



# PRAKTIKER-REPORT (PR)

Monatsschrift für den praktisch tätigen Juristen

---

39. Jahrg.

Juli 2014

Heft 07

---

**Aus dem Inhalt:**

- |                |  |
|----------------|--|
| <b>BGH:</b>    | Vorsätzliche sittenwidrige Schädigung                    |
| <b>BGH:</b>    | Schlossaustauschkosten bei Schlüsselverlust durch Mieter |
| <b>BGH:</b>    | Betrug durch computergestützte Mobilfunkanrufe           |
| <b>BVerfG:</b> | Durchsuchung zum Zwecke der Strafverfolgung              |
| <b>BGH:</b>    | Abweichung von richterlichem Hinweis                     |
| <b>BGH:</b>    | Belehrungsprotokollierung bei Verfahrensverständigung    |
| <b>BVerwG:</b> | Präklusion von Einwendungen im Normenkontrollverfahren   |



#### **Impressum:**

#### **Verlag und Redaktion:**

Juristischer Verlag Juridicus GbR  
Hiberniastraße 6  
45879 Gelsenkirchen

Tel.: 0209 / 945 806 - 35

Fax: 0209 / 945 806 - 50

[info@juridicus.de](mailto:info@juridicus.de)

[www.juridicus.de](http://www.juridicus.de)

#### **Verantwortliche Redakteure:**

Silke Wollburg, Hiberniastraße 6, 45879 Gelsenkirchen

Britta Wegner, Hiberniastraße 6, 45879 Gelsenkirchen

#### **Urheber und Verlagsrechte:**

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

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

**Erscheinungsweise:** monatlich

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

Zahlung quartalsweise im Voraus

## Inhalt

### Aus der Gesetzgebung

Das Gesetz zur Zulassung der Sukzessivadoption durch Lebenspartner.....	1
---	---

### Brandaktuell

BGH: Mitverschulden bei Verkehrsunfall (Nichttragen eines Fahrradhelms).....	2
---	---

### Zivilrecht

BGH: Vorsätzliche sittenwidrige Schädigung (Mitwirkung eines Dritten bei Vertragsverletzung).....	3
BGH: Schlüsselverlust durch Mieter (Ersatz fiktiver Schlossaustauschkosten).....	6

### Strafrecht

BGH: Kinderpornografie (Pornographiebegriff).....	9
BGH: Betrug (computergestützte Mobilfunkanrufe).....	12

### Öffentliches Recht

BVerfG: Durchsuchung zum Zwecke der Strafverfolgung (Anforderungen an Verdacht).....	15
VG Bremen: Verbot einer salafistischen Kundgebung (Gefährdung der öffentlichen Sicherheit durch Inhalt der Äußerungen).....	18

### Kurzauslese I

OLG Hamm: Nachbesserungsanspruch (fehlerhaftes Tattoo).....	22
OLG Karlsruhe: Beschaffenheitsvereinbarung beim Gebrauchtwagenkauf („TÜV & AU neu“).....	22
BGH: Mietkaution (keine Verwertung zur Befriedigung strittiger Forderungen im laufenden Mietverhältnis).....	23
OLG Celle: Zuhälterei (freiwillige Prostitution).....	23
BGH: Mord (Zurechnung des Mordmerkmals des „niedrigen Beweggrundes“).....	23
BGH: Erpresserische Drohung (Einwirkung auf den Bedrohten).....	24
BVerwG: Apothekenübliche Ware (Unzulässigkeit des Verkaufs von Magnetschmuck).....	24
LG Lübeck: Beamtenbegriff (Mitarbeiter eines Privatunternehmens).....	24
VGH München: Geschäftsordnungsautonomie (Vorabbewertung durch den Bürgermeister).....	25
VGH München: Rücktritt von der Prüfung (Teilverlust einer bewerteten Prüfungsarbeit).....	25
OLG Düsseldorf: Gefahrenabwehr (unzulässige Beschlagnahme sichergestellter Waffen).....	25

## Zivilrecht

BGH:	Zulassung der Rechtsbeschwerde (nicht allein durch Beifügung einer Rechtsmittelbelehrung).....	27
BGH:	Abweichung von richterlichem Hinweis (Gehörsverletzung wegen Überraschungsentscheidung).....	29

## Strafrecht

BGH:	Verfahrensverständigung (fehlende/fehlerhafte Belehrungsprotokollierung).....	31
------	--	----

## Öffentliches Recht

VGH München:	Erlidigung und Verwirkung einer Untätigkeitsklage (Zulassung zum Hochschulstudium).....	33
BVerwG:	Präklusion von Einwendungen im Normenkontrollverfahren (mehrfache öffentliche Auslegung).....	36

## Kurzauslese II

OLG Karlsruhe:	Widerruf eines Prozessvergleichs (Geltung des § 222 ZPO).....	39
BGH:	Rechtsmittelverwerfung (nicht vor Entscheidung über Wiedereinsetzungsantrag).....	39
OLG Koblenz:	Mitgehörtes Telefongespräch (Verwertbarkeit).....	39
LG Stuttgart:	Zustellung eines Strafbefehls (analoge Anwendung des § 37 III StPO).....	39
OLG Frankfurt a.M.:	Beschwerde (Umdeutung in Aufhebungsantrag).....	40
BGH:	Verfahrensverständigung (Hinweis auf Bewährungsauflagen).....	41
OLG Dresden:	Schriftformerfordernis (elektronische Übermittlung einer Rechtsmittelschrift).....	41
BVerfG:	Verfassungsgerichtlicher Eilrechtsschutz (Grenzen).....	42
OVG Hamburg:	Anhörungsrüge im Eilverfahren (Anforderungen).....	43

## Speziell für Rechtsanwälte und Notare

### Gebühren und Kosten

OLG Köln:	Kostenerstattungsanspruch (Differenz zwischen geschuldeten und gesetzlichen Gebühren).....	44
OLG:	Verfahrenskostenhilfebewilligung für Vergleich (keine Erstattung einer Verfahrens-/Terminsgebühr).....	44
OLG Celle:	Verfahrenskostenhilfebewilligung (Einsatz des Gewinns aus Hausverkauf).....	45
OLG München:	Erstattung der Kosten einer Anschlussberufung (Berufungszurückweisung nach § 522 II ZPO).....	45
OLG Stuttgart:	Streitwertbeschwerde (Fehlendes Rechtsschutzinteresse).....	47

**Aus der Praxis**

AnwGH Düsseldorf:	Zustellung von Anwalt zu Anwalt (Anwendbarkeit des § 14 BORA).....	48
BGH:	Widerruf der Anwaltszulassung (Vermögensverfall trotz Immobilienvermögens).....	49
AnwGH München:	Kostenverauslagung für Mandant (Zulässigkeit).....	49
AnwGH Berlin:	Verstoß gegen anwaltliche Berufspflicht (verspätet angezeigte Nebentätigkeit).....	51
OLG Karlsruhe:	Zugewinnausgleichsanspruch (Berücksichtigung einer Abfindungszahlung).....	51
LAG S-H:	Verhaltensbedingte Kündigung (ausschweifende Internetnutzung).....	52
OLG Hamm:	Faktisches Überholverbot (Überholvorgang unter Überschreitung der zulässigen Höchstgeschwindigkeit).....	53
BGH:	Bestrittenes Parteivorbringen (Darstellung im Urteilstatbestand).....	53
BGH:	Nachholung einer versäumten Handlung (isolierter Verfahrenskostenhilfeantrag).....	54

**Steuern**

OLG Hamm:	Bindungswirkung eines Steuerbescheids (zivilgerichtliches Verfahren).....	55
-----------	--	----

<b>Weitere Schriftumsnachweise</b> .....	57
--	----



## Aus der Gesetzgebung

### Das Gesetz zur Zulassung der Sukzessivadoption durch Lebenspartner

Gesetz zur Umsetzung der Entscheidung des BVerfG zur Sukzessivadoption durch Lebenspartner vom 20.06.2014 (BGBl I, S. 786); In-Kraft-Treten am 27.06.2014

#### I. Allgemeines

Das **BVerfG** (Urteil vom 19.02.2013 - 1 BvL 1/11 u. 1 BvR 3247/09 = NJW 2013, 847 = NJ 2013, 290) hatte entschieden, dass das **Verbot der Sukzessivadoption durch Lebenspartner**, also das Verbot der Annahme eines bereits adoptierten Kindes durch den Lebenspartner des zunächst Annehmenden, **nicht mit dem GG vereinbar** ist.

Insofern hatte das BVerfG festgestellt, dass sowohl die betroffenen Kinder als auch die betroffenen Lebenspartner in ihrem **Recht auf Gleichbehandlung verletzt** werden (Art. 3 I GG), indem § 9 VII LPartG die Möglichkeit der Annahme eines adoptierten Kindes des eingetragenen Lebenspartners durch den anderen Lebenspartner (sog. **Sukzessivadoption**) verbietet, während demgegenüber die Möglichkeit der Annahme eines adoptierten Kindes des Ehepartners und die Möglichkeit der Annahme eines leiblichen Kindes des eingetragenen Lebenspartners (sog. **Stiefkindadoption**) eröffnet sind.

In seiner o.g. Entscheidung hatte das BVerfG **dem Gesetzgeber** zudem den **Auftrag erteilt, bis zum 30.06.2014** tätig zu werden, um das **Verbot der Sukzessivadoption durch Lebenspartner im Gesetz zu beseitigen** und eine **verfassungsgemäße Regelung zu treffen**.

#### II. Die Neuregelungen im Überblick

Das nun in Kraft getretene Gesetz sieht vor, dass ein adoptiertes Kind vom Lebenspartner des zunächst Annehmenden adoptiert werden darf. Dazu wurden die betroffenen **Vorschriften des materiellen Adoptionsrechts und des Verfahrensrechts angepasst**.

- Das Gesetz setzt die BVerfG-Entscheidung um, indem - durch **Ergänzung der Verweiskette in § 9 VII LPartG** - die gem. **§ 1742 BGB** bislang nur Ehegatten mögliche Sukzessivadoption auch Lebenspartnern gestattet wird.
- Daneben werden weitere **adoptionsrechtliche Vorschriften angepasst**, soweit dies erforderlich ist. Außerdem sieht das Gesetz dazu Angleichungen im EGBGB (**Art. 22 EGBGB**), im AdWirkG (**§ 3 I 1 Nr. 3 AdWirkG**) und im FamFG (**§ 188 I Nr. 1c FamFG**).

Die Neuregelungen gelten seit dem **27.06.2014**.

## Brandaktuell

**BGB**  
§ 823 I

### Mitverschulden bei Verkehrsunfall Nichttragen eines Fahrradhelms

**BGB**

(BGH in Pressemitteilung Nr. 95/14 vom 17.06.2014, Urteil vom 17.06.2014 - VI ZR 281/13)

Einer bei einem Verkehrsunfall geschädigten RadfahrerIn ist kein Mitverschulden wegen Nichttragens eines Fahrradhelms anzulasten, solange zum Unfallzeitpunkt keine Helmpflicht oder zumindest ein entsprechendes allgemeines Verkehrsbewusstsein besteht.

**Fall:** Die Klägerin fuhr im Jahr 2011 mit ihrem Fahrrad auf dem Weg zur Arbeit auf einer innerstädtischen Straße. Sie trug keinen Fahrradhelm. Am rechten Fahrbahnrand parkte ein PKW. Die FahrerIn des PKW öffnete unmittelbar vor der sich nähernden RadfahrerIn von innen die Fahrertür, so dass die Klägerin nicht mehr ausweichen konnte, gegen die Fahrertür fuhr und zu Boden stürzte. Sie fiel auf den Hinterkopf und zog sich schwere Schädel-Hirnverletzungen zu, zu deren Ausmaß das Nichttragen eines Fahrradhelms beigetragen hatte. Die Klägerin nimmt die Pkw-FahrerIn und deren Haftpflichtversicherer auf Schadensersatz in Anspruch. Das Oberlandesgericht hat der Klägerin ein Mitverschulden von 20 % angelastet, weil sie keinen Schutzhelm getragen und damit Schutzmaßnahmen zu ihrer eigenen Sicherheit unterlassen habe. Zu Recht?

Die Reduzierung eines Schadensersatzanspruchs wegen Mitverschuldens nach § 254 BGB kommt dann in Betracht, wenn Geschädigte gesetzliche Vorgaben nicht einhält oder diejenige Sorgfalt außer Acht lässt, die ein ordentlicher und verständiger Mensch zur Vermeidung eigenen Schadens anzuwenden pflegt (BGH, VersR 60, 804).

#### I. Kausalität zwischen dem Nichttragen des Fahrradhelms und dem eingetretenen Schaden

Das Nichttragen eines Schutzhelmes war kausal für das Ausmaß der Kopfverletzungen, die die Klägerin erlitten hat. Es ist nach herrschender Meinung (BGH NJW 1983, 1380 = r+s 1983, 121; OLG Stuttgart VRS 97, 15; Hentschel, Straßenverkehrsrecht, 41. Aufl. 2011, § 21a StVO, Rn. 22 m.w.N.) davon auszugehen, dass der Anscheinsbeweis für einen Kausalzusammenhang zwischen Nichtbenutzung des Helmes und einer eingetretenen Kopfverletzung spricht, wenn ein Radfahrer bei einem Unfall – wie im vorliegenden Fall – Kopfverletzungen erleidet, vor denen der Schutzhelm gerade schützen soll (vgl. OLG Schleswig r+s 2013, 353).

#### II. Verschulden der Klägerin

##### 1. Verstoß gegen Helmpflicht

Ein Verstoß gegen gesetzliche Vorgaben kann nicht angenommen werden. Für Radfahrer ist das Tragen eines Schutzhelmes nicht vorgeschrieben.

##### 2. Verstoß gegen Sorgfaltspflichten

Ein Mitverschulden ist aber auch dann anzunehmen, wenn zwar keine Pflicht zum Tragen eines Helmes besteht, jedoch ein ordentlicher und verständiger Mensch nach heutiger Auffassung beim Radfahren einen Fahrradhelm tragen sollte. Fraglich ist, ob eine solche allgemeine Überzeugungsbildung angenommen werden kann.

*„Das Nichttragen eines Fahrradhelms führt entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts nicht zu einer Anspruchskürzung wegen Mitverschuldens. Zwar kann einem Geschädigten auch ohne einen Verstoß gegen Vorschriften haftungsrechtlich ein Mitverschulden anzulasten sein, wenn er diejenige Sorgfalt außer acht lässt, die ein ordentlicher und verständiger Mensch zur Vermeidung eigenen Schadens anzuwenden pflegt. Dies wäre hier zu bejahen, wenn das Tragen von Schutzhelmen **zur Unfallzeit nach allgemeinem Verkehrsbewusstsein zum eigenen Schutz erforderlich und zumutbar** gewesen wäre. Ein solches Verkehrsbewusstsein hat es jedoch zum Zeitpunkt des Unfalls der Klägerin noch nicht gegeben. So trugen nach repräsentativen Verkehrsbeobachtungen der Bundesanstalt für Straßenwesen im Jahr 2011 innerorts nur elf Prozent der Radfahrer einen Schutzhelm. Inwieweit in Fällen sportlicher Betätigung des Radfahrers das Nichttragen eines Schutzhelmes ein Mitverschulden begründen kann, war nicht zu entscheiden.“* (BGH aaO)

## Entscheidungen materielles Recht

**BGB**  
**§ 826**

### Vorsätzliche sittenwidrige Schädigung (Mitwirkung eines Dritten bei Vertragsverletzung)

**ZivilR**

(BGH in NJW 2014, 1380; Urteil vom 15.10.2013 – VI ZR 124/12)

1. Ein Verhalten ist im Allgemeinen **nicht bereits deshalb sittenwidrig**, weil der Handelnde **vertragliche Pflichten oder das Gesetz verletzt** oder bei einem anderen einen Vermögensschaden hervorruft. Vielmehr muss eine **besondere Verwerflichkeit** seines Verhaltens hinzutreten, die sich aus dem verfolgten **Ziel**, den eingesetzten **Mitteln**, der zu Tage tretenden **Gesinnung** oder den eingetretenen **Folgen** ergeben kann.
2. Die bloße **Mitwirkung an einer Verletzung vertraglicher Treuepflichten**, von deren Existenz der Dritte – wenn auch grob fahrlässig – keine Kenntnis hat, rechtfertigt das Urteil der Sittenwidrigkeit nicht.
3. Die Annahme bedingten Vorsatzes setzt voraus, dass der Handelnde die relevanten **Umstände jedenfalls für möglich gehalten und billigend in Kauf genommen** hat. Es genügt nicht, wenn die relevanten Tatumstände lediglich objektiv erkennbar waren und sich dem Handelnden hätten aufdrängen müssen.

**Fall:** Die Kl., zwei geschlossene Immobilienfonds, nehmen die beklagte Bank auf Rückzahlung angeblicher Fondsgelder in Anspruch, die ihre frühere Geschäftsführerin, die G-GmbH, auf eigenen Namen bei der Bekl. angelegt und im Februar/März 2006 für fondsfremde Zwecke an die Bekl. zur Sicherung von Darlehen verpfändet hat. Gegenstand der Geschäftstätigkeit der G-GmbH (nachfolgend: GHL) ist das Halten von Geschäftsbeteiligungen und sonstiger Vermögensgegenstände aller Art, die Verwaltung von geschlossenen Immobilienfonds und das Halten und Verwalten vermögensrechtlicher Beteiligungen aller Art, soweit dazu keine besonderen Genehmigungen erforderlich sind. In den Jahren 2005 und 2006 war die GHL, deren Geschäftsführer SL war, Geschäftsführerin der Kl. Die GHL unterhielt auf eigenen Namen bei der M-Bank zwei Konten mit der Bezeichnung „Sonderkonto Umlage HAT 51“ und „Sonderkonto Umlage HAT 58“. Am 08.09.2005 eröffnete SL für die GHL bei der Bekl. ein Konto. Bei der Kontoeröffnung gab er an, dass die GHL für eigene Rechnung handle. Zwischen dem 14. und dem 19.12.2005 wurden von den Konten der GHL bei der Münchner-Bank Beträge in Höhe von insgesamt 450.000,00 EUR auf das Konto der GHL bei der Bekl. überwiesen. Als Auftraggeber der Überweisung war die GHL ausgewiesen. Der Verwendungszweck lautete „Übertrag Festgeld“. Im Januar 2006 richtete die GHL im eigenen Namen und unter Angabe des Handelns auf eigene Rechnung bei der Bekl. ein Wertpapierdepot ein und erwarb Anteile an Geldmarktfonds im Wert von 398.231,43 EUR. In der Zeit von Januar bis März 2006 nahmen sowohl die GHL als auch die P-GmbH, deren Geschäftsführer der Sohn von SL war, bei der Bekl. Darlehen in Höhe von jeweils 200.000,00 EUR auf. Als Sicherheit für die Darlehensrückzahlungsforderungen verpfändete SL die Wertpapiere der GHL. Hierbei erklärte er, dass die GHL für eigene Rechnung handle. Nachdem die Darlehen im August 2008 notleidend geworden waren, verwertete die Bekl. die Sicherheiten. Für diese hat jeweils ihr Mitarbeiter K gehandelt.

Mit der Behauptung, bei den Konten der GHL bei der Münchner-Bank habe es sich um Treuhandkonten gehandelt, auf denen Fondsgelder der Kl. angelegt gewesen seien, was die Bekl. gewusst habe, nehmen die Kl. die Bekl. – soweit in der Revisionsinstanz von Interesse – auf Schadensersatz in Anspruch. Werden sie hiermit Erfolg haben?

An einer vertraglichen Beziehung zwischen den Kl. und der Bekl. fehlt es, so dass nur ein Anspruch aus einem gesetzlichen Schuldverhältnis in Betracht kommt. Hier könnten die Kl. gegen die Bekl. einen Anspruch auf Schadensersatz wegen vorsätzlicher sittenwidriger Schädigung nach §§ 826 I, 831 BGB haben.

#### I. Schädigendes Verhalten

Zunächst ist das Verhalten zu benennen, welches die Haftung nach § 826 BGB begründen soll. Die Bekl. hat hier durch ihren Mitarbeiter K Konten für die GHL eröffnet sowie das betreffende Wertpapierdepots eingerichtet. Zudem wurde für die abgeschlossenen Darlehensverträge ein Pfandrecht begründet.

#### II. Zufügung eines Schadens

Die Kl. müssten einen Schaden erlitten haben. Dies gehört bei § 826 BGB zum haftungsbe gründenden Tatbestand. Die Kl. hat durch die Verwertung des Pfandrechts als Sicherheit für die Darlehensrückzahlungsforderungen einen Schaden in Höhe von 450.000,00 € erlitten.

### III. Kausalität

Das zur Haftung herangezogene Verhalten muss den Schaden adäquat kausal herbeigeführt haben.

Hätte die Bekl. kein Konto für die GHK eröffnet, kein Wertpapierdepot eingerichtet und dieses nicht als Pfand für die Darlehensrückzahlungsforderungen angenommen und letztlich die Verwertung vorgenommen, wäre der Schaden nicht entstanden.

### IV. Sittenwidrigkeit der Handlung

Das Verhalten der Bekl. müsste als sittenwidrig anzusehen sein.

#### 1. Begriff der Sittenwidrigkeit

„Sittenwidrig ist ein Verhalten, das nach seinem **Gesamtcharakter**, der durch umfassende Würdigung von Inhalt, Beweggrund und Zweck zu ermitteln ist, gegen das **Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden** verstößt (vgl. Senat, NJW-RR 2013, 1448 = VersR 2013, 1144 Rn. 14; NJW-RR 2013, 550 = VersR 2013, 200 Rn. 25; BGH, NJW 2004, 2668 [2670]; Katzenmeier in Dauner-Lieb/Langen, BGB, 2. Aufl., § 826 Rn. 2 f.; Palandt/Sprau, BGB, 72. Aufl., § 826 Rn. 4, jew. m.w.N.). Dafür genügt es im Allgemeinen nicht, dass der Handelnde vertragliche Pflichten oder das Gesetz verletzt oder bei einem anderen einen Vermögensschaden hervorruft. Vielmehr muss eine **besondere Verwerflichkeit** seines Verhaltens hinzutreten, die sich aus dem verfolgten **Ziel**, den eingesetzten **Mitteln**, der zu Tage tretenden **Gesinnung** oder den eingetretenen **Folgen** ergeben kann (vgl. BGH, NJW 2004, 2668 [2670]; BGHZ 102, 6 [77 f.]; BGHZ 102, 68 = NJW 1988, 700; Palandt/Sprau, § 826 Rn. 4 jew. m.w.N.).

So begründet die **Mitwirkung eines Dritten an dem Vertragsbruch** einer Partei für sich genommen nicht den objektiven Tatbestand der Sittenwidrigkeit; es müssen vielmehr besondere Umstände hinzutreten, die sein Verhalten als sittenwidrige Schädigung erscheinen lassen. In dem Eindringen des Dritten in die Vertragsbeziehungen muss ein **besonderes Maß an Rücksichtslosigkeit** gegenüber dem Geschädigten hervortreten. Dies ist etwa der Fall, wenn der Dritte eine Vertragspartei **zum Vertragsbruch verleitet, kollusiv mit ihr zusammenwirkt** oder die Verletzung vertraglicher – beispielsweise gesellschaftsrechtlicher – Treuepflichten **bewusst unterstützt** (vgl. BGHZ 12, 308 [317 ff.] = NJW 1954, 1159; NJW 1979, 1704 [1705]; NJW-RR 1993, 367 [368]; NJW 1994, 128 = VersR 1994, 187 [188]; MüKo-BGB/Wagner, 6. Aufl., § 826 Rn. 59 f.).

Erforderlich ist die **positive Kenntnis** des Dritten **von der Existenz der vertraglichen Bindung**; die unbewusste Beteiligung an einem Vertragsbruch rechtfertigt das Urteil der Sittenwidrigkeit nicht (vgl. BGH, NJW 1994, 128 = VersR 1994, 187 [188 f.]; MüKo-BGB/Wagner, § 826 Rn. 60). Dementsprechend kann die Begründung eines Pfandrechts an treuhänderisch gebundenen Kontoguthaben durch die Bank ein sittenwidriges Verhalten i.S.d. § 826 BGB darstellen, **wenn die Bank Kenntnis von der Treuhandbindung hatte und diese missachtet, um ihre eigenen Interessen durchzusetzen** (vgl. BGH, NJW 1991, 101 [102]; MüKoBGB/Wagner, § 826 Rn. 125; Staudinger/Oechsler, BGB, Neubearb. 2009, § 826 Rn. 242).“ (BGH aaO)

#### 2. Anwendung auf den Fall

Fraglich ist, ob das Verhalten des Mitarbeiters der Bekl. (K), welcher an Kontoeröffnung, den Darlehensverträgen und der Begründung des Pfandrechts mitgewirkt hat, nach diesen Maßstäben als sittenwidrig qualifiziert werden kann.

„Die Handlungen des K sind sittlich neutral. Weder die **Eröffnung des Kontos** und des Wertpapierdepots noch der **Abschluss des Darlehensvertrags** noch die **Begründung eines Pfandrechts** an den Geldmarktanteilen und deren Verwertung sind für sich genommen verwerflich. Besondere Umstände, die den objektiven Tatbestand der Sittenwidrigkeit begründen könnten, sind den Feststellungen des BerGer. nicht zu entnehmen.

Das BerGer. hat insbesondere **nicht festgestellt**, dass K **kollusiv mit SL zusammengewirkt** oder **Kenntnis von der Treuhandbindung** der zu Gunsten der GHK angelegten Gelder hatte. Der Umstand, dass K sich nach den Feststellungen des BerGer. den für eine Untreuehandlung des SL sprechenden Verdachtsmomenten verschlossen und es **unterlassen hat, sich durch gezielte Nachfragen Klarheit** zu verschaffen, obwohl er hellhörig habe werden müssen, vermag die für die Sittenwidrigkeit erforderliche besondere Verwerflichkeit seines Verhaltens nicht zu begründen. Denn die **bloße Mitwirkung an einer Verletzung vertraglicher Treuepflichten**, von deren Existenz der Dritte – wenn auch grob fahrlässig – keine Kenntnis hat, **rechtfertigt das Urteil der Sittenwidrigkeit nicht** (vgl. BGH, NJW 1994, 128 = VersR 1994, 187 [188 f.]; MüKoBGB/Wagner, § 826 Rn. 60 m.w.N.).“ (BGH aaO)

## V. Vorsatz

Zudem fehlt auch der erforderliche Vorsatz hinsichtlich der den Sittenverstoß begründenden Tatumständen und der Zufügung des Schadens.

*„Das BerGer. hat darüber hinaus nicht beachtet, dass eine Haftung der Bekl. aus §§ 831, 826 BGB zusätzlich zu den objektiven und subjektiven Voraussetzungen eines Sittenverstoßes einen Schädigungsvorsatz erfordert und Sittenwidrigkeit und Vorsatz getrennt festzustellen sind (vgl. Senat, NJW-RR 2009, 1207 = VersR 2009, 942 Rn. 24). Wie die Revision zu Recht beanstandet, rechtfertigen die Feststellungen des BerGer. nicht die Beurteilung, der Mitarbeiter der Bekl., K, habe den den Kl. entstandenen Schaden vorsätzlich herbeigeführt.*

*Zwar kommt es im Rahmen des § 831 BGB auf das Verschulden des Verrichtungsgehilfen regelmäßig nicht an; vielmehr genügt es im Allgemeinen, wenn der Verrichtungsgehilfe den objektiven Tatbestand einer unerlaubten Handlung erfüllt hat und diese rechtswidrig ist. Etwas anderes gilt aber, soweit über das allgemeine Verschulden hinaus – wie etwa bei § 826 BGB – subjektive Elemente Voraussetzung der unerlaubten Handlung sind. In einem solchen Fall müssen diese Voraussetzungen auch in der Person des Verrichtungsgehilfen erfüllt sein (vgl. Senat, NZG 2010, 587 = VersR 2010, 910 Rn. 38 m.w.N.).*

*Der Vorsatz enthält ein „Wissens-“ und ein „Wollenselement“. Der Handelnde muss die Umstände, auf die sich der Vorsatz beziehen muss, gekannt bzw. vorausgesehen und in seinen Willen aufgenommen haben. Die Annahme der – vorliegend allein in Betracht kommenden – Form des bedingten Vorsatzes setzt voraus, dass der Handelnde die relevanten Umstände jedenfalls für möglich gehalten und billigend in Kauf genommen hat. Entgegen der Auffassung des BerGer. genügt es dagegen nicht, wenn die relevanten Tatumstände lediglich objektiv erkennbar waren und sich dem Handelnden hätten aufdrängen müssen. In einer solchen Situation ist lediglich ein Fahrlässigkeitsvorwurf gerechtfertigt (vgl. Senat, NJW-RR 2009, 1207 = VersR 2009, 942 Rn. 24; NJW-RR 2012, 404 = VersR 2012, 454 Rn. 10; NJW-RR 2013, 550 = VersR 2013, 200 Rn. 32; BGH, NJW 2013, 2182 = VersR 2013, 916 Rn. 13).*

*Feststellungen dazu, dass K eine Schädigung der Kl. jedenfalls billigend in Kauf genommen hat, lassen sich dem Berufungsurteil nicht entnehmen. Das BerGer. wirft K lediglich vor, es unterlassen zu haben, dem begründeten Verdacht einer kriminellen Handlung nachzugehen, obwohl er Anlass zur Nachfrage gehabt habe und habe hellhörig werden müssen. Das der Mitarbeiter der Bekl. tatsächlich hellhörig geworden ist und eine Schädigung der Kl. in der erforderlichen Weise in seinen Willen aufgenommen und sich damit abgefunden hat, ist dem Urteil dagegen nicht zu entnehmen.“ (BGH aaO)*

## VI. Ergebnis

Die Voraussetzungen einer vorsätzlichen sittenwidrigen Schädigung nach § 826 BGB liegen nicht vor, so dass die Kl. keinen Anspruch gegen die Bekl. auf Schadensersatz haben.

Ein solcher Anspruch ergibt sich auch nicht aus anderen Anspruchsgrundlagen:

### 1. § 823 II BGB i.V.m. §§ 266 I, 27 I StGB

*„Auf der Grundlage der bisherigen Feststellungen kann ein Anspruch der Kl. gegen die Bekl. aus § 823 II BGB i.V.m. §§ 266 I, 27 I StGB wegen Beihilfe zu der von SL begangenen Untreue oder aus §§ 826, 830 I 1, II BGB wegen Beihilfe zu der von SL begangenen vorsätzlichen sittenwidrigen Schädigung nicht bejaht werden. Es fehlt an Feststellungen zu den subjektiven Voraussetzungen einer haftungsbegründenden Teilnahme des Mitarbeiters der Bekl., K, an der Tat des SL. Die Voraussetzungen für die Teilnahme an einer unerlaubten Handlung i.S.v. § 830 BGB richten sich nach den für das Strafrecht entwickelten Grundsätzen. Gemäß § 27 I StGB ist Gehilfe, wer einem anderen zu dessen vorsätzlich begangener rechtswidriger Tat vorsätzlich Hilfe leistet. Demgemäß verlangt die Teilnahme neben der Kenntnis der Tatumstände wenigstens in groben Zügen den jeweiligen Willen der einzelnen Beteiligten, die Tat gemeinschaftlich mit anderen auszuführen oder sie als fremde Tat zu fördern. Für den einzelnen Teilnehmer muss ein Verhalten festgestellt werden, das den rechtswidrigen Eingriff in ein fremdes Rechtsgut unterstützt hat und das von der Kenntnis der Tatumstände und dem auf die Rechtsgutverletzung gerichteten Willen getragen war (vgl. BGHZ 184, 365 = NZG 2010, 550 Rn. 34 m.w.N.). Wie bereits ausgeführt, hat das BerGer. nicht festgestellt, dass der Mitarbeiter der Bekl. Kenntnis von der Treuhandbindung der zu Gunsten der GHL angelegten Gelder hatte und mit Schädigungsvorsatz gehandelt hat.“ (BGH aaO)*

### 2. § 823 II BGB i.V.m. § 261 StGB

*„Eine Haftung der Bekl. aus § 823 II BGB i.V.m. § 261 StGB scheidet auf der Grundlage der bisherigen Feststellungen bereits deshalb aus, weil weder ersichtlich noch dargetan ist, dass SL den Tatbestand der Untreue – wie in § 261 I 2 Nr. 4 Buchst. a StGB gefordert – gewerbsmäßig verwirklicht hat.“ (BGH aaO)*

BGB

**Schlüsselverlust durch Mieter**

ZivilR

§§ 280 I, 241 II

**Ersatz fiktiver Schlossaustauschkosten**

(BGH in NJW 2014, 1653; Urteil vom 05.03.2014 – VIII ZR 205/13)

1. Die Rückgabe überlassener Schlüssel gehört im Rahmen eines Mietverhältnisses zu den vertraglichen Nebenpflichten nach § 241 II BGB.
2. Zwischen den Mitgliedern einer **Wohnungseigentümergeinschaft** besteht ein **gesetzliches Schuldverhältnis**, durch das die Verhaltenspflichten des § 14 WEG begründet werden, aber auch darüber hinausgehende Treue- und Rücksichtnahmepflichten i.S.v. § 241 II BGB folgen können.
3. Ein Wohnungseigentümer haftet den übrigen Miteigentümern nach § 278 BGB für das Verschulden seiner Mieter und Untermieter.
4. Der Verlust des Wohnungsschlüssels einer Schließanlage kann aus Sicherheitsgründen den Austausch der gesamten Schließanlage erforderlich machen, falls eine missbräuchliche Verwendung des nicht auffindbaren Schlüssels durch Unbefugte zu befürchten ist.
5. Der Verlust eines nachlieferbaren Schlüssels ist **kein Eingriff in die Sachsubstanz** der Schließanlage und führt auch nicht zu einer Wertminderung. Solange die Schließanlage nicht erneuert wurde, besteht kein Schaden.
6. **Schadensersatz** für eine neue Schließanlage kann **erst nach Durchführung des Austausches** verlangt werden.

**Fall:** Der Bekl. mietete ab 01.03.2010 eine Eigentumswohnung des Kl. Im von den Parteien unterzeichneten Übergabeprotokoll vom 28.02.2010 ist vermerkt, dass dem Mieter zwei Wohnungsschlüssel übergeben wurden. Das Mietverhältnis endete einvernehmlich nach drei Monaten zum 31.05.2010. Der Bekl. gab einen Wohnungsschlüssel zurück und bestritt, einen zweiten erhalten zu haben. Nachdem die Hausverwaltung der Wohnungseigentümergeinschaft vom Kl. darüber in Kenntnis gesetzt worden war, dass der Bekl. nicht in der Lage ist, den Verbleib des (zweiten) Wohnungsschlüssels darzulegen, verlangte die Hausverwaltung mit Schreiben vom 21.07.2010 vom Kl. Zahlung von 1.468,00 EUR für den aus Sicherheitsgründen für notwendig erachteten Austausch der Schließanlage und fügte einen Kostenvoranschlag in gleicher Höhe bei. Sie kündigte in dem Schreiben an, den Austausch der Schließanlage nach Zahlungseingang in Auftrag zu geben. Der Kl. hat den Betrag bislang nicht gezahlt; auch wurde die Schließanlage bisher nicht ausgetauscht. Der Kl. hat den Bekl. – unter Abzug von dessen Kautionsguthaben von 500,00 EUR – auf Zahlung von Schadensersatz an die Wohnungseigentümergeinschaft von zuletzt 1.367,32 EUR nebst Zinsen in Anspruch genommen. Muss der Bekl. die geltend gemachten Kosten tragen?

Der Kl. könnte einen Anspruch auf Schadensersatz aus §§ 280 I, 241 II, 257 BGB haben. Dann müsste der Bekl. eine ihm obliegende Pflicht schuldhaft verletzt und dadurch adäquat kausal einen Schaden beim Kl. herbeigeführt haben, der in der geltend gemachten Höhe auch entstanden ist.

**I. schuldhafte Verletzung einer vertraglichen Nebenpflicht**

*„Zu Recht ist das BerGer. ... davon ausgegangen, dass der Bekl. seine **mietvertragliche Nebenpflicht zur Obhut über den nicht mehr auffindbaren Schlüssel verletzt** hat (§ 241 II BGB; vgl. KG, NJW-RR 2008, 1245 = NZM 2009, 294; Flatow, NZM 2011, 660 [661]; Sternel, Mietrecht Aktuell, 4. Aufl., Rn. VI 262 a; Schmid, MDR 2010, 1367 [1369]) und daher dem Kl. gegenüber – grundsätzlich – zum Schadensersatz gem. §§ 280 I, 535 I, 546 I, 241 II BGB verpflichtet ist. **Vom Verschuldensvorwurf** hat sich der Bekl. nach den Feststellungen des BerGer. **nicht entlastet** (§ 280 I 2 BGB). Er hat zum Verbleib des Schlüssels nichts vorgetragen.“* (BGH aaO)

**II. Freistellungsanspruch**

*„Das BerGer. hat ferner zutreffend angenommen, dass der Kl. **als Schadensersatz** vom Bekl. **Freistellung** (Zahlung an die Wohnungseigentümergeinschaft) verlangen kann, soweit er wegen des abhanden gekommenen Schlüssels **seinerseits Schadensersatzansprüchen der Wohnungseigentümergeinschaft ausgesetzt** ist.“* (BGH aaO)

Dies setzt jedoch voraus, dass der Wohnungseigentümergeinschaft ein solcher Schadensersatzanspruch auch tatsächlich zusteht.

### III. Anspruch der Wohnungseigentümergeinschaft gegen den Kl. auf Schadensersatz

#### 1. Haftung des Wohnungseigentümers gegenüber der Gemeinschaft

Nach der Rechtsprechung des BGH besteht zwischen den Mitgliedern einer Wohnungseigentümergeinschaft ein **gesetzliches Schuldverhältnis**, durch das die Verhaltenspflichten des § 14 WEG begründet werden, aber auch darüber hinausgehende Treue- und Rücksichtnahmepflichten i.S.v. § 241 II BGB folgen können.

*„Der Wohnungseigentümer hat im Rahmen dieser rechtlichen Sonderverbindung für das **Verschulden von Hilfspersonen nach § 278 BGB einzustehen** (BGH, NJW 2007, 292 = NZM 2007, 88 Rn. 8; BGHZ 141, 224 [228 f.] = NJW 1999, 2108 = NZM 1999, 562; Armbrüster, ZMR 1997, 395 [397]). Dies gilt auch für Fremdnutzer, denen er die Wohnung überlassen hat (Klein in Bärman, WEG, 12. Aufl., § 14 Rn. 45 ff.). So ist in der Rechtsprechung der Instanzgerichte und in der Literatur anerkannt, dass ein **Wohnungseigentümer den übrigen Miteigentümern nach § 278 BGB für das Verschulden seiner Mieter und Untermieter haftet** (BayObLG, NJW 1970, 1551; KG, NZM 2002, 869; LG Dortmund, NZM 2000, 1016; Klein in Bärman, § 14 Rn. 48 m.w.N.; Kirchhoff, ZMR 1989, 323 [324]; Schmid, MDR 2010, 1367 [1369]).“ (BGH aaO)*

#### 2. Schutz- und Obhutspflichten des Eigentümers gegenüber der Gemeinschaft

Die sich aus dem gesetzlichen Schuldverhältnis zwischen dem einzelnen Wohnungseigentümer und der Eigentümergeinschaft ergebenden Schutz und Obhutspflichten könnten sich auch **auf Schließanlagen erstrecken**, die im Gemeinschaftseigentum der Wohnungseigentümer stehen (so. OLG Hamm, NJW-RR 2004, 1310 = NZM 2005, 185; Schmid, MDR 2010, 1367 [1368]).

*„[Zwischen] den Wohnungseigentümern besteht eine Schutz- und Obhutspflicht hinsichtlich der im Gemeinschaftseigentum stehenden Gegenstände (§ 14 Nr. 1 WEG, § 241 II BGB). Zu dieser **Schließanlage** gehören auch die **hierfür gefertigten Schlüssel**. Daher ist der Kl. als Miteigentümer gegenüber der Wohnungseigentümergeinschaft in gleicher Weise zur Obhut über die ihm ausgehändigten Schlüssel der Schließanlage verpflichtet wie der Bekl. im Rahmen des Mietverhältnisses gegenüber dem Kl. Da dem Kl. das **Verschulden des Bekl. nach § 278 BGB zuzurechnen** ist, haftet er gegenüber der Wohnungseigentümergeinschaft für den durch den Verlust eines dem Bekl. ausgehändigten Schlüssels entstandenen Schaden.“ (BGH aaO)*

#### 3. Recht zum Austausch der Schließanlage

Fraglich ist jedoch, ob der Verlust eines Schlüssels die Wohnungseigentümergeinschaft zum Austausch der kompletten Schließanlage berechtigt.

