonstige Gründe im Sinne von § 11 II BerlStrG entgegenstehen.“ (OVG Bln-Bbg. aaO)

2. Ausschluss der Anwendung von Straßenrecht wegen Vorrangs der straßenverkehrsrechtlichen Bestimmungen

Die straßenverkehrsrechtlichen Regelungen wurden vom Bundesgesetzgeber im Rahmen seiner Gesetzgebungskompetenz für das Straßenverkehrsrecht erlassen. Diese hätte auch **entsprechende Werbefahrten reglementieren können**, wodurch landesrechtliche Regelungen in den Straßengesetzen zurücktreten könnten.

„[Soweit die Klägerin sich] ...auf den Beschluss des Bundesverfassungsgerichts vom 10.12.1975 bezieht, enthält diese Entscheidung - ebenso wenig wie die so genannten „Laternengaragenentscheidungen“ (BVerwG, Beschluss vom 07.07.1978 - 7 C 2.78 - MDR 178, 1049 f., und BVerfG, Beschluss vom 09.10.1984 - 2 BvL 10/82 - NJW 1985, 371 ff.) - eine Aussage zu der hier maßgeblichen Frage, ob der Bund von seiner **Rechtsetzungskompetenz** in Bezug auf das inmitten stehende **Werbeverhalten** der Klägerin **aktuell abschließend und erschöpfend Gebrauch gemacht hat**. Die Begründung des Rechtsmittels enthält keine schlüssigen Argumente dafür, dass die bis zur Nichtigklärung von § 33 I 3 StVO a. F. generell und absolut untersagten „reinen“ Werbefahrten nach dem Willen des Normgebers - nunmehr sogar erlaubnisfrei - zulässig sein sollen. Für diese Annahme hätte es einer dies klarstellenden Normierung bedurft.“ (OVG Bln-Bbg. aaO)

Ergebnis: Die Werbefahrten der Klägerin unterfallen nicht dem straßenrechtlichen Gemeingebrauch. Sie erfolgen ausschließlich zu verkehrsfremden Zwecken und sind deshalb als Sondernutzung zu qualifizieren. Die Feststellungsklage kann daher weder im Haupt- noch im Hilfsantrag Erfolg haben.

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	Mitverschulden	BGB
§ 254 I	Haftungsabwägung bei vermutetem Verschulden	
	(BGH in MDR 2012, 768; Urteil vom 20.03.2012 – VI ZR 3/11)	

Bei der Prüfung eines **Mitverschuldens gem. § 254 I BGB** darf ein **Verschulden, das nur gesetzlich vermutet wird, nicht berücksichtigt** werden (hier: § 832 BGB).

- I. Zwar soll eine **Verschuldensvermutung** nach einer im Schrifttum vertretenen Auffassung **auch im Rahmen des § 254 BGB** Anwendung finden.

Bei den sog. Verschuldensvermutungen handele es sich um **bloße Beweislastregeln** und es sei nicht einsichtig, dem Kl. die betreffenden Beweiserleichterungen zwar im Rahmen der Haftungsbegründung zu gewähren, bei der Verteilung des Schadens im Rahmen des § 254 BGB aber zu versagen (vgl. Belling/Riesenhuber ZP 108 (1995), 455; Lange/Schiemann, Schadenersatz, 3. Aufl., § 10 XII 3; Looschelders, Die Mitverantwortlichkeit des Geschädigten im Privatrecht, 1999, S. 584f.; Staudinger/Schiemann, BGB, Neubearb. 2005, § 254 Rn 122; Staudinger/Belling, BGB, Neubearb. 2008, § 831 Rn 40). Sinn und Zweck der Verschuldensvermutungen liege darin, dem Begünstigten über etwaige nicht in seine Zuständigkeit fallende Beweisschwierigkeiten hinwegzuhelfen (Looschelders aaO). Es vermöge nicht zu überzeugen, dass im Rahmen des § 254 BGB eine andere Beweislastregelung gelten solle als bei der Haftungsbegründung (Staudinger/Schiemann aaO). Ob eine Sphäre einer der Parteien zuzuweisen sei, hänge nicht von deren „Rolle“ als Schädiger oder Geschädigter ab (vgl. Lange/Schiemann aaO). Der Richter habe bei der Abwägung die höchste nicht ausgeschlossene Verschuldensintensität zu berücksichtigen (vgl. Belling/Riesenhuber aaO; Looschelders aaO).

- II. Nach der **st. Rspr. des BGH** können **bei der Schadenabwägung nach § 254 BGB** indes **nur solche Umstände verwertet** werden, **von denen feststeht, dass sie eingetreten und für die Entstehung des Schadens ursächlich geworden** sind. Ein Verschulden, das nur gesetzlich vermutet wird, darf daher nicht berücksichtigt werden (vgl. BGH NJW 57, 99; BGH VersR 63, 285; BGH VersR 66, 164; BGH r+s 95, 132 = VersR 95, 357; BGH r+s 07, 76 = VersR 07, 263; ebenso Erman/Ebert, BGB, 13. Aufl., § 254 Rn 84; MüKo-BGB/Oetker, 5. Aufl., § 254 Rn 110; Soergel/Mertens, BGB, 12. Aufl., § 254 Rn 112; Bamberger/Roth, BGB, 2. Aufl., § 254 Rn 53).

„Wird ein Verschulden nur vermutet, so fehlt jeder Anhalt für das Maß dieses Verschuldens, das von der leichtesten Fahrlässigkeit bis zur größten Sorgfaltspflichtverletzung reichen kann. Nur wenn das Maß der Verantwortlichkeit beider Teile feststeht, ist eine sachgemäße Abwägung möglich. Wollte man sie auf Unterstellungen und Vermutungen gründen, so würde man in unzulässiger Weise Gewisses mit Unbekanntem vergleichen und zu keinem gerechten Ergebnis gelangen.“

Nach dieser Rspr. sind Verschuldensvermutungen nur für den Haftungsgrund relevant. Daran wird festgehalten. Auf die Frage, ob die Verschuldensvermutung des § 832 BGB bei einer Schädigung des Aufsichtspflichtigen durch den Aufsichtsbedürftigen überhaupt Anwendung findet, kommt es nicht an. Ein Mitverschulden des Aufsichtspflichtigen gem. § 254 I BGB kommt nur in Betracht, wenn eine Aufsichtspflichtverletzung feststeht und der Aufsichtspflichtige aus tatsächlichem Verschulden haftet, ohne dass eine entspr. Anwendung des § 840 II BGB erforderlich ist.“ (BGH aaO)

BGB	Kautionshaftung des Erwerbers	BGB
§§ 566a, 578	Insolvenz des Voreigentümers	
	(BGH in NZM 2012, 344; Urteil vom 07.03.2012 – XII ZR 13/10)	

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

„Die mieterschützende Vorschrift des § 566a BGB enthält die nach früherem Recht (§ 572 BGB a.F.) gegebene Tatbestandsvoraussetzung, dass die Sicherheit dem Erwerber ausgehändigt wird oder dieser dem früheren Vermieter gegenüber die Verpflichtung zur Rückgewähr übernimmt, nicht mehr. Durch die geänderte Vorschrift wird der Erwerber dem Mieter gegenüber zur Rückzahlung der Sicherheit ohne Rücksicht darauf verpflichtet, ob er die Mietsicherheit vom früheren Vermieter ausgehändigt bekommen hat oder noch erhalten kann. Nach der gesetzlichen Wertung des § 566a BGB übernimmt er damit auch das Insolvenzrisiko des früheren Vermieters, wenn dieser die Mietsicherheit weder insolvenzfest angelegt hat noch an den Erwerber aushändigt. Die ungeschmälerete Rückzahlungspflicht des Erwerbers besteht in einem solchen Fall fort (Schmidt-Futterer, MietR, 9. Aufl., § 551 Rn 111; MüKo-BGB/Häublein, 5. Aufl., § 566a Rn 13; Schmidt-Futterer, § 566a Rn 24; Zipperer ZfR 2007, 388; Blank/Börstinghaus, Mieta, 3. Aufl., § 566a Rn 30; Löhnig/Gietel, ZVG, § 57 Rn 27; Stöber, ZVG, 19. Aufl., § 57 Rn 4.6; Böttcher, ZVG, 5. Aufl., § 57 Rn 3; Hintzen/Engels/Rellermeyer, ZVG, 13. Aufl., § 57 Rn 14; Derleder WuM 2002, 239), ebenso wie ein Erwerber, an den das Grundstück vom Insolvenzverwalter veräußert wird, für die Rückzahlung haftet (vgl. Staudinger/Emmerich, BGB, 2011, § 566a Rn 7; MüKo-BGB/Eckert, 2. Aufl., § 111 Rn 11; Franken/Dahl, Mietverhältnisse in der Insolvenz, 2. Aufl., Rn 254; Derleder NZM 2004, 568; a. A. Nolte NZI 2007, 149).

Der Gesetzgeber hat damit der Sache nach eine Belastung des vermieteten Grundstücks geschaffen (MüKo-BGB/Häublein, § 566a Rn 13).“ (BGH aaO)

(BGH in VersR 2012, 734 = NJW 2012, 1951; Urteil vom 31.01.2012 – VI ZR 43/11)

- I. Der **Halter eines Kraftfahrzeugs, der sich der polizeilichen Festnahme durch Flucht** unter Verwendung seines Kraftfahrzeugs **entzieht, haftet** unter dem Gesichtspunkt des Herausforderns sowohl nach § 823 I 1 BGB als auch nach § 7 StVG für einen bei der Verfolgung eintretenden **Sachschaden** an den ihn verfolgenden Polizeifahrzeugen, wenn dieser Schaden auf der **gesteigerten Gefahrenlage** beruht und die **Risiken der Verfolgung nicht außer Verhältnis zu deren Zweck** stehen.

„Voraussetzung des § 7 I StVG ist, dass eines der dort genannten **Rechtsgüter** „**bei dem Betrieb eines Kraftfahrzeugs**“ **verletzt** worden ist. Das BerGer. geht zutreffend davon aus, dass dieses Haftungsmerkmal nach der Rspr. des erkennenden Senats entsprechend dem umfassenden Schutzzweck der Norm weit auszulegen ist. Denn die Haftung nach § 7 I StVG ist der Preis dafür, dass durch die Verwendung eines Kraftfahrzeugs erlaubterweise eine Gefahrenquelle eröffnet wird; die Vorschrift will daher **alle durch den Kraftfahrzeugverkehr beeinflussten Schadensabläufe erfassen**. Ein Schaden ist demgemäß bereits dann „**bei dem Betrieb**“ eines Kraftfahrzeugs entstanden, wenn sich in ihm die von dem Kraftfahrzeug ausgehenden Gefahren ausgewirkt haben, d. h. wenn bei der insoweit gebotenen wertenden Betrachtung das **Schadensgeschehen durch das Kraftfahrzeug (mit)geprägt** worden ist (vgl. BGH NJW 1988, 2802 = VersR 1988, 641; BGHZ 105, 65 = NJW 1988, 3019; BGHZ 105, 71 = NJW 1988, 2790; BGHZ 107, 359 = NJW 1989, 2616 und BGH, NJW 1990, 2885 = VersR 1991, 111). Erforderlich ist aber stets, dass es sich bei dem Schaden, für den Ersatz verlangt wird, um eine Auswirkung derjenigen Gefahren handelt, hinsichtlich derer der Verkehr nach dem Sinn der Haftungs Vorschrift schadlos gehalten werden soll, d. h. die Schadensfolge muss in den Bereich der Gefahren fallen, um deren willen die Rechtsnorm erlassen worden ist (vgl. BGHZ 37, 311 = NJW 1962, 1676; BGHZ 79, 259 = NJW 1981, 983; BGHZ 107, 359 = NJW 1989, 2616 = VersR 1989, 923 und BGH NJW 1990, 2885 = VersR 1991, 111).“ (BGH aaO)

- II. Dies gilt auch in Fällen, in denen der Fahrer eines Polizeifahrzeugs zum Zweck der **Gefahrenabwehr vorsätzlich eine Kollision mit dem fliehenden Fahrzeug herbeiführt**, um es zum Anhalten zu zwingen.

„Die obergerichtliche Rspr. hat in vergleichbaren Fällen wiederholt entschieden, dass ein Verkehrsunfall in Bezug auf die unfallbeteiligten Polizeifahrzeuge zwar nicht aus tatsächlichen, wohl aber aus Rechtsgründen i. S. des § 7 II StVG a. F. unabwendbar sein kann, wenn Polizeibeamte **zur Erfüllung ihrer hoheitlichen Aufgaben** ein fliehendes Fahrzeug verfolgen und es **bei der Verfolgungsfahrt zu einer Kollision zwischen den beteiligten Fahrzeugen** kommt. Eine **rechtliche Unabwendbarkeit** wurde dabei auch in Fällen bejaht, in denen der Fahrer des Polizeifahrzeugs zum Zwecke der Gefahrenabwehr **vorsätzlich eine Kollision mit dem fliehenden Fahrzeug herbeiführte**, um es zum Anhalten zu zwingen (vgl. OLG Hamm NJW-RR 1998, 815 = VersR 1998, 1525; OLG Hamm NJW 1988, 1096; OLG Koblenz NZV 1997, 180; a. A. OLG München Zfs 1997, 125). Dem schließt sich der erkennende Senat an.

Die Frage der rechtlichen Unabwendbarkeit in Verfolgungsfällen ist unter dem Gesichtspunkt des **Herausforderns** vergleichbar zu beantworten wie die Frage einer Haftung nach § 823 BGB. Wer sich der polizeilichen Festnahme durch Flucht unter Verwendung eines Kraftfahrzeugs entzieht, haftet für einen bei der Verfolgung eintretenden Sachschaden an den ihn verfolgenden Polizeifahrzeugen, wenn dieser Schaden auf der gesteigerten Gefahrenlage beruht und die Risiken der Verfolgung nicht außer Verhältnis zu deren Zweck standen (vgl. BGHZ 132, 164 = NJW 1996, 1533 und BGHZ 63, 189 = NJW 1975, 168).“ (BGH aaO)

(OLG Köln in NSTZ 2012, 327; Urteil vom 10.01.2012 – III-1 RVs 258/11)

Ein „**Schweizer Offiziersmesser**“ mit einer Klingenlänge von 6 cm ist ein **gefährliches Werkzeug** i. S. des § 244 I Nr. 1a StGB.

„[Ein] **Taschenmesser** („Schweizer Offiziersmesser“) ist zwar **keine Waffe**. Es ist – anders als z.B. Spring- oder Faustmesser – nach seiner Beschaffenheit **nicht von vornherein zur Verwendung als Angriffs- oder Verteidigungsmittel bestimmt** (vgl. BGHSt 52, 257 = NJW 2008, 2861 = NSTZ 2008, 512 = StV 2008, 411 = StraFo 2008, 392).

Ein solches Messer entspricht aber dem Tatbestandsmerkmal „**anderes gefährliches Werkzeug**“: Ein „**gefährliches Werkzeug**“ ist jeder körperliche Gegenstand, der sich bei der konkreten Art seiner Benutzung dazu eignet, **einem Menschen erhebliche körperliche Verletzungen zuzufügen** (vgl. nur BGH BeckRS 2007, 19647). Bei Messern liegt diese Eignung im Allgemeinen vor (vgl. BGH aaO). Ausnahmslos gilt das aber nicht. Es gibt keinen Erfahrungssatz des Inhalts, dass Messer unabhängig von ihrer konkreten Beschaffenheit dazu geeignet sind, erhebliche Verletzungen beizufügen. So hat der BGH aaO diese Eignung für Messer verneint, deren Klinge so klein ist, dass sie – quasi anstelle eines Schlüssels – in das Schlüsselloch eines Fahrradschlösses eingeführt werden können (vgl. zu dieser Einschränkung auch KG StV 2008, 473 = StraFo 2008, 340). Für Messer, die – etwa auf Grund von Rostsetzung – nur eine ganz geringe Bruchfestigkeit aufweisen, mag dies ebenfalls gelten (vgl. BGH aaO; OLG Frankfurt StraFo 2006, 467).

Messer mit etwas längerer Klinge und intakter Materialbeschaffenheit sind dagegen **grds. gefährliche Werkzeuge**. Das gilt auch für **Taschenmesser** (grdl. BGH aaO), namentlich für ein **Multifunktionsgerät** wie das sog. Schweizer Offiziersmesser mit integriertem Taschenmesser (vgl. BGHSt 43, 266; OLG München BeckRS 2006, 06212).

Auch bei einem Taschenmesser mit einer Klingenlänge von 6 cm besteht regelmäßig eine solche Gefahr. Bei seinem Einsatz gegen Menschen können erhebliche **Schnittverletzungen** zugefügt werden und **Stichverletzungen** entstehen, durch die selbst innere Organe betroffen sein können.“ (OLG Köln aaO)

(BGH in ZAP 2012, 386; Beschluss vom 02.05.2012 – 3 StR 146/12)

Ein **hinterlistiger Überfall** nach § 224 I Nr. 3 StGB setzt voraus, dass der **Täter** seine **Verletzungsabsicht planmäßig verbirgt** (vgl. BGH NSTZ-RR 2009, 77; Fischer, StGB, 59. Aufl., § 224 Rn 10).

„Allein der Umstand, dass der Angekl. den Angriff von hinten ausführte und dabei ein **Überraschungsmoment** ausnutzte, **begründet keine Hinterlist** i. S. des § 224 I Nr. 3 StGB (vgl. etwa BGH StV 2011, 136).“ (BGH aaO)

StGB
§ 257 I

Begünstigung
Gezahlter Tatlohn als Vortatvorteil

StGB

(BGH in NSTZ 2012, 320; Beschluss vom 03.11.2011 – 2 StR 302/11)

Vorteile der Tat i. S. des § 257 I StGB sind nicht nur die **Früchte einer Straftat**, sondern **auch der vorab an einen Beteiligten gezahlte Tatlohn**.

„Die **Begünstigung** (§ 257 StGB) verlangt, dass der Täter einem anderen, der eine rechtswidrige Tat begangen hat, in der Absicht Hilfe leistet, diesem die Vorteile der Tat zu sichern. Nach dem **Wortlaut der Strafnorm** sind umfassend „Vorteile der Tat“ erfasst. Er unterscheidet nicht zwischen Vorteilen „für“ und „aus“ der Tat, sondern beinhaltet **jeglichen Vorteil, der sich im Zusammenhang mit der Tatbegehung ergibt**. Nicht erforderlich ist danach, dass dieser „aus“ der Tat resultiert. Gemessen hieran sind „Vorteile der Tat“ nicht nur die Früchte der Vortat. Einen Vorteil i.S.d. § 257 StGB stellt vielmehr auch der (vorab) an einen Tatbeteiligten gezahlte Tatlohn dar. Dem steht nicht entgegen, dass nach st. Rspr. des BGH einschränkend verlangt wird, dass der **Vorteil unmittelbar durch die Vortat erlangt ist** (BGHSt 24, 166; BGHSt 46, 107; BGH NSTZ 1987, 22). Das **Unmittelbarkeitsersfordernis dient dazu, Ersatzvorteile (Vorteilssurrogate) auszuklammern** (LK-Walter 12. Aufl. § 257 Rn 31). Bei der **Entlohnung für die Tatbeteiligung** handelt es sich jedoch **nicht** um einen derartigen **Ersatzvorteil**; vielmehr ist auch der **Tatlohn ein unmittelbarer „Vorteil der Tat“** (vgl. auch BGH NSTZ 2000, 259).

Dieses Ergebnis steht auch mit der Bestimmung des **Rechtsguts der Begünstigung** durch den BGH in Einklang: Danach liegt das Wesen der Begünstigung in der **Hemmung der Rechtspflege**, die dadurch bewirkt wird, dass der Täter die Wiederherstellung des gesetzmäßigen Zustandes verhindert, der sonst durch ein Eingreifen des Verletzten oder von Organen des Staates gegen den Vortäter wiederhergestellt werden könnte. Der Täter der Begünstigung beseitigt oder mindert die Möglichkeit, die **Wiedergutmachung des dem Verletzten zugefügten Schadens** durch ein Einschreiten gegen den Vortäter zu erreichen, das diesem den durch die Vortat erlangten Vorteil wieder entziehen würde (st. Rspr.; vgl. u.a. BGH NSTZ 1994, 187). Dieses trifft auch auf die vorliegende Sachverhaltskonstellation zu. Der Täter der Begünstigung, der dem Vortäter den Tatlohn sichert, mindert die Möglichkeiten des durch die Vortat Geschädigten, im Wege des zivilrechtlichen Schadensersatzes – etwa gem. §§ 823ff. BGB – oder der strafrechtlichen Gewinnabschöpfung gemäß § 73 StGB Schadenswiedergutmachung zu erlangen.“ (BGH aaO)

StGB
§ 263

Betrug
Automatisiertes Mahnverfahren

StGB

(BGH in NSTZ 2012, 322; Beschluss vom 20.12.2011 – 4 StR 491/11)

Werden **Mahnanträge mit falschen Tatsachenbehauptungen im automatisierten Verfahren** bearbeitet, **scheidet eine Strafbarkeit wegen vollenden Betrugs aus, weil es an der erforderlichen Täuschung einer natürlichen Person fehlt**.

„Auch im Mahnverfahren [kann] durch falsche Tatsachenbehauptungen bei der Antragstellung ein **Betrug** gem. § 263 I StGB begangen werden. Der Umstand, dass die Angaben des Ast. nicht auf ihre Richtigkeit hin überprüft werden (§§ 691 I, 692 I Nr. 2 ZPO), schließt die Annahme eines täuschungsbedingten Irrtums auf Seiten des bearbeitenden Rechtspflegers (§ 20 Nr. 1 RPfIG) nicht aus. Das Mahnverfahren soll eine **vereinfachte Durchsetzung gegebener Ansprüche ermöglichen**, nicht aber der Durchsetzung unbegründeter Forderungen dienen (BGHZ 101, 380). Als unabhängiges Rechtspflegeorgan (§ 1 RPfIG) ist der Rechtspfleger der materiellen Gerechtigkeit verpflichtet (Art. 20 III GG). Er darf daher nicht sehenden Auges einen unrichtigen Titel schaffen. Hat er – aus welchen Quellen auch immer – Kenntnis davon, dass der zur Rechtfertigung eines Mahnantrages angebrachte **Tatsachenvortrag entgegen der sich auch insoweit aus § 138 I ZPO ergebenden Verpflichtung zu wahrheitsgemäßem Vorbringen** (MüKo-ZPO/Wagner 3. Aufl., § 138 Rn 1; Musielak/Stadler ZPO, 8. Aufl., § 138 Rn 1) unwahr ist und der geltend gemachte Anspruch deshalb nicht besteht, muss er den Antrag zurückweisen. Erlässt er den beantragten Bescheid, geschieht dies daher regelmäßig in der allgemeinen – nicht notwendig fallbezogen aktualisierten – Vorstellung, dass die nach dem Verfahrensrecht ungeprüft zu übernehmenden tatsächlichen Behauptungen des Ast. pflichtgemäß aufgestellt wurden und wahr sind (BGHSt 24, 257; offengelassen in BGH BGHR § 263 I StGB Täuschung 19; OLG Düsseldorf NSTZ 1991, 586; mit abweichender Begründung aber im Ergebnis ebenso NK-StGB-Kindhäuser 3. Aufl., § 263 Rn 192; Kindhäuser, StrafR BT II, 6. Aufl., § 27 Rn 39; a.A. LK-Tiedemann, 11. Aufl., § 263 Rn 90; Schönlke/Schröder-Cramer/Perron, 28. Aufl., § 263 Rn 52; MüKo-StGB/Hefendehl, § 263 Rn 110 und 215; Kretschmer GA 2004, 458; Lackner/Kühl, 27. Aufl., § 263 Rn 17; Maurach/Schröder/Maiwald, StrafR BT, Teilbd. 1, 10. Aufl., § 41 Rn 66; Otto JZ 1993, 652). Ist dies nicht der Fall, hat sich der Rechtspfleger in einem Irrtum befunden, der seine Entscheidung für den Erlass der nachfolgenden Bescheide und damit die für das Vermögen des Antragsgegners nachteiligen Verfügungen bestimmt hat.“ (BGH aaO)

StGB
§ 263

Betrug
Einreichung eines gefälschten Schecks

StGB

(BGH in ZAP 2012, 591; Beschluss vom 06.03.2012 – 4 StR 669/11)

Die **Einreichung eines gefälschten Schecks und Abhebung des Betrags vom bezogenen Konto** stellt **nicht ohne Weiteres einen Vermögensschaden i. S. des § 263 I StGB** dar.

„Bei der betrügerischen Einreichung gefälschter Schecks trifft die über die Existenz einer wirksamen Scheckanweisung **getäuschte Inkassobank** durch die Erteilung der Vorbehaltsgutschrift eine **Vermögensverfügung zu Lasten ihres Vermögens**. Die **Vorbehaltsgutschrift** führt zu einer **schadensgleichen Vermögensgefährdung**, soweit der Kontoinhaber tatsächlich die Möglichkeit hat, auf den vorläufig gutgeschriebenen Scheckbetrag zuzugreifen (vgl. BGH NSTZ-RR 2007, 236; Satzger aaO § 263 Rn 204; Müller-Gugenberger/Bieneck, Wirtschaftsstrafrecht, 5. Aufl., § 49 Rn 16) und die Inkassobank nach den konkreten Umständen des Einzelfal-

les durch das ihr zukommende Rückbelastungsrecht nicht hinreichend gegen eine Vermögenseinbuße gesichert ist. Eine solche Sicherung der Bank ist in dem Umfang gegeben, in dem das Konto ohne Berücksichtigung der Vorbehaltsgutschrift ein Guthaben aufweist und zu erwarten steht, dass die Rückbelastung des Scheckbetrags wertmäßig abgedeckt sein wird. Aber auch in Fällen, in denen auf Grund der Rückbuchung mit einem Debetsaldo zu rechnen ist, fehlt es an einer schadensgleichen Vermögensgefährdung, soweit ein **aus dem Wegfall der Vorbehaltsgutschrift resultierender Ausgleichsanspruch** der Bank anderweitig, etwa durch das Pfandrecht der Bank aus Nr. 14 AGB-Banken, gesichert ist oder seitens der Bank **ohne Schwierigkeiten realisiert werden kann**, weil der Kontoinhaber zum Ausgleich des Kontos willens und in der Lage ist (vgl. zum Lastschriftbetrug BGHSt 50, 147; BGH wistra 2006, 20; BGH wistra 2010, 476; a.A. OLG Hamm NJW 1977, 1834).“ (BGH aaO)

StGB
§ 263

Betrug
Unbemerktes Tanken an Selbstbedienungstankstelle
(BGH in NSTZ 2012, 324; Beschluss vom 10.01.2012 – 4 StR 632/11)

StGB

- I. Der Täter, der an einer Selbstbedienungstankstelle tankt und von Anfang an die Absicht hat, das Benzin an sich zu bringen, ohne den Kaufpreis zu entrichten, macht sich grds. nicht des Diebstahls oder Unterschlagung, sondern des Betruges schuldig.

„Denn indem er als Kunde auftritt und sich wie ein solcher verhält, bringt er – jedenfalls in der Regel – durch schlüssiges Verhalten zum Ausdruck, dass er das Benzin nach dessen Erhalt bezahlen werde. Durch diese Vortäuschung einer nicht vorhandenen Zahlungsbereitschaft erweckt er bei dem Tankstelleninhaber oder dessen Personal einen entsprechenden Irrtum mit der Folge, dass ihm – sofern es sich um eine Bedienungstankstelle handelt – das Benzin in den Tank eingefüllt oder – falls es eine Selbstbedienungstankstelle ist – das Einfüllen gestattet wird. Aus dem äußeren Erscheinungsbild der Tathandlungen folgt bei natürlicher Betrachtungsweise, dass es sich hier um ein durch Täuschung bewirktes Geben und nicht um ein Nehmen im Sinne eines Gewahrsamsbruchs handelt. Ob mit dem Einfüllen bereits das Eigentum an dem Benzin erlangt wird, kann dabei dahingestellt bleiben. Jedenfalls bringt der Täter durch die Täuschungshandlung das Benzin in seinen Besitz und erlangt damit einen Vermögensvorteil i.S.d. § 263 StGB, dem auf Seiten der geschädigten Tankstelle ein entsprechender Vermögensnachteil gegenüber steht.“ (BGH aaO)

- II. Ein vollendeter Betrug liegt jedoch nicht vor, wenn der Täter an einer Selbstbedienungstankstelle tankt, ohne vom Tankstelleninhaber oder dessen Mitarbeiter bemerkt zu werden. In einem solchen Fall ist aber regelmäßig vom Tatbestand des versuchten Betruges auszugehen.

„Da der Täter schon beim Einfüllen mit dem Willen handelt, sich das Benzin zuzueignen, kommt eine Bestrafung wegen Unterschlagung schon wegen deren Subsidiarität (§ 246 I StGB) auch dann nicht in Betracht, wenn er durch den – versuchten oder vollendeten – Betrug nur den Besitz und nicht bereits das Eigentum an diesem erlangt (zum Ganzen BGH NJW 1983, 2827; vgl. auch BGH NSTZ 2009, 694 – jeweils m. w. Nachw.).“ (BGH aaO)

StGB
§ 266

Untreue
Fortwirkung einer im Innenverhältnis erloschenen Bankvollmacht
(OLG Köln in NSTZ 2012, 330; Beschluss vom 14.07.2011 – 2 Ss 80/11)

StGB

Eine **Untreue in Form des Missbrauchstatbestands** bleibt möglich, **solange eine im Innenverhältnis erloschene Bankvollmacht nach außen fortwirkt**.

„Wie die **im Außenverhältnis fortwirkende Verfügungsbefugnis** der Angekl. hat auch das Betreuungsverhältnis ungeachtet der vorherigen Beendigung des Auftrags und des Erlöschens der Vollmacht im Innenverhältnis bis zum Zeitpunkt der Verfügung über das Kontoguthaben fortbestanden. Zwar führt die Beendigung des zugrunde liegenden Rechtsverhältnisses grds. zum Erlöschen der Treuepflicht (Schönke/Schröder-Perron, § 266 Rn 34; LK-Schünemann, § 266 Rn 62). Sie setzt sich auch nicht ohne Weiteres in einem Treueverhältnis tatsächlicher Art fort.

Nimmt der Treuenehmer jedoch die ihm eingeräumte **Herrschaftsposition** weiter wahr, indem er von seiner im Außenverhältnis nach wie vor wirksamen **Dispositionsmöglichkeit** Gebrauch macht, so bleibt er den Vermögensinteressen des Geschäftsherrn jedenfalls in Form eines Schädigungsverbots weiter verpflichtet. Auch wenn ihn nach Erlöschen des zugrunde liegenden Rechtsverhältnisses keine Handlungspflichten mehr treffen, hat er weiterhin das mit der Wahrnehmung fremder Vermögensinteressen verbundene Gebot, Schädigungen des zu betreuenden Vermögens zu unterlassen, zu beachten (Schönke/Schröder-Perron, § 266 Rn 34, 36; im Ergebnis auch LK-Schünemann, § 266 Rn 62). Darauf, ob die weitere Tätigkeit des Treuenehmers im Einvernehmen mit dem Geschäftsherrn ausgeübt wird, kommt es nicht an. Es reicht aus, dass die rechtsgeschäftliche, zur Vermögensfürsorge verpflichtende **Verfügmacht fortwirkt** und der Treuenehmer sie weiter gebraucht.“ (OLG Köln aaO)

StGB
§ 315b I

Gefährlicher Eingriff in den Straßenverkehr
Tathandlung
(BGH in NSTZ-RR 2012,185; Beschluss vom 05.10.2011 – 4 StR 401/11)

StGB

Nicht jede **Tathandlung**, die **vom öffentlichen Straßenraum ausgeht**, erfüllt den objektiven Tatbestand des § 315b StGB. Zwar wird die Anwendbarkeit des § 315b StGB nicht schon dadurch ausgeschlossen, dass die konkrete Gefahr oder gar der Schaden außerhalb des öffentlichen Verkehrsraums eintritt; vorauszusetzen ist jedoch, dass sich das **Opfer in dem Zeitpunkt, in dem der Täter zur Verwirklichung des Tatbestandes** durch einen zweckwidrigen Einsatz eines Fahrzeugs als Waffe oder Schadenswerkzeug **unmittelbar ansetzt, noch im öffentlichen Verkehrsraum befindet**.

„Geschütztes Rechtsgut der Bestimmung des § 315b StGB ist die **Sicherheit des Straßenverkehrs**. Sie bezieht sich nur auf den öffentlichen Verkehrsraum. Voraussetzung für eine Strafbarkeit ist daher, dass durch die Tathandlung in den Verkehr auf solchen

Wegen und Plätzen eingegriffen worden ist, die – mit ausdrücklicher oder stillschweigender Zustimmung des Verfügungsberechtigten und ohne Rücksicht auf die Eigentumsverhältnisse oder eine verwaltungsrechtliche Widmung – jedermann oder allgemein bestimmten Gruppen dauernd oder vorübergehend zur Benutzung offen stehen und auch in dieser Weise benutzt werden (st. Rspr.; vgl. BGHSt 16, 7; BGHSt 49, 128).

Jedoch erfüllt nicht jede Tathandlung, die vom öffentlichen Straßenraum ausgeht, den objektiven Tatbestand des gefährlichen Eingriffs in den Straßenverkehr. Zwar wird die Anwendbarkeit der Strafvorschrift des § 315b StGB nicht schon dadurch ausgeschlossen, dass die **konkrete Gefahr oder gar der Schaden außerhalb des öffentlichen Verkehrsraums** eintritt, etwa, wenn der Täter sein Opfer bereits von der öffentlichen Straße aus mit dem Fahrzeug verfolgt, aber erst außerhalb des öffentlichen Verkehrsraums erfasst. Voraussetzung dafür ist jedoch, dass sich das Opfer in dem Zeitpunkt, in dem der Täter zur Verwirklichung des Tatbestandes der Straßenverkehrsgefährdung durch zweckwidrigen Einsatz des Fahrzeugs als Waffe oder Schadenswerkzeug unmittelbar ansetzt, noch im öffentlichen Raum befindet, die **abstrakte Gefahr also noch im öffentlichen Verkehrsraum entsteht**. Hält sich das Opfer zu diesem Zeitpunkt außerhalb des öffentlichen Verkehrsraums auf, fehlt es an einer Beeinträchtigung der Sicherheit des Straßenverkehrs und damit an einer tatbestandlichen Voraussetzung für die Anwendbarkeit des § 315b StGB.“ (BGH aaO)

StGB
§ 315b I

Gefährlicher Eingriff in den Straßenverkehr Provozierter Unfall

StGB

(BGH in NSTZ-RR 2012, 185; Beschluss vom 25.01.2012 – 4 StR 507/11)

Eine **konkrete Gefährdung von Leib oder Leben eines anderen Menschen** kann nicht mit der Erwägung begründet werden, bei **provozierten (Auffahr-) Unfällen** bestehe auch bei vergleichsweise geringen Geschwindigkeiten regelmäßig die **Gefahr von Verletzungen im Kopf- und Halswirbelbereich**. **Erforderlich sind vielmehr konkrete Feststellungen** insbes. zu den Geschwindigkeiten der Pkw im Zeitpunkt der Kollision und der Intensität des Aufpralls zwischen den beteiligten Fahrzeugen erforderlich.

„Die **absichtliche Herbeiführung eines Auffahrunfalls** [stellt] das **Bereiten eines Hindernisses i.S. des § 315b I Nr. 2 StGB** dar (BGH VRS 53, 355; BGH BGHR StGB § 315b I Nr. 2 Hindernisbereiten 1). Ebenso [zutreffend ist] eine konkrete Gefahr für fremde Sachen von bedeutendem Wert nur in den Fällen [anzunehmen], in denen auch ein bedeutender Schaden gedroht hat (BGH NSTZ-RR 2008, 289).

Die Begründung, mit der das LG auf Grundlage der getroffenen Feststellungen nicht nur in den Fällen, in denen es tatsächlich zu Verletzungen beim Unfallgegner bzw. beim nicht tatbeteiligten Beifahrer (vgl. BGH NSTZ-RR 1998, 150) gekommen ist, sondern in allen Fällen eine konkrete Gefahr für Leib oder Leben eines anderen Menschen angenommen hat, ist jedoch nicht frei von Rechtsfehlern. Das LG hat sich auf die Erwägung gestützt, in solchen Fällen provozierte Unfälle liege regelmäßig die Gefahr, dass der plötzliche Aufprall bei den von der Situation überraschten Insassen des auffahrenden Fahrzeugs, dessen Auffahrgeschwindigkeit der Täter nicht beeinflussen könne, zu nicht unerheblichen Verletzungen namentlich im Kopf- und Halswirbelsäulenbereich führe. Dies gelte auch bei vergleichsweise geringen Geschwindigkeiten. **Mit solchen allgemeinen Erwägungen lässt sich regelmäßig eine konkrete Gefährdung von Leib und Leben eines anderen Menschen nicht hinreichend belegen** (BGH NSTZ 2010, 216); vielmehr sind grds. konkrete Feststellungen insbes. zu den Geschwindigkeiten der Pkw im Zeitpunkt der Kollision und der Intensität des Aufpralls zwischen den beteiligten Fahrzeugen erforderlich (BGH NSTZ 2010, 216; BGH NSTZ-RR 2008, 289).“ (BGH aaO)

GG
Art. 19 IV

Verbot der Straßenprostitution Drittenschutz

öffR

(OVG Münster in NVwZ-RR 2012, 516; Beschluss vom 26.03.2012 – 5 B 892/11)

Zum **Schutz Dritter** ist es möglich, durch **Sperrgebietsverordnung vor allem Kinder und Jugendliche**, aber auch Erwachsene in ihrem Wohnumfeld **vor der unmittelbaren Konfrontation mit der Prostitutionsausübung und ihren Begleiterscheinungen wirksam zu schützen**.

- I. Zwar muss eine Sperrgebietsverordnung nach Art. 297 EGStGB hinsichtlich der in Rede stehenden Gebiete dem Schutz der Jugend oder des öffentlichen Anstands dienen. Dies bedeutet jedoch nicht, dass die **angrenzenden Gebiete** außer Betracht zu bleiben hätten.

„Die gesetzliche Ermächtigung soll das **Zusammenleben der Menschen ordnen**, soweit ihr Verhalten sozialrelevant ist, nach außen in Erscheinung tritt und das Allgemeinwohl beeinträchtigen kann. Handlungen und Zustände, die eine enge Beziehung zum Geschlechtsleben haben, können Belange des Allgemeinwohls insbesondere dann beeinträchtigen, wenn durch einen Öffentlichkeitsbezug Kinder und Jugendliche sowie andere Personen, die hiervon unbehelligt leben wollen, erheblich belästigt werden (vgl. BVerfG NVwZ 2009, 905; VGH Mannheim NJOZ 2009, 2787 = VB/BW 2009, 220 f.).

Dementsprechend geht es um den Schutz Dritter nicht nur vor der Prostitutionsausübung selbst, sondern auch vor allen mit ihr verbundenen „unliebsamen Begleiterscheinungen“ (vgl. GesetzE eines 10. StrafrechtsänderungsG, BT-Dr VI/293, S. 3.).

Nach diesem Schutzzweck ist es möglich, durch **Sperrgebietsverordnung vor allem Kinder und Jugendliche**, aber auch Erwachsene in ihrem Wohnumfeld vor der unmittelbaren Konfrontation mit der Prostitutionsausübung und ihren Begleiterscheinungen wirksam zu schützen. Die **veränderte rechtliche Bewertung der Prostitution erfordert nicht**, für diese Tätigkeit derart **günstige Rahmenbedingungen zu schaffen und zu erhalten**, dass Prostituierte aus verschiedenen Ländern Europas in großer Zahl angelockt werden, die „in Arbeitskleidung“ auch in anliegenden Wohngebieten das Straßenbild prägen und als le-gale Gewerbetreibende offen Anbahnungsgespräche führen. Im Gegenteil darf der Ordnungsgeber derartigen Entwicklungen durch Erweiterung eines Sperrgebiets mit dem Ziel entgegen treten, die Prostitution auf einen Umfang zurückzuführen, der für umliegende Wohngebiete noch sozialverträglich ist, wenn dies mit einzelfallbezogenen ordnungsbehördlichen und polizeilichen Mitteln nicht mehr wirksam gelingt. Durch das Prostitutionsgesetz sollte die Prostitution nicht etwa ein „Beruf wie jeder andere“ werden. Es ging lediglich darum, freiwillige Entscheidungen von Frauen zur Aufnahme der Prostitution rechtlich zu akzeptieren und die Betroffenen vor damit verbundenen Gefahren zu schützen. Die Berechtigung zur Bekämpfung sozialschädlicher Formen und Folgen der Prostitution steht ebenso außer Frage wie das Erfordernis, Betroffenen andere Optionen der Lebens-

gestaltung zu eröffnen (vgl. Bericht der Bundesregierung zu den Auswirkungen des ProstitutionsG v. 25.01.2007, BT-Dr 16/4146, S. 4 ff.).“ (OVG Münster aaO)

II. Die **Berufsfreiheit der Prostituierten** ist auch **nicht gegenüber den Belangen des Jugendschutzes vorrangig**.

„Im Gegenteil hat der Gesetzgeber ausdrücklich dem **Jugendschutz** in schutzwürdigen Bereichen den **Vorrang eingeräumt**, indem er weiterhin eine Entscheidung darüber ermöglicht hat, ob und wann Jugendliche mit dem gesellschaftlichen Phänomen der Prostitution konfrontiert werden sollen (vgl. BVerfG NVwZ 2009, 905).“ (OVG Münster aaO)

NWwVfG
§ 35 S.1

Verwaltungsakt
Kursabschlussnote

VwVfG

(OVG Münster in NVwZ-RR 2012, 521; Beschluss vom 30.04.2012 – 19 B 494/12)

Eine in der Qualifikationsphase erteilte und in Punkte übertragene **Kursabschlussnote** eines nach den §§ 28 I 1, 29 III Nr. 1 S. 1 APO-GOST 2006 für die **Zulassung zur Abiturprüfung anzurechnenden Grundkurses** ist ein **Verwaltungsakt i. S. des § 35 S. 1 VwVfG NRW**.

„Sie stellt eine **hoheitliche Maßnahme** dar, die die Schule als Behörde auf dem Gebiet des öffentlichen Rechts, nämlich des Schulrechts, getroffen hat. Auch erfüllt sie die weiteren nach § 35 S. 1 VwVfG NRW für das Vorliegen eines Verwaltungsaktes erforderlichen Merkmale der Regelung eines Einzelfalls mit unmittelbarer Rechtswirkung nach außen.“ (OVG Münster aaO)

I. In welchen Fällen eine Note nach ihrem objektiven Sinngehalt eine Regelung mit unmittelbarer Rechtswirkung nach außen darstellt, lässt sich nicht abstrakt feststellen. Das Merkmal einer **Regelung mit unmittelbarer Rechtswirkung** erfüllt eine Note dann, wenn sie nach der einschlägigen Ausbildungs- und Prüfungsordnung rechtlich gesehen **selbstständige Bedeutung** hat, oder wenn sie nach der Ausbildungs- und Prüfungsordnung oder der tatsächlichen Ausgestaltung der Ausbildung und Prüfung durch die Schule **unmittelbar Rechtspositionen des Prüflings bzw. Schülers betrifft** (Niehues-Fischer, Schul- und Prüfungsrecht, Band 2, Prüfungsrecht, 5. Auflage, 2010, Rn 816 f).

Im vorgenannten Sinne rechtlich selbstständige Bedeutung kann einer Einzelnote etwa dann zukommen, wenn nach der besonderen Ausgestaltung des Prüfungsverfahrens mit der Bewertung der einzelnen Prüfungsleistung **zugleich über das Ergebnis der Prüfung insgesamt entschieden** wird oder wenn die Prüfung in mehrere selbstständige Teile untergliedert ist, die für sich zu bestehen sind.

Umgekehrt hat rechtlich gesehen keine selbstständige sondern nur mittelbare Bedeutung etwa die Einzelnote einer Prüfung, wenn sie nach der jeweiligen Ausbildungs- und Prüfungsordnung nur ein bei der Gesamtbewertung zu berücksichtigendes **rechtlich unselbstständiges Bewertungselement für die Gesamtnote** und die Entscheidung über das Prüfungsergebnis ist, oder **nur die Grundlage für die Berechnung des Gesamtdurchschnitts** bildet, der dafür maßgeblich ist, ob ein Prüfling zur mündlichen Prüfung zugelassen oder ob er von ihr ausgeschlossen ist und deshalb die Prüfung nicht bestanden hat. In diesen Fällen enthält allein der Bescheid der Behörde, mit dem dem Prüfling bzw. Schüler mitgeteilt wird, er habe die Prüfung in bestimmter Weise bestanden oder nicht bestanden, eine rechtliche Regelung und ist daher nur dieser Bescheid ein anfechtbarer Verwaltungsakt.

II. Nach Maßgabe dieser Grundsätze hat jedenfalls eine in der Qualifikationsphase in einem anrechenbaren Grundkurs erteilte **Kursabschlussnote von weniger als 5 Punkten rechtlich selbstständige Bedeutung**.

„Die **Qualifikationsphase ist im Hinblick auf die Zulassung zur Abiturprüfung**, soweit hier von Belang, **in zwei selbstständige Teile untergliedert**, den Grundkursbereich und den Leistungskursbereich (§ 30 II i. V. m. § 29 III und IV APO-GOST 2006), für die **gesonderte Zulassungsvoraussetzungen** aufgestellt sind. Mit der jeweiligen Kursabschlussnote in einem Grundkurs in den Schulhalbjahren in den Jahrgangsstufen 12/I, 12/II und 13/I entscheidet die Schule abschließend über die jeweils erreichte Punktzahl und legt damit verbindlich fest, ob der Schüler diesen Grundkurs zur Anrechnung gem. § 30 II i. V. m. § 29 III Nr. 2 APO-GOST 2006 bringen kann oder nicht. Sie entscheidet damit schon bei Bekanntgabe der Note bzw. Punktzahl in einem bestimmten Grundkurs mit der **Schullaufbahnbescheinigung** (§ 18 I APO-GOST 2006) abschließend und verbindlich, ob dieser Grundkurs zum Erreichen der Zulassungsvoraussetzung (§ 29 III Nr. 2 APO-GOST 2006) wird beitragen können oder nicht. Ihre Bedeutung erschöpft sich demnach nicht darin, dass die Note auch in die Berechnung der im Grundkursbereich für die Zulassung zur Abiturprüfung zu erreichenden Mindestpunktzahl von 110 Punkten gem. § 30 II i. V. m. § 29 III Nr. 3 APO-GOST 2006 eingeht.“ (OVG Münster aaO)

III. Die Beurteilung der Kursabschlussnoten als Verwaltungsakte trägt auch dem Umstand Rechnung, dass sich die **„Prüfung“**, also die Qualifikationsphase anders als etwa eine juristische Staatsprüfung oder Lehramtsprüfung, die in einem zeitlich überschaubaren Prüfungszeitraum abgelegt werden **über mehrere Schulhalbjahre erstreckt**, und so das **Risiko vermieden** werden kann, dass die **Kursabschlussnote erst nach einem relativ langen Zeitraum mit der Entscheidung über die Zulassung zur Abiturprüfung angefochten** wird, wenn die (Neu-)Bewertung der sonstigen Mitarbeit (§§ 13 I, 15 APO-GOST 2006) problematisch geworden ist.

Entscheidungen Verfahrensrecht

ZPO
§ 511

Unterschreiten der Berufungssumme Antragserweiterung nach Berufungsbegründung (BGH in NJW-RR 2012, 662; Urteil vom 27.03.2012 – VI ZB 74/11)

ZPO

1. Grundsätzlich kann erst auf der Grundlage des **in der mündlichen Berufungsverhandlung gestellten Antrags** entschieden werden, ob der **Wert des Beschwerdegegenstands** die Berufungssumme erreicht, da ein die Berufungssumme unterschreitender Berufungsantrag noch bis zum Schluss der mündlichen Verhandlung vor dem BerGer. auf einen die Wertgrenze des § 511 II Nr. 1 ZPO übersteigenden Umfang erweitert werden kann.
2. **Solange** diese **Möglichkeit besteht**, darf die Berufung deshalb **nicht** mit der Begründung **als unzulässig verworfen** werden, die Berufungssumme sei nicht erreicht
3. Eine Erweiterung des Berufungsantrags kann **nach Ablauf der Berufungsbegründungsfrist** nur auf schon in der Berufungsbegründung angeführte Gründe gestützt werden.

A. Grundlagenwissen: Die Zulässigkeit der Berufung

I. Zuständigkeit des Gerichts

Für die Berufung gegen Urteile der Amtsgerichte sind nach § 73 I GVG grundsätzlich die Landgerichte zuständig (Ausnahme: OLG, § 119 I GVG) Zudem sind die Oberlandesgerichte nach § 119 II GVG zuständig für die Entscheidung über Berufungen gegen Urteile der Landgerichte.

II. Statthaftigkeit, § 511 ZPO

Die Berufung ist nach § 511 I ZPO statthaft gegen **erstinstanzliche Endurteile**, wenn der Wert des Beschwerdegegenstandes **600,00 €** übersteigt (**Streitwertberufung, § 511 II Nr. 1 ZPO**) oder die Berufung vom erstinstanzlichen Gericht zugelassen wurde (**Zulassungsberufung, § 511 II Nr. 2 ZPO**). Die Zulassung erfolgt nach § 511 IV ZPO, wenn die Rechtssache **grundsätzliche Bedeutung** hat oder die **Fortbildung des Rechts** oder die **Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung** eine Entscheidung des Berufungsgerichts erfordert.

Das Berufungsgericht ist an die Zulassung gebunden. Bei Nichtzulassung ist nicht nachholbar. Nichtzulassungsbeschwerde ist nicht vorgesehen. Allerdings u.U. Ergänzung des Urteils nach § 321 ZPO möglich.

III. Beschwer

Die Berufung ist nur zulässig, wenn der Berufungskläger durch die erstinstanzliche Entscheidung beschwert ist. Der Kläger ist beschwert, wenn die angefochtene Entscheidung von der von ihm beantragten abweicht (**formelle** Beschwer). Der Beklagte ist dagegen durch jede Entscheidung beschwert, die für ihn materiell nachteilig ist (**materielle** Beschwer).

IV. Form der Berufungseinlegung

Die Berufungsschrift muss den Anforderungen des § 519 ZPO genügen und beim Berufungsgericht eingelegt worden sein. Sie muss nach § 130 Nr. 6 ZPO unterzeichnet sein.

V. Einhaltung der Berufungsfrist

Die Berufung muss nach § 517 ZPO innerhalb einer Notfrist von einem Monat ab Zustellung des in vollständiger Form abgefassten, angegriffenen Urteils eingelegt werden. Sie endet aber auf jeden Fall 5 Monate nach der Verkündung des Urteils.

Wird innerhalb der Berufungsfrist ein Urteil durch eine nachträgliche Entscheidung ergänzt (§ 321 ZPO), so beginnt nach § 518 ZPO mit der Zustellung der nachträglichen Entscheidung der Lauf der Berufungsfrist auch für die Berufung gegen das zuerst ergangene Urteil von neuem.

VI. ordnungsgemäße Berufungsbegründung, § 520 ZPO

Die Berufungsbegründung muss den Anforderungen des § 520 ZPO genügen. Sie muss insbesondere die Berufungsanträge enthalten, die Rechtsverletzung und ihre Erheblichkeit bezeichnen, die Zweifel an der Richtigkeit der Tatsachenfeststellungen aufzeigen und Hierzu ist insbesondere folgendes erforderlich:

1. Erklärung, inwieweit das Urteil angefochten wird und welche Abänderungen des Urteils beantragt werden (§ 520 III Nr. 1 ZPO).
2. Die Bezeichnung der Umstände, aus denen sich die Rechtsverletzung und deren Erheblichkeit für die angefochtene Entscheidung ergibt (§ 520 III Nr. 2 ZPO).
3. Die Bezeichnung konkreter Anhaltspunkte, die Zweifel an der Richtigkeit oder Vollständigkeit der Tatsachenfeststellungen im angefochtenen Urteil begründen und deshalb eine erneute Feststellung gebieten (§ 520 III Nr. 3 ZPO).
4. Die Bezeichnung der neuen Angriffs- und Verteidigungsmittel sowie der Tatsachen, auf Grund derer die neuen Angriffs- und Verteidigungsmittel nach § 531 Abs. 2 ZPO zuzulassen sind (§ 520 III Nr. 4 ZPO).

(Beachte: Daher keine volle zweite Tatsacheninstanz mehr, sondern nur noch eingeschränkte Einführung neuer Angriffs und Verteidigungsmittel).

Sie muss nach § 130 Nr. 6 ZPO unterzeichnet sein.

VII. Einhaltung der Berufungsbegründungsfrist, § 520 II ZPO

Die Berufungsbegründung muss dem Berufungsgericht innerhalb von 2 Monaten ab Zustellung des in vollständiger Form abgefassten Urteils, spätestens aber fünf Monaten nach der Verkündung vorliegen. Sie kann nach § 520 II 3 ZPO für bis zu einem Monat durch den Vorsitzenden verlängert werden, wenn hierdurch keine Verzögerung entsteht, anderenfalls nach § 520 II 2 ZPO nur mit Zustimmung des Gegner.

B. Antragserweiterung nach Berufungsbegründung wegen Unterschreiten der Berufungssumme (vgl. BGH in NJW-RR 2012, 662)

Fall: Die Kl. verlangt von den Bekl. restlichen Schadensersatz nach einem Verkehrsunfall. Die Bekl. zu 2 regulierte den Schaden am Pkw der Kl. auf der Grundlage einer Haftungsquote von 25% für die Bekl. zu 1. Die auf eine höhere Erstattung gerichtete Klage hat das AG mit Urteil vom 11.05.2011 abgewiesen. Das Urteil ist dem Prozessbevollmächtigten der Kl. am 18.05.2011 zugestellt worden. Mit Schriftsatz vom 20.06.2011, eingegangen beim BerGer. am selben Tag, hat die Kl. dagegen Berufung eingelegt. In der Berufungsbegründungsschrift vom 14.07.2011 hat sie folgende Anträge angekündigt:

- (1) die Bekl. als Gesamtschuldner unter Aufhebung des angegriffenen Urteils zu verurteilen, an die Kl. 378,93 Euro nebst Zinsen in Höhe von 5% Punkten über dem Basiszinssatz seit Rechtshängigkeit zu zahlen;
- (2) die Bekl. als Gesamtschuldner unter Aufhebung des angegriffenen Urteils zu verurteilen, die Kl. von der Forderung ihrer Prozessbevollmächtigten wegen angefallener vorprozessualer Geschäftsgebühren in Höhe von 120,67 Euro freizustellen.

Mit Verfügung vom 27.07.2011 hat das BerGer. die Kl. auf die Unzulässigkeit der Berufung mit Blick auf die angekündigten Anträge hingewiesen. Im Schriftsatz vom 02.08.2011 hat die Kl. für die mündliche Verhandlung als Antrag zu 1 angekündigt, dass die Bekl. unter Aufhebung des angegriffenen Urteils als Gesamtschuldner zur Zahlung von 742,62 Euro nebst Zinsen in Höhe von 5% Punkten über dem Basiszinssatz seit Rechtshängigkeit verurteilt werden. Am 15.08.2011 hat das BerGer. erneut darauf hingewiesen, dass die Berufung unzulässig sei. Ist dies zutreffend?

Die Berufung ist gem. § 522 I 1 und 2 ZPO als unzulässig zu verwerfen, wenn sie nicht statthaft oder nicht in der gesetzlichen Form und Frist eingelegt und begründet ist.

Die Berufung ist nach § 511 II NR. 1 ZPO grundsätzlich, sofern ein Beschwerdewert von über 600,00 € vorliegt. Zunächst hatte die Klägerin Berufungsanträge angekündigt, die den Beschwerdewert unterschreiten, dann aber in der mündlichen Verhandlung den Berufungsantrag auf eine Summe erweitert, der über dem Beschwerdewert liegt. Fraglich ist daher, ob es für die Beurteilung der Statthaftigkeit der Berufung auf den ursprünglich angekündigten oder den später gestellten Berufungsantrag ankommt.

„Zwar kann grundsätzlich erst auf der Grundlage des in der mündlichen Berufungsverhandlung gestellten Antrags entschieden werden, ob der Wert des Beschwerdegegenstands die **Berufungssumme erreicht**, da ein die Berufungssumme unterschreitender Berufungsantrag noch bis zum Schluss der mündlichen Verhandlung vor dem BerGer. auf einen die Wertgrenze des § 511 II Nr. 1 ZPO übersteigenden Umfang erweitert werden kann; solange diese Möglichkeit besteht, darf die Berufung deshalb nicht mit der Begründung als unzulässig verworfen werden, die Berufungssumme sei nicht erreicht (vgl. BGH, NJW-RR 2005, 714 [715]; NJW-RR 2008, 584 Rdnr. 9). Etwas anderes gilt aber, sobald feststeht, dass eine **Erweiterung des die Berufungssumme unterschreitenden Berufungsantrags ausgeschlossen ist.**“ (BGH aaO)

Ein solcher Ausschluss kann sich daraus ergeben, dass die Berufung nicht nur innerhalb der gesetzlichen Frist eingelegt, sondern auch begründet werden muss. Eine nachträgliche Erweiterung des Berufungsantrags in der mündlichen Verhandlung setzt daher voraus, dass die Erweiterung von der schon erfolgten Berufungsbegründung getragen wird. Anderenfalls fehlt es an der fristgerechten Begründung des erweiterten Berufungsantrags.

„Die Berufungsbegründung entspricht zwar den Formanforderungen des § 520 III 2 Nr. 2 ZPO, soweit sie darlegt, dass jedenfalls eine Haftungsquote von 50% die wechselseitigen Verursachungsbeiträge zutreffend würdige. **Hinsichtlich einer höheren Haftungsquote fehlen jedoch Angriffe gegen das angefochtene Urteil.** Soweit die Berufung in der gesetzlichen Form begründet ist, ist sie nach § 511 II Nr. 1 ZPO nicht statthaft, weil insoweit der Wert des Beschwerdegegenstands 600 Euro nicht übersteigt.

Eine Erweiterung des Berufungsantrags kann **nach Ablauf der Berufungsbegründungsfrist** nur auf schon in der **Berufungsbegründung angeführte Gründe** gestützt werden. Im Streitfall setzt sich die Berufungsbegründung aber nur mit einer Haftung der Bekl. von 50% auseinander. Die Erweiterung des Berufungsantrags auf eine Haftungsquote von 75% ist mithin von der fristgerecht eingereichten Berufungsbegründung, die sich nur zu einer Haftungsquote von 50% verhält, nicht gedeckt. Aus diesem Grunde ist, wie das BerGer. unter Bezug auf die Rechtsprechung des BGH (NJW-RR 2008, 584 Rn. 11) zutreffend ausgeführt hat, die Berufung schon dann als unzulässig zu verwerfen, wenn der Berufungskläger – wie hier – zwar einen Berufungsantrag angekündigt hat, der die Berufungssumme erreicht, die Berufung aber bis zum Ablauf der Berufungsbegründungsfrist nur hinsichtlich eines Teils der beantragten Abänderung des angefochtenen Urteils, der die Berufungssumme nicht erreicht, in einer den Anforderungen des § 520 III 2 Nr. 2 ZPO genügenden Weise begründet hat. Die Erweiterung des Antrags mit Schriftsatz vom 2. 8. 2011, eingegangen bei Gericht am 03.08.2011, vermochte die Berufung nicht zulässig werden zu lassen, weil der erweiterte Berufungsantrag von der Berufungsbegründung nicht gedeckt ist und die Frist zur Berufungsbegründung am 18.07.2011 abgelaufen war. Der Mangel an Begründung kann nach Ablauf der Berufungsbegründungsfrist nicht mehr geheilt werden.“ (BGH aaO)

Ergebnis: Die Berufung ist mit dem erweiterten Antrag unzulässig, weil insofern zwar die Berufungssumme erreicht wird, es jedoch an einer fristgerechten Begründung fehlt. Mit dem ursprünglich gestellten Antrag ist die Berufung unzulässig, weil die Berufungssumme nicht erreicht wird.

ZPO
§ 278 VI**vom Gericht festzustellender Vergleich
Formanforderungen**

ZPO

(OLG Hamm in NJW-RR 2012, 882; Urteil vom 13.01.2012 – 9 U 45/11)

1. Der **gerichtliche Vergleichsvorschlag** nach § 278 VI ZPO bedarf der **Schriftform**.
2. Auch die **Annahme** eines gerichtlichen Vergleichsvorschlags nach § 278 VI ZPO bedarf der **Schriftform**.
3. Erklärt eine Partei die **Annahme** eines zu Protokoll diktierten Vergleichsvorschlags des Gerichts noch im Termin **zu Protokoll**, so entspricht dies **nicht den zwingenden Formvorgaben**. Erklärt die andere Partei erst später die Annahme des Vergleichs durch Schriftsatz gegenüber dem Gericht, so ist ein danach gerichtlich festgestellter Vergleich nach § 278 VI ZPO unwirksam.
4. Eine Anwendung des **§ 127a ZPO scheidet aus**, da sich diese Vorschrift nur auf formbedürftige Erklärungen der Parteien bezieht, es bei -3 278 VI ZPO aber darum geht, dass das **Gericht einen schriftlichen Vergleichsvorschlag** unterbreitet.
5. Eine teleologische Reduktion des § 278 VI ZPO kommt nicht in Betracht,
6. Für den in einer mündlichen Verhandlung geschlossenen Vergleich ist anerkannt, dass die **Missachtung der (zwingenden) prozessualen Formvorschriften**, insbesondere des § 162 I ZPO, zur **Nichtigkeit des Vergleichs** führt. Da die **in § 278 VI 1 ZPO statuierten Formerfordernisse ebenfalls zwingend** sind, kann hierauf auch nicht verzichtet werden.

Fall: Die Parteien streiten um die Frage der Wirksamkeit eines Prozessvergleichs. Der Kl. hat die Feststellung der Ersatzpflicht der Bekl. für materielle und immaterielle Schäden wegen einer gegen ihn erstatteten Strafanzeige und der daraufhin eingeleiteten Verfahren (strafrechtliches Ermittlungsverfahren, Verfahren auf Widerruf der dem Kl. erteilten Apothekenbetriebslaubnis, berufsgerichtliches Verfahren) sowie wegen einer ihn betreffenden Öffentlichkeits- und Medienkampagne begehrt. Hintergrund war der Vorwurf, der Kl. habe in unzulässiger Weise eine Apothekenkette gegründet und betrieben. Im Termin vor dem LG vom 23.06.2010 hat die Kammer den Parteien den Abschluss eines Vergleiches vorgeschlagen. Der Vergleichsvorschlag, ist zu Protokoll diktiert worden, das vorläufig auf Tonträger aufgezeichnet worden ist. Der Kl. hat sofort die Annahme des Vergleichsvorschlags zu Protokoll erklärt. Der Prozessbevollmächtigte der Bekl. hat im Termin keine Erklärung zu dem Vergleichsvorschlag abgegeben, sondern darauf hingewiesen, er müsse insoweit erst Rücksprache mit den maßgeblichen Gremien der Bekl. halten. Sodann hat die Kammer den Beschluss verkündet, dass die Bekl. Gelegenheit erhalten, den gerichtlichen Vergleichsvorschlag innerhalb einer Frist bis zum 15.07.2010 anzunehmen. Der Kl. hat sodann mit Schriftsatz vom 02.07.2010 den Widerruf der durch ihn erklärten Annahme des gerichtlichen Vergleichsvorschlags, hilfsweise deren Anfechtung mit der Begründung erklärt, er habe sich nach der fast zehnstündigen Gerichtsverhandlung subjektiv in einer Zwangslage befunden und habe die Annahme nicht erklären wollen. Die Bekl. haben mit einem am 09.07.2010 bei dem LG eingegangenen Schriftsatz die Annahme des Vergleichsvorschlags erklärt. Das LG hat daraufhin mit Beschluss vom 09.07.2010 das Zustandekommen des Vergleichs festgestellt.

Der Kl. hat mit Schriftsatz vom 02.08.2010 die Fortsetzung des Klageverfahrens beantragt und begehrt die Feststellung, dass der Rechtsstreit zwischen den Parteien durch den mit Beschluss des LG Bielefeld vom 09.07.2010 festgestellten Vergleich nicht beendet worden Wird der Antrag Erfolg haben?

I. Zulässigkeit des Antrags

Macht eine Partei die Unwirksamkeit eines gerichtlichen Vergleichs geltend, so ist auf ihren Antrag das bisherige Verfahren durch Terminanberaumung fortzusetzen.

*„Bei Fortführung des Rechtsstreits geht der Streit zunächst nur um die Frage, ob der **Rechtsstreit durch den Vergleich (vollständig) erledigt** wurde. Wird die Erledigung verneint, so kann hierüber Zwischenurteil ergehen. Wird der Vergleich als wirksam angesehen, so ergeht Endurteil dahin, dass der Rechtsstreit durch den Vergleich erledigt ist, die Klage ist dann nicht abzuweisen (Zöller/Stöber, § 794 ZPO Rn. 15 a m. w.N.). Das gilt auch bei einem nach § 278 VI ZPO geschlossenen Vergleich (Zöller/Greger, § 278 ZPO Rn. 31).*

Zur Wiederaufnahme des Verfahrens bedarf es entsprechend § 250 ZPO der Zustellung eines bei Gericht einzureichenden Schriftsatzes (Wolfsteiner, in: MünchKomm-ZPO, 3. Aufl., § 794 ZPO Rn 71). Der Schriftsatz des Kl. vom 02.08.2010, mit dem er Fortsetzung des Verfahrens beantragt hat, ist zwar nicht förmlich zugestellt worden. Das ist indes hier unschädlich. Eine mangelhafte Aufnahme des Verfahrens nach § 250 ZPO ist gem. § 295 ZPO heilbar (Zöller/Greger, § 250 ZPO Rn. 4 f.). Der Zustellungsmangel ist in der mündlichen Verhandlung vor dem LG vom 19.01.2011 nicht gerügt worden.“ (OLG Hamm aaO)

II. Begründetheit des Antrags

Der Antrag ist begründet, wenn das Verfahren durch den vom Gericht festgestellten Vergleich nicht beendet wurde.

1. Varianten des Vergleichsabschlusses vor Gericht

Ein Prozessvergleich hat eine **rechtliche Doppelnatur**:

*„Er ist einerseits **Prozesshandlung**, deren Wirksamkeit sich nach den Grundsätzen des **Verfahrensrechts** bestimmt, und andererseits **privates Rechtsgeschäft**, für das die **Regeln des materiellen Rechts** gelten (BGH, NJW 1985, 1962 [1963]).“* (OLG Hamm aaO)

Neben der Erklärung eines Vergleichs zu Protokoll des Gerichts in der mündlichen Verhandlung nach § 160 III Nr. 1 ZPO kann ein gerichtlicher Vergleich nach § 278 VI 1 ZPO auch dadurch geschlossen werden, dass die Parteien dem Gericht einen schriftlichen Vergleichsvorschlag unterbreiten oder einen schriftlichen Vergleichsvorschlag des Gerichts durch Schriftsatz gegenüber dem Gericht annehmen.

2. Zustandekommen eines Vergleichs nach § 278 VI ZPO

Das Gericht stellt das Zustandekommen und den Inhalt eines so geschlossenen Vergleichs durch Beschluss fest, § 278 VI 2 ZPO.

*„Im Falle eines zu **Protokoll diktierten Vergleichsvorschlags des Gerichts** sind die Voraussetzungen des § 278 VI 1 Alt. 2 ZPO dann unzweifelhaft erfüllt, wenn die **Parteien nach Erhalt des schriftlichen Protokolls** den darin enthaltenen gerichtlichen Vergleichsvorschlag **durch Schriftsatz gegenüber dem Gericht annehmen**. Hier lag zum Zeitpunkt der Annahmeerklärung des Kl. im Termin vor dem LG vom 23.06.2010 indes noch **kein schriftlicher Vergleichsvorschlag des Gerichts** vor; dieser war vielmehr nur zu Protokoll diktiert und dann den Parteien vorgespielt worden. Der Kl. hat den Vergleichsvorschlag auch **nicht durch Schriftsatz angenommen**, sondern seine Annahme zu Protokoll des Gerichts erklärt.“*

*Ein **Vergleichsvorschlag nach § 278 VI 1 ZPO bedarf der Schriftform** (Musielak/Foerste, ZPO, 8. Aufl., § 278 ZPO Rn. 17; Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann, ZPO, 69. Aufl., § 794 ZPO Rn. 45; Saenger, in: HK-ZPO, 4. Aufl., § 278 ZPO Rn. 22). Die **Annahme** des gerichtlichen Vergleichsvorschlags hat **durch (bestimmenden) Schriftsatz** zu erfolgen (Wieczorek/Schütze/Assmann, ZPO, 3. Aufl., § 794 ZPO Rn. 110; Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann, § 794 ZPO Rn. 48; Musielak/Foerste, § 278 ZPO Rn. 17; Stein/Jonas/Leipold, 22. Aufl., § 278 ZPO Rn. 77; Prütting/Gehrlein/Geisler, ZPO, 3. Aufl., § 278 ZPO Rn. 15). Mündliche oder telefonische Vorschläge oder Annahmen genügen der Form nicht (Wieczorek/Schütze/Assmann, § 794 ZPO Rn. 110) Somit liegt **keine wirksame Annahmeerklärung** i. S. des § 278 VI 1 Alt. 2 ZPO vor, wenn die Partei bzw. ihr Prozessbevollmächtigter auf einen im Termin zu Protokoll genommenen gerichtlichen Vergleichsvorschlag hin **sofort die Annahme zu Protokoll** erklärt. Durch die zu Protokoll erklärte Annahme wird kein schriftlicher gerichtlicher Vergleichsvorschlag angenommen (Nungeßer, NZA 2005, 1027 [1031]).“* (OLG Hamm aaO)

Die Wahrung der Schriftform hinsichtlich des zunächst nur zu Protokoll diktierten gerichtlichen Vergleichsvorschlags folgt nicht aus der Regelung des § 127a BGB. Danach wird zwar bei einem gerichtlichen Vergleich die notarielle Beurkundung – und damit auch die Schriftform (§ 126 IV BGB) – durch die Aufnahme der Erklärungen in ein nach den Vorschriften der ZPO errichtetes Protokoll ersetzt.

*„Eine direkte Anwendung des § 127a BGB auf den gerichtlichen Vergleichsvorschlag scheidet aber schon deshalb aus, weil die Norm sich **nur auf formbedürftige Erklärungen** der Parteien bezieht. Für eine analoge Anwendung auf den zu Protokoll genommenen gerichtlichen Vorschlag fehlt es an einer vergleichbaren Interessenlage. § 127a BGB setzt nämlich voraus, dass die §§ 160 ff. ZPO eingehalten wurden, der protokollierte Vergleich also vorgelesen, vorgespielt oder den Parteien vorgelegt wird und die Parteien ihn genehmigen. Dies ist jedoch **bei einer Erklärung des Gerichts zu Protokoll nicht erforderlich**, § 162 I ZPO. Es wäre auch widersinnig, die Parteien eine Erklärung des Gerichts genehmigen zu lassen (Nungeßer, NZA 2005, 1027 [1031]). Der zu Protokoll diktierte Vergleichsvorschlag ist eine gerichtliche Erklärung und gerade keine Parteierklärung.“* (OLG Hamm aaO)

Auch Sinn und Zweck des § 278 IV ZPO, nämlich einigungswilligen Rechtsuchenden und ihren Anwälten den mit der Wahrnehmung eines eigenen Protokollierungstermins verbundenen Zeit- und Kostenaufwand zu ersparen und die Gerichte zu entlasten (vgl. BT-Dr 14/4722, S. 82), rechtfertigt keine andere Betrachtungsweise.

*„Wegen der **prozessualen Bedeutung eines Prozessvergleichs** (Beendigung des Rechtsstreits, Wegfall der Rechtshängigkeit des Verfahrens und Titelfunktion) können die **Anforderungen an die Formstrenge** eines Vergleichsschlusses nach § 278 VI 1 ZPO **nicht niedriger anzusiedeln** sein als bei der Protokollierung eines Vergleichs im mündlichen Termin durch das Gericht (OLG Karlsruhe, NJW-RR 2011, 7 für den Fall des § 278 VI 1 Alt. 1 ZPO [Unterbreiten eines Vergleichsvorschlags durch die Parteien]). Für den in ei-*

ner mündlichen Verhandlung geschlossenen Vergleich ist anerkannt, dass die **Missachtung der (zwingenden) prozessualen Formvorschriften**, insbesondere des § 162 I ZPO, zur **Nichtigkeit des Vergleichs** führt (BGH, NJW 1984, 1465 [1466]; Zöller/Stöber, § 162 ZPO Rn. 6; Musielak/Lackmann, § 794 ZPO Rn. 10; Hoffmann/Lindner, BeckOK-ZPO, § 794 ZPO Rn. 8). Das gilt nach Ansicht des Senats auch für einen Vergleich nach § 278 VI ZPO. Da die **in § 278 VI 1 ZPO statuierten Formerfordernisse ebenfalls zwingend** sind, kann in dem Verhalten des Kl., der den noch nicht in Schriftform existierenden Vergleichsvorschlag des Gerichts unmittelbar im Termin vor dem LG vom 23.06.2010 angenommen hat, **kein wirksamer Verzicht auf die Formvorschriften** gesehen werden.“ (OLG Hamm aaO)

3. Treuwidrigkeit der Berufung auf Unwirksamkeit des Prozessvergleichs

Allerdings könnte es nach § 242 BGB treuwidrig sein, wenn der Kl. sich auf die Unwirksamkeit des Prozessvergleichs beruft, obwohl er selbst seine Annahme zu Protokoll des Gerichts während der mündlichen Verhandlung erklärt hatte und daher davon ausgehen musste, dass das Zustandekommen des Vergleichs nur noch von der schriftlichen Zustimmung des Bekl. abhängt.

„Der **Grundsatz von Treu und Glauben** gilt zwar auch im Verfahrensrecht, insbesondere im Zivilprozessrecht. Bei dessen Anwendung ist jedoch die Eigenart dieses Rechtsgebiets zu beachten. Der Vorrang öffentlicher Interessen und das **Gebot der Rechtssicherheit bzw. die Formenstrenge** können deshalb dazu führen, dass der Rechtsgedanke des § 242 BGB zurücktreten muss (Palandt/Grüneberg, BGB, 70. Aufl., § 242 Rn. 17; Staudinger/Looschelders/Olzen, § 242 BGB Rn. 1062 [1064]). Zur Wahrung der Rechtssicherheit und in Anbetracht der für einen **Prozessvergleich als Vollstreckungstitel** geltenden besonderen Formenstrenge kommt eine Anwendung des § 242 BGB im vorliegenden Fall nach Auffassung des Senats nicht in Betracht.“ (OLG Hamm aaO)

Die Berufung auf die Unwirksamkeit des Vergleichs ist daher auch nicht treuwidrig.

4. Ergebnis

Der Feststellungsantrag des Kl. ist auch begründet. Der mit Beschluss des LG vom 09.07.2010 festgestellte Vergleich ist prozessual unwirksam. Der Rechtsstreit zwischen den Parteien ist nicht durch Prozessvergleich beendet worden. Er ist vor dem Landgericht fortzuführen.

Hinweis: Beachte auch die ergänzenden Ausführungen des OLG Hamm zur materiell-rechtlichen Wirksamkeit des Vergleichs und deren Rechtsfolgen.

GG

Doppelvorsitz am BGH

StPO

Art. 101 I 2

Verstoß gegen das Gebot des gesetzl. Richters

(BGH in NSTZ 2012, 406; Beschluss vom 11.01.2012 – 2 StR 346/11)

Der **Geschäftsverteilungsplan** des BGH, der **einem Vorsitzenden Richter** am BGH **zugleich den Vorsitz zweier Strafsenate** zuweist, **steht mit der materiell-rechtlichen Gewährleistung von Art. 101 I 2 GG nicht im Einklang und verstößt damit gegen das Gebot des gesetzlichen Richters.**

Fall: Die Stelle des Vorsitzenden des 2. Strafsenats des BGH ist seit dem ruhestandsbedingten Ausscheiden der vormaligen Vorsitzenden zum 31.01.2011 unbesetzt; der Geschäftsverteilungsplan weist seit diesem Zeitpunkt den Vorsitz mit „N.N.“ aus. Die Funktion des Vorsitzenden im Senat, dem im Hinblick auf eine voraussichtlich längere Vakanz zum 01.02.2011 als Ersatz für die ausgeschiedene Vorsitzende Richter am BGH Dr. B zugeteilt worden ist, hat vom 01.02. bis 31.12.2011 der stellvertretende Vorsitzende, Richter am BGH Prof. Dr. F, wahrgenommen.

Die Stelle des Vorsitzenden des 2. Strafsenats ist weiterhin vakant. Der stellvertretende Vorsitzende dieses Senats, der sich neben anderen um diese Stelle beworben hat, hat die ihm erteilte Anlassbeurteilung angefochten und gegen die beabsichtigte Ernennung eines anderen Bewerbers Antrag auf einstweiligen Rechtsschutz gestellt. Mit Beschluss vom 24.10.2011 hat daraufhin das VG K. im Wege der einstweiligen Anordnung untersagt, die Stelle zu besetzen, bevor Richter am BGH Prof. Dr. F unter Beachtung der Rechtsauffassung des Gerichts neu beurteilt worden ist. Die Entscheidung ist rechtskräftig.