*„[Der] Verlust des Wohnungsschlüssels einer Schließanlage [kann] aus Sicherheitsgründen den Austausch der gesamten Schließanlage erforderlich machen ..., falls eine **missbräuchliche Verwendung** des nicht auffindbaren Schlüssels durch Unbefugte **zu befürchten** ist (Streyl in Schmidt-Futterer, Mietrecht, 11. Aufl., § 546 BGB Rn. 35 m.w.N.; Flatow, NZM 2011, 660 [661]; Ruthe, NZM 2000, 365; Schach in Kinne/Schach/Bieber, Miet- und Mietprozessrecht, 7. Aufl., § 546 Rn. 6; Schmid, MDR 2010, 1367 [1368]; KG, NJW-RR 2008, 1245 [1246] = NZM 2009, 294; LG Berlin, NJW-RR 2001, 513 = NZM 2001, 40 = ZMR 2000, 535 [536]; LG Münster, WuM 1989, 508 = BeckRS 2013, 16744; LG Mannheim, WuM 1977, 121).“ (BGH aaO)*

#### 4. Umfang des Schadens

Durch den Verlust des Schlüssels könnte ein **Sachschaden an der Schließanlage** anzunehmen sein, welcher die Wohnungseigentümergeinschaft dann nach § 249 II 1 BGB berechtigen würde, den für die Beseitigung des Sachschadens erforderlichen Aufwand auch **fiktiv abrechnen** (st. Rspr.; vgl. BGHZ 66, 239 [241] = NJW 1976, 1396 [zur Beschädigung eines Kfz]) und den **für den Austausch der Schließanlage erforderlichen Geldbetrag** geltend zu machen. Allerdings ist umstritten, ob der Verlust eines Schlüssels zu einem solchen Sachschaden an der Schließanlage führt.

##### a) Schlüsselverlust ist Sachschaden an Schließanlage

*„Nach einer in der **Rechtsprechung der Instanzgerichte** und in der **mietrechtlichen Literatur** teilweise vertretenen Auffassung, der auch das BerGer. folgt, soll der Verlust eines einzelnen zu einer Schließanlage gehörenden Schlüssels allerdings zu einem Sachschaden an der Schließanlage führen. Denn die **Sachgesamtheit „Schließanlage“** sei durch den Verlust des Schlüssels und die damit verbundene Missbrauchsgefahr **in ihrer Funktion beeinträchtigt**. Der Eigentümer könne deshalb seinen Schaden **abstrakt berechnen** und die (fiktiven) Kosten eines Austauschs der Schließanlage gem. § 249 II 1 BGB als den zur Wiederherstellung erforderlichen Geldbetrag verlangen (KG, NJW-RR 2008, 1245 [1246] = NZM 2009, 294; LG Münster, WuM 1989, 508 = BeckRS 2013, 16744; Lützenkirchen in Lützenkirchen, Mietrecht, § 546 BGB Rn. 121).“ (BGH aaO)*

## b) Schlüsselverlust ist kein Sachschaden an Schließanlage

„Die **Gegenmeinung** sieht in dem Verlust eines Schlüssels **keine Beschädigung** der Schließanlage als Sachgesamtheit (LG Wiesbaden, NZM 1999, 308; AG Ludwigsburg, WuM 2010, 355 = BeckRS 2010, 14199; AG Rheinbach, NZM 2005, 822; Ruthe, NZM 2000, 365 [366]; Flatow, NZM 2011, 660 [662]; Drasdo, NJW-Spezial 2011, 161 [162]; Zich, MietRB 2004, 302 [303]; Harsch in Schmid/Harz, Fachanwaltskomm. Mietrecht, 4. Aufl., § 535 Rn. 284 d). Der Verlust eines nachlieferbaren Schlüssels sei **kein Eingriff in die Sachsubstanz der Schließanlage** (LG Wiesbaden, NZM 1999, 308; AG Ludwigsburg, WuM 2010, 355 = BeckRS 2010, 14199; AG Rheinbach, NZM 2005, 822; Ruthe, NZM 2000, 365 [366]; Flatow, NZM 2011, 660 [662]). Die Mietsache erleide durch den Verlust des Schlüssels auch **keine Wertminderung** (AG Ludwigsburg, WuM 2010, 355 = BeckRS 2010, 14199; AG Rheinbach, NZM 2005, 822; Meyer-Abich in Kossmann, HdB der Wohnraummiete, 7. Aufl., § 94 Rn. 22). **Solange die Schließanlage nicht erneuert** worden sei, bestehe **kein Schaden** (Ruthe, NZM 2000, 365 [366]; Drasdo, NJW-Spezial 2011, 161 [162]; Harsch in Schmid/Harz, § 535 Rn. 284 d), denn allein die Sorge, es könne mit dem verlorenen Schlüssel Missbrauch getrieben werden, sei nicht kommerzialisierbar (LG Wiesbaden, NZM 1999, 308). Der Austausch der Schließanlage sei eine Maßnahme der Schadensverhütung, für die **Schadensersatz erst nach Durchführung** verlangt werden könne, da sich der Geschädigte andernfalls die bloße Besorgnis weiterer Schäden in Geld bezahlen ließe (Flatow, NZM 2011, 660 [662]).“ (BGH aaO)

## c) Auffassung des BGH

Der BGH hat sich der letztgenannten Auffassung angeschlossen.

„Eine Sache oder Sachgesamtheit ist nur dann beschädigt, wenn ihre **Sachsubstanz verletzt** ist (Staudinger/Schiemann, BGB, Neubearb. 2005, § 249 Rn. 218; MüKo-BGB/Oetker, 6. Aufl., § 249 Rn. 424, jew. m.w.N.). Der Verlust eines Schlüssels führt aber bei der gebotenen wertenden Betrachtung nicht zu einer – über die hier nicht Streitgegenständliche Einbuße des verlorenen Schlüssels hinausgehende – Beeinträchtigung der Sachsubstanz der Schließanlage.

Dass die Schließanlage **in ihrer Sicherungsfunktion beeinträchtigt** ist, wenn sich Unbefugte mit dem verloren gegangenen Schlüssel Zutritt verschaffen könnten, ist **keine unmittelbare Folge eines Substanzeingriffs**. Dies zeigt sich schon daran, dass diese Funktionsbeeinträchtigung durch einen neu angefertigten Schlüssel und die damit verbundene Kompensation der eingebüßten Sachsubstanz nicht beseitigt werden könnte. Soweit das BerGer. die durch den Verlust des Schlüssels bedingte Funktionsbeeinträchtigung als Eingriff in die „substanzielle Funktionalität“ der Sachgesamtheit „Schließanlage“ wertet, vermengt es die Verletzung der Sachsubstanz und die Beeinträchtigung der Sicherungsfunktion der Schließanlage. Während im ersten Fall schon auf Grund der schadensrechtlichen Differenzhypothese vom Vorliegen eines Sachschadens auszugehen ist, bedarf es bei der beschriebenen Beeinträchtigung der Sicherungsfunktion einer wertenden Betrachtung unter Einbeziehung der Verkehrsauffassung, ob sich das wegen einer Missbrauchsgefahr bestehende Sicherheitsrisiko zu einem Vermögensschaden verfestigt hat. Dies ist nicht der Fall. Das **rein abstrakte Gefährdungspotenzial** stellt regelmäßig **keinen** erstattungsfähigen **Vermögensschaden** dar. Ein ersatzfähiger Schaden entsteht vielmehr erst dann, wenn sich der Geschädigte aus objektiver Sicht unter den konkret gegebenen Einzelfallumständen zur Beseitigung einer fortbestehenden Missbrauchsgefahr veranlasst sehen darf, die Schließanlage zu ersetzen, und diesen Austausch auch tatsächlich vornimmt. In einem solchen Fall hat sich das Gefährdungspotenzial in einer Vermögenseinbuße realisiert. An diesen Voraussetzungen fehlt es hier.“ (BGH aaO)

## 4. Ergebnis

Die Wohnungseigentümergeinschaft hat vor dem Austausch der Schließanlage keinen Schadensersatzanspruch gegen den Kl., so dass dieser auch nicht vom Bkl. die Freistellung von diesem Anspruch nach §§ 280 I, 241 II, 257 BGB verlangen kann.

(BGH in NSTZ 2014, 1829; Urteil vom 11.02.2014 – 1 StR 485/13)

Der **Tatbestand des § 184 b StGB verlangt nicht zwingend**, dass die **Darstellung** der sexuellen Handlung einen **vergrößernd-reißerischen Charakter** aufweist.

**Fall:** Dem Angekl. Dr. N. im Zeitraum von Anfang 1994 bis Ende 1996 die Söhne einer Bekannten, F. und J.-M., anvertraut. Während die Kinder sich in der Wohnung des Angeklagten aufhielten, fertigte der Angekl. Lichtbildaufnahme von den nackten Kindern an. Er bewahrte dabei u.a. Photos eines noch nicht 16 Jahre alten Jugendlichen mit pornografischem Gehalt auf. Dabei ging es um eine Abbildung, die einen nackten Jungen zeigte, der rücklings auf dem Bett lag und dabei die Beine abspreizte,

Zu prüfen ist, ob der Angekl. sich wegen des Besitzes einer kinderpornographischen Schrift nach nach § 184b StGB strafbar gemacht hat.

In diesem Zusammenhang stellt sich die **Frage, ob die Darstellung der sexuellen Handlung einen vergrößernd-reißerischen Charakter aufweisen muss** und ob insoweit die **am Pornographie-Begriff der §§ 184, 184 a StGB entwickelten Maßstäbe zu übertragen** sind.

I. Gem. **§ 184 b I StGB** sind kinderpornographische Schriften „pornographische Schriften (§ 11 III StGB), die **sexuelle Handlungen von, an oder vor Kindern** (§ 176 I StGB) zum Gegenstand haben“. Infolgedessen bedarf es deshalb auch für § 184 b I StGB eines in diesem Sinne „**pornographischen**“ **Charakters** der Abbildung.

1. Der **BGH** hat sich **zur Auslegung dieses Begriffs für den Tatbestand des § 184 b StGB bislang noch nicht geäußert** und soweit er sich mit der Einordnung von Schriften, insbesondere Lichtbildern, als „kinderpornographisch“ i. S. v. § 184 StGB a. F. = § 184 b StGB n. F. befasst hat ersichtlich nur die Frage des Sexualbezugs der dargestellten Handlungen thematisiert.

vgl. BGH NSTZ 2014, 220; BGH NSTZ-RR 2014, 108 [jeweils zum Posieren in sexualbetonter Körperhaltung]; BGHSt 58, 197 = NJW 2013, 2914 = NSTZ 2013, 642; BGH NSTZ 2012, 319 = StV 2012, 540; BGH NSTZ 2009, 208 = StraFo 2008, 477; BGHSt 45, 41 = NJW 1999, 1979; BGHSt 43, 366 = NJW 1998, 1503 = NSTZ 1998, 351

2. Im **Schrifttum** ist die **Auslegung** des Merkmals „pornographisch“ in § 184 b I StGB **umstritten**:

- Nach **einer Ansicht** (SK-StGB/Wolters, 136. Lfg., § 184 b Rn 3 a) ergibt sich der pornographische Charakter bei der Darstellung sexueller Handlungen von, an oder vor Kindern jedenfalls in den Fällen, in denen die Schrift einen sexuellen Missbrauch von Kindern (§§ 176, 176 b StGB) zum Inhalt hat, bereits aus der Strafbarkeit des dargestellten Vorgangs, weil in diesen Fällen das Kind stets zum Objekt fremdbestimmter Sexualität degradiert werde. Außerhalb der Missbrauchsfälle sei eine Einzelfallbetrachtung erforderlich, dabei sei darauf abzustellen, ob das abgebildete Kind zum Opfer fremdbestimmter Sexualität degradiert werde.
- Die **vorherrschende Meinung** verweist zur Auslegung des Begriffs „pornographisch“ auf die anhand der §§ 184, 184 a StGB entwickelten Maßstäbe (MüKo-StGB/Hörnle, 2. Aufl., § 184 b Rn 14 m. w. Nachw.; Satzger/Schluckebier/Widmaier, StGB, 2. Aufl., § 184 b Rn 3; Fischer, StGB, 61. Aufl., § 184 b Rn 3); erforderlich ist danach eine vergrößernde Darstellung sexuellen Verhaltens, die den Menschen unter weitgehender Ausklammerung emotional-individualisierter Bezüge zum bloßen auswechselbaren Objekt geschlechtlicher Begierde oder Betätigung macht (zu § 184 I StGB vgl. BGHSt 37, 55 = NJW 1990, 3026 = NSTZ 1990, 586; BGH NSTZ 2011, 455).

2. **BGH aaO lehnt die letztgenannte Auffassung ab.**

„**Pornographie**“ ist die **Vermittlung sexueller Inhalte**, die **ausschließlich oder überwiegend auf die Erregung eines sexuellen Reizes beim Betrachter abzielt und dabei die im Einklang mit allgemeinen gesellschaftlichen Wertvorstellungen gezogenen Grenzen des sexuellen Anstands überschreitet** (so bereits Prot. des Sonderausschusses des Deutschen Bundestags für die Strafrechtsreform WP 6, 1932; vgl. LK-StGB/Laufhütte/Roggenbuck, 12. Aufl., § 184 Rn 5). Nach heutigem Verständnis bestimmt sich die **im Einzel-**

**fall schwer zu bestimmende Grenze** nach der Wahrung der sexuellen Selbstbestimmung des Einzelnen (vgl. Fischer, § 184 Rn. 7 b mwN); pornographisch ist demgemäß die Darstellung entpersönlichter sexueller Verhaltensweisen, die die geschlechtliche Betätigung von personalen und sozialen Sinnbezügen trennt und den Menschen zum bloßen auswechselbaren Objekt geschlechtlicher Begierde oder Betätigung macht (vgl. hierzu BGHSt 37, 55 = NJW 1990, 3026 = NSTz 1990, 586).

Eine derartig **degradierende Wirkung** wohnt der Darstellung sexueller Handlungen von, an und vor Kindern jedoch in aller Regel inne. Von Fallgestaltungen abgesehen, in denen es der Darstellung am pornographischen Charakter schon deshalb fehlt, weil sie nicht überwiegend auf die Erregung sexueller Reize abzielt (so auch bereits MüKo-StGB/Hörnle, § 184 b Rn 14) z. B. bei der Abbildung der Genitalien hierzu „posierender“ Kinder in medizinischen Lehrbüchern, sind realitätsbezogene Darstellungen sexueller Handlungen von, an oder vor Kindern daher regelmäßig auch „pornographisch“ i. S. v. § 184 b I StGB. Eines darüber hinausgehenden „vergrößernd-reißerischen“ Charakters der Darstellung bedarf es demgegenüber nicht.“ (BGH aaO)

- a) Zur Begründung verweist BGH aaO zunächst auf den **Wortlaut des § 184 b I StGB**, der die absolute Grenze einer Gesetzesauslegung zum Nachteil des Angekl. bildet (vgl. BGH NSTz 2013, 120) und bestimmt, dass nur eine „pornographische“ Schrift auch „kinderpornographisch“ i. S. v. § 184 b I StGB sein kann.
- b) Wie der **Begriff „pornographische Schriften“** innerhalb des § 184 b I StGB jedoch ausgefüllt werden soll, **lässt das Gesetz offen**.

„Die gleichzeitige Verwendung des Begriffs in anderen Strafnormen, namentlich in den §§ 184, 184 a StGB, **gebietet nicht von vornherein eine gleichlautende Auslegung auch für § 184 b StGB**.

Maßgeblich ist stets der **Schutzzweck der betroffenen Norm**, der auch eine **differenzierte Interpretation erforderlich** machen kann (vgl. auch BGHSt 55, 36 = NJW 2010, 3730 = NSTz 2010, 517 [zum Merkmal des Sichverschaffens]; für eine unterschiedliche Definition des Begriffs „Pornographie“ innerhalb der verschiedenen Tatbestände des § 184 StGB daher auch SK-StGB/Wolters, 136. Lfg., § 184 Rn 5; Schroeder, Pornographie, Jugendschutz und Kunstfreiheit, 1992, 21 ff.).

Eine Betrachtung nach dem Schutzzweck des § 184 StGB einerseits und dem des § 184 b StGB andererseits legt keine einheitliche Interpretation des Begriffs „pornographisch“ nahe.

Die Vorschrift des § 184 StGB soll **den Bürger vor unerwünschter Konfrontation mit Pornographie schützen** (BGH NJW 2006, 627 = NSTz 2005, 688; BGHSt 34, 94 = NJW 1987, 1610 = NSTz 1986, 548) darüber hinaus dient er dem Jugendschutz (LK-StGB/Laufhütte/Roggenbuck, § 184 Rn 1; krit. Fischer, § 184 Rn 2), wobei auch hier vor allem der Schutz Jugendlicher vor der Konfrontation mit Pornographie gemeint ist.

Demgegenüber **schützt § 184 b StGB** nicht nur den Konsumenten der Abbildung, sondern auch die **sexuelle Integrität des Kindes**, das an ihrer Herstellung mitwirkt (BT-Drs. 12/3001, 5; vgl. auch BGH, NSTz-RR 2013, 339 [340]; StV 2012, 212 = BeckRS 2011, 28274). Insbesondere soll potenziellen Tätern kein Anreiz zu sexuellen Missbrauchstaten gewährt werden.

Schon nach dem Maßstab des **Konsumentenschutzes** bedarf es bei der Darstellung sexueller Handlungen von, an und vor Kindern keines vergrößernd-reißerischen Charakters. Denn deren Degradierung zum Objekt fremder sexueller Begierde ergibt sich allein daraus, dass ihnen eine selbstbestimmte Mitwirkung an sexuellen Handlungen per se nicht möglich ist (zur Unwirksamkeit einer Einwilligung des Kindes in sexuelle Handlungen vgl. LK-StGB/Hörnle, § 176 Rn 4 m. w. Nachw.; MüKo-StGB/Renzikowski, § 176 Rn 2 m. w. Nachw.; SK-StGB/Wolters, 135. Lfg., § 176 Rn 2; Fischer, § 176 Rn 2).

Vor allem aber spricht die Verknüpfung mit dem Schutzzweck der §§ 176 ff. StGB gegen eine Restriktion des Tatbestands am Maßstab des für §§ 184, 184 a StGB entwickelten Pornographie-Begriffs. Der Gesetzgeber hat einen **umfassenden Schutz von Kindern vor sexuellem Missbrauch** angestrebt. Die Ausdehnung dieses Schutzes auf die Fälle mittelbarer Förderung in § 184 b StGB lässt sich daher nur umsetzen, wenn es für die Begründung der Strafbarkeit nicht noch der vergrößernd-reißerischen Darstellung bedarf.“ (BGH aaO)

- c) BGH aaO weist zudem darauf hin, dass auch der **Gesetzgeber bei der Neufassung des heutigen § 184 b StGB** ersichtlich **nicht davon ausgegangen ist, dass es für die Qualifizierung einer Schrift als „kinderpornographisch“ auf eine i. S. v. § 184 StGB „vergrößernd-reißerische“ Darstellung ankommt**.

„Die **aktuelle Regelung entstammt dem Gesetz zur Umsetzung des Rahmenbeschlusses des Rates der Europäischen Union** zur Bekämpfung der sexuellen Ausbeutung von Kindern und der Kinderpornographie vom 31.10.2008 (BGBl. I 2008, 2149). Das bereits in der früheren Fassung enthaltene Merkmal „pornographisch“ wurde im Entwurf der Neuregelung zunächst stillschweigend übernommen (vgl. Art. 1 Nr. 8, BT-Drs. 16/3439, 5, 9). Bereits während der Beratungen des Rechtsausschusses wurde im Rahmen zweier Entschließungsanträge allerdings erfolglos beantragt, „zur Klarstellung“ das Tatbestandsmerkmal „pornographisch“ zu streichen, weil diesem keine Funktion zukomme (BT-Drs. 16/9646, 10, 14).

*Auch die Ausschussmehrheit, deren Beschlüsse im Gesetz zur Umsetzung gelangt sind, ging ersichtlich nicht davon aus, dass es für eine i. S. v. § 184 b I StGB „pornographische“ Darstellung eines vergrößernd-reißerischen Charakters bedürfe: In der Beschlussempfehlung zur Begründung der Neuregelung in § 184 c StGB (jugendpornographische Schriften) heißt es hierzu: „Außerdem wird durch die Regelung außerhalb von § 184 b StGB klargestellt, dass es sich um pornographische Schriften handeln muss. Für eine Strafbarkeit nach § 184 b StGB genügt es nämlich, dass die Schrift den sexuellen Missbrauch von Kindern zum Gegenstand hat, ohne dass es auf den pornographischen Charakter der Darstellung (vergrößernde Darstellung des Sexuellen unter Ausklammerung aller sonstigen menschlichen Bezüge) ankommt, da sexuelle Handlungen mit Kindern generell verboten sind. Für die nach § 184 a strafbare Gewalt- und Tierpornographie ist hingegen der Pornographiebegriff derselbe wie in § 184. Entsprechend gilt dies auch für § 184 c StGB n. F. Weder für § 184 a noch für § 184 c StGB n. F. gelten die für § 184 b StGB maßgeblichen Überlegungen (generelle Strafbarkeit aller dargestellten sexuellen Handlungen)“ (vgl. BT-Drs. 16/9646, 18).“ (BGH aaO)*

- d) Nach dem **Schutzzweck des § 184 b StGB** ist der Begriff „pornographisch“ indes auch **nicht auf Fälle der Darstellung strafbewehrter sexueller Missbrauchstaten** i. S. des §§ 176 176 b StGB beschränkt.

*„Denn zum einen war es erklärtes Ziel der Neuregelung des § 184 b StGB, die als zu eng empfundene Erfassung nur solcher Darstellungen, „die den sexuellen Missbrauch von Kindern zum Gegenstand haben“ durch die Erweiterung auf Darstellungen, die sexuelle Handlungen von, an und vor Kindern zum Gegenstand haben zu ersetzen (vgl. BT-Drs. 16/3439, 9). Diesem Ziel liefe eine wiederum auf Missbrauchsfälle begrenzte Auslegung des Tatbestandsmerkmals „pornographisch“ ersichtlich zuwider.*

*Zum anderen würden durch eine Anknüpfung an die Tatbestände der §§ 176 176 b StGB Darstellungen solcher Handlungen aus dem Anwendungsbereich des § 184 b StGB ausgeschlossen, die den §§ 176 176 b StGB nur deshalb nicht unterfallen, weil sie nicht i. S. v. § 184 g Nr. 1 StGB „von einiger Erheblichkeit“ sind. Das Merkmal „Erheblichkeit“ in § 184 g Nr. 1 StGB ist jedoch nicht einheitlich am Maßstab des § 176 I StGB, sondern gem. dem Wortlaut des § 184 g Nr. 1 StGB „im Hinblick auf das jeweils geschützte Rechtsgut“ zu bestimmen. Nachdem § 184 b StGB aber schon mögliche Anreize für potenzielle Missbrauchstäter vermeiden soll, versagt der für § 176 StGB entwickelte Maßstab der „Erheblichkeit“ gerade in den Fällen, in denen es dort zum Beispiel auf die Intensität und Dauer einer Berührung ankommt (vgl. Fischer, § 184 g Rn 7 m. w. Nachw.). Die Übernahme dieses Maßstabs würde den Zweck der Anreizvermeidung verkürzen; die Kriterien wären auch zur Bestimmung der „Erheblichkeit“ für einen großen Teil der von § 184 b StGB erfassten „Schriften“ völlig ungeeignet.“ (BGH aaO)*

- e) Abschließend weist BGH aaO darauf hin, dass das Merkmal „pornographisch“ auch nicht ins Leere läuft, denn es dient dem Ausscheiden von Fallgestaltungen, in denen die dargestellte sexuelle Handlung keine Straftat darstellt und nicht überwiegend auf die Erregung sexueller Reize abzielt.

(BGH in NJW 2014, 2054; Urteil vom 27.03.2014 – 3 StR 342/13)

Das **computergestützte Anrufen von Mobiltelefonen mit einmaligem „Klingeln-Lassen“** in der Absicht, den Angerufenen zu einem eine **besondere Kostenpflicht auslösenden Rückruf** zu veranlassen, ist als **Betrug strafbar**.

**Fall:** Die Angekl. entwickelten Ende 2006 die Idee, computergestützt eine große Anzahl von Mobiltelefonnummern anrufen und es dabei nur einmal klingeln zu lassen sowie in der Anrufliste der Telefone nicht die Rufnummer des Festnetzanschlusses, von dem der Anruf kam, sondern mittels einer speziellen Computerfunktion die Rufnummer eines Mehrwertdienstes zu hinterlassen (sog. Ping-Anrufe). Die Besitzer der Mobiltelefonanschlüsse sollten dadurch zu einem Rückruf bei dieser Nummer veranlasst werden. Die Anrufe sollten in der Weihnachtszeit getätigt werden, weil Besitzer von Mobiltelefonen zu dieser Zeit eine erhöhte Rückrufbereitschaft aufwiesen. Die Anmietung der Mehrwertdienstenummer erfolgte durch eine im Libanon ansässige Gesellschaft, um den deutschen Behörden den Zugriff auf die zu erwartenden Vergütungen zu erschweren. Es wurden Mehrwertdienstenummern mit der Vorwahl „0137“ und der Ländervorwahl „+49“ gewählt in der Erwartung, dass aufgrund der Ähnlichkeit zu einer Vorwahl eines deutschen Mobilfunkanbieters zahlreiche Anrufer die tatsächlich im Anrufspeicher hinterlassene Rufnummer nicht als Mehrwertdienstenummer erkennen, sondern glauben würden, es handele sich um eine gewöhnliche Mobilfunknummer aus einem deutschen Mobilfunk-Netz.

Die angemieteten Mehrwertdienstenummern wurden kurz vor Weihnachten freigeschaltet. Zwischen dem 22. und dem 28.12.2006 erfolgte eine nicht näher bestimmbare Anzahl von Ping-Anrufen. In 660.000 Fällen wurde durch Rückrufe der kostenverursachende Mehrwertdienst ausgelöst. Ab dem 28.12.2006 wurden die Mehrwertdienstenummern sukzessive gesperrt; die Bundesnetzagentur verhängte ein Rechnungslegungs- und Inkassoverbot, sodass keine Geldbeträge an die Angeklagten ausgekehrt wurden. Gleichwohl vereinnahmten die Mobilfunknetzbetreiber die Gebühren im Wege des Forderungseinzugs von ihren Kunden und erstatteten sie nur in den wenigen Fällen zurück, in denen es zu konkreten Beschwerden kam.

Zu prüfen ist, ob die Angekl. sich wegen Betruges nach § 263 I StGB strafbar gemacht und die Tatbestandsmerkmale der **Täuschung** und – dadurch hervorgerufen – des **Irrtums** i. S. des § 263 I StGB erfüllt haben.

I. In dem eingehenden Anruf könnte eine **konkludente Täuschung i. S. des § 263 I StGB** gesehen werden.

Das Abstellen auf einen stillschweigenden Erklärungsinhalt ist zunächst im Ausgangspunkt nicht zu beanstanden: Beim Betrug kann nämlich auch konkludent getäuscht werden, namentlich durch ein **irreführendes Verhalten**, das nach der Verkehrsanschauung als stillschweigende Erklärung zu verstehen ist (BGHSt 47, 1 = NJW 2001, 2187 = NStZ 2001, 430 m. w. Nachw.).

1. Mit einem Anruf, bei dem die Rufnummer hinterlassen wird, wird nach der **objektiv zu bestimmenden Verkehrsanschauung** (BGHSt 47, 1 = NJW 2001, 2187 = NStZ 2001, 430) zugleich die **Erklärung übermittelt** wird, der **Anrufer habe mit dem Angerufenen kommunizieren wollen**.

*„Diese Auffassung, der sich der Senat anschließt, entspricht der ganz h. M. in Rspr. und Schrifttum (OLG Oldenburg MMR 2010, 791 = wistra 2010, 453; LG Hildesheim MMR 2005, 130; Ellbogen/Erfurth CR 2008, 635; Eiden Jura 2011, 863; Kölbel JuS 2013, 193; LK-StGB/Tiedemann, 12. Aufl., § 263 Rn 11 f.; Fischer, StGB, 61. Aufl., § 263 Rn 28 c; Park/Zieschang, Kapitalmarktstrafrecht, 3. Aufl., § 263 Rn 36 Fn 40; Beck TKG/Ditscheid/Rudloff, 4. Aufl., Vorb. § 66 a Rn 40; so wohl auch Brand/Reschke NStZ 2011, 379; i. E. auch BeckOK-StGB/v. Heintschel-Heinegg/Beukelmann, § 263 Rn 17.2). Da die Angekl. tatsächlich keine Kommunikation mit den Geschädigten anstrebten, war diese Erklärung unwahr.“ (BGH aaO)*

2. Soweit teilweise die **Auffassung** vertreten wird, das **Hinterlassen der Rufnummer in der Anrufliste eines Mobiltelefons** erlaube insbes. mit Blick darauf, dass ein Anruf in Abwesenheit automatisch in der Anrufliste gespeichert werde, **keine Rückschlüsse auf den Willen des Anrufers**, der Erklärungswert erschöpfe sich vielmehr darin, dass ein Anruf mit Rufnummernübermittlung eingegangen sei (Erb ZIS 2011, 368, der im Folgenden allerdings den von ihm angenommenen, durch Suggestion erregten Irrtum der Angerufenen ebenfalls unter § 263 StGB subsumiert; MüKo-StGB/Hefendehl, 2. Aufl., § 263 Rn 119; Lux/Schumann ZWH 2013, 10; i. E. ebenso Ladiges JuS 2012, 50; krit. auch Jahn JuS 2010, 1119; NK-StGB/Kindhäuser, 4. Aufl., § 263 Rn 109 mit Fn 3; Becker JuS 2014, 307), **kann dem nach Ansicht des BGH aaO nicht gefolgt werden**.

„Ein Telefon stellt nach allg. Auffassung ein Kommunikationsmittel dar, so dass die damit vorgenommene Anwahl eines anderen Telefons – wenn zwischen den Teilnehmern nichts anderes vereinbart ist (vgl. insow. Eiden Jura 2011, 863) – von dem **durchschnittlichen Nutzer** eines Mobiltelefons als Angerufenem zu Recht so verstanden werden darf, dass auch der Anrufer sein Telefon als Kommunikationsmittel nutzen wollte (Eiden Jura 2011, 863; Kölbl JuS 2013, 193). Der Umstand der automatischen Erstellung der Anrufliste ist in diesem Zusammenhang ohne Bedeutung, zumal durch den Anrufer in jedem Fall eingestellt werden kann, ob die Rufnummer übermittelt werden soll (insow. zustimmend Lux/Schumann ZWH 2013, 10); die automatisch erstellte Mitteilung, von welcher Rufnummer aus der **Kommunikationswunsch** kommuniziert wurde, ist dem Anrufer mithin objektiv zurechenbar. Dass manche Personen Mobiltelefone auch zu anderen – in aller Regel missbräuchlichen – Zwecken anrufen (Klingelstreich, sog. Telefonterror oder eben die hier getätigten Ping-Anrufe), wohnt der mit dem Anruf schlüssig übermittelten Nachricht über ein Kommunikationsanliegen als einschränkende Möglichkeit inne, stellt diese nach der Verkehrsanschauung in dem Anruf enthaltene Botschaft indes nicht grds. in Frage (Kölbl JuS 2013, 193).“ (BGH aaO)

- II. Eine weitere den Tatbestand des § 263 I StGB erfüllende **Täuschung** liegt in der den Angerufenen zugleich konkludent vorgespiegelten **Möglichkeit**, einen **Rückruf** bei der in ihrem Mobiltelefon hinterlassenen Nummer zu dem jeweils **mit ihrem Netzbetreiber vereinbarten Tarif ohne darüber hinausgehende Kosten durchführen zu können** (Kölbl JuS 2013, 193; MüKo-StGB/Hefendehl, § 263 Rn 119).

„Tatsächlich wurden die Mobiltelefone von Festnetzanschlüssen aus angewählt, an denen der Angekl. O die von ihm genutzten Telefon-Server betrieb, nicht aber von der Mehrwertdienstenummer, die im Anrufspeicher der Mobiltelefone hinterlegt wurde. Letzteres war auch gar nicht möglich, da von Mehrwertdienstenummern tatsächlich keine ausgehenden Anrufe getätigt werden können (vgl. Ellbogen/Erfurth CR 2008, 635). Die hinterlegte Rufnummer war mithin falsch, worauf auch die Strafkammer maßgeblich mit ihrer Würdigung abgestellt hat, die Angerufenen seien darüber getäuscht worden, woher der Anruf technisch kam. Allein darin liegt indes eine betrugsrelevante Täuschung noch nicht, weil die **rein technische Herkunft des Anrufs für die Angerufenen ohne Bedeutung** war.“ (BGH aaO)

Darin erschöpft sich der Erklärungsinhalt der übermittelten Telefonnummer allerdings nicht: Kommt eine **konkludente Täuschung** in Betracht, so sind bei der Ermittlung des Inhalts einer stillschweigenden Erklärung anhand der Verkehrsanschauung auch solche Konstellationen zu berücksichtigen, in denen einer (schlüssigen) Erklärung auf Grund Gesetzes oder Vereinbarung ein bestimmter Gehalt zugewiesen wird; will der Handelnde eine Erklärung dieses normativ vorstrukturierten Erklärungsgehalts indes tatsächlich nicht abgeben, täuscht er zumindest konkludent (MüKo-StGB/Hefendehl, § 263 Rn 105).

„Danach ergibt sich der **schlüssige Erklärungsinhalt**, ein **Rückruf sei mit keinen erhöhten Kosten verbunden**, daraus, dass nur solche Nummern im Rufnummernspeicher eines angerufenen Mobiltelefons hinterlassen werden durften, für die dies zutraf. Das Hinterlassen einer Mehrwertdienstenummer im Rufnummernspeicher war und ist hingegen unzulässig.

Nach heutiger Rechtslage **ergibt sich die gesetzliche Unzulässigkeit aus § 66 k TKG**: Das Verbot der Übermittlung von Mehrwertdienstenummern als Rufnummer des Anrufers trat mit § 66 j TKG aF zwar erst mit Gesetz zur Änderung telekommunikationsrechtlicher Vorschriften (BGBl. I 2007, 106) zum 01.09.2007 in Kraft und sollte gerade auch sog. Ping-Anrufe unterbinden (BT-Drs. 16/2581, 32 f.; BT-Drs. 16/3635, 32, 46). Für die Tatzeit ergibt sich die Unzulässigkeit dieses Vorgehens aber aus der **Selbstverpflichtung der deutschen Telekommunikationsunternehmen**, die Bestandteil der Verträge zur Anmietung der Mehrwertdienstenummern geworden und nach der das „Anpingen“ unzulässig war. Angesichts dieser Umstände wird der täuschende Erklärungswert der – falschen – übermittelten Rufnummer nicht dadurch aufgehoben, dass der Angerufene – jedenfalls bei gehöriger Überprüfung – die hinterlassene Rufnummer als eine solche erkennen konnte, die eine besondere Kostenpflicht auslöst (MüKo-StGB/Hefendehl, § 263 Rn 119), zumal dies von den Angekl. durch die mit der Voranstellung der Länderkennziffer verbundene „Rufnummerntarnung“ bewusst erschwert wurde (vgl. dazu Kölbl JuS 2013, 193).“ (BGH aaO)

- III. Die Angerufenen, die bei der hinterlassenen Rufnummer zurückriefen, befanden sich im **Irrtum über den tatsächlich nicht bestehenden Kommunikationswunsch** sowie – jedenfalls in Form eines sachgedanklichen Mitbewusstseins (vgl. dazu BGH NJW 2014, 1604 = NSTz 2014, 215; BGH NJW 2013, 883) – über die Kostenpflichtigkeit des von ihnen getätigten Rückrufs. Dass dieser Irrtum vermeidbar gewesen sein mag – was insbesondere in den etwa 60.000 Fällen, in denen die Angerufenen die Mehrwertdienstenummer zuvor von ihrem Mobiltelefon auf ihr Festnetztelefon übertrugen, nicht fernliegend erscheint –, steht der Verwirklichung dieses Tatbestandsmerkmals nicht entgegen (BGHSt 47, 1 = NJW 2001, 2187 = NSTz 2001, 430; BGHSt 34, 199 = NJW 1987, 388; krit. Jahn JuS 2010, 1119 m. w. Nachw.; gegen den Ansatz der „Viktimodogmatik“ in Fällen wie dem vorliegenden überzeugend Erb ZIS 2011, 368).

„Dass die Angekl. diesen Irrtum auch hervorrufen wollten, zeigt das **die Mehrwertdienstenummer verschleiernde Format**, mit dem diese auf den angerufenen Mobiltelefonen hinterlassen wurde. Nur in diesem Kontext ist auch das von der Strafkammer schon im Zusammenhang mit der Täuschung angeführte, von den Angekl. bewusst gewählte Zeitfenster der Ping-Anrufe in der Weihnachtszeit von Bedeutung, da die von ihnen erwartete und bei den Angerufe-

nen tatsächlich vorhandene Erwartungshaltung, einen Weihnachtsgruß verpasst zu haben, deren Sorgfalt, mit der sie die zurückzurufende Nummer überprüften, nachteilig beeinflusst haben mag.“ (BGH aaO)

- IV. In **subjektiver Hinsicht** ist das Vorliegen der **Absicht einer stoffgleichen Bereicherung** zu bejahen.

Insoweit wird in der **Lit.** zwar das **Merkmal der Stoffgleichheit verneint, wenn** – wie es bei Mehrwertdienstenummern mit der auch hier verwendeten Vorwahl „0137“ üblich sein soll – **im sog. Online-Billing-Verfahren abgerechnet wird** (vgl. Brand/Reschke NSTZ 2011, 379; diesen folgend LK-StGB/Tiedemann, § 263 Rn 258; MüKoStGB/Hefendehl, § 263 Rn. 791; a. A. Kölbel JuS 2013, 193).

Denn bei diesem Abrechnungsverfahren würden die Mehrwertdienstforderungen von den Teilnehmernetzbetreibern – also den Mobilfunkanbietern der Angerufenen – regelmäßig vorab erworben, die neben einem Teil der Transportleistung auch die Fakturierung und das Inkasso im Rahmen einer Delkrederevereinbarung übernehmen und den Teilnehmern gegenüber als Forderungsinhaber aufträten (vgl. Spindler/Schuster, Recht der elektronischen Medien, 2. Aufl., Vorb. §§ 66 a ff. TKG Rn 2). In diesen Fällen stamme der von den Tätern angestrebte Vorteil nicht aus dem Vermögen der Angerufenen, sondern aus demjenigen der Mobilfunkanbieter (Brand/Reschke NSTZ 2011, 379).

*„Die Mehrwertdienste wurden hier aber nicht auf diese Art und Weise abgerechnet, vielmehr zogen die Mobilfunkanbieter die durch die Ping-Anrufe generierten Forderungen lediglich ein und waren verpflichtet, die Erlöse an ihren Vertragspartner – nach Abzug des eigenen Anteils – auszuführen. Auf diesem Weg über die Abrechnungskette hätten auch die Angekl. von ihrem Vertragspartner die Ausschüttung der Mehrwertdiensteeerlöse erhalten sollen. Damit **entstammte der angestrebte Vorteil dem Vermögen der Angerufenen**, weil die Angekl. nach dem vereinbarten Abrechnungsmodell erst befriedigt werden sollten, wenn die Mobilfunkanbieter die Forderungen einziehen konnten.“* (BGH aaO)

- IV. **Ergebnis:** Die Angekl. haben sich mit den sog. Ping-Anrufen wegen vollendeten Betrugs strafbar gemacht.

(VGH Kassel in NVwZ-RR 2014, 414; Beschluss vom 14.01.2014 – 4 A 2084/12)

1. Die **Wohnungsdurchsuchung** stellt einen **schwerwiegenden Eingriff** in Art. 13 I GG dar.
2. Erforderlich zur Rechtfertigung eines Eingriffs in die Unverletzlichkeit der Wohnung zum Zwecke der Strafverfolgung ist daher der **Verdacht, dass eine Straftat begangen wurde**.
3. Dieser Verdacht muss **auf konkreten Tatsachen** beruhen; vage Anhaltspunkte und bloße Vermutungen reichen nicht aus.
4. Eine Durchsuchung darf **nicht der Ermittlung von Tatsachen** dienen, die **zur Begründung eines Verdachts** erforderlich sind; denn sie setzen einen Verdacht bereits voraus.