Am 11.01.2012 ist dem Richter am BGH Prof. Dr. F eine neue Beurteilung ausgehändigt worden. Das Besetzungsverfahren, dessen weitere Dauer derzeit nicht absehbar ist, kann daher seinen Fortgang nehmen.

Das Präsidium des BGH hat am 15.12.2011 mehrere Mitglieder des 2. Strafsenats zu einer geplanten Änderung des Geschäftsverteilungsplans für das Geschäftsjahr 2012 angehört und sodann diese Änderung beschlossen. Danach ist mit Wirkung vom 01.01.2012 dem Vorsitzenden des 4. Strafsenats, Vorsitzender Richter am BGH Dr. E, der zum 30.06.2012 in den Ruhestand treten wird, auch der Vorsitz des 2. Strafsenats übertragen worden; zugleich bestimmt der Geschäftsverteilungsplan, dass die Tätigkeit im 2. Senat Vorrang gegenüber derjenigen im 4. Strafsenat hat. Richter am BGH Prof. Dr. S, der bisher allein Mitglied des 2. Strafsenats war, wurde mit jeweils 50% seiner Arbeitskraft dem 2. und 4. Strafsenat zugewiesen.

Grund für diese Änderung des Geschäftsverteilungsplans war, dass das Präsidium des BGH eine weitere Wahrnehmung der Aufgaben des Senatsvorsitzenden durch den Stellvertreter im 2. Strafsenat nicht mehr für zulässig hielt, weil es sich nach Ablauf von 11 Monaten der Vakanz nicht mehr um eine vorübergehende Verhinderung i.S. des § 21f II GVG handele.

Der **Geschäftsverteilungsplan**, mit dem Vorsitzender Richter am BGH Dr. E ab dem 01.01.2012 zugleich dem 2. und dem 4. Strafsenat als Vorsitzender zugewiesen ist, **steht nicht mit Art. 101 I 2 GG in Einklang.**

- I. Jeder Spruchkörper hat bei auftretenden Bedenken die Ordnungsmäßigkeit seiner Besetzung – von Amts wegen – zu prüfen und darüber in eigener Verantwortung zu entscheiden (vgl. BVerfGE 95, 322). Dies gilt unabhängig vom Vorliegen eines Besetzungseinwands von Verfahrensbeteiligten.

Zu beachten ist freilich, dass die **Überprüfung von Geschäftsverteilungsplänen** im Hinblick auf deren Rechtsnatur **Grenzen** unterliegt.

„Geschäftsverteilungspläne werden vom Präsidium eines Gerichts in Wahrnehmung der ihm nach § 21e GVG übertragenen Aufgabe in richterlicher Unabhängigkeit beschlossen (vgl. BGHZ 46, 147). Die Verteilung der richterlichen Aufgaben liegt im pflichtgemäßen Ermessen des Präsidiums, dem dabei ein weiter Einschätzungs- und Prognosespielraum eingeräumt ist. Dieser ist nach st. Rspr. der Verwaltungsgerichte erst überschritten, wenn für die Entscheidungen kein sachlicher Grund ersichtlich ist und die Verteilung der Geschäfte maßgeblich durch sachfremde Erwägungen geprägt, also die Grenze zur objektiven Willkür überschritten ist (vgl. BVerfG NJW 1982, 2274; s. auch BVerfG NJW 2008, 909). Dies führt naturgemäß dazu, dass der Geschäftsverteilungsplan insoweit nur einer beschränkten gerichtlichen Kontrolle zugänglich ist, die sich nicht darauf zu erstrecken hat, ob sich die getroffene Regelung als die zweckmäßigste darstellt oder sich bessere Alternativen angeboten hätten.

Davon unberührt bleibt aber die Prüfung, ob im Rahmen des Geschäftsverteilungsplans der Grundsatz des gesetzlichen Richters nach Art. 101 I 2 GG mit seinen Gewährleistungen hinreichende Beachtung gefunden hat (vgl. BVerfGE 95, 322).“ (BGH aaO)

- II. Schon angesichts des eingeschränkten Prüfungsmaßstabs stellt BGH aaO die Ausgangsüberlegung des Präsidiums, der Vorsitz im 2. Strafsenat könne nach 11 Monaten der Vakanz

nicht länger von dem geschäftsplanmäßigen Vertreter wahrgenommen werden, nicht in Frage.

*„Die Ansicht, es liege angesichts der **Dauer des Besetzungsverfahrens** eine **nicht nur vorübergehende Verhinderung des Vorsitzenden** vor, die eine Vertretung durch den Stellvertreter gem. § 21f II 1 GVG nicht mehr erlaube, ist nach Ansicht des Senats zwar nicht zwingend, aber jedenfalls vertretbar und ersichtlich frei von Willkür (vgl. hierzu BGH NJW 2006, 154; BFHE 190, 47; BVerwG NJW 2001, 3493; BSG NJW 2007, 2717).*

Gegenstand der Prüfung durch den Senat ist daher nicht etwa die Frage, ob das Präsidium überhaupt hätte tätig werden können oder müssen, sondern allein, ob die aufgrund der vom Präsidium vertretbar angenommenen Pflicht zum Tätigwerden konkret getroffene Entscheidung, den 2. und den 4. Strafsenat des BGH mit demselben Richter als Vorsitzenden zu besetzen, mit Art. 101 I 2 GG in Einklang steht.“ (BGH aaO)

III. Normen, die gerichtliche Zuständigkeiten bestimmen, sind so zu fassen, dass aus ihnen der im Einzelfall zuständige Richter möglichst eindeutig erkennbar wird. Das **Gebot der normativen Vorausbestimmung** wendet sich aber auch an die Judikative, die neben den Organen von Legislative und Exekutive ebenfalls Adressat der Garantie des Art. 101 I 2 GG ist (BVerfGE 82, 286). Daher sind sowohl das Präsidium eines Gerichts beim Beschluss der Geschäftsverteilungspläne als auch die gerichtlichen Spruchkörper in ihren Mitwirkungsregelungen von Verfassungen wegen gehalten, **hinreichend bestimmte Regelungen zur Zuständigkeit des einzelnen Richters** zu schaffen.

1. Nach **st. Rspr. des BVerfG** hat Art. 101 I 2 GG darüber hinaus einen materiellen Gewährleistungsgehalt: Die Verfassungsnorm garantiert, dass der Rechtssuchende im Einzelfall vor einem Richter steht, der unabhängig und unparteilich ist und die **Gewähr für Neutralität und Distanz gegenüber den Verfahrensbeteiligten** bietet (BVerfGE 82, 286; BVerfG 89, 28).

*„Der Normgeber einer Zuständigkeits- oder Besetzungsregelung hat deshalb Vorsorge dafür zu treffen, dass die Richterbank im Einzelfall mit Richtern besetzt ist, die dem zur Entscheidung anstehenden Streitfall mit der erforderlichen **professionellen Distanz** gegenüberstehen und ihr Amt in inhaltlicher Unabhängigkeit sachgerecht ausüben können.*

Art. 101 I 2 GG ist somit nicht nur als formale Bestimmung zu verstehen, die schon erfüllt ist, wenn die Richterzuständigkeit abstrakt-generell für alle anhängig werdenden Verfahren geregelt ist. „Ungesetzlich“ ist auch derjenige Richter, der in seiner Person nicht den materiellen Anforderungen des Grundgesetzes entspricht (vgl. BVerfGE 82, 286).“ (BGH aaO)

2. Der vom Präsidium des BGH mit Wirkung ab 01.01.2012 beschlossene Geschäftsverteilungsplan, durch den dem Vorsitzenden Richter am BGH Dr. E der Vorsitz in 2 Strafsenaten zugleich übertragen worden ist, genügt nur auf den ersten Blick dem **Gebot der normativen Vorausbestimmung**.

„Zwar fehlt – anders als bei Richter am BGH Prof. Dr. S, der beiden Senaten jeweils mit der Hälfte seiner Arbeitskraft zugewiesen ist – eine ausdrückliche Bestimmung darüber, wie die Arbeitskraft des Vorsitzenden Richters am BGH Dr. E auf die Senate zu verteilen ist. Bei Auslegung der getroffenen Regelungen für den 2. und 4. Strafsenat ergibt sich aber, dass ihm – ohne dass es insoweit auf die Frage der Verteilung seiner Arbeitskraft ankäme – jeweils allein und eigenverantwortlich, somit in vollem Umfang, die Wahrnehmung des Vorsitzes in beiden Senaten obliegt. Damit erfährt die Zuweisung des Vorsitzenden im Ausgangspunkt eine hinreichend bestimmte Regelung, die auch in der Vergangenheit – etwa bei zusätzlicher Übertragung eines Vorsitzes in einem Spezialsenat – verfassungsrechtlich unbeanstandet geblieben ist.

*Zu berücksichtigen ist hier freilich die Besonderheit, dass dem Vorsitzenden Richter am BGH Dr. E der Vorsitz in 2 voll ausgelasteten Strafsenaten des BGH übertragen worden ist, die für sich, wie bisher unbezweifelt geblieben ist, jeweils die volle Arbeitskraft eines Vorsitzenden Richters beanspruchen. Daher könnten Zweifel aufkommen, wie der im Geschäftsverteilungsplan vorgesehene, allerdings nicht näher erläuterte Vorrang des Vorsitzes im 2. Strafsenat zu verstehen ist und ob er dem Gebot der normativen Vorausbestimmung hinsichtlich gleichzeitiger Anforderungen durch den 2. und 4. Strafsenat entspricht. Denn es liegt auf der Hand, dass es im Geschäftsablauf zweier Strafsenate – bezogen auf den Vorsitz – ständig zu **Kollisionen hinsichtlich unterschiedlicher zu erfüllender Aufgaben** kommen kann. Dies gilt unabhängig davon, dass beide Senate in ihren Mitwirkungsgrundsätzen jeweils alternierende Beratungswochen vorgesehen haben. Gleichwohl können Organisations- und Verwaltungsangelegenheiten, Beratungs- und Verhandlungstermine des einen Senats zeitgleich mit Aufgaben im anderen Senat zusammentreffen. Ob jede Form einer dienstlichen Beanspruchung im 2. Strafsenat, etwa auch die Auslastung mit Verwaltungsangelegenheiten, es rechtfertigt, die Wahrnehmung des Vorsitzes im 4. Strafsenat zurückzustellen, lässt sich der Vorrangregelung nicht eindeutig entnehmen; diese könnte auch auf Terminkollisionen hinsichtlich aller oder einzelner richterlicher Aufgaben beschränkt sein.*

Insoweit spricht Einiges dafür, dass im Geschäftsverteilungsplan ein vermeidbarer Spielraum verbleibt, weil er offen lässt, in welchen Fällen möglicher dienstlicher Verhinderung im 2. Strafsenat die richterliche Tätig-

keit im 4. Strafsenat zurücktreten darf. Der Senat braucht dies nicht zu entscheiden, da nach seiner Ansicht die Übertragung eines Doppelvorsitzes jedenfalls mit der materiell-rechtlichen Gewährleistung des Art. 101 I 2 GG nicht in Einklang zu bringen ist.“ (BGH aaO)

3. Art. 101 I 2 GG stellt – wie oben dargelegt – **materielle Anforderungen an den gesetzlichen Richter**, die auch das Präsidium **bei der Aufstellung seiner Geschäftsverteilungspläne zu beachten** hat.

„Nur der **neutrale, unparteiliche und unabhängige Richter** ist „gesetzlicher Richter“ i. S. der Verfassungsnorm. **Herausragende Bedeutung** kommt dabei der durch Art. 97 GG geschützten **Unabhängigkeit des Richters** zu, die ihrerseits nicht nur zu den grundlegenden verfassungsgestaltenden Strukturprinzipien des Grundgesetzes zählt, sondern vor allem auch **notwendige Voraussetzung** für die Verwirklichung des **Justizgewährungsanspruchs** ist (vgl. Papier NJW 1990, 8). **Grundrechtlich garantierter effektiver Rechtsschutz** ist (unter anderem) nur durch **sachlich und persönlich unabhängige Richter** möglich. Aus diesem Grund sind sie **prinzipiell unabsetzbar und unversetzbar** (BVerfGE 14, 156; BVerfG 17, 252).

Darin aber erschöpft sich die Gewährleistung der richterlichen Unabhängigkeit nicht; sie fordert auch **Minimalbedingungen für die freie Ausübung der richterlichen Tätigkeit**. So wenig ein Richter durch Maßnahmen der Geschäftsverteilung aus seinem Amt verdrängt werden darf (vgl. BVerfGE 17, 252, 259; BVerfG NJW 2008, 909), indem ihm durch den Geschäftsverteilungsplan praktisch kaum noch Aufgaben zugewiesen werden, so wenig darf er mit **unerfüllbaren Aufgaben** beauftragt werden, indem ihm ein **Pensum** auferlegt wird, **das sich in sachgerechter Weise nicht mehr erledigen lässt**. Eine sichere oder auch nur in Kauf genommene **dauerhafte Überlastung eines Richters beeinträchtigt** ohne Weiteres die gleichmäßige **Verwirklichung des Justizgewährungsanspruchs der Rechtssuchenden** und stellt damit die **Unabhängigkeit des Richters** bei der Erledigung der ihm übertragenen Aufgaben **in Frage** (vgl. BVerfGE 78, 211).

Maßgeblich für die Beurteilung, ob das übertragene Pensum sich (noch) sachgerecht erledigen lässt, ist ein **abstrakt-genereller Maßstab**. Es ist **nicht auf die individuelle Belastbarkeit des einzelnen Richters abzustellen**, erst Recht nicht darauf, ob ein Richter bereit und subjektiv willens ist, ein beliebiges, ggf. weit **überdurchschnittliches Pensum** zu leisten. Vielmehr ist zu fragen, ob es sich um ein **Arbeitspensum** handelt, das sich allgemein – nach der Lebenserfahrung, den für Fälle der betreffenden Art üblichen Maßstäben und den Anforderungen, welche an Richter in der entsprechenden Funktion nach allgemeiner Erfahrung gestellt werden können – **auf Dauer erledigen lässt, oder ob es diese Grenze überschreitet**.“ (BGH aaO)

4. Unter Zugrundelegung dieses Maßstabs kommt BGH aaO zu dem Ergebnis, dass die **Übertragung eines Doppelvorsitzes** in 2 Strafsenaten des BGH ein **Arbeitspensum beinhaltet, das sich nach abstrakt-genereller Betrachtung sachgerecht von einem Vorsitzenden nicht so bewerkstelligen lässt**, dass der Justizgewährungsanspruch rechtsuchender Beschwerdeführer dadurch nicht beeinträchtigt wird.

„Die Übertragung eines Doppelvorsitzes bei 2 Strafsenaten des BGH stellt ein Arbeitspensum dar, das dem Vorsitzenden – unabhängig von seiner konkreten Person – nicht mehr die **verantwortungsvolle Ausübung der richterlichen Tätigkeit** in beiden Senaten ermöglicht (vgl. zum gleichzeitigen Vorsitz in mehreren Strafkammern beim LG BGHSt 2, 71, wo der BGH aber – wie bei BGHSt 8, 17 – nicht auf die damit verbundene Belastung des Vorsitzenden und den Einfluss auf dessen Unabhängigkeit, sondern auf dessen **fehlenden richtungsgebenden Einfluss zur Leitung der Spruchkörper** abstellt). Das gilt auch unter Berücksichtigung von denkbaren, rechtlich zulässigen Entlastungen. Dies führt zu einer **die Unabhängigkeit beeinträchtigenden Überbelastung** und dazu, dass der überbelastete Vorsitzende Richter nicht mehr der „gesetzliche Richter“ i.S.v. Art. 101 I 2 GG ist. Mit der Übertragung eines weiteren Vorsitzendenamts wird dem Richter – ungeachtet der konkreten Belastung im einzelnen Senat – ein über dem bisherigen Maß voller Belastung liegendes Arbeitspensum auferlegt, das sich nicht nur gegenüber früherer Belastung, sondern auch im **Verhältnis zu anderen Vorsitzenden von Strafsenaten beim BGH** im Januar 2012 einer doppelten Belastung annähern dürfte. Es ist bislang nicht in Frage gestellt worden, dass bereits die Leitung eines Strafsenats beim BGH die Arbeitskraft eines Vorsitzenden im Wesentlichen ausschöpft.

Es liegt demnach auf der Hand, dass der gleichzeitige Vorsitz in 2 voll belasteten Strafsenaten nicht ohne gravierende, den Justizgewährungsanspruch **substanziell einschränkende Qualitätseinbußen** ausgeübt werden kann. Dies gilt auch, soweit man davon ausginge, dass Vorsitzender Richter am BGH Dr. E durch die Vorrangregelung zu Gunsten des 2. Strafsenats im Ergebnis eine bis zu 25% reichende Entlastung der Aufgaben im 4. Strafsenat (vgl. BGHZ 37, 210; zur möglichen Vertretung auch BGHSt 28, 290) erfahren könnte (insoweit allerdings fraglich; vgl. dazu OLG Hamburg StV 2003, 11, wonach dann, wenn dem Vorsitzenden eines Spruchkörpers zusätzliche Aufgaben – insbesondere der Vorsitz in einem weiteren Spruchkörper – übertragen werden, die er in Folge ohnehin bestehender Arbeitsbelastung voraussehbar nicht erbringen kann, in Bezug auf die zusätzlichen Aufgaben ein Fall der Verhinderung nach § 21f II GVG nicht vorliegen soll). Auch ein Arbeitspensum, das „nur“ 175% desjenigen eines durchschnittlichen Vorsitzenden Richters ausmacht, ist ohne eine **exorbitante Steigerung der Arbeitsleistung** nicht zu bewältigen. Ein solches Maß an Arbeitsaufwand schuldet der Richter, wenn überhaupt, allenfalls bei ganz besonderer, nicht vorhersehbarer dienstlicher Notwendigkeit, und dies auch nur „vorübergehend“. Keinesfalls ist er aber verpflichtet, planmäßig und für einen längeren Zeitraum, der hier angesichts der Unabsehbarkeit des Beset-

zungsverfahrens bis zu 6 Monaten (bis zur Pensionierung des Vorsitzenden Richters am BGH Dr. E) dauern kann, gleichzeitig nahezu zwei volle Stellen als Vorsitzender auszufüllen.“ (BGH aaO)

5. Dieses Ergebnis wird auch nicht dadurch in Frage gestellt, dass die vom Präsidium des BGH beschlossene Einrichtung eines Doppelvorsitzes in der vorliegenden Form als einzig denkbare Lösung des oben dargestellten Problems in Betracht käme.

„Dies ist nämlich nicht der Fall. Vielmehr sind Alternativen denkbar, die bei entsprechender Ausgestaltung nicht Gefahr laufen, mit Art. 101 I 2 GG voraussichtlich in Konflikt zu geraten. Dies könnte etwa eine **vorübergehende Verkleinerung der Geschäftsaufgabe des 2. und/oder 4. Strafsenats** auf ein Maß sein, welches einen Doppelvorsitz ermöglicht. Denkbar wäre auch eine Zuweisung des Vorsitzenden des 4. Strafsenats allein an den 2. Strafsenat – unter Inkaufnahme einer **vorübergehenden Vakanz im 4. Strafsenat** –; schließlich, auf der Grundlage der Senatsmeinung zu § 21f II GVG, auch eine weitere **Fortführung der Vertretung**.“ (BGH aaO)

(BVerfG, NJW 2012, 1715; Beschluss vom 21.03.2012 – 1 BvR 2365/11)

1. Für letztinstanzliche Entscheidungen besteht von Verfassungs wegen **grundsätzlich kein Begründungszwang**.
2. Lässt ein Fachgericht ein Rechtsmittel nicht zu, müssen die Urteilsgründe das BVerfG in die Lage versetzen zu überprüfen, ob das Gericht dabei ein von der jeweiligen Rechtsordnung **grundsätzlich eröffnetes Rechtsmittel ineffektiv** gemacht hat.
3. Die **Begründungsobliegenheit** folgt in dieser Konstellation **aus Art. 19 IV GG** oder – im Zivilprozess – **aus Art. 2 I i. V. mit Art. 20 III GG** sowie, wenn die Nichteröffnung der weiteren Instanz als Entzug des gesetzlichen Richters gerügt wird, **aus Art. 101 I 2 GG**.
4. **Fehlt** der Entscheidung über die Nichtzulassung der Revision eine **nachvollziehbare Begründung**, so wird das Verfahrensrecht willkürlich verletzt und es liegt ein **Verstoß gegen die Garantie des gesetzlichen Richters** (Art. 101 I 2 GG vor).

Fall Die Verfassungsbeschwerde betrifft unerlaubtes Filesharing im Internet im Zusammenhang mit der Rüge einer Verletzung von Verfahrensgrundrechten.

Der Bf. – ein auf Onlinerecherche und Internetpiraterie spezialisierter Polizeibeamter – wurde von Unternehmen der Musikindustrie auf Schadensersatz auf Grund von Filesharing über seinen privaten Internetzugang in Anspruch genommen. Im Laufe des Rechtsstreits wurde unstreitig, dass der volljährige Sohn der Lebensgefährtin des Bf. dessen Internetzugang genutzt und über diesen in einer Tauschbörse 3749 Musikdateien zum Download angeboten hatte. Den auf Schadensersatz gerichteten Anspruch nahmen die Kl. daraufhin zurück, forderten aber weiterhin Ersatz der durch die Abmahnung entstandenen Rechtsverfolgungskosten. Diese berechneten sie aus einem Gegenstandswert von 400 000 Euro, woraus sich eine Forderung von rund 3500 Euro ergab.

Das LG Köln (ZUM-RD 2011, 111 = BeckRS 2010, 29606) hat den Bf. im Wesentlichen antragsgemäß verurteilt. Das OLG Köln (Urt. v. 22.07.2011 – 6 U 208/10, BeckRS 2012, 09429) hat auf die Berufung das landgerichtliche Urteil nur im Hinblick auf die sich aus dem Streitwert ergebende Höhe der Verurteilung abgeändert und die Berufung im Übrigen zurückgewiesen. Soweit hier von Interesse, begründet das Gericht sein Urteil unter Verweis auf die „Sommer unseres Lebens“-Entscheidung des BGH (BGHZ 185, 330 = NJW 2010, 2061) damit, dass der Inhaber eines Internetanschlusses, der diesen einem Dritten zur eigenverantwortlichen Nutzung überlasse, den Dritten darüber aufklären müsse, dass die Teilnahme an Tauschbörsen verboten sei. Hiergegen richtet sich der Bf. mit seiner Verfassungsbeschwerde. Er ist der Auffassung, dass die Nichtzulassung der Revision durch das OLG Köln ihn der Garantie des gesetzlichen Richters aus Art. 101 I 2 GG verletzt. Ist die Verfassungsbeschwerde begründet?

Die Verfassungsbeschwerde ist begründet, wenn der Bf. durch die Entscheidung des OLG Köln in einem Grundrecht oder einem grundrechtsgleichen Recht verletzt ist. Als grundrechtsgleiches Recht ist auch die Garantie des gesetzlichen Richters in Art. 101 I 2 GG anzusehen, deren Verletzung der Bf. hier rügt.

I. Schutzbereich

Zunächst müsste im Hinblick auf die Nichtzulassung der Revision im Urteil des OLG Köln überhaupt der Schutzbereich des Art. 101 I 2 GG eröffnet sein.

1. Begriff des gesetzlichen Richters

Jeder hat einen Anspruch darauf, dass seine Angelegenheit von dem Richter entschieden wird, dem die Entscheidung über diese Sache gesetzlich zugewiesen ist.

Hierbei ist tatsächlich der individuell entscheidende Richter und nicht nur das zuständige Gericht gemeint.

Dieses Grundrecht soll vor einer willkürlichen Manipulation der Zuständigkeiten schützen. Ein Eingriff ist bereits dann anzunehmen, wenn abstrakt die Möglichkeit zu einer solchen Manipulation besteht.

2. Bestimmung des gesetzlichen Richters

Die Bestimmung des gesetzlichen Richters muss durch ein Gesetz erfolgen; Verwaltungsvorschriften reichen für sich genommen nicht aus, um den gesetzlichen Richter festzulegen. Nicht erforderlich ist allerdings ein Gesetz im formellen Sinne, vielmehr ist auch eine Regelung durch Rechtsverordnung und Satzung möglich, wozu auch die Geschäftsverteilungspläne der Gerichte zählen. Lediglich die wesentlichen Grundentscheidungen müssen durch ein formelles Gesetz getroffen werden.

Da dem Bf. durch die Nichtzulassung der Revision der Weg in eine weitere Instanz verwehrt wurde und daher keine weitere gerichtliche Kontrolle vorgesehen ist, kann zumindest davon ausgegangen werden, dass der Schutzbereich des Art. 101 I 2 GG betroffen ist.

II. Eingriff

Es müsste auch ein Eingriff in die Garantie des gesetzlichen Richters durch das Urteil des OLG Köln erfolgt sein. Eingriff ist jedes dem Staat zurechenbare Verhalten, welches die Betätigung im grundrechtlich geschützten Bereich unmittelbar oder mittelbar unmöglich macht oder erschwert. Die Entscheidung des OLG Köln stellt eine Maßnahme der Staatsgewalt der Exekutive dar. Da dem Bf. der weitere Rechtsweg verschlossen wird, könnte daher in der Nichtzulassung der Revision ein Eingriff vorliegen.

Das Recht auf den gesetzlichen Richter ist nicht beschränkbar und findet seine Grenze allenfalls im kollidierenden Verfassungsrecht, so dass grundsätzlich jeder Eingriff verfassungsrechtlich unzulässig ist.

Ein Eingriff in die Garantie des gesetzlichen Richters kann durch die Judikative immer dann erfolgen, wenn Verfahrensvorschriften willkürlich unrichtig angewandt wurden.

„Durch eine willkürliche Auslegung oder Anwendung des § 543 II 1 ZPO kann der im Berufungsrechtszug unterlegenen Partei der Zugang zur Revision unter Verletzung von Art. 101 I 2 GG versperrt werden (vgl. BVerfGK 2, 202 [204] = BeckRS 2004, 20401 m. w.N.).“ (BVerfG aaO)

Die Begründetheit der Verfassungsbeschwerde des Bf. hängt damit nur davon ab, ob die Nichtzulassung der Revision durch das OLG Köln eine willkürliche Fehlanwendung des § 543 II 1 ZPO darstellt. Ist dies der Fall, liegt ein unzulässiger Eingriff in die Garantie des gesetzlichen Richters vor.

1. Fehlanwendung des § 543 II 1 ZPO

Die Revision findet nach § 543 I ZPO nur statt, wenn sie das Berufungsgericht in dem Urteil oder das Revisionsgericht auf Beschwerde gegen die Nichtzulassung zugelassen hat. Nach § 543 II 1 ZPO ist die Revision zuzulassen, wenn die Rechtssache grundsätzliche Bedeutung hat oder die Fortbildung des Rechts oder die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung eine Entscheidung des Revisionsgerichts erfordert.

a) Begründung der Nichtzulassungsentscheidung

Die nicht ausdrückliche Zulassung der Revision stellt insofern eine Entscheidung über die Nichtzulassung dar. Da für letztinstanzliche Entscheidungen von Verfassungs wegen grundsätzlich kein Begründungszwang besteht, könnte insofern auch eine Begründung für die Entscheidung über die Nichtzulassung der Revision entbehrlich sein.

„Lässt ein Fachgericht ein Rechtsmittel nicht zu, müssen die Urteilsgründe das BVerfG in die Lage versetzen zu überprüfen, ob das Gericht dabei ein von der jeweiligen Rechtsordnung grundsätzlich eröffnetes Rechtsmittel ineffektiv gemacht hat (vgl. BVerfGE 104, 220 [231 f.] = NJW 2002, 2456 m. w.N.). Darin liegt kein Widerspruch zu dem Grundsatz, dass letztinstanzliche Entscheidungen von Verfassungs wegen nicht begründet zu werden brauchen (vgl. BVerfGE 50, 287 [289 f.] = NJW 1979, 1161; BVerfGE 104, 1 [7 f.] = NJW 2001, 3256 L; st. Rspr.). Die Begründungsobliegenheit folgt in dieser Konstellation aus Art. 19 IV GG oder – im Zivilprozess – aus Art. 2 I i. V. mit Art. 20 III GG sowie, wenn die Nichteröffnung der weiteren Instanz als Entzug des gesetzlichen Richters gerügt wird, aus Art. 101 I 2 GG. Denn ein Berufungsgericht, das die Revision nicht zulässt, entscheidet, falls die Nichtzulassungsbeschwerde nicht eröffnet ist, unanfechtbar über die Erreichbarkeit von höherinstanzlichem Rechtsschutz im konkreten Fall. Unterlässt das Fachgericht eine nachvollziehbare Begründung seiner Nichtzulassungsentscheidung, kommt eine Aufhebung durch das BVerfG dann in Betracht, wenn die Zulassung des Rechtsmittels nahegelegen hätte (vgl. BVerfG [2. Kammer des Ers-

ten Senats], NJW 2011, 288 = GRUR 2010, 999 Rn. 49 f. m. w.N. zur Vorlagepflicht gem. Art. 267 AEUV).“ (BVerfG aaO)

b) Vorliegen von Zulassungsgründen

Die Zulassung der Revision könnte hier nach § 543 II 1 ZPO angezeigt gewesen sein.

„**Grundsätzliche Bedeutung** i. S. des § 543 II 1 Nr. 1 ZPO kommt einer Sache nach der ständigen Rechtsprechung des BGH zu, wenn sie eine **klärungsbedürftige und klärungsfähige Rechtsfrage** aufwirft, die sich in einer **unbestimmten Vielzahl** weiterer Fälle stellen kann und deshalb das abstrakte Interesse der Allgemeinheit an der **einheitlichen Entwicklung und Handhabung des Rechts** berührt (BGHZ 154, 288 [291] = NJW 2003, 1943).

Zur **Fortbildung des Rechts** i. S. des § 543 II 1 Nr. 2 Alt. 1 ZPO ist die Revision zuzulassen, wenn der Einzelfall Veranlassung gibt, **Leitsätze** für die Auslegung von Gesetzesbestimmungen des materiellen oder des Verfahrensrechts **aufzustellen** oder **Gesetzeslücken auszufüllen**. Ein solcher Anlass besteht für die Entwicklung höchstrichterlicher Leitsätze nur dann, wenn es für die rechtliche Beurteilung typischer oder verallgemeinerungsfähiger Lebenssachverhalte an einer **richtungsweisenden Orientierungshilfe ganz oder teilweise fehlt** (BGHZ 154, 288 [292] = NJW 2003, 1943).

Eine höchstrichterliche Entscheidung ist schließlich zur **Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung** (§ 543 II 1 Nr. 2 Alt. 2 ZPO) erforderlich, wenn die anzufechtende Entscheidung **von der Entscheidung eines höher- oder gleichrangigen Gerichts abweicht** und auf dieser Abweichung beruht. Eine Abweichung in diesem Sinne liegt nur vor, wenn die anzufechtende Entscheidung ein und dieselbe Rechtsfrage anders beantwortet als die Vergleichsentscheidung. Erforderlich ist weiter, dass über den Einzelfall hinaus ein **allgemeines Interesse** an einer korrigierenden Entscheidung des Revisionsgerichts besteht (BGHZ 154, 288 [292 ff.] = NJW 2003, 1943).“ (BVerfG aaO)

c) Auseinandersetzung mit den Zulassungsgründen

Wegen des vorbeschriebenen Gewährleistungsgehalts der Garantie des gesetzlichen Richters ist es erforderlich, dass sich das Gericht bei der Entscheidung über die Nichtzulassung der Revision mit den gesetzlichen Zulassungsgründen auseinandersetzt und die Entscheidung klar erkennen lässt, aus welchen Gründen die Revision nicht zugelassen wurde.

„**Zu der Rechtsfrage**, ob einen Internetanschlusser Prüf- und Instruktionspflichten gegenüber sonstigen Nutzern des Anschlusses treffen, werden **unterschiedliche Auffassungen** vertreten. Skeptisch werden solche Pflichten insbesondere gegenüber volljährigen Familienmitgliedern beurteilt (zusammenfassend Heckmann, jurisPK-ITR, Kap. 3.2 Rn. 64 ff., 77 ff. [Sept. 2011] m. w.N.).“ (BVerfG aaO)

So hat das OLG Frankfurt a. M., GRUR-RR 2008, 73 [74] = MMR 2008, 169) eine Pflicht, die Benutzung eines Internetanschlusses zu überwachen oder gegebenenfalls zu verhindern, nur dann gesehen, wenn der Anschlusshaber **konkrete Anhaltspunkte** dafür hat, dass der Nutzer den **Anschluss zu Rechtsverletzungen missbrauchen** wird und angenommen, dass solche Anhaltspunkte deshalb bestehen nicht, solange dem Anschlusshaber keine früheren Verletzungen dieser Art durch den Nutzer oder andere Hinweise auf eine Verletzungsabsicht bekannt sind oder hätten bekannt sein können.

Das OLG Köln, NJOZ 2011, 1239 = ZUM-RD 2011, 309 hingegen lässt für das Entstehen einer Instruktions- und Überwachungspflicht bereits die **Überlassung des Anschlusses an einen Dritten, gleich welchen Alters**, genügen. Ob dies auch auf Ehepartner zutrifft, hat dasselbe Gericht, ohne die Frage bereits entscheiden zu müssen, hingegen skeptisch gesehen (vgl. OLG Köln,). Es hat im Übrigen in einem früheren Urteil festgehalten, es werde nicht einheitlich beurteilt, inwieweit der Inhaber eines Internetanschlusses dafür Sorge zu tragen habe, dass Dritte, die Zugang zu dem Internetanschluss haben, bei der Nutzung dieses Internetanschlusses nicht urheberrechtliche Nutzungsrechte verletzen (vgl. GRUR-RR 2010, 173 [174] = MMR 2010, 281).

Der **BGH** hat die Frage für die hier relevante Konstellation noch nicht entschieden. In ständiger Rechtsprechung geht er von dem **Grundsatz** aus, die **Haftung** als Störer setze die **Verletzung von Prüfpflichten** voraus; deren Umfang bestimme sich danach, ob und inwieweit nach den Umständen eine **Prüfung zuzumuten** sei (vgl. BGHZ 185, 330 [335 f.] = NJW 2010, 2061 m. w.N.).

„Dieser auch im angegriffenen Urteil zitierte Obersatz ist mit den Auffassungen beider Oberlandesgerichte vereinbar. Ob in der Konstellation des Ausgangsverfahrens Prüfpflichten überhaupt bestanden und falls ja, wie weit sie gingen, ist durch den vom BGH aufgestellten Rechtsgrundsatz offensichtlich noch nicht geklärt.“ (BVerfG aaO)

Somit ist deutlich, dass in der Rechtsprechung zur der maßgeblichen Frage verschiedene Auffassung vertreten werden, ohne dass eine Klärung der Frage durch höchstrichterliche Rechtsprechung bereits erfolgt ist.

„Mithin hätte hier eine **Revisionszulassung nahegelegen**, weil eine klärungsbedürftige und klärungsfähige Rechtsfrage, die sich in einer unbestimmten Vielzahl weiterer Fälle stellen kann und deshalb das abstrakte Interesse der Allgemeinheit an der einheitlichen Entwicklung und Handhabung des Rechts berührt (§ 543 II 1 Nr. 1 ZPO), sowie eine entscheidungserhebliche Abweichung i. S. von § 543 II 1 Nr. 2 Alt. 2 ZPO vorlag.

Gleichwohl hat das OLG – trotz Antrags des Bf. auf Zulassung der Revision in der mündlichen Verhandlung und in seiner Anhöhrungsrüge – **nicht nachvollziehbar begründet, warum es die Revision nicht von Amts wegen zugelassen hat**. Im angegriffenen Urteil heißt es lediglich, Gründe, die Revision zuzulassen, lägen nicht vor. In der Entscheidung über die Anhöhrungsrüge geht das OLG auf die Frage der Revisionszulassung nur insofern ein, als es sich durch den Vortrag zu „älterer“ oberlandesgerichtlicher Rechtsprechung nicht veranlasst sieht, die Revision zuzulassen.“ (BVerfG aaO)

Danach verletzt das angegriffene Urteil des OLG das Recht des Bf. auf den gesetzlichen Richter gem. Art. 101 I 2 GG. Denn die Nichtzulassung der Revision wird nicht nachvollziehbar begründet, obwohl die Zulassung der Revision nahegelegen hätte.

Ergebnis: Die Verfassungsbeschwerde ist begründet.

„Das Urteil des OLG ist hiernach gem. § 93 c II i. V. mit § 95 II BVerfGG aufzuheben. Die Sache ist an das OLG zurückzuverweisen. Diesem obliegt es zu prüfen, ob es an seiner Rechtsauffassung zu den Pflichten des Anschlussinhabers festhalten möchte; es müsste dann die Revision zulassen oder jedenfalls die Nichtzulassung schlüssig und verfassungsgemäß begründen.“ (BVerfG aaO)

(OVG Koblenz in NVwZ-RR 2012, 457; Urteil vom 08.03.2012 – 1 A 11258/11)

1. Eine **Rechtsbehelfsbelehrung**, die nicht darüber belehrt, dass Widerspruch auch im Wege der **elektronischen Kommunikation** gemäß § 3a VwVfG eingelegt werden kann, ist unrichtig und setzt die **Jahresfrist gemäß § 58 II VwGO** in Gang, wenn die Behörde den Zugang für die Übermittlung elektronischer Dokumente gemäß § 3a I VwVfG eröffnet hat.
2. Die **bloße Wiedergabe des § 70 I VwGO** ist in diesem Falle **nicht ausreichend**, weil sie geeignet ist, bei dem Betroffenen den Eindruck zu erwecken, trotz Eröffnung des Zugangs für die Übermittlung elektronischer Dokumente sei die Widerspruchseinlegung auf diesem Wege nicht zulässig.