**Fall:** Der Bf. ist Prokurist sowie Leiter der Abteilungen „Recht/Sicherheit/Versicherungen“ der H-GmbH, eines Unternehmens aus dem Bereich der Rüstungsindustrie. Am 16.08.2010 erschien ein Artikel in einem Nachrichtenmagazin, in welchem davon berichtet wurde, das Unternehmen habe trotz fehlender Ausfuhrgenehmigungen für vier mexikanische Provinzen möglicherweise wissentlich Waffen in diese Provinzen geliefert und Mitarbeiter zu Vorführungen dorthin geschickt. Die StA prüfe Verstöße gegen das Außenwirtschaftsgesetz und das Kriegswaffenkontrollgesetz. Der Geschäftsführer des Unternehmens habe darauf hingewiesen, dass man auf die Verteilung der Waffen innerhalb Mexikos keinen Einfluss habe. Mit einer E-Mail vom 18.08.2010 unterrichtete der Bf. die Geschäftsführung, dass ein Unternehmensmitarbeiter seit 2006 insgesamt elf Reisen nach Mexiko unternommen habe. Sein Büro sei versiegelt. Am 19.08.2010 teilte der Bf. per E-Mail mit, dass die Auswertung der Reiseunterlagen eine Reise dieses Mitarbeiters in eine der vier in dem Nachrichtenmagazin erwähnten Provinzen im Juni/Juli 2006 ergeben habe. In dieser E-Mail wurde eine Reihe von Fragen aufgelistet, welche aus Sicht des Bf. für die StA klärungsbedürftig sein könnten. In einer weiteren E-Mail vom 25.08.2010 teilte der Bf. mit, dass alle IT-Daten des Mitarbeiters auf eine Festplatte gezogen und einer beauftragten Rechtsanwaltskanzlei zur Auswertung ausgehändigt worden seien. Von den Papierunterlagen seien Sicherungskopien gefertigt worden, welche sich bei der Rechtsabteilung unter Verschluss befänden. Als Vorbereitung auf einen nächsten Gesprächstermin mit den Anwälten des Unternehmens würden einige typische Musterfälle erstellt, „die als Vorzeigefälle für die StA dienen“ sollten. Ein anderer Mitarbeiter des Unternehmens sagte gegenüber den Ermittlungsbehörden aus, dass im Zusammenhang mit Waffenverkäufen nach Mexiko in den Jahren 2005 bis 2010 Bestechungsgelder an mexikanische Amtsträger gezahlt worden seien. Am 21.12.2010 fand daraufhin eine Durchsuchung der Räumlichkeiten der H-GmbH statt. Neben den aufgeführten E-Mails des Bf. wurde dabei weiterer E-Mail-Verkehr dreier Unternehmensmitarbeiter aus dem Jahr 2010 aufgefunden, der zum Gegenstand hatte, dass vor dem Hintergrund fehlender Ausfuhrgenehmigungen für Waffenverkäufe nach Mexiko Parteispenden in Höhe von jeweils 10.000 Euro an die beiden Regierungsparteien bzw. an einzelne Parteimitglieder, unter denen sich auch ein parlamentarischer Staatssekretär des Bundesministeriums für Wirtschaft befand, gezahlt werden sollten. Der Bf. war an diesem E-Mail-Verkehr nicht beteiligt. Das AG Stuttgart erließ am 07.11.2011 (28 Gs 1251/11) den angegriffenen Durchsuchungsbeschluss, wonach nun auch die Wohnräume des Bf. durchsucht werden sollten. Hiergegen wandte sich der Bf. mit seiner Beschwerde, die vom LG Stuttgart (Beschl. v. 29.3.2012 – 17 Qs 14/12, BeckRS 2014, 09998) verworfen wurde. Es habe der Verdacht der Teilnahme an einer gemeinschaftlichen Bestechung inländischer und ausländischer Amtsträger (§§§§ 334, 25 II StGB) bestanden. Der Bf. habe bereits vor der ersten Durchsuchung – nämlich am 25.8.2010 – Kenntnis von den möglicherweise verbotenen Waffenlieferungen nach Mexiko gehabt und Handlungsempfehlungen für das weitere Vorgehen gegenüber der StA gegeben. Auch habe er bereits am 19.08.2010 darauf hingewiesen, dass der für Mexiko zuständige Mitarbeiter des Unternehmens sich im Juni/Juli 2006 im „Verbotsstaat Guerrero“ aufgehalten habe. Aus der dadurch zum Ausdruck kommenden „Sachnähe, Sachkenntnis und Sachleitung“ ergebe sich jedenfalls ein Anfangsverdacht, zumal der Bf. als Prokurist handlungsberechtigt gewesen sei. Die Bezugnahme auf den Artikel des Nachrichtenmagazins in der E-Mail vom 19.08.2010 ändere daran nichts, denn außer durch die Presseberichterstattung habe der Bf. über die Kenntnisse auch auf Grund einer etwaigen eigenen Mitwirkung an den Vorgängen verfügen können.

Gegen die Entscheidung des LG Stuttgart hat der Bf. Verfassungsbeschwerde mit der Begründung erhoben, der Durchsuchungsbeschluss verletze sein Grundrecht aus Art. 13 I und II GG. Wird die zulässig Verfassungsbeschwerde Erfolg haben?

Die Verfassungsbeschwerde wird Erfolg haben, wenn der Bf. durch die Entscheidungen in seinem Grundrecht auf Unverletzlichkeit der Wohnung aus Art. 13 I und II GG verletzt ist.

## I. Eröffnung des Schutzbereichs

### 1. persönlicher Schutzbereich

Bei Art. 13 GG handelt es sich um ein **Jedermannsrecht**, auf das sich jede natürliche Person berufen kann. Der persönliche Schutzbereich ist für den Bf. also eröffnet.

### 2. sachlicher Schutzbereich

Als „Wohnung“ im Sinne von Art. 13 GG ist die **räumliche Privatsphäre** geschützt. Hierunter fällt ohne weiteres eine Wohnung im engen Begriffssinne, so dass auch der sachliche Schutzbereich eröffnet ist.

## II. Eingriff in den Schutzbereich

Eingriff ist jedes dem Staat zurechenbare Verhalten durch das die Betätigung im grundrechtlich geschützten Bereich unmittelbar oder mittelbar unmöglich gemacht oder erschwert wird.

Der Durchsuchungsbeschluss erlaubt das Eindringen in den geschützten Bereich und stellt daher ohne weiteres einen Eingriff in den Schutzbereich dar.

## III. Rechtfertigung des Eingriffs

Der Eingriff könnte aber gerechtfertigt sein.

### 1. Art des Eingriffs

Da Art. 13 GG verschiedene Ansätze für die Rechtfertigung von Eingriffen vorsieht, ist zunächst festzustellen, um welche Art von Eingriff es sich handelt.

Es könnte sich um eine **Durchsuchung** nach Art. 13 II GG handeln. Durchsuchung ist das **gezielte Suchen nach Personen oder Sachen**. Hier hofft die Staatsanwaltschaft belastendes Material in der Wohnung des Bf. zu finden, so dass eine Durchsuchung nach Art. 13 II GG vorliegt.

### 2. Beschränkbarkeit

Durchsuchungen sind zulässig, wenn sie in einem Gesetz vorgesehen sind. Nach § 102 StPO können Durchsuchungen beim Beschuldigen erfolgen, wenn zu vermuten ist, dass die Durchsuchung zur **Auffindung von Beweismitteln** führen wird. Hierbei handelt es sich um ein förmliches Gesetz, das grundsätzlich geeignet ist, das Recht auf Unverletzlichkeit der Wohnung zu beschränken.

### 3. Grenzen der Beschränkbarkeit

Ein Eingriff in Art. 13 GG ist trotz grundsätzlicher Zulässigkeit einer Durchsuchung nach Art. 13 II GG aber nicht ohne jede Grenze möglich. So muss das die Einschränkung zulassende Gesetz ebenso wie die Anwendung im Einzelfall den Anforderungen entsprechen.

#### a) Verfassungsmäßigkeit der Ermächtigungsgrundlage

Von der Verfassungsmäßigkeit des § 102 StPO kann ausgegangen werden.

#### b) Verfassungsmäßigkeit der Einzelmaßnahme

Aber auch die Einzelmaßnahme muss verfassungsrechtlichen Anforderungen entsprechen.

##### aa) Besondere verfassungsrechtliche Verfahrensvorgaben

Das Grundrecht der Unverletzlichkeit der Wohnung steht nach Art. 13 II GG unter **Richtervorbehalt**. Eine solche richterliche Durchsuchungsanordnung ist hier ergangen und Gegenstand der Verfassungsbeschwerde.

##### bb) Vorliegen der Voraussetzungen der Rechtsgrundlage

Fraglich ist jedoch, ob hier überhaupt die Voraussetzungen des § 102 StPO vorliegen.

**(1) Voraussetzungen für eine Wohnungsdurchsuchung nach § 102 StPO**

„Mit der Garantie der Unverletzlichkeit der Wohnung durch Art. 13 I GG erfährt die räumliche Lebenssphäre des Einzelnen einen besonderen grundrechtlichen Schutz, in den mit einer Durchsuchung schwerwiegend eingegriffen wird (vgl. BVerfGE 42, 212 [219 f.] = NJW 1976, 1735; BVerfGE 96, 27 [40] = NJW 1997, 2163; BVerfGE 103, 142 [150 f.] = NJW 2001, 1121). Erforderlich zur Rechtfertigung eines Eingriffs in die Unverletzlichkeit der Wohnung zum Zwecke der Strafverfolgung ist daher der **Verdacht, dass eine Straftat begangen wurde**.

Dieser Verdacht muss **auf konkreten Tatsachen beruhen**; vage Anhaltspunkte und bloße Vermutungen reichen nicht aus (vgl. BVerfGE 44, 353 [371 f.] = NJW 1977, 1489; BVerfGE 115, 166 [197 f.] = NJW 2006, 976). Eine Durchsuchung darf **nicht der Ermittlung von Tatsachen dienen**, die zur Begründung eines Verdachts erforderlich sind; denn sie setzen einen Verdacht bereits voraus (vgl. BVerfGK 8, 332 [336] = NJOZ 2006, 3082; BVerfGK 11, 88 [92] = BeckRS 2007, 23978; BVerfG [3. Kammer des Zweiten Senats], Beschl. v. 26.10.2011 – 2 BvR 15/11, BeckRS 2011, 56457 Rn. 14).

Notwendig ist, dass ein auf konkrete Tatsachen gestütztes, dem Bf. angelastetes Verhalten geschildert wird, das den Tatbestand eines Strafgesetzes erfüllt (vgl. BVerfG [3. Kammer des Zweiten Senats], Beschl. v. 26.10.2011 – 2 BvR 1774/10, BeckRS 2011, 56244 Rn. 25). Ein **Verstoß** gegen diese Anforderungen **liegt vor**, wenn sich **sachlich zureichende plausible Gründe** für eine Durchsuchung **nicht mehr finden lassen** (vgl. BVerfGE 59, 95 [97] = BeckRS 1981, 01944).“ (BVerfG aaO)

**(2) Prüfungsumfang des BVerfG**

Der für die vorherige Gestattung des mit der Durchsuchung verbundenen Eingriffs in die Unverletzlichkeit der Wohnung oder dessen nachträgliche Kontrolle zuständige Richter hat den Verdacht eigenverantwortlich zu prüfen und dabei die Interessen des Betroffenen angemessen zu berücksichtigen (vgl. BVerfGE 103, 142 [151] = NJW 2001, 1121).

„Ein Eingreifen des BVerfG ist nur geboten, wenn die **Auslegung und Anwendung der einfach-rechtlichen Bestimmungen** über die prozessualen Voraussetzungen des Verdachts (§§ 152 II, 160 I StPO) als Anlass für die strafprozessuale Zwangsmaßnahme und die strafrechtliche Bewertung der Verdachtsgründe **objektiv willkürlich** sind oder Fehler erkennen lassen, die auf einer grundsätzlich **unrichtigen Anschauung der Grundrechte** des Betroffenen beruhen (vgl. BVerfGE 18, 85 [92 ff.] = NJW 1964, 1715). Eine **ins Einzelne gehende Nachprüfung** des von den Fachgerichten angenommenen Verdachts **ist nicht Sache des BVerfG** (vgl. BVerfGE 95, 96 [128] = NJW 1997, 929; BVerfG [3. Kammer des Zweiten Senats], NJW 2004, 3171).“ (BVerfG aaO)

**(3) Anwendung auf den Fall**

Nach diesen Maßstäben hatte die Anordnung der Durchsuchung der Wohnräume gem. § 102 StPO die Darlegung eines Verhaltens des Bf. erfordert, aus dem sich der **hinreichend konkrete Verdacht** einer von ihm als Täter oder Teilnehmer begangenen Straftat ergibt.

„Dem genügen die angegriffenen Beschlüsse nicht. Die ihnen zu Grunde liegende Annahme des **Verdachts einer Beteiligung** des Bf. an einer gemeinschaftlichen Bestechung ausländischer oder inländischer Amtsträger gem. §§ 334 I, III Nr. 2, 11 I Nr. 2 b, 25 II StGB i.V.m. Art. 2, § 1 Nr. 2 a und Nr. 2 b des Gesetzes zur Bekämpfung internationaler Bestechung **beruht nicht auf konkreten Tatsachen, sondern auf allenfalls vagen Anhaltspunkten und bloßen Vermutungen**. [wird ausgeführt]

Nichts anderes gilt unter Berücksichtigung der Hinweise, dass bei den in Rede stehenden Delikten ein abgestimmtes und planmäßiges Vorgehen mehrerer Firmenangehöriger sehr wahrscheinlich sei und der Bf. über **Sachnähe, Sachkenntnis und Sachleitungsbefugnisse** verfügt habe. Dies allein vermag die Annahme eines Tatverdachts gegenüber dem Bf. nicht zu begründen.“ (BVerfG aaO)

**IV. Ergebnis**

„Da die Durchsuchung der Wohnräume des Bf. auf Grund § 102 StPO ausschließlich auf den Verdacht einer gemeinschaftlich begangenen Bestechung gem. §§ 334, 25 II StGB gestützt wurde, kann vorliegend sowohl dahinstehen, ob ein hinreichender Anfangsverdacht hinsichtlich sonstiger Delikte in Betracht kam, als auch, ob eine Durchsuchung der Wohnräume des Bf. gem. § 103 StPO hätte erfolgen können.“ (BVerfG aaO)

Der Bf. ist durch den Durchsuchungsbeschluss in seinem Grundrecht aus Art. 13 I, II GG verletzt. Die Verfassungsbeschwerde ist begründet.

1. Der Begriff der öffentlichen Sicherheit umfasst die **Unverletzlichkeit zentraler Rechtsgüter** wie Leben, Gesundheit, Freiheit, Ehre, Eigentum und Vermögen des Einzelnen sowie die **Unversehrtheit der Rechtsordnung** und der **staatlichen Einrichtungen**.
2. Eine **unmittelbare Gefährdung** liegt vor, wenn der drohende Schadenseintritt so nahe ist, dass er jederzeit, unter Umständen sofort, eintreten kann.
3. Für die **versammlungsrechtliche Gefahrenprognose** gelten **strenge Anforderungen**. Der Prognosemaßstab der „unmittelbaren Gefährdung“ erfordert, dass der Eintritt eines Schadens für die Schutzgüter der öffentlichen Sicherheit **mit hinreichender Wahrscheinlichkeit zu erwarten** ist
4. Notwendig ist dabei immer ein **hinreichend konkreter Bezug** der Erkenntnisse oder Tatsachen **zu der geplanten Veranstaltung**.
5. Art. 8 GG schützt die **kollektive Meinungskundgabe**, der **Inhalt der Äußerung** wird hingegen durch Art. 5 GG geschützt. Der Inhalt einer Meinungsäußerung, der im Rahmen des Art. 5 II GG nicht unterbunden werden kann, kann auch kein Versammlungsverbot rechtfertigen.
6. Die **Unterbindung einer Meinungskundgabe** kommt nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts damit grundsätzlich erst in Betracht, wenn durch die **Meinungsäußerung strafrechtliche Normen verletzt** werden

**Fall:** Der Antragsteller meldete eine Versammlung unter dem Motto „Islam die am schnellsten wachsende Religion der Welt! Was steckt dahinter?“ für den 01.06.2014 in B. auf der Grünfläche am Bahnhofsvorplatz in der Zeit von 14.00 Uhr bis 19:00 Uhr an. Im Rahmen der Versammlung sollen unter anderem der bundesweit als so genannter Salafisten-Prediger bekannte Pierre V. sowie Herr Sven L. als Redner auftreten.

Mit Bescheid vom 30.05.2014 erließ das ... ein Verbot der Versammlung und ordnete gleichzeitig die sofortige Vollziehung an. Zur Begründung wurde im Wesentlichen ausgeführt, dass von der angemeldeten Versammlung eine unmittelbare Gefahr für die öffentliche Sicherheit ausgehe. Die Ideologie des von Ihrer Versammlung, insbesondere von den Hauptrednern Pierre V. und Sven L. propagierten Salafismus widerspreche zentral der friedlich demokratischen Grundordnung. Sie ebne den Weg für Gewalt und Terrorismus. Die von ihnen geforderte wortgetreue Befolgung der Scharia führe zu einer Benachteiligung von Frauen, Homosexuellen und Andersgläubigen sowie zu einer Beeinträchtigung der Meinungsfreiheit. Salafistische Gruppen lehnten die Beteiligung am demokratischen Willensbildungsprozess der Bundesrepublik Deutschland ab. Sie strebten nach einer grenzüberschreitenden, weltweiten Islamisierung von Gesellschaft und Politik. Im Einzelfall akzeptierten Salafisten auch den Einsatz von Gewalt, um ihre Ideologie zu verbreiten. Sie knüpften dabei an die Vorstellungen des bewaffneten Kampfes zur „Verteidigung des Islam gegen die Ungläubigen“ an. Der Salafismus stelle auch die ideologische Grundlage für den sogenannten Jihadismus dar, der eine Form des islamistischen Terrors sei. Insbesondere Pierre V., aber auch andere salafistische Prediger seien für junge Menschen Wegbereiter in den gewaltbereiten Jihad. Den Sicherheitsbehörden seien Fälle bekannt geworden, in denen junge Menschen nach dem Besuch einer Veranstaltung von Pierre V. nach Syrien in den Bürgerkrieg gereist seien. Auch in Bremen finde eine massive Radikalisierung der Anhänger salafistischer Vereine statt. Allein seit Januar 2014 seien zehn Anhänger eines solchen Vereins in die Türkei ausgereist mit dem vermutlichen Ziel, sich an Kampfhandlungen auf Seiten jihadistischer Gruppen in Syrien zu beteiligen. Bei Pierre V. handele es sich um den bekanntesten salafistischen Prediger in Deutschland, der insbesondere durch seine charismatischen Auftritte bei Veranstaltungen sowie im Internet bekannt geworden sei. Bei Sven L. handele es sich um einen engen Freund von Pierre V., der ebenfalls als salafistischer Prediger auftrete. Ein gegen Sven L. ergangener Haftbefehl wegen des dringenden Verdachts des Anwerbens für einen fremden Wehrdienst und der Vorbereitung einer schweren staatsgefährdenden Gewalttat sei zwar im Mai 2014 aufgehoben worden. Dem Verfassungsschutz des Landes Nordrhein-Westfalen lägen aber Erkenntnisse vor, wonach Sven L. persönlich den islamistisch motivierten „Jihad“ in Syrien befürworte und durch Spendensammlungen in Deutschland unterstütze. Er habe zudem in Interviews öffentlich geäußert, dass die Kämpfer, die nach Syrien gehen würden, für ihn Freiheitskämpfer seien. Auch sehe er diese im Falle ihrer Tötung als Märtyrer an. Diese aggressiv kämpferischen Ziele widersprächen elementar schützenswerten Rechtspositionen des Grundgesetzes. Strafrechtliche Normen unterstrichen diese verfassungsrechtliche Forderung.

Der Antragsteller hat gegen die Verbotsverfügung am 30.05.2014 Klage erhoben und um einstweiligen Rechtsschutz nachgesucht. Er trägt vor, dass es bei vergleichbaren Veranstaltungen in anderen Städten der Bundesrepublik Deutschland zu keinen Zwischenfällen gekommen sei. Die Veranstaltungen seien ordnungsgemäß und ohne verfassungsfeindliche Inhalte durchgeführt worden. Wird das Gericht die aufschiebende Wirkung wiederherstellen?

Das Gericht wird die aufschiebende Wirkung wiederherstellen, wenn die nach § 80 V VwGO vorzunehmende Interessenabwägung vorliegend zugunsten des Antragstellers ausgeht. Dies ist der Fall, wenn unter Berücksichtigung der Erfolgsaussichten im Hauptsacheverfahren das Suspensivinteresse des Antragstellers das öffentliche Interesse an der sofortigen Vollziehung der angegriffenen Verfügung überwiegt, weil sich das versammlungsrechtliche Verbot nach den derzeit bestehenden Erkenntnissen aller Voraussicht nach als rechtswidrig erweisen wird.

## I. Summarische Prüfung der Verbotsverfügung

Das Gericht hat zunächst zu prüfen, ob das Versammlungsverbot auf eine Ermächtigungsgrundlage gestützt werden kann und sowohl formell wie auch materiell rechtmäßig ist. Ergibt sich hier schon eine Rechtswidrigkeit der Verbotsverfügung, so ergibt die vorzunehmende Abwägung, dass es kein überwiegendes öffentliches Interesse an der sofortigen Vollziehung rechtswidriger Verwaltungsakte geben kann und das Gericht wird schon allein aus diesem Grund die aufschiebende Wirkung wiederherstellen. Anderenfalls hat eine umfassende Interessenabwägung stattzufinden.

### 1. Ermächtigungsgrundlage

Als Ermächtigungsgrundlage für das Versammlungsverbot kommt hier nur § 15 I VersG in Betracht.

### 2. formelle Rechtmäßigkeit

Es ist davon auszugehen, dass die zuständige Behörde unter Einhaltung der Form- und Verfahrensvorgaben gehandelt hat, so dass die formelle Rechtmäßigkeit angenommen werden kann.

### 3. materielle Rechtmäßigkeit

Das Versammlungsverbot ist materiell rechtmäßig, wenn die Tatbestandsvoraussetzungen des § 15 I VersG vorliegen und die Behörde ermessensgerecht, insbesondere unter Berücksichtigung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes gehandelt hat.

#### a) Vorliegen der Tatbestandsvoraussetzungen

Nach § 15 I VersG kann die zuständige Behörde eine Versammlung oder einen Aufzug verbieten oder von bestimmten Auflagen abhängig machen, wenn nach den zur Zeit des Erlasses der Verfügung erkennbaren Umständen die **öffentliche Sicherheit oder Ordnung** bei Durchführung der Versammlung oder des Aufzuges **unmittelbar gefährdet** ist.

*„Der Begriff der öffentlichen Sicherheit umfasst die **Unverletzlichkeit zentraler Rechtsgüter** wie Leben, Gesundheit, Freiheit, Ehre, Eigentum und Vermögen des Einzelnen sowie die **Unversehrtheit der Rechtsordnung** und der **staatlichen Einrichtungen** (BVerfGE 69, 315).*

*Eine unmittelbare Gefährdung liegt vor, wenn der **drohende Schadenseintritt** so nahe ist, dass er **jetzt, unter Umständen sofort, eintreten** kann (Dietel/Gintzel/Kniesel, Versammlungsgesetz, 15. Aufl., § 15, Rn. 28). Für die versammlungsrechtliche **Gefahrenprognose** gelten nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zum Grundrecht der Versammlungsfreiheit (Art. 8 I G) **strenge Anforderungen** (vgl. BVerfG, B. v. 06.06.2007 - 1 BvR 1423/07 = NJW 2007, 2167, 2168). Der Prognosemaßstab der „unmittelbaren Gefährdung“ erfordert, dass der Eintritt eines Schadens für die Schutzgüter der öffentlichen Sicherheit mit hinreichender Wahrscheinlichkeit zu erwarten ist (vgl. BVerfG, B. v. 26.01.2001 - 1 BvQ 8/01 = NJW 2001, 1407, 1408 und B. v. 06.06.2007, a. a. O., S. 2168). Notwendig ist dabei immer ein hinreichend konkreter Bezug der Erkenntnisse oder Tatsachen zu der geplanten Veranstaltung (vgl. BVerfG, Beschl. v. 01.05.2001, Az. 1 BvQ 21/01 = NJW 2001, 2078, 2079).“ (VG Bremen aaO)*

Fraglich ist, ob diese Voraussetzungen hier vorliegen. Die Versammlungsbehörde stützt ihr Verbot auf eine Darstellung der Ziele des Salafismus, die ihrer Auffassung nach verfassungsfeindlich seien und auch von den Hauptrednern Pierre V. und Sven L. im Rahmen der Versammlung propagiert würden.

*„Für ein Versammlungsverbot genügt es jedoch nicht, dass auf einer Versammlung auftretende Redner möglicherweise Auffassungen vertreten, die mit der verfassungsmäßigen Ordnung des Grundgesetzes nicht in Einklang stehen.“ (VG Bremen aaO)*

Wird ein **Versammlung aufgrund der Inhalte**, die im Rahmen ihrer Durchführung verbreiten werden sollen, **verboten**, so ist das Versammlungsverbot nicht nur an Art. 8 GG, sondern **ebenso an Art. 5 GG zu messen**.

„Art. 8 GG schützt die **kollektive Meinungskundgabe**, der **Inhalt der Äußerung** wird hingegen durch Art. 5 GG geschützt. Der Inhalt einer Meinungsäußerung, der im Rahmen des Art. 5 Abs. 2 GG nicht unterbunden werden kann, kann auch kein Versammlungsverbot rechtfertigen (vgl. BVerfG NJW, 2004, 2814 [2815]; NVwZ 2006, 586 [588]). Die Meinungsfreiheit steht unter dem Vorbehalt der allgemeinen Gesetze. Die **Unterbindung einer Meinungskundgabe** kommt nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts damit grundsätzlich erst in Betracht, wenn durch die **Meinungsäußerung strafrechtliche Normen verletzt** werden. Die Äußerung verfassungsfeindlicher Auffassungen ist für sich genommen hinzunehmen, solange durch die Äußerung keine Straftatbestände verwirklicht werden. Auch Kritik an der Verfassung und ihren wesentlichen Bestandteilen ist ebenso **erlaubt** wie die **Äußerung von Forderungen, tragende Bestandteile der demokratischen Grundordnung zu ändern**. Das Grundrecht der Meinungsfreiheit aus Art. 5 I GG ist ein Recht zum Schutz von Minderheiten und darf deshalb nicht unter den Vorbehalt gestellt werden, dass die geäußerten Meinungsinhalte den herrschenden sozialen oder ethischen Anschauungen entsprechen (vgl. BVerfG, Beschluss v. 19.12.2007 - 1 BvQ 19/04, juris; Hess. VGH, Beschluss v. 05.09.2013 - 2 B 1903/13, juris). Beschränkungen der Meinungsäußerungsfreiheit hat der Gesetzgeber in den Strafgesetzen festgelegt. Dementsprechend wird etwa in § 111 StGB bestimmt, dass auf Kundgebungen nicht öffentlich zu Straftaten aufgefordert werden darf. Auch der § 130 StGB stellt eine Grenze für die Äußerung radikaler Auffassungen dar. Werden demgegenüber strafrechtliche Normen nicht verletzt, so kann die Versammlung jedenfalls nicht in Anknüpfung an die zu erwartenden Meinungsinhalte unterbunden werden.“ (VG Bremen aaO)

Ein Versammlungsverbot nach § 15 I VersG könnte daher unter Anknüpfung an die zu erwartenden Äußerungen nur rechtmäßig ausgesprochen werden, wenn hinreichenden Anhaltspunkte dafür vorliegen, dass durch die im Rahmen der Versammlung zu erwartenden Meinungskundgaben Strafgesetze verletzt werden könnten.

#### aa) Versammlungsmotto

Dass Versammlungsmotto stellt allgemein auf die Religion des Islam ab, ohne bereits durch die Wahl des Themas eine radikale Tendenz erkennen zu lassen. Strafgesetze werden hierdurch nicht verletzt.

#### bb) Versammlungsredner

„Auch für den Hauptredner Pierre V. werden **keine Tatsachen oder Umstände benannt**, die darauf schließen lassen könnten, dass er im Rahmen seines Auftritts bei der Versammlung **Meinungen äußern** könnte, die einen **Straftatbestand erfüllen**. Die Antragsgegnerin hat weder eine der bisherigen Veranstaltungen noch Internetauftritte benennen können, bei denen Pierre V. strafrechtlich relevante Äußerungen getätigt hätte. Die Verfügung wird vor diesem Hintergrund auch in erster Linie darauf gestützt, dass Sven L. wiederholt für den Jihad in Syrien geworben und dadurch auch Strafgesetze verletzt habe. Eine Bezeichnung, durch welche Äußerung konkret Straftatbestände verwirklicht worden sind, findet aber auch insoweit in der Verbotsverfügung nicht statt. Vielmehr räumt auch die Antragsgegnerin in der Begründung der Verfügung ein, dass ein Haftbefehl wegen des dringenden Tatverdachts des Anwerbens für einen fremden Wehrdienst (§ 109h StGB) und der Vorbereitung einer schweren staatsgefährdenden Gewalttat (§ 89a StGB) aufgehoben worden sei, nachdem der Bundesgerichtshof die verfassungsrechtlichen Anforderungen an die Auslegung des § 89a StGB konkretisiert habe. Auch die Anklage sei danach fallen gelassen worden. Die Antragsgegnerin hat auch nicht vorgetragen, dass aktuell ein anderes strafrechtliches Ermittlungsverfahren gegen Sven L. geführt wird.“ (VG Bremen aaO)

#### cc) salafistischer Hintergrund

„Schließlich sind auch die **Erkenntnisse des Verfassungsschutzes** des Landes Nordrhein-Westfalen nicht geeignet, eine andere Bewertung der Gefahrenlage zu rechtfertigen. Sie erschöpfen sich in einer **Zusammenstellung von Äußerungen**, die eine **fundamentalistische Tendenz** aufweisen und sich nach ihren Inhalten auch in den Kontext der salafistischen Ideologie einordnen lassen. Es ist aber nicht erkennbar und wird auch von der Antragsgegnerin nicht dargelegt, inwiefern durch die im Einzelnen in der Verbotsverfügung wiedergegebenen **Äußerungen gegen Strafgesetze verstoßen** worden ist. Die **Äußerungen** sind - auch wenn sie zutreffend wiedergegeben sein sollten - eher **allgemein gehalten** und beinhalten keinen konkreten Aufruf, sich am Jihad in Syrien zu beteiligen. Vielmehr enthalten die Äußerungen deutliche Relativierungen, wie etwa die Aussage, dass es sich bei den Kämpfern in Syrien im Allgemeinen um **Freiheitskämpfer** handele, man aber über die ein oder andere extreme Ansicht diskutieren könne. Ausdrücklich weist er in demselben Interview darauf hin, dass er niemanden aufrufe, sich auf den Weg zu machen. Er kenne nicht die Situation oder das Elternhaus der Betroffenen. Eine Anwerbung für einen fremden Wehrdienst nach § 109h StGB liegt in solchen Äußerungen schon deshalb nicht, weil sie nicht auf eine konkrete Verpflichtung des Adressaten der Äußerung gerichtet

*sind. Das ist aber zwingende Voraussetzung für die Strafbarkeit nach dieser Norm. Auch für eine öffentliche Aufforderung zu Straftaten nach § 111 StGB im Rahmen der Versammlung ist derzeit nichts erkennbar. Dann müsste es sich um eine Kundgabe mit einem eindeutigen Appellcharakter handeln. Bereits daran fehlt es, jedenfalls nach den bisher vorliegenden Erkenntnissen über die Veranstaltungen, die in anderen deutschen Städten stattgefunden haben. Schließlich besteht entgegen der Auffassung der Antragsgegnerin auch kein Anhalt dafür, dass Straftaten nach § 89a StGB verwirklicht werden könnten. Äußerungen auf Versammlungen stellen bereits keine der in § 89a Abs. 2 StGB abschließend aufgezählten Vorbereitungshandlungen dar. Aber auch soweit hier Spendensammlungen im Zusammenhang mit Veranstaltungen in Rede stehen, auf den Sven L. als Redner aufgetreten sein soll, ist nicht ersichtlich, dass hierdurch der Tatbestand der Norm nach der einschränkenden Auslegung durch den Bundesgerichtshof noch erfüllt sein könnte (vgl. BGH, B. v. 08.05.2014 - 3 StR 243/13, juris).“ (VG Bremen aaO)*

## **b) Ergebnis**

Es liegen keine hinreichenden Anhaltspunkte dafür vorliegen, dass durch die im Rahmen der Versammlung zu erwartenden Meinungskundgaben Strafgesetze verletzt werden könnten. Vor diesem Hintergrund lässt sich nicht feststellen, dass die öffentliche Sicherheit und Ordnung bei der Durchführung der angemeldeten Veranstaltung unmittelbar gefährdet wäre. Die Tatbestandsvoraussetzungen für ein Versammlungsverbot nach § 15 I VersG liegen nicht vor. Die Verbotsverfügung ist bereits nach summarischer Prüfung rechtswidrig. Vor diesem Hintergrund wird das Gericht die aufschiebende Wirkung der Klage gegen die Verbotsverfügung nach § 80 V VwGO wiederherstellen.

## Kurzauslese I

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

BGB  
§§ 253 II, 280, 634 Nr. 4, 636

### Nachbesserungsanspruch Fehlerhaftes Tattoo

BGB

(OLG Hamm in NJW-RR 2014, 717; Beschluss vom 05.03.2014 – I-12 U 151/13)

Bei einem fehlerhaften Tattoo ist ein **Nachbesserungsanspruch** des Auftragnehmers **gegen den Willen des Kunden ausgeschlossen**.

*„Unzumutbar ist eine Nacherfüllung dann, wenn aus der maßgeblichen objektiven Sicht des Auftraggebers das Vertrauen in die ordnungsgemäße Durchführung der Mängelbeseitigung nachhaltig erschüttert ist. Dies ist hier angesichts des Gewichts der festgestellten Mängel zu bejahen. Sowohl im Hinblick auf die schon unter fachlichen Gesichtspunkten verfehlte Arbeitsweise (Stechen in zu tiefe Hautschichten) als auch unter Berücksichtigung der gestalterischen Mängel ist es objektiv einsichtig und nachvollziehbar, dass die Kl. das Vertrauen in die Leistungsfähigkeit des Bekl. verloren hat. Da es um **Arbeiten** geht, deren Duldung für sie mit körperlichen Schmerzen verbunden ist und deren **Schlechterfüllung gesundheitliche Beeinträchtigungen nach sich ziehen** kann, kommt dem Vertrauen in die Leistungsfähigkeit des Auftragnehmers eine besondere Bedeutung zu. Die Folgen eines erfolglosen Nachbesserungsversuches, die bei anderen Werken in der Regel überschaubar sind, können hier gravierend sein. Verständliche Bedenken gegen die Leistungsfähigkeit des Auftragnehmers sind daher bei Tätowierungsarbeiten eher als bei anderen Werken geeignet, die Nachbesserungsverweigerung zu rechtfertigen.“* (OLG Hamm aaO)

BGB  
§§ 434 I 1, 437

### Beschaffensvereinbarung beim Gebrauchtwagenkauf „TÜV & AU neu“

BGB

(OLG Karlsruhe in NJW-RR 2014, 745; Urteil vom 14.01.2014 – 9 U 233/12)

- I. Der Hinweis „TÜV & AU neu“ auf eBay ist nicht nur eine unverbindliche Fahrzeugbeschreibung, sondern eine **Willenserklärung**, die auf den **Abschluss einer entsprechenden Beschaffensvereinbarung** i. S. von § 434 I 1 BGB gerichtet ist.

*„Dies ergibt sich zum einen aus dem **Charakter der Angebots-Beschreibungen auf eBay**, und zum anderen aus den konkreten Formulierungen im Angebot des Bekl.*

*Die Versteigerung eines Fahrzeugs auf eBay läuft i. d. R. so ab, dass das Angebot auf eBay die einzige Grundlage – und die einzige Information – für den Kaufinteressenten ist, der ein bestimmtes Gebot abgibt. Das Angebot auf eBay und das Gebot des Meistbietenden führen beim Ablauf der Versteigerungsfrist zum Zustandekommen eines verbindlichen Kaufvertrags. **Dem Käufer stehen dabei i. d. R. für seine Entscheidung keine anderen Informationen zur Verfügung**, als Daten, Lichtbilder und Fahrzeugbeschreibung des Verkäufers bei eBay. Das bedeutet, dass der Fahrzeugbeschreibung im Angebot auf eBay erhebliche Bedeutung für die Entscheidung des Käufers zukommt; dieser muss sich für seine Entscheidung auf die Richtigkeit der Angaben des Verkäufers verlassen können. **Fahrzeugbeschreibungen des Verkäufers im Rahmen einer Auktion bei eBay sind daher in der Regel i. S. verbindlicher Willenserklärungen** gem. § 434 I 1 BGB zu verstehen, wenn nicht der Verkäufer ausdrücklich bei seinen Angaben auf die Unverbindlichkeit hinweist (vgl. zu Beschaffensvereinbarungen durch Erklärungen in Angeboten auf eBay BGHZ 170, 86 = NJW 2007, 1346; BGH NJW 2013, 1074; KG NJW-RR 2012, 290 = MMR 2011, 585; OLG Schleswig DAR 2012, 581). Soweit der Bekl.-Vertr. Entscheidungen des BGH zitiert, in welchen die Beschreibung des Kaufgegenstandes keinen verbindlichen Charakter i. S. v. § 434 I 1 BGB haben sollte (BGH NJW 2008, 1517 = NZV 2008, 344; BGH DAR 2011, 520), handelt es sich um Fälle, in denen es nicht um Angebote auf eBay, mit den dort zu berücksichtigenden Besonderheiten, ging.*

*Für einen **verbindlichen Charakter der Angebotsbeschreibung** des Bekl. sprechen zudem die weiteren Ausführungen in dem Angebot: Es handelt sich um eine ausführliche verbale Fahrzeugbeschreibung, insbesondere zu den Ausstattungsmerkmalen des Fahrzeugs, aber auch zu kleineren Mängeln. Der Bekl. hat auf ein Loch in der Ledersitzfläche, auf Steinschlagschäden und einen defekten Außenspiegel hingewiesen. In der Überschrift des Angebots ist die Rede von einem „ehrlichen Chevrolet Avalanche Z71 Pickup“. Es handelt sich bei diesen Formulierungen um zusätzliche Hinweise für einen Interessenten, dass der Verkäufer das Fahrzeug in allen für den Käufer wesentlichen Punkten beschreiben wollte. Wenn der Bekl. auf Kleinstmängel (Loch in der Ledersitzfläche, Steinschlagschäden und defekter Außenspiegel) hinweist, dann kann der Käufer nicht damit rechnen, dass bei der Erklärung „TÜV neu“ vom TÜV schriftlich festgestellte und dem Verkäufer bekannte, sicherheitsrelevante Mängel (Rost) nicht angegeben werden.“* (OLG Karlsruhe aaO)

- II. Ein **formulärmäßiger Gewährleistungsausschluss im Kaufvertrag steht** einer gleichzeitig abgeschlossenen **Beschaffensvereinbarung nicht entgegen**.

*„Ein **Gewährleistungsausschluss** in einem Gebrauchtwagen-Kaufvertrag ist generell dahingehend zu verstehen, dass dieser **solche Eigenschaften des Fahrzeugs nicht betreffen soll, die Gegenstand einer gleichzeitigen Beschaffensvereinbarung im Vertrag sind. Eine andere Auslegung würde dem in der Beschaffensvereinbarung zum Ausdruck gekommenen Willen der Parteien widersprechen** (vgl. zur begrenzten Wirkung eines Gewährleistungsausschlusses bei einer gleichzeitigen Beschaffensvereinbarung BGHZ 170, 86 = NJW 2007, 1346; BGH NJW 2013, 1074).“* (OLG Karlsruhe aaO)

BGB  
§ 551 III

**Mietkaution**

BGB

**Keine Verwertung zur Befriedigung strittiger Forderungen im laufenden Mietverhältnis**

(BGH in MDR 2014, 704; Urteil vom 07.05.2014 – VIII ZR 234/13)

**Während des laufenden Mietverhältnisses darf eine Kautions nicht zur Befriedigung streitiger Forderungen verwertet werden;** eine anderslautende zwischen den Mietvertragsparteien getroffene Vereinbarung ist unwirksam.