Fall: Unter dem 15.11.2010 erteilte die Beklagte der Klägerin eine von dieser nicht beantragte Sondernutzungserlaubnis und setzte zugleich für den Zeitraum vom 01.10.2006 bis zum 31.05.2010 eine Sondernutzungsgebühr in Höhe von insgesamt 7.576,80 € fest. Die Rechtsbehelfsbelehrung des Bescheides lautete wie folgt:

„Gegen beiliegende Erlaubnis kann innerhalb eines Monats nach Bekanntgabe Widerspruch erhoben werden. Der Widerspruch ist bei der Stadtverwaltung Kaiserslautern, Referat Stadtentwicklung, Rathaus, Willy-Brand-Platz 1, 11. Obergeschoss, Zimmer-Nr. 1123-1124 oder bei der Geschäftsstelle des Stadtrechtsausschusses, Rathaus Nord, Benzinoring 1, 1. Obergeschoss, Zimmer-Nr. B 110, schriftlich oder zur Niederschrift einzulegen.“

Der Bescheid wurde am 15.11.2010 zur Post gegeben. In der Folgezeit kam es zu Gesprächen zwischen den Beteiligten, die allerdings ohne Ergebnis blieben. Am 10.01.2011 legte die Klägerin schriftlich Widerspruch bei der Beklagten ein und führte aus, der Widerspruch erfolge fristgemäß, weil die Monatsfrist hier nicht einschlägig sei, da die Rechtsbehelfsbelehrung des Bescheids nicht ausreichend sei. Nach der Einführung des elektronischen Rechtsverkehrs sei der Hinweis in der Rechtsbehelfsbelehrung, dass der Widerspruch schriftlich oder zur Niederschrift zu erheben sei, irreführend und fehlerhaft. Damit laufe die Jahresfrist gemäß § 58 II 2 VwGO. In der Sache sei der Bescheid rechtswidrig.

Der Stadtrechtsausschuss der Beklagten wies den Widerspruch der Klägerin mit Widerspruchsbescheid vom 12.05.2011 wegen Verfristung als unzulässig zurück und führte zur Begründung aus, eine Belehrung über die Möglichkeit der Einlegung des Widerspruchs in elektronischer Form sei nicht notwendig gewesen, da die Beklagte nach der Verkehrsanschauung keinen Zugang für den Empfang von Dokumenten mit qualifizierter elektronischer Signatur eröffnet habe. Tatsächlich hatte die Beklagte aber den Zugang für die Übermittlung elektronischer Dokumente mit qualifizierter elektronischer Signatur gemäß § 3a II VwVfG im Zeitpunkt des Bescheides vom 15.11.2010 eröffnet. Wurde der Widerspruch zu Recht als verfristet zurückgewiesen?

Grundsätzlich ist nach § 70 I VwGO der **Widerspruch binnen eines Monats** nach Zugang des angefochtenen Bescheides zu erheben. Selbst unter Berücksichtigung der Postlaufzeiten wäre vor diesem Hintergrund bei Aufgabe des Bescheides zur Post am 15.11.2010 die Widerspruchseinlegung am 10.01.2011 verfristet. Allerdings macht die Klägerin hier geltend, dass nicht die Monatsfrist des § 70 I VwGO läuft, sondern nach §§ 70 II, 58 II VwGO eine Frist von einem Jahr, da die **Rechtsbehelfsbelehrung** bezüglich der Möglichkeiten der Widerspruchseinlegung **fehlerhaft** gewesen sei.

I. Kausalität des Fehlers für Fristversäumnis

Zunächst ist fraglich, ob der geltend gemachte Fehler in der Rechtsbehelfsbelehrung im konkreten Fall kausal für die Versäumung der Monatsfrist gewesen sein muss. Wäre dies der Fall, so wäre der fehlende Hinweis auf die Möglichkeit, den Widerspruch im Wege der elektronischen Kommunikation gemäß § 1 I LVwVfG i. V. m. § 3a VwVfG einzulegen für den Fristlauf **unrelevant**, weil die Klägerin den **Widerspruch ohnehin schriftlich** eingelegt hat und nicht geltend machen kann, dass dieser Widerspruch in Schriftform nur deshalb nach Ablauf der Monatsfrist eingegangen ist, weil ihr die Möglichkeit der elektronischen Übermittlung nicht bekannt war.

Nach der Rechtsprechung des BVerwG(z.B. Urteil vom 30.04.2009, NJW 2009, 2322 m.w.N.) kommt es nicht darauf an, ob die im Einzelfall von dem jeweiligen Kläger beantragte Rechtsbehelfs- oder Rechtsmittelbelehrung tatsächlich kausal für die Nichteinhaltung der jeweils geltenden Frist war.

*„§ 58 VwGO macht den Lauf der Fristen in allen Fällen von der Erteilung einer ordnungsgemäßen Belehrung abhängig, **ohne Rücksicht darauf**, ob den Betroffenen die Möglichkeit und die Voraussetzungen der in Betracht kommenden Rechtsbehelfs tatsächlich unbekannt waren und ob das **Fehlen oder die Unrichtigkeit** der Rechts-*

behelfsbelehrung **kausal für das Unterbleiben oder die Verspätung** des Rechtsbehelfs war. Das dient der Rechtsmittelklarheit; in dem § 58 VwGO seine Rechtsfolgen **allein an die objektiv feststellbare Tatsache des Fehlens oder der Unrichtigkeit der Belehrung** knüpft, gibt die Vorschrift sämtlichen Verfahrensbeteiligten gleiche und zudem sichere Kriterien für die Bestimmungen der formellen Rechtskraft die Hand.“ (OVG Koblenz aaO)

Es kommt daher nicht auf die Kausalität des geltend gemachten Fehlers in der Rechtsbehelfsbelehrung für die Fristversäumung im konkreten Fall an.

II. objektive Fehlerhaftigkeit der Rechtsbehelfsbelehrung

Es gilt daher festzustellen, ob der fehlende Hinweis auf die Möglichkeit, den Widerspruch im Wege der elektronischen Kommunikation gemäß § 1 I LVwVfG i.V.m. § 3a VwVfG einzulegen, die Rechtsbehelfsbelehrung fehlerhaft macht.

Da die Beklagte den Zugang für die Übermittlung elektronischer Dokumente mit qualifizierter elektronischer Signatur gemäß § 3a II VwVfG im Zeitpunkt des Bescheides vom 15.11.2010 eröffnet hatte, war zu diesem Zeitpunkt die **Widerspruchseinlegung im Wege der elektronischen Kommunikation** nach dem Willen des Gesetzgebers, wie er in § 3a VwVfG wie auch z.B. in § 55a VwGO bezüglich der Kommunikation mit den Verwaltungsgerichten zum Ausdruck kommt, nicht nur grundsätzlich zulässig, sondern, nachdem der Zugang hierfür gemäß § 3a I VwVfG eröffnet war, auch **tatsächlich möglich**.

„Daher stand der Klägerin zur Widerspruchseinlegung neben der schriftlichen Form - in welcher Gestalt auch immer - und der schriftlichen Form unter Zuhilfenahme eine Amtsperson (zur Niederschrift) als weitere Form die elektronische Kommunikation zur Verfügung. Vor diesem Hintergrund war eine **Rechtsbehelfsbelehrung**, die lediglich auf die schriftliche Form oder die Möglichkeit, den Widerspruch zur Niederschrift einer Amtsperson einzulegen, verwies, **unvollständig und deshalb irreführend**, weil sie geeignet war, den Eindruck zu erwecken, die elektronische Kommunikation hierzu zu nutzen, sei nicht möglich.“ (OVG Koblenz aaO)

Daran ändert es auch nichts, dass in der **amtlichen Begründung zur Vorgängerregelung** des § 55a VwGO, nämlich des früheren § 86a VwGO, Überlegungen angestellt wurden, ob mit der Erwähnung „**schriftlich**“ in § 70 I VwGO möglicherweise auch die **elektronische Kommunikation erfasst** sein könnte.

„Ob aus dieser amtlichen Begründung (vgl. Schoch/Schmidt-Aßmann/Pietzner, § 55a VwGO, Rn. 3; VG Trier, Urteil vom 22.11.2009 - 1 K 365/09.TR -) möglicherweise geschlossen werden könnte, der Gesetzgeber verstehe die Formulierung „**schriftlich**“ derart umfassend, dass hierunter auch elektronische Kommunikation einzuordnen wäre, mag zwar von **Interesse für akademische Debatten** sein, übersteigt aber ersichtlich das **Verständnis des Normalbürgers**, auf das es in diesem Zusammenhang allein ankommt und von dem nicht erwartet werden kann, dass er unter Auswertung amtlicher Begründungen zu einem Gesetzentwurf eine Subsumtion dahingehend vornimmt, mit der Formulierung „**schriftlich**“ meine der Gesetzgeber auch die elektronische Kommunikation. Vielmehr ist von dem **allgemeinen Sprachverständnis** auszugehen, wonach „**schriftlich**“ die Erstellung eines tatsächlich existierenden schriftlichen Dokumentes - in welcher Form es letztendlich auch immer übermittelt wird - meint. Damit ist festzuhalten, dass nach dem **maßgeblichen Empfängerhorizont** die hier **streitige Rechtsbehelfsbelehrung** lediglich auf die eigenständige Erstellung eines **schriftlichen Dokumentes** bzw. durch einen Bevollmächtigten oder auf die Erstellung eines solchen schriftlichen Dokumentes unter Zuhilfenahme einer Amtsperson verweist.“ (OVG Koblenz aaO)

III. Relevanz des Hinausgehens über den Mindestinhalt einer Rechtsbehelfsbelehrung

Allerdings könnte es relevant sein, dass ein Hinweis auf die **Form der Rechtsbehelfseinlegung** und damit auch auf die Möglichkeit, den Rechtsbehelf im Wege der elektronischen Kommunikation einzulegen, **nicht zu dem Mindestinhalt einer Rechtsbehelfsbelehrung** zählt (vgl. BVerwG, Urteil vom 08.12.1961; NJW 1962, 1220). Darum geht es in diesem Zusammenhang aber nicht.

„Vielmehr ist darüber zu entscheiden, ob der über **den Mindestinhalt hinausgehende Hinweis** auf die Formerfordernisse **so vollständig** war, dass er einen **Irrtum** über die verschiedenen Möglichkeiten, den Formerfordernissen zu genügen, **ausschloss**. Das ist angesichts des fehlenden Hinweises auf die elektronische Kommunikation zu verneinen (vgl. VG Trier, Urteil vom 22.09.2009 - 1 K 365/09.TR -; OVG Berlin-Brandenburg, Beschlüsse vom 03.05.2010 - OVG 2 S 106/09 - und vom 02.02.2011 - OVG 2 N 10.10 - jeweils in juris; VG Potsdam, Urteil vom 18.08.2010 - 8 K 2929/09 - in juris; VG Neustadt a. d. Weinstraße, Urteile vom 10.06.2010 - 2 K 1192/09.NW, vom 10.09.2010 - 2 K 156/10.NW - und vom 30.06.2011 - 4 K 131/11.NW -; VG Koblenz, Urteil vom 24.08.2010 - 2 K 1005/09.KO - in juris; OVG des Landes Sachsen-Anhalt, Urteil vom 24.11.2010 - 4 L 115/09 - in juris; Niedersächs. Finanzgericht, Urteil vom 24.11.2011 - 10 K 275/11 - in juris). Der gegenteiligen Rechtsauffassung (vgl. BFH, Beschluss vom 02.02.2010 - III B 20/09 - in juris; Sozialgericht Marburg, Urteil vom 15.06.2011 - S 12 KA 295/10 - in juris; Hess. Landessozialgericht, Urteil vom 20.06.2011 - L 7 AL 87/10 - in juris; VG Frankfurt, Urteil vom 08.07.2011 - 11 K 4808/10.F - in juris) ...folgt der Senat hingegen nicht.“ (OVG Koblenz, aaO)

Grundsätzlich verlangt § 58 I VwGO nicht ausdrücklich eine Belehrung über das Formerfordernis. Ein solches Erfordernis kann nicht aus der gesetzlichen Formulierung herausgelesen werden. Eine Rechtsbehelfsbelehrung ist jedoch **nicht nur dann fehlerhaft**, wenn sie die in § 58 I VwGO **zwingend geforderten Angaben nicht enthalte**, vielmehr trifft dies auch dann zu, wenn ihr ein **unrichtiger oder irreführender Zusatz** beigefügt ist, der geeignet ist, bei dem Betroffenen einen Irrtum über die formellen und/oder materiellen Voraussetzungen des in Betracht kommenden Rechtsbehelfs hervorzurufen und ihn dadurch abzuhalten, den Rechtsbehelf einzulegen bzw. rechtzeitig einzulegen.

*„Einen derartigen irreführenden, über den Mindestinhalt der Rechtsbehelfsbelehrung hinausgehenden Hinweis hat das Bundesverwaltungsgericht für den Fall angenommen, dass sie die **verschiedenen vom Gesetzgeber eröffneten Möglichkeiten**, den Rechtsbehelf einzulegen, **nicht vollständig aufführt**, weil hierdurch der Eindruck erweckt werden kann, nur die in der Rechtsbehelfsbelehrung tatsächlich erwähnte Möglichkeit, der Form zu genügen, sei zulässig. Das waren seinerzeit allein die Vorgehensweisen, den Rechtsbehelf „schriftlich“ oder „zur Niederschrift“ einzulegen. Inzwischen hat der Gesetzgeber aber seit langem sowohl in den verschiedenen Verfahrensgesetzen wie auch in den unterschiedlichen Prozessordnungen die **elektronische Kommunikation als weitere Möglichkeit** geregelt, mit der den Formerfordernissen bei der Einlegung von Rechtsbehelfen oder Rechtsmitteln genügt werden kann. Auf diese Möglichkeit ist **zur Vermeidung von Irrtümern** daher dann auch in der Rechtsbehelfsbelehrung oder Rechtsmittelbelehrung hinzuweisen.“* (OVG Koblenz aaO)

In diesem Zusammenhang geht es nicht darum, ob die **Rechtsbehelfs- oder Rechtsmittelbelehrung** eine **umfassende Gebrauchsanweisung** sein muss.

*„**Maßgeblich** ist vielmehr allein, ob das **Fehlen eines Hinweises auf eine von den drei durch den Gesetzgeber eröffneten Möglichkeiten, formgerecht den Rechtsbehelf einzulegen**, den Eindruck erwecken kann, im konkreten Einzelfall bestehe diese Möglichkeit nicht. Davon ist zur Überzeugung des Senates auszugehen, wenn, wie hier, seitens der Beklagten auf deren Homepage einerseits ausdrücklich die „formgebundene elektronische Kommunikation“ erläutert wird, wie das Verwaltungsgericht in seinem Urteil darlegt, andererseits aber die Rechtsbehelfsbelehrung lediglich die schriftliche Widerspruchseinlegung oder die Einlegung des Widerspruchs zur Niederschrift erwähnt. Daher kommt es nicht darauf an, ob der Betroffene auch auf dem in der Rechtsbehelfsbelehrung erwähnten Weg zu seinem Ziel gelangen kann. Dies hat das Bundesverwaltungsgericht in seiner Rechtsprechung nämlich nicht als ausreichend angesehen.“* (OVG Koblenz aaO)

Hiergegen spricht auch nicht, dass die **technischen Voraussetzungen für die elektronische Kommunikation**, wie sie in § 3a VwVfG geregelt ist, noch nicht so verbreitet seien und deshalb die schriftliche Rechtsbehelfseinlegung bzw. die Einlegung zur Niederschrift „der regelmäßige Weg“ oder „Regelweg“ darstellten und zusätzliche Hinweise auf die elektronische Kommunikation den betroffenen Bürger nur verwirren würden.

*„Die **elektronische Kommunikation** - auch unter den Voraussetzungen des § 3a II VwVfG - ist längst **aus dem Status „Exotik“ herausgewachsen** und stellt nach dem Willen des Gesetzgebers einen den seit jeher bekannten Formen der Rechtsbehelfseinlegung **gleichgestellten Weg** dar. Es ist auch nicht nachvollziehbar, inwieweit es zur Verwirrung führen sollte, wenn auf diesen gleichberechtigten, nunmehr von dem Gesetzgeber eröffneten Weg in der Rechtsbehelfsbelehrung hingewiesen wird. **Die Erweiterung** von ursprünglich bestehenden zwei Wegen, Rechtsbehelfe einzulegen, **auf nunmehr einen dritten Weg** stellt zweifellos **keine Überforderung des betroffenen Bürgers** dar. Zudem wird durch einen solchen Hinweis von ihm nicht gefordert, ausschließlich diesen Weg zu beschreiten. Vielmehr bleiben ihm bei einer derartigen Fassung der Rechtsbehelfsbelehrung daneben die dann gleichfalls erwähnten, ihm seit alters her bekannten Wege offen, den Rechtsbehelf einzulegen.“* (OVG Koblenz aaO)

Auch der Wortlaut des § 70 I 1 VwGO bezüglich des Widerspruchs, sofern er die elektronische Kommunikation als mögliche zulässige Form nicht erwähnt, steht einer solchen Auffassung nicht entgegen.

*„**Unzweifelhaft** ist, dass der Gesetzgeber durch die genannten Bestimmungen die rechtlich zulässige Form **nicht auf die beiden** lediglich im Gesetzestext erwähnten Möglichkeiten „**schriftlich**“ oder „**zur Niederschrift**“ hat **begrenzen** wollen. Die entsprechenden Hinweise auf die Möglichkeit der elektronischen Kommunikation hat der Gesetzgeber **in anderen Vorschriften** - bezüglich der Kommunikation mit den Gerichten in § 55a VwGO und bezüglich der Kommunikation mit der Verwaltung in § 3a VwVfG - gegeben, weshalb es nicht sachgerecht ist, lediglich § 70 I VwGO bzw. § 81 I VwGO in den Blick zu nehmen ohne zu berücksichtigen, dass an anderer Stelle im Gesetz eigenständige Regelungen bezüglich der elektronischen Kommunikation bestehen. Wenn der Gesetzgeber die Möglichkeiten, formgerecht einen Rechtsbehelf einzulegen, in verschiedenen Bestimmungen geregelt hat, kann aus dem Umstand, dass dies nicht alles bereits in einer Vorschrift zusammengefasst ist, nicht geschlossen werden, dass die Erwähnung der lediglich in einer Norm aufgeführten Formen, den Rechtsbehelf zulässig einzulegen, hinreichend wäre, einen Irrtum bei dem Betroffenen über die Möglichkeiten, den Rechtsbehelf einzulegen, auszuschließen.“* (OVG Koblenz aaO)

Ergebnis: Die Rechtsbehelfsbelehrung war fehlerhaft, so dass die Jahresfrist der §§ 70 II, 58 II VwGO lief und der Widerspruch nicht verfristet war.

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.

Berufungsbegründung ZPO
 ZPO
 §§ 130 Nr.6, 520 V Unterzeichnung durch Rechtsanwalt mit dem Zusatz „i.V.“
 (BGH in AnwBl 2012, 659; Beschluss vom 26.04.2012 – VII ZB 83/10)

Ein **Rechtsanwalt, der eine Berufungsbegründung** für den dort bezeichneten Prozessbevollmächtigten der Partei **mit dem Zusatz "i.V." unterzeichnet, handelt** erkennbar als **Unterbevollmächtigter und übernimmt** mit seiner Unterschrift die **Verantwortung für den Inhalt der Berufungsbegründungsschrift**.

- I. Nach der **Rspr. des BGH** muss die Berufungsbegründungsschrift als bestimmender Schriftsatz im Anwaltsprozess grds. von einem beim Berufungsgericht postulationsfähigen Rechtsanwalt eigenhändig unterschrieben sein (§§ 130 Nr. 6, 520 V ZPO). Die Unterschrift soll die Identifizierung des Urhebers der schriftlichen Prozesshandlung ermöglichen und dessen unbedingten Willen zum Ausdruck bringen, die Verantwortung für den Inhalt des Schriftsatzes zu übernehmen (BGH VersR 2006, 387; BGH NJW 2005, 3773; BGH NJW-RR 2004, 1364; BGH MDR 2004, 349; BGH NJW 2003, 2028; ebenso: BAG NJW 1990, 2706). Zugleich soll sichergestellt werden, dass es sich bei dem Schriftstück nicht nur um einen Entwurf handelt, sondern dass es mit Wissen und Willen des Berechtigten dem Gericht zugeleitet worden ist.
- II. Ebenfalls höchstrichterlich geklärt ist, dass **Rechtsmittelbegründungsschriften** unter Wahrung der sich aus §§ 130 Nr. 6, 520 V ZPO ergebenden Formerfordernisse **in Untervollmacht von einem beim Rechtsmittelgericht zugelassenen** und damit **postulationsfähigen Rechtsanwalt unterzeichnet** werden können, weil auch dann sichergestellt ist, dass der Unterzeichnende die **Verantwortung für den Inhalt der Rechtsmittelbegründung und deren Einreichung** bei Gericht trägt (BGH NJW 2003, 2028; BAG NJW 1990, 2706 m. w. Nachw.).
- III. Bei Anwendung dieser Grundsätze sind nach **BGH aaO** die **Anforderungen an die Einreichung einer formgerechten Berufungsbegründung auch dann gewahrt, wenn ein Rechtsanwalt eine Berufungsbegründung** für den dort bezeichneten Prozessbevollmächtigten der Partei **mit dem Zusatz "i.V." unterzeichnet**.

„Sie ist handschriftlich mit einem die Identität des Ausstellers hinreichend kennzeichnenden individuellen Schriftzug unterzeichnet (vgl. BGH NJW 2005, 3773 m. w. Nachw.). Ebenfalls außer Frage steht, dass es sich beim Aussteller um eine bei dem Berufungsgericht postulationsfähige Rechtsanwältin handelt. Dass sie in Untervollmacht für den Prozessbevollmächtigten der Bekl. gehandelt hat, ergibt sich ohne weiteres aus dem ihrer Unterschrift handschriftlich hinzugefügten Zusatz "i.V." (vgl. BGH NJW 1988, 210 - in Abgrenzung zur Unterzeichnung mit dem Zusatz "i.A.").“ (BGH aaO)

- IV. **Der formellen Ordnungsmäßigkeit** der Berufungsbegründung **steht auch nicht entgegen, wenn im Zeitpunkt der Einreichung nicht zweifelsfrei erkennbar** ist, **ob sie von einem beim Oberlandesgericht zugelassenen Rechtsanwalt unterzeichnet** worden ist.

„[Diese] Auffassung überspannt die formalen, an den Nachweis der Postulationsfähigkeit geknüpften Anforderungen an die Begründung eines Rechtsmittels. Richtig ist zwar, dass die Postulationsfähigkeit Prozesshandlungsvoraussetzung ist, die im Zeitpunkt der Vornahme der Prozesshandlung gegeben sein muss (vgl. BGH NJW 1992, 2706 und NJW 1990, 1305). Daraus lässt sich indes nicht der Grundsatz ableiten, dass die Identität des Anwalts, der die Rechtsmittelbegründungsschrift unterzeichnet hat, bereits im Zeitpunkt des Ablaufs der für die Begründung des Rechtsmittels maßgeblichen Frist in solcher Weise eindeutig geklärt sein muss, dass endgültige Feststellungen zur Postulationsfähigkeit des Unterzeichners getroffen werden können. Nach der Rspr. des BGH hat ein Rechtsanwalt seine Postulationsfähigkeit weder bei der Einlegung noch bei der Begründung einer Berufung nachzuweisen oder auch nur glaubhaft zu machen. Ergeben sich bei der Prüfung der Zulässigkeit der Berufung im Verfahren nach § 522 I ZPO Zweifel hieran, hat das Berufungsgericht die erforderlichen Feststellungen von Amts wegen zu treffen. Maßgebend hierfür ist, wenn die Entscheidung gem. § 522 I 3 ZPO durch Beschluss ergeht, der Erkenntnisstand in dem Zeitpunkt, welcher im schriftlichen Verfahren nach allgemeinen Grundsätzen dem Schluss der mündlichen Verhandlung entspricht (Zum Ganzen: BGH NJW 2005, 3773). Hier stand jedenfalls in diesem Zeitpunkt fest, dass die Berufungsbegründung von der allgemein zugelassenen und deshalb nach der seit 2002 geltenden Rechtslage auch vor dem Oberlandesgericht postulationsfähigen Rechtsanwältin unterzeichnet ist.“ (BGH aaO)

Ordnungsgeld ZPO
 ZPO
 § 141 I, III 1 Verhängung gegen GmbH wegen Fernbleibens des Geschäftsführers
 (OLG Dresden in NZG 2012, 554; Beschluss vom 2. 11. 2011 – 5 W 1069/11x)

Bleibt der **alleinige Geschäftsführer einer GmbH trotz Anordnung des persönlichen Erscheinens** gem. § 141 I ZPO einem **gerichtlichen Verhandlungstermin unentschuldig fern, kann ein Ordnungsgeld** nach § 141 III 1 ZPO **nur gegen die GmbH, nicht aber gegen den Geschäftsführer festgesetzt werden**.

- I. Diese **Rechtsfrage** ist in der **Rspr. der Zivil- und Arbeitsgerichte umstritten**:
 - Zum einen wird die Auffassung vertreten, das Ordnungsgeld sei gegen den gesetzlichen Vertreter festzusetzen, der zum persönlichen Erscheinen in der mündlichen Verhandlung geladen worden sei (vgl. OLG Nürnberg NJOZ 2002, 188 = MDR 2001, 954; LAG Köln NZA-RR 2008, 491).

- Die Gegenauffassung nimmt dagegen an, das Ordnungsgeld könne nur unmittelbar gegen die Prozesspartei festgesetzt werden (vgl. OLG Frankfurt a. M. NJOZ 2005, 2550 = MDR 2006, 170; KG NJOZ 2007, 3484 = VersR 2008, 1234; LAG Hamm MDR 1999, 825).

II. Nach Auffassung des **OLG Dresden aaO** sprechen die besseren Argumente für die zuletzt genannte Auffassung.

„Schon der Wortlaut des § 141 III 1 ZPO weist auf die Partei des Rechtsstreits als den Adressaten des Ordnungsgeldes. Wenn dagegen vorgebracht wird, mit dem Begriff der Partei in § 141 III 1 ZPO sei der gesetzliche Vertreter gemeint, überzeugt dies nicht. Es ist zwar richtig, dass sich die Terminladung an den gesetzlichen Vertreter richtet. Dies ist aber nur Ausdruck des Umstands, dass bei Kapitalgesellschaften die Partei selbst nicht handlungsfähig ist und durch ihren gesetzlichen Vertreter handelt. Eine juristische Person besitzt keine körperliche Existenz und kann aus diesem Grunde nur durch ihren gesetzlichen Vertreter nach § 35 GmbHG, also ihren Geschäftsführer, an einer mündlichen Verhandlung teilnehmen. Dies ändert aber nichts daran, dass sich die Anordnung der Teilnahme an der Verhandlung an die juristische Person selbst richtet.

Diese Überlegung wird gestützt durch die weitere Ausgestaltung der Anordnung des persönlichen Erscheinens, wie sie sich aus der Regelung in § 141 III 2 ZPO ergibt. Nach dieser Vorschrift kann eine Partei nämlich ihre ordnungsgeldbewehrte Pflicht zum persönlichen Erscheinen dadurch erfüllen, dass sie nicht ihren gesetzlichen Vertreter, sondern eine sonstige Person entsendet, welche über bestimmte Kenntnisse und Vollmachten verfügt, die in § 141 III 2 ZPO näher bezeichnet werden. Diese Regelung unterstreicht, dass der Partei mit der Anordnung des persönlichen Erscheinens nicht die Verpflichtung zur Entsendung eines bestimmten Vertreters auferlegt wird. Vielmehr richtet sich die Anordnung an die Partei selbst, welche sie ihrerseits wahlweise durch ihren gesetzlichen Vertreter oder eine dritte Person, die ausreichend informiert und bevollmächtigt ist, erfüllen kann. Demzufolge kann der Adressat des Ordnungsgeldes nur die Partei selbst sein, nicht aber der Vertreter. Auch wenn sich die Terminladung direkt an den Vertreter richtet, wird dieser im Regelfall nicht als Person geladen, sondern in seiner Eigenschaft als Vertreter. Dies wird besonders deutlich, wenn man sich den Fall vorstellt, dass bei einer GmbH, die Partei eines Rechtsstreits ist, der Geschäftsführer in dem Zeitraum zwischen der Terminladung und der Durchführung des Verhandlungstermins wechselt. Erscheint nun der neue, aktuelle Geschäftsführer zu der mündlichen Verhandlung nicht, kann auf der Basis der hier vertretenen Auffassung gegen die Partei, die GmbH, ein Ordnungsgeld verhängt werden. Sieht man aber den gesetzlichen Vertreter der Partei als den Adressaten des Ordnungsgeldes, so kann bei dem geschilderten Sachverhalt wohl kein Ordnungsgeld ergehen, denn der nicht erschienene, aktuelle Geschäftsführer war in Person nicht geladen worden und die geladene Person ist nicht mehr Geschäftsführer.“ (OLG Dresden aaO)

ZPO
§§ 543 I Nr. 1, 552 II

Revisionszulassung
Wirksamkeit der Beschränkung
(BGH in MDR 2012, 728; Beschluss vom 17.04.2012 – VI ZR 140/11)

ZPO

Hat das **Berufungsgericht** eine im Tenor seines Urteils ohne Einschränkung ausgesprochene **Zulassung der Revision** in den Entscheidungsgründen mit der Rechtsgrundsätzlichkeit der Frage begründet, **unter welchen Voraussetzungen die örtliche Zuständigkeit gem. § 32 ZPO gegeben ist**, so liegt darin regelmäßig eine wirksame **Beschränkung der Zulassung auf die Zulässigkeit der Klage**.

I. Nach der **st. Rspr. des BGH** kann die Zulassung der Revision auf einen tatsächlich und rechtlich selbständigen Teil des Gesamtstreitstoffs beschränkt werden, der Gegenstand eines selbständig anfechtbaren Teil- oder Zwischenurteils sein könnte oder auf den der Revisionskläger selbst seine Revision beschränken könnte.

vgl. BGH VersR 2009, 1269; BGH NJW 2011, 155; BGH VersR 2007, 1230 jew. m. w. Nachw.

Die Zulassung der Revision kann insbes. auf die Frage der Zulässigkeit der Klage beschränkt werden, über die gem. § 280 ZPO vorab durch Zwischenurteil entschieden werden kann.

vgl. BGH NJW 1983, 2084; BGH WM 1990, 784; BGH NJW 1993, 1799; BGHZ 121, 367; BGH NJW 1998, 1138; BGH NJW 2001, 2176, 2177; BGH WM 2004, 853

II. Von einer derartigen **beschränkten Revisionszulassung** ist auszugehen, wenn das Berufungsgericht eine im Tenor seines Urteils ohne Einschränkung ausgesprochene Zulassung der Revision in den Entscheidungsgründen mit der Rechtsgrundsätzlichkeit der Frage begründet, unter welchen Voraussetzungen die örtliche Zuständigkeit gem. § 32 ZPO gegeben ist.

*„Zwar enthält die **Entscheidungsformel des Berufungsurteils** keinen Zusatz, der die dort ausgesprochene Zulassung der Revision einschränkt. Die **Beschränkung der Rechtsmittelzulassung kann sich aber auch aus den Entscheidungsgründen ergeben**. Es entspricht der st. Rspr. des BGH, dass der Tenor im Lichte der Entscheidungsgründe auszulegen und deshalb von einer beschränkten Revisionszulassung auszugehen ist, wenn sich dies aus den Gründen der Beschränkung klar ergibt. Das ist regelmäßig dann anzunehmen, wenn sich die vom Berufungsgericht als zulassungsrelevant angesehene Frage nur für einen **eindeutig abgrenzbaren selbständigen Teil des Streitstoffs** stellt (vgl. etwa BGH VersR 2009, 1269; BGH NJW 2011, 155; BGHZ 48, 134; BGH WM 1990, 784; BGH VersR 2007, 1230; BGH NJW-RR 2010, 909 jeweils m. w. Nachw.).*

Dies ist hier der Fall: Aus den Gründen des Berufungsurteils ergibt sich zweifelsfrei, dass das Berufungsgericht eine die Anrufung des Revisionsgerichts rechtfertigende Rechtsfrage nur in der Zulässigkeit der Klage gesehen hat. Danach ist die Revision nur wegen der grds. Rechtsfrage zugelassen worden, unter welchen Voraussetzungen die örtliche Zuständigkeit gem. § 32 ZPO bei Internetveröffentlichungen mit persönlichkeitsrechtsverletzenden Inhalten ohne internationalen Bezug gegeben ist. Da diese Rechtsfrage nur für die Zulässigkeit der Klage von Bedeutung ist und die Begründetheit der Klage hiervon in keiner Weise berührt wird, besteht kein Zweifel, dass sich die Zulassung nach dem hier allein maßgebenden objektiven Sinngehalt der Urteilsgründe (vgl. BGHZ 48, 134) auf die Frage der Zulässigkeit der Klage beschränkt.“ (BGH aaO)

StPO
§ 81c V

Verwertungsverbot
Körperliche Untersuchung eines Zeugen

StPO

(LG Dresden in StV 2012, 331; Beschluss vom 22.11.2011 – 14 KLS 204 Js 41068/08)

Ein **schwerwiegender Verstoß gegen den Richtervorbehalt** des § 81c V StPO kann zu einem **Verwertungsverbot führen**, auch wenn der Rechtskreis des Angekl. nicht betroffen ist.

„Nach gefestigter Rspr. dient die Vorschrift des § 81c StPO dem Schutz des Zeugen und nicht des Angekl. soweit der Rechtskreis des Angekl. also nicht betroffen ist, zieht ein Verstoß daher regelmäßig kein Beweisverwertungsverbot nach sich (Dallinger MDR 1953, 147; Krause, LR - StPO, 26. Aufl., § 81c Rn 64 f.; Meyer-Großner, StPO, 54. Aufl., § 81c Rn 32).

Allerdings kann insbes. auch die willkürliche Annahme von Gefahr im Verzug oder das Vorliegen eines besonders schwerwiegenden Fehlers ein Verwertungsverbot nach sich ziehen (BGHSt 44, 243 = StV 1999, 185).

Auch wenn die Vorschrift des § 81c StPO grds. den Rechtskreis des Angekl. nicht berührt, so ist der Verstoß gegen § 81c V StPO in diesem Fall derart schwerwiegend, dass er nach Überzeugung der Kammer zu einem Beweisverwertungsverbot führt. Der strafprozessual zum Schutz der Grundrechte des Zeugen vorgesehene Richtervorbehalt würde leer laufen, wenn das schlichte und somit objektiv willkürliche Ignorieren der gesetzlichen Eingriffsvoraussetzungen nicht zu einem Verwertungsverbot führen würde. Dieses erstreckt sich wegen des untrennbaren Zusammenhangs auch auf die bei der Untersuchung gefertigten Lichtbilder und die unmittelbar dabei gewonnenen persönlichen Eindrücke.“ (LG Dresden aaO)

StPO
§ 140 II

Pflichtverteidigerbeibringung
Keine Notwendigkeit der Verteidigung bei nachträglicher Gesamtstrafenbildung
(OLG Stuttgart in NSTZ-RR 2012, 214; Beschluss vom 02.03.2012 – 2 Ws 37/12)

StPO

Ein **Fall der notwendigen Verteidigung** i.S. von § 140 II StPO liegt **nicht allein deshalb** vor, **weil** die zu verhängende geringe **Strafe voraussichtlich in einem anderen Verfahren in eine Gesamtfreiheitsstrafe von mehr als einem Jahr einzubeziehen** sein wird.

- I. Die Vorschriften der StPO über die notwendige Verteidigung und die Bestellung eines Verteidigers stellen sich als **Konkretisierung des Rechtsstaatsprinzips** in seiner Ausgestaltung als **Gebot fairer Verhandlungsführung** dar. Der Besch. muss die Möglichkeit haben, zur Wahrung seiner Rechte auf den Gang und das Ergebnis des Verfahrens Einfluss zu nehmen. Dazu gehört auch, dass ein Besch., der die Kosten eines gewählten Verteidigers nicht aufzubringen vermag, in schwerwiegenden Fällen von Amts wegen und auf Staatskosten einen rechtskundigen Beistand (Verteidiger) erhält (Meyer-Goßner § 140 Rn 1 m. w. Nachw.).

Für die Bewertung, ob ein solcher schwerwiegender Fall vorliegt, kommt es deshalb zunächst auf das Gewicht der Rechtsfolgen an, die in dem betreffenden Verfahren, in dem sich der Besch. verteidigen muss, zu erwarten sind, ggf. auf die zu erwartende Gesamtstrafe unter Einbeziehung vorangegangener Verurteilungen (für viele Meyer-Goßner, § 140 Rn 23 m. w. Nachw.).

Darüber hinaus ist allerdings auch die **Gesamtwirkung der Strafe zu berücksichtigen**. Hierzu gehören sonstige schwerwiegende Nachteile, die der Angekl. infolge der Verurteilung zu befürchten hat, wie etwa ein drohender Bewährungswiderruf (Meyer-Goßner, § 140 Rn 25 m. w. Nachw.). Nach verbreiteter Auffassung gehören hierzu auch weitere gegen den Angekl. anhängige Strafverfahren, in denen es zu einer Gesamtstrafenbildung kommen kann (OLG Hamm StV 2004, 586; Graf/Wessing, StPO, § 140 Rn 15; Laufhütte, KK-StPO, 6. Aufl., § 140 Rn 21; Löwe/Rosenberg, StPO, 26. Aufl., § 140 Rn 57 – jew. m. w. Nachw.).

- II. **OLG Stuttgart aaO** teilt die Auffassung, dass bei der Gesamtbewertung **im Einzelfall auch andere anhängige Verfahren zu berücksichtigen** sind, soweit diese bekannt sind.

„Diese „Berücksichtigung“ bedeutet aber **keinen starren Schematismus**: Ein geringfügiges Delikt wird nicht allein deshalb zur schweren Tat i.S. von § 140 II StPO, weil die Strafe später voraussichtlich in einem anderen Verfahren in eine Gesamtstrafenbildung von mehr als 1 Jahr einzubeziehen sein wird. So hat z.B. das LG Frankfurt a.M. die Notwendigkeit der Verteidigung in einem Fall verneint, in dem es nur um eine Geldstrafe von 25 Tagessätzen wegen Schwarzfahrens ging, obwohl die nachträgliche Bildung einer Gesamtstrafe mit einer Freiheitsstrafe von 1 Jahr in Betracht kam (LG Frankfurt a.M. NSTZ-RR 2011, 183). Es bedarf deshalb der Prüfung im Einzelfall, ob andere Verfahren und die Erwartung **späterer Gesamtstrafenbildung** das **Gewicht des abzuurteilenden Falles tatsächlich so erhöhen**, dass die Mitwirkung eines Verteidigers geboten ist. Dabei ist zu beachten, dass **bei der Vollstreckung mehrerer Freiheitsstrafen eine progressive Vollzugswirkung** und damit eine **Verschärfung des Strafübels** eintreten kann (dazu Schönke/Schröder, StGB, 28. Aufl., Rn 4 vor § 52 m. w. Nachw.; kritisch z.B. MüKo-StGB/v. Heintschel-Heinegg, § 53 Rn 6). Dieser möglichen Progression wird aber von Gesetzes wegen bei der Gesamtstrafenbildung Rechnung getragen, § 54 I 2 StGB sieht lediglich eine Erhöhung der sog. Einsatzstrafe vor, § 54 II 1 StGB schreibt ausdrücklich vor, dass die Gesamtstrafe die Summe der Einzelstrafen nicht erreichen darf. Das bedeutet, dass bei einer späteren Gesamtstrafenbildung die Dauer der Strafverbüßung für die abzuurteilende Tat nicht verlängert, sondern von Gesetzes wegen verkürzt wird. Insofern liegt der Fall gerade anders als im Fall eines anderweitig drohenden Bewährungswiderrufs, der zu einer Erhöhung des Strafübels führen kann.“ (OLG Stuttgart aaO)

StPO
§§ 243 IV, 349 II

Verständigungsgespräch
Offenlegungspflicht

StPO

(BGH in StV 2012, 393; Beschluss vom 09.02.2012 – 1 StR 438/11)

- I. Eine **unverzügliche Offenlegungspflicht** besteht, wenn mit **Mitangeklagten in demselben Verfahren Verständigungsgespräche geführt** wurden; dies gilt jedoch dann **nicht**, wenn die **Verständigungsgespräche in Parallelverfahren geführt** wurden.

„Die Grundsätze der Rspr. zur Offenlegung von Verständigungsgesprächen sind auf Fälle der vorliegenden Art nur übertragbar, soweit es um die **Sicherung bestmöglicher Wahrheitsfindung** geht. Sie können nicht in gleicher Weise gelten, soweit es, unabhängig von der Wahrheitsfindung, um die Vermeidung des Anscheins geht, der Richter sei nicht gegenüber allen Angeklagten gleich unvoreingenommen und unparteiisch.

Bei einer Hauptverhandlung gegen mehrere Angekl. können im Grundsatz Verständigungsgespräche mit allen Angekl. (bzw. deren Verteidigern) zugleich durchgeführt werden. Werden sie nicht mit allen Angekl. geführt, besteht Anlass, dem genannten Anschein gegenüber den nicht an den Gesprächen beteiligten Angekl. durch alsbaldige Offenlegung der Gespräche in der Hauptverhandlung entgegenzuwirken. Gleichzeitige Gespräche mit den Angekl. einer laufenden Hauptverhandlung und Angekl. einer künftigen oder auch parallelen Hauptverhandlung sind dagegen schon wegen des **nicht gleichen Verfahrensstandes** und des damit naheliegend verbundenen **nicht gleichen Kenntnisstandes der Beteiligten** kaum sinnvoll. Ein einheitlicher Kenntnisstand fehlt auch in Fällen, bei denen dieselben (Berufs-)Richter mitwirken, jedenfalls den in die Gespräche ebenfalls einzubeziehenden Schöffen, die bei noch nicht terminierten Sachen sogar noch nicht einmal feststehen.“ (BGH aaO)

- II. Die Tatsache, dass Verständigungsgespräche stattgefunden haben, muss bei der Beweiswürdigung berücksichtigt werden, wenn die Angekl. aus dem Parallelverfahren als Zeugen vernommen werden.

„Was zu würdigen ist, ist auch in die Hauptverhandlung einzuführen. Geht es um Verständigungsgespräche in einer anderen, sei es auch unter Mitwirkung derselben Richter durchgeführten Hauptverhandlung, kann dies nicht in Anwendung von § 243 IV StPO geschehen. Soweit es um die Klärung etwaiger Fehlvorstellungen des Zeugen geht, wird dies vielmehr sinnvollerweise vor allem durch dessen Befragung geschehen. Ohne dass es hier darauf ankäme, könnte es dabei zweckmäßig sein, ihm Vorhalte aus dem einschlägigen Teil der Niederschrift der gegen ihn geführten Hauptverhandlung (§ 273 I a StPO) zu machen (vgl. auch BGH StV 2008, 60), sodass es die Vorbereitung der Vernehmung fördern könnte, wenn das Gericht den Verfahrensbeteiligten schon vorab entsprechende Ablichtungen überlässt.“ (BGH aaO)

StPO
§ 454 II 4

Verzicht auf Sachverständigenanhörung Bedingungsfeindliche Prozesshandlung

StPO

(OLG Hamm in NSTz 2012, 408; Beschluss vom 20.09.2011 – 3 Ws 255/11)

Der Verzicht auf die mündliche Anhörung des Sachverständigen nach § 454 II 4 StPO ist eine **bedingungsfeindliche Prozesshandlung**.

„Prozesshandlungen können grds. nicht unter einer Bedingung abgegeben werden (BGH NJW 1954, 243; KK-Pfeiffer/Hannich, 6. Aufl., Einl. Rn 129; Meyer-Goßner, 54. Aufl., Einl. Rn 118). Eine **unzulässigerweise mit einer Bedingung verknüpfte Prozesshandlung ist unwirksam** (Meyer-Goßner aaO, m. w. Nachw.). Auf diese Weise sollen **Unklarheiten im Hinblick auf die Verfahrenslage vermieden** werden (Meyer-Goßner aaO, m. w. Nachw.). Eine Prozesshandlung ist (ausnahmsweise) nicht bedingungsfeindlich, wenn dies mit ihrer **besonderen Zweckbestimmung** vereinbar ist, d.h. nicht hinnehmbare prozessuale Unklarheiten nicht zu befürchten sind (KK-Pfeiffer/Hannich aaO; Meyer-Goßner aaO). Ein derartiger Ausnahmefall liegt nicht vor, wenn es sich bei der Prozesshandlung um eine Erklärung handelt, die rechtliche Voraussetzung für eine Verfahrensvereinfachung ist (Meyer-Goßner aaO). Unklarheiten über die Ausgestaltung des Verfahrens, insbesondere über die vom Gericht zu beachtenden Förmlichkeiten, können nicht hingenommen werden. Der Verzicht nach § 454 II 4 StPO ist die Voraussetzung für eine Vereinfachung des Verfahrens vor der StVK, nämlich für das Absehen von der nach § 454 II 3 StPO grds. vorgeschriebenen mündlichen Anhörung des gerichtlich bestellten Sachverständigen, und damit der Abgabe unter einer Bedingung nicht zugänglich.“ (OLG Hamm aaO)

VwGO
§ 44a

Verpflichtungsklage Rechtsschutzinteresse

VwGO

(BFH in DStR 2012, 378 = NJW 2012, 2144; Beschluss vom 03.11.2011 – 2 StR 302/11)

Lehnt das Finanzamt eine Erörterung des Sach- und Rechtsstands im Einspruchsverfahren gem. § 364a AO ab, ist eine hiergegen erhobene **Klage wegen fehlenden Rechtsschutzinteresses unzulässig**.

„Die **Ablehnung der Anberaumung eines Erörterungstermins** [ist] nicht gesondert anfechtbar, sondern **[muss] im Rahmen der Entscheidung über den Rechtsbehelf angegriffen werden** (Tipke/Kruse, AO, § 364a Rn 6; Pahlke/König, AO, 2. Aufl. 2009, § 364a Rn 22 f.; a. A. Klein/Brockmeyer, AO, 10. Aufl. 2010, § 364a Rn 5). Zwar wird man die Ablehnung als einen Verwaltungsakt werten müssen (so auch Klein/Brockmeyer aaO, Rn 4). Dieser Verwaltungsakt ist aber **analog § 128 II FGO nicht isoliert anfechtbar**. § 128 II FGO enthält einen allgemeinen Rechtsgedanken dahin gehend, dass verfahrenlenkende Maßnahmen im **Interesse der Verfahrensökonomie** mit dem Einspruch bzw. der Klage – erst – gegen die verfahrensabschließende Sachentscheidung angegriffen werden können (Pahlke/König aaO, Rn 23 i. V. m. § 347 Rn 6). Ein gesondertes Einspruchsverfahren allein über die Frage der Rechtmäßigkeit der Ablehnung eines Antrags nach § 364a AO würde die Regelung, die eine Erledigung von Steuerfällen ohne die Notwendigkeit des Erlasses einer Einspruchsentscheidung oder gar der Durchführung eines Klageverfahrens bezweckt, in ihr Gegenteil verkehren (ebenso Pahlke/König aaO, Rn 22). Auch wenn der Gesetzgeber den Ausschluss gesondeter Rechtsbehelfe gegen die Ablehnung eines Antrags nach § 364a AO nicht geregelt hat, kann ihm nicht unterstellt werden, er hielte sie ohne Weiteres für zulässig.“ (BFH aaO)

VwGO
§ 88

Rechtsschutzziel Ermittlung des Umfangs des Klagebegehrens

VwGO

(BVerwG in NVwZ 2012, 375; Beschluss vom 13.01.2012 – 9 B 56/11)

Maßgebend für den Umfang des Klagebegehrens ist gem. § 88 VwGO nicht die **Fassung des Klageantrages**, sondern das **wirkliche Rechtsschutzziel**, wie es sich aus dem **gesamten Parteivorbringen**, insbes. der Klagebegründung, erschließt. Unbeschadet der gesteigerten Bedeutung, die der Fassung des Klageantrages eines anwaltlich

vertretenen Kl. zukommt, hat das Gericht **auch im Anwaltsprozess dem wirklichen Klageziel Rechnung zu tragen**, sofern dieses eindeutig von der Antragsfassung abweicht.

„Nach § 88 VwGO darf das Gericht über das Klagebegehren nicht hinausgehen, ist aber an die Fassung der Anträge nicht gebunden; es hat vielmehr das tatsächliche Rechtsschutzbegehren zu ermitteln (BVerwG Buchholz 310 § 88 VwGO Nr. 19, S. 4 f.; BVerwG Buchholz 310 § 88 VwGO Nr. 25, und BVerwG Buchholz 310 § 88 VwGO Nr. 38 Rn 3). Maßgebend für den Umfang des Klagebegehrens ist das aus dem gesamten Parteivorbringen, insbes. der Klagebegründung, zu entnehmende wirkliche Rechtsschutzziel (st. Rspr.; BVerwG NVwZ 1992, 567 = NJW 1992, 2307; BVerwG Buchholz 310 § 88 VwGO Nr. 37 Rn 2). Insoweit sind die für die Auslegung von Willenserklärungen geltenden Grundsätze (§§ 133, 157 BGB) anzuwenden. Wesentlich ist der geäußerte Parteiwille, wie er sich aus der prozessualen Erklärung und sonstigen Umständen ergibt; der Wortlaut der Erklärung tritt hinter deren Sinn und Zweck zurück (BVerwG NVwZ 1991, 508; BVerwG Buchholz 422.2 Rundfunkrecht Nr. 55 Rn 4). Neben dem Klageantrag und der Klagebegründung ist auch die Interessenlage des Kl. zu berücksichtigen, soweit sie sich aus dem Parteivortrag und sonstigen für das Gericht und den Bekl. als Empfänger der Prozessurklärung erkennbaren Umständen ergibt (vgl. BVerwG Buchholz 310 § 82 VwGO Nr. 11, S. 5 f.; BVerwG Buchholz 310 § 88 VwGO Nr. 38 Rn 3, und BVerwG Buchholz 422.2 Rundfunkrecht Nr. 55 Rn 4).

Ist aber der Kl. bei der Fassung des Klageantrags anwaltlich vertreten worden, kommt der Antragsformulierung allerdings gesteigerte Bedeutung für die Ermittlung des tatsächlich Gewollten zu. Selbst dann darf die Auslegung jedoch vom Antragswortlaut abweichen, wenn die Klagebegründung, die beigefügten Bescheide oder sonstige Umstände eindeutig erkennen lassen, dass das wirkliche Klageziel von der Antragsfassung abweicht.“ (BVerwG aaO)

VwGO
§ 114 S. 2

Behördliche Ermessensentscheidung
Zulässige Nachholung im gerichtlichen Verfahren
(BVerwG in NVwZ 2012, 698; Urteil vom 13.12.2011 – 1 C 14/10)

VwGO

§ 114 S. 2 VwGO schließt es im Rechtsstreit um die Ausweisung eines Ausländers **nicht aus**, eine **behördliche Ermessensentscheidung erstmals im gerichtlichen Verfahren zu treffen** und zur gerichtlichen Prüfung zu stellen, wenn sich auf Grund neuer Umstände die Notwendigkeit einer Ermessensausübung erst nach Klageerhebung ergibt.

- I. Nach **st. Rspr. des BVerwG** trifft es zwar grds. zu, dass § 114 S. 2 VwGO die prozessualen Voraussetzungen lediglich dafür schafft, dass die Behörde **defizitäre Ermessenserwägungen im verwaltungsgerichtlichen Verfahren ergänzen** kann, nicht hingegen, dass sie ihr Ermessen nachträglich erstmals ausübt (vgl. etwa BVerwG NVwZ 2007, 47; BVerwGE 129, 367 = NVwZ 2008, 326).

Diese Rspr. bezieht sich aber auf Entscheidungen, die von vornherein in das Ermessen der Behörde gestellt waren und deren gerichtliche Überprüfung sich nach der Sach- und Rechtslage im Zeitpunkt der letzten Behördenentscheidung richtete. Der in der Vorschrift angelegten prozessualen Ermächtigung der Behörde, ihre Ermessenserwägungen auch noch im gerichtlichen Verfahren zu ergänzen, ist kein generelles Verbot zu entnehmen, eine Ermessensentscheidung erstmals im gerichtlichen Verfahren zu treffen.

„Der **systematische Zusammenhang mit § 114 S. 1 VwGO** macht deutlich, dass es um die gerichtliche Nachprüfung von behördlichen Ermessensentscheidungen geht und hierbei – prozessual – auch nachträgliche Ermessenserwägungen der Behörde einbezogen werden dürfen. Auch **Sinn und Zweck der Vorschrift** sprechen dafür, jedenfalls bei einer Konstellation wie der vorliegenden eine inhaltliche Einbeziehung auch der **erstmal im gerichtlichen Verfahren getroffenen Ermessensentscheidung zuzulassen**. Mit der Einführung von § 114 S. 2 VwGO wollte der Gesetzgeber die **Nachbesserung einer unzureichenden Behördenentscheidung erleichtern und nicht erschweren**. Es sollte ausdrücklich ermöglicht werden, dass eine defizitäre Ermessensentscheidung aus verfahrensökonomischen Gründen durch nachgeschobene Erwägungen der Behörde nachgebessert und geheilt werden kann (BT-Dr 13/3993, S. 13, und 13/5098, S. 24). So soll vermieden werden können, dass die Entscheidung vom Gericht aufgehoben und durch eine neue behördliche Entscheidung ersetzt wird, die dann in einem weiteren gerichtlichen Verfahren überprüft wird. Auch dies deutet nicht darauf hin, dass die Nachbesserung einer ursprünglich gebundenen Entscheidung ausgeschlossen werden sollte. § 114 S. 2 VwGO erfasst demnach jedenfalls nicht die Fälle, in denen sich wegen der Zeitpunktverschiebung auf Grund während des gerichtlichen Verfahrens neu eingetretener Umstände erstmals die Notwendigkeit einer Ermessensausübung ergibt.“ (BVerwG aaO)

- II. Die **Verlagerung des maßgeblichen Zeitpunktes** von der behördlichen zur gerichtlichen Entscheidung soll **aus materiellen Gründen sicherstellen**, dass das Gericht eine **realitätsnahe und möglichst abschließende Entscheidung** treffen und damit **weitere Verfahren vermeiden** kann.

„Das Tatsachengericht muss daher im Rahmen seiner Aufklärungspflicht **auch neue entscheidungserhebliche Umstände**, die nach der behördlichen Entscheidung eingetreten oder bekannt geworden sind, **umfassend ermitteln und würdigen**. In Gerichtsverfahren gegen aufenthaltsbeendende Maßnahmen hat dies für die Behörden zur Folge, dass sie die Rechtmäßigkeit ihrer Verfügung ständig verfahrensbegleitend kontrollieren müssen (vgl. hierzu etwa BVerwGE 130, 20 = NVwZ 2008, 434). Die hierdurch **gebotene fortlaufende Aktualisierung der behördlichen Entscheidung** während des Gerichtsverfahrens bezieht sich nicht nur auf die tatbestandlichen Voraussetzungen einer Ausweisung, sondern bei Verwirklichung eines Ausweisungsgrundes auch auf die damit verbundenen Rechtsfolgen (Ist-, Regel- oder Ermessensausweisung) und im Falle einer Ermessensausweisung auf die konkrete Ermessensausübung (Wiederholungsgefahr, private Bindungen des Ausländers).

Kommt die Ausländerbehörde – wie hier – ihrer im materiellen Recht wurzelnden Verpflichtung zur Aktualisierung durch erstmalige Ausübung des Ausweisungsermessens während des gerichtlichen Verfahrens nach, steht § 114 S. 2 VwGO der gerichtlichen Berücksichtigung ihrer Ermessenserwägungen nicht entgegen. Denn diese prozessrechtliche Vorschrift stellt lediglich klar, dass ein nach materiellem Recht zulässiges Nachholen von Ermessenserwägungen nicht an prozessualen Hindernissen scheitert (BVerwGE 106, 351 = NVwZ 1999, 425). Die Einschränkung des § 114 S. 2 VwGO auf eine Ergänzung von Ermessenserwägungen soll die **Heilbarkeit von Ermessensverwaltungsakten**, die bereits bei Erlass wegen Ausfall jeglichen Ermessens grob defizitär sind, **verhindern** und dadurch die **Behörde zu einer sorgfältigen Ermessensausübung anhalten**. Grundlage dieser Beschränkung seines prozessökonomischen Grundanliegens war für den Gesetzgeber die zum Zeitpunkt des Inkrafttretens des § 114 S. 2 VwGO geltende Rechtslage, nach der – nicht nur im Ausländerrecht – für die gerichtliche Überprüfung von Ermessensentscheidungen grds. der Zeitpunkt der letzten Behördenentscheidung maßgeblich war. Damit lag der ge-

richtlichen Prüfung ein abgeschlossener Sachverhalt zu Grunde und es stand objektiv von vornherein fest, ob eine Ist-, Regel- oder Ermessensausweisung zu verfügen war. Seit der Verlagerung des für die gerichtliche Überprüfung aufenthaltsbeendender Maßnahmen maßgeblichen Beurteilungszeitpunktes sind ausländerrechtliche Gerichtsverfahren in den Tatsacheninstanzen aber insoweit für Veränderungen offen. Daher würde es dem mit § 114 S. 2 VwGO verfolgten prozessökonomischen Grundanliegen des Gesetzgebers widersprechen, bei entscheidungserheblichen Änderungen der Sachlage jedenfalls dann, wenn sie von einer Ist- zu einer Ermessensausweisung führen, die von der Ausländerbehörde in das Verfahren eingeführten Ermessenserwägungen aus prozessrechtlichen Gründen nicht der gerichtlichen Entscheidung zu Grunde zu legen.“ (BVerwG aaO)

VwGO
§ 113 I 4

Urteilstenor
Analoge Anwendbarkeit

VwGO

(OVG Münster in NWVBI 2012, 276; Beschluss vom 15.11.2011 – 8 B 1184/11)

§ 113 I S. 4 VwGO findet keine analoge Anwendung zugunsten des Antragsgegners im Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes nach einseitiger Erledigungserklärung durch den Ast.

*„Zwar wird grds. unter bestimmten Voraussetzungen in einem Klageverfahren in analoger Anwendung der Regelung des § 113 I 4 VwGO auch dem Bkl. zugebilligt, durch die Aufrechterhaltung seines Klageabweisungsantrags eine **Sachentscheidung gegen den Willen des Kl.** zu erzwingen (vgl. BVerwG DVBl. 1991, 214 m. w. Nachw.).*

*Im Verfahren auf Gewährung vorläufigen Rechtsschutzes (§§ 80 V, 123 I VwGO) kommen diese für das Klageverfahren entwickelten Rechtsgrundsätze aber wegen seines **summarischen Charakters** grds. nicht zum Tragen. Hat sich im Verfahren nach § 80 V VwGO die Hauptsache erledigt, so hat der Ag. Grds. **kein berechtigtes Interesse an einer Sachentscheidung**, da Gegenstand des vorläufigen Rechtsschutzverfahrens nicht die Rechtmäßigkeit oder Rechtswidrigkeit eines Verwaltungsaktes ist, sondern **allein der Vollzug dieses Aktes in Frage steht** und im Übrigen **nur eine summarische Prüfung stattfindet** (vgl. BVerwG DVBl. 1995, 520; VGH BW DÖV 1996, 792; HessVGH DÖV 1990, 160; Kopp/Schenke, VwGO, 16. Aufl. 2009, § 80 Rn 131).“ (OVG Münster aaO)*

VwGO
§§ 125 I, 91

Gesetzlicher Parteiwechsel
keine Klageänderung

VwGO

(VGH Mannheim in VBIBW 2012, 265 = MMR 2012, 267; Urteil vom 28.09.2011 – 1 S 1633/10)

Geht während des gerichtlichen Verfahrens die Zuständigkeit für Erlass und Vollzug eines Verwaltungsakts mit Dauerwirkung auf eine andere Körperschaft über, findet ein gesetzlicher Parteiwechsel statt. Er kann auch im zweiten Rechtszug noch festgestellt werden und **erstreckt sich einheitlich auf den gesamten Verfahrensgegenstand.**

*„Geht – wie hier – während des verwaltungsgerichtlichen Verfahrens die Zuständigkeit zum Erlass eines Verwaltungsakts auf eine andere öffentlich-rechtliche Körperschaft über, findet ein **gesetzlicher Parteiwechsel** statt, der **keine Klageänderung** nach §§ 125 I und 91 VwGO darstellt und lediglich zu einer **Rubrumsberechtigung von Amts wegen** führt.“ (VGH Mannheim aaO)*

VwGO
§ 167 I 1

Vorabentscheidung über vorläufige Vollstreckbarkeit
Berufungszulassungsverfahren

VwGO

(VGH Mannheim in VBIBW 2012, 276 = NVwZ-RR 2012, 165; Beschluss vom 03.11.2011 – 6 S 2904/11)

Eine **Vorabentscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit** ist gem. § 167 I 1 VwGO i. V. mit § 718 I ZPO in entsprechender Anwendung **auch im Verfahren auf Zulassung der Berufung statthaft.** In diesem Fall kann das Berufungsgericht im Beschlussweg ohne mündliche Verhandlung entscheiden.

*„Nach § 718 I ZPO ist in der Berufungsinstanz über die vorläufige Vollstreckbarkeit auf Antrag vorab zu verhandeln und zu entscheiden. Diese Vorschrift bezieht sich nicht nur auf den Fall, dass das BerGer. erstmalig über die vorläufige Vollstreckbarkeit entscheidet, sondern auch darauf, dass ein Bet. eine Entscheidung der ersten Instanz in der Hauptsache und wegen deren Ausspruchs zur vorläufigen Vollstreckbarkeit anfecht (Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann, ZPO, 67. Aufl., § 718 Rn 1). Im letzteren Fall soll durch die Vorschrift des § 718 I ZPO die Möglichkeit geschaffen werden, die **Bet. vor** den unter Umständen **wirtschaftlich schwerwiegenden Auswirkungen einer fehlerhaften Vollstreckbarkeitsentscheidung in der erstinstanzlichen Entscheidung zu bewahren** (MüKo-ZPO/Krüger, Bd. 2, 2. Aufl., § 718 Rn 1). Diese im Verwaltungsprozess gem. § 167 I 1 VwGO entsprechend anwendbare Vorschrift (vgl. BVerwG Buchholz 310 § 167 VwGO Nr. 5) ist auch im Verfahren auf Zulassung der Berufung analog anzuwenden (OVG Weimar NVwZ-RR 2002, 907; OVG Magdeburg NVwZ-RR 2008, 366). Denn anderenfalls entstände eine **Regelungslücke**, die dem o. g. **Sinn des § 718 I ZPO widersprechen** würde. Der eine Vorabentscheidung begehrende Bet. müsste bei einer fehlerhaften erstinstanzlichen Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit – je nach seiner Stellung als Vollstreckungsschuldner oder -gläubiger – entweder die Zwangsvollstreckung gegen sich hinnehmen oder mit der Zwangsvollstreckung zuwarten, bis über den Antrag auf Zulassung der Berufung entschieden ist, obwohl der Gesetzgeber dem Rechtsmittelgericht mit § 718 I ZPO erkennbar ein Mittel an die Hand gegeben hat, Fehler der ersten Instanz im Zusammenhang mit der Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit zu korrigieren.*

Die Befugnis des Senats, im Beschlussweg ohne mündliche Verhandlung über den Antrag der Ast. zu entscheiden, folgt bei der gebotenen entsprechenden Anwendung des § 718 I ZPO im Stadium des Verfahrens auf Zulassung der Berufung daraus, dass in diesem Verfahren nur die prozessuale Handlungsmöglichkeit des Beschlusses zur Verfügung steht (OVG Weimar NVwZ-RR 2002, 907; OVG Magdeburg NVwZ-RR 2008, 366).“ (VGH Mannheim aaO)

Speziell für Rechtsanwälte und Notare

Gebühren und Kosten

BRAO
§ 49b II

Verbot der Vereinbarung von Erfolgshonoraren Prozessfinanzierungsvertrag

BRAO

(OLG München in NJW 2012, 2207; Urteil vom 10.05.2012 – 23 U 4635/11)

Fall: Die Kl. fordert von der Bekl. Zahlung aus abgetretenem Recht im Zusammenhang mit einer Prozessfinanzierungsvereinbarung. Nach der Vereinbarung sollte die a-GmbH einen Rechtsstreit der Eheleute G finanzieren. Prozessbevollmächtigte der Eheleute G war die Bekl., deren Geschäftsführer als stiller Gesellschafter an der a-GmbH beteiligt war. Die a-GmbH sollte 50% der erstrittenen Summe (abzgl. der Anwaltskosten) erhalten. Die Eheleute G traten ihren eigenen Anspruch gegen die Bekl. auf Auskehrung der aus dem Rechtsstreit erzielten Erlöse vorab an die a-GmbH ab, die die eingenommenen Gelder unmittelbar an die stillen Gesellschafter auskehrte.

Ein **Prozessfinanzierungsvertrag** stellt dann eine **unzulässige Umgehung des Verbots von Erfolgshonoraren** nach § 49b II BRAO dar, **wenn**

- die mit der Führung des Prozesses mandatierten Rechtsanwälte mit der prozessfinanzierenden GmbH eine **stille Gesellschaft** gegründet haben und
 - die **Erfolgsbeteiligung** ohne Auskehrung an die prozessfinanzierende GmbH **unmittelbar unter den Rechtsanwälten** als stillen Gesellschaftern aufgeteilt wird.
- I. Ein **Verstoß gegen § 49b II BRAO** liegt jedenfalls dann vor, wenn die Geschäftsführer der Bekl. den Prozessfinanzierungsvertrag persönlich mit G abgeschlossen hätten.

1. Nach § 49b II BRAO a. F. sind jegliche **Vereinbarungen, durch die eine Vergütung** oder ihre Höhe **vom Ausgang der Sache oder vom Erfolg der anwaltlichen Tätigkeit abhängig** gemacht wird oder nach denen der Rechtsanwalt einen **Teil des erstrittenen Betrags als Honorar** erhält (quota litis), unzulässig.

„Dagegen verstößt die Regelung in Nr. 5 und Nr. 7 des Finanzierungsvertrags. Nach Nr. 5 erhält die a-GmbH an der erstrittenen Summe (nach Abzug der Anwaltskosten) einen Anteil von 50%. Gem. Nr. 7 haben G ihren eigenen künftigen Anspruch gegen die Bekl. auf Auskehrung des Erlöses nach §§ 675, 667 BGB in Höhe von 50% bereits vorab an die a-GmbH abgetreten. Ein Abschluss dieser Vereinbarung mit einer Erfolgsbeteiligung in Höhe von 50% durch die Geschäftsführer der Bekl. persönlich wäre nach § 49 b II BRAO a. F. unzulässig gewesen.“ (OLG München aaO)

2. Auch bei Anwendung des § 49b II BRAO i. V. mit § 4a RVG in der aktuellen, den Anforderungen des BVerfG (BVerfGE 117, 163 = NJW 2007, 979) Rechnung tragenden gültigen Fassung [ergibt sich] nichts anderes: Auch danach ist die **Vereinbarung eines Erfolgshonorars nur unter bestimmten, engen Voraussetzungen möglich**: So darf nach § 4a I RVG ein Erfolgshonorar nur dann vereinbart werden, wenn der **Auftraggeber auf Grund seiner wirtschaftlichen Verhältnisse** bei verständiger Betrachtung **ohne die Vereinbarung eines Erfolgshonorars von der Rechtsverfolgung abgehalten** würde.

„Soweit die Bekl. insoweit lediglich auf die „bedauernswerte wirtschaftliche Situation der G“ verweisen und ausführen, dass „kein anderer Vermögensgegenstand zur Verfügung stand, welcher eine Verfolgung der Rechte ermöglicht hätte“, ist dieser Vortrag viel zu pauschal. Außerdem hatte der Zeuge G nach dessen eigener Aussage zuvor bereits eine Vereinbarung mit der Kl. bzw. M persönlich getroffen, in der G allein für die Prüfung der „ordnungsgemäßen Abwicklung von Verträgen“ ein Honorar von 7.000 € zugesagt hatte. Dass ihn seine wirtschaftlichen Verhältnisse von der Rechtsverfolgung abhielten, ist mithin nicht ersichtlich.“

Zudem muss nach § 4a II und III RVG die Vereinbarung bestimmte Angaben enthalten, wie etwa die wesentlichen Gründe, die für die Bemessung des Erfolgshonorars bestimmend sind. Diesen Voraussetzungen genügt die Vereinbarung ebenfalls nicht.“ (OLG München aaO)

- II. Die vorliegend gewählte Gestaltung, in der nicht die Geschäftsführer der Bekl. selbst, sondern die a-GmbH den Prozessfinanzierungsvertrag abschließt, ist eine **Umgehung des Verbots nach § 49b II BRAO**.

1. Ob ein – ebenfalls nichtiges – **Umgehungsgeschäft** vorliegt, ist anhand von Inhalt und Zweck der maßgebenden Verbotsnorm festzustellen (Palandt/Ellenberger, § 134 Rn 28 m. w. Nachw.).
 - a) Das grds. Verbot von Erfolgshonoraren für Rechtsanwälte soll dem **Schutz der anwaltlichen Unabhängigkeit und des Ansehens der Rechtsanwaltschaft** dienen. Es soll verhindert werden, dass der Rechtsanwalt den Ausgang eines Mandats zu seiner eigenen „wirtschaftlichen“ Angelegenheit macht und **bei der Führung des Mandats wirtschaftliche Erwägungen den Ausschlag geben** (BGH NJW 2009, 3297; KG MDR 2003, 599; OLG Frankfurt a. M. NJW 2011, 3724). Zudem ist es **dem Ansehen der Rechtsanwaltschaft abträglich**, wenn Rechtssuchende den Eindruck gewinnen können, der Rechtsanwalt steigere seine Einsatzbereitschaft mit den finanziellen Erfolgsaussichten des Falls (Dethloff NJW 2000, 2225).

- b) Diese Risiken bestehen aber nicht nur, wenn der Rechtsanwalt selbst ein Erfolgshonorar vereinbart. Auch wenn Rechtsanwälte mehrheitlich an einer Gesellschaft beteiligt sind, die die Prozessführung ihrer eigenen Mandantschaft finanziert, besteht in gleicher Weise die Gefahr, dass die Rechtsverfolgung in einer mit der Stellung als Organ der Rechtspflege unvereinbaren Weise primär aus **wirtschaftlichen Interessen** betrieben wird. Auch in derartigen Fällen ist daher eine unzulässige Umgehung des § 49b II BRAO anzunehmen (so auch KG MDR 2003, 599; Dethloff NJW 2000, 2225; Henssler EWIR 2003, 1187 und NJW 2005, 1540; Henssler/Prütting, BRAO, 3. Aufl., 2010, § 49b Rn 93).

„Im vorliegenden Fall haben sich die Geschäftsführer der Bekl. zwar nicht direkt an der a-GmbH beteiligt, sondern mit dieser lediglich eine **stille Gesellschaft gegründet**. Auf Grund der Umstände des vorliegenden Falls ist aber auch darin eine **Umgehung des Verbots nach § 49 b II BRAO** zu sehen: Im Prozessfinanzierungsvertrag ist in Nr. 2 explizit geregelt, dass die Prozessfinanzierung ausschließlich für den Fall gilt, dass die Bekl. mit der Prozessführung mandatiert ist. Am Gewinn der a-GmbH wiederum sind die Geschäftsführer der Bekl. zu insgesamt 3/4 beteiligt. Damit haben sie **am Ausgang des von der a-GmbH finanzierten und von der Bekl. betriebenen Prozesses ein unmittelbares, eigenes wirtschaftliches Interesse**.

Zu berücksichtigen ist des Weiteren, dass die bei Prozessgewinn bei der Bekl. eingehenden Gelder in der Regel nicht an die a-GmbH weitergeleitet, sondern unmittelbar direkt an die stillen Gesellschafter ausgekehrt wurden. Umgekehrt wurden bei erfolglosen Prozessen die Kosten durch die stillen Gesellschafter übernommen. Zu berücksichtigen ist schließlich, dass nach §§ 4, 2d des stillen Gesellschaftsvertrags die a-GmbH für die Führung von Prozessen einschließlich der Instruktion zu Prozesshandlungen die Einwilligung sämtlicher stiller Gesellschafter benötigt.

Aus der **Gesamtschau dieser Umstände** ergeben sich genau die **Gefahren für die Unabhängigkeit des Anwalts** als Organ der Rechtspflege und für das Ansehen der Anwaltschaft, denen § 49b II BRAO entgegenwirken will. Die „Zwischenschaltung“ der a-GmbH dient lediglich zum Schein, um einen direkten Abschluss des Finanzierungsvertrags durch die Rechtsanwälte zu vermeiden.“ (OLG München aaO)

2. Der **Prozessfinanzierungsvertrag ist nach § 134 BGB nichtig**.

„Das gesetzliche Verbot nach § 49b II BRAO zielt gerade auf das Verhältnis der Rechtsanwälte zu den Mandanten ab und soll die **anwaltschaftliche Unabhängigkeit sowie das Ansehen der Rechtsanwaltschaft schützen**. Damit ist aber **in jedem Fall der Prozessfinanzierungsvertrag** – jedenfalls soweit es um die Regelung der Erfolgsbeteiligung und Vergütung geht – **nichtig** (so auch KG MDR 2003, 599; Dethloff NJW 2000, 2225; Henssler EWIR 2003, 1187 und NJW 2005, 1540).

Soweit der Bekl. nach § 4b RVG bei einer **unzulässigen Vereinbarung eines Erfolgshonorars** noch ein Anspruch auf die gesetzliche Vergütung verbleibt (vgl. auch BGH NJW 2004, 1169), wurde jedenfalls in dieser Höhe ohnehin kein Anspruch von G an die a-GmbH abgetreten. In Nr. 5 des Finanzierungsvertrags ist ausdrücklich geregelt, dass die hälftige Verteilung des erstrittenen Betrags „nach Anwaltskosten“ erfolgt.“ (OLG München aaO)

- III. Zudem hätte die Kl., selbst wenn der Prozessfinanzierungsvertrag – und die stille Gesellschaft – wirksam wären, keinen Anspruch gegen die Bekl. erworben, da in diesem Fall die **Abtretungsvereinbarung insgesamt sittenwidrig und nichtig** wäre, § 138 I BGB.

„Zutreffend verweist die Kl. zunächst darauf, dass der Zeuge H als alleinvertretungsberechtigter Geschäftsführer und Alleingesellschafter der a-GmbH die Abtretungsvereinbarung im Außenverhältnis abschließen konnte. Auch verkennt der Senat nicht, dass im Rahmen des Vertrags über die stille Gesellschaft die Geschäftsführungsbefugnis allein bei der a-GmbH lag (§ 4 des Vertrags) und die stillen Gesellschafter zwar Informations- und Kontrollrechte hatten (§ 9 des Vertrags), aber eine Zustimmung der stillen Gesellschafter für die Abtretung einer Forderung der a-GmbH nicht erforderlich war.

Dies schließt aber nicht aus, dass die Abtretungsvereinbarung nach § 138 I BGB sittenwidrig und damit nichtig ist. Denn vorliegend hat der Zeuge H als Geschäftsführer der a-GmbH seine **Vertretungsmacht und Geschäftsführungsbefugnis missbraucht**, indem er mit der Kl. kollusiv zur Schädigung der stillen Gesellschafter zusammengewirkt hat. Ein Rechtsgeschäft ist sittenwidrig und daher nichtig, wenn ein Vertreter und sein Geschäftsgegner **„hinter dem Rücken“ des Vertretenen und zu dessen Schaden gehandelt** haben (BGH NJW-RR 2004, 247 = WM 2003, 2456; BGH WM 1988, 1380; Palandt/Ellenberger, § 138 Rn 62). Derartige Vereinbarungen hinter dem Rücken und zu Lasten des Vertretenen, dessen Interessen der Vertretungsberechtigte wahrzunehmen hat, **widersprechen den Regeln des geschäftlichen Anstands und kaufmännischer guter Sitte** (BGH WM 1988, 1380 [1381]).

Vorliegend hatte die a-GmbH als Geschäftsführerin im Rahmen der stillen Gesellschaft die Interessen auch der stillen Gesellschafter zu wahren. Diesen stand ausweislich § 7 des Vertrags über die stille Gesellschaft eine Beteiligung am Gewinn des von der a-GmbH betriebenen Handelsgeschäfts in Höhe von je 1/4 zu. Die a-GmbH war daher verpflichtet, eine bewusste Beeinträchtigung der Gewinnchancen der stillen Gesellschafter zu unterlassen (vgl. zu den Pflichten des Geschäftsinhabers bei der stillen Gesellschaft BGH NJW 1988, 414; Baumbach/Hopt, HGB, 36. Aufl., 2012, § 230 Rn 16, 17). Dagegen hat die a-GmbH, vertreten durch ihren Geschäftsführer H, mit der Abtretungsvereinbarung in kollusivem Zusammenwirken mit der Kl. bewusst verstoßen: Mit dieser Vereinbarung wurde der Anspruch der a-GmbH gegen die Bekl. in voller Höhe an die Kl. abgetreten, **ohne** dass dafür eine **adäquate Gegenleistung** für die a-GmbH vorgesehen war. Auch wenn man davon ausgeht, dass der Kl. gegen die a-GmbH aus der Vereinbarung ein Anspruch zusteht, umfasst dieser nur die Hälfte der tatsächlich an die Kl. abgetretenen Forderung. Bzgl. der restlichen, abgetretenen Forderung ist keinerlei Rechtsgrund oder Gegenleistung für die Abtretung zu erkennen. Dabei handelt es sich auch nicht nur um einen unbedeutenden Betrag, sondern um rund 31.000 €. Auch war dem Zeugen H bei Abschluss des Abtretungsvertrags bewusst, dass die stillen Gesellschafter mit dieser Vereinbarung nicht einverstanden sein würden.