„[Die] Mietkaution [dient] nicht dazu, dem Vermieter eine Verwertungsmöglichkeit zum Zwecke schneller Befriedigung behaupteter Ansprüche gegen den Mieter während des laufenden Mietverhältnisses zu eröffnen. Gem. § 551 III 3 BGB hat der Vermieter die ihm als Sicherheit überlassene Geldsumme getrennt von seinem Vermögen anzulegen. Mit der **Pflicht zur treuhänderischen Sondernung der vom Mieter erbrachten Kautions** wollte der Gesetzgeber sicherstellen, dass der Mieter nach Beendigung des Mietverhältnisses auch in der Insolvenz des Vermieters ungeschmälert auf die Sicherheitsleistung zurückgreifen kann, soweit dem Vermieter keine gesicherten Ansprüche zustehen (BGH WM 2008, 367; BGH NJW 2010, 59; jeweils unter Hinweis auf BT-Drucks. 9/2079, S. 10 f.). Diese **Zielsetzung würde unterlaufen, wenn der Vermieter die Mietkaution bereits während des laufenden Mietverhältnisses auch wegen streitiger Forderungen in Anspruch nehmen könnte.** Die davon zum Nachteil des Mieters abweichende Zusatzvereinbarung zu § 7 des Mietvertrags ist deshalb gem. § 551 IV BGB unwirksam. Dieses Ergebnis entspricht auch der ganz überwiegenden Auffassung in der Instanzrechtsprechung und im Schrifttum (LG Mannheim WuM 1996, 269; LG Wuppertal NZM 2004, 298; LG Darmstadt ZMR 2005, 193; LG Darmstadt WuM 2008, 726; LG Halle NZM 2008, 685; Sternel, Mietrecht aktuell, 4. Aufl., Rn. III 184; Kraemer NZM 2001, 737; Derleder NZM 2006, 601; Staudinger/Emmerich, BGB, Neubearbeitung 2011, § 551 Rn 27; Schmidt-Futterer/Blank, Mietrecht, 11. Aufl., § 551 BGB Rn 91; Palandt/Weidenkaff, BGB, 73. Aufl., Einf. v. § 535 Rn 123; BeckOK BGB/Ehler, Stand: 1. Mai 2013, § 551 Rn 32; anders Kluth/Grün NZM 2002, 1015, Kießling JZ 2004, 1146; MüKo-BGB/Bieber, 6. Aufl., § 551 Rn 14).“ (BGH aaO)

StGB  
§§ 180, 180a

**Zuhälterei**  
Freiwillige Prostitution

StGB

(OLG Celle in StV 2014, 420; Beschluss vom 24.01.2013 – 2 Ws 313/12)

Die **Tatbestände der ausbeutenden Zuhälterei** nach § 181a I Nr. 1 StGB, der **dirigierenden Zuhälterei** nach § 181a I Nr. 2 StGB, der **fördernden Zuhälterei** nach § 181a II StGB und der **Ausbeutung von Prostituierten** nach § 180a I StGB sind **nicht erfüllt, wenn sich die Prostituierte jederzeit aus ihrem Beschäftigungsverhältnis lösen kann, ohne dass dies mit besonderen Härten verbunden wäre.**

„Der Tatbestand der ausbeutenden Zuhälterei gem. § 181a I Nr. 1 StGB setzt voraus, dass dem Opfer in objektiver Hinsicht ein erheblicher Teil der Einnahmen entzogen wird und dies zu einer gravierenden Beschränkung der persönlichen und wirtschaftlichen Bewegungs- und Entscheidungsfreiheit führt, die geeignet ist, dem Opfer die Loslösung aus der Prostitution zu erschweren (vgl. dazu BGH NSZ-RR 2007, 46; Fischer, StGB, 60. Aufl., § 181a Rn 7). Auch der Tatbestand der dirigierenden Zuhälterei nach § 181a I Nr. 2 StGB ist nur dann erfüllt, wenn sich die Prostituierte den Weisungen auf Grund persönlicher oder wirtschaftlicher Abhängigkeit nicht entziehen kann. **Wenn es den Prostituierten freigestellt ist, die Arbeit bei den Zuhältern aufzugeben und sich so etwaigen Disziplinierungsmaßnahmen zu entziehen, ist der Tatbestand nicht erfüllt** (vgl. dazu BGHSt 48, 314 = NJW 2004, 81 = NSZ 2004, 262). Nach dieser grundlegenden Entscheidung können Anzeichen für ein solches Abhängigkeitsverhältnis etwa unangemessene, die Prostituierte benachteiligende Arbeitsbedingungen oder Beschränkungen der persönlichen Freiheit wie eine Wegnahme von Personalpapieren, Ausgangsbeschränkungen und Verstrickungen in Schulden sein. Nicht vorgegeben werden dürfen die Art und das Ausmaß der Prostitutionsausübung. Ein **etwaiger Verdienstaustausch** bei Nichterfüllung eines Auftrages ist – so der BGH – **nicht ausreichend, um eine wirtschaftliche Zwangssituation zu begründen**, weil dieser Verdienstaustausch die Konsequenz aus der Nichtausführung des Auftrages wäre, was auch bei anderen gleichberechtigten Vertragspartnern die Regel ist.

Diese Auffassung, wonach der Tatbestand nicht erfüllt ist, wenn es den Prostituierten jederzeit freigestellt ist zu kündigen, findet ihre Stütze in den Gesetzgebungsmaterialien zu dem Gesetz zur Regelung der Rechtsverhältnisse der Prostituierten. Hier heißt es, dass die Voraussetzungen des § 181a I Nr. 2 StGB nicht erfüllt seien, wenn die Prostituierte eine Vereinbarung über Ort und Zeit der Prostitutionsausübung freiwillig und einvernehmlich getroffen hat, aus der ihr eine jederzeitige Selbstbefreiung bzw. Loslösung möglich ist (BT-Dr. 14/5958, S. 5).

Auch [der Tatbestand des § 181a II StGB] setzt voraus, dass die **Prostituierte** durch die vom Täter bestimmten Bedingungen unter den konkreten Umständen **gehindert** ist, **über die Ausübung der Prostitutionstätigkeit frei zu entscheiden** (Fischer, § 181a Rn 19). Bei einer einseitigen Auflösung der Absprache durch die Prostituierte müssen irgendwelche **Sanktionen** (z.B. Ablösezahlungen, Gewalt) **drohen** (MüKo-StGB/Renzikowski, § 181a Rn 57). I. Ü. ist auch eine gewerbsmäßige Vermittlung, die nur den Anreiz zur Fortführung einer bereits freiwillig ausgeübten Tätigkeit schafft, nicht tatbestandsmäßig (BT-Drs. 14/174, S. 10; Perron/Eisele, § 181a Rn 16).“ (OLG Celle aaO)

StGB  
§§ 211, 25 II

**Mord**

StGB

**Zurechnung des Mordmerkmals des „niedrigen Beweggrundes“**

(BGH in NSZ-RR 2014, 203; Beschluss vom 26.03.2014 – 2 StR 505/13)

Das **Vorliegen eines Mordmerkmals** (hier: ein Handeln aus niedrigen Beweggründen) ist **für jeden Mittäter** der vorsätzlichen Tötung **gesondert zu prüfen**. Eine **Zurechnung des von einem Mittäter verwirklichten Mordmerkmals** der niedrigen Beweggründe nach § 25 II StGB ist **nicht möglich, sodass es auf eine „Solidarität“ mit dem Mittäter nicht ankommt**.

„Auf das äußere „Tatbild“ einer brutalen Tötung kommt es dafür nicht an, sondern auf eine **Gesamtwürdigung aller äußeren und inneren** für die Handlungsantriebe des jeweiligen Täters **maßgeblichen Faktoren** (vgl. BGHSt 47, 128 = NJW 2002, 382 = NSZ 2002, 84). Auch ist die vom LG hervorgehobene „Solidarität“ der Angekl. B mit dem Angekl. F **nicht von Belang**, weil eine Zurechnung des von dem Mittäter verwirklichten Mordmerkmals der niedrigen Beweggründe nach § 25 II StGB nicht möglich ist. Mittäter einer vorsätzlichen Tötung können wegen Totschlags oder Mordes unterschiedlich beurteilt werden (vgl. BGHSt 36, 231 = NJW 1989,

2826 = NSTZ 1990, 277). Ein **Handeln aus niedrigen Beweggründen ist für jeden Mittäter der vorsätzlichen Tötung gesondert zu prüfen.**“ (BGH aaO)

StGB  
§§ 253, 255

**Erpresserische Drohung**  
Einwirkung auf den Bedrohten

StGB

(BGH in NJW 2014, 1831; Beschluss vom 29.01.2014 – 4 StR 254/13)

**Voraussetzung einer erpresserischen Drohung** i. S. der §§ 253, 255 StGB ist eine **sachliche Einwirkung auf den Bedrohten** in Gestalt einer auf Angst und Furcht abzielenden **Ankündigung eines hinreichend erkennbaren Übels**, die der Täter an den Bedrohten richtet, dessen Willen gebeugt werden soll.

„In der **Rspr. des BGH** ist anerkannt, dass eine **Drohung** i. S. der §§ 253, 255 StGB nicht nur mit klaren und eindeutigen Worten, sondern **auch mit allgemeinen Redensarten und mit unbestimmten, versteckten Andeutungen ausgesprochen werden kann**, es also auf deren äußere Form regelmäßig nicht ankommt (BGHSt 7, 252; BGH BGHR StGB § 255 Drohung 6; vgl. auch LK-StGB/Vogel, 12. Aufl., § 253 Rn 6). Das Tatbestandsmerkmal der erpresserischen Drohungen kann danach **auch hinter harmlos erscheinenden Äußerungen, Mitteilungen, Ratschlägen, Vorschlägen, Mahnungen oder Warnungen** gesehen werden, wenn sich aus den Umständen ergibt, dass der Erklärende in Wahrheit droht (BGH jeweils aaO). Voraussetzung ist jedoch in jedem Fall eine **seelische Einwirkung auf den Bedrohten in Gestalt einer auf Angst und Furcht abzielenden Ankündigung eines hinreichend erkennbaren Übels**, die der Täter an den Bedrohten richtet, dessen Willen gebeugt werden soll (RGSt 53, 281, 283; BGH BGHR StGB § 255 Drohung 7; LK-StGB/Vogel aaO).“ (BGH aaO)

ApBetrO  
§§ 1a X Nr. 2

**Apothekenübliche Ware**  
Unzulässigkeit des Verkaufs von Magnetschmuck

öffR

(BVerwG in GRUR 2014, 503; Urteil vom 19.09.2013 – 3 C 15/12)

**Magnetschmuck ist keine apothekenübliche Ware** i. S. von § 1 a X ApBetrO 2012 und **darf daher nicht in Apotheken angeboten und verkauft** werden.

„Nach § 2 IV 1 ApBetrO dürfen neben Arzneimitteln und apothekenpflichtigen Medizinprodukten die in § 1 a X genannten Waren nur in einem Umfang angeboten oder feilgehalten werden, der den **ordnungsgemäßen Betrieb der Apotheke und den Vorrang des Arzneimittelversorgungsauftrags nicht beeinträchtigt**. Apothekenübliche Waren sind nach § 1 a X ApBetrO Medizinprodukte, die nicht der Apothekenpflicht unterliegen (Nr. 1), Mittel sowie Gegenstände und Informationsträger, die der Gesundheit von Menschen und Tieren unmittelbar dienen oder diese fördern (Nr. 2), Mittel zur Körperpflege (Nr. 3), des Weiteren Prüfmittel, Chemikalien, Reagenzien, Laborbedarf, Schädlingsbekämpfungs- und Pflanzenschutzmittel sowie Mittel zur Aufzucht von Tieren (Nrn. 4–9).

Magnetschmuck erfüllt weder die Anforderungen eines Arzneimittels gem. § 2 AMG noch diejenigen eines verkehrsfähigen Medizinprodukts nach § 3 i. V. mit § 6 MPG. Ebenso wenig liegen die Voraussetzungen einer apothekenüblichen Ware nach § 1 a X ApBetrO vor. Der Tatbestand der allein in Betracht kommenden Nr. 2 ist nicht erfüllt. Magnetschmuck ist kein Gegenstand, der der Gesundheit von Menschen unmittelbar dient oder diese fördert.

**Magnetschmuck [ist] keine apothekenübliche Ware**, [denn] dieses Produkt [ist] objektiv nicht geeignet, einen positiven Effekt für die Gesundheit zu erzielen. Die ihm von Hersteller- und Anbieterseite zugeschriebene und vom Kl. geltend gemachte gesundheitsdienliche Wirkung ist aus Sicht des verständigen Verbrauchers nicht plausibel (wird ausgeführt).

Ist Magnetschmuck demzufolge keine apothekenübliche Ware, darf er in Apotheken nicht verkauft werden. § 2 IV ApBetrO erklärt neben Arzneimitteln und apothekenpflichtigen Medizinprodukten lediglich die in § 1 a X ApBetrO abschließend genannten apothekenüblichen Waren zum zulässigen Sortiment einer Apotheke. Sonstige – „apothekenunübliche“ – Erzeugnisse dürfen demnach in Apotheken nicht angeboten oder feilgehalten werden (Cyran/Rotta, § 1 a Rn 128, § 2 Rn 70 f.). Für dieses Normverständnis spricht auch die Entstehungsgeschichte: § 12 ApBetrO 1968 lautete: „In der Apotheke dürfen neben Arzneimitteln nur vorrätig gehalten, feilgehalten oder abgegeben werden“, sodann folgte die Auflistung der zugelassenen Waren. Inhaltlich identisch war die Formulierung in § 25 ApBetrO 1987. Wie schon § 2 IV i. V. mit § 25 ApBetrO 2004 knüpft auch § 2 IV i. V. mit § 1 a X ApBetrO hieran an.

Aus § 21 II Nr. 8 ApoG ergibt sich nichts Abweichendes: Die Vorschrift ermächtigt den Ordnungsgeber, in der Apothekenbetriebsordnung Regelungen über die apothekenüblichen Waren, die Nebengeschäfte, die Dienstbereitschaft und das Warenlager der Apotheken sowie die Arzneimittelabgabe innerhalb und außerhalb der Apothekenbetriebsräume zu treffen. § 21 II Nr. 8 ApoG grenzt das Warengeschäft (Abgabe apothekenüblicher Waren und von Arzneimitteln) vom Nebengeschäft ab. Das schließt es aus, unter den Begriff des Nebengeschäfts die Abgabe „apothekenunüblicher“ Waren zu subsumieren (Cyran/Rotta, § 1 a Rn 124 ff.).“ (BVerwG aaO)

GG  
Art. 34

**Beamtenbegriff**  
Mitarbeiter eines Privatunternehmers

GG

(LG Lübeck in NJW-RR 2014, 718; Urteil vom 08.11.2013 – 6 O 116/13)

Der **Mitarbeiter eines Privatunternehmers**, der vom Träger der Straßenbaulast mit dem Räumen von Schnee auf der Straße **beauftragt** wurde, **handelt** bei Durchführung der Schneeräumarbeiten **als Beamter im öffentlich-rechtlichen Sinne**, wenn die Erfüllung einer **Straßenverkehrssicherungspflicht für öffentliche Straßen als hoheitliche Wahrnehmung von Amtspflichten** ausgestaltet ist.

„Für die Amtshaftung ist allein die Tatsache entscheidend, dass **öffentliche Gewalt ausgeübt** worden ist. Zieht der Hoheitsträger zur Erfüllung seiner Aufgaben mit privatrechtlichem Vertrag einen selbstständigen Privatunternehmer heran, so besteht eine Amtshaftung dann, wenn der **hoheitliche Charakter der Aufgabe im Vordergrund** steht, die Verbindung zwischen der übertragenen Tätigkeit und der von der Behörde zu erfüllenden Aufgabe eng und der Entscheidungsspielraum des Unternehmers begrenzt ist (vgl. z. B. BGHZ 121, 151 = NJW 1993, 1258; BGHZ 121, 161 = NZV 1993, 223; BGHZ 161, 6 = NJW 2005, 286). Je stärker der hoheitliche

Charakter der Aufgabe in den Vordergrund tritt, je enger die Verbindung zwischen der übertragenen Tätigkeit und der von der Behörde zu erfüllenden hoheitlichen Aufgabe und je begrenzter der Entscheidungsspielraum des Unternehmers ist, desto näher liegt es, ihn als Beamten im haftungsrechtlichen Sinne anzusehen (vgl. z. B. BGHZ 121, 151 = NJW 1993, 1258; BGHZ 121, 161 = NZV 1993, 223; BGHZ 161, 6 = NJW 2005, 286). Danach kann sich die öffentliche Hand etwa im Bereich der Eingriffsverwaltung der Amtshaftung für fehlerhaftes Verhalten ihrer Bediensteten grds. nicht dadurch entziehen, dass sie die Durchführung einer von ihr angeordneten Maßnahme durch privatrechtlichen Vertrag auf einen privaten Unternehmer überträgt (vgl. z. B. BGHZ 121, 151 = NJW 1993, 1258; BGHZ 121, 161 = NZV 1993, 223; BGHZ 161, 6 = NJW 2005, 286). **Abzustellen ist nicht auf die Person des Handelnden, sondern auf seine Funktion**, d. h. auf die Aufgabe, deren Wahrnehmung die im konkreten Fall ausgeübte Tätigkeit dient (BGH NJW 2002, 3172 = NZA 2002, 1214). Der Umstand, dass die **Beauftragung des Unternehmers auf privatrechtlicher Grundlage** erfolgt ist, ist **für die Beurteilung**, ob der Unternehmer als Beamter im haftungsrechtlichen Sinn gehandelt hat, **ohne Bedeutung** (Staudinger, BGB, Neubearb. 2007, § 839 Rn 101).“ (LG Lübeck aaO)

---

GO  
Art. 45 I, 47 II, 51 I 1

### Geschäftsordnungsautonomie Vorabbewertung durch den Bürgermeister

öfFR

(VGH München in BayVBI 2014, 405; Beschluss vom 11.02.2014 – 4 ZB 13.2225)

Der **Bürgermeister ist nicht dazu verpflichtet**, die **Mitglieder eines Gemeinderats schon mit der Ladung zur Sitzung auf mögliche rechtliche Bedenken zu einzelnen Tagesordnungspunkten hinzuweisen**. Diese müssen sich vielmehr vor der Beschlussfassung **eigenverantwortlich über die Rechtslage informieren**.

„Selbst wenn den einzelnen Ratsmitgliedern in Bezug auf die jeweiligen Beratungsgegenstände ein umfassender **Auskunftsanspruch** zustünde, könnte sich dieser nur auf objektiv feststellbare Tatsachen beziehen und nicht darauf, wie der Bürgermeister einen bestimmten Sachverhalt rechtlich bewertet. Es gehört zu den **originären Pflichten eines jeden kommunalen Mandatsträgers, sich vor der Beschlussfassung eigenverantwortlich über die maßgebliche Rechtslage Klarheit zu verschaffen**, insbesondere wenn es sich wie bei der Erteilung des Einvernehmens nach § 36 BauGB um eine weitgehend gesetzgebundene Entscheidung handelt (vgl. BVerwG Buchholz 406.11 § 36 BauGB Nr. 45). Ein Anspruch darauf, dass der Bürgermeister schon mit der Ladung zu einer Sitzung zu den jeweiligen Beratungsthemen rechtlich Stellung nimmt und auf mögliche Rechtsbedenken hinweist, besteht demnach nicht. Dies gilt in gleicher Weise dann, wenn er von sich aus ein bestimmtes Thema auf die Tagesordnung gesetzt hat. Auch in diesem Fall muss er vor Beginn der Sitzung seine Beweggründe und insbesondere seine persönliche Rechtsüberzeugung ebenso wenig offenbaren, wie dies von den anderen Rats- oder Ausschussmitgliedern zu den von ihnen beantragten Tagesordnungspunkten verlangt werden dürfte.“ (VGH München aaO)

---

JAPO  
§§ 10 II, V, VI, 12

### Rücktritt von der Prüfung Teilverlust einer bewerteten Prüfungsarbeit

JAPO

(VGH München in NVwZ-RR 2014, 524; Beschluss vom 29.01.2014 – 7 ZB 14.28)

Der **(Teil-)Verlust einer bewerteten Prüfungsarbeit** durch das Prüfungsamt **berechtigt** den Prüfungsteilnehmern **nicht dazu, nachträglich von der Prüfung zurückzutreten**.

„Der Teilverlust ist auch **nicht als Mangel im Prüfungsverfahren i. S. von § 12 I JAPO anzusehen**. Abgesehen davon, dass der Kl. einen aus seiner Sicht bestehenden Mangel unverzüglich hätte geltend machen müssen (§ 12 II 1 JAPO), wovon vorliegend ca. sechs Monate nach Erhalt der unvollständigen Kopien der bewerteten Klausur nicht ausgegangen werden kann, stellt das Fehlen des Blattes keinen Mangel des Prüfungsverfahrens dar. Da die vom Kl. abgegebene **Prüfungsarbeit den Prüfern vollständig vorgelegen hat, ist der Bewertungsvorgang ordnungsgemäß zum Abschluss gekommen und das Ziel des Prüfungsverfahrens, die Leistungsfähigkeit des Kl. festzustellen, ohne jede Einbuße erreicht worden**. Der **nachträgliche Verlust** der letzten Klausurseite schränkt zwar die Möglichkeit ein, die Prüfungsleistung noch einmal lückenlos zur Kenntnis zu nehmen und deren Bewertung nachzuvollziehen, **macht aber das Prüfungsverfahren nicht nachträglich fehlerhaft** (vgl. BVerwGE 78, 367 = NVwZ 1988, 434; VGH München BayVBI 2000, 529).

Ist – wie hier – davon auszugehen, dass den Prüfern die Prüfungsarbeit bei der Bewertung vollständig vorgelegen hat, **kommt eine Wiederholung wegen eines nicht mehr aufklärbaren Bewertungsfehlers nur bei einem von der Prüfungsbehörde zu vertretenden Teilverlust in Betracht**. Hat die Prüfungsbehörde den Verlust der Arbeit zu verantworten und lässt sich das Vorliegen eines erheblichen Prüfungsmangels nicht mit hinreichender Sicherheit verneinen, ist von dem behaupteten Prüfungsmangel auszugehen und dem Prüfling Gelegenheit zu geben, die Prüfung erneut abzulegen (BVerwG BeckRS 2003, 31352744). Bestehen jedoch keine Anhaltspunkte dafür, dass die Prüfungsbehörde den Teilverlust zu vertreten hat, **verbleibt die Darlegungs- und Beweislast für einen etwaigen Bewertungsfehler beim Prüfungsteilnehmer**. Dies gilt insbesondere beim Verlust eines nur geringen Teils und ansonsten fehlerfreier Bewertung der Arbeit (BVerwGE 78, 367 = NVwZ 1988, 434; VGH München BayVBI 2000, 529 f).“ (VGH München aaO)

---

NRWPolG  
§ 42 I 3

### Gefahrenabwehr Unzulässige Beschlagnahme sichergestellter Waffen

öfFR

(OLG Düsseldorf in NVwZ-RR 2014, 523; Beschluss vom 26.03.2014 – I-3 Wx 25/14)

Die **Beschlagnahme sichergestellter Waffen ist im Gefahrenabwehrrecht nicht vorgesehen** und daher **unzulässig**.

- I. Das **Waffenrecht ist speziell geregeltes öffentliches Sicherheitsrecht**. Danach ergeben sich die behördlichen Eingriffs- und Befugnisnormen in erster Linie aus den gesetzlichen Spezialermächtigungen des WaffG, lediglich **ergänzend finden die Vorschriften des Polizeirechts sowie des allgemeinen Ordnungsbehördenrechts Anwendung**.

- Die **Rücknahme und den Widerruf** einer waffenrechtlichen Erlaubnis, insbesondere deren Voraussetzungen, regelt **§ 45 WaffG**.
  - In **§ 46 WaffG** ist bestimmt, **was im Falle einer derartigen Rücknahme oder eines Widerrufs mit den Erlaubnisurkunden und mit Waffen oder Munition im Besitz des ehemals Berechtigten zu geschehen hat**.
  - Dabei trifft **§ 46 III WaffG Bestimmungen zum sog. Fristsetzungsverfahren gegenüber dem Betroffenen**, **§ 46 IV WaffG** regelt das Vorgehen gegen ihn ohne Durchführung des Fristsetzungsverfahrens durch **sofortige Sicherstellung von Waffen oder Munition**.
  - Für die Durchsetzung dieser sofortigen Sicherstellung **enthält § 46 IV 2 WaffG eine Spezialermächtigung**: Danach sind die Beauftragten der **zuständigen Behörde berechtigt**, die **Wohnung des Betroffenen zu betreten und** diese nach Urkunden, Waffen oder Munition **zu durchsuchen**; solche Durchsuchungen dürfen allein durch den Richter und nur bei Gefahr in Verzug auch durch die zuständige Behörde angeordnet werden.
  - Das **Verfahren bei der Durchsuchung von Wohnungen** im Einzelnen **regelt** sodann **§ 42 PolG NRW**; § 42 I 3 PolG NRW bestimmt für das Verfahren richterlich angeordneter Durchsuchungen, dass die Vorschriften des FamFG entsprechend anzuwenden seien.
- II. Nach den vorgenannten gesetzlichen Vorschriften obliegt, falls es um die nachträgliche Entstehung von Versagungsgründen waffenrechtlicher Erlaubnisse geht, allein der Behörde in eigener Zuständigkeit und Verantwortung nicht nur die Entscheidung über einen Widerruf der Erlaubnis und die Durchführung des Fristsetzungsverfahrens mit anschließender Sicherstellung, sondern auch die Entscheidung darüber, ob sie statt dessen **wegen besonderer Dringlichkeit die sofortige Sicherstellung nach § 46 IV 1 WaffG** betreibt, und in diesem Rahmen schließlich, ob sie eine etwa notwendige Durchsuchung selbst anordnet oder eine richterliche Durchsuchungsanordnung erwirkt, § 46 IV 2 WaffG.

Eine **gerichtliche Anordnung der „Beschlagnahme“** ist im vorstehend dargestellten Gefahrenabwehrrecht **nicht vorgesehen und damit gesetzlich nicht zugelassen**.

*„Wie bereits gesagt, ist die **sofortige Sicherstellung nach § 46 IV 1 WaffG** eine **Maßnahme zur Gefahrenabwehr**, und die Entscheidung über deren Anordnung obliegt allein der Waffenrechtsbehörde in eigener Zuständigkeit und Verantwortung, erst eine Wohnungsdurchsuchung zum Zwecke der Durchsetzung der sofortigen Sicherstellung bedarf unter Umständen der vorherigen richterlichen Anordnung (OLG Hamm NVwZ-RR 2010, S. 921 f. m. w. Nachw.; OLG Düsseldorf BeckRS 2013, 03048 und BeckRS 2014, 05414).“ (OLG Düsseldorf aaO)*

## Entscheidungen Verfahrensrecht

ZPO  
§ 574 ff.

**Zulassung der Rechtsbeschwerde  
nicht allein durch Beifügung einer Rechtsmittelbelehrung  
(BGH in NZI 2014, 402, Beschluss vom 13.03.2014 – IX ZB 48/13)**

ZPO

1. Das BeschwGer., das mit dem Sachverhalt und den entscheidungserheblichen Rechtsfragen bereits vertraut ist, hat zu prüfen, ob einer der in § 574 II ZPO genannten **Zulassungsgründe** für die Rechtsbeschwerde vorliegt.
2. Die Zulassungsentscheidung ist eine **gebundene Willensbetätigung** des BeschwGer., der eine Prüfung der Zulassungsgründe vorauszugehen hat.
3. Die Zulassung der Rechtsbeschwerde muss **nicht zwingenden in den Ausspruch** des Beschlusses aufgenommen werden
4. Es reicht aus, wenn sich die Zulassung mit **hinreichender Deutlichkeit aus den Gründen** der Beschwerdeentscheidung ergibt. Das ist dann der Fall sein, wenn sich das BeschwGer. in den Gründen seiner Entscheidung **zu den Zulassungsgründen** des § 574 II ZPO **verhält** und einen oder mehrere annimmt.
5. **Schweigen sowohl der Ausspruch als auch die Gründe** einer Beschwerdeentscheidung zur Frage der Zulassung der Rechtsbeschwerde, liegt in der **Beifügung einer Rechtsmittelbelehrung keine Zulassung**.

**Fall:** Auf Antrag des Schuldners wurde am 18.09.2008 das Insolvenzverfahren eröffnet und der weitere Bet. zu 1 zum Treuhänder bestellt. Die Restschuldbefreiung versagte das Insolvenzgericht auf Antrag der weiteren Bet. zu 2 mit Beschluss vom 23.03.2013, weil der Schuldner bei der Antragstellung mindestens grob fahrlässig falsche Angaben gemacht habe. Die gegen die Versagung der Restschuldbefreiung gerichtete sofortige Beschwerde des Schuldners hat das LG durch den angefochtenen Beschluss vom 05.06.2013 zurückgewiesen. Dem Beschluss ist eine Rechtsbehelfsbelehrung angefügt.

Diese folgt deutlich abgesetzt nach der Kostenentscheidung, unter der durch Fettdruck hervorgehobenen Überschrift „Rechtsbehelfsbelehrung“, außerhalb der Gliederung der Beschlussgründe, aber noch vor der Unterschrift des entscheidenden Einzelrichters. Im ersten Satz der Rechtsbehelfsbelehrung heißt es, dass gegen den Beschluss die Rechtsbeschwerde nach §§ 574 ff. ZPO statthaft sei. Im Weiteren wird darauf hingewiesen, die Rechtsbeschwerde sei „in den Fällen des § 574 I Nr. 1 ZPO“ nur zulässig, wenn die Rechtssache grundsätzliche Bedeutung habe oder die Fortbildung des Rechts oder die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung eine Entscheidung des BGH erfordere. Zum notwendigen Inhalt der Begründung der Rechtsbeschwerde wird ausgeführt, diese müsse eine Darlegung zu den Zulässigkeitsvoraussetzungen des § 574 II ZPO enthalten. Ist die Rechtsbeschwerde des Schuldners statthaft?

Die Rechtsbeschwerde ist statthaft gegen Beschlüsse, wenn dies gesetzlich so vorgesehen ist oder die sie zugelassen wurde. Ist die Rechtsbeschwerde gesetzlich zugelassen, so ist sie nach § 574 II ZPO gleichwohl nur zulässig, wenn Rechtssache grundsätzliche Bedeutung hat oder die Fortbildung des Rechts oder die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung eine Entscheidung des Rechtsbeschwerdegerichts erfordert.

### I. Statthaftigkeit der Rechtsbeschwerde nach § 574 I Nr. 1 ZPO

Die Rechtsbeschwerde könnte gesetzlich zugelassen und daher nach § 574 Nr. 1 ZPO statthaft sein.

*„Nachdem die Vorschrift des § 7 InsO durch das Gesetz zur Änderung des § 522 ZPO vom 21.10.2011 (BGBl I, 2082) mit Wirkung zum 27.10.2011 aufgehoben worden ist, findet die **Rechtsbeschwerde gegen Beschwerdeentscheidungen in Verfahren nach der InsO** nur statt, wenn sie durch das BeschwGer. **zugelassen** worden ist. Gemäß Art. 103 f S. 1 EGI InsO ist die Neuregelung auf die Rechtsbeschwerde gegen solche Beschwerdeentscheidungen anzuwenden, die – wie vorliegend – nach Inkrafttreten des neuen Rechts erlassen worden sind (BGH, NJW-RR 2012, 509 = ZIP 2012, 1146 Rn. 9 m.w.N.).“* (BGH aaO)

### II. Statthaftigkeit der Rechtsbeschwerde nach § 574 I Nr. 2 ZPO

Die Rechtsbeschwerde könnte im betreffenden Beschluss zugelassen worden sein. Die Zulassung hat in dem Beschluss selbst zu erfolgen.

„Das BeschwGer., das mit dem Sachverhalt und den entscheidungserheblichen Rechtsfragen bereits vertraut ist, hat neben der Zulässigkeit und gegebenenfalls Begründetheit des ersten Rechtsmittels daher auch zu prüfen, ob einer der in § 574 II ZPO genannten **Zulassungsgründe für die Rechtsbeschwerde** vorliegt. Gegebenenfalls ist die Zulassung auszusprechen (§ 574 III 1 ZPO).

Die Zulassungsentscheidung ist eine **gebundene Willensbetätigung** des BeschwGer., der eine **Prüfung der Zulassungsgründe** vorzugehen hat. Im Sinne der Rechtsmittelklarheit (vgl. BVerfGE 87, 48 [65] = NVwZ 1992, 1182) ist es wünschenswert, dass die Zulassung der Rechtsbeschwerde **in den Ausspruch des Beschlusses** aufgenommen wird. **Zwingend** ist dies jedoch **nicht**. Es reicht aus, wenn sich die **Zulassung mit hinreichender Deutlichkeit aus den Gründen der Beschwerdeentscheidung** ergibt (BGH, NJW 2004, 2529; vgl. auch BGH, NJW 2008, 1448 Rn. 16 zu § 80 DRiG; NJW-RR 2011, 1569 Rn. 15 zu § 70 I FamFG; Beschluss vom 28.03.2013 – AnwZ (Brfg) 44/12, BeckRS 2013, 07388 Rn. 4 zu § 112 e BRAO). Letzteres wird etwa dann der Fall sein, wenn sich das BeschwGer. in den Gründen seiner Entscheidung **zu den Zulassungsgründen des § 574 II ZPO verhält** und einen oder mehrere annimmt (vgl. BGH, Beschluss vom 23.10.2012 – V ZA 25/12, BeckRS 2012, 24423; Beschluss vom 28.03.2013 – AnwZ (Brfg) 44/12, BeckRS 2013, 07388).“ (BGH aaO)

Eine ausdrückliche Zulassung ist hier nicht erfolgt. Weder hat das LG die Zulassung im Ausspruch erklärt noch ergibt sich der Zulassungswille aus den Gründen des Beschlusses, die hierzu schweigen Fraglich ist, ob in der Beifügung einer Rechtsbehelfsbelehrung gerichtet auf die Rechtsbeschwerde eine konkludente Zulassung gesehen werden kann.

„Eine Rechtsbehelfsbelehrung vermag diesen Anforderungen grundsätzlich selbst dann nicht zu genügen, wenn ihr die **Unterschriften der entscheidenden Richter nachfolgen**. In diesem Fall wird sie zwar formal ein Bestandteil der Entscheidung. Als Belehrung über die nach (fehlerhafter) Ansicht des BeschwGer. gegebenen Rechtsmittel stellt sie jedoch regelmäßig **nur eine Wissenserklärung** dar und bringt als solche **keinen Zulassungswillen** zum Ausdruck. Nur ausnahmsweise kann deshalb allein aus der Rechtsbehelfsbelehrung auf eine Zulassung des in dieser genannten Rechtsmittels geschlossen werden (vgl. BGH, NJW 2008, 1448 Rn. 16 zu § 80 II DRiG; BVerwGE 71, 73 [75 f.] m.w.N.; BFH, DStRE 2004, 1159 = BFH/NV 2004, 1291).“ (BGH aaO)

Fraglich ist, ob ein solcher Ausnahmefall hier angenommen werden kann

„[Aus] der Rechtsbehelfsbelehrung kann nicht mit der erforderlichen Gewissheit auf eine Zulassung der Rechtsbeschwerde geschlossen werden. Diese erschöpft sich in einer **bloßen Wissenserklärung**. Dabei verhält sie sich **erkennbar nur zur Statthaftigkeit** der Rechtsbeschwerde **auf Grund gesetzlicher Regelung** (§ 574 I 1 Nr. 1 ZPO) und bringt auch deshalb **keinen Zulassungswillen zum Ausdruck**. Zutage tritt vielmehr die **rechtsfehlerhafte Ansicht** des LG, die Statthaftigkeit der Rechtsbeschwerde ergebe sich (noch) aus dem Gesetz.“ (BGH aaO)

Allerdings könnte diese rechtsfehlerhafte Ansicht des LG, die Statthaftigkeit der Rechtsbeschwerde ergebe sich (noch) aus dem Gesetz, zur Zulässigkeit der Rechtsbeschwerde zu führen.

„Enthält eine Beschwerdeentscheidung keine Ausführungen über die **Zulassung der Rechtsbeschwerde**, ist der **Rechtsweg erschöpft**. Der BGH kann mit der Sache nicht mehr in statthafter Weise befasst werden. Dies gilt unabhängig davon, welche Erwägungen das BeschwGer. dazu veranlasst haben, die Rechtsbeschwerde nicht zuzulassen und auch dann, wenn das BeschwGer. **rechtsirrig davon ausgegangen** ist, die **Rechtsbeschwerde sei kraft Gesetzes zulässig** (BGH, NJW-RR 2012, 1509 = ZIP 2012, 1146 Rn. 15 m.w.N.).

Der Gesetzgeber hat bewusst von der Möglichkeit einer **Beschwerde gegen die Nichtzulassung der Rechtsbeschwerde abgesehen** (BT-Drs. 14/4722, 69, 116). Es widerspräche der gesetzlichen Unanfechtbarkeit auch der Entscheidung über die (Nicht-) Zulassung, wenn diese im Rechtsmittelweg daraufhin überprüft werden könnte, ob das BeschwGer. die ihm obliegende Verantwortung für die Zulassungsentscheidung erkannt hat (BGH, NJW-RR 2012, 1509 Rn. 16; Beschluss vom 19.07.2012 – IX ZB 31/12, BeckRS 2012, 18618).“ (BGH aaO)

### III. Ergebnis

Die Rechtsbeschwerde ist nicht statthaft, der angefochtene Beschluss daher rechtskräftig.

GG  
Art. 103**Abweichung von richterlichem Hinweis  
Gehörsverletzung wegen Überraschungsentscheidung**  
(BGH in JurisAnwaltletter Nr. 6/2014; Beschluss vom 29.04.2014 – VI ZR 530/12)

ZPO

Erteilt das Gericht einen rechtlichen Hinweis in einer entscheidungserheblichen Frage, so darf es diese Frage im Urteil nicht abweichend von seiner geäußerten Rechtsauffassung entscheiden, ohne die Verfahrensbeteiligten zuvor auf die Änderung der rechtlichen Beurteilung hingewiesen und ihnen Gelegenheit zur Stellungnahme gegeben zu haben.

**Fall:** Der Kläger nimmt die Beklagten aus einem angeblichen Verkehrsunfall auf Ersatz materiellen und immateriellen Schadens in Anspruch.

Nach der Behauptung des Klägers fuhr er am 15.01.2011 mit seinem PKW BMW gegen 23:20 Uhr in Langenhagen auf der linken Fahrspur der Flughafenstraße. Der Beklagte zu 1 sei mit seinem 1993 zugelassenen PKW Golf, der bei der Beklagten zu 2 haftpflichtversichert ist, versetzt hinter ihm auf der rechten Fahrspur gefahren. Er sei schneller als der Kläger gewesen und habe sein Fahrzeug plötzlich nach links auf den linken Fahrstreifen gelenkt. Dabei habe er den PKW des Klägers übersehen und gestreift. Die Parteien zogen die Polizei hinzu, die den Unfall aufnahm. Der Beklagte zu 1 räumte seinen Verkehrsverstoß hierbei ein. Ein vom Kläger beauftragter Sachverständiger kam zu dem Ergebnis, dass dem Kläger infolge des Unfalls Reparaturkosten in Höhe von 25.936,59 EUR entstanden seien. Der Wiederbeschaffungswert für das Fahrzeug belaufe sich auf 30.000,00 EUR, der Restwert auf 12.000,00 EUR. Das Landgericht hat die Klage abgewiesen, da es sich um einen manipulierten Unfall handle. Hiergegen legte der Kläger Berufung ein.