Wenn der Zeuge H Auseinandersetzungen mit den stillen Gesellschaftern aus dem Weg gehen wollte, wie die Kl. vorträgt, ist dies **menschlich verständlich, rechtfertigt sein Vorgehen aber nicht** (wird ausgeführt).

Es handelte sich auch um ein **kollusives Zusammenwirken** mit der Kl., der die wesentlichen Umstände bekannt waren und zu deren Vorteil die Vereinbarung erfolgte.“ (OLG München aaO)

IV. Die **Nichtigkeit** nach § 138 I BGB erfasst auch die **Abtretung als Verfügungsgeschäft**:

Grds. hat die Nichtigkeit eines schuldrechtlichen Vertrags nach § 138 I BGB nicht ohne Weiteres auch die Nichtigkeit des Erfüllungsgeschäfts zur Folge. Allerdings ist das **Erfüllungsgeschäft dann gleichfalls nichtig, wenn die Unsittlichkeit gerade im Vollzug der Leistung liegt**, wenn also mit dem Erfüllungsgeschäft sittenwidrige Zwecke verfolgt werden oder in ihm die Sittenwidrigkeit begründet ist (BGH WM 1985, 1269; BGH WM 1996, 133 = NJW-RR 1996, 234; BGH NJW-RR 2006, 888).

„Dies trifft vorliegend zu: Der Zeuge H hat nach eigener Aussage bezweckt, dass die Kl. in jedem Fall das Geld bekommt. Es sollte damit verhindert werden, dass den stillen Gesellschaftern direkt oder mittelbar über eine Gewinnverteilung der a-GmbH das Erfolgshonorar (anteilig) verbleiben konnte. Dieses Ziel hat der Zeuge H gerade durch die Abtretung selbst erreicht, da erst damit eine die Kl. begünstigende und die stillen Gesellschafter schädigende Vermögenslage erreicht wurde. Zu berücksichtigen ist ferner, dass jedenfalls bezüglich der Hälfte der abgetretenen Forderung kein gesondertes Kausalgeschäft abgeschlossen wurde, sondern dieses (möglicherweise als Schenkung) konkludent mit der Abtretungsvereinbarung zu einer einheitlichen Vereinbarung verbunden wurde.“ (OLG München aaO)

RVG
§§ 4a I, 4b

Rechtsanwaltshonorar
Unwirksamkeit einer Honorarvereinbarung
(OLG München in ZAP 2012, 636; Urteil vom 02.05.2012 – 15 U 2929/11)

RVG

Ein **Rechtsanwalt muss sich an einer unwirksamen Vergütungsvereinbarung festhalten lassen. Er verstößt gegen Treu und Glauben, wenn er unter Berufung auf das anwaltliche Gebührenrecht nachträglich Gebühren geltend macht, auf die er ursprünglich durch Abschluss einer gegen eben dieses Gebührenrecht verstoßenden und daher unwirksamen Vergütungsvereinbarung verzichtet hat.** Eine andere Beurteilung ergibt sich auch nicht deswegen, weil sich der Mandant zuerst auf die Unwirksamkeit der Vergütungsvereinbarung beruft. Eine **Ausnahme von diesem Grundsatz** ist allenfalls dann gerechtfertigt, wenn der **Mandant arglistig gehandelt** hat.

*„Es ist ausschließlich Sache des insoweit fachkundigen Rechtsanwalts, beim Abschluss einer Vergütungsvereinbarung auf die **Einhaltung des anwaltlichen Gebühren- und Standesrechts** zu achten. Der Mandant muss sich auf die vom Anwalt vorgeschlagene Honorarregelung verlassen und seine wirtschaftlichen Dispositionen hierauf einrichten können; er ist in seinem Vertrauen, dass für die Tätigkeit des Anwalts höhere Gebühren anfallen als vereinbart, schutzwürdig (vgl. BGHZ 18, 340; BGH MDR 1976, 1001; BGH NJW 1980, 2407; OLG Düsseldorf JurBüro 2004, 536; zustimmend Hansens/Braun/Schneider, Praxis des Vergütungsrechts, 2. Aufl. 2007, Teil 2 Rn 15, 22; Mayer/Kroiß/Teubel, RVG, 5. Aufl. 2012, § 4b Rn 3 ff.; Schneider/Wolf/Onderka, Anwaltkommentar RVG, 6. Aufl. 2012, § 4b Rn 10; Vogeler JA 2011, 321). Dem Gesetzgeber war diese Rspr. bei Erlass von § 4b RVG ausweislich der Gesetzesbegründung bekannt; er hat keinen Anlass gesehen, hieran etwas zu ändern (vgl. BT-Drs. 16/8384, S. 12).*

*Eine andere Beurteilung ergibt sich auch nicht deswegen, weil es hier der [Mandant] war, der sich zuerst auf die Unwirksamkeit der Vergütungsvereinbarung berufen hat. Allein dieser Umstand lässt die vorgenannten Gründe, die die Abrechnung einer über die getroffene Vereinbarung hinausgehenden gesetzlichen Vergütung als **treuwidrig** erscheinen lassen, nicht entfallen. Eine Ausnahme von dem dargestellten Grundsatz ist allenfalls dann gerechtfertigt, wenn der **Mandant arglistig gehandelt** hat, etwa durch falsche Angaben veranlasst hat, dass ein Erfolgshonorar trotz Nichtvorliegens der Voraussetzungen des § 4a I RVG vereinbart worden ist (Mayer/Kroiß/Teubel, § 4b Rn 6; Schneider/Wolf/Onderka, § 4b Rn 13).“ (OLG München aaO)*

RVG
§ 14 I 1

Rahmengebühren
Toleranzgrenze 20 %
(BGH in AnwBl 2012, 663; Urteil vom 08.05.2012 – VI ZR 273/11)

RVG

I. Bei **Rahmengebühren** nach § 14 I 1 RVG steht dem Rechtsanwalt eine sog. **Toleranzgrenze von 20 %** zu.

*„Nach § 14 I 1 RVG bestimmt bei Rahmengebühren, zu denen die Geschäftsgebühr i. S. der Nr. 2300 VV RVG zählt, der Rechtsanwalt die Gebühr im Einzelfall unter Berücksichtigung aller Umstände, vor allem des **Umfangs und der Schwierigkeit der anwaltlichen Tätigkeit, der Bedeutung der Angelegenheit** sowie der **Einkommens- und Vermögensverhältnisse des Auftraggebers**, "nach billigem Ermessen". Ist die Gebühr - wie hier - von einem Dritten zu ersetzen, ist die von dem Rechtsanwalt getroffene Bestimmung nach § 14 I 4 RVG (nur dann) nicht verbindlich, wenn sie unbillig ist. Dabei steht dem Rechtsanwalt nach überwiegender Meinung auch im Anwendungsbereich des Rechtsanwaltsvergütungsgesetzes ein **Spielraum (sog. Toleranzgrenze) von 20 %** zu (vgl. BGH VersR 2007, 265; BGH NJW 2011, 1603; Gerold/Schmidt, RVG, 19. Aufl., § 14 Rn 12; AnwK-RVG/Onderka, 5. Aufl., § 14 Rn 80 ff. m. w. Nachw.; Mayer/Kroiß, RVG, 5. Aufl., § 14 Rn 54 m. w. Nachw.; Hartung/Römermann/Schons, RVG, 2. Aufl., § 14 Rn 89 f.). Hält sich der Anwalt innerhalb dieser Grenze und ergeben sich keine Anhaltspunkte dafür, dass die Tätigkeit unterdurchschnittlich war, ist die von ihm festgelegte Gebühr jedenfalls nicht i. S. des § 14 I 4 RVG unbillig und daher von dem ersatzpflichtigen Dritten hinzunehmen.“ (BGH aaO)*

II. Die hiergegen geäußerten Bedenken (vgl. OLG Jena OLGR 2006, 81 und OLG Celle ZfS 2012, 105) geben nach Auffassung des BGH aaO zu einer abweichenden Beurteilung keinen Anlass.

*„Nach der gesetzlichen Regelung des § 14 I 4 RVG steht dem Rechtsanwalt bei der Bestimmung der Gebühr ein **Ermessensspielraum** zu. Dieser wird **nicht dadurch nach oben begrenzt, dass die Anmerkung zu Nr. 2300 VV RVG bei nicht umfangreichen oder schwierigen Sachen eine Regelgebühr von 1,3 vorsieht**. Der Ermessensspielraum betrifft nämlich auch die u. U. schwierige Beurteilung der Frage, was im Einzelfall "durchschnittlich" ist. Sind Anhaltspunkte für einen Ermessensfehlergebrauch nicht gegeben, ist die Bestimmung hinzunehmen. Müsste der Rechtsanwalt stets bei jeder geringfügigen Überschreitung der Regelgebühr Umstände darlegen, welche zwingend die Annahme einer überdurchschnittlichen Tätigkeit rechtfertigen, käme ein Ermessensspielraum nach oben bei durchschnittlichen Tätigkeiten von vornherein nicht in Betracht.“ (BGH aaO)*

VV RVG
Vorbem. 3 III

Terminsgebühr
Telefonische Verfahrensabsprache
(KG in NJOZ 2012, 628; Beschluss vom 03.01.2012 – 5 W 267/11)

RVG

Bloße Verfahrensabsprachen allein (hier zu einem Ruhen des Verfahrens) **lassen die Termingebühr** nach Vorb. 3 III VV RVG **nicht entstehen, wenn nur die bloße Möglichkeit einer Erledigung offen gehalten** werden soll und **weitergehende Erledigungsgespräche nicht geführt** werden.

„Ziel des Telefongesprächs war nicht, eine **Erledigung des Rechtsstreits** gegenüber der Bekl. zu 3) unmittelbar herbeizuführen. Es wurde nur eine **Verfahrensgestaltung** besprochen, um die bloße Möglichkeit einer Erledigung des Rechtsstreits gegenüber der Bekl. zu 3) offen zu halten. Bloße Verfahrensabsprachen allein lassen die hier in Rede stehende Termingebühr nicht entstehen (OLG Stuttgart OLGR 2009, 490; OLG Koblenz NJW 2005, 2162; Gerold/Schmidt, RVG, 19. Auflage, VV Vorb. 3 Rn 114). Weitergehende Vergleichsgespräche (vgl. KG KGR 2007, 608) hat es nicht gegeben.“ (KG aaO)

VV RVG
Vorbem. 7

Reisekostenerstattung
Tatsächliche Kosten

RVG

(OLG Düsseldorf in Rpfleger 2012, 412 = NJW-RR 2012, 764; Beschluss vom 23.02.2012 – 10 W 97/11)

Eine **Geschäftsreise** liegt dann vor, wenn das **Prozessgericht entweder außerhalb der Kanzleigemeinde oder außerhalb der Wohngemeinde liegt**; abzustellen ist dabei auf den **Ort der tatsächlichen Abreise**. Eine Auslegung dahingehend, dass das Prozessgericht sowohl außerhalb der Kanzleigemeinde als auch außerhalb der Wohngemeinde liegen muss, ist nicht zulässig.

I. Aus der **Entstehungsgeschichte** lässt sich keine abweichende Bedeutung herleiten.

„Hier erfolgte eine Definition der Geschäftsreise erstmals in § 28 I 2 BRAGO in der ab 01.07.1994 geltenden Fassung (auf Grund Kostenrechtsänderungsgesetz 1994 v. 24.06.1994, BGBl I 1994, Nr. 38 v. 29.06.1994, 1325). Hierdurch sollte ausweislich der **Gesetzesbegründung** die in Rspr. und Lit. zum Teil unterschiedlich beantwortete Frage, wann eine Geschäftsreise vorliegt, nunmehr eindeutig geregelt werden (vgl. GE BReg. v. 05.11.1993 – Dr 769/93, 273). Bis dato war umstritten, ob für die Geschäftsreise allein die Zurücklegung einer größeren Entfernung zwischen Ausgangspunkt und Ziel bestimmen sein soll, oder ob unabhängig von der Entfernung entscheidend sein soll, dass der Rechtsanwalt sich an einen Ort begibt, der außerhalb der politischen Gemeindegrenzen seines Wohn- bzw. Kanzleisitzes gelegen ist, oder ob der Rechtsanwalt die Gemeindegrenzen seines Wohn- bzw. Kanzleisitzes überschreiten, eine größere Entfernung zurücklegen und zwischen Ausgangspunkt und Ziel nach der Verkehrsauffassung eine Reise stattfinden muss (vgl. hierzu OLG Düsseldorf JurBüro 1990, 862 m. w. Nachw.).“ (OLG Düsseldorf aaO)

II. Aus dem **Wegfall der Wohnsitzpflicht** folgt ebenfalls keine abweichende Beurteilung.

„Die Pflicht des Rechtsanwalts, innerhalb des Oberlandesgerichtsbezirks, in dem er zugelassen ist, seinen Wohnsitz zu nehmen (§ 27 I BRAGO in der bis zum 09.09.1994 gültigen Fassung), ist auf Grund des Gesetzes zur Neuordnung des Berufsrechts der Rechtsanwälte und der Patentanwälte vom 02.09.1994 (BGBl I 1994 Nr. 59 v. 08.09.1994, 2278) mit Wirkung zum 09.09.1994 entfallen. Zur Begründung wurde ausgeführt, dass es für die Funktionsfähigkeit der Rechtspflege entscheidend nur auf die Kanzleipflicht des § 27 II 1 ankommen könne, angesichts der **bestehenden Verkehrs- und Kommunikationsmöglichkeiten** erscheine es nicht mehr zeitgemäß, dem Rechtsanwalt im Hinblick auf seinen Wohnsitz Vorschriften zu machen (vgl. GE BReg. v. 12.02.1993 – Dr 93/93, 77 f.).“ (OLG Düsseldorf aaO)

III. **Sinn und Zweck der Vorschrift** sprechen ebenfalls für die o.g. Ansicht.

„Als Auslagen können immer nur **tatsächlich angefallene Kosten** zur Festsetzung angemeldet werden, entsprechend als Reisekosten nur die **Kosten für eine tatsächlich unternommene Reise**. Damit kommt es maßgeblich auf den Ort der tatsächlichen Abreise an, namentlich darauf, ob der Rechtsanwalt eine Anreise von seinem Kanzleisitz aus oder von seinem Wohnsitz aus geltend macht. Ausgehend von den Angaben des Rechtsanwalts ist sodann durch den Kostenbeamten zu prüfen, ob der angegebene Ort der Abreise außerhalb der Gemeinde des ProzessGer. liegt.

Eine andere Betrachtungsweise würde den Kostenbeamten dazu verpflichten, stets zu prüfen, ob der Rechtsanwalt einer außerhalb des Gerichtsortes liegenden Kanzlei nicht innerhalb des Gerichtsortes seinen privaten Wohnsitz hat. Dies würde zumindest in großen Gerichtsorten (Städten) einen **hohen Aufwand** erfordern, der **durch keine sachlichen Erwägungen gerechtfertigt** wäre. Im Gegensatz zum Kanzleisitz ergibt sich der private Wohnsitz des Rechtsanwalts regelmäßig nicht aus den bei den Akten befindlichen Unterlagen.“ (OLG Düsseldorf aaO)

BGB
§ 249

Erstattungsfähigkeit von Rechtsanwaltsgebühren
Schadensmeldung beim Kaskoversicherer

BGB

(BGH in NJW 2012, 2194; Urteil vom 08.05.2012 – VI ZR 196/11)

Die **Anwaltskosten** des Geschädigten **für die Geltendmachung des Schadens bei seinem Kaskoversicherer** sind **nicht erstattungsfähig**, wenn

- es sich um einen **einfach gelagerten Fall** handelt,
- der **Geschädigte die ihm entstandenen Schäden** gegenüber dem beklagten Haftpflichtversicherer zunächst **selbst** und ohne Einschaltung eines Rechtsanwalts **geltend gemacht hat** und
- **keine Anhaltspunkte dafür bestehen, dass der Kaskoversicherer seine Leistungspflicht** aus dem Versicherungsvertrag **in Abrede stellen** würde.

„Nach der gefestigten Rspr. des Senats ist bei der Beurteilung der Frage, ob und in welchem Umfang der dem Geschädigten zustehende Schadensersatzanspruch auch die Erstattung von Rechtsanwaltskosten umfasst, **zwischen dem Innenverhältnis** des Geschädigten zu dem für ihn tätigen Rechtsanwalt **und dem Außenverhältnis** des Geschädigten zum Schädiger zu unterscheiden. Voraussetzung für einen Erstattungsanspruch ist grds., dass der Geschädigte im Innenverhältnis zur Zahlung der in Rechnung gestellten Kosten verpflichtet ist und die konkrete anwaltliche Tätigkeit im Außenverhältnis aus der maßgeblichen Sicht des Geschädigten mit Rücksicht auf seine spezielle Situation zur Wahrnehmung seiner Rechte erforderlich und zweckmäßig war (vgl. BGHZ 127, 348 = NJW 1995, 446; BGH NJW 2012, 919 = VersR 2012, 331; BGH NJW 2011, 3657; BGH NJW 2011, 784; BGH NJW 2006, 1065 = VersR 2006, 521; BGH NJW 2005, 1112 = VersR 2005, 558, jew. m. w. Nachw.).

Nach den Feststellungen des BerGer. handelte es sich vorliegend um einen einfach gelagerten Fall, in dem der Kl. die ihm entstandenen Schäden zunächst selbst gegenüber dem beklagten Haftpflichtversicherer, der Bekl. zu 3, geltend gemacht hatte. Erst nachdem dieser seinem Leistungsverlangen nicht entsprochen hatte, schaltete er einen Rechtsanwalt ein. Es ist weder ersichtlich noch dargetan, warum der Kl. die ihm wegen der Beschädigung seines Fahrzeugs gegen seinen eigenen Kaskoversicherer zustehenden Ansprüche nicht auch ohne anwaltliche Hilfe bei diesem anmelden und ihn zur Zahlung auffordern konnte. Es bestanden keine Anhaltspunkte dafür, dass der Kaskoversicherer seine Leistungspflicht aus dem mit dem Kl. abgeschlossenen Versicherungsvertrag in Abrede stellen würde. Die **Leistungsverweigerung durch den gegnerischen Haftpflichtversicherer hatte keine Auswirkungen auf die vertraglichen Beziehungen des Kl. zu seinem [Kasko-]Versicherer**; sie vermag auch nicht die Erstattungsfähigkeit von Rechtsverfolgungskosten zu begründen, die aus der Sicht des Geschädigten zur Wahrnehmung seiner Rechte nicht erforderlich waren (vgl. BGH NJW 2012, 919 m. w. Nachw.).“ (BGH aaO)

GKG
§ 41 V 1 Alt. 2

Streitwert
Vorschussklage zum Zweck der Mangelbeseitigung
(LG Berlin in IMR 2012, 305; Beschluss vom 18.11.2011 – 63 T 157/11)

GKG

Der **Gebührenstreitwert** für eine vom Mieter zum Zwecke der Mangelbeseitigung gegen den Vermieter erhobene **Vorschussklage** richtet sich nicht nach der Höhe des geltend gemachten Vorschusses, sondern gem. § 41 V 1 Alt. 2 GKG analog nach dem **Jahreswert einer angemessenen Minderung**.

„Zwar handelt es sich vorliegend um eine Zahlungsklage und nicht um eine Mangelbeseitigungsklage, doch ist vorliegend eine **analoge Anwendung von § 41 V 1 Alt. 2 GKG geboten**. Die Vorschrift, die grds. analogiefähig ist (BGH NJW-RR 2006, 378), soll in erster Linie vermeiden, dass eine Festsetzung des Streitwerts nach den Kosten einer Instandsetzungsmaßnahme erfolgt (BT-Dr 15/1971, S. 155; BGH NJW-RR 2006, 378). Diesem **Sinn und Zweck der Vorschrift** ist im Wege der Analogie auch in dem Fall einer vom Mieter erhobenen Vorschussklage zur Geltung zu verhelfen.

Denn im Gegensatz zu einer auf Feststellung einer Minderungsquote gerichtete Klage des Mieters, die neben der Mangelbeseitigung auch der Abwehr von Zahlungsansprüchen des Vermieters dient, beschränkt sich sein **Angriffsinteresse** sowohl bei einer Mangelbeseitigungsklage als auch bei einer zum Zwecke der Mangelbeseitigung erhobenen Vorschussklage auf die **Beseitigung der vorhandenen Mängel**. Das gebietet auf Grund der **vergleichbaren Interessenlage** – anders als bei einer auf Feststellung des mangelbedingt geminderten Mietzinses gerichteten Klage – eine analoge Anwendung von § 41 V 1 Alt. 2 GKG für die Bemessung des Gebührenstreitwertes.“ (LG Berlin aaO)

GKG
§§ 66 VIII, 67 I 2, 68 III

Unstatthafte Beschwerde
Gebührenfreiheit
(OLG Frankfurt a.M. in MDR 2012, 811; Beschluss vom 05.03.2012 – 1 W 15/12)

GKG

I. Auch eine nach dem GKG **unstatthafte Beschwerde ist gebührenfrei**.

„Zwar wird die Auffassung vertreten, [§ 68 III GKG] finde keine Anwendung, wenn die Beschwerde eindeutig nicht statthaft ist, mit der Folge einer nach § 97 I ZPO analog zu treffenden Kostenentscheidung (BGH NJW 2003, 69; dem ohne eigene Begründung folgend OLG Koblenz NJW-RR 2000, 1239; OLG Stuttgart MDR 2007, 422; OLG Saarbrücken AGS 2011, 193; Hartmann, Kostengesetze, 41. Aufl. 2011, § 68 Rn 21; Binz/Dörndorfer/Petzold/Zimmermann, GKG, 2. Aufl. 2009, § 68 Rn 26). Dieser Auffassung, die zum GKG in der bis 2004 geltenden Fassung entwickelt worden ist, folgt der Senat nicht.“ (OLG Saarbrücken aaO)

II. Soweit ursprünglich zur Begründung einer Nichtanwendbarkeit der Gebührenfreiheit angeführt wurde, § 25 II - später III - GKG (a. F.) sehe eine Beschwerde gegen die Streitwertfestsetzung nur unter den dort genannten Voraussetzungen vor, und entsprechend stelle Abs. 3 S. 1 - später Abs. 4 S. 1 - der Vorschrift nur die danach statthafte Beschwerde von Gebühren frei, knüpft diese **grammatische Auslegung** an die damalige Fassung des Abs. 3 S. 1 an, wonach das Verfahren über die Beschwerde gebührenfrei sei. Eine solche Argumentation ist jedenfalls angesichts der Neufassung des GKG im Jahre 2004 nicht mehr überzeugend.

„Denn das **Rechtsbehelfsrecht des GKG** in der seit 2004 geltenden Fassung ist **dadurch gekennzeichnet, dass sämtliche Rechtsbehelfsverfahren gem. §§ 66, 67 und 68 GKG gebührenfrei sind und Kosten nicht erstattet werden** (vgl. neben § 68 III die Vorschriften des § 66 VIII und die Verweisung des § 67 I 2 GKG). Dem liegt die Erwägung zugrunde, dass ein Streit um Gerichtsgebühren nicht mit zusätzlichen Gebühren oder Kostenerstattungsansprüchen belastet werden soll; der Gesetzgeber wollte Kostenverfahren vermeiden, die sich aus anderen Kostenverfahren ergeben, also neuen Streit verhindern (Hartmann aaO, § 68 GKG Rn 21).

Weshalb diese Erwägung nur zutreffen soll, wenn eine Entscheidung in der Sache grds. möglich sei, nicht aber, wenn die Beschwerde bereits nicht statthaft ist erschließt sich dem Senat nicht: Denn das **Gesetz differenziert** jedenfalls mit der nunmehr im GKG 2004 generell gefassten Formulierung, dass die Verfahren gebührenfrei seien, **nicht nach Zulässigkeit, Statthaftheit als Unterpunkt der Zulässigkeitsprüfung und Begründetheit eines Gebühren nach dem GKG betreffenden Rechtsbehelfs**. Der Senat erachtet vielmehr die Vorschriften des GKG 2004 über die umfassende Gebührenfreiheit und die Nichterstattung von Kosten als Ausdruck eines allgemeinen Rechtsgedankens des Gebührenrechts des GKG, wonach rechtliche Auseinandersetzungen über Gebührenangelegenheiten nicht mit weiteren Gebühren oder Kosten belastet werden sollen. Für die

Annahme, dass unstatthafte Streitwertbeschwerden von der generellen Gebührenbefreiung nach § 68 III GKG ausgenommen sein sollen, weil mit einem erkennbar nicht vorgesehenen Rechtsmittelverfahren vermeidbarer Aufwand der Gerichte verursacht wird (so OVG Lüneburg NVwZ-RR 2007, 429), sieht der Senat keinen Anhaltspunkt im GKG, insbes. hält er die Vorschriften der §§ 38 GKG, 34 BVerfGG als Spezialregelungen nicht für analogiefähig.“ (OLG Frankfurt a.M. aaO)

StPO
§ 143

**Rücknahme der Pflichtverteidigerbestellung
Drängen auf Abschluss einer Honorarvereinbarung**
(KG in ZAP 2012, 636; Beschluss vom 23.01.2012 – 4 Ws 3/12)

StPO

Eine **Rücknahme der Pflichtverteidigerbeordnung wegen einer ernsthaften Störung des Vertrauensverhältnisses** kommt dann in Betracht, **wenn der Pflichtverteidiger den Angekl. ungeachtet dessen erklärter Ablehnung wiederholt bedrängt, eine schriftliche Vereinbarung über ein Honorar abzuschließen**, das die gesetzlichen Gebühren um ein Mehrfaches übersteigen würde, und dabei zum Ausdruck bringt, **ohne den Abschluss dieser Vereinbarung sei seine Motivation, für den Angekl. tätig zu werden, eingeschränkt.**

*„Es sind im Zusammenhang mit der Honorarfrage Verhaltensweisen des Verteidigers festzustellen, die auch bei einem verständigen Angekl. Grund zu der Sorge geben können, der Rechtsanwalt sei zu einer **sachgerechten Verteidigung** nicht (mehr) bereit. Die Bf. hat unwidersprochen die wiederholten Honorarforderungen des Rechtsanwalts in beträchtlicher Höhe vorgebracht. Sie hat plausibel geltend gemacht, dass sie sich insbes. durch die Erklärung des Anwalts, seine Motivation, einen Termin für die Angekl. wahrzunehmen, sei gesunken, weil sie die Honorarvereinbarung nicht unterzeichnet habe, unter Druck gesetzt fühle, diese Vereinbarung doch noch zu unterzeichnen und so eine Verpflichtung einzugehen, die sie in erhebliche **finanzielle Bedrängnis** bringen würde. Damit sind konkrete Umstände dargelegt, die eine **nachhaltige Störung des Vertrauensverhältnisses** zu dem Verteidiger und die Besorgnis der Angekl. verständlich erscheinen lassen, objektiv nicht mehr sachgerecht - weil nicht mehr hinreichend engagiert - verteidigt zu werden, wenn und weil es zu der schriftlichen Vereinbarung über ein Honorar nicht kommen wird. Nachvollziehbar ist auch ihre Darstellung, dass sie infolge der durch den Anwalt herbeigeführten Drucksituation **Angst vor Gesprächen** mit ihm hat, ihm nicht mehr ins Gesicht sehen und mit ihm deshalb auch während der Verhandlung nicht mehr vertrauensvoll sprechen könne.*

Ein Angekl. muss aber uneingeschränkt darauf vertrauen können, dass ein Pflichtverteidiger sein Engagement nicht danach bemisst, ob und ggf. in welcher Höhe der Angekl. ein (zusätzliches) Honorar zahlt. Ein Verteidiger, der - subtil oder offen, wie hier, - zum Ausdruck bringt, er könne sich eine Tätigkeit als Verteidiger auf der Grundlage der gesetzlichen Gebühren wirtschaftlich nicht leisten und bedürfe der Motivation durch eine Honorarvereinbarung, beseitigt die Grundlage für ein solches Vertrauen.“ (KG aaO)

Aus der Praxis

UWG
§ 5

Unzulässige Verwendung einer Kurzbezeichnung Irreführende Formulierung im Briefkopf

RA/Not

(OLG Köln in BRAK-Mitt. 2012, 132; Urteil vom 20.04.2012 – 6 W 23/12)

Wird im **Briefkopf einer Anwaltssozietät** der Begriff **"Fachanwälte"** verwendet, darf die Gestaltung des Briefkopfs **keinen Zweifel an der Qualifikation der einzelnen benannten Berufsträger** aufkommen lassen. **Irreführend** ist es, wenn potentielle Mandanten den **unzutreffenden Eindruck gewinnen, alle aufgezählten Rechtsanwälte seien berechtigt, zumindest einen Fachanwaltstitel zu führen**. Der Hinweis auf nähere Angaben im Internetauftritt der Sozietät **wirkt** der damit verbundenen **Anlockwirkung nicht hinreichend entgegen**.

- I. Auszugehen ist für die **Beurteilung der Irreführungseignung** nicht allein vom Verständnis solcher Adressaten von anwaltlichen Schreiben, die mit Fachanwaltsbezeichnungen und deren berechtigter Benutzung in besonderem Maße vertraut sind.

*„Denn selbst wenn – entsprechend dem nach eigenen Angaben bestehenden Tätigkeitsschwerpunkt der Ast. und dessen Berührung mit der werbenden Tätigkeit der Ag. – nur auf das Gebiet des gewerblichen Rechtsschutzes abgestellt wird, kommen als potentielle Mandanten und Werbeadressaten auch **Private und Kleingewerbetreibende ohne juristische Vorbildung** in Betracht, die (bspw. nach Erhalt einer Abmahnung) anwaltlichen Rat suchen und in dieser Lage geneigt sein können, sich an eine Kanzlei zu wenden, deren Briefbogen ihnen zuvor in anderen (bspw. familien- oder mietrechtlichen) Angelegenheiten begegnet war.*

Aus der – vom Senat auf Grund seiner Erfahrung in Wettbewerbssachen unschwer nachzuvollziehenden – Sicht solcher Adressaten, die den streitbefangenen Briefkopf mit normaler Aufmerksamkeit, also weder flüchtig (vgl. BGH GRUR 2007, 807 = WRP 2007, 955– Fachanwälte) noch mit erhöhter Sachkunde und Konzentration zur Kenntnis nehmen, kann eine durch seine Gestaltung bewirkte Irreführung nicht verneint werden.

*Dabei kommt es nicht entscheidend darauf an, ob der Begriff „Fachanwälte“ in der Kurzbezeichnung einer Anwaltssozietät verwendet wird. Maßgebend sind vielmehr die **Umstände des Kanzleiauftritts im Einzelfall**. Diese dürfen **keinen Zweifel an der jeweiligen Qualifikation der einzelnen benannten Berufsträger aufkommen lassen**, was insbes. auch dann zu beachten ist, wenn die Bezeichnung „Fachanwälte“ mit oder ohne Angabe des Gebiets, auf das sich diese Qualifikation bezieht, außerhalb einer Kurzbezeichnung der Sozietät verwendet wird.“ (OLG Köln aaO)*

- II. Im Streitfall enthält die rechte Spalte des Briefkopfes eine Vielzahl von Angaben, die nur zum Teil durch Fettdruck hervorgehoben sind. Nach den Umständen besteht die naheliegende Möglichkeit, dass der Leser nach den Namen der Kanzleiorte und der dort tätigen Rechtsanwälte nur noch die fettgedruckte Zeile „Fachanwälte für“ und die folgende Aufzählung zahlreicher Fachgebiete wahrnimmt und auf Grund dieser Angaben den unzutreffenden Eindruck gewinnt, alle aufgezählten Rechtsanwälte seien berechtigt, zumindest einen der aufgezählten Fachanwaltstitel zu führen. Eine weitergehende, den Namen der Anwälte oder den Fachgebieten hinreichend **deutlich zugeordnete Aufklärung** erfolgt nicht.

*„Der anschließende **Hinweis auf den Internetauftritt der Kanzlei kann dafür nicht genügen**. Unsicher ist bereits, ob er auf Grund seiner Position im unteren Teil der Spalte vom Leser des Briefkopfes überhaupt wahrgenommen wird und ob die erforderliche Aufklärung auf der angegebenen Startseite des Internetauftritts entgegen dem Vorbringen der Ast. dann auch wirklich erfolgt. Unabhängig davon reicht es zur Aufklärung der vorangegangenen zumindest mehrdeutigen Angaben, deren missverständlichen Gehalt die Antragsgegnerin gegen sich gelten lassen muss (vgl. Köhler/Bornkamm, UWG, 30. Aufl., § 5 Rn 2.98; 2.111), auch nicht aus, dass der Leser des Briefkopfes erst nach Aufsuchen der Internetseite der Antragsgegnerin weitere für seine geschäftliche Entscheidung notwendige Informationen erhält, weil die Werbung zu diesem Zeitpunkt bereits eine **Anlockwirkung** entfaltet hat, der das **Irreführungsverbot** ebenfalls entgegenwirken will (vgl. Köhler / Bornkamm aaO, Rn. 2.193).“ (OLG Köln aaO)*

BORA
§§ 32 I 5, 33

Beendigung der beruflichen Zusammenarbeit Anspruch des ausscheidenden Rechtsanwalts auf Nennung seiner Kontaktdaten (LG Berlin in NJW-RR 2012, 382; Urteil vom 03.08.2011 – 3 O 231/11)

BORA

Auch wenn ein **Rechtsanwalt**, der aus einer Kanzlei ausscheidet, dort **nur angestellt** war, hat er einen **Anspruch darauf, dass bei Mandantenanfragen** in der ehemaligen Kanzlei seine **neuen Kontaktdaten mitgeteilt** werden.

*„§ 32 I 5 BORA ist auch über § 33 BORA im Verhältnis des Verfügungskl. gegenüber den Verfügungsbekl. **anwendbar**. Zwar wird vertreten, dass reine Mitarbeiterverhältnisse, z. B. die Anstellung eines Rechtsanwalts, nicht von § 33 I BORA umfasst seien, da eine derart weite Begriffsbildung den Regelungsbereich des 8. Abschnitts der BORA, zu welchem auch § 33 BORA gehörte, verlasse (vgl. Hartung, BORA, 4. Aufl., § 33 Rn 21). Dem steht jedoch entgegen, dass gem. §§ 8 und 9 BORA der in § 33 I BORA genannten **Begriff der „beruflichen Zusammenarbeit“ auch eine berufliche Zusammenarbeit in sonstiger Weise** (Anstellungsverhältnis, freie Mitarbeit) umfasst. Dies spricht ebenso wie die weite Fassung des Begriffes „alle anderen Rechtsformen der beruflichen Zusammenarbeit“ dafür, dass auch ein Anstellungsverhältnis oder – wie hier – eine freie Mitarbeit unter § 33 I BORA fällt (im Ergebnis ebenso Gaier/Wolf/Göcken, Anwaltliches Berufsrecht, 2010, § 59a BRAO/§ 33 BORA Rn 180).*

*Dadurch, dass die Verfügungsbekl. die neuen Kontaktdaten des Verfügungskl. nicht mitteilen, verschaffen sie sich einen **nicht zulässigen Wettbewerbsvorteil** i. S. von § 3 UWG, da der Verfügungskl. gehindert wird, die diesbzgl. Mandate weiter zu führen oder neue Mandate zu gewinnen und dies dadurch erreicht wird, dass ein Vorsprung der Verfügungsbekl. durch Rechtsbruch erreicht wird.“ (LG Berlin aaO)*

BRAO

§ 14 II Nr. 2

**Widerruf der Rechtsanwaltszulassung
Strafrechtliche Verurteilung wegen eines Verbrechens**

BRAO

(BGH in BRAK-Mitt. 2012, 125; Beschluss vom 28.10.2011 – AnwZ (B) 30/11)

Ist ein **Rechtsanwalt wegen eines Verbrechens** zu einer Freiheitsstrafe von mindestens einem Jahr **verurteilt** worden, stellt der **Entzug seiner Anwaltszulassung keine unverhältnismäßige Maßnahme** zum Schutz der Rechtssuchenden dar.

„Die Vorschrift des § 14 II Nr. 2 BRAO begegnet keinen verfassungsrechtlichen Bedenken (vgl. auch BGH BRAK-Mitt. 1988, 208; BGH BRAK-Mitt. 1999, 185; BGH BRAK-Mitt. 2000, 42).

Wenn ein Rechtsanwalt wegen eines Verbrechens zu einer **Freiheitsstrafe von mindestens einem Jahr** verurteilt worden ist, dann zeigt das, dass er **in besonders schwerwiegender Weise gegen seine Pflichten verstoßen hat und damit eine Gefahr für eine geordnete Rechtspflege** darstellt. Dass einem solchen Anwalt ohne weitere Prüfung die Ausübung seines Berufes untersagt wird, stellt **keine unverhältnismäßige Maßnahme zum Schutz der Rechtssuchenden** dar, zumal die Untersagung jeglicher anwaltlicher Berufsausübung nach § 45 I StGB, § 7 Nr. 2 BRAO auf 5 Jahre beschränkt ist. Allgemeine Verhältnismäßigkeitsüberlegungen wie der Zeitablauf seit der Tat treten beim Widerruf der Zulassung nach § 14 II Nr. 2 BRAO nach der ausdrücklichen Wertung des Gesetzgebers gegenüber der Schwere des Pflichtenverstoßes zurück.“ (BGH aaO)

BGB

§ 249 II 1

Auslagenpauschale

BGB

Anknüpfungstatsachen für gerichtl. Schätzung

(BGH in MDR 2012, 839 = NJW 2012, 2267; Urteil vom 08.05.2012 – VI ZR 37/11)

Das Gericht kann eine **Auslagenpauschale (25 €) in einem Schadensfall** nicht zusprechen, wenn der Geschädigte keine **konkreten Anknüpfungstatsachen für die angefallenen Auslagen** benennt.

„Für die Schadensschätzung benötigt der Richter als Ausgangssituation **greifbare Tatsachen**, die der Geschädigte im Regelfall im Einzelnen darlegen und beweisen muss. Eine völlig abstrakte Berechnung des Schadens, auch in Form der Schätzung eines „Mindestschadens“, lässt § 287 ZPO grds. nicht zu (vgl. BGH NJW 2004, 1945 = VersR 2004, 874 m. w. Nachw.).

Soweit hinsichtlich solcher **Kosten bei der Abwicklung von Verkehrsunfallschäden** regelmäßig von näherem Vortrag abgesehen wird und die Rspr. dem Geschädigten eine Auslagenpauschale zuerkennt, auch wenn Anknüpfungstatsachen hierfür im konkreten Einzelfall nicht dargetan sind, ist dies dem Umstand geschuldet, dass es sich **bei der Regulierung von Verkehrsunfällen um ein Massengeschäft handelt** (vgl. BGH NJW 1978, 2506 = VersR 1978, 278 und BGHZ 178, 338 = NJW 2009, 910), bei dem dem **Gesichtspunkt der Praktikabilität** besonderes Gewicht zukommt. Eine **generelle Anerkennung einer solchen Pauschale für sämtliche Schadensfälle** ohne nähere Darlegung der getätigten Aufwendungen – etwa auch im Rahmen der vertraglichen Haftung – **gibt es in der Rspr. nicht** (vgl. OLG Düsseldorf BeckRS 2006, 11668) und ist angesichts der **unterschiedlichen Abläufe bei der jeweiligen Schadensabwicklung** auch nicht gerechtfertigt (a. A. Kannowski VersR 2001, 555). Nichts anderes gilt für Fälle der Beschädigung von Energieversorgungsanlagen, die insoweit keine Besonderheit darstellen (a. A. Palandt/Grüneberg, BGB, 71. Aufl., § 249 Rn 79; Schulze VersR 2003, 707).“ (BGH aaO)

BGB

§§ 280, 675, 611

**Regressklage gegen Rechtsanwalt
Offenbarungspflicht hinsichtlich eigener Fehler**

BGB

(LG Düsseldorf in BRAK-Mitt. 2012, 121 = NJOZ 2012, 946; Urteil vom 08.11.2011 – 24 U 55/11)

Die **Verpflichtung des mit der Prozessführung erster Instanz beauftragten Rechtsanwalts, den Mandanten nach einem Instanzverlust über die Aussichten eines Rechtsmittels zu belehren, besteht** danach zunächst **hinsichtlich der formellen Voraussetzungen des Rechtsmittels** (vgl. BGH NJW-RR 2007, 1553; BGH WM 1989, 1826).

In materieller Hinsicht ist eine **Belehrungspflicht** bei ohne Weiteres **erkennbarer Divergenz zur höchstrichterlichen Rspr.** (vgl. BGH NJW-RR 2007, 1553; BGHZ 85, 252 = NJW 1983, 820; BGH NJW 2002, 1048 = WM 2002, 513) sowie in den Fällen anerkannt, in denen der Fehler des Urteils (auch) darauf beruht, dass der **Rechtsanwalt** nicht sachgerecht gearbeitet, er das **unrichtige Urteil also mitverschuldet hat** (BGH NJW 2002, 1048 = WM 2002, 513; vgl. auch BVerfG NJW 2002, 2937 = FPR 2003, 219).

„Unter solchen Umständen erfordert es die **vorausgegangene Pflichtwidrigkeit**, den Mandanten konkret auf die Umstände hinzuweisen, die ein Rechtsmittel aussichtsreich erscheinen lassen. Dagegen gehört es ohne gesonderten Auftrag nicht zu den Aufgaben eines erstinstanzlich tätigen Rechtsanwalts, die materiellen Gründe des ggf. anzufechtenden Urteils einer eingehenden Prüfung auf ihre Richtigkeit zu unterziehen, erfolgversprechende Angriffspunkte herauszuarbeiten und sie auf ihre Revisibilität hin zu untersuchen (BGH NJW-RR 2007, 1553; BGH NJW 2003, 2022 = WM 2003, 1146; BGH NJW 2003, 2986 = NZM 2003, 867).“ (LG Düsseldorf aaO)

BGB

§ 307 I 1, II Nr. 1

Recht auf freie Anwaltswahl

BGB

Unzulässige Einschränkung durch Allg. Rechtsschutzbedingungen

(OLG Bamberg in NJW 2012, 2282; Urteil vom 20.06.2012 – 3 U 236/11)

Eine Klausel in **Allg. Rechtsschutzversicherungsbedingungen**, die die **Wahl eines vom Versicherer empfohlenen Anwalts** damit „belohnt“, im Versicherungsfall nicht in eine ungünstigere Schadenfreiheitsklasse zurückgestuft zu werden, **verstößt gegen §§ 127, 129 VVG** und ist daher **gem. § 307 I 1, II Nr. 1 BGB unwirksam**.

I. Gem. **§ 127 VVG** ist der **Versicherungsnehmer berechtigt**, den **Rechtsanwalt**, der seine Interessen sowohl in Gerichts- und Verwaltungsverfahren als auch außergerichtlich wahrnehmen soll, **aus dem Kreis der Rechtsan-**

wälte, deren Vergütung der Versicherer nach dem Versicherungsvertrag trägt, **frei zu wählen**. Gem. **§ 129 VVG** kann von dieser Vorschrift **nicht zum Nachteil des Versicherten abgewichen** werden. Hiermit wird dem Versicherungsnehmer in Umsetzung von Art. 4 I lit. a der Richtlinie 87/344/EWG zur Koordinierung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften für die Rechtsschutzversicherung die **freie Anwaltswahl garantiert**.

Die in § 127 I 1 VVG enthaltene Beschränkung der freien Wahl des Rechtsanwalts auf den Kreis der Rechtsanwälte, deren Vergütung der Versicherer nach dem Versicherungsvertrag trägt, **bedeutet allerdings nicht** – wie es auf den ersten Blick verstanden werden könnte –, **dass der Versicherer im Rechtsschutzversicherungsvertrag diejenigen Rechtsanwälte bestimmen darf**, deren Vergütung er zu übernehmen bereit ist. Auf Grund dieser Einschränkung ist der **Rechtsschutzversicherer lediglich berechtigt**, den **Kreis der Rechtsanwälte**, deren Vergütung unter den Versicherungsschutz fallen soll, **nach Risikokriterien** im Sinne einer objektiven Leistungsbeschränkung **einzugrenzen** (Harbauer, ARB, 8. Aufl., 2010, § 127 VVG Rn 2; Prölss/Martin, VVG, 28. Aufl., 2010, § 127 VVG Rn 1).

Dementsprechend ist die **Begrenzung der Erstattung der Kosten auswärtiger Anwälte auf die Kosten eines am Gerichtsort ansässigen Rechtsanwalts** – wie in § 5 I a S. 1 ARB – **zulässig**.

II. Gem. **§ 129 VVG** darf **vom Recht auf freie Anwaltswahl nicht zum Nachteil des Versicherungsnehmers abgewichen werden**. Hierdurch wird **§ 127 VVG** zur sog. **halbzwingenden Vorschrift**, also zu einer gesetzlichen Regelung mit **verbraucherschützendem Charakter**, von der nicht abgewichen und auf die nicht von vornherein verzichtet werden darf (Palandt/Ellenberger, BGB, 71. Aufl., 2012, Einf. V § 145 Rn 14).

1. Ob eine Vertragsabrede eine für den Verbraucher nachteilige Abweichung von einer halbzwingenden Vorschrift enthält, beurteilt sich nicht anhand einer wertenden Gesamtschau aller vertraglichen Abreden, sondern im Hinblick auf die jeweilige Einzelnorm. Eine **den Verbraucherinteressen zuwiderlaufende Abweichung kann nicht durch anderweitige Abweichungen kompensiert werden**. Maßgebend ist nicht eine wirtschaftliche, sondern stets eine rechtliche Betrachtungsweise (bzgl. § 312 i BGB MüKo-BGB/Wendehorst, § 321 i Rn 12).

Deshalb liegt bereits ein Nachteil vor, wenn von der günstigen Rechtsregel abgewichen wird (MüKo-BGB/Fausten, § 18 ARB Rn 20; Lensing VuR 2012, 97). Eine Kompensation durch einen Bonus oder einen sonstigen Vorteil ist nicht möglich. Ein Verzicht auf die freie Anwaltswahl ist unwirksam, sei es ohne oder gegen einen Ausgleich.

2. Die Abweichung von der halbzwingenden Vorschrift des § 127 VVG zum Nachteil des Versicherungsnehmers stellt per se eine **unangemessene Benachteiligung** i. S. des § 307 I 1 BGB dar (BGH NJW 2012, 217; BGH NJW 1995, 2710).

„Soweit in den hier streitgegenständlichen Klauseln unter § 5a V a bb und b bb bei Wahl eines von der Bekl. empfohlenen Rechtsanwalts ein schadenfreier Verlauf fingiert wird, sind diese daher unwirksam.“ (OLG Bamberg aaO)

BGB **Betriebskostenvorauszahlungen** **BGB**
§ 560 IV **Anpassung nur auf Basis einer formell und inhaltlich korrekten Abrechnung**
(BGH in MDR 2012, 752 = NJW 2012, 2186; Urteil vom 15.05.2012 – VIII ZR 246/11)

Die **Anpassung von Betriebskostenvorauszahlungen setzt eine formell und inhaltlich korrekte Abrechnung voraus**.

I. Gem. **§ 560 IV BGB** kann jede Partei nach einer Abrechnung der Betriebskosten durch Erklärung in Textform eine **Anpassung der Vorauszahlungen auf eine angemessene Höhe** vornehmen.

Hierfür genügte nach der (bisherigen) Rspr. des BGH allerdings eine **formell ordnungsgemäße Abrechnung**; auf die inhaltliche Richtigkeit kam es nicht an (BGH NZM 2008, 121; BGH NZM 2010, 315; BGH NZM 2010, 736 Rn. 26).

Die bisherige BGH-Rspr. beruhte auf der Überlegung, dass über die Anpassung der Vorauszahlungen alsbald nach einer Abrechnung Klarheit herrschen sollte und deshalb möglicherweise aufwendige Streitigkeiten über die Richtigkeit der Abrechnung nicht in diesem Rahmen ausgetragen werden sollten, zumal es lediglich um vorläufige Zahlungen geht, über die im Rahmen der späteren Jahresrechnung ohnehin noch Rechenschaft abzulegen ist.

II. **An dieser Auffassung hält BGH aaO nicht fest.**

„Bei dieser Sichtweise [wird] der mit der Anpassung der Vorauszahlungen verfolgte Zweck nicht hinreichend berücksichtigt. Durch die Anpassung soll eine möglichst realistische Bemessung der Vorauszahlungen erreicht werden, so dass bei der späteren Abrechnung weder ein großes Guthaben des Mieters noch eine hohe Nachforderung des Vermieters entstehen. Aus diesem Grund dürfen nach der Rspr. des Senats bereits absehbare Kostensteigerungen bei der Anpassung berücksichtigt werden, während ein abstrakter Sicherheitszuschlag nicht zulässig ist (BGH NZM 2011, 880). Blieben inhaltliche Fehler, die das Abrechnungsergebnis zu Lasten des Mieters verändern, bei der Anpassung unberücksichtigt, hätte das zur Folge, dass die Vorauszahlungen nicht mehr - wie geboten - ausschließlich anhand des voraussichtlichen Abrechnungsergebnisses für die nächste Abrechnungsperiode bemessen würden. Vielmehr eröffnete eine solche Verfahrensweise dem Vermieter die Möglichkeit, aufgrund einer fehlerhaften Abrechnung Vorauszahlungen in einer Höhe zu erheben, die ihm bei korrekter Abrechnung nicht zustünden.“

Hinzu kommt, dass der Vermieter zur Erstellung einer korrekten Abrechnung verpflichtet ist und es nicht hingenommen werden kann, dass eine Vertragspartei aus der Verletzung eigener Vertragspflichten Vorteile zieht. Dies wäre aber der Fall, wenn der Vermieter die Anpassung jeweils auf der Basis der letzten Abrechnung auch dann vornehmen dürfte, wenn inhaltli-

che Fehler das Abrechnungsergebnis zum Nachteil des Mieters verschieben. Besonders **gravierende Konsequenzen** für den Mieter könnten sich ergeben, wenn sich aus den Erhöhungen der Vorauszahlungen ein kündigung relevanter Mietrückstand aufbaut. In letzter Konsequenz könnte dies bedeuten, dass der Vermieter das Mietverhältnis wegen Mietrückständen beenden könnte, zu denen es überhaupt nur kommen konnte, weil er selbst eine fehlerhafte Abrechnung erstellt hatte, die den Mieter unberechtigt mit zu hohen Betriebskosten belastete. Ein solches Ergebnis wäre mit dem durch Art. 14 I 1 GG geschützten Besitzrecht des Mieters an der von ihm gemieteten Wohnung als dem Mittelpunkt seiner privaten Existenz (vgl. BVerfGE 89, 1; BVerfG NJW 2000, 2658 sowie NZM 2004, 186) nicht vereinbar. Eine Anpassung der Vorauszahlungen gem. § 560 IV BGB ist daher nur insoweit wirksam, als sie auf einer auch inhaltlich korrekten Abrechnung beruht; an der bisherigen gegenteiligen Auffassung hält der Senat, wie bereits ausgeführt, nicht fest. Die damit verbundene Konsequenz, dass der Streit über die inhaltliche Richtigkeit einer Abrechnung auch in einem Rechtsstreit über eine Klage auf Zahlung erhöhter Vorauszahlungen oder eine auf Nichtzahlung derartiger Beträge gestützte Räumungsklage geklärt werden muss und diesen gegebenenfalls verlängert, ist hinzunehmen.“ (BGH aaO)

BGB
§ 543 II 1 Nr. 3

Kündigung wegen Mietzinsrückstand Verspätete Zahlungen des Jobcenters

BGB

(AG Ludwigslust in IMR 2012, 281; Beschluss vom 23.08.2011 – 5 C 52/11)

Ein Mieter kann sich nicht auf verspätete Zahlungen des Jobcenters berufen.

„Kommt es zu Versäumnissen des Jobcenters (Sozialamt), das die Miete für den Hilfebedürftigen direkt an den Vermieter überweist, mit der Folge eines die Schwelle des § 543 II S. 1 Nr. 3 BGB übersteigenden Zahlungsrückstandes, kann der Vermieter auch dann außerordentlich kündigen, wenn der Leistungsträger nicht als Erfüllungsgehilfe des Mieters i. S. von § 278 BGB anzusehen ist; denn ein Schuldner hat seine finanzielle Leistungsunfähigkeit regelmäßig schon unabhängig von einem Verschulden zu vertreten, und soweit zwischen dem Mieter und dem Jobcenter (Sozialamt) eine rein sozialrechtlich geprägte Rechtsbeziehung besteht, die der Versorgung des Mieters mit finanziellen Mitteln dient, kann es nicht zu Lasten des Vermieters gehen, dass der Mieter für die Begleichung der Miete auf Leistungen aus dritter Hand angewiesen ist.“ (AG Ludwigslust aaO)

ZPO
§§ 120 IV 1, 127 II

Prozess-/Verfahrenskostenhilfe Nachträglicher Vermögenszuwachs

ZPO

(OLG Oldenburg in ZAP 2012, 684; Beschluss vom 18.07.2011 – 1 W 40/11)

Nachträgliche Änderung des Prozesskostenhilfebeschlusses ist bei einem nachträglichen Vermögenszuwachs nach § 127 II ZPO auch dann möglich, wenn das erhaltene Geld weiterverschenkt worden ist.

„Die Abänderung des Prozesskostenhilfebeschlusses ist gem. § 120 IV 1 ZPO zulässig. Danach kann das Gericht die Entscheidung über die zu leistenden Zahlungen ändern, wenn sich die für die Prozesskostenhilfe maßgeblichen persönlichen und wirtschaftlichen Verhältnisse geändert haben. Auch wenn der Partei ursprünglich keine Zahlungen auferlegt worden waren, darf zulasten der Partei eine nachträgliche Zahlungsanordnung ergehen, wenn sich die Vermögensverhältnisse wesentlich verbessern (Zöller, ZPO, 28. Auflage § 120 Rn 20).

Bei einem Zufluss von 15.000,00 EUR ist bei einer ansonsten vermögenslosen Partei ohne weiteres von einer wesentlichen Verbesserung der Vermögenslage auszugehen. Dabei ist gerade das durch einen Rechtsstreit erlangte Vermögen grds. für die Bezahlung der Prozesskosten einzusetzen (vgl. Zöller, ZPO, 28. Auflage, § 120 Rn 24).

Den Kl. war es ohne weiteres zumutbar, zumindest das erhaltene Geld, das sie letztlich für die Schenkungen an die Kinder verbraucht haben, für die Rückzahlung der Prozesskosten zurückzuhalten. Denn insoweit gebieten der verfassungsrechtliche Gleichheitsgrundsatz und das Sozialstaatsprinzip dem Staat nur, dafür Sorge zu tragen, dass die Rechtsverfolgung einer Partei nicht durch Geldmangel unverhältnismäßig erschwert wird. Dieser Zugang zum Gericht ist den Kl. durch die Bewilligung von Prozesskostenhilfe gewährt worden. Sinn und Zweck der Prozesskostenhilfe ist es aber gerade nicht, einer Partei die durch Urteil oder Vergleich erstrittene Zahlung ungeschmälert zu belassen und sie damit letztlich anders als eine Partei zu behandeln, die keine Prozesskostenhilfe bekommen hat und insoweit als finanziellen Erfolg des Rechtsstreits auch nur den Reingewinn (Zahlung abzgl. der Kosten) für sich verbuchen kann (LG Hildesheim NJOZ 2006, 3397).“ (OLG Oldenburg aaO)

FamFG
§§ 117 II, 128

Verfahrensmangel Unterbliebene Anhörung in Familiensachen

FamFG

(OLG Hamm in MDR 2012, 778; Beschluss vom 07.02.2012 – 11 UF 154/11)

Die zu Unrecht unterbliebene Anhörung gem. § 128 FamFG stellt einen schweren Verfahrensmangel i. S. von § 117 II FamFG i. V. mit § 538 II ZPO dar und kann zur Aufhebung und Zurückverweisung führen.

„Der Wortlaut des § 128 I FamFG ist zwar eine Sollvorschrift, die Anhörung steht aber nicht im Ermessen des Gerichts (vgl. BGH NJW-RR 1994, 644). Ausnahmen kommen nur in engen Grenzen in Betracht. Bejaht werden kann ein Verzicht bei mehrfachem unentschuldigtem Fernbleiben (vgl. OLG Hamm BeckRS 1999, 11132) bzw. wenn die Anordnung des persönlichen Erscheinens von Anfang an aussichtslos erscheint, weil der Aufenthaltsort unbekannt ist (BGH NJW-RR 1994, 642).

Ausnahmsweise kann auf eine Anordnung des persönlichen Erscheinens auch verzichtet werden, wenn sich die Beteiligten über die Bedeutung ihres Vorgehens bewusst sind, der Sachverhalt klar und unstreitig und eine Aussöhnung aussichtslos ist; so etwa in Scheidungssachen, in denen bereits eine dreijährige Trennungszeit (§ 1566 II BGB) verstrichen und keine streitige Folgesache anhängig ist.

Gemessen hieran muss die Entscheidung des FamG als verfahrensfehlerhaft gewertet werden, wobei man bei allem zu berücksichtigen hat, dass die Zustellung von Ladungen etc. wirksam über die bevollmächtigte Mutter (§ 171 BGB) hätten erfolgen können. Die zu Unrecht unterbliebene Anhörung stellt daher einen schweren Verfahrensfehler i. S. von § 117 II FamFG i. V. mit § 538 II ZPO dar.“ (OLG Hamm aaO)

Steuerrecht

ESTG

Werbungskosten

SteuerR

§§ 9 I 1, 19 I, 12 Nr. 1 S. 2

Aufwendungen für arbeitsgerichtlichen Vergleich

(BFH in DB 2012, 1659 = DStR 2012, 1267; Urteil vom 09.02.2012 – VI R 23/10)

Aufwendungen für aus dem Arbeitsverhältnis folgende zivil- und arbeitsgerichtliche Streitigkeiten können i. d. R. einen den Werbungskostenabzug rechtfertigenden **hinreichend konkreten Veranlassungszusammenhang zu den Lohneinkünften** aufweisen. Dies gilt grds. auch, wenn sich Arbeitgeber und Arbeitnehmer über solche streitigen Ansprüche im Rahmen eines arbeitsgerichtlichen Vergleichs einigen.

I. Ob Aufwendungen der beruflichen Sphäre oder der Lebensführung i. S. von § 12 Nr. 1 S. 2 EStG zuzurechnen sind, entscheidet sich unter **Würdigung aller Umstände des Einzelfalls**, ohne dass dabei allerdings schon ein **abstrakter Kausalzusammenhang** i. S. einer *conditio sine qua non* die einkommensteuerliche Zuordnung der Aufwendungen zur Erwerbssphäre rechtfertigt.

1. **Aufwendungen** sind vielmehr **nur dann als durch eine Einkunftsart veranlasst** anzusehen, wenn sie hierzu **in einem steuerrechtlich anzuerkennenden wirtschaftlichen Zusammenhang** stehen. Maßgebend dafür, ob ein solcher Zusammenhang besteht, ist zum einen die wertende Beurteilung des die betreffenden Aufwendungen auslösenden Moments, zum anderen die Zuweisung dieses maßgebenden Besteuerungsgrundes zur einkommensteuerrechtlich relevanten Erwerbssphäre (st. Rspr., zuletzt z. B. BFHE 229, 297; BFH DStR 2010, 1471; BFHE 226, 321; BFH DStR 2009, 2526). Danach können Kosten einer Rechtsverfolgung (Beratungs-, Vertretungs- und Prozesskosten) Werbungskosten sein, wenn der Gegenstand des Prozesses mit der Einkunftsart zusammenhängt, in deren Rahmen die Aufwendungen geltend gemacht werden. Der Zusammenhang mit der Einkunftsart richtet sich dabei nach objektiven Gesichtspunkten, nicht nach den Vorstellungen des Steuerpflichtigen.

2. Dementsprechend hat die Rspr. auch **Strafverteidigungskosten** nicht vom Betriebsausgaben- oder Werbungskostenabzug ausgeschlossen, sofern der strafrechtliche Vorwurf, gegen den sich der Steuerpflichtige zur Wehr setzt, **durch sein berufliches Verhalten veranlasst** gewesen ist (BFH DStR 2011, 2235; BFHE 219, 197; BFH DStR 2007, 2254; BFHE 140, 50).

Eine solche berufliche Veranlassung ist gegeben, wenn die dem Steuerpflichtigen zur Last gelegte Tat in Ausübung der beruflichen Tätigkeit begangen worden ist (BFHE 176, 564; BFH DStR 1995, 878, m. w. Nachw.). Die dem Steuerpflichtigen vorgeworfene Tat muss ausschließlich und unmittelbar aus seiner betrieblichen oder beruflichen Tätigkeit heraus erklärbar sein (BFH DStRE 2002, 1359, m. w. Nachw.). Dann begründen selbst strafbare, aber in Zusammenhang mit einer beruflichen Tätigkeit stehende Handlungen einen einkommensteuerrechtlich erheblichen Erwerbsaufwand, so dass daraus sich ergebende Schadenersatzzahlungen Werbungskosten sind (BFHE 205, 56; BFH DStR 2004, 910).

II. Ein **objektiver steuerrechtlich anzuerkennender wirtschaftlicher Zusammenhang** zwischen Aufwendungen des Steuerpflichtigen und dessen einkommensteuerrechtlich relevanter Erwerbssphäre besteht erst recht **bei bürgerlich-rechtlichen oder arbeitsrechtlichen Streitigkeiten**, die das **Arbeitsverhältnis betreffen** und deshalb der **Einkunftsart der nichtselbständigen Arbeit zuzurechnen** sind (BFHE 140, 219).

*„Sind dem Steuerpflichtigen entsprechende Aufwendungen dadurch entstanden, dass allein Zivil- und Arbeitsgerichte mit den streitigen **Ansprüchen und Forderungen aus dem Arbeitsverhältnis** befasst worden waren, spricht deshalb regelmäßig eine Vermutung dafür, dass diese Aufwendungen in einem hinreichend konkreten, den Werbungskostenabzug rechtfertigenden Veranlassungszusammenhang zu der Berufstätigkeit des Steuerpflichtigen stehen. Kam es nicht nur zu keinem strafgerichtlichen Verfahren, sondern hat noch nicht einmal die Staatsanwaltschaft als zuständige Strafverfolgungsbehörde strafrechtliche Ermittlungen durchgeführt, kann ohne hinreichend konkreter gegenteiliger Anhaltspunkte nicht davon ausgegangen werden, dass diese Aufwendungen der Lebensführung i. S. des § 12 Nr. 1 S. 2 EStG zuzurechnen sind.*

*Die Aufwendungen für die Rechtsverteidigung stehen insbes. auch dann in einem **objektiven Zusammenhang mit der Berufstätigkeit**, wenn [der Steuerpflichtige] sich gegen **unberechtigte Anschuldigungen und Vorwürfe seines Arbeitgebers** zur Wehr setzt, dessen vermeintliche Schadenersatzansprüche bestreitet und [ihm] dadurch entsprechende Aufwendungen entstehen. Wenn die zur Begründung des Schadenersatzanspruchs vorgebrachten tatsächlichen Vorwürfe, die einen beruflichen Veranlassungszusammenhang ausschließen könnten, nicht positiv festgestellt sind, fehlt es an hinreichend objektiven Anhaltspunkten, dass [der Steuerpflichtige] aus privaten, nicht der Erwerbssphäre zuzurechnenden Motiven gehandelt hätte. Dann greift zu Gunsten [des Steuerpflichtigen] die Vermutung, dass die Aufwendungen in einem hinreichend konkreten, den Werbungskostenabzug rechtfertigenden Veranlassungszusammenhang stehen.“* (BFH aaO)

III. Entsprechendes gilt für **auf einen Vergleich hin durch den Steuerpflichtigen geleistete Zahlungen**.

*„Der zwischen [dem Steuerpflichtigen] und seinem früheren Arbeitgeber abgeschlossene Vergleich gründet letztlich auch in der Ungewissheit darüber, was der Gesetzeslage entspricht, und führte zu dem grds. jedem Vergleich immanenten gegenseitigen Nachgeben (§ 779 I BGB, vgl. BGH NJW 2012, 61 m. w. Nachw.). Deshalb greift auch insoweit zu Gunsten [des Steuerpflichtigen] die Vermutung, dass dessen **Inanspruchnahme vor dem Arbeitsgericht auf Grundlage arbeitsvertraglicher Schadenersatzforderungen einen erwerbsbezogenen Veranlassungszusammenhang** zwischen der Vergleichszahlung an dessen früheren Arbeitgeber und der Erwerbstätigkeit [des Steuerpflichtigen] aufweist. Eine solche erwerbsbezogene Veranlassung kann zwar auch hier ausgeschlossen sein, wenn der Vergleich außerhalb des Arbeitsverhältnisses liegende Rechtsbeziehungen regelte. Solches ist indessen gerade nicht festgestellt.*

*Und entgegen der Auffassung des FG lässt sich die Vergleichszahlung angesichts der von beiden Prozessbeteiligten mit dem Vergleich gleichsam eingeräumten **Ungewissheit über das arbeitsrechtliche Rechtsverhältnis** oder die Verwirklichung des Anspruchs nicht als ein den Handlungsvorwurf einräumendes (Zu-)Geständnis begreifen. Denn ungeachtet der Frage, ob mit einem solchen Zugeständnis der **berufliche Veranlassungszusammenhang** überhaupt ausgeschlossen wäre, bliebe damit jedenfalls unberücksichtigt, dass weder ein Strafverfahren durchgeführt worden ist, noch überhaupt strafrechtlich erhebliche Ermittlungen und Feststellungen getroffen worden waren. Wenn schon eine Einstellung des Strafverfahrens nach § 153a StPO*

nicht die Schlussfolgerung gerechtfertigt, dass die zur Last gelegte Straftat verübt worden war (BFH DStR 2011, 2235), gilt dies erst recht für eine vergleichsweise Erledigung eines rein zivilrechtlichen, nämlich arbeitsgerichtlichen Verfahrens.“ (BFH aaO)

ESTG
§§ 26 I, 26b

Freie Wahl der Veranlagungsform Kein Wahlrecht für gleichgeschlechtliche Lebenspartner

SteuerR

(BFH in FamRZ 2012, 1137; Beschluss vom 05.03.2012 – III B 6/12)

Das **Recht auf freie Wahl der Zusammenveranlagung** steht **nur Ehegatten** zu, **gleichgeschlechtliche Lebenspartnerschaften werden** vom Wortlaut der §§ 26I, 26b EStG **nicht erfasst**. Eine **analoge Anwendung** dieser Vorschriften **auf Lebenspartnerschaften kommt nicht in Betracht**.

- I. Nach der **Rspr. des BVerfG** verpflichtet Art. 6 Abs. 1 GG als wertentscheidende Grundsatznorm den Staat, die Ehe zu schützen und zu fördern. Eine steuerliche Besserstellung von Ehe und Familie gegenüber nichtehelichen Lebensgemeinschaften hat das BVerfG in seiner bisherigen Rspr., der sich der erkennende Senat anschließt, für gerechtfertigt gehalten.

„Er hat dem Gesetzgeber ausdrücklich zugestanden, in Erfüllung und Ausgestaltung des Förderauftrags nach Art. 6 I GG die Ehe gegenüber anderen Lebensformen zu begünstigen (BVerfGE 105, 313). Eine unterschiedliche Förderung von Ehe und Familie im Vergleich zu anderen Formen gemeinschaftlichen Zusammenlebens verstößt hiernach nicht gegen den insoweit nachrangigen Art. 3 I GG (BFHE 212, 236).“ (BFH aaO)

- II. Darüber hinaus würde die **Erweiterung des Splittingverfahrens auf Lebenspartnerschaften** zu einer im Hinblick auf Art. 3 I 1 GG **verfassungsrechtlich bedenklichen Benachteiligung von Personen führen, die als nahe Verwandte eine Lebens- und Wirtschaftsgemeinschaft bilden**.

So können Geschwister, die auf Dauer zusammen wohnen und ihr Leben gemeinsam gestalten, keine Lebenspartnerschaft begründen (§ 1 III Nr. 3 des Lebenspartnerschaftsgesetzes).

Das BVerfG (BVerfGE 105, 313) hat die **Benachteiligung sog. Geschwistergemeinschaften** u.a. damit gerechtfertigt, dass eine solche Gemeinschaft nach bestehender Rechtslage in gewisser Hinsicht eine rechtliche Absicherung habe, die gleichgeschlechtlichen Lebenspartnern erst mit der Lebenspartnerschaft eröffnet werde. Einkommensteuerrechtlich wirkt sich jedoch das Verwandtschaftsverhältnis von zusammenlebenden Geschwistern nicht aus.

„Würde Partnern einer eingetragenen Lebenspartnerschaft die einkommensteuerrechtliche Zusammenveranlagung ermöglicht, diese aber Geschwistern vorenthalten, die auf Dauer zusammenleben und ihr **Leben gemeinsam gestalten**, so käme es zu einer Ungleichbehandlung, die an den vom BVerfG zu Art. 3 I GG aufgestellten Maßstäben zu messen wäre.“ (BFH aaO)

AO 1977
§§ 71, 191

Gewerbsteuerhinterziehung Haftung des Ehepartners

SteuerR

(VGH München in NJW 2012, 2293; Beschluss vom 06.02.2012 – 4 ZB 11.2024)

Die **Haftung der Ehefrau für die Gewerbsteuerhinterziehung durch den Ehemann** setzt voraus, dass ihr bewusst war, dass die Unterzeichnung der Einkommensteuererklärung weitere Auswirkungen, nämlich auch auf die Berechnung der Gewerbesteuer, haben würde.

„**Beihilfenvorsatz** liegt vor, wenn der Gehilfe die Haupttat in ihren wesentlichen Merkmalen kennt und in dem Bewusstsein handelt, durch seine Beihilfe das Vorhaben des Haupttäters zu fördern. Er braucht zwar die Einzelheiten der Haupttat nicht zu kennen; vielmehr genügt es, dass die Hilfe an sich geeignet ist, die vorsätzliche rechtswidrige Haupttat zu fördern oder zu erleichtern und der Hilfeleistende dies weiß (vgl. FG Münster BeckRS 2011, 94811 m. w. Nachw.).

Unstreitig wusste die Kl., dass die Unterzeichnung der – wie sie wusste – unrichtigen Einkommensteuererklärung zu einer Verkürzung der Einkommensteuer führen würde. Sie behauptet jedoch – unwiderlegt –, dass ihr **nicht bewusst gewesen sei, dass die Unterzeichnung der Einkommensteuererklärung weitere Auswirkungen, nämlich auch auf die Berechnung der Gewerbesteuer, haben würde**. Die Feststellungen des Strafgerichts hinsichtlich der Tatbeteiligung der Kl. ergeben diesbzgl. keine ausreichenden Anhaltspunkte (wird ausgeführt).

Nach alledem ist die Bekl. den Nachweis schuldig geblieben, dass die Kl. auch den Eintritt des Erfolgs einer weiteren Steuerhinterziehung zumindest billigend in Kauf genommen hat. Allein der Umstand, dass die Kl. mit gemeinsamem Tatvorsatz mit ihrem Ehemann die Verkürzung der Einkommensteuer herbeiführen wollte, reicht nicht dafür aus, auch einen Beihilfenvorsatz der Kl. bzgl. der Gewerbesteuer anzunehmen. Der Grundsatz „in dubio pro reo“ muss insoweit auch hier Anwendung finden.“ (VGH München aaO)

AO 1977
§ 173 I Nr. 2

Haftung des Steuerpflichtigen Fehlerhafte Steuersoftware

SteuerR

(FG Rh-Pf in DStRE 2012, 583; Urteil vom 30.08.2011 – 3 K 2674/10)

Verwendet ein Steuerpflichtiger zur Anfertigung seiner Steuererklärung eine andere als die amtlich bereitgestellte Steuerklärungssoftware (Elster-Formular) und verfügt diese nicht über den Funktionsumfang der amtlich bereitgestellten Steuerklärungssoftware, so **hat der Steuerpflichtige das Risiko einer fehlenden Fragestellung zu tragen**.

- I. Nach § 173 I Nr. 2 AO sind **Steuerbescheide aufzuheben oder zu ändern**, soweit **Tatsachen oder Beweismittel nachträglich bekannt werden, die zu einer niedrigeren Steuer führen und den Steuerpflichtigen kein grobes Verschulden daran trifft**, dass die Tatsachen oder Beweismittel erst nachträglich bekannt werden.

Diese **Einschränkung der Änderungsmöglichkeit** in den Fällen, in denen es sich um eine Änderung zugunsten des Steuerpflichtigen handelt, beruht darauf, dass der Steuerpflichtige die steuerlich relevanten Tatsachen, die aus seiner Sphäre stammen, unter Erfüllung seiner Erklärungspflicht gem. §§ 149 ff. AO rechtzeitig und vollständig vorzutragen hat. Die Erklärungspflichtigen verlangen von ihm, die Steuererklärung wahrheitsgemäß nach bestem Wissen und Gewissen abzugeben sowie die vom Gesetz geforderten Unterlagen vorzulegen. Außerdem ist er zur Mitwirkung nach § 90 AO verpflichtet. Das grobe Verschulden muss sich daher auf die Nichterfüllung dieser Pflichten erstrecken. Die Einschränkung dient darüber hinaus der Rechtssicherheit (Beermann/Gosch, AO, § 173 AO Rn 82, 83).

II. Als **grobes Verschulden** hat der Steuerpflichtige **Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit** zu vertreten.

1. **Grobe Fahrlässigkeit** ist anzunehmen, wenn der Steuerpflichtige die ihm nach seinen persönlichen Fähigkeiten und Verhältnissen zumutbare Sorgfalt in ungewöhnlichem Maße und in nicht entschuldbarer Weise verletzt hat.

Grob fahrlässiges Handeln liegt insbes. vor, wenn ein Steuerpflichtiger seiner Erklärungspflicht nur unzureichend nachkommt, indem er unvollständige Steuererklärungen abgibt. Beruht die unvollständige Steuererklärung auf einem Rechtsirrtum wegen mangelnder Kenntnis steuerrechtlicher Vorschriften, ist dies dem Steuerpflichtigen in der Regel nicht als grobes Verschulden anzulasten (BFH BFH/NV 2009, 545). Ob ein Steuerpflichtiger in diesem Sinne grob fahrlässig gehandelt hat, ist im Wesentlichen eine Tatfrage (BFH BFH/NV 2005, 1212).

2. Der Steuerpflichtige muss den sich bei dem Ausfüllen von Steuererklärungen **aufdrängenden Zweifelsfragen nachgehen** und die den Steuererklärungsformularen beigefügten Erläuterungen mit der von ihm zu erwartenden Sorgfalt lesen. Allerdings müssen auch die Erläuterungen für einen steuerlichen Laien ausreichend verständlich, klar und eindeutig sein (BFH DStR 2001, 849). Denn die Änderung eines Steuerbescheids wegen neuer Tatsachen ist nicht infolge groben Verschuldens des Steuerpflichtigen ausgeschlossen, wenn der Steuerpflichtige sich an einer objektiv missverständlichen finanzbehördlichen Anleitung zum Ausfüllen des Erklärungsvordrucks orientiert hat (FG Rh-Pf DStRE 1999, 812).

3. **Nicht als grobes Verschulden anzusehen** ist bei der Anfertigung und Abgabe einer Einkommensteuererklärung im Elster-Verfahren auch, wenn der Steuerpflichtige grds. um die steuerliche Berücksichtigungsfähigkeit von Aufwendungen weiß, die **Eintragung in das elektronische Formular** aber **aufgrund eines Versehens unterbleibt** und wegen einer **Besonderheit in der Programmführung** von ElsterFormular beim betreffenden Fragenkomplex ein kontinuierliches Arbeiten erschwert ist (FG Rh-Pf DStRE 2011, 1088).

4. Nach **st. Rspr. des BFH** hat der Steuerpflichtige auch ein **Verschulden seines steuerlichen Beraters** bei der Anfertigung der Steuererklärung **zu vertreten**.

„Die Zurechnung des Verschuldens des steuerlichen Beraters bei der Anfertigung der Steuererklärung ergibt sich aus der Verantwortung des Steuerpflichtigen für die Richtigkeit seiner Angaben in der Steuererklärung gem. § 150 II 1 AO. Dieser Verantwortung kann er sich nicht dadurch entziehen, dass er die Ausarbeitung der Steuererklärung seinem steuerlichen Berater überträgt. Von Angehörigen der steuerberatenden Berufe muss insoweit verlangt werden, dass sie den Inhalt der Merkblätter kennen und die üblichen Vordrucke beherrschen (BFHE 227, 365 = DStR 2010, 373).“ (FG Rh-Pf aaO)

III. Diese **Grundsätze gelten** nach FG Rh-Pf **auch dann, wenn ein Steuerpflichtiger** zur Anfertigung seiner Steuererklärung eine **andere als die amtlich bereitgestellte Steuerklärungssoftware verwendet**.

„Soweit diese andere Steuerklärungssoftware nicht über den Funktionsumfang der amtlich bereitgestellten Steuerklärungssoftware verfügt, so hat das Risiko einer fehlenden Fragestellung der Steuerpflichtige zu tragen.