Das Berufungsgericht hatte mit Verfügung vom 19.10.2012 darauf hingewiesen, dass die Berufung des Klägers unbegründet sein dürfte. Das Landgericht sei zutreffend zu dem Ergebnis gelangt, dass im vorliegenden Fall zahlreiche typische Indizien vorlägen, die für das Vorliegen eines manipulierten Unfalls sprächen. Die Häufung derartiger manipulationstypischer Umstände lasse keinen Zweifel daran aufkommen, dass es sich um einen gestellten Unfall gehandelt haben dürfte. Hinzu komme, dass nach den Ausführungen des Sachverständigen M. zumindest die beiden Beulen an der Beifahrertür bereits vor dem Unfall vorhanden gewesen seien. Nach gefestigter Senatsrechtsprechung könne einem Geschädigten, der das Vorhandensein von Vorschäden bestreite, wenn nach den Feststellungen des Sachverständigen keineswegs alle geltend gemachten Unfallschäden auf das Unfallereignis, aus dem die Ansprüche hergeleitet werden, zurückgeführt werden könnten, auch nicht Ersatz für diejenigen Schäden zugesprochen werden, die nach dem Gutachten Folge des Unfallereignisses sein könnten. Diese Hinweise hat das Berufungsgericht in der mündlichen Verhandlung vom 13.11.2012 wiederholt. In dem auf diese mündliche Verhandlung ergangenen Urteil hat das Berufungsgericht ohne Hinweis auf die zwischenzeitlich erfolgte Änderung seiner Rechtsauffassung und ohne den Beklagten Gelegenheit zu geben, hierzu Stellung zu nehmen, das landgerichtliche Urteil auf die Berufung des Klägers aufgehoben und die Beklagten als Gesamtschuldner verurteilt, an den Kläger 20.073,82 EUR nebst Zinsen und vorgerichtlicher Rechtsanwaltskosten in Höhe von 1.023,16 EUR zu zahlen. Die weitergehende Berufung und Klage hat es abgewiesen. Die Revision hat es nicht zugelassen. Hiergegen wendet sich die Beklagte zu 2 - zugleich als Streithelferin des Beklagten zu 1 - mit der Nichtzulassungsbeschwerde. Mit Erfolg?

## I. Zulässigkeit der Nichtzulassungsbeschwerde

### 1. Nichtzulassung der Revision, Beschwer

Die Nichtzulassungsbeschwerde setzt als Rechtsmittel voraus, dass das Berufungsgericht die Revision nicht zugelassen hat, der Beschwerdeführer durch das Urteil beschwert ist und das Rechtsmittel dazu verhelfen soll, diese Beschwer zumindest teilweise zu beseitigen. Hier wurde die Revision nicht zugelassen und die Beklagten verurteilt, woraus sich ihre Beschwer ergibt.

### 2. Beschwerdewert

Die Beschwerde gegen die Nichtzulassung der Revision ist aufgrund einer Übergangsvorschrift bis zum 31.12.2014 nur zulässig, wenn der Wert der mit der Revision geltend zu machenden Beschwer 20.000 € übersteigt (§ 26 Nr. 8 EGZPO). Dies ist hier der Fall.

### 3. Zuständigkeit

Die Nichtzulassungsbeschwerde ist schriftlich bei dem BGH einzulegen. Das Berufungsgericht ist zu einer Abänderung seiner Nichtzulassungsentscheidung nicht befugt (§§ 555 Abs. 1, 318 ZPO).

### 4. Beschwerdefrist

Die Nichtzulassungsbeschwerde ist binnen einer **Notfrist von einem Monat** nach Zustellung des in vollständiger Form abgefassten Berufungsurteils, spätestens aber bis

zum Ablauf von sechs Monaten nach dessen Verkündung einzulegen. Von der Einhaltung dieser Frist kann hier ausgegangen werden.

#### 5. Beschwerdeschrift

Die Beschwerde ist durch Einreichung einer Beschwerdeschrift einzulegen, die durch einen bei dem BGH zugelassenen Rechtsanwalt unterzeichnet sein muss. Dies wird so erfolgt sein.

#### 6. Begründung

Die Beschwerde ist innerhalb von zwei Monaten nach Zustellung des in vollständiger Form abgefassten Urteils, spätestens aber bis zum Ablauf von sieben Monaten nach der Verkündung des Urteils zu begründen. In der Begründungsschrift müssen die Zulassungsgründe „dargelegt“ werden. Sie muss den Zulassungsgrund benennen und zu dessen Voraussetzungen grds. so substantiiert vortragen, dass das Revisionsgericht allein anhand der Lektüre der Beschwerdebegründung und des Berufungsurteils die Voraussetzungen der Zulassung prüfen kann (vgl. MüKo-ZPO/Krüger, Rn. 13)

### II. Begründetheit der Nichtzulassungsbeschwerde

Es muss ein Zulassungsgrund des § 543 ZPO vorliegen, also die Rechtssache grundsätzliche Bedeutung haben oder die Fortbildung des Rechts oder die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung eine Entscheidung des Revisionsgerichts erfordern.

Die Revision ist auch dann zuzulassen, wenn dem Berufungsurteil ein entscheidungserheblicher (grundrechtsrelevanter) Rechtsfehler zugrunde liegt, der geeignet ist, das Vertrauen in die Rspr insgesamt zu beschädigen, weil das Berufungsgericht bei der Auslegung oder Anwendung von Vorschriften des materiellen Rechts oder des Verfahrensrechts gegen grundlegende, verfassungsrechtlich abgesicherte Gerechtigkeitsanforderungen verstoßen hat und die Entscheidung deshalb von Verfassungs wegen einer Korrektur bedarf (vgl. BeckOK-ZPO/Kessal-Wulf, § 543 Rn. 29; Musielak/Ball, § 543 Rn. 9a; Saenger/Godehard Kayser-Raphael Koch, § 532 Rn. 27).

Wird die Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör gerügt, so ist bei Bestehen der Möglichkeit einer Nichtzulassungsbeschwerde das Verfahren der Gehörsrüge nach § 321a ZPO ausgeschlossen. Die Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör ist dann im Verfahren der Nichtzulassungsbeschwerde geltend zu machen.

Der Anspruch auf rechtliches Gehör könnte hier verletzt sein, weil das Berufungsgericht im Hinweis vom 19.10.2012 einen den Beklagten vorteilhaften Rechtsstandpunkt eingenommen und diesen in der mündlichen Verhandlung nochmals bekräftigt hat. Dass Gericht hat vor Erlass des Urteils nicht auf eine Änderung seiner Ansicht hingewiesen und den Beklagten insofern nochmals Gelegenheit zur Stellungnahme eingeräumt. Insofern könnte es sich bei dem Berufungsurteil um eine Überraschungsentscheidung handeln.

*„Durch diese Verfahrensweise hat das Berufungsgericht das Recht der Beklagten auf Gewährung rechtlichen Gehörs aus Art. 103 I GG verletzt. Art. 103 Abs. 1 GG räumt dem Einzelnen das Recht ein, vor einer Entscheidung, die seine Rechte betrifft, zu Wort zu kommen, um Einfluss auf das Verfahren und sein Ergebnis nehmen zu können. Zwar muss ein Verfahrensbeteiligter grundsätzlich alle vertretbaren rechtlichen Gesichtspunkte von sich aus in Betracht ziehen und seinen Vortrag hierauf einstellen. Eine dem verfassungsrechtlichen Anspruch genügende Gewährleistung rechtlichen Gehörs setzt aber voraus, dass ein Verfahrensbeteiligter bei Anwendung der von ihm zu verlangenden Sorgfalt erkennen kann, auf welche Gesichtspunkte es für die Entscheidung ankommen kann. Erteilt das Gericht einen rechtlichen Hinweis in einer entscheidungserheblichen Frage, so darf es diese Frage im Urteil nicht abweichend von seiner geäußerten Rechtsauffassung entscheiden, ohne die Verfahrensbeteiligten zuvor auf die Änderung der rechtlichen Beurteilung hingewiesen und ihnen Gelegenheit zur Stellungnahme gegeben zu haben (vgl. BGH, Beschluss vom 04.05.2011 - XII ZR 86/10, NJW-RR 2011, 1009; BVerfG, NJW 1996, 3202, juris Rn. 22 f.).“ (BGH aaO)*

**Ergebnis:** Es liegt eine Überraschungsentscheidung vor, die die Bekl. in ihrem Anspruch auf rechtliches Gehör und damit in ihrem Grundrecht aus Art. 103 I GG verletzt.

StPO **Verfahrensverständigung** StPO  
§§ 257c V, 273 I a 2 **Fehlende/fehlerhafte Belehrungsprotokollierung**  
(BGH in StV 2014, 395 = NSTz 2014, 284; Beschluss vom 12.12.2013 – 3 StR 210/13)

Die **fehlende oder fehlerhafte Protokollierung** einer Belehrung gem. §§ 257 c V, 273 I a 2 StPO stellt **keinen Revisionsgrund** dar.

**Fall:** Der Angekl. S wurde wegen Unterstützung einer terroristischen Vereinigung im Ausland in vier Fällen, in einem Fall in Tateinheit mit Beihilfe zum versuchten Erwerb einer halbautomatischen Kurzwaffe, zu einer Gesamtfreiheitsstrafe, der Angekl. J wegen versuchten Erwerbs einer halbautomatischen Kurzwaffe und wegen des Besitzes eines verbotenen Gegenstands sowie von Munition zu einer Gesamtgeldstrafe verurteilt. Die Vollstreckung der Freiheitsstrafe hat das OLG zur Bewährung ausgesetzt.

Am 27. Hauptverhandlungstag unterbreitete das OLG den Angekl. einen – als Anlage zu Protokoll genommenen – näher ausgeführten und begründeten „Verständigungsvorschlag gem. § 257 c StPO“. Am 52. Hauptverhandlungstag wurde laut Protokoll festgestellt, dass unter anderem hinsichtlich des Angekl. S eine „verfahrensbeendende Absprache entsprechend § 257 c StPO“ stattgefunden habe. Mit der Rüge beanstandet die Revision, dass sich aus dem Protokoll nicht ergebe, ob eine Verständigung zu Stande gekommen und eine Belehrung gem. § 257 c V StPO erteilt worden sei. Zudem sei nicht dokumentiert, ob und wie die Angekl. sich zu dem Verständigungsvorschlag geäußert hätten. Überdies habe der gerichtliche Verständigungsvorschlag einzelne Strafnormen zitiert, obschon der Schuldspruch nicht Gegenstand der Verständigung sein dürfe.

Mit der **Verfahrensrüge** wird bemängelt, dass das OLG „**§§ 257 c II, IV und V, 237 I a StPO i. V. m. dem Recht auf ein faires Verfahren**“ verletzt habe.

I. Soweit beanstandet wird, **aus dem Protokoll ergebe sich keine Belehrung** des Angekl. gem. §§ 273 I a 2, 257 c V StPO, bleibt die **Verfahrensrüge erfolglos, da das Urteil auf dem geltend gemachten Verfahrensverstoß nicht beruhen kann** (§ 337 I StPO).

1. Der Bf. rügt, dass sich in der Sitzungsniederschrift keine Protokollierung einer gem. **§ 257 c V StPO** etwaig erteilten Belehrung findet.

*„Damit ist **Gegenstand der Verfahrensrüge** allein die **Frage einer ordnungsgemäßen Protokollierung**; denn aus der Revisionsbegründung ergibt sich – auch bei einer Auslegung nach ihrem Gesamtzusammenhang – nicht die Behauptung, dass eine Belehrung in der Hauptverhandlung tatsächlich unterblieben ist, und dieser Gesichtspunkt von der Urteilsanfechtung umfasst sein soll.“* (BGH aaO)

a) Die **Revisionsbegründung muss** bei der Rüge der Verletzung einer Verfahrensnorm **die den Verfahrensmangel enthaltenden Tatsachen angeben** (§ 344 II 2 StPO; zur verfassungsrechtlichen Unbedenklichkeit etwa BVerfG NJW 1985, 125), nur in diesem Umfang ist das RevGer. überhaupt zu eigener Prüfung berechtigt (§ 352 I StPO).

*„Es entspricht st. Rspr., dass dem Vorbringen in der Revisionsbegründung, ein bestimmter Verfahrensvorgang sei nicht protokolliert worden, regelmäßig nicht die Behauptung zu entnehmen ist, dieser Verfahrensvorgang habe tatsächlich in der Hauptverhandlung auch nicht stattgefunden (vgl. allg. BGHSt 7, 162 = NJW 1955, 641 m. w. Nachw.; BGH NSTz-RR 2007, 52; BGH NSTz 2005, 281; RGSt 48, 288; Löwe/Rosenberg, StPO, 26. Aufl., § 344 Rn 86). Dem liegt im Wesentlichen die Überlegung zu Grunde, dass **bei dem alleinigen Abstellen auf das Protokoll offen bleibt, ob der Vorgang ggf. stattgefunden hat und nur versehentlich nicht protokolliert** worden ist. I. Ü. würde das Erfordernis des § 344 II 2 StPO übergangen, da an Stelle der bestimmten Behauptung einer Tatsachenangabe lediglich das **Protokoll, das nur ein Beweismittel** darstellt (vgl. § 274 S. 1 StPO), angeführt wird.“* (BGH aaO)

b) Vorliegend **stellt die Revisionsbegründung** („Ob... eine Belehrung gem. § 257 c V StPO erfolgt ist, ergibt sich – falls die Verteidigung insoweit nichts übersehen hat – aus dem Protokoll nicht.“) **allein auf die fehlende Protokollierung ab**.

*„Dies wird durch die anschließenden Rechtsausführungen bestärkt, denen zufolge das OLG „mit dieser Vorgehensweise... gegen § 273 I a StPO“ verstoßen habe. Zudem geht die Revision selbst von einer „etwaig erfolgten Belehrung“ aus und lässt damit ausdrücklich offen, ob eine solche erteilt worden ist oder nicht. Gerade in der Zusammenschau wird deutlich, dass die **Verfahrensrüge die unterlassene Protokollierung und nicht eine unterbliebene Belehrung selbst zum Gegenstand hat**.“* (BGH aaO)

2. Es kann offenbleiben, ob die danach allein zu prüfende Rüge, aus dem Protokoll lasse sich die Belehrung nach § 257 c V StPO nicht erkennen, – wie für „Protokollrügen“ regelmäßig angenommen (etwa BGH BeckRS 2006, 04831; BGH BeckRS 1978, 31113441) – bereits unzulässig oder in der konkreten Konstellation ausnahmsweise zulässig ist (vgl. BGHSt 58, 310 = NJW 2013, 3046 = NSTz 2013, 667).

Der Beanstandung bleibt der Erfolg jedenfalls versagt; denn es ist **denklogisch ausgeschlossen, dass das Urteil auf einer unzureichenden Protokollierung beruht** (§ 337 I StPO).

*„Die Fertigstellung des Protokolls geht der Verkündung des Urteils nach. Dies ergibt sich bereits daraus, dass das Protokoll die Urteilsformel enthalten muss (§ 273 I 1 StPO) und es mithin vor der Urteilsverkündung nicht fertiggestellt (vgl. § 271 I StPO) werden kann. Vor der Fertigstellung steht der tatsächliche Protokollinhalt noch nicht fest und ist im Einzelnen ungewiss. Das Protokoll über den Verlauf der (sich ggf. über mehrere Tage erstreckenden) Hauptverhandlung bildet eine Einheit und ist erst mit den Unterschriften unter die gesamte Niederschrift fertiggestellt. Zuvor angefertigte Protokollteile sowie Mitschriften haben lediglich Entwurfscharakter und sind nicht Bestandteil der Akten (vgl. BGHSt 29, 394 = NJW 1981, 411; BGHSt 16, 306 = NJW 1962, 165). Das Gericht hat – ebenso wie alle Verfahrensbeteiligten – keine Kenntnis vom späteren Protokollinhalt. Grundlage für das Urteil ist das tatsächliche Geschehen in der Hauptverhandlung, nicht die spätere Niederschrift. Liegt mithin das Protokoll erst nach der Urteilsverkündung vor, ist ausgeschlossen, dass die Protokollierung einen Einfluss auf das bereits zuvor ergangene Urteil hat (st. Rspr.; instruktiv RGSt 42, 168; s. auch BGH NStZ-RR 2007, 52; BGHSt 7,162 = NJW 1955, 641; BGH NStZ 2011, 170; Radtke NStZ 2013, 669).“ (BGH aaO)*

II. Eine **abweichende Beurteilung** ist auch **nicht** vor dem Hintergrund **geboten**, dass das **Gesetz zur Regelung der Verständigung in Strafverfahren** (Verständigungsgesetz, BGBl. I 2009, 2353) u. a. das Ziel verfolgt, eine wirksame „vollumfängliche“ Kontrolle verständigungsbasierter Urteile durch das RechtsmittelGer. zu ermöglichen (BVerfG NJW 2013, 1058).

1. Das **Verständigungsgesetz hat die revisionsrechtlichen Regelungen der StPO** – von dem Ausschluss eines Rechtsmittelverzichts nach einer Verständigung (§ 302 I 2 StPO) abgesehen – **unverändert gelassen**.

*„Zum einen sind die **allgemeinen Vorschriften**, nach denen dem RevGer. die Prüfung von Verfahrensverstößen nur auf Grund einer entsprechenden Rüge und der Angabe der zu ihrer Beurteilung erforderlichen Tatsachen erlaubt ist (§§ 344 II 2, 352 I StPO), **nicht modifiziert worden** (vgl. im Ergebnis auch BGHSt 58, 315 = NJW 2013, 3045 = NStZ 2013, 610; BGH NStZ 2013, 671; BT-Drs. 16/12310, 9). Zum anderen hat das Verständigungsgesetz davon abgesehen, Verstöße gegen die verfahrensrechtlichen Sicherungen der Verständigung den absoluten Revisionsgründen zuzuordnen (vgl. BVerfG NJW 2013, 1058). Soweit das BVerfG davon ausgegangen ist, dass ein Urteil regelmäßig auf einem Verstoß gegen „Transparenz- und Dokumentationspflichten“ des Verständigungsverfahrens beruhe (vgl. BVerfG NJW 2013, 1058; BVerfG NStZ-RR 2013, 315), war jeweils nicht allein die fehlende oder fehlerhafte spätere Protokollierung Entscheidungsgegenstand, sondern zumindest auch die Nichtbeachtung einer vor dem Urteilsspruch gegenüber Verfahrensbeteiligten bestehenden **Transparenzpflicht** an sich. Die Ausführungen des BVerfG können deshalb nicht dahin verstanden werden, dass – entgegen den Gesetzen der Logik – kraft Verfassungsrechts grds. bereits auf die Rüge der unterlassenen Protokollierung eines nach den Regeln des Verständigungsverfahrens erforderlichen Hinweises oder einer notwendigen Belehrung die Aufhebung des angefochtenen Urteils geboten sei.*

*Die Fragen, inwieweit das BVerfG überhaupt allgemeine Vorgaben für eine im Tatsächlichen zu klärende **Beruhensprüfung** machen kann (vgl. etwa Knauer NStZ 2013, 433; Stuckenberg ZIS 2013, 212) und wie weit die Bindungswirkung der Entscheidung im Einzelnen reicht (s. BVerfGE 24, 289 = NJW 1969, 267; BVerfGE 40, 88 = NJW 1975, 1355; BVerfGE 115, 97 = NJW 2006, 1191; BFH NJW 1999, 3798; Maunz/Schmidt-Bleibtreu/Klein/Bethge, BVerfGG, § 31 Rn 88, Stand: Juli 2013), bedürfen hier daher keiner weiteren Erörterung.“ (BGH aaO)*

2. Soweit der **2. Strafsenat des BGH** (BGHSt 58, 310 = NJW 2013, 3046 = NStZ 2013, 667) die Auffassung vertreten hat, dass das Prozessverhalten des Angekl. durch das Fehlen einer Dokumentation im Protokoll beeinflusst und ein Beruhen des Urteils auf dem Protokollierungsfehler nicht ausgeschlossen werden könne, vermag BGH aaO dem aus den zuvor dargelegten Gründen nicht zu folgen; eines Verfahrens nach § 132 II GVG bedarf es deswegen jedoch nicht.

*„Zum einen betraf das dortige Urteil nicht die hier zu prüfende fehlende Protokollierung der Belehrung nach § 257 c V StPO. Zum anderen handelt es sich bei der Frage, ob das Urteil auf einem bestimmten Verfahrensfehler beruhen kann, nicht um eine Rechtsfrage i. S. des § 132 II GVG, sondern um **eine im Einzelfall zu prüfende Tatsachenfrage** (vgl. BGH NJW 2006, 3582; Herdegen NStZ 1990, 513).“ (BGH aaO)*

(VGH München in NVwZ-RR 2014, 388; Beschluss vom 22.01.2014 – 7 ZB 13.10359)

1. Die auf Zulassung zum Hochschulstudium außerhalb der festgesetzten Zulassungszahlen gerichtete Untätigkeitsklage erledigt sich nicht mit Ablauf des Semesters, zu dem die Zulassung beantragt wurde. Auf den Zeitpunkt der Klageerhebung kommt es dabei nicht an.
2. Die Befugnis zur Anrufung der Gerichte im Einzelfall verwirkt sein kann, wenn die **verspätete Geltendmachung eines Anspruchs gegen Treu und Glauben verstößt**. Danach führt allein der Zeitablauf nicht zur Verwirkung.
3. Eine Verwirkung kann nur angenommen werden, wenn sich der Berechtigte verspätet auf sein Recht beruft (**Zeitmoment**) und unter Verhältnissen untätig geblieben ist, unter denen vernünftigerweise etwas zur Wahrung des Rechts unternommen zu werden pflegt (**Umstandsmoment**). Eine **frühere Anrufung des Gerichts** muss dem Betroffenen **möglich, zumutbar** und von ihm auch **zu erwarten** gewesen sein (vgl. BVerfG, Beschluss
4. Eine Verwirkung des Klagerechts tritt nicht allein mit Ablauf des Bewerbungssemesters und der Vorlesungszeit des nachfolgenden Semesters ein.

**Fall:** Die Kl. beehrte die Zulassung zum Studium der Zahnmedizin im ersten Fachsemester an der Ludwig-Maximilians-Universität München (LMU) außerhalb der festgesetzten Zulassungszahlen nach Maßgabe der rechtlichen und tatsächlichen Verhältnisse des Wintersemesters 2011/2012. Sie macht geltend, die LMU habe ihre Ausbildungskapazität nicht ausgeschöpft. Den mit Schreiben vom 23.09.2011 gestellten Antrag der Kl. auf Zulassung zum Studium der Zahnmedizin im ersten Fachsemester für das Wintersemester 2011/2012 außerhalb der festgesetzten Zulassungszahlen hat die LMU nicht verbeschieden. Das gerichtliche Eilverfahren der Kl. blieb ohne Erfolg. Im August 2012 hat die Kl. nach Ende der Vorlesungszeit des SS 2012 vor dem VG Untätigkeitsklage erhoben. Dieses hat die Untätigkeitsklage der Kl. als unzulässig abgewiesen. Zu Recht?

## I. Die Untätigkeitsklage, § 75 VwGO

Die Untätigkeitsklage ist in § 75 VwGO geregelt. Es handelt sich streng genommen **nicht** um eine **besondere Klageart**, sondern um eine Sondervorschrift, die eine Abweichung von § 68 VwGO zulässt. Danach ist eine Klage auch **ohne Vorliegen eines anfechtbaren Verwaltungsaktes** zulässig, wenn über einen Antrag auf Vornahme eines Verwaltungsakts ohne zureichenden Grund in angemessener Frist sachlich nicht entschieden worden wurde. Allerdings kann die Klage **nicht vor Ablauf von drei Monaten** seit dem Antrag auf Vornahme des Verwaltungsakts erhoben werden, außer wenn wegen besonderer Umstände des Falles eine kürzere Frist geboten ist.

Liegt ein zureichender Grund dafür vor, dass der beantragte Verwaltungsakt noch nicht erlassen ist, so setzt das Gericht das Verfahren bis zum Ablauf einer von ihm bestimmten Frist, die verlängert werden kann, aus. Wird der Verwaltungsakt innerhalb dieser Frist erlassen, so ist die Hauptsache für erledigt zu erklären.

## II. Vorliegen der Voraussetzungen

Die Kl. hat am 23.09.2011 einen entsprechenden Antrag gestellt. Hierbei kann davon ausgegangen werden, dass er – da er die Zulassung zum Wintersemester 2011/2012 beehrte – noch keine 3 Monate abgewartet hat. Allerdings ist hier wegen der besonderen Umstände eine kürzere Frist geboten, da anderenfalls der Antrag auf Zulassung zu dem betreffenden Wintersemester leerlaufen würde. Auch hat die LMU bislang keinen Grund für die Nichtbeurteilung vorgetragen.

## III. Erledigung

Allerdings könnte die Untätigkeitsklage deshalb unzulässig sein, weil der von der Kl. gestellte Antrag sich durch Zeitablauf erledigt hat.

### 1. Anspruchsinhalt

*„Die Kl. verfolgt mit ihrer Klage einen **eigenständigen und einfachgesetzlich nicht geregelten Anspruch auf Zulassung zum Hochschulstudium** ihrer Wahl an der LMU nach Maßgabe der rechtlichen und tatsächlichen Verhältnisse des Wintersemesters 2011/2012 außerhalb der für den gewünschten Studiengang*

(Zahnmedizin) festgesetzten Zulassungszahlen und außerhalb des für die Studienplatzvergabe sonst vorgesehenen und rechtlich normierten Vergabeverfahrens. Die Eigenständigkeit des kl. Anspruchs beruht auf der **Rechtsprechung des BVerfG zu dem in Art. 12 I 1 GG** gewährleisteten Recht auf freie Wahl des Berufes und der Ausbildungsstätte in Verbindung mit dem allgemeinen Gleichheitssatz und dem Sozialstaatsprinzip und dem daraus folgenden Recht auf Zulassung zum Hochschulstudium (**Teilhaberecht**). Danach sind absolute Zulassungsbeschränkungen für Studienanfänger einer bestimmten Fachrichtung nur dann verfassungsgemäß, wenn sie in den Grenzen des unbedingt Erforderlichen unter erschöpfender Nutzung der vorhandenen Ausbildungskapazitäten angeordnet werden. Studienbewerber – wie die Kl. – können deshalb im gerichtlichen Verfahren geltend machen, die Hochschule habe abweichend von den gesetzlichen Vorgaben ihre vorhandenen **Ausbildungskapazitäten** tatsächlich **nicht erschöpfend genutzt** mit der Folge, dass insoweit – über die festgesetzten Zulassungszahlen hinausgehend – weitere (freie) Studienplätze an die um gerichtlichen Rechtsschutz nachsuchenden Studienbewerber zu vergeben sind (vgl. VGH München, NVwZ-RR 2013, 719 Ls. = BeckRS 2013, 50917 m.w.N.).“ (VGH München aaO)

## 2. Rechtsschutzziel

Die Kl. begehrt mit ihrem Antrag vom 23.09.2011 und mit ihrer auf die Nichtverbescheidung dieses Antrags gestützten Untätigkeitsklage die Zulassung zum Hochschulstudium der Zahnmedizin im ersten Fachsemester. Sie nimmt dabei Bezug auf die rechtlichen und tatsächlichen Verhältnisse des Wintersemesters 2011/2012, weil sie sich nach Erlangung der Hochschulreife (erstmalig) für dieses Semester um die Zulassung zum Hochschulstudium beworben hat.

„Obwohl die LMU F – abhängig von den jeweils geltenden rechtlichen und tatsächlichen Verhältnissen – **gesonderte Zulassungszahlen** festsetzt und sich die Studienbewerber dementsprechend für jedes Semester erneut um Zulassung zum Hochschulstudium (innerhalb und außerhalb der festgesetzten Zulassungszahlen) bewerben können, beschränkt sich das Rechtsschutzziel der Kl. nicht auf den zeitlich gebundenen Besuch der im Wintersemester 2011/2012 für Studienanfänger angebotenen Lehrveranstaltungen. Ihr **Rechtsschutzziel** ist vielmehr auf die **Aufnahme des gewünschten Hochschulstudiums zum nächstmöglichen Zeitpunkt** gerichtet. Höchstrichterlich ist deshalb auch anerkannt, dass sich eine Verpflichtungsklage, mit der eine Zulassung zum Studium auf Grund einer für ein Semester eingereichten Bewerbung begehrt wird, nicht mit dem Ende dieses Bewerbungssemesters erledigt (vgl. grundlegend: BVerwGE 42, 296 = NJW 1973, 1812).

Entgegen der Ansicht des VG ist in diesem Zusammenhang **unerheblich**, ob die Kl. ihre Klage auf Zulassung zum Hochschulstudium **während oder erst nach Ablauf des Semesters erhebt**, für das sie bei der LMU ihre Zulassung beantragt hat. Denn eine zum Wegfall des Rechtsschutzbedürfnisses führende **Erledigung des Klagebegehrens** tritt nur dann ein, wenn das **Rechtsschutzziel der Klage bereits erreicht** ist oder **aus tatsächlichen oder rechtlichen Gründen nicht mehr erreicht werden kann** (vgl. Eyermann/Schmidt, VwGO, 13. Aufl. 2010, § 113 Rn. 76 m.w.N.). Solange die Kl. ihr Rechtsschutzziel, das gewünschte Hochschulstudium zum nächstmöglichen Zeitpunkt aufzunehmen, nicht erreicht hat, erledigt sich ihr Begehren deshalb nicht, unabhängig davon, zu welchem Zeitpunkt sie ihre Klage erhebt.“ (VGH München aaO)

Die auf Zulassung zum Hochschulstudium außerhalb der festgesetzten Zulassungszahlen gerichtete Untätigkeitsklage erledigt sich nicht mit Ablauf des Semesters, zu dem die Zulassung beantragt wurde. Auf den Zeitpunkt der Klageerhebung kommt es dabei nicht an. Die Untätigkeitsklage ist daher nicht wegen Erledigung des Antrags unzulässig.

## IV. Verfristung

Fraglich ist, ob für die Untätigkeitsklage eine Klagefrist läuft, die hier versäumt ist.

„Die Erhebung der streitgegenständlichen **Untätigkeitsklage** ist auch **nicht** aus sonstigen (materiell-rechtlichen oder prozessualen) Gründen **fristgebunden**. Rechtliche Vorgaben für die gerichtliche Geltendmachung des streitgegenständlichen Zulassungsanspruchs hat der Gesetzgeber nicht normiert (vgl. VGH München, NVwZ-RR 2013, 719 Ls. = BeckRS 2013, 50917). Die für Untätigkeitsklagen ursprünglich angeordnete **Jahresfrist** (§ 76 VwGO a.F.) ist mit **Wirkung vom 01.01.1977 ersatzlos aufgehoben** worden (vgl. Eyermann/Rennert, VwGO, § 76 Rn. 1 m.w.N.).“ (VGH München aaO)

## V. Verwirkung

Die Klägerin könnte allerdings ihr Klagerecht deshalb verwirkt haben, weil sie ihre Klage erst nach Ablauf des Bewerbungssemesters und der Vorlesungszeit des nachfolgenden Semesters erhoben hat.

### 1. Voraussetzungen für die Verwirkung des gerichtlichen Rechtsschutzes

„Der Senat hat zuletzt in einer Entscheidung vom 02.09.2011 unter Hinweis auf die ständige Rechtsprechung des BVerfG und des BVerwG ausgeführt, dass die Befugnis zur Anrufung der Gerichte im Einzelfall verwirkt sein kann, wenn die **verspätete Geltendmachung eines Anspruchs gegen Treu und Glauben**

*verstößt* (vgl. VGH München, Beschluss vom 02.09.2011 – 7 ZB 11.1033, BeckRS 2011, 54425 m.w.N.). Danach führt allein der Zeitablauf nicht zur Verwirkung. Wenn sich der Berechtigte jedoch verspätet auf sein Recht beruft (**Zeitmoment**) und unter Verhältnissen untätig geblieben ist, unter denen vernünftigerweise etwas zur Wahrung des Rechts unternommen zu werden pflegt (**Umstandsmoment**), kann dies zum Wegfall des Rechtsschutzbedürfnisses und damit zur Verwirkung des Klagerechts führen (vgl. z.B. BVerfG, Beschluss vom 04.03.2008 – 2 BvR 2111/07, 2 BvR 2112/07, NStZ 2009, 166). Eine **frühere Anrufung des Gerichts** muss dem Betroffenen **möglich, zumutbar** und von ihm auch **zu erwarten** gewesen sein (vgl. BVerfG, Beschluss vom 27.12.2012 – 1 BvR 2862/11, 1 BvR 2046/12). Ab wann eine Untätigkeit in diesem Sinn als für eine Verwirkung relevant gewertet werden kann, lässt sich nur bei **einzelfallbezogener Abwägung** der Umstände ermitteln. Zur Bestimmung der Dauer des Zeitmoments ist daher nicht auf eine starre Höchst- oder Regelfrist abzustellen, sondern auf die konkreten Umstände des Einzelfalls (vgl. BVerfG, Beschluss vom 04.03.2008 – 2 BvR 2111/07, 2 BvR 2112/07, NStZ 2009, 166).“ (VGH München aaO)

## 2. Anwendung auf den Fall

Die Kl. könnte unter Anwendung dieser Grundsätze ihr Klagerecht verwirkt haben.

„Mit diesen Grundsätzen steht es nicht in Übereinstimmung, wenn das VG davon ausgeht, die Kl. habe ihr Klagerecht **infolge Zeitablaufs allein deshalb verwirkt**, weil sie die Klage **nicht innerhalb einer bestimmten Frist** (Bewerbungssemester und Vorlesungszeit des Folgesemesters) erhoben hat. Abgesehen davon, dass das VG damit eine – von der Kl. beachtete – **Frist verkürzt**, welche – soweit ersichtlich als bisher einziges Gericht – das OVG Münster in einem Urteil vom 14.09.1979 (XIII A 310/79) für die begehrte Zulassung zum Hochschulstudium außerhalb der festgesetzten Zulassungszahlen zur Vermeidung einer Verwirkung des Klagerechts vorgesehen hat (Klageerhebung **spätestens mit Ablauf des auf das Bewerbungssemester folgenden Semesters**), hat der Senat grundsätzliche Zweifel daran, allein auf Grund der geltend gemachten Interessen der Hochschule „an einem geordneten Lehrbetrieb auch in nachfolgenden Semestern“ und dem „Interesse der Mitbewerber an Rechtssicherheit“ den Studienbewerbern eine **willkürlich anmutende Frist** für die Klageerhebung unabhängig von den sonstigen Umständen des Einzelfalls aufzuerlegen, obwohl es die LMU durch eine **Verbescheidung** des bei ihr gestellten Zulassungsantrags **selbst in der Hand hat, die gesetzliche Klagefrist (§ 74 VwGO) in Gang zu setzen** und sie auch keinen Grund hatte, darauf zu vertrauen, dass die Kl. nach Abschluss des gerichtlichen Eilverfahrens keine Klage mehr erhebt, zumal die Klageerhebung innerhalb von drei Monaten nach Zustellung der Beschwerdeentscheidung und damit durchaus noch „zeitnah“ erfolgte.“ (VGH München aaO)

## VI. Begründetheit der Klage

Ist die Klage nach den vorstehenden Ausführungen daher vom VG zu Unrecht als unzulässig zurückgewiesen worden, so hat das Berufungsgericht zu prüfen, ob die zulässige Klage auch begründet ist.

„Die Kl. hat im Klageverfahren lediglich die Gründe vorgetragen, die bereits **Gegenstand des vorangegangenen Beschwerdeverfahrens** gewesen sind. Dies gilt auch für den Einwand der Kl. zur „Doppelzählung“ von Studenten im ersten Fachsemester. Der Senat hat im Beschwerdeverfahren auf Grund der Stellungnahme der LMU vom 25.05.2012, in der eingeräumt wurde, dass im streitgegenständlichen Wintersemester 2011/2012 im Studiengang Zahnmedizin zwar 66 Studierende im ersten Fachsemester eingeschrieben waren, hierzu jedoch drei Studierende zählen, die bereits in einem früheren Semester immatrikuliert und anschließend beurlaubt worden waren, entschieden, dass „jedenfalls 63 Studienplätze in kapazitätsdeckender Weise besetzt worden“ sind. **Freie Studienplätze standen** damit für eine Vergabe an die Kl. nach Maßgabe der rechtlichen und tatsächlichen Verhältnisse des Wintersemesters 2011/2012 an der LMU im Studiengang Zahnmedizin im ersten Fachsemester **nicht mehr zur Verfügung** (vgl. VGH München, Beschluss vom 14.06.2012 – 7 CE 12.10025, BeckRS 2012, 54592). In der mündlichen Verhandlung vom 16.07.2013, in der ausweislich der Niederschrift ausdrücklich auch die Begründetheit der Klage erörtert worden ist, hat die Kl. **keine weiteren Tatsachen vorgetragen**, mit denen sich die Entscheidungsgründe des Urteils hätten auseinandersetzen müssen.“ (VGH München aaO)

Die Klage ist daher nicht begründet.

## VII. Ergebnis

Die Untätigkeitsklage der Kl. ist entgegen der Auffassung des VG nicht unzulässig. Das Klagebegehren hat sich mit Ablauf des Wintersemesters 2011/2012 nicht erledigt. Die Kl. hat ihr Klagerecht auch nicht verwirkt.

„Die von der Kl. geltend gemachten Zulassungsgründe liegen gleichwohl nicht vor, weil das VG die Klage im Ergebnis zu Recht mit der zutreffenden Begründung abgewiesen hat, dass die LMU nach Maßgabe der rechtlichen und tatsächlichen Verhältnisse des Wintersemesters 2011/2012 im Studiengang Zahnmedizin ihre Ausbildungskapazität ausgeschöpft hat und für Studienanfänger **keine freien Studienplätze mehr zur Verfügung standen**. Dem ist die Kl. nicht durch eine den Anforderungen des § 124 a IV 4 VwGO genügenden Begründung entgegengetreten.“ (VGH München aaO)

VwGO      **Präklusion von Einwendungen im Normenkontrollverfahren**      VwGO  
 § 47 IIa      **mehrfache öffentliche Auslegung**

(BVerwG in NVwZ 2014, 786; Urteil vom 20.02.2014 – 4 CN 1/13)

Im Falle mehrfacher öffentlicher Auslegung eines Bebauungsplanentwurfs muss ein Antragsteller jedenfalls dann innerhalb der Auslegungsdauer einer weiteren öffentlichen Auslegung Einwendungen erheben, wenn die Umplanung deshalb erfolgte, um den Eigentümerinteressen des Antragstellers angemessen Rechnung zu tragen. Unterbleibt eine Stellungnahme, ist der Antragsteller mit einem Normenkontrollantrag gem. § 47 II a VwGO präkludiert.

**Fall:** Die Bet. streiten um die Wirksamkeit des Bebauungsplans O. der Ag. Die Ast. ist Eigentümerin eines 482 qm großen Grundstücks, das straßenseitig mit einem dreigeschossigen Wohngebäude und im Inneren mit einem in geschlossener Bauweise errichteten ein- bis zweigeschossigen Hofgebäude bebaut ist. Ein Baustufenplan weist das Gebiet, in welchem sich dieses Grundstück befindet, als Mischgebiet mit viergeschossiger Bauweise aus. Ferner ist das Grundstück Teil eines Sanierungsgebiets. Im Oktober 2001 beschloss die Ag. die Aufstellung des verfahrensgegenständlichen Bebauungsplans. Nach dem ursprünglichen Planentwurf sollte der vollständige hintere (innere) Bereich des Grundstücks der Ast. als private Grünfläche festgesetzt werden. Die (erste) förmliche Öffentlichkeitsbeteiligung nach § 3 II BauGB fand in der Zeit vom 27.08. bis 28.09.2007 statt. In der hierzu ergangenen öffentlichen Bekanntmachung vom 14.08.2007 wurde u.a. darauf hingewiesen, dass ein Antrag nach § 47 VwGO unzulässig sei, soweit mit ihm nur Einwendungen geltend gemacht würden, die vom Ast. im Rahmen der Auslegung nicht oder verspätet geltend gemacht wurden, aber hätten geltend gemacht werden können. Einwendungen gegen den Bebauungsplanentwurf erhob die Ast. in diesem Zeitraum nicht. Im weiteren Verfahrensverlauf änderte die Ag. einige Festsetzungen im Planentwurf, die sich jedoch nicht auf das Grundstück der Ast. bezogen, und legte den Entwurf erneut aus (vom 01.09. bis 15.09.2008). Sie beschränkte dabei die Möglichkeit von Einwendungen auf die geänderten Teile des Bebauungsplans. Auf die Folgen verspäteter oder fehlender Einwendungen für einen Normenkontrollantrag wies sie in der Bekanntmachung vom 19.08.2008 hin. Mit Schreiben vom 11.09.2008 wandte sich die Ast. gegen den Planentwurf und beanstandete die Ausweisung einer privaten Grünfläche auf ihrem Grundstück.

In der Folgezeit entschloss sich die Ag. zu einer (weiteren) Umplanung. Die private Grünfläche auf dem Grundstück der Ast. wurde verkleinert und verschoben sowie ein Baufenster zum Teilerhalt des Hofgebäudes ausgewiesen. Anschließend führte die Ag. eine (dritte) förmliche Öffentlichkeitsbeteiligung durch (vom 23.03. bis 07.04.2009), beschränkte aber erneut die Möglichkeit von Einwendungen auf die geänderten Teile des Bebauungsplans. Auf die Folgen verspäteter oder fehlender Einwendungen für einen Normenkontrollantrag wies sie – entsprechend dem Hinweis in der Bekanntmachung vom 14.08.2007 – hin. Während dieses Auslegungszeitraums erhob die Ast. keine Einwendungen. Nach Zustimmung der Bezirksversammlung wurde die Verordnung über den Bebauungsplan O. am 27.05.2010 erlassen und am 11.06.2010 verkündet. Gegen den Bebauungsplan hat der Ast. fristgerecht einen Normenkontrollantrag nach § 47 VwGO gestellt. Wird er damit Erfolg haben?

Die Ast. wird mit dem Normenkontrollantrag nach § 47 VwGO Erfolg haben, wenn er zulässig und begründet ist.

#### I. Zulässigkeit des Normenkontrollantrags

##### 1. Eröffnung des Verwaltungsrechtswegs, § 40 I 1 VwGO

Der Verwaltungsrechtsweg ist nach § 40 I 1 VwGO eröffnet in allen öffentlich-rechtlichen Streitigkeiten nichtverfassungsrechtlicher Art. Da hier um eine öffentlich-rechtliche Bau-satzung (Bebauungsplan) gestritten wird, ist dies ohne weiteres der Fall.

##### 2. Zuständigkeit des Gerichts

Für Normenkontrollklagen nach § 47 VwGO ist das OVG zuständig.

##### 3. Statthaftigkeit des Antrags

Die Normenkontrollklage ist nach § 47 I Nr. 1 VwGO statthaft gegen **Satzungen nach BauGB**, gegen sonstige unter dem Landesgesetz stehende Rechtsvorschriften nur, wenn dies durch Landesrecht bestimmt wird. Der hier angegriffene Bebauungsplan ist nach § 10 I BauGB eine Satzung, so dass der Antrag auch statthaft ist.

##### 4. Antragsbefugnis, § 47 II 1 VwGO

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

Die Ast. ist hier in ihrem Eigentumsrecht betroffen, indem ihre Nutzungsbefugnisse beschränkt werden, so dass Antragsbefugnis anzunehmen ist.

## 5. Frist, § 47 II 1 VwGO

Für den Normenkontrollantrag läuft eine **Frist von einem Jahr** nach Bekanntmachung. Die Frist wurde hier eingehalten.

## 6. keine Präklusion, § 47 IIa VwGO

Soweit sich das Verfahren gegen einen Bebauungsplan richtet, ist das Verfahren unzulässig, wenn im Normenkontrollverfahren nur solche Einwendungen geltend gemacht werden, die im Rahmen der öffentlichen Auslegung nach §§ 3 II, 4a III BauGB oder § 13 II Nr. 2 BauGB oder § 13a II Nr. 1 BauGB nicht oder verspätet geltend gemacht wurden, aber hätte geltend machen können, und wenn auf diese Rechtsfolge im Rahmen der Beteiligung hingewiesen worden ist.

Fraglich ist, ob dies hier der Fall ist.

### a) Einwendungen der Ast.

Die Ast. hat sich im Normenkontrollverfahren dagegen gewandt, dass ein Teil ihres Grundstücks durch den Bebauungsplan O. als private Grünfläche ausgewiesen worden ist. Diesen Einwand hat sie im Rahmen der dritten und letzten öffentlichen Auslegung des Planentwurfs vom 23.03. bis 07.04.2009 nicht geltend gemacht, obwohl ihr dies möglich gewesen wäre.

*„§ 47 II a VwGO belastet den Ast. mit der Obliegenheit, „im Rahmen der öffentlichen Auslegung“ nach § 3 II BauGB Einwendungen zu erheben. Eine **öffentliche Auslegung ist auch eine Auslegung**, die nach § 4 a III 1 BauGB **erforderlich** ist, weil der Entwurf des Bebauungsplans nach dem Verfahren nach § 3 II oder § 4 II BauGB **geändert oder ergänzt** wird. § 47 II a VwGO knüpft die Unzulässigkeit des Normenkontrollantrags an die unterbliebene oder verspätete Geltendmachung von Einwendungen im Rahmen der öffentlichen Auslegung, **ohne** danach **zu unterscheiden**, ob es sich um eine **erstmalige oder eine erneute Auslegung handelt**. Wenn der Entwurf eines Bebauungsplans wegen einer Ergänzung oder Änderung nach dem Verfahren nach § 3 II oder § 4 II BauGB gem. § 4 a III 1 BauGB nochmals ausgelegt und wenn – wie hier – bestimmt wird, dass **Stellungnahmen nur zu den geänderten oder ergänzten Teilen** abgegeben werden können, muss der Ast. deshalb grundsätzlich Einwendungen gegen die **sein Grundstück betreffenden Änderungen oder Ergänzungen erheben**, wenn er mit ihnen nicht einverstanden ist und sich die Möglichkeit eines Normenkontrollantrags nach § 47 VwGO offen halten möchte.“* (BVerwG aaO)

Fraglich ist aber, ob dies auch gilt, wenn nicht die zuvor erhobenen Einwendungen der Grund für die Änderung oder Ergänzung des Bebauungsplanes und die hierdurch notwendige erneute Auslegung waren, sondern diese bei der Änderung nicht berücksichtigt wurden und der Ast. daher davon ausgehen durfte, dass seine Einwände auch gegenüber dem neuen Planentwurf fortwirken.

### aa) Ausnahmen von der Pflicht zur Erhebung von Einwendungen auch gegen neuen Planentwurf

Es könnte daher Fallgestaltungen geben, in denen **ausnahmsweise keine Obliegenheit** besteht, dass ein Ast. im Rahmen einer nochmaligen öffentlichen Auslegung Einwendungen erhebt.

*„Da § 47 II a VwGO zum Ziel hat, die jeweiligen Interessen rechtzeitig dem Abwägungsmaterial hinzuzufügen und im Hinblick auf die grundsätzliche Aufgabenverteilung zwischen Plangeber und den Verwaltungsgerichten zu verhindern, dass **sachliche Einwendungen ohne Not erst im gerichtlichen Verfahren** geltend gemacht werden (BT-Drs. 16/2496, 18; BVerwGE 128, 382 = NVwZ 2007, 1081 Rn. 22; BVerwG, Buchholz 310 § 47 VwGO Nr. 178 = NVwZ 2010, 782 = BauR 2010, 1051 Rn. 14; BVerwGE 138, 84 = NVwZ 2011, 309 Rn. 16, und BVerwGE 138, 181 = NVwZ 2011, 441 Rn. 10), mag dies etwa in solchen Fällen nicht von vornherein ausgeschlossen erscheinen, in denen ein Ast. im Rahmen einer vorhergehenden öffentlichen Auslegung zulässigerweise **Einwendungen gegen die Planung erhoben hat** und aus Sicht der Gemeinde **kein vernünftiger Zweifel bestehen kann, dass sein Abwehrwille auch gegen die geänderte Planung fortbesteht**.*

*So hat der Senat bereits entschieden, dass ein anhängiger Normenkontrollantrag nicht nachträglich gem. § 47 II a VwGO unzulässig wird, wenn eine Gemeinde **während eines anhängigen Normenkontrollverfahrens** ein ergänzendes Verfahren durchführt und der Ast. **im Rahmen der erneuten öffentlichen Auslegung keine Einwendungen vorbringt**. Reagiere der Ast. auf das ergänzende Verfahren nicht mit einer Erledigungserklärung, sei nämlich davon auszugehen, dass sich sein Abwehrwille auch gegen den Bebauungsplan in der Gestalt richte, die er durch das ergänzende Verfahren finden solle (vgl. BVerwG, NVwZ 2010, 782 Rn. 18).*

*Eine frühere Einwendung macht eine Einwendung im Rahmen einer erneuten Auslegung jedenfalls dann nicht entbehrlich, wenn Festsetzungen für das Grundstück des Ast. geplant sind, die von der ursprünglichen Planung abweichen und den Ast. weniger belasten als anfänglich vorgesehen, aber gleichwohl nicht seine Billigung finden. Würde der Ast. aus der Obliegenheit entlassen, eine weitere Stellungnahme abzugeben, wäre die Gemeinde dem Risiko ausgesetzt, dass sie in der Annahme, er sei mit der geänderten Planung einverstanden, seine konkreten Belange verkennt und nicht mehr vor dem Satzungsbeschluss in die Entscheidung einstellen kann (vgl. OVG Münster, BauR 2012, 915 = ZfBR 2012, 463 = BeckRS 2012, 45506).“ (BVerwG aaO)*

### bb) Folgen für betroffene Grundstückseigentümer

Ein solcher Ausnahmefall liegt hier aber nicht vor, da der geänderte Planentwurf einen geringeren Teil an privater Grünfläche für das Grundstück des Ast. festlegt und ihn daher weniger belastet. Die Gemeinde konnte daher nicht ohne weiteres davon ausgehen, dass der Ast. auch mit dieser reduzierten Belastung nicht einverstanden ist.

*„Für den Ast. bedeutet dies, dass er den Ablauf des Bebauungsplanverfahrens bis zum Erlass des Plans verfolgen und seinen **Abwehrwillen auch gegen den geänderten Plan zum Ausdruck bringen** muss. Unzumutbares wird ihm damit nicht abverlangt. Auf Grund der in § 3 II 2 Hs. 2 BauGB normierten Hinweispflichten, die nach § 4 a III 1 BauGB auch im Fall einer erneuten Auslegung des Planentwurfs gelten, ist sichergestellt, dass er sowohl über seine **Obliegenheit** zur Erhebung von Einwendungen im Rahmen der Öffentlichkeitsbeteiligung als auch über die Folgen der Nichtbeachtung **informiert** wird. Mit einer **unverhältnismäßig hohen**, mit dem Gebot effektiven Rechtsschutzes (Art. 19 IV GG) und der Eigentumsgarantie (Art. 14 I GG) nicht vereinbaren **Hürde** für die Erlangung gerichtlichen Rechtsschutzes wird er **nicht konfrontiert** (vgl. BVerwG, NVwZ 2010, 782 Rn. 12), zumal die Möglichkeit, den Bebauungsplan in einem (späteren) verwaltungsgerichtlichen Verfahren gegebenenfalls inzident überprüfen zu lassen, durch § 47 II a VwGO nicht berührt wird (Ziekow in Sodan/Ziekow, VwGO, 3. Aufl. 2010, § 47 Rn. 257 c).“ (BVerwG aaO)*

Ein Fall, in dem ein Ast. zur Vermeidung des Eintritts der Präklusion nach § 47 II a VwGO im Rahmen einer nochmaligen Auslegung Einwendungen geltend machen muss, liegt hier vor.

*„Die Ast. war nach ihrer Stellungnahme im Rahmen der zweiten Öffentlichkeitsbeteiligung mit der **Ausweisung der gesamten hinteren Grundstücksfläche als Grünfläche nicht einverstanden**, weil sie das aufstehende Hofgebäude erhalten wollte, das nach dem Sanierungskonzept der Ag. komplett beseitigt werden sollte. Mit der Änderung des Planentwurfs, wie er der dritten Auslegung zu Grunde lag – **Reduzierung der Grünfläche** und Festsetzung eines Baufensters zum Teilerhalt des Hofgebäudes –, ist die Ag. der Ast. **entgegengekommen**. Da sich die Stellungnahme der Ast. auf eine andere Planung bezogen hatte, hätte sie im Rahmen der dritten Auslegung dazu vortragen müssen, ob und gegebenenfalls in welchem Umfang sie ihre bisherigen Einwendungen aufrechterhalten will. Das hat sie nicht getan.*

*Die Ag. hat auf die **Folgen unterbliebener oder verspäteter Einwendungen** in der Bekanntmachung der dritten Auslegung des Planentwurfs **hingewiesen**. Der Umstand, dass der **Hinweis vom Text des § 47 II a VwGO abwich** und sich stattdessen am Wortlaut des § 3 II 2 BauGB in der durch das Gesetz zur Erleichterung von Planungsvorhaben für die Innenentwicklung der Städte vom 21.12.2006 (BGBl. I 2006, 3316) geänderten Fassung orientierte, steht dem Eintritt der Präklusionswirkung **nicht entgegen**; denn die von der Ag. verwendete Belehrung war nicht geeignet, einen von den Festsetzungen eines künftigen Bebauungsplans Betroffenen irreführen und von der rechtzeitigen Geltendmachung von Einwendungen abzuhalten (vgl. BVerwG, NVwZ 2010, 782 Rn. 16).“ (BVerwG aaO)*

### b) weitere Voraussetzungen der Präklusion

Der Eintritt der Rechtsfolge des § 47 II a VwGO hängt zusätzlich davon ab, dass die Auslegung des Planentwurfs (§ 3 II 1 BauGB) und die ortsübliche Bekanntmachung ihres Orts und ihrer Dauer (§ 3 II 2 Hs. 1 BauGB) ordnungsgemäß erfolgt sind (vgl. BVerwG, NVwZ 2011, 441 Rn. 14).

*„Diese Voraussetzungen sind nach den tatsächlichen, den Senat nach § 137 II VwGO bindenden Feststellungen des OVG erfüllt.“ (BVerwG aaO)*

## II. Ergebnis

Die Ast. ist mit ihren Einwendungen nach § 47 II 1 VwGO präkludiert. Der Normenkontrollantrag ist daher unzulässig.

## Kurzauslese II

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

ZPO  
§ 222 II

### Widerruf eines Prozessvergleichs Geltung des § 222 ZPO

ZPO

(OLG Karlsruhe in FamRZ 2014, 958; Beschluss vom 20.12.2013 – 20 UF 171/13)

Auch für den Widerruf eines Prozessvergleichs gilt die Frist aus § 222 II ZPO.

„Die Vorschrift zur Fristberechnung gilt für alle Prozesshandlungen (vgl. Zöller/Stöber, ZPO, 30. Aufl., § 222 Rn 1; vgl. auch BGH NJW 1978, 2091; Palandt/Ellenberger, BGB, 73. Aufl., § 193 BGB Rn 2; Zöller/Stöber, § 794 ZPO Rn 10 c). Auch nach der Rspr. des BVerfG bezieht sich § 222 II ZPO sowohl auf sog. berechnete Fristen als auch auf sog. datierte Fristen (FamRZ 2013, 1876).“ (OLG Karlsruhe aaO)

ZPO  
§ 238 I

### Rechtsmittelverwerfung Nicht vor Entscheidung über Wiedereinsetzungsantrag

ZPO

(BGH in NJW-RR 2014, 758; Beschluss vom 15.04.2014 – VI ZR 462/13)

Vor der Entscheidung über einen Wiedereinsetzungsantrag bzgl. der Versäumung der Rechtsmittelfrist darf ein Rechtsmittel wegen dieser Fristversäumung nicht verworfen werden.

„Gem. § 238 I ZPO ist das Wiedereinsetzungsverfahren entweder vorab durchzuführen oder mit dem Verfahren über die nachgeholt Prozesshandlung zu verbinden. Über den Wiedereinsetzungsantrag ist aber spätestens zusammen mit der Entscheidung über die nachgeholt Prozesshandlung zu befinden. Unzulässig ist es, ein Rechtsmittel wegen Versäumung der Rechtsmittelfrist zu verwerfen, wenn über den Wiedereinsetzungsantrag bzgl. dieser Fristversäumung noch nicht entschieden ist und nicht gleichzeitig entschieden wird (vgl. BGH BeckRS 1985, 30402871; BGH BeckRS 2008, 08611; MüKo-ZPO/Gehrlein, 4. Aufl., § 238 Rn 7; Prütting/Gehrlein/Milger, ZPO, 5. Aufl., § 238 Rn 7; Zöller/Greger, ZPO, 30. Aufl., § 238 Rn 1; Musielak/Grandel, ZPO, 10. Aufl., § 238 Rn 1 f.; Thomas/Putzo/Hüßtege, ZPO, 34. Aufl., § 238 Rn 3).“ (BGH aaO)

ZPO  
§§ 284, 286, 538

### Mitgehörtes Telefongespräch Verwertbarkeit

ZPO

(OLG Koblenz in MDR 2014, 743; Urteil vom 08.11.2014 – 5 U 849/13)

Wem am Telefon erklärt wird, das Gespräch sei oder werde nunmehr laut gestellt, erfährt dadurch, dass eine dritte Person mithört. Diese darf daher als Zeuge über den Gesprächsinhalt vernommen werden, denn wer das Telefonat in Kenntnis der Wahrnehmbarkeit für einen Dritten weiterführt, stimmt damit dessen Einbeziehung zu.

„Anders als das Landgericht gemeint hat, unterlagen die Bekundungen des Zeugen S. keinem Beweisverwendungsverbot. Die Bekundungen verhalten sich über das zwischen den Parteien geführte Telefongespräch. Allerdings hatte dieses Gespräch trotz seines geschäftlichen Bezugs einen vertraulichen Charakter. Insofern ist dem Landgericht darin zu folgen, dass es Dritten grds. nicht gestattet war, mitzuhören und den Gesprächsinhalt anschließend weiterzugeben (Stein/Jonas, ZPO, 22. Aufl., § 284 Rn 105). Wurde er gleichwohl zum Gegenstand einer Zeugenaussage gemacht, muss er in der Konsequenz zum Schutz der betroffenen Persönlichkeitsrechte (Art. 1 I, Art. 2 I GG) prozessual außer Betracht bleiben (BGH NJW 2003, 1727; BGH NJW-RR 2010, 1289). Anders verhielt es sich jedoch, wenn das Telefongespräch nicht heimlich, sondern unter Zustimmung der Beteiligten mitgehört wurde (BVerfG NJW 2003, 2375). Eben davon ist im vorliegenden Fall auszugehen. Das hat das Landgericht verkannt.“

In dem angefochtenen Urteil heißt es insoweit, die Teilnahme des Zeugen S. an dem Telefongespräch sei dem Bekl. nicht offen gelegt worden. Daran ist richtig, dass der Kl. nicht ausdrücklich erklärte, S. befinde sich bei ihm und verfolge die Unterredung mit. Aber S. hat bekundet, dass der Kl. dem Bekl. eingangs des Gesprächs sagte, er stelle das Telefon auf laut. Das implizierte ohne weiteres den Hinweis auf die Anwesenheit einer dritten Person, die dadurch Gelegenheit erhielt mitzuhören (Baumbauch/Lauterbach/Albers/Hartmann, ZPO, 71. Aufl., Übersicht § 371 Rn 14). Die Erwägung des Bekl., der Kl. habe auf diese Weise lediglich kommuniziert, es komme nunmehr zu einer „negativen Veränderung der Gesprächsqualität durch deutlich stärker hörbare Umgebungsgeräusche“, geht an dem unverkennbaren Aussagegehalt vorbei. Indem der Bekl. die Mitteilung des Kl. kommentarlos zur Kenntnis nahm, erteilte er insoweit seine Zustimmung (BVerfG NJW 2003, 2375; Stein/Jonas, ZPO, 22. Aufl., § 284 Rn 103).“ (OLG Koblenz aaO)

StPO  
§ 37 III

### Zustellung eines Strafbefehls Analoge Anwendung des § 37 III StPO

StPO

(LG Stuttgart in NSTZ-RR 2014, 216; Beschluss vom 12.05.2014 – 7 Qs 18/14)

§ 37 III StPO ist im Strafbefehlsverfahren analog anzuwenden, sodass dem Angekl. der Strafbefehl zusammen mit der Übersetzung zuzustellen ist, wenn ihm nach § 187 I und II GVG eine Übersetzung des Strafbefehls zur Verfügung zu stellen ist. In diesem Falle beginnt nach § 37 III StPO die Einspruchsfrist nicht vor Zustellung der schriftlichen Übersetzung zu laufen; eine Zustellung ohne schriftliche Übersetzung ist unwirksam.

- I. Gem. **§ 37 III StPO** ist einem Prozessbeteiligten das Urteil zusammen mit der Übersetzung zuzustellen, wenn ihm nach § 187 I und II GVG eine Übersetzung des Urteils zur Verfügung zu stellen ist.

In diesem Falle **beginnt** nach § 37 III StPO die **Rechtsmittelfrist nicht vor Zustellung der schriftlichen Übersetzung** zu laufen; eine **Zustellung ohne schriftliche Übersetzung ist unwirksam** (BT-Dr. 17/12578, S. 14; Ziegler, KMR-StPO, 69. Erg.Lief., § 37 Rn 59; zum Letzteren zudem Weißlau, § 37 Rn 46; Löwe-Rosenberg, StPO, 26. Aufl., § 37 Rn 14).

Nach **§ 187 II 1 GVG** ist zur Ausübung der strafprozessualen Rechte des Besch., der der deutschen Sprache nicht mächtig ist, i. d. R. die schriftliche Übersetzung von freiheitsentziehenden Anordnungen sowie von Anklageschriften, Strafbefehlen und nicht rechtskräftigen Urteilen erforderlich.

- II. **§ 37 III StPO** ist (mit den genannten Konsequenzen) **entsprechend auf den Strafbefehl anzuwenden** (Graalmann-Scheerer, § 37 Rn 4 hält dies für „zumindest fraglich“).

Stellt § 187 II 1 GVG noch explizit auf Strafbefehle ab, bezieht sich der **Wortlaut** des (zwar auf § 187 I und II GVG verweisenden) § 37 III StPO einzig auf die Übersetzung des Urteils. Infolge dessen könnte § 37 III StPO auf Urteile beschränkt sein (krit. dazu Weißlau, § 37 Rn 46, § 35 Rn 23) und auch der **Normzusammenhang** mit § 187 II 1 GVG gegen die Anwendbarkeit von § 37 III StPO im Strafbefehlsverfahren streiten (dazu Graalmann-Scheerer, § 37 Rn 4). LG Stuttgart aaO ist jedoch gegenteiliger Ansicht:

*„Es ist zunächst davon auszugehen, dass **mangelhafte Kenntnisse der deutschen Sprache nicht zu einer Verkürzung der verfassungrechtlichen Rechtsschutzgarantien führen dürfen** (BVerfG NJW 1976, 1021; BVerfG NJW 1975, 1597). Dies gebietet bereits der **Grundsatz des rechtlichen Gehörs** gem. Art. 103 I GG und das **Verbot der Benachteiligung** von Personen auf Grund ihrer Sprache gem. Art. 3 III GG.*

*§ 37 III StPO dient der Umsetzung des Art. 3 RL 2010/64/EU (BT-Dr. 17/12578, S. 14). Und er soll die Neuregelung zur Urteilsübersetzung in § 187 I und II GVG in die Systematik von Urteilszustellung und Rechtsmittellauf einpassen (BT-Dr. 17/12578, S. 14).*

***Sinn und Zweck der Neuregelung des § 37 III StPO** ist, im Falle eines nicht (hinreichend) der deutschen Sprache mächtigen Angekl. zur Sicherung eines fairen Verfahrens die Rechtsmittelfrist erst mit Zustellung der schriftlichen Übersetzung in Gang zu setzen, weshalb eine Zustellung ohne Übersetzung unwirksam ist (BT-Dr. 17/12578, S. 14). Auch ein Strafbefehl ist anerkanntermaßen bei einem der deutschen Sprache nicht mächtigen Angekl. mit einer (schriftlichen) Übersetzung des Strafbefehls und der Rechtsbehelfsbelehrung zuzustellen (vgl. Temming, BeckOK/StPO, § 409 Rn 14; ferner LG Aachen NStZ 1984, 283; Weißlau, § 409 Rn 23; Maur, KK-StPO, 7. Aufl., vor § 409 Rn 20; Gressmann NStZ 1991, 216). Die Neuregelung des § 187 II 1 GVG, auf den § 37 III StPO verweist, soll das Recht auf ein faires Verfahren wahren (vgl. BT-Dr. 17/12578, S. 11) und gewährleisten, dass der Angekl. die wesentlichen Verfahrensvorgänge nachvollziehen und sich im Verfahren verständlich machen kann. Auch nach ihr ist zur Ausübung der strafprozessualen Rechte des Besch., der der deutschen Sprache nicht mächtig ist, in der Regel die schriftliche Übersetzung von u. a. Strafbefehlen und nicht rechtskräftigen Urteilen erforderlich.*

*Sowohl gegen einen Strafbefehl als auch gegen ein nicht rechtskräftiges Urteil existieren für den Angekl. „**Verteidigungsrechte**“ (die Möglichkeit, ein Rechtsmittel oder einen Rechtsbehelf einzulegen [zum Rechtsbehelf des Einspruchs gegen einen Strafbefehl und die grundsätzliche entsprechende Anwendung der allgemeinen Vorschriften über Rechtsmittel § 410 I 2 StPO vgl. Maur, § 410 Rn 1]). Speziell unter Beachtung der Eigenschaft des Strafbefehlsverfahrens als summarisches Verfahren (BVerfG NJW 1954, 69; BVerfG NStZ 1984, 325; Maur, vor § 407 ff. Rn 1) ist die Bedeutung gerade des § 411 StPO als „Garantie für die Einhaltung rechtsstaatlicher Grundsätze auch im Strafbefehlsverfahren“ zu bedenken, „verbürgt“ diese Vorschrift doch das rechtsstaatliche Gehör des Angekl. durch Zulassung des Einspruchs mit anschließender Hauptverhandlung (BVerfG NJW 1954, 69; zum Letzteren auch Maur, vor § 407 ff. Rn 3). Ein Strafbefehl, gegen den nicht (rechtzeitig) Einspruch erhoben worden ist, steht einem rechtskräftigen Urteil gleich (§ 410 III StPO). ... Existiert sowohl gegen einen Strafbefehl als auch gegen ein Urteil für den Angekl. die Möglichkeit, Rechtsmittel einzulegen, und steht ein unanfechteter Strafbefehl einem unanfechteten Urteil gleich, ist auch unter dem Blickwinkel des § 37 III StPO eine Gleichstellung geboten. ...*

*Vorliegend ist der Angekl. der deutschen Sprache nicht mächtig. Zur Ausübung seiner strafprozessualen Rechte ist daher eine schriftliche Übersetzung des Strafbefehls erforderlich (§ 187 II 1 GVG). Der Angekl. hat auf dieses Recht auch nicht verzichtet (§ 187 III GVG). Vielmehr hat er nach Belehrung durch die Bundespolizei ausdrücklich eine Übersetzung verlangt. In Ermangelung einer Übersetzung (§ 187 II 1 GVG) liegt analog § 37 III StPO keine wirksame Zustellung vor. Die Einspruchsfrist ist nicht in Gang gesetzt.“ (LG Stuttgart aaO)*

StPO  
§ 119 I

**Beschwerde**  
Umdeutung in Aufhebungsantrag

StPO

(OLG Frankfurt a.M. in NStZ-RR 2014, 217; Beschluss vom 17.02.2014 – 3 Ws 122/14)

Mit Erhebung der öffentlichen Klage geht die **Zuständigkeit für die Haftkontrolle vom Ermittlungsrichter auf das mit der Sache befasste Gericht** und über angeordnete Beschränkungen auf dessen Vorsitzenden über. Eine **unerledigte bzw. nach diesem Zeitpunkt eingelegte Beschwerde** gegen nach § 119 I StPO angeordnete Beschränkungen (hier: Besuchsüberwachung) ist deshalb **in einen Antrag auf Aufhebung der Maßnahme umzudeuten**.

- I. Es ist **anerkannt**, dass **unerledigte Beschwerden gegen den Haftbefehl in einen Antrag auf Haftprüfung** gem. § 117 I StPO (vgl. OLG Frankfurt a.M. NJW 1985, 1233; Schultheis, KK-StPO, 7. Aufl., § 126 Rn 8 a; Meyer-Goßner, StPO, 56. Aufl., § 119 Rn 36) **umzudeuten** sind.

**Ähnliches gilt für unerledigte Beschwerden gegen eine vorläufige Entziehung der Fahrerlaubnis** gem. § 111 a StPO (OLG Stuttgart NStZ-RR 2003, 142), **gegen die Anordnung des dinglichen Arrestes** gem. §§ 111 d, 111 e StPO (OLG Frankfurt a.M. StV 2008, 624; OLG Jena wistra 2010, 80) und die **Beschlagnahme** gem. §§ 98 II 3, 162 StPO (OLG Karlsruhe Justiz 1998, 130). Diese sind in Anträge auf Aufhebung der belastenden Maßnahme umzudeuten (vgl. nur Meyer-Goßner, § 162 Rn 19).

Erstmals nach Anklageerhebung erhobene Beschwerden sind erst recht in Haftprüfungs- bzw. Aufhebungsanträge umzudeuten (vgl. OLG Stuttgart BeckRS 2003, 30330935).

„Die StPO enthält zwar keine allgemeine Verfahrensvorschrift für den Fall, dass nach Übergang der Zuständigkeit durch Anklageerhebung bei Fortdauer der Anordnungen des Ermittlungsrichters zunächst eine Entscheidung des nunmehr befassten Gerichts ergehen muss, bevor die Beschwerde eröffnet ist. Aus den genannten Regelungen ist aber dahingehender allgemeiner Rechtsgedanke zu entnehmen (OLG Stuttgart BeckRS 2003, 30330935). Dieser gilt auch für Beschränkungen nach § 119 I StPO, welche der Haftrichter angeordnet hat.

Selbst wenn man mit einer früher vertretenen Auffassung annähme, die Anordnung des Ermittlungsrichters gelte nach Anklageerhebung als solche des nunmehr zuständigen Gerichtes fort (vgl. OLG Karlsruhe NSTz 1984, 183), ist es sachlich nicht gerechtfertigt, dem nunmehr zuständigen Gericht lediglich eine bloß verfahrensintern bleibende Nichtabhilfeentscheidung zu überlassen (vgl. KG NSTz 2000, 444). Überdies müsste sich bei konsequentem Zuendenken des Zurechnungsgedankens der Kammervorsitzende einer Nichtabhilfeentscheidung gänzlich enthalten, wenn diese vor dem Zuständigkeitswechsel vom Ermittlungsrichter bereits getroffen wurde, so dass die Gegenauffassung dazu führen kann, dass dem nach Anklageerhebung zuständigen Gericht bzw. seinem Vorsitzenden jede eigene Entscheidungszuständigkeit genommen würde (vgl. OLG Stuttgart BeckRS 2003, 30330935), obwohl er gehalten ist, bei Entfallen der Voraussetzungen von verfahrenssichernden belastenden Maßnahmen, namentlich der Beschränkungen nach § 119 I StPO, diese von Amts wegen aufzuheben (vgl. BGH StV 2012, 419).“ (OLG Frankfurt a.M. aaO)

II. Auch aus § 119 V 1 StPO lässt sich nicht Gegenteiliges herleiten.

„Der dort genannte, gegenüber der Beschwerde subsidiäre Antrag auf gerichtliche Entscheidung betrifft ausschließlich Fälle, in denen gegen gerichtliche Beschränkungen, die dem Untersuchungsgefangenen in Hinblick auf den Zweck der Untersuchungshaft nach § 119 I StPO auferlegt wurden, eine Beschwerde ausnahmsweise nicht eröffnet ist, namentlich gegen vom Ermittlungsrichter des BGH oder des OLG angeordnete (§ 304 V StPO, vgl. etwa BGH StV 2012, 419), und solche Fälle, in denen eine gerichtliche Entscheidung überhaupt noch nicht vorliegt, also bei Eilentscheidungen der StA oder der JVA bzw. bei von der StA nach § 119 II 2 StPO angeordneten Maßnahmen (Meyer-Goßner, § 119 Rn 37; Schultheis, § 119 Rn 76). Der genannte Antrag soll also einerseits dem Angekl. als Ersatz für eine Beschwerde ein Initiativrecht für eine Aufhebung durch das anordnende Gericht gewähren (vgl. BGH StV 2012, 419 und BT-Dr. 16/116444, S. 30) und ihm andererseits ermöglichen, eine die Beschwerde erst eröffnende Entscheidung des Gerichts herbeizuführen. Daraus lässt sich indes nicht herleiten, dass eine Beschwerde auch eröffnet sein könne, wenn gar keine beschwerdefähige Entscheidung, sondern nur eine „Nichtabhilfeentscheidung“ des Gerichts vorliegt.“ (OLG Frankfurt a.M. aaO)

StPO  
§ 257c

**Verfahrensverständigung**  
Hinweis auf Bewährungsauflagen

StPO

(BGH in NJW 2014, 1831; Beschluss vom 29.01.2014 – 4 StR 254/13)

Vor einer Verständigung gem. § 257 c StPO, deren Gegenstand die Verhängung einer zur Bewährung auszusetzenden Freiheitsstrafe ist, ist der Angekl. auf konkret in Betracht kommende Bewährungsauflagen hinzuweisen.

„Die Verständigung im Strafverfahren ist nur dann mit dem Grundsatz des fairen Verfahrens zu vereinbaren, wenn durch eine vorherige Belehrung sichergestellt ist, dass der Angekl. vollumfänglich über die Tragweite seiner Mitwirkung informiert ist. Nur in diesem Fall ist gewährleistet, dass er autonom darüber entscheiden kann, ob er von seiner Freiheit, die Aussage zu verweigern, Gebrauch macht oder sich auf eine Verständigung einlässt (BVerfG NJW 2013, 1058; vgl. auch BT-Drs. 16/12310, 14, 15). Diese Grundsätze erfordern es, dass das Gericht vor einer Verständigung offenlegt, dass es die Verhängung einer zur Bewährung ausgesetzten Freiheitsstrafe allein nicht für ausreichend hält, sondern zur Verwirklichung der Genugtuungsfunktion des Strafverfahrens Bewährungsauflagen in Betracht zieht. Denn nur wenn der Angekl. über den gesamten Umfang der Rechtsfolgen der Bewährungsauflagen in Betracht zieht, kann er autonom eine Entscheidung über seine Mitwirkung treffen (OLG Saarbrücken NJW 2014, 238).

**Bewährungsauflagen sind Bestandteil dieser Rechtsfolgen der Bewährung.** Sie dienen gem. § 56 b I 1 StGB der Genugtuung für das begangene Unrecht und stellen damit eine strafähnliche Sanktion dar (Schönke/Schröder, § 56 b Rn 1, 2; Arloth NSTz 1990, 148). Erst die Kenntnis des Umstands, dass ihm neben der zur Bewährung ausgesetzten Freiheitsstrafe weitere Maßnahmen mit Vergeltungscharakter drohen, die wie im Fall von Zahlungs- oder Arbeitsauflagen, die in Zahlungsaufgaben umgewandelt werden können eine erhebliche Belastung darstellen können, versetzt den Angekl. in die Lage, von seiner Entscheidungsfreiheit, ob er auf das Angebot des Gerichts eingehen möchte, auf einer hinreichenden tatsächlichen Grundlage Gebrauch zu machen.“ (BGH aaO)

StPO  
§§ 306 I, 210

**Schriftformerfordernis**  
Elektronische Übermittlung einer Rechtsmittelschrift

StPO

(OLG Dresden in NSTz-RR 2014, 220; Beschluss vom 13.02.2014 – 2 Ws 658/13)

Eine (sowohl per Telefax und als auch per Briefpost übermittelte) sofortige Beschwerde der Staatsanwaltschaft gegen die Nichteröffnung des Hauptverfahrens entspricht nicht der von § 306 I StPO geforderten Schriftform, wenn die Beschwerdeschrift nicht durch einen Staatsanwalt handschriftlich unterzeichnet ist und stattdessen lediglich den Zusatz enthält, dass das Schreiben elektronisch erstellt sei und deshalb keine Unterschrift enthalte.

- I. Das Merkmal der Schriftlichkeit schließt zwar nach dem Sprachgebrauch nicht ohne Weiteres notwendig die handschriftliche Unterzeichnung ein (so bereits RGSt 67, 385). Es soll aber gewährleisten, dass aus dem Schriftstück der Inhalt der Erklärung, die abgegeben werden soll, sowie die Person, von der sie ausgeht, hinreichend zuverlässig entnommen werden können. Darüber hinaus muss feststehen, 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 (vgl. RGSt 62, 53; RGSt 63, 246; RGSt 67, 385; BGHSt 2, 77; BGHSt 12, 317; GmS-OGB NJW 1980, 172; BGH NJW 1984, 1974; Löwe-Rosenberg, StPO 26. Aufl. § 314 Rn 15 ff. m. w. N.).

Ein Schriftsatz, an dessen Einreichung vom Gesetz besondere verfahrensrechtliche Folgen geknüpft sind und der deshalb einen „bestimmenden Schriftsatz“ (GmS-OGB NJW 1980, 172 darstellt, kann seine fristwahrende Funktion nur erfüllen, wenn er diesen Formerfordernissen entspricht.

„Im **Interesse der Rechtsklarheit** gerade bei prozessweiterführenden Handlungen ist deshalb zu fordern, dass sich dies aus dem eingereichten Schriftsatz selbst eindeutig ergibt.

Vor diesem Hintergrund ist das Schriftlichkeitserfordernis bei „bestimmenden Schriftsätzen“ von Behörden, die selbst vor Gericht auftreten können, dann als gewahrt anzusehen ist, wenn der **Schriftsatz mit einem Beglaubigungsvermerk versehen** und der Name des die Verantwortung tragenden in Maschinenschrift wiedergegeben ist. Denn durch den Beglaubigungsvermerk ist ausreichend sichergestellt, dass das Schriftstück dem Sinn des Verantwortlichen entspricht und dass es mit dessen Willen in Verkehr gelangt ist (GmS-OGB 1980, 172).“ (OLG Dresden aaO)

- II. Diesen Anforderungen genügt die sowohl per Telefax als auch mit normaler Post übermittelte Beschwerdeschrift der Staatsanwaltschaft nicht.

„Zwar kann die sachbearbeitende Staatsanwältin aus dem Bearbeiterhinweis und der maschinenschriftlichen Unterschrift nachvollzogen werden. Mangels handschriftlicher Unterzeichnung oder zumindest einem Beglaubigungsvermerk kann der Beschwerdeschrift jedoch nicht entnommen werden, ob sie **mit Willen der Verfasserin in den Rechtsverkehr gelangt** ist. Es war deshalb bei Eingang der Beschwerde beim Landgericht lediglich einen Tag nach Zustellung des Beschlusses nicht ausgeschlossen, dass es sich bei der Beschwerdeschrift nur um einen Entwurf handelte, der versehentlich in den Rechtsverkehr gelangt war.

Obwohl grds. zu unterstellen ist, dass alle Verfahrensbeteiligten die Grundregeln rechtspflegerischen Handelns (vgl. Peters in JR 1971, 253) beachten sowie auch Versehen bei der Unterschriftsleistung nicht auszuschließen sind, spricht auch die Erfahrung dafür, dass wesentliche, verfahrensbestimmende Schriftsätze zunächst im Entwurf und erst nach Überarbeitung und ggf. Korrektur in Reinfassung gefertigt werden. Es ist deshalb nicht gewährleistet, dass es sich bei der einem Gericht ohne Unterschrift zugeleiteten Fassung eines Schriftsatzes nicht um einen später nicht mehr maßgeblichen Entwurf handelt.

Diese Bewertung ändert sich auch nicht mit Blick auf die umfangreiche Begründung der Beschwerde. Gerade in Fällen, in denen sich die Staatsanwaltschaft zu einer umfangreichen Begründung ihres Rechtsmittels veranlasst sieht und denen regelmäßig Verfahren von herausragender Bedeutung zugrunde liegen, kann es aus staatsanwaltschaftlicher Sicht geboten sein, die Rechtsmittelbegründung vor Hinausgabe durch Vorgesetzte oder vorgesetzte Behörden billigen zu lassen. Etwaigen Zweifel, ob die Begründung mit Willen des Verantwortlichen in den Verkehr gelangt ist, wird dadurch begegnet, dass der Staatsanwalt gem. **Nr. 149 der Richtlinien für das Strafverfahren und das Bußgeldverfahren** die Rechtsmittel- und Begründungsschrift handschriftlich zu unterzeichnen hat.“ (OLG Dresden aaO)

- III. Der Mangel wird auch nicht dadurch geheilt, dass die **Originalverfügung**, die sich zunächst in der Handakte befand, **nach Ablauf der Rechtsmittelfrist zu den Akten gelangt** ist und dadurch die vermutete fehlende Ernstlichkeit widerlegt wird.