*Im Streitfall bedeutet dies, dass sich zu Ungunsten der Kl. auswirkt, dass sie die entsprechende in den amtlichen Steuerklärungsvordrucken und in ElsterFormular ausdrücklich nach den Kinderbetreuungskosten gestellte Frage in der von ihnen verwendeten Steuerklärungssoftware nicht wiedergefunden haben bzw. nicht darauf aufmerksam geworden sind oder die entsprechenden Erläuterungen nicht wie in der Anleitung zur Einkommensteuererklärung abrufen konnten. Wie das Verschulden ihres steuerlichen Beraters müssen sie sich das Verschulden derjenigen Personen zurechnen lassen, die diese von ihnen gekaufte und verwendete Steuerklärungssoftware konzipiert und in den Handel gebracht haben. Es liegt ein **zurechenbares Verschulden** dieser Personen vor, wenn, wie von den Kl. behauptet, die von einer Fremdfirma konzipierte Steuerklärungssoftware beim Ausfüllen der Anlage Kind nicht sicherstellt, dass auch die entsprechende Frage nach Kinderbetreuungskosten und die entsprechenden Erläuterungen dargeboten werden bzw. dass ein Warnhinweis bei Nichtausfüllen eines entsprechenden Eingabefeldes erfolgt. Dieses Verschulden müssen sich die Kl. genauso zurechnen lassen, wie wenn sie zur Fertigung ihrer Einkommensteuererklärung einen steuerlichen Berater zugezogen hätten.“ (FG Rh-Pf aaO)*

FGO
§ 115 II Nr. 3

Verwertungsverbot im Besteuerungsverfahren Verletzung von Verfahrensvorschriften

SteuerR

(BFH in BFH/NV 2012, 956; Beschluss vom 19.12.2011 – V B 37/11)

Im Besteuerungsverfahren besteht kein allgemeines gesetzliches Verwertungsverbot für Tatsachen, die unter Verletzung von Verfahrensvorschriften ermittelt worden sind.

*„An der schlüssigen Darlegung eines Verfahrensfehlers fehlt es, soweit der Kläger behauptet, er sei ungeachtet eines strafrechtlichen Ermittlungsverfahrens nicht belehrt worden und das FG hätte seine Angaben daher nicht berücksichtigen dürfen. Denn im Besteuerungsverfahren besteht kein allgemeines gesetzliches Verwertungsverbot für Tatsachen, die unter Verletzung von Verfahrensvorschriften ermittelt worden sind, weshalb auch eine **Verletzung der Belehrungspflicht** des § 393 I 4 der Abgabenordnung im Besteuerungsverfahren **grds. zu keinem Verwertungsverbot führt** (BFH BFH/NV 2010, 432; BFHE 198, 7).“ (BFH aaO)*

Weitere Schriftumsnachweise

I. Zivilrecht

1. **Wertenbruch:** Die Besonderheiten des Tierkaufs bei der Sachmängelgewährleistung (NJW 2012, 2065)

Problemstellung: Das **allgemeine Gewährleistungsrecht** gilt einschließlich des Verbrauchsgüterkaufs mit Beweislastumkehr für **alle Tiere gem. § 90 a BGB entsprechend**; es stellt sich dabei die Frage, inwieweit sich aus der **besonderen, vom Tierschutz beeinflussten Stellung des Tieres** und der **individuellen Beziehung zwischen Käufer und Tier** bei der Gewährleistung **Modifikationen im Vergleich** zum Sachkauf ergeben. - Nach § 90a BGB sind die für Sachen geltenden Vorschriften auf Tiere nur insoweit entsprechend anwendbar, als nicht etwas anderes bestimmt ist. - Gem. Art. 20a GG schützt der Staat die Tiere durch die Gesetzgebung und nach Maßgabe von Gesetz und Recht durch die vollziehende Gewalt und die Rspr. - Beim Tierkauf stellt sich im Falle des Auftretens eines Mangels zunächst die Frage, ob der Verkäufer ein „Ersatztier“ als Nachlieferung zur Verfügung stellen darf: Beim Kauf eines vom Käufer ausgewählten Tieres ist die **Nachlieferung eines „Ersatztiers“ regelmäßig ausgeschlossen**. - Erhebliche praktische Bedeutung hat auch die Frage des **Erfüllungsorts der Nachbesserung**: Ein krankes Tier müsste für tierärztliche Behandlungen wieder zum Verkäufer befördert werden, sofern der Erfüllungsort – wie vom BGH jüngst für den Kauf eines Autoanhängers bejaht – der Sitz des Verkäufers ist; der Erfüllungsort der Nachbesserung ist grds. der **Ort, an dem das Tier vom Käufer gehalten wird**. - Der gewährleistungsrechtliche Vorrang der Nacherfüllung durch den Verkäufer ist beim Tierkauf insbes. dann problematisch, wenn das Tier einer **mangelbedingten Notfallbehandlung** bedarf; die Beauftragung des Tierarztes ist aber gleichwohl eine Angelegenheit des Verkäufers; im Fall eines mangelbedingten tiermedizinischen Notfalls ist eine **Nachfristsetzung gem. § 281 II Alt. 2 BGB für die Notfallbehandlung**, nicht aber für terminierte Folgebehandlungen **entbehrlich**; bei Fehlen eines Vertretenmüssens des Verkäufers besteht in Bezug auf die **mangel- und notfallbedingten Tierarztaufwendungen** unbeschadet des Prinzips des Vorrangs der Nacherfüllung ein **Anspruch aus GoA**; der Rechtsgedanke der Schadensersatzregelung des § 251 II 2 BGB gilt auch für wertübersteigende Nachbesserungskosten. - Die Frage des Einflusses von Tierschutzaspekten erstreckt sich auch auf den Fall, dass die voraussichtlichen tierärztlichen Nachbesserungskosten den wirtschaftlichen Wert des Tieres erheblich übersteigen. - Schwierigkeiten bereitet nicht zuletzt die **Abgrenzung zwischen „neuen“ und „gebrauchten“ Tieren bei öffentlichen Versteigerungen** i. S. des § 474 I 2 BGB, die einen Gewährleistungsausschluss ermöglichen: Bei Tierauktionen kann die Gewährleistung ausgeschlossen werden, sofern das Tier als **gebraucht einzustufen ist**. - Der „Tierkauf“ gegen geringes Entgelt – insbes. von Tierheimen – stellt eine gemischte Schenkung dar, so dass sich die Gewährleistung nur nach § 524 BGB richtet.

2. **Schmid:** Mietnebenkosten – Die neuere BGH-Rspr. und ihre Folgen für die Praxis (MDR 2012, 746)
3. **Blattner:** Fitnessverträge – Wirksamkeit von AGB zu Laufzeitklauseln und außerordentlichen Kündigung (MDR 2012, 745)

Laufzeitvereinbarungen von 24 Monaten halten einer gesetzlichen Inhaltskontrolle stand; Laufzeitvereinbarungen, die über 24 Monate hinausgehen, kommen in der Praxis so gut wie nicht vor. - Anders sieht es aus bei dem **Ausschluss des außerordentlichen Kündigungsrechts**: Hier hat der BGH dem Ausschluss und jeglicher Einschränkung des außerordentlichen Kündigungsrechts einen Riegel vorgeschoben; häufig gewähren Sportstudios dem Nutzer in ihren AGB im Falle einer Erkrankung, einer Schwangerschaft oder eines längeren Auslandsaufenthaltes eine **kostenfreie Pause**, die an die Vertragslaufzeit angehängt wird; es stellt sich also die Frage, ab welcher Zeitspanne der Nutzer berechtigt ist, sich gem. § 314 BGB ganz aus dem Vertrag zu lösen und ab wann ihm, falls das im konkreten Vertrag vorgesehen ist, lediglich eine kostenfreie Pause zusteht. - § 314 I 2 BGB verlangt für die außerordentliche Kündigung einen wichtigen Grund; ein solcher ist gegeben, wenn Tatsachen vorliegen, die unter Berücksichtigung aller Umstände und unter Abwägung der beiderseitigen Interessen die Fortsetzung des Vertrages für den Kündigenden unzumutbar machen; eine **Schwangerschaft ist als wichtiger Grund für die außerordentliche Kündigung allgemein anerkannt**, wie auch der BHG jüngst wieder bestätigt hat; wie lange der Nutzer gehindert sein muss (sei es wegen einer Krankheit, Schwangerschaft oder auch eines längeren Auslandsaufenthaltes) das Sportstudio zu nutzen, damit ein wichtiger Grund i.S.v. § 314 gegeben ist, hängt vom Einzelfall ab; als Orientierungshilfe könnte davon ausgegangen werden, dass jegliche Verhinderung, die eine Zeitspanne von sechs Monaten überschreitet, eine außerordentliches Kündigungsrechts rechtfertigt, vorbehaltlich weiterer Umstände des Einzelfalles, wie z.B. die vertragliche Rechtslaufzeit.

4. **Lüneborg:** Die Verjährung von Ersatz-, Hilfs- und Nebenansprüchen (NJW 2012, 2145)

Nach altem wie nach neuem Verjährungsrecht **verjähren Ersatzansprüche**, die als **wirtschaftliches Äquivalent** an die Stelle des Hauptanspruchs treten, **grds. in der für den Hauptanspruch geltenden** – ggf. gegenüber der regelmäßigen Verjährungsfrist verkürzten oder nunmehr auch verlängerten – **Verjährungsfrist**; in Ausnahmefällen (z. B. § 197 I Nr. 1 BGB) sind Ersatzansprüche mit Sinn und Zweck der verlängerten Sonderverjährung des Hauptanspruchs unvereinbar; für sie gilt die dreijährige Regelverjährung nach §§ 195, 199. - Hilfsansprüche dienen der Geltendmachung des Hauptanspruchs, ihnen kommt ein rein akzessorischer Charakter zu; daher ist

für sie die Verjährungsfrist des Hauptanspruchs maßgeblich – der Rechtsgedanke des § 197 I Nr. 1 BGB a. E. ist insoweit verallgemeinerungsfähig. - **Nebenansprüche richten sich allein in ihrem Entstehungsgrund nach dem Hauptanspruch, sind im Weiteren jedoch** – anders als Ersatzansprüche – **von diesem wirtschaftlich und rechtlich unabhängig** und unterliegen demnach grds. der **dreijährigen Regelverjährung** der §§ 195, 199 BGB; in Fällen einer kürzeren Verjährungsfrist des Hauptanspruchs verjähren Nebenansprüche spätestens in dieser (§ 217 BGB).

5. **Omlor:** Die neue Einzugsermächtigungslastschrift – Von der Genehmigungs- zur Einwilligungstheorie (NJW 2012, 2150)

Die **Änderung der Lastschriftbedingungen für Einzugsermächtigungslastschriften und SEPA-Basis-Lastschriften zum 09.07.2012** erfolgte wirksam auf Grundlage von § 675g I, II BGB. - Die Einzugsermächtigungslastschrift basiert seit dem 09.07.2012 auf einer Vorabautorisierung des Zahlers; das Lastschriftmandat beinhaltet einen Zahlungsauftrag; damit erfolgte ein Übergang von der Genehmigungs- zur Einwilligungstheorie. - Mit dieser **Neuaustrichtung** sind zahlreiche Folgeänderungen verbunden: Die **Einzugsermächtigung ist** in den Grenzen der §§ 675j II 2, 675p **widerrufbar**; die §§ 675o, 675s BGB sind auf die Einzugsermächtigung anwendbar, folglich darf z.B. ein **angemessenes und den tatsächlichen Kosten entsprechendes Entgelt für die Unterrichtung über die Ablehnung der Ausführung** erhoben werden; dem Zahler steht ein achtwöchiger Rückerstattungsanspruch aus § 675 x II BGB i. V. mit Nr. 2.5 der Bedingungen für Einzugsermächtigungslastschriften zu; der Zahler kann bei einer verzögerten Ausführung sowohl einen **Rückerstattungsanspruch aus § 675j II 2 BGB** geltend machen als auch Ersatz seines Verzögerungsschadens verlangen, sofern er als Verbraucher handelt, die gegenteilige Bestimmung in Nr. 2.6.2 III der Bedingungen für Einzugsermächtigungslastschriften ist gegenüber Verbrauchern unwirksam. - Einzugsermächtigungen, die auf Grundlage der Genehmigungstheorie erteilt wurden, gelten fortan als mit Vorabautorisierung erteilt.

6. **Lehmann:** Die Rspr. des BGH zum Allgemeinen Versicherungsvertragsrecht nach neuem VVG (r + s 2012, 320)

7. **Metz:** Erläuterungspflichten bei Verbraucherkrediten (NJW 2012, 1990)

Das aus der nationalen Rechtstradition des **Kreditgeschäfts** als **beratungs- und aufklärungsfreier Vertrag** geprägte deutsche Verständnis von § 491a III BGB versperrt die korrekte Umsetzung der Verbraucherkreditrichtlinie. - Schon die Transformation des Wortlauts der Richtlinie in deutsches Recht scheint rückblickend betrachtet nicht völlig geglückt zu sein und muss durch richtlinienkonforme Auslegung ergänzt werden; die Beachtung des Richtlinienartikels, auch in der englischen bzw. französischen Sprachversion, ist essenziell. - Kommentierung und Fachliteratur rekurren stark auf die frühere nationale Rechtslage der begrenzten Aufklärungspflichten und versperren so ebenfalls den Blick auf das europarechtlich gewollte Ergebnis. - Die Praxis reduziert die vom europäischen Recht geforderte Erläuterung weiter und begnügt sich mit **wenig aussagefähigen Standardinformationsblättern**; eine nationale Sicherstellung durch die Finanzaufsicht fehlt. - Es ist erforderlich, die Erläuterung bei Verbraucherkrediten als vollwertige eigene Kategorie einer Unterstützung in Form des Erklärens, des „**Verständlichmachens**“, das sich bloß schematischen Formulare entzieht, in Deutschland in Theorie und Praxis zu etablieren; dabei ist das Ziel durch europäisches Recht vorgegeben; der Verbraucher muss in die Lage versetzt werden zu beurteilen, ob der Vertrag seinen Bedürfnissen und seiner finanziellen Situation gerecht wird; eine **an den Interessen des Verbrauchers orientierte verständliche und vollständige Erklärung** muss konkret und interessengerecht zum gesamten Produktpaket, mit Vor- und Nachteilen erfolgen. - Wenn man deutsche Terminologie verwenden will, sind Elemente der Aufklärung als systematisch auf den Vertragsgegenstand bezogener **Tatsachenzusammenhang** zu realisieren, basierend auf einer Erkundung der finanziellen Situation und den Bedürfnissen – im Anlegerrecht das „**know your customer-Prinzip**“. - Beurteilungsfähigkeit des Kreditgeschäfts muss beim Verbraucher erreicht werden; dieser Erfolg ist herzustellen („in die Lage versetzt wird“); insoweit wird es ein konsistenteres Finanzdienstleistungsrecht in Deutschland geben, bei dem der Graben zwischen dem Schutz der Anleger und dem Schutz der Kreditnehmer nicht mehr derart breit ist. - Die neue Erläuterungspflicht primär aus der Perspektive nationaler Rechtstradition zu unterschätzen, könnte sich rächen; Schadensersatzansprüche, Rücktrittsrechte etc., spätestens wenn findige Rechtsanwälte, insbes. bei kreditfinanzierten Anlagemodellen, die neue Erläuterungspflicht, und sei es über den EuGH, zu nutzen beginnen, könnten Nachlässigkeiten teuer werden. - Auch die Mitgliedstaaten sind bei ungenügender Umsetzung keineswegs risikofrei: Nicht nur, dass Art. 5 VI Verbraucherkreditrichtlinie 2008 von ihnen verlangt, das Ziel sicher zu stellen, sondern Art. 23 der Richtlinie verlangt auch von den Mitgliedstaaten Sanktionen für Verstöße festzulegen, die wirksam, verhältnismäßig, aber auch abschreckend sein müssen.

8. **Schwaiger:** Neuer Vortrag in zweiter Instanz – die Rettung des Verfahrens? Neue Angriffs- und Verteidigungsmittel im Zivilprozess (AnwBl 2012, 652)

Wie keine andere Verfahrensmaxime **beherrscht der Beibringungsgrundsatz den Zivilprozess**: Es ist allein Sache der jeweiligen Partei, alle Tatsachen in den Rechtsstreit einzuführen, die für ihr Obsiegen vor Gericht nötig sind; zu den Grundpflichten des Rechtsanwalts im Prozess – gleich ob auf Kläger- oder Beklagtenseite – gehört daher insbesondere der vollständige und rechtzeitige Sachvortrag (mit Vorlage von Urkunden und Beweisangeboten). - Stützt das Gericht seine Entscheidung auf unzureichenden Vortrag der unterliegenden Partei, hat das i. d. R. die Geltendmachung von Schadensersatzansprüchen gegen den Anwalt zur Folge. - Im Falle einer ungünstigen erstinstanzlichen Entscheidung stellt sich die Frage, ob das Verfahren durch neuen Vortrag in Berufung noch gerettet werden kann: Das **Berufungsverfahren eröffnet keine vollständige zweite Tatsacheninstanz** mehr, sondern **dient in erster Linie der Fehlerkontrolle und Fehlerbeseitigung**; ein neuer Vortrag, den eine Partei bereits in der Ausgangsinstanz hätte einbringen können, bleibt im Berufungsverfahren grds. unberücksichtigt; für den Rechtsanwalt hat das zur Folge, dass er noch mehr als früher bestrebt sein muss, den für seinen

Mandanten günstigen Sachverhalt bereits rechtzeitig in der Ausgangsinstanz konkret und hinreichend substantiiert darzulegen und entsprechende Beweismittel anzubieten. - Gleichwohl ist **neuer Sachvortrag in der zweiten Instanz nicht immer von vorneherein ausgeschlossen**: § 531 II 1 ZPO regelt, wann neues Vorbringen im Berufungsverfahren zugelassen ist; darüber hinaus gibt es auch außerhalb dieser Vorschrift Fälle, in den das Berufungsgericht neue Tatsachen zu berücksichtigen hat. - Nach § 531 II 1 Nr. 1 ZPO sind **neue Angriffs- und Verteidigungsmittel** dann **zuzulassen, wenn** sie einen **Gesichtspunkt betreffen, der vom Gericht des ersten Rechtszuges** erkennbar **übersehen oder für unerheblich gehalten worden ist**; nach der BGH-Rspr. müssen die Parteien in diesem Fall Gelegenheit erhalten, sich auf die gegenüber der Auffassung des erstinstanzlichen Gerichts abweichende rechtliche Beurteilung durch das Berufungsgericht einzustellen und deshalb erforderlich gewordene neue Angriffs- und Verteidigungsmittel vorzubringen; hierbei kann es sich auch um **Gegenrechte** handeln, deren Geltendmachung die Partei erst im Hinblick auf den neuen Gesichtspunkt für notwendig erachtet; darauf, ob es ihr möglich gewesen wäre, das Gegenrecht schon in erster Instanz vorzubringen, kommt es nicht an. - § 531 II 1 Nr. 2 ZPO lässt **neue Angriffs- und Verteidigungsmittel** dann zu, **wenn sie infolge eines Verfahrensmangels** im ersten Rechtszug **nicht geltend gemacht wurden**; hierzu gehören die Fälle, in denen eine **fehlerhafte Prozessleitung durch das Gericht** gegeben ist, wenn das Gericht also bspw. seiner Hinweispflicht nach § 139 ZPO nicht nachkommt. - Nach § 531 II 1 Nr. 3 ZPO ist ein Grund für die Zulassung neuer Angriffs- und Verteidigungsmittel gegeben, wenn diese im ersten Rechtszug nicht geltend gemacht worden sind, ohne dass dies auf Nachlässigkeit der Parteien beruht; insbesondere vermag alleine der **Verweis der Partei auf ihre Prozesstaktik keinen hinreichenden Entschuldigungsgrund** darzustellen; nach BGH VersR 2007, 373 verstößt eine Partei gegen die Prozessförderungspflicht, wenn sie ein Beweismittel zu einem zentralem Punkt des Rechtsstreits bewusst zurückhält, um erst einmal abzuwarten, zu welchem Ergebnis die Erhebung der bisher angebotenen Beweise führt; zwar handelt es sich bei § 531 II ZPO um eine abschließende Regelung, dennoch gibt es außerhalb ihres Anwendungsbereichs Konstellationen, in denen die Zulassung neuen Vortrags im Berufungsverfahren ebenfalls gerechtfertigt ist. - In zweiter Instanz **stets zu berücksichtigen ist neuer Sachvortrag** dann, **wenn er unstreitig ist**; die **erstmalig im Berufungsrechtszug erhobene Einrede der Verjährung ist unabhängig von den Voraussetzungen des § 531 II ZPO zuzulassen**, wenn die Erhebung der Verjährungseinrede und **die den Verjährungseintritt begründenden tatsächlichen Umstände** zwischen den Parteien **unstreitig sind**. - Des Weiteren ist es möglich, die Voraussetzungen für Gestaltungsrechte oder Einwendungen erst nach Abschluss der ersten Instanz zu schaffen und anschließend in das Berufungsverfahren einzuführen; Bedingung für die Zulassung im zweiten Rechtszug ist aber wiederum, dass die Tatsachen, die das Gestaltungsrecht oder die Einwendung begründen, unstreitig sind; auch darf die Ausübung des Gestaltungsrechts selbst nicht umstritten ist.

II. Strafrecht

1. **Dann**: Privatärztlicher Abrechnungsbetrug und verfassungswidriger Schadensbegriff (NJW 2012, 2001)

Bespr. der Entsch. BGH NJW 2012, 1377 - Die normative Reduzierung des Vermögensschadens auf eine GOÄ-akzessorische Abrechenbarkeitsklausel kann dazu führen, dass Ermittlungsverfahren wegen Abrechnungsfehlern zunehmen und von interessierter Seite dazu instrumentalisiert werden, eigene GOÄ-Interpretationen durchzusetzen. - Nach Ansicht des Autors ist eine **Rückführung der BGH-Rspr. auf wirtschaftliche Erwägungen dringend geboten**, weil die aktuelle Spruchpraxis verfassungswidrig ist; privat liquidierenden Ärzten ist in Fällen umstrittener Abrechenbarkeit zu empfehlen, ihre Patienten über die von ihnen praktizierte Art der Leistungserbringung und abweichende Meinungen aufzuklären.

2. **Mansdörfer**: Umfang und Grenzen der strafrechtlichen Geschäftsherrenhaftung (StV 2012, 432)

Die **strafrechtliche Geschäftsherrenhaftung** ist **Ausfluss der generellen Geschäftsführungsverantwortlichkeit der Unternehmensleitung**: Die Unternehmensleitung hat generell dafür einzustehen, dass sich die Gesellschaft als Gesamtheit nach außen rechtmäßig verhält; dieser Verantwortlichkeit nach außen entspricht eine **Pflicht nach innen zu Aufsicht und Leitung der der Geschäftsführung unterstellten Mitarbeiter**; wird diese Pflicht nicht hinreichend wahrgenommen, soll die Unternehmensleitung für das Fehlverhalten ihrer Mitarbeiter ebenfalls zur Verantwortung gezogen werden können. - Wird eine pauschale Pflicht des Arbeitgebers zum Schutz vor Angriffen Dritter angenommen, so bedarf es einer besonderen Begründung, warum diese Pflicht personell auf die der Leitungsperson direkt unterstellten Personen begrenzt sein soll; es würde dem Wesen des Unterlassungsdelikts als Einstandspflicht für nicht wahrgenommene Erfolgsabwendungsmöglichkeiten eher entsprechen, die Garantspflicht an den konkreten Handlungsmöglichkeiten zu orientieren. - Eine **allgemeine Fürsorgepflicht** hat der Gesetzgeber zunächst **in gewissem Umfang ausdrücklich gesetzlich normiert**, z.B. § 3 II, § 4 Beschäftigtenschutzgesetz; außerdem sind wesentliche Regelungen insbes. im AGG zu finden. - Das BAG überträgt diese Regeln auch auf Fälle des sog. Mobbing; Mobbing wird durch das BAG zunächst als soziologische Beschreibung eines Phänomens und nicht als spezifisch rechtlicher Terminus verstanden; Anknüpfungspunkt ist der Begriff der Belästigung in § 3 III AGG; diese wird dort definiert als Benachteiligung, mit der bezweckt wird, dass die Würde der betreffenden Person verletzt und ein von Einschüchterungen, Anfeindungen, Erniedrigungen, Entwürdigungen oder Beleidigungen gekennzeichnetes Umfeld geschaffen wird. - Über das Mobbing hinaus ist im Arbeitsrecht eine **dem Unternehmer obliegende Pflicht zum Erhalt des Betriebsfriedens** anerkannt; der Arbeitgeber ist allen Arbeitnehmern gegenüber verpflichtet, dafür zu sorgen, dass sie keinen Tätlichkeiten ausgesetzt sind. - Vor dem Hintergrund dieser arbeitsrechtlichen Rechtspflichten liegt es nahe, die Unternehmensleitung hinsichtlich ihrer Mitarbeiter auch strafrechtlich als **Beschützergarant** einzustufen und sie zu verpflichten, in

Konflikte zwischen den Mitarbeitern schlichtend einzugreifen; Mitarbeitern mit Führungsaufgaben jenseits des engsten Kreises der Unternehmensführung obliegt diese Pflicht beschränkt auf ihren Kompetenzbereich. - Die Garantispflicht des Betriebsinhabers zur Verhinderung betriebsbezogener Straftaten von Mitarbeitern folgt nicht aus einer allgemeinen Allzuständigkeit- und Generalverantwortlichkeit: Auch bei der Konturierung des strafrechtlichen Verantwortungsprogramms in Unternehmen dürfen die allgemein anerkannten Grundsätze der Verantwortungsverteilung und der Aufteilung der Verantwortlichkeit in Verantwortungsbereiche grds. Geltung beanspruchen.

3. **Deutscher:** Die Erörterung der Vorstrafen von Zeugen (NSTZ 2012, 359)

§ 68a II 2 StPO erlaubt die Erörterung der Vorstrafen von Zeugen, soweit dies zur Beurteilung deren Glaubwürdigkeit notwendig ist; dies ist dann der Fall, wenn die Aussage des Zeugen überhaupt für das Verfahren von Bedeutung ist, Anhaltspunkte für eine mögliche Falschaussage bestehen und ein innerer Zusammenhang zwischen solchen Vorstrafen und der Glaubwürdigkeit des Zeugen im konkreten Verfahren besteht. - Insgesamt ist nicht nur bei der Bewertung dieser Notwendigkeit zur Einführung solcher Vorstrafen in das Verfahren besondere Umsicht geboten, sondern auch bei der Beurteilung der Auswirkungen der Vorstrafen auf die Beweiswürdigung.

III. Öffentliches Recht

1. **Polakiewicz/Kessler:** Das Streikverbot für deutsche BeamtInnen (NVwZ 2012, 841)

Das derzeit geltende **ausnahmslose Streikverbot für deutsche BeamtInnen steht in Widerspruch zu** den Anforderungen des **Art. 11 EMRK**, die der EGMR in nunmehr st. Rspr. vertritt. - Einschränkungen des Streikrechts, das von Art. 11 EMRK umfasst ist, müssen grds. gesetzlich vorgesehen und nach Maßgabe von Art. 11 II EMRK gerechtfertigt werden; sie sind nur für nach funktionalen Kriterien eng begrenzte Kategorien von Angehörigen des öffentlichen Dienstes zulässig, und zwar insoweit, als sie wegen der Wahrnehmung „hoheitlicher Befugnisse“ i. S. der Rspr. von EuGH und EGMR gerechtfertigt und verhältnismäßig erscheinen. - Auch ohne ein Handeln des Gesetzgebers sind die Grundsätze, die sich aus der einschlägigen Rspr. des EGMR ergeben, zu einer **konventionskonformen Auslegung von Art. 33 IV, V EMRK** heranzuziehen, wonach dieser einem Streikrecht für die allein durch die öffentlich-rechtliche Natur ihres Beschäftigungsverhältnisses definierte Gruppe der BeamtInnen nicht (mehr) entgegensteht; diese konventionskonforme Auslegung kann ohne Weiteres durch das BVerfG, aber wohl auch unmittelbar durch die ordentlichen Gerichte erfolgen

2. **Herrmann/Soiné:** Aufklärung von Dienstvergehen außerhalb des Disziplinarrechts? (NJW 2012, 845)

Problemstellung: Der Dienstherr hat seine Beamten bei ihrer amtlichen Tätigkeit und in ihrer Stellung zu schützen; dazu gehört auch die Aufklärung von unbestimmten Vorwürfen gegen die Amtsführung oder die angebliche Verletzung dienstrechtlicher Obliegenheiten eines nicht konkret benannten Beamten; bei nicht von vornherein haltlosen Behauptungen hat der Dienstherr deshalb sog. **Verwaltungsermittlungen** zur Prüfung der Frage durchzuführen, ob tatsächliche Anhaltspunkte für den Verdacht eines Dienstvergehens vorliegen und ein Disziplinarverfahren einzuleiten ist; bereits diese Untersuchungen des Dienstvorgesetzten können jedoch erheblich in die Grundrechte des Beamten eingreifen und nicht zuletzt rufschädigende Wirkungen entfalten. – § 17 BDG verpflichtet den Dienstvorgesetzten zur Einleitung eines Disziplinarverfahrens bei **Vorliegen eines Anfangsverdachts**; die Einleitungspflicht und die Unterrichtungspflicht sollen sicherstellen, dass disziplinarische Ermittlungen so früh wie möglich im Rahmen des gesetzlich geordneten Disziplinarverfahrens mit seinen rechtsstaatlichen Sicherungen zu Gunsten des Beamten geführt werden. - Verwaltungsermittlungen sind Untersuchungen des Dienstvorgesetzten, wenn konkrete Tatsachen für den Verdacht eines Dienstvergehens noch nicht vorliegen und ein vager Verdacht personell und sachlich noch nicht hinreichend konkretisiert worden ist; auch im Beamtenverhältnis bedürfen Eingriffe in verfassungsmäßige Rechtspositionen einer einfachgesetzlichen Ermächtigungsgrundlage, die das eingeschränkte Grundrecht ausdrücklich bezeichnen muss; Verwaltungsermittlungen berühren in erster Linie das allgemeine Persönlichkeitsrecht. - Der Dienstvorgesetzte hat den **Grundrechten bei der Untersuchung von dienstlichen Unregelmäßigkeiten auch durch die Ausgestaltung des Verfahrens Rechnung zu tragen**; allein im Disziplinarverfahren wird eine **wirksame Beteiligung des verdächtigten Beamten gewährleistet** und damit die **freiheitssichernde Funktion der Grundrechte verwirklicht**; zudem besteht danach eine Offenbarungspflicht des Dienstherrn gegenüber dem Beamten, wenn sich der Verdacht eines Dienstvergehens nicht erhärten lässt. - Die **beamtenrechtliche Fürsorgepflicht** verlangt von dem Dienstvorgesetzten ein **vertrauensvolles, von Gerechtigkeit und Wohlwollen getragenes Auftreten gegenüber den Beamten**; das Beamtenverhältnis als **gegenseitiges Treueverhältnis** ist zudem von dem Grundsatz geprägt, dass zwischen dem Beamten und seinem Dienstherrn Offenheit und Vertrauen herrschen muss; der Offenheitsgrundsatz verbietet es dem Dienstvorgesetzten auch, aus einem aufklärungsbedürftigen Sachverhalt eine für den Beamten ungünstige Schlussfolgerung zu ziehen, bevor er diesem Gelegenheit gegeben hat, hierzu Stellung zu nehmen bzw. Erklärungen abzugeben. - Nach § 21 I 2 BDG sind die belastenden, die entlastenden und die für die Bemessung der Disziplinarmaßnahme bedeutsamen Umstände zu ermitteln. - Die **Fürsorge- und Schutzpflichten des Dienstherrn beschränken die Ermittlungen**, d. h. jede Beeinträchtigung und Beschränkung des betroffenen Bediensteten muss vermieden werden, die nicht durch den Zweck der Untersuchung erfordert wird; insbesondere ist jedes Verhalten zu unterlassen, das dessen Persönlichkeitsrechte verletzt. - Bei Verwaltungsermittlungen hat der Dienstvorgesetzte im Hinblick auf jeden betroffenen Bediensteten die aus den Freiheitsgrundrechten und dem Rechtsstaatsprinzip abgeleitete Unschuldsvermutung zu berücksichtigen; das grds. **auch im Disziplinarrecht geltende Verbot von Schuldvermutungen** erfordert die Beibringung objektiver Tatsachen, d. h.

der Verdacht eines Dienstvergehens darf nicht auf disziplinarrechtlich neutrale Fakten gestützt werden und muss tatsächliche Anknüpfungspunkte benennen, die außerhalb der bloßen Verdächtigung liegen. - Dienstvorgesetzte können auf Grund ihrer Dienstaufsichtsbefugnisse **jederzeit auf die im Dienstbetrieb allgemein zugänglichen Vorgänge zugreifen**; die Anforderung der Personalakte oder anderer Behördenunterlagen oder das Ersuchen um Auskunftserteilung zur Konkretisierung der vagen Vermutung, ein bestimmter Beamter habe eine Dienstpflichtverletzung begangen, ist im Rahmen von Verwaltungsermittlungen nicht zulässig. - Von der Dienstaufsicht umfasst ist der Zugriff auf dienstlich genutzte IT-Systeme wie betriebsinterne Datenverlaufsprotokolle (Log Files), dienstinterner Mailverkehr und Internetverlaufsprotokolle. - Die allgemeine Dienstaufsicht befugt den Dienstvorgesetzten jederzeit zum Betreten von Diensträumen und der Inaugenscheinnahme dienstlicher Verwahrgelasse (z. B. Schränke, Aktenböcke) und Unterlagen (Schriftstücke, Aufzeichnungen etc.); deren Durchsicht setzt, sofern sie dem Betroffenen zur persönlichen Nutzung zur Verfügung stehen, dessen ausdrücklich erklärtes Einverständnis gegenüber dem Dienstvorgesetzten voraus; **Verwaltungsermittlungen berechtigen den Dienstherrn nicht dazu**, gegen den Willen des Betroffenen dessen **dienstlich genutzte persönliche Gegenstände zu durchsuchen**; selbst ein eingeleitetes Disziplinarverfahren erlaubt dem Dienstherrn nur, den Betroffenen zur Herausgabe der Unterlagen usw. aufzufordern, eine Durchsichtung oder eine Beschlagnahme setzen jeweils eine Anordnung des zuständigen Disziplinargerichts voraus. - Im Rahmen der Verwaltungsermittlungen ist der **Dienstvorgesetzte nicht zu heimlichen Maßnahmen berechtigt**, die sich auf die Aufklärung des dienstlichen oder außerdienstlichen Verhaltens eines konkreten Beamten richten. - Zur Klärung der Disziplinärwürdigkeit eines Sachverhalts ist der Dienstvorgesetzte auf **informelle Befragungen** beschränkt, denn **Zeugenvernehmungen sind bei Verwaltungsermittlungen unzulässig**.

3. **Payandeh**: Verwaltungsvertrag und Verwaltungsaktbefugnis (DÖV 2012, 590)

Entgegen der in der Verwaltungsrechtslehre nahezu allgemein vertretenen Auffassung **führt** nach Ansicht des Autors der **Abschluss eines Verwaltungsvertrags nicht zum generellen Ausschluss der Verwaltungsaktbefugnis**; ein im Rahmen eines vertraglich begründeten Verwaltungsrechtsverhältnisses erlassener Verwaltungsakt muss aber mit der Rechtsordnung im Einklang stehen: Er darf die **gesetzlichen Wertungen der §§ 54 ff. VwVfG nicht unterlaufen**, allgemeinen Grundsätzen des Verwaltungsrechts nicht zuwider laufen, und er darf die **vertraglich eingegangenen Verpflichtungen der Verwaltung nicht verletzen**. - Der von dem Autor entwickelte Ansatz unterscheidet sich damit nicht nur in der dogmatischen Begründung von der in der Verwaltungsrechtslehre vorherrschenden Position: Geht man davon aus, dass der Abschluss eines Verwaltungsvertrags grds. keinen Einfluss auf die Befugnis der Verwaltung zum Tätigwerden durch Verwaltungsakt hat, so ist erstens **ein im Vertragsverhältnis erlassener Verwaltungsakt nicht schon aufgrund der vertraglichen Prägung des Rechtsverhältnisses rechtswidrig**, sondern nur dann, wenn er konkreten gesetzlichen Vorgaben oder dem vertraglichen Regelungsgehalt zuwiderläuft. – Außerdem wirft das Zusammentreffen von Verwaltungsvertrag und Verwaltungsakt nach der von dem Autor vertretenen Ansicht kein grds. Problem der Verwaltungsaktbefugnis auf; damit stellt sich auch nicht die Frage, unter welchen Voraussetzungen der Gesetzgeber ausnahmsweise die Handlungsform des Verwaltungsakts im Rahmen vertraglicher Rechtsverhältnisse zulassen darf; es gelten vielmehr die allgemeinen Anforderungen, die der Vorbehalt des Gesetzes an den Erlass von Verwaltungsakten stellt; es muss daher nicht besonders streng geprüft werden, ob die gesetzlichen Bestimmungen wirklich den Rückgriff auf die Handlungsform des Verwaltungsakts im Rahmen vertraglicher Rechtsverhältnisse ermöglichen; auch ist keine besondere Rechtfertigung für derartige gesetzliche Bestimmungen zu verlangen. – Schließlich kann nach Ansicht des Autors die Verwaltung auf ihre gesetzlich eingeräumten Befugnisse zum einseitigen Handeln zurückgreifen, soweit eine vertragliche Regelung dem Tätigwerden durch Verwaltungsakt nicht entgegensteht; im Ergebnis führt diese Auffassung dazu, dass der **Verwaltungsvertrag dem einseitigen Handeln der Verwaltung in inhaltlicher Hinsicht Grenzen zieht**, nicht jedoch dazu, dass der Verwaltungsakt als Handlungsform generell ausgeschlossen ist oder bedeutungslos wird.

IV. Richter / Staatsanwälte / Rechtsanwälte / Notare

1. **Hager/Müller-Teckhof**: Die Entwicklung des Notarrechts 2011/2012NJW 2012, 2081
2. **Schindele/Söhl/Schindele/Eisele/Gerstner**: Die anwaltliche Beratungspflicht bei Abschluss eines Vergleichs im arbeitsgerichtlichen Kündigungsschutzprozess (ArbRAktuell 2012, 261)

Protokolle für die mündliche Prüfung

Warum Prüfungsprotokolle?

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

Wie läuft das ab?

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

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

Was können Sie sonst noch tun?

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

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

Was kostet das?

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

Grundsätzlich setzen sich die Kosten zusammen aus:

Bearbeitungskosten

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

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

Zahlung nur im Voraus oder bei Abholung!

Weitere Informationen unter: www.juridicus.de