„Denn im Interesse der Rechtssicherheit muss bei Ablauf der Rechtsmittelfrist die Prüfung, ob die Rechtsmittelbegründung wirksam ist, allein anhand der eingereichten Schriftsätze möglich sein.“ (OLG Dresden aaO)

BVerfGG  
§§ 32 I, 90 II

## Verfassungsgerichtlicher Eilrechtsschutz Grenzen

BVerfGG

(BVerfG in NVwZ 2014, 882; Beschluss vom 24.03.2014 – 1 BvQ 9/14)

Auch in einem vor Erhebung einer Verfassungsbeschwerde anhängig gemachten Eilrechtsschutzverfahrens gilt der Grundsatz der Subsidiarität der Verfassungsbeschwerde. Der Erlass einer einstweiligen Anordnung nach § 32 I BVerfGG kommt daher nur dann in Betracht, wenn der Ast. bestehende Möglichkeiten, fachgerichtlichen Eilrechtsschutzes zu erlangen, ausgeschöpft hat.

„Nach § 32 I BVerfGG kann das BVerfG einen Zustand durch einstweilige Anordnung vorläufig regeln, wenn dies zur Abwehr schwerer Nachteile, zur Verhinderung drohender Gewalt oder aus einem anderen wichtigen Grund zum gemeinen Wohl dringend geboten ist. Zwar ist nicht erforderlich, dass zum Zeitpunkt der Antragstellung im Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes bereits ein Verfassungsbeschwerdeverfahren in der Hauptsache anhängig ist (vgl. BVerfGE 105, 235 = NVwZ 2002, 981; BVerfGE 113, 113; st. Rspr.). Jedoch gilt auch im vorgelagerten verfassungsgerichtlichen Eilrechtsschutzverfahren der Grundsatz der Subsidiarität der Verfassungsbeschwerde (vgl. § 90 II BVerfGG). Der Erlass einer einstweiligen Anordnung nach § 32 I BVerfGG kommt daher nur in Betracht, wenn der Ast. bestehende **Möglichkeiten, fachgerichtlichen Eilrechtsschutz zu erlangen, ausgeschöpft** hat (vgl. BVerfG [3. Kammer des Zweiten Senats] BeckRS 2009, 33208).

Vorliegend ist der fachgerichtliche Rechtsweg noch nicht erschöpft. Dass dem Ast. ein weiteres Zuwarten auf die Entscheidung des VG unzumutbar ist, weil ihm ein schwerer und unabwendbarer Nachteil entstünde (vgl. § 90 II 2 BVerfGG), ist nicht ersichtlich. Das VG ist gehalten, geeignete Maßnahmen zu ergreifen, die zu einem möglichst raschen aber auch sachgerechten Abschluss des Verfahrens führen. Dies hat der Ast. grds. abzuwarten. Der von ihm geltend gemachte Verlust von Prüfungswissen in der Zwischenzeit stellt sich nicht als schwerer und insbesondere nicht als unabwendbarer Nachteil dar. Dies gilt vor allem vor dem Hintergrund, dass bei der Prüfung der Voraussetzungen des § 32 I BVerfGG ein strenger Maßstab anzulegen ist (vgl. BVerfGE 87, 107 = NVwZ 1993, 158). Das Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes vor dem BVerfG ist – anders als der vorläufige Rechtsschutz im fachgerichtlichen Verfahren – **nicht darauf angelegt, möglichst lückenlos vorläufigen Rechtsschutz zu bieten** (BVerfGE 94, 166 = NVwZ 1996, 687 = NJW 1996, 1666). Erst recht nicht ist das Verfahren nach § 32 I BVerfGG darauf angelegt, das fachgerichtliche Verfahren vorwegzunehmen.“ (BVerfG aaO)

(OVG Hamburg in NVwZ-RR 2014, 494; Beschluss vom 12.12.2013 – 4 Bs 333/13)

Der Anspruch auf rechtliches Gehör wird nicht verletzt, wenn das OVG eine Beschwerde gegen die Entscheidung des VerwG, einen Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung mangels Glaubhaftmachung eines Anordnungsgrundes abzulehnen, mit der Begründung zurückweist, ein Anordnungsanspruch sei nicht glaubhaft gemacht worden, ohne hierzu zuvor Gelegenheit zur Stellungnahme zu geben.

- I. Gem. § 146 IV 3 VwGO muss die Beschwerdebegründung die Gründe darlegen, „aus denen die angefochtene Entscheidung abzuändern oder aufzuheben ist“; nur diese Gründe werden vom OVG geprüft (§ 146 IV 6 VwGO). Den Anforderungen des § 146 IV 3 VwGO ist danach nicht schon dann Genüge getan, wenn nur aufgezeigt wird, dass die Erwägungen, auf die das VG seine Entscheidung gestützt hat, unzutreffend sind.

„Durch die Beschwerdebegründung muss vielmehr das **Ergebnis infrage gestellt** werden. Eine ordnungsgemäße Beschwerdebegründung liegt danach nur vor, wenn sich aus den fristgerecht dargelegten Gesichtspunkten die Rechtswidrigkeit der angefochtenen Entscheidung und die Notwendigkeit ihrer Aufhebung ergeben. I. S. von § 146 IV 3 VwGO „auseinandersetzen“ kann sich der Bf. zwar nur mit den in der angefochtenen Entscheidung enthaltenen Ausführungen. Das Auseinandersetzungserfordernis tritt indes bereits nach dem **Wortlaut des § 146 IV 3 VwGO** lediglich neben das Gebot, die Gründe aufzuzeigen, derentwegen die erstinstanzliche Entscheidung abzuändern oder aufzuheben ist. Dieser Teil der einen Bf. treffenden Darlegungslast wird durch eine partiell fehlende Möglichkeit der „Auseinandersetzung“ nicht gegenstandslos. Dies kann ggf. eine **Wiederholung des bzw. eine Bezugnahme auf das erstinstanzliche(n) Vorbringen(s) erforderlich** machen (vgl. OVG Magdeburg NVwZ-RR 2008, 747; VGH München BeckRS 2009, 37495; Sodan/Ziekow, VwGO, 3. Aufl. 2010, § 146 Rn 78; Kopp/Schenke, VwGO, 19. Aufl. 2013, § 146 Rn 41).“ (OVG Hamburg aaO)

- II. Ergibt sich danach bereits unmittelbar aus dem Gesetz, dass das **Darlegungs- und Begründungserfordernis aus § 146 IV 3 VwGO umfassend gilt** und nicht durch die tragenden Erwägungen des VG begrenzt wird, so besteht schon nicht die Notwendigkeit eines Hinweises darauf, dass das BeschwGer. andere (tragende) Erwägungen als das VG anzustellen beabsichtigt, weil dies auf den Umfang der notwendigen Darlegung und Begründung durch den Bf. keine Auswirkungen hätte.

Außerdem kann sich der Bf. nicht mit Erfolg darauf berufen, dass er bei Anwendung der von ihm zu verlangenden Sorgfalt nicht habe erkennen können, auf welchen (Tatsachen-)Vortrag es für die Entscheidung voraussichtlich ankommen werde (vgl. hierzu: BVerfG NVwZ-RR 2011, 460).

„Ein Hinweis, wie ihn die Ast. für erforderlich erachtet, [ginge] zumindest teilweise ins Leere. Denn das hierdurch veranlasste weitere Vorbringen des Bf. könnte, sofern es sich um neuen Sachvortrag bei unveränderter Sach- und Rechtslage handelt, mangels Einhaltung der Begründungsfrist aus § 146 IV 1 VwGO regelmäßig nicht berücksichtigt werden.“

Im Ergebnis nichts Anderes gilt insoweit im Hinblick auf solche (tatsächlichen) Gesichtspunkte, die erst nach Ablauf der Beschwerdebegründungsfrist entstehen und deshalb nicht rechtzeitig vor Ablauf der Beschwerdebegründungsfrist hätten geltend gemacht werden können. Sofern – was umstritten ist – derartige Gesichtspunkte überhaupt als im Beschwerdeverfahren berücksichtigungsfähig angesehen werden (zum Streitstand: Kopp/Schenke, § 146 Rn 43 m. w. Nachw.), hinge die Notwendigkeit, diese nachträglich geltend zu machen, nicht von einem Hinweis des BeschwGer. auf seine voraussichtlich anzustellenden Erwägungen ab, sondern folgte diese Notwendigkeit unmittelbar aus § 146 IV 3 VwGO und dem dort normierten umfassenden Darlegungserfordernis.“ (OVG Hamburg aaO)

- III. Die vorstehenden Ausführungen stehen auch nicht im Widerspruch zu der **Rspr. des BVerfG** betreffend die aus Art. 103 I GG abzuleitenden Hinweispflichten gegenüber den Prozessbeteiligten im Verfahren auf Zulassung der Berufung.

„Nach der Rspr. des BVerfG muss das OVG dem Rechtsmittelführer i. d. R. **rechtliches Gehör gewähren**, wenn es einen Zulassungsantrag mit der Begründung ablehnen will, dass sich die in Anknüpfung an die tragenden Gründe der verwaltungsgerichtlichen Entscheidung aufgeworfene Grundsatzfrage aus anderen als den vom VG herangezogenen Gründen im Berufungsverfahren nicht stellen werde, oder wenn der auf ernstliche Zweifel an der Richtigkeit der angegriffenen Entscheidung gestützte Zulassungsantrag mit der Begründung abgelehnt werden soll, das angegriffene Urteil erweise sich aus anderen als den vom VG angenommenen Gründen als richtig (vgl. BVerfG NVwZ-RR 2011, 460 m. w. Nachw.). Indes begrenzt § 124 a IV 4 VwGO das Darlegungserfordernis im Berufungszulassungsverfahren auf die Zulassungsgründe aus § 124 II VwGO. Aus dieser Begrenzung der Darlegungsanforderungen leitet das BVerfG die **Pflicht ab, dass ein gerichtlicher Hinweis erteilt werden muss, wenn das OVG einen Antrag auf Zulassung der Berufung zurückzuweisen beabsichtigt, obwohl einer der Zulassungsgründe aus § 124 II VwGO dargelegt ist und vorliegt** (vgl. § 124 a V 2 VwGO). Eine vergleichbare Begrenzung des Darlegungserfordernisses enthält § 146 IV 3 VwGO für das Verfahren der Beschwerde gegen Beschlüsse des VG in Verfahren des vorläufigen Rechtsschutzes indes nicht.“ (OVG Hamburg aaO)

## Speziell für Rechtsanwälte und Notare

### Gebühren und Kosten

ZPO  
§ 91

#### Kostenerstattungsanspruch

ZPO

Differenz zwischen geschuldeten und gesetzlichen Gebühren

(OLG Köln in KammerMitt. Düsseldorf 2014, 199; Beschluss vom 06.11.2013 – 17 W 22/13)

Die unterlegene Prozesspartei hat nur die Anwaltskosten zu erstatten, die der obsiegenden Partei tatsächlich entstanden sind. Schuldet die obsiegende Prozesspartei ihrem Anwalt eine Vergütung, die die gesetzlichen Gebühren überschreitet, können gegen die unterlegene Prozesspartei nur die niedrigeren Kosten festgesetzt werden.

„Bei der Kostenerstattung geht es um die Erstattung von Kosten, die der Partei entstanden sind. Es können nicht höhere Kosten festgesetzt werden, als dem Berechtigten entstanden sind (BVerfGE 62, 189 = NJW 1983, 809).

Die Erstattungsfähigkeit der Anwaltsgebühren setzt deshalb voraus, dass dem Anwalt ein entsprechender Vergütungsanspruch gegen seinen Mandanten zusteht. Erweist sich die nach den gesetzlichen Gebühren berechnete Vergütung als geschuldet, ist sie erst dann auch erstattungsfähig, weil die entsprechenden Kosten der Partei „entstanden“ sind. Dann bedarf es keiner gesonderten Feststellung ihrer Notwendigkeit, denn die gesetzlichen Gebühren und Auslagen gelten gem. § 91 II 1 ZPO stets als zweckentsprechende Kosten der Rechtsverfolgung oder Verteidigung (vgl. BGH NJW 2003, 1532; BGH NJW 2005, 2317; BGH NJW 2007, 2257; BGH NJW 2008, 1087; MüKo-ZPO/Schulz, 4. Aufl. 2013, Vorb. zu §§ 91 ff. Rn 59; BeckOK ZPO, Stand 1.4.2013, § 91 Rn 29; Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann, ZPO, 60. Aufl., § 91 Rn 42; Henssler/Deckenbrock NJW 2005, 1; Henssler NJW 2005, 1537).

Die Rechtsauffassung der Kl. lässt sich auch nicht mit dem Argument stützen, der in § 91 II 3 ZPO geregelte Sonderfall des sich selbst vertretenden Anwalts belege, dass es nicht darauf ankomme, ob Gebühren überhaupt entstanden seien. Insoweit handelt sich um eine spezielle Regelung zu Gunsten des sich selber vertretenden Rechtsanwalts, aus der nicht verallgemeinernd abgeleitet werden kann, auch einer Partei nicht entstandene Anwaltskosten seien erstattungsfähig. Da vielmehr das Gegenteil richtig ist, bedurfte es der Spezialregelung des § 91 II 3 ZPO.

Es ist nicht zu verkennen, dass die zwischen der Kl. und ihren Anwälten geschlossene Honorarvereinbarung, soweit sie sich auch auf das Gerichtsverfahren bezieht, nichtig ist (§ 49 I BRAGO, § 4 II AVG, § 134 BGB) und deshalb grds. die gesetzliche Vergütung geschuldet ist. Dies führt jedoch nicht dazu, dass die Prozessbevollmächtigten der Kl. von dieser die gesetzlichen Gebühren beanspruchen können. Vielmehr müssen sie sich aus dem Gesichtspunkt von Treu und Glauben an der vereinbarten nichtigen Vergütung festhalten lassen. Dementsprechend haben die Prozessbevollmächtigten der Kl. in der Folge des Beschwerdeverfahrens vor dem OLG ausweislich des in Kopie vorgelegten Abrechnungsschreibens auf das nach den gesetzlichen Gebühren sich ergebende Honorar gegenüber der Kl. verzichtet, soweit es die sich nach der Vergütungsvereinbarung ergebende Vergütung übersteigt. Damit sind der Kl. nur die sich nach der Honorarvereinbarung ergebenden Kosten, wie sie zuletzt berechnet worden sind, entstanden und deshalb nur in diesem Umfang erstattungsfähig.“ (OLG Köln aaO)

ZPO  
§ 114

#### Verfahrenskostenhilfebewilligung für Vergleich

ZPO

Keine Erstattung einer Verfahrens-/Terminsgebühr

(OLG Dresden in MDR 2014, 686; Beschluss vom 07.02.2014 –23 WF 1209/13)

Wird die Verfahrenskostenhilfebewilligung auf einen Vergleichsabschluss über nicht anhängige Gegenstände erstreckt (Mehrvergleich), entsteht für den beigeordneten Rechtsanwalt weder eine Verfahrensgebühr noch eine Terminsgebühr aus dem Mehrwert des Vergleichs.

- I. Bei der Erstreckung der bewilligten Verfahrenskostenhilfe auf den Abschluss eines Vergleichs für Gegenstände, die nicht verfahrensgegenständlich sind, kann eine Terminsgebühr nicht erstattet werden.

„Jedenfalls die Terminsgebühr wird von einer Prozesskostenhilfebewilligung i. d. R. nicht erfasst. Denn insoweit kann Prozesskostenhilfe regelmäßig nicht bewilligt werden (OLG Dresden, Beschluss vom 04.08.2011, 23 WF 475/11, juris Rn. 13 ff.; OLG Bamberg, Beschluss vom 07.11.2007, 2 WF 54/07, juris; OLG Celle, Beschluss vom 21.01.2011, 10 WF 6/11, juris; OLG Düsseldorf, Beschluss vom 09.09.2008, 10 WF 23/08, juris; OLG München, Beschluss vom 18.03.2009, 11 WF 812/09, juris Rn. 8; Gerold/Schmidt u. a., RVG, 19. Aufl., § 48 Rn 119a ff).

Die vorliegende Fallkonstellation ist vergleichbar mit dem Vergleichsabschluss im Erörterungstermin des Prozesskostenhilfeverfahrens. Für diesen hat der BGH entschieden, dass Prozesskostenhilfe lediglich für die Einigungsgebühr, nämlich den unmittelbaren Abschluss des Vergleichs selbst, nicht aber für das ganze Verfahren, d. h. für die Verfahrens- oder Terminsgebühr, bewilligt werden kann (BGH, Beschluss vom 08.06.2004, VI ZB 49/03, juris Rn. 8 ff). Entgegen der Gegenauffassung (OLG Karlsruhe, Beschluss vom 09.07.2009, 2 WF 33/09, juris Rn. 12; OLG Düsseldorf, Beschluss vom 29.01.2009, 10 WF 30/08, juris; OLG Saarbrücken, Beschluss vom 11.11.2009, 9 W 340/09, juris, ohne Erörterung der hier aufgeworfenen Frage; LG Koblenz, Beschluss vom 06.11.2009, 6 T 135/09, juris; OLG Stuttgart, Beschluss vom 18.01.2008, 8 WF 12/08, juris Rn. 25 ff.) ist die vom BGH entschiedene Fallkonstellation mit der vorliegenden vergleichbar. Ausgangspunkt der Entscheidung des BGH ist, dass für das Prozesskostenhilfeverfahren selbst grds. Prozesskostenhilfe nicht bewilligt werden kann. Genauso kann grds. für im Verfahren nicht anhängige Streitgegenstände Prozesskostenhilfe nicht bewilligt werden. Insbesondere kann auch für die bloße Erörterung im Termin zur mündlichen Verhandlung von Gegenständen, die nicht Gegenstand des anhängigen Verfahrens sind, Prozesskostenhilfe nicht bewilligt werden. Wie im Prozesskostenhilfeverfahren selbst kommt auch hier die

Erstreckung der Prozesskostenhilfe auf nicht anhängige Gegenstände nur in Betracht, wenn über sie ein Vergleich geschlossen wird.

Die von der Gegenauffassung vorgetragene **prozessökonomischen Argumente**, namentlich, dass die Partei die angefallene Terminsgebühr und Verfahrensgebühr ggf. selbst tragen muss, hat der BGH gesehen und für **nicht durchschlagend** erachtet. Dem schließt sich der Senat an.“ (OLG Dresden aaO)

II. Nach OLG Dresden aaO ist **auch die Verfahrensgebühr nicht erstattungsfähig.**

„Für eine Differenzierung zwischen der Terminsgebühr und der Verfahrensgebühr besteht kein Anlass. Die Fallkonstellation der Bewilligung von Verfahrenskostenhilfe für einen Mehrvergleich [ist] vergleichbar mit dem Vergleichsabschluss im Erörterungstermin des Prozesskostenhilfverfahrens. Die im Beschluss zitierte **differenzierende Auffassung in der Lit.** (Gerold/Schmidt, RVG, 19. Aufl., § 48 Rn 119a ff.) ist inzwischen **aufgegeben** worden (Gerold/Schmidt, 21. Aufl., aaO). Entgegen der dort nunmehr vertretenen Auffassung, wonach auch die Terminsgebühr erstattungsfähig sei, hält der Senat aber nach wie vor beide Gebühren nicht für erstattungsfähig.

Das 2. Kostenrechtsmodernisierungsgesetz, das zu einer Klarstellung des **§ 48 III RVG** geführt hat, ändert daran nichts: In dieser Vorschrift ist nunmehr eindeutig geregelt, dass sich die Beiordnung einer Ehesache im Fall des Abschlusses eines Vergleichs auf alle mit der Herbeiführung der Einigung erforderlichen Tätigkeiten bezieht, soweit der Vertrag die enumerativ aufgeführten Gegenstände betrifft. Die Vorschrift gilt für andere Gegenstände, insbesondere für Vergleiche, die sich auf Gegenstände erstrecken, die zu den sonstigen Familiensachen (§ 266 FamFG) zählen, nicht. Aus der Vorschrift kann nicht geschlossen werden, dass die gleiche Rechtsfolge auch bei der Erstreckung der Verfahrenskostenhilfe in anderen als Ehesachen gelten soll. Aus der **Gesetzesbegründung** ergibt sich, dass die Neuregelung gerade die (streitige) Frage, ob Termins- und Verfahrensgebühr bei der Erstreckung der Verfahrenskostenhilfe gem. § 48 III RVG zu ersetzen sind, klären sollte. Hätte der Gesetzgeber diese Frage, die bei der Erstreckung der Verfahrenskostenhilfe auf einen Mehrvergleich außerhalb von Ehesachen ebenso uneinheitlich von der Rspr. beantwortet worden ist, allgemein regeln wollen, hätte es nahe gelegen, dies zu tun. Hier von hat der Gesetzgeber indes abgesehen. Er hat es vielmehr hinsichtlich aller anderer Gegenstände dabei belassen, dass Verfahrenskostenhilfe im Grundsatz nur für die Geltendmachung oder Abwehr verfahrensgegenständlicher Ansprüche bewilligt werden kann (§ 114 ZPO). Der Senat sieht daher keine Veranlassung, von der bisherigen Argumentation, die auf der Rspr. des BGH zur nur ausnahmsweise möglichen Bewilligung von Verfahrenskostenhilfe im Verfahrenskostenhilfverfahren beruht, abzuweichen.“ (OLG Dresden aaO)

ZPO  
§ 115 III 1

**Verfahrenskostenhilfebewilligung**  
Einsatz des Gewinns aus Hausverkauf

ZPO

(OLG Celle in MDR 2014, 682 = NJOZ 2014, 964; Beschluss vom 05.11.2013 – 17 WF 223/13)

Ein aus der Veräußerung einer Immobilie nach Ablösung der Finanzierung verbleibender Gewinn ist **vorrangig für die Kosten der eigenen Verfahrensführung einzusetzen.**

„Gem. § 115 III 1 ZPO hat die Partei zur Verfahrensführung ihr **Vermögen einzusetzen, soweit ihr dies zumutbar ist.** Die Zumutbarkeit dieses Einsatzes wird konkretisiert durch § 90 des SGB XII. Nach Abs. 2 Nr. 8 der eben genannten Vorschrift soll den Hilfsbedürftigen die eigene Wohnung erhalten bleiben. Dementsprechend **erstreckt sich der Schutz des angemessenen Hausgrundstücks nur auf ein selbst genutztes Objekt.** Allerdings hebt ein Verkauf eines Hauses, der in Folge der Scheidung notwendig wird, etwaigen Bestandsschutz auf.

Begleitet ein Bet. nach dem Verkauf eines Hauses die danach verbleibenden zur Finanzierung der Immobilie aufgenommenen Restverbindlichkeiten, hat er seine Leistungsunfähigkeit nicht böswillig oder mutwillig herbeigeführt. Vielmehr entspricht es nicht nur **wirtschaftlicher Vernunft**, sondern regelmäßig auch den mit den finanzierenden Banken getroffenen Vereinbarungen, einen Immobilienkredit mit dem Verkaufserlös abzulösen, wenn die Immobilie veräußert wird (vgl. die Nachw. bei Zöller/Geimer, ZPO, 28. Aufl., § 115 Rn 46; OLG Karlsruhe NJW 2009, 1890 = FamRZ 2009, 363).

Anders verhält es sich jedoch, wenn nach Ablösung der Finanzierung ein überschüssiger Erlös aus der Veräußerung der Immobilie zu erwarten steht. Dieser ist **vorrangig für die Kosten der eigenen Verfahrensführung einzusetzen. Insbesondere darf der Bedürftige anderweitig bestehende Schulden, die er in langfristigen Raten tilgt, nicht vorzeitig zurückführen, sondern muss mit dem ihm zugeflossenen Geld zunächst die Verfahrenskosten bezahlen** (BGH FamRZ 1999, 644; OLG Karlsruhe NJOZ 2002, 1713 = FamRZ 1998, 498; FamRZ 2008, 1262; OLG Bremen NJOZ 2007, 2990 = FamRZ 2007, 1341).“ (OLG Celle aaO)

ZPO  
§ 522 II

**Erstattung der Kosten einer Anschlussberufung**  
Berufungszurückweisung nach § 522 II ZPO

ZPO

(OLG München in NJOZ 2014, 947; Beschluss vom 19.11.2013 – 14 U 1510/13)

Dem Berufungsführer sind im Fall einer Berufungszurückweisung nach § 522 II ZPO **grds. die gesamten Kosten des Berufungsverfahrens einschließlich der durch eine Anschlussberufung verursachten Kosten aufzuerlegen.**

I. Die **Frage**, wer die Kosten einer Anschlussberufung im Falle der Zurückweisung der Berufung zu tragen hat, wird **in Rspr. und Lit. nicht einheitlich beantwortet:**

Nach einer **verbreiteten Ansicht in der obergerichtlichen Rspr. und Lit.** (vgl. Thomas/Putzo, ZPO, 34. Aufl., § 516 Rn. § 524 Rn 11.20; Zöller/Heßler, ZPO, 30. Aufl., § 524 Rn 44 m .w. Nachw.) wird eine Quotelung der Kosten nach Streitwertanteilen befürwortet.

**In den letzten Jahren mehren sich jedoch die Stimmen, die sich grds. für eine einheitliche Anwendung von § 97 I ZPO zu Lasten des Berufungsführers aussprechen** (vgl. OLG Frankfurt a. M. NJW 2011, 2671 = MDR 2011, 1318; OLG Hamm NJW 2011, 1520; OLG Naumburg MDR 2012, 1494).

II. **OLG München aaO schließt sich nunmehr der letztgenannten Meinung an** und begründet dies wie folgt:

1. Nach st. höchstrichterlicher Rspr. ist die **unselbstständige Anschlussberufung kein eigenes Rechtsmittel**, sondern nur ein Antrag innerhalb des vom Prozessgegner eingelegten Rechtsmittels, weswegen die Vorschriften der §§ 97 I und § 516 III ZPO (auch über § 565 ZPO) auf die Anschlussberufung nicht anwendbar sind (BGH NJW-RR 2005, 727 m. w. Nachw.).

*„Nur wenn über das Anschlussrechtsmittel ausnahmsweise trotz Rücknahme der Berufung in der Sache entschieden wird, ist es auf Kosten dessen zu verwerfen, der es eingelegt hat (BGH NJW-RR 2005, 727), z. B. wenn die Anschlussberufung unzulässig ist.*

*Auch in dem Beschluss vom 07.02.2006 betreffend die Kostenentscheidung im Fall einer Berufungsrücknahme nach Hinweis gem. § 522 II 2 ZPO (BGH NJW-RR 2006, 1147 = MDR 2006, 586) hat der BGH u. a. ausgeführt, dass die **Anschlussberufung kein eigenes Rechtsmittel** ist, sondern nur ein Angriff innerhalb des vom Berufungskl. eingelegten Rechtsmittels. Insoweit müsste konsequenterweise eine Kostenfolge gem. § 92 I ZPO oder eventuell auch § 96 ZPO diskutiert werden.*

*Gem. § 524 IV ZPO ist die Anschlussberufung wirkungslos, ohne dass über die Erfolgsaussichten entschieden wird. Die vom Gesetz vorgegebene **Wirkungslosigkeit bei mangelndem Erfolg der Gegenseite** ist aber **kein Unterliegen i. S. v. § 92 I ZPO** bzw. keine Erfolglosigkeit i. S. v. § 96 ZPO.*

*Der Angriff gegen die Berufung durch eine **Anschlussberufung** ist im Falle einer Entscheidung im Beschlussverfahren gem. § 522 II ZPO **nicht mehr erforderlich, aber nicht erfolglos**. Auch wenn der BGH es in der oben genannten Entscheidung ausdrücklich offen gelassen hat, ob der Berufungskl. auch im Fall einer Zurückweisung der Berufung gem. § 522 II ZPO die Kosten der Anschlussberufung trägt, wäre es nach dem oben genannten Obersatz wohl konsequent, so zu entscheiden.*

*Eine **Unterscheidung der Fälle der Rücknahme der Berufung vor oder nach Hinweis gem. § 522 II ZPO** erscheint **nicht gerechtfertigt** (OLG Dresden NJOZ 2006, 213 = BauR 2006, 1791; OLG Hamm NJW 2011, 1520).“ (OLG München aaO)*

2. Die **Entscheidung des BGH zur unselbstständigen Anschlussrevision** (BGHZ 80, 146 = NJW 1981, 1790 = MDR 1981, 638) **steht** den obigen Überlegungen nach Auffassung des OLG München aaO **nicht entgegen**.

*„Zum einen ist die vom BGH in dieser Entscheidung vorgenommene Wertung der vom Gesetz (damals in § 556 ZPO) vorgesehenen Wirkungslosigkeit der Anschlussrevision als „Misserfolg“ des Angriffsmittels fraglich. Zum anderen wurde die teilweise Kostenlast des Anschlussrevisionsführers u. a. aus dem Wesen der Anschließung und des Annahmeverfahrens gem. § 554 b I ZPO a. F. hergeleitet. Nach § 554 b I ZPO a. F. konnte das RevGer. bei einer Beschwer bis zu 60.000 DM die Annahme der Revision ablehnen, wenn die Rechtsache keine grundsätzliche Bedeutung hat.*

*Ein **Zulassungsrisiko besteht für den Berufungsführer nicht**, weswegen nach Ansicht des OLG Naumburg die Rechtslage insoweit nicht vergleichbar ist (MDR 2012, 1494, anders das OLG Düsseldorf, das eine Vergleichbarkeit des Beschlussverfahrens gem. § 522 II ZPO und des Revisionsannahmeverfahrens bejaht, MDR 2010, 769 = BeckRS 2010, 09157).*

*Soweit der BGH in seiner Entscheidung vom 11.3.1981 darauf hingewiesen hat, dass der Anschlussrevisionskläger das in der Ablehnung der Annahme liegende Kostenrisiko dadurch vermeiden könne, dass er selbstständig Revision einlegt oder sich der Revision des Gegners innerhalb der Revisionsfrist anschließt, ist Letzteres deswegen nicht praktikabel, weil die Rechtsmittel i. d. R. erst zum Ende der Einlegungsfrist bei Gericht eingehen und dem Gegner regelmäßig erst nach Ablauf der Rechtsmittelfrist bekannt werden.“ (OLG München aaO)*

3. Die **kostenrechtliche Unterscheidung zwischen der Rücknahme des Rechtsmittels und einer Zurückweisung gem. § 522 II ZPO** wird von der Rspr. i. d. R. damit begründet, dass der Berufungskl. im ersteren Fall die Anschließung durch eine „in sein freies Belieben gestellte, vom Gegner nicht beeinflussbare Rechts-handlung“ hinfällig mache.

*„Auch wenn es dem Berufungsführer aus prozessualer Sicht frei steht, ob er eine Rücknahme erklärt oder eine Entscheidung des BerGer. wünscht, ist die **Rücknahmeentscheidung** letztlich in aller Regel **eine durch die Reduzierung der Kostentragungspflicht der aussichtslosen Berufung motivierte Maßnahme**.*

*Im Falle einer Kostenentscheidung nach Quoten müssten die Prozessbevollmächtigten ihre Mandanten gegebenenfalls dahingehend unterrichten, dass von einer Rücknahme (mit der Folge einer 100%igen Kostentragungspflicht) abgeraten werden muss.*

*Der je nach Streitwertanteilen unter Umständen gravierende Unterschied der Kostentragungspflicht würde dazu führen, dass nur aus Kostengründen Gerichtsentscheidungen gem. § 522 II ZPO mit Kostenquoten zu Lasten der Anschlussberufungsführer erbeten werden. Dies widerspricht der Intention, die der Gesetzgeber mit den Gebührenermäßigungsvorschriften bei Rechtsmittlrücknahmen im GKG verfolgt.*

*Insbesondere in Fällen, in denen von Seiten des Berufungsführers nach dem gerichtlichen Hinweis gem. § 522 II ZPO keine weiteren Argumente vorgetragen werden können, erscheint die Aufrechterhaltung eines Rechtsmittels aus Kostengründen auch den Anschlussberufungsführern gegenüber unbillig.“ (OLG München aaO)*

4. Der **Anschlussberufungskläger**, der bei Teilunterliegen trotz inhaltlicher Erfolgsaussicht eines Rechtsmittels das Ersturteil hingenommen hat, ist gem. § 524 II ZPO **rechtlich gehalten, eine Anschlussberufung innerhalb einer vom Gericht gesetzten Berufungserwiderungsfrist einzulegen**. Er kann aber in der Folge ein Vorgehen des Gerichts nach § 522 II ZPO nicht verhindern. Es ist daher jedenfalls im Fall des § 521 II ZPO nicht sachgerecht, ihm entgegenzuhalten, dass er das Risiko einer Beschlusszurückweisung selbst eingegangen sei (so KG, MDR 2010, 1486 = BeckRS 2010, 17836). Dies gilt insbesondere, wenn die Anschlussberufung bei Durchführung des Verfahrens erfolgversprechend wäre.

*„Vielmehr ist es **sachgerecht, die Kosten der Anschlussberufung dem Berufungskl. aufzuerlegen, der durch sein Rechtsmittel den Weg auch für die Anschlussberufung eröffnet hat**.*

Zwar könnte es vertretbar sein, dass der Anschlussberufungsführer seine Prozessklärung zur Vermeidung von Kosten nachteilen unter der Bedingung einreicht, dass keine Sachbehandlung nach § 522 II ZPO stattfindet. Allerdings erscheint die Zulässigkeit eines derartigen Vorgehens zweifelhaft, jedenfalls seit der Novellierung des § 522 III ZPO.

Wird hingegen in einem Verfahren ohne Fristsetzung nach § 521 II ZPO die Anschlussberufung erst nach dem Hinweis des BerGer. gem. § 522 II 2 ZPO eingelegt, fallen diese Gesichtspunkte für eine Kostentragungspflicht des Berufungskl. weg. In diesem Fall besteht im Hinblick auf § 524 IV ZPO erst dann ein Rechtsschutzbedürfnis des Anschlussberufungsführers, wenn das Gericht signalisiert, dass es von der Verfahrensweise gem. § 522 II ZPO Abstand nimmt.“ (OLG München aaO)

5. Wollte man der Anschlussberufung den Gehalt eines eigenständigen Rechtsmittels zuweisen, um gem. § 97 I ZPO oder § 92 I ZPO zu einer Quotelung zu kommen, oder eine entsprechende kostenrechtliche Behandlung befürworten, müsste man konsequenterweise, insbes. im Fall der erfolgversprechenden Anschlussberufung, von einem Verfahren nach § 522 II ZPO absehen (vgl. § 522 II Nr. 4 ZPO).

„Dem **steht** aber der aus § 524 IV ZPO erkennbare **Wille des Gesetzgebers entgegen**: Eine Prüfung der Erfolgsaussicht der Anschlussberufung im Verfahren nach § 522 II ZPO nur im Hinblick auf die Kostenentscheidung widerspräche der Regelung der § 522 II, § 524 IV ZPO.“ (OLG München aaO)

RVG  
§§ 3a, 28, 33

**Streitwertbeschwerde**  
Fehlendes Rechtsschutzinteresse

RVG

(OLG Stuttgart in NJOZ 2014, 948; Beschluss vom 13.09.2013 – 8 W 271/13)

Eine **Streitwertbeschwerde mit dem Ziel einer Erhöhung des Streitwerts** kann **weder die Partei selbst noch der Rechtsanwalt für die Partei einlegen**. Etwas anderes gilt nur dann, wenn die **Partei mit ihrem Anwalt** eine bestimmte **höhere Vergütung oder die Berechnung der Gebühren nach einem bestimmten höheren Streitwert vereinbart** hat. Dieser **Ausnahmefall** muss durch **Vorlegung der Vergütungsvereinbarung** (§ 3 a RVG) **nachgewiesen** werden.

- I. Für die gerichtliche Wertfestsetzung nach der Sonderbestimmung des § 28 RVG gilt § 33 RVG (Gerold/Schmidt/Mayer, RVG, 20. Aufl. 2012, § 28 RVG Rn 12; Schneider/Wolf, Anwaltkomm., RVG, 6. Aufl. 2012, § 28 Rn 2). Unabhängig von dem in § 33 II 2 RVG geregelten Antragsrecht nicht nur des Rechtsanwalts, sondern auch seines Auftraggebers und unabhängig von der Zulassung der weiteren Beschwerde gem. § 33 VI 1 RVG wegen der grundsätzlichen Rechtsfrage der Bestimmung des Gegenstandswerts gem. § 28 I 1 RVG für die Verfahrensgebühr nach Nr. 3313 RVG VV des im Auftrag des Schuldners tätigen Rechtsanwalts nach dem Wert der Insolvenzmasse (§ 58 GKG) bei Zurückweisung des Gläubigerantrags auf Insolvenzeröffnung, ist bzgl. der Zulässigkeit der weiteren Beschwerde nicht nur deren fristgerechte Erhebung (§ 33 VI, III 3 RVG), sondern auch – wie bei jedem Rechtsmittel – das **Rechtsschutzinteresse** bzw. das **Vorhandensein einer Beschwer** durch die angefochtene Entscheidung zu überprüfen.
- II. **An der „Beschwer an sich“ fehlt es** aber immer, wenn die **Partei eine Streitwerterhöhung erstrebt oder der Prozessbevollmächtigte eine Streitwertermäßigung**.  
„Die Partei würde sich dadurch höheren Vergütungs- und Erstattungsansprüchen aussetzen, der Anwalt würde Einbußen seiner Vergütung erreichen. **Keine Partei hat aber ein Rechtsschutzbedürfnis für eine Beschwerde mit dem Ziel ihrer Verschlechterung** (Mayer, § 33 RVG Rn 14; Schneider/Wolf, § 33 Rn 59).“ (OLG Stuttgart aaO)
- III. Die Rspr. und Lit. lässt von dem Grundsatz, dass weder die Partei selbst noch der Rechtsanwalt für die Partei eine Beschwerde mit dem Ziel einer Erhöhung des Streitwerts einlegen können, eine **Ausnahme** zu, **wenn die Partei mit ihrem Anwalt** eine bestimmte **höhere Vergütung oder die Berechnung der Gebühren nach einem bestimmten höheren Streitwert vereinbart** hat.

„Denn dann ist sie daran interessiert, die gesetzlichen Gebühren ihres Anwalts (§ 91 II 1 ZPO) in die Nähe der vereinbarten Vergütung zu bringen (Mayer, § 32 RVG Rn 87 u. Rn 121, § 33 RVG Rn 14; Mayer/Kroiß, 5. Aufl. 2012, § 32 RVG Rn 50; VGH München NVwZ-RR 1997, 195; OVG Bautzen NVwZ-RR 2006, 654; OLG Frankfurt a. M. BeckRS 2009, 26390; Mayer FD-RVG 2009, 290781; OLG Frankfurt a. M. BeckRS 2012, 10980; OVG Greifswald BeckRS 2013, 49389; je m. w. Nachw.; a. A. OLG Köln NJOZ 2012, 931; Mayer FD-RVG 2011, 325093).

Die Partei wird diesen Ausnahmefall jedoch bei Einlegung der eigenen Beschwerde behaupten und **durch Vorlegung der Vergütungsvereinbarung (§ 3 a RVG) nachweisen** müssen (Mayer, § 32 RVG Rn 121 m. w. Nachw.).“ (OLG Stuttgart aaO)

## Aus der Praxis

BORA  
§ 14

### Zustellung von Anwalt zu Anwalt Anwendbarkeit des § 14 BORA

BORA

(AnwGH Düsseldorf in NJW Spezial 2014, 414; Urteil vom 17.03.2014 – 3 EV 546/12-T)

Die Vorschrift des § 14 BORA ist auf Zustellungen von Anwalt zu Anwalt nicht anwendbar.

- I. **Wortlaut und Sinngehalt des § 14 S. 1 BORA** lassen nicht erkennen, bei welcher Art von in dieser Vorschrift behandelten - ordnungsgemäßen -Zustellungen die Berufspflicht des Rechtsanwalts zur unverzüglichen Erteilung des Empfangsbekennnisses besteht. Es wird nicht differenziert zwischen Zustellungen von Gerichten oder von Behörden oder von Anwalt zu Anwalt.

**§ 14 S. 2 BORA** gibt hierzu **auch keinen Anhaltspunkt**: Er regelt die Verfahrensweise bei nicht ordnungsgemäßen Zustellungen. Damit sind nicht alle nach dem Gesetz zulässigen Zustellungsarten erfasst, sondern nur diejenigen, die unter Formmängeln leiden. In - nur - diesen Fällen besteht eine Berufspflicht, den Absender auf solche Mängel unverzüglich hinzuweisen.

- II. § 14 BORA **normiert Berufspflichten** bei einer Zustellung von Anwalt zu Anwalt **nicht**.

„§ 14 BORA beruht auf der Ermächtigung der Satzungsversammlung der BRAK (Satzungskompetenz) in § 59 b BRAO.

*Entscheidend für den Umfang der überhaupt zulässigen Regelungsmöglichkeiten in einer Berufsordnung ist diese Satzungs-kompetenz, die in § 59 b BRAO der Satzungsversammlung bei der Bundesrechtsanwaltskammer die Befugnis hierzu verleiht. Die BORA darf daher nur solche Pflichten normieren, zu deren Konkretisierung die Satzungsversammlung über § 59 b BRAO (Vorbehalt des Gesetzes), ermächtigt wurde (Henssler/Prütting - Henssler, BRAO 4. Aufl. 2014, Einl. BORA Rn 35; Feuerich/Weyland-Feuerich, BRAO, 8.Aufl. 2012, § 1 BORA Rn 2; Härtung/Römermann - Härtung, 4. Aufl. 2008, Einl. BORA Rn 62).*

*Diese umfasst in § 59 b II Nr. 6 BRAO die „besonderen Berufspflichten gegenüber Gerichten und Behörden“. Mit § 59 II Nr. 6 b) BRAO ist somit - nur - die Kompetenz zugewiesen, in einer Berufsordnung die Rechte und Pflichten bei Zustellungen gegenüber Gerichten und Behörden zu regeln. Die Kompetenz zur Begründung von Berufspflichten im Zusammenhang mit Zustellungen von Anwalt zu Anwalt ist nicht aufgeführt. **Rechtsanwälte sind weder Gerichte noch Behörden.***

*Der Regelungsumfang der Satzungskompetenz ist in § 59 b BRAO abschließend bestimmt (Henssler/Prütting - Härtung, BRAO, 4.Aufl. 2014, § 191a BRAO Rn 13; BT-Drucks. 12/7656 S. 50), damit ebenso der Katalog des § 59 b II Nr. 1 bis 9 BRAO (Henssler/Prütting - Busse, BRAO, 4. Aufl. 2014, § 59 b Rn 10).*

*Die Verpflichtung zur unverzüglichen Erteilung eines Empfangsbekennnisses bei einer Zustellung von Anwalt zu Anwalt war zwar Bestandteil der früheren Grundsätze des anwaltlichen Standesrechts (§ 27), die aber eben durch § 59 b II Nr. 6 b BRAO nur teilweise (Zustellungen „gegenüber“ Gerichten und Behörden) übernommen wurden. Da Gründe für ein nur redaktionelles Versehen nicht ersichtlich sind, muss es bei einer restriktiven Anwendung des § 59 b II Nr. 6 BRAO und damit des § 14 S. 1 BORA bleiben.“ (AnwGH Düsseldorf aaO)*

- III. **§ 59 b II Nr. 6 b BRAO** (hier: besondere Berufspflichten gegenüber Gerichten, insbes. bei Zustellungen) **kann auf Zustellungen von Anwalt zu Anwalt auch nicht mit der Begründung angewandt** werden, sie seien „in einem gerichtlichen Verfahren“ erfolgt und „entsprechen den jeweiligen Verfahrensvorschriften“.

*„Dieser Auffassung der Generalstaatsanwaltschaft schließt sich die Kammer nicht an: Entgegen dieser Auffassung ist sehr wohl zu beachten, dass § 59 b II Nr. 6 BRAO die Satzungskompetenz auf besondere Berufspflichten gegenüber Gerichten und Behörden beschränkt. „Gegenüber“ Gerichten und Behörden heißt gerade nicht „in“ einem gerichtlichen Verfahren. Eine dementsprechende Ausdehnung ist nicht zulässig.*

*Es besteht auch keine Pflicht zur Mitwirkung bei Zustellungen von Anwalt zu Anwalt, weil es sich um Zustellungen handele, die den jeweiligen verfahrensrechtlichen Vorschriften entsprechen. Hierzu führt die Rechtsanwaltskammer ferner aus, eine prozessuale Annahmepflicht bestehe zwar nicht, jedoch eine solche nach dem Berufsrecht. Auch die dahingehende Rechtsauffassung der Rechtsanwaltskammer wird von der Kammer nicht geteilt.*

*Für Zustellungen von Anwalt zu Anwalt einschlägig ist grds. § 195 ZPO, der in den dort aufgeführten Fällen ein Recht zu solchen Zustellungen einräumt (§ 195 I: „kann zugestellt werden“). Dies bedeutet jedoch nicht, dass hieraus auf der anderen Seite eine berufsrechtliche Pflicht zur Mitwirkung bei solchen Zustellungen abgeleitet werden kann.*

*§195 ZPO kann nicht zur Begründung einer Berufspflicht herangezogen werden, ein Empfangsbekennnis bei Zustellung von Anwalt zu Anwalt unterzeichnet an den Absender zurückzusenden. § 195 ZPO normiert keine prozessuale Verpflichtung, ein Empfangsbekennnis zu unterzeichnen, sondern gibt nur die Möglichkeit, in bestimmten Fällen den vereinfachten Weg der Zustellung von Anwalt zu Anwalt zu wählen.*

*§ 195 ZPO regelt auch, dass das Empfangsbekennnis des Rechtsanwalts, dem zugestellt werden soll, als Nachweis der Zustellung genügt. Eine Mitwirkung des empfangenden Rechtsanwalts wird aber weder angesprochen noch vorgeschrieben. Im Gegenteil: § 195 ZPO normiert nur eine Verpflichtung des zustellenden Rechtsanwalts, auf Verlangen des Zustellungsempfängers eine Bescheinigung über die Zustellung zu erteilen.“ (AnwGH Düsseldorf aaO)*

- IV. Auch die Regelung in **§ 174 ZPO stützt eine Gleichsetzung der Zustellung von Anwalt zu Anwalt mit der Zustellung durch ein Gericht nicht**.

*„§ 174 I ZPO bezieht sich zwar (u. a.) auf Zustellungen an einen Rechtsanwalt, aber nur auf Zustellungen durch ein Gericht. In § 174 I ZPO ist ein Gericht als möglicher Adressat von Zustellungen folgerichtig auch nicht genannt.*

*Dem entspricht spiegelbildlich § 174 IV ZPO, wonach ein unterschriebenes Empfangsbekennnis an das Gericht (und nicht an einen Rechtsanwalt) zurückzusenden ist.“ (AnwGH Düsseldorf aaO)*

- V. **AnwGH Düsseldorf aaO lehnt** auch die entgegenstehende Auffassung des **AnwGH Hamm** (BRAK-Mitt. 2005, 199) ab.

„Zwar wird auch in der Lit. zu § 59 b BRAO und § 14 BORA einheitlich unter wechselseitiger Bezugnahme, aber ohne nähere Begründung, die Auffassung vertreten, die Regelung des § 14 BORA beziehe sich auch Zustellungen von Anwalt zu Anwalt. Dieses Urteil enthält aber gerade keine Aussage dazu, dass § 14 BORA auf Zustellungen von Anwalt zu Anwalt anwendbar ist. Das **Urteil befasst sich in dem zu entscheidenden Fall mit Zustellungen durch Postzustellungsurkunde** und führt zu § 14 BORA in diesem Zusammenhang zur Zustellung von Anwalt zu Anwalt lediglich in Ziffer IV 1 a) aus:

„Es mag sein, dass § 14 BORA die Zustellung von RA zu RA und mit Empfangsbekanntnis regeln sollte (unter Hinweis auf Hartung-Holl, Anwaltliche Berufsordnung, § 14 Rn 6 ff.). Der **Wortlaut beschränkt sich indes nicht auf diese Zustellungsarten** ...“ (es folgen sodann Ausführungen zur Zustellung mit Postzustellungsurkunde).

Der **AnwGH Hamm bejaht somit gerade nicht die Anwendbarkeit des § 14 BORA auf Zustellungen von Anwalt zu Anwalt**, sondern er lässt, weil in jenem Verfahren nicht entscheidungserheblich, diese Frage offen.“ (AnwGH Düsseldorf aaO)

BRAO  
§ 14 II Nr. 7

### Widerruf der Anwaltszulassung Vermögensverfall trotz Immobilienvermögens

BRAO

(BGH in BRAK-Mitt. 2014, 164; Beschluss vom 06.02.2013 – AnwZ (Brfg) 83/13)

**Auch wenn ein Rechtsanwalt über ein seine Verbindlichkeiten wertmäßig übersteigendes Immobilienvermögen verfügt**, kann dies **nicht grds. die Vermutung des Vermögensverfalls widerlegen**, da es **entscheidend auf die Liquidität entsprechender Mittel ankommt**.

„Denn selbst wenn man nur von den vom Kl. angegebenen Werten ausgeht, ist nicht ersichtlich, dass der entsprechende Erbeitel dem Kl. zum maßgeblichen Zeitpunkt des Zulassungswiderrufs als **liquider Vermögenswert** zur Tilgung seiner Verbindlichkeiten zur Verfügung gestanden hat. Auf die Liquidität entsprechender Mittel kommt es nach der st. Senats-Rspr. aber entscheidend an. Dagegen spricht hier bereits der Umstand, dass der Kl. es zu den angesprochenen Vollstreckungsmaßnahmen und sogar zur Abgabe der eidesstattlichen Versicherung hat kommen lassen, ohne durch die nunmehr bezüglich des Wohnhauses in den Raum gestellte Verwertung diese ihn und sein **berufliches Ansehen massiv belastenden Vorgänge zu verhindern**. Nicht einmal das von der Bekl. eingeleitete Verfahren auf Prüfung des Widerrufs hat den Kl. dazu bewegt, rechtzeitig seine Vermögensverhältnisse zu ordnen. Gegenüber der Bekl. hat der Kl. sein angeblich so werthaltiges Erbe nicht einmal erwähnt. Dies ist erstmals in einem wenige Stunden vor dem Termin vor dem Anwaltsgerichtshof per Fax übermittelten Schriftsatz geschehen. Soweit dort davon die Rede ist, die Auseinandersetzung der Erbengemeinschaft sei "vorgesehen" und aus diesem Grund solle das Grundstück in D. nunmehr verkauft werden, bestätigt dies nur, dass zum maßgeblichen Zeitpunkt nicht von "liquiden" Vermögenswerten ausgegangen werden konnte, wobei die Verkaufsbemühungen i. Ü. offenbar bis heute nicht von Erfolg gekrönt gewesen sind.

Nach der in § 14 Abs. 2 Nr. 7 BRAO zum Ausdruck kommenden **Wertung des Gesetzgebers ist mit einem Vermögensverfall eines Rechtsanwalts grds. eine Gefährdung der Interessen der Rechtsuchenden verbunden**. Auch wenn diese Regelung nicht im Sinne eines Automatismus zu verstehen ist, die Gefährdung daher nicht zwangsläufig und ausnahmslos schon aus dem Vorliegen eines Vermögensverfalls folgt, kann die Gefährdung im nach der gesetzlichen Wertung vorrangigen Interesse der Rechtsuchenden nur in seltenen Ausnahmefällen verneint werden (st. Senats-Rspr., vgl. nur BGH NJW 2005, 511).“ (BGH aaO)

BRAO  
§ 49b III 1

### Kostenverauslagung für Mandant Zulässigkeit

BRAO

(AnwGH München in BRAK-Mitt. 2014, 160; Urteil vom 17.02.2014 – BayAGH III-4-7/13)

Trifft ein Rechtsanwalt mit seinen Mandanten eine **Vereinbarung, Reparatur-, Sachverständigen- oder Abschleppkosten in Höhe der geschätzten Haftungsquote zu verauslagern**, stellt dies **keine gegen § 49 b II 2 BRAO verstößende Kostentragung** dar.

- I. Nach **§ 49 b II 2 BRAO** sind Vereinbarungen, durch die der Rechtsanwalt sich verpflichtet, Gerichtskosten, Verwaltungskosten oder Kosten anderer Beteiligten zu tragen, unzulässig. Ein solcher Fall liegt hier indes nicht vor.

„Dem **Verbot der Kostenübernahme** liegen ebenso wie dem **Verbot von Erfolgshonoraren** nach § 49 b II 2 BRAO Bedenken zugrunde, die sich hieraus für die anwaltliche Unabhängigkeit ergeben können (Henssler/Prütting, BRAO, 3. Aufl. 2010, § 49 b Rn 70). Ein **Verlust der Unabhängigkeit des Rechtsanwalts** ist bereits bei der im Falle eines Erfolgshonorars vorhandenen Aussicht, im Misserfallsfall ohne Vergütung zu bleiben, anzunehmen. Dies gilt daher erst recht bei einer im Misserfallsfall notwendig werdenden Finanzierung von fremden Kosten. Hier bleibt der Berater nicht lediglich für seine Dienstleistung unvergütet, sondern muss **aus eigenen, bereits erwirtschafteten Mitteln Leistungen an Dritte erbringen** (Kilian, Das Verbot der Finanzierung fremder Rechtsverfolgungskosten, NJW 2010, 1845). Eine derartige Gefahr ist in der von der Bekl. missbilligten Verfahrensweise jedoch nicht zu sehen. Die Kl. verpflichten sich nicht unabhängig vom Ausgang der Schadensregulierung dazu, die Reparatur-, Sachverständigen- oder Abschleppkosten endgültig zu übernehmen. Zwar mag im Einzelfall die Gefahr bestehen, dass die Kl. von ihren Mandanten die verauslagten Beträge nicht zurückerstattet erhalten. Allein hieraus ergibt sich aber keine „Vereinbarung“, die darauf gerichtet ist, auf jeden Fall diese Kosten zu tragen. Die Gefahr endgültig die verauslagten Kosten tragen zu müssen, hängt daher nicht von Erfolg oder Misserfolg der anwaltlichen Tätigkeit ab, sondern nur von der Solvenz der Mandanten.

Auf die Frage, ob es sich bei den genannten Kosten um Aufwendungen i. S. von § 670 BGB, die die Kl. im Rahmen ihres Anwaltsvertrages für ihre Mandanten tätigen, handelt, kommt es danach nicht an. Auch wenn man diese Frage mit der Bekl. verneinen wollte, ließe sich eine vom Erfolg abhängige Kostentragung der Kl. damit nicht begründen. Es kann offen bleiben, ob diese Frage anders zu beantworten ist, wenn der Rechtsanwalt nicht nur die anfallenden Reparatur-, Sachverständigen-, oder Abschleppkosten, für die regelmäßig die gegnerische Versicherung einzustehen hat, verauslagt, sondern in weit höherem Maß in Vorleistung tritt und seinem Mandanten andere Schäden oder Forderungen gegen Dritte vorfinanziert.“ (AnwGH München aaO)

- II. Eine Vereinbarung zur Verauslagung von Reparatur-, Sachverständigen-, bzw. Abschleppkosten stellt allerdings einen **Verstoß gegen § 49 b III 1 BRAO** dar.

Nach § 49 b III 1 BRAO ist die Abgabe und Entgegennahme eines Teils der Gebühren oder sonstiger Vorteile für die Vermittlung von Aufträgen, gleichviel ob im Verhältnis zu einem Rechtsanwalt oder Dritten, gleich welcher Art, unzulässig. Durch das **Verbot, nicht zur Rechtsanwaltschaft zugelassene Personen für die Vermittlung von Mandanten zu honorieren**, soll verhindert werden, dass Rechtsanwälte in einen Wettbewerb beim Ankauf von Mandanten treten (Kilian in Henssler/Prütting aaO., § 49 b Rn 159).

1. **Verboten** ist nach § 49 b III 1 BRAO die **Gewährung jeder Art von Belohnung für die Zuführung von Aufträgen**, wobei es **auf die Art des gewährten Vorteils nicht ankommt** (Henssler/Prütting aaO., § 49 b Rn 161, 162; Kleine-Cosack, BRAO, 6. Aufl. 2009, § 49 b Rn 49).

*„Hier erlangen die Kfz-Werkstätten einen wirtschaftlichen Vorteil dadurch, dass die Kl. für ihre Mandanten, die Kunden dieser Reparaturwerkstätten sind, eine (teilweise) Vorfinanzierung der Reparaturrechnungen vornehmen und ihnen somit zu einer schnellen und risikofreien Begleichung der Rechnungen verhelfen.*

*Zwar können die Reparaturwerkstätten ihr Risiko, von ihren Kunden keine Zahlung zu erhalten, grds. durch die Geltendmachung ihres Unternehmerpfandrechts minimieren. Für sie liegt jedoch ein wesentlicher Vorteil darin, nicht auf das Unternehmerpfandrecht zurückgreifen zu müssen und ggf. eine langwierige Verwertung des Pfandgegenstandes in die Wege leiten zu müssen. Sie erhalten vielmehr durch die der geschätzten Quote entsprechende Zahlung durch die Kläger unmittelbar Liquidität zugeführt, über die sie sofort verfügen können.*

*Entgegen der Auffassung der Kl. handelt es sich damit nicht nur um einen Vorteil für ihre Mandanten, denen sie die Möglichkeit der Verauslagung von Reparatur-, Sachverständigen-, bzw. Abschleppkosten anbieten, und nur um einen indirekten Vorteil der Kfz-Werkstätten, der für diese in einer unkomplizierten Abwicklung einer Verkehrsunfallangelegenheit liegt. Der Vorteil ist vielmehr ein **unmittelbarer wirtschaftlicher**, da die Kl. als solvente Dritte eine sofortige Zahlung der Reparatur-, Sachverständigen-, bzw. Abschleppkosten in Aussicht stellen. Insoweit kommt es auch nicht darauf an, ob den Reparaturwerkstätten durch die Vereinbarung zwischen den Kl. und ihren Mandanten tatsächlich ein eigenes Forderungsrecht gem. § 328 BGB aufgrund eines echten Vertrages zugunsten Dritter zusteht. Die tatsächliche Gewährung eines Vorteils genügt. In welcher Weise die Honorierung erfolgt, spielt keine Rolle, es **reicht aus, wenn der Rechtsanwalt dem Vermittler irgendeinen wirtschaftlichen Vorteil zukommen lässt** (Feuerich-Weyland, BRAO, 8. Aufl. 2012, § 49 b Rn 76; Henssler/Prütting aaO., § 49 b Rn 28).*

*Entgegen der Auffassung der Kl. geht es auch nicht um einen bloßen „Service“, den sie ihren Mandanten bieten, sondern gerade darum, dass Dritte für ihre Vermittlung einen Vorteil erhalten. Der Vorteil für die eigenen Mandanten ist demgegenüber begrenzt, insbes. wenn man berücksichtigt, dass diese bei einer höheren als der von den Kl. geschätzten Mitverursachungsquote dennoch selbst eine Abrechnung mit der Werkstatt vornehmen müssen.“ (AnwGH München aaO)*

2. Die **Kfz-Werkstätten vermitteln Mandanten** an die Kl. i. S. v. § 49 b III 1 BRAO.

*„Sie verweisen ihre Kunden aufgrund der ihnen bekannten und für sie vorteilhaften Vorgehensweise der Kl. bei der Abwicklung von Verkehrsunfallangelegenheiten an diese. Den Kl. wird es dadurch ermöglicht diese Kunden als Mandanten zu gewinnen. Ein **Vertragsverhältnis zwischen Rechtsanwalt und Drittem über die Vermittlung von Mandanten ist nach § 49 b III 1 BRAO nicht erforderlich**. Es genügt vielmehr, dass in der vorgesehenen Weise tatsächlich zusammengearbeitet wird.“ (AnwGH München aaO)*

3. § 49 b III 1 BRAO erfordert des Weiteren eine **kausale Verknüpfung von Vermittlung und dem gewährten Vorteil**. Eine solche ist gegeben, wenn sich die **Gewährung oder die Entgegennahme des Vorteils und der beabsichtigte Abschluss eines Anwaltsvertrages wechselseitig bedingen** (Henssler/Prütting aaO., § 49 b Rn 166).

*„Auch diese Voraussetzung liegt hier vor: Zwar mag es zutreffen, dass die Kl. allen ihren Mandanten diese Verfahrensweise anbieten, unabhängig davon, ob sie durch Kfz-Werkstätten empfohlen wurden. Dies ändert aber nichts daran, dass der oben dargestellte wirtschaftliche Vorteil gerade denjenigen Kfz-Werkstätten zugute kommt, die ihre Kunden an die Kl. verwiesen haben und mit denen daraufhin ein Anwaltsvertrag zustande kommt. Der Umstand, dass auch Kfz-Werkstätten, die im Vorfeld nicht beteiligt waren, von den Vereinbarungen zwischen den Kl. und ihren Mandanten über eine Vorfinanzierung profitieren, lässt zwar in diesen konkreten Fällen eine kausale Verknüpfung von Vermittlung und dem gewährten Vorteil nicht entstehen, führt aber nicht dazu, dass auch in den Fällen, in denen die Werkstattkunden erst **von den Kfz-Werkstätten auf die Vorgehensweise der Kl. aufmerksam gemacht** und an diese verwiesen wurden, die Kausalität im oben dargestellten Sinne zu verneinen wäre. Eine **kausale Verknüpfung von Vermittlung und dem gewährten Vorteil** liegt auch vor, wenn man davon ausgeht, dass nicht die Kl. von sich aus an Werkstätten und Sachverständige herantreten, sondern vielmehr das Vorbringen der Kl. zur Kontaktaufnahme mit Werkstätten/Sachverständigen richtig ist. Danach werden sie von Vertretern von Autohäusern oder von Sachverständigen kontaktiert, die von ihrer Vorgehensweise Kenntnis erlangt haben. Diesen erklären sie dann die Handhabung bei der Verauslagung der Kosten. Auch in diesem Fall ist **den Beteiligten bewusst, dass die Werkstätten oder Sachverständigen die dargestellten Vorteile erlangen, wenn sie ihre Kunden an die Kl. verweisen** und Mandantschaftsverhältnisse mit den Kl. zustande kommen.“ (AnwGH München aaO)*

4. **Gegen die Vorschrift des § 49 b III 1 BRAO bestehen keine verfassungsrechtliche Bedenken.**

*„Zwar wird durch diese Norm die **Freiheit der Berufsausübung i. S. von Art. 12 I 2 GG eingeschränkt**; die Regelung dient jedoch **vorrangigen Interessen des Allgemeinwohls**, da sie den Rechtsanwalt daran hindert, sich Mandate zu kaufen (Henssler/Prütting aaO., § 49 b Rn 160; Feuerich-Weyland aaO., § 49 b Rn 78). Die Norm ist geeignet die **Unabhängigkeit der Rechtsanwaltschaft zu gewährleisten** und einen **unlauteren Preiswettbewerb um Mandate zu verhindern**. Der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz ist gewahrt, da das verfolgte Ziel in keinem Missverhältnis zu den den Rechtsanwälten hierdurch auferlegten Einschränkungen steht. Diese können vielmehr durchaus in freien Wettbewerb mit anderen Anwälten um Mandanten treten, sie dürfen allein für eine Vermittlung von Mandanten Dritten keine Vorteile gewähren.*

*Die Auslegung des § 49 b III 1 BRAO durch die Bekl. ist verfassungskonform und verletzt nicht den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz: Die beanstandete Vorgehensweise der Kl. beinhaltet die Gefahr, dass die beteiligten Kfz-Werkstätten ihre Kunden nur deshalb an die Kl. verweisen, weil sie selbst sich hieraus einen Vorteil versprechen. Dies weckt zumindest den Anschein, die Kl. „kauften“ sich diese Mandate durch die Gewährung von wirtschaftlichen Vorteilen an Dritte. Dass zumin-*

dest die Gefahr eines solchen Anscheins realiter besteht - unbeschadet der Frage, ob der Vorwurf zu Recht erhoben wurde - zeigt die vom Kl. und der Bekl. angesprochene Beschwerde einer Mandantin des Kl., der offensichtlich nicht bewusst war, dass es zu weiteren, im ursprünglichen Sachverständigengutachten nicht enthaltenen, aber von der Werkstatt in Rechnung gestellten Reparaturkosten gekommen ist, für die der Kl. von seiner Mandantin dann Aufwendungsersatz verlangt hat. Es ist ohne weiteres nachvollziehbar, dass sich bei einer solchen Konstellation für den Mandanten der Anschein ergibt, Sachverständige, Werkstatt und Rechtsanwalt wirkten zu seinem Nachteil zusammen.

Die Kl. verschaffen sich i. Ü. durch ihre Verauslagung von Reparatur- und anderen Kosten einen **Vorteil gegenüber anderen Rechtsanwälten**, die nicht willens oder wirtschaftlich nicht in der Lage sind, potentiellen Mandanten eine entsprechende Verfahrensweise anzubieten. Diese Rechtsanwälte laufen Gefahr, dass mögliche Mandanten von den Kfz-Werkstätten wegen der für sie günstigen Abwicklungsform nur an die Kl. verwiesen werden und für sie dadurch von vornherein verloren gehen. Um diesen **Nachteil zu vermeiden**, wären sie daher dann gezwungen, ebenfalls eine solche Vorfinanzierung anzubieten. Die Beanstandung der Vorgehensweise der Kl. ist daher erforderlich und auch geeignet die für die Unabhängigkeit der Rechtsanwaltschaft dargelegten Gefahren zu vermeiden.“ (AnwGH München aaO)

BRAO  
§ 56 III 1 Nr. 1

### Verstoß gegen anwaltliche Berufspflicht Verspätet angezeigte Nebentätigkeit

BRAO

(AnwGH Berlin in BRAK-Mitt. 2014, 150; Beschluss vom 21.02.2014 – I AGH 14/13)

**Auch wenn zwischen der Aufnahme einer Nebentätigkeit und deren Anzeige bei der Rechtsanwaltskammer ein erheblicher Zeitablauf liegt, wiegt dieser Berufsrechtsverstoß regelmäßig nicht so schwer, dass die Einleitung eines anwaltsgerichtlichen Verfahrens erforderlich ist.**

„Zur Feststellung der Schwere der Schuld ist eine Gesamtschau der vorhandenen Umstände vorzunehmen. Dabei ist von **Sinn und Zweck der Anzeigepflicht** sowie den **tatsächlichen Auswirkungen des Verstoßes** auszugehen. **Zweck der Anzeigepflicht** ist es, der Ast. die **Erfüllung ihrer Aufsichtsaufgaben gegenüber ihren Mitgliedern zu ermöglichen** (Feuerich/Weyland, BRAO, 8. Auflage, § 56 Rn 1). Dies wird durch das Unterlassen der Anzeige bis zu deren Nachholung vereitelt.

Im Fall ist aber zu berücksichtigen, dass dieser **Verstoß darüber hinaus keine Auswirkungen gehabt hat** (wird ausgeführt).

Schließlich wurde in den von der Antragsgegnerin eingereichten Bescheiden eine Rüge nicht nur trotz der langen Dauer des Anzeigepflichtverstoßes, sondern zudem ungeachtet der Tatsache ausgesprochen, dass die jeweiligen Rechtsanwälte ihre Anzeige nicht eigeninitiativ, sondern erst im Rahmen des von der Antragstellern eingeleiteten Verfahrens nachholten.

Nach alledem ist die zweifellos aufgrund des Verstoßes vorliegende Schuld von Rechtsanwalt R als gering einzustufen, sodass die Einleitung des anwaltsgerichtlichen Verfahrens nicht erforderlich ist.“ (AnwGH Berlin aaO)

BGB  
§§ 1375, 1378 I

### Zugewinnausgleichsanspruch Berücksichtigung einer Abfindungszahlung

BGB

(OLG Karlsruhe in FamRZ 2014, 942; Beschluss vom 24.10.2013 – 2 UF 213/12)

**Wird eine aus der Auflösung eines Arbeitsverhältnisses erhaltene Abfindung nicht zum Ausgleich des weggefallenen Arbeitsentgelts benötigt, ist sie als ein Vermögensbestandteil anzusehen und damit als Zugewinn auszugleichen.**

I. Bei Abfindungen aus der Auflösung eines Arbeitsverhältnisses ist **umstritten**,

- **ob sie grds. ausschließlich im Zugewinnausgleich zu berücksichtigen sind** (BGH NJW 1998, 749 = FamRZ 1998, 362; Hoppenz FamRZ 2006, 1242; vgl. auch Palandt/Brudermüller, BGB, 72. Aufl. 2013, § 1375 Rn 2) oder
  - **ob nach der Zweckbestimmung der Abfindung als Entschädigung für den Verlust des Arbeitsplatzes oder für künftigen Verdienstaufschlag zu differenzieren ist** (BGH NJW 2001, 439 = FamRZ 2001, 278, in einem obiter dictum; Johannsen/Henrich, Familienrecht, 5. Aufl., § 1375 Rn 6; Kogel, Strategien beim Zugewinnausgleich, 4. Aufl. 2013, Rn 486 ff., 498 ff.; Büte, Zugewinnausgleich bei Ehescheidung, 4. Aufl. 2011, Kap. 6 Rn 72, 76 f.; Krenzler/Borth, Anwalts-HdB Familienrecht, 2. Aufl. 2012, Kap. 9 Rn 110 ff.).
  - Andere wollen **Abfindungen grds. unterhaltsrechtlich qualifizieren** (in diese Richtung Maurer FamRZ 2005, 757).
1. Während **Abfindungen**, die anlässlich einer Kündigung oder Aufhebung eines Arbeitsverhältnisses dem Arbeitnehmer gewährt wurden, von der **Rspr.** zunächst **grds. dem Zugewinnausgleich zugewiesen** wurden (BGH NJW 1982, 279 = FamRZ 1982, 148), differenziert der BGH danach, ob die Abfindung den Verlust des Arbeitsplatzes und des damit verbundenen sozialen Besitzstands entschädigen sollte oder ob die Abfindung als Ersatz für den zukünftig entstehenden Lohnausfall und damit als vorweggenommenes Arbeitseinkommen geleistet wurde. Soweit die **Abfindung als Entschädigung geleistet** wurde, ist sie **güterrechtlich**, und **soweit sie als Lohnersatz dient**, ist sie **unterhaltsrechtlich zu verwenden** (BGH NJW 2001, 439 = FamRZ 2001, 278; NJW 2003, 1396 = FamRZ 2003, 431).

Der BGH hat zunächst darauf abgestellt, dass die Bemessung der dortigen Abfindung ohne Rücksicht darauf vorgenommen worden ist, ob der einzelne Mitarbeiter bereits einen neuen Arbeitsplatz als Grundlage für ein künftiges Erwerbseinkommen gefunden bzw. in Aussicht hatte. Er hat diese Abfindung insofern mit Blick auf die strenge Stichtagsregelung im Zugewinnausgleich als eine vergangenheitsbezogene Entschädigung für den Verlust des Arbeitsplatzes und des damit verbundenen Besitzstands angesehen. Allerdings hat er diese Aussage bereits dahingehend eingeschränkt, dass, soweit die Abfindung zielgerichtet als Ersatz für den infolge der Betriebsstilllegung zukünftig entstehenden Lohnausfall und damit

als vorweggenommenes Einkommen für einen bestimmten (Übergangs-)Zeitraum geleistet worden war, die Abfindung – aus diesem Grund – dann von vorneherein nicht dem güterrechtlichen Ausgleich des Zugewinns unterliege.

2. Zur Berücksichtigung einer **nach der Scheidung erhaltenen Abfindung** bei der Bemessung des Unterhaltsbedarfs hat der BGH (NJW 2012, 1868 = FamRZ 2012, 1040) hervorgehoben, dass bei der Behandlung einer Abfindung die Besonderheiten zu beachten seien, die sich daraus ergeben, dass es sich um **Einkommen im Zusammenhang mit der Beendigung eines Arbeitsverhältnisses** handelt.

Die Abfindung könne je nach ihrem arbeitsrechtlichen Hintergrund der zukunftsbezogenen Entschädigung für Lohninbußen (so bei Sozialplanabfindungen), als Gegenleistung für den Verzicht auf eine Kündigungsschutzklage oder als Entschädigung für den Verlust des Arbeitsplatzes und des mit diesem verbundenen so genannten sozialen Besitzstands dienen. Aus der arbeitsrechtlichen Qualifikation der Abfindung lasse sich indessen noch keine zwingende Vorgabe für deren unterhaltsrechtliche Behandlung entnehmen. Die Heranziehung der Abfindung sei vielmehr vorwiegend nach unterhaltsrechtlichen Regeln zu beurteilen. Wenn der Unterhaltspflichtige im Anschluss an das beendete Arbeitsverhältnis sogleich eine neue Arbeitsstelle erlangt hat, die ihm ein der früheren Tätigkeit vergleichbares Einkommen einbringt, bleibt die Abfindung nach dieser Rechtsprechung für die Bemessung des Unterhaltsbedarfs unberücksichtigt (BGH NJW 2012, 1868 = FamRZ 2012, 1040). Kann der Unterhaltspflichtige hingegen sein früheres Einkommen nicht mehr erzielen, so ist die Abfindung grds. zur Aufstockung des verringerten Einkommens einzusetzen. Die Frage des Spannungsverhältnisses zum Güterrecht stellte sich im dortigen Fall allerdings nicht, weil die Abfindung erst nach dem Stichtag versprochen und gezahlt worden ist.

3. In der **Lit.** wird vielfach vertreten, dass der **Schwerpunkt der Abfindung wegen Auflösung eines Arbeitsverhältnisses auf der Funktion als Lohnersatz liege** (jedenfalls solange diese keine leitenden Angestellten oder Vorstandsmitglieder betrifft), weil die **Abfindung im Regelfall als Ersatz für zukünftig entstehenden Lohnausfall** und damit als **vorweggenommenes Arbeitseinkommen** geleistet wird (Haußleiter/Schulz, Vermögensauseinandersetzung bei Trennung und Scheidung, 5. Aufl. 2011, Kap. 1 Rn 167 ff.; Maurer FamRZ 2005, 757; ders. FamRZ 2012, 1685).

- II. **OLG Karlsruhe aaO folgt der differenzierenden Ansicht**, insbes. im Lichte der geänderten Rspr. des BGH zur Heranziehung einer arbeitsrechtlichen Abfindung zur Aufstockung eines nach Verlust des Arbeitsplatzes geringeren Erwerbseinkommens zu Unterhaltszwecken (BGH NJW 2012, 1868 = FamRZ 2012, 1040; BGH NJW 2012, 1873 = FamRZ 2012, 1048).

*„Die Abfindung, welche dem Ag. beim Ausscheiden aus dem Arbeitsverhältnis bezahlt wurde, ist **nur teilweise güterrechtlich auszugleichen**, weil sie nicht sowohl im Unterhalt als auch im Zugewinnausgleich berücksichtigt werden darf, soweit unter dem Gesichtspunkt der Halbteilung Berührungspunkte bestehen („Verbot der Doppelberücksichtigung“ – BGH NJW 2012, 1868 = FamRZ 2012, 1040; BGH NJW 2004, 2675 = FamRZ 2004, 1352; Kogel, Rn 487 ff.). Vorliegend hat der Ag. keinen Ehegattenunterhalt, aber zumindest bis Ende September 2012 Kindesunterhalt bezahlt und wird auch weiterhin Kindesunterhaltsansprüche ausgesetzt sein. Eine arbeitsrechtliche Abfindung ist zur **Aufstockung des für die Bemessung des Unterhaltsbedarfs des minderjährigen Kindes maßgeblichen Einkommens** des Unterhaltspflichtigen **ebenso zu verwenden wie für den Ehegattenunterhalt** (BGH NJW 2012, 1873 = FamRZ 2012, 1048). Darüber hinaus ist die Abfindung aber auch zur Deckung des eigenen Lebensbedarfs des Unterhaltspflichtigen einzusetzen (vgl. Haußleiter/Schulz, Kap. 1 Rn 169), so dass auch hier die **Sicherung des Unterhalts Vorrang** genießt.*

*Der Anspruch des Ag. auf Zahlung einer Abfindung führt im Ansatz zunächst zu einem Vermögenszuwachs, der nach der Stichtagsregelung des § 1375 I BGB in den Zugewinnausgleich fällt. Allerdings ist **bei der Zuordnung einer Abfindung zu sehen, dass es sich um Einkommen im Zusammenhang mit der Beendigung eines Arbeitsverhältnisses handelt** und die Abfindung insofern – zumindest auch – der Sicherung des Unterhalts des Arbeitnehmers und seiner Familie dient. Das Einkommen aus der Abfindung ist damit auch zur **Deckung des eigenen Lebensbedarfs des Unterhaltspflichtigen einzusetzen**. Dies rechtfertigt sich daraus, dass **Abfindungen in erster Linie die Funktion von Erwerbseinkommen haben**, um zu Gunsten des Bedürftigen einen vorübergehenden Einkommensrückgang bei Arbeitslosigkeit aufzufangen oder bei einem geringeren Verdienst an der neuen Arbeitsstelle zur Aufstockung des neuen Einkommens auf das frühere Niveau verwendet zu werden. Soweit eine **Abfindung jedoch nicht zum Ausgleich des nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses weggefallenen Arbeitsentgelts benötigt** wird, ist sie **als Bestandteil des Endvermögens des Ehegatten anzusehen und als Zugewinn auszugleichen**.“ (OLG Karlsruhe aaO)*

KSchG  
§ 1 II

## Verhaltensbedingte Kündigung

### Ausschweifende Internetnutzung

KSchG

(LAG S-H in BB 2014, 1652; Urteil vom 06.05.2014 – 1 Sa 421/13)

Bei einer **ausschweifenden privaten Nutzung des Internets während der Arbeitszeit** kann die **ordentliche Kündigung** eines Mitarbeiters **auch ohne Abmahnung sozial gerechtfertigt** sein.

Ein Arbeitnehmer verletzt durch einen massiven Download von Daten aus dem Internet seine arbeitsvertraglichen Pflichten erheblich. Ein Download ist darüber hinaus mit erheblicher Gefahr der Infizierung des betrieblichen Datensystems mit Viren verbunden. Dies rechtfertigt auch im Rahmen einer Interessenabwägung die ordentliche Kündigung des Arbeitsverhältnisses auch ohne einschlägige Abmahnung des Arbeitnehmers.

- I. Nach der **Rspr. des BAG** kommt eine Kündigung wegen privater Nutzung des Internets dann in Betracht, wenn entweder der Arbeitnehmer entgegen einem **ausdrücklichen Verbot** oder einer einschlägigen Abmahnung das Internet für private Zwecke nutzt, oder wenn eine **Nutzung in einem solchen Ausmaß** erfolgt, **dass der Arbeitnehmer nicht annehmen könne, sie sei vom Einverständnis des Arbeitgebers gedeckt**. Weitere **Pflichtverletzungen** können darin liegen,
  - dass eine erhebliche Menge von Daten aus dem Internet auf betriebliche Datensysteme heruntergeladen werden (**unbefugter Download**), insbesondere wenn damit die Gefahr möglicher Vireneinfürzungen oder anderer Störungen des Betriebssystems verbunden sein können, ferner

- die private Nutzung des Internets während der Arbeitszeit, weil der Arbeitnehmer während des Surfers im Internet zu privaten Zwecken seine **arbeitsvertraglich geschuldete Arbeitsleistung nicht erbringt** und dadurch seine Arbeitspflicht verletzt (BAG, Urteil vom 07.07.2005 - 2 AZR 581/04 - Juris, Rn. 23 und 24).

Ist eine umfangreiche private Nutzung des Internets durch den Arbeitgeber belegt, **muss der Arbeitnehmer vortragen, dass ihm nicht in ausreichendem Umfang Arbeit vom Arbeitgeber zugewiesen worden ist.**

- II. Für eine verhaltensbedingte Kündigung gilt grds. das sog. „**Prognose-Prinzip**“: Eine **in der Vergangenheit begangene Pflichtverletzung muss sich noch in der Zukunft auf das Arbeitsverhältnis belastend auswirken.**

Eine negative Prognose liegt vor, wenn aus der konkreten Vertragspflichtverletzung und der daraus resultierenden Vertragsstörung geschlossen werden kann, der Arbeitnehmer werde den Arbeitsvertrag auch nach einer Kündigungsandrohung erneut in gleicher oder ähnlicher Weise verletzen. Deshalb setzt eine Kündigung wegen einer Vertragspflichtverletzung regelmäßig eine Abmahnung voraus.

„Die **Abmahnung** ist zugleich auch **Ausdruck des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes**: Unter Berücksichtigung dieses Grundsatzes ist eine **Abmahnung nur entbehrlich, wenn eine Verhaltensänderung in Zukunft trotz Abmahnung nicht erwartet werden kann**, oder es sich um eine **schwere Pflichtverletzung** handelt, deren Rechtswidrigkeit dem Arbeitnehmer ohne Weiteres erkennbar ist und bei der die Hinnahme des Verhaltens durch den Arbeitgeber offensichtlich ausgeschlossen ist (BAG, Urteil vom 23.06.2009 - 2 AZR 103/08 - Juris, Rn 32 f). Für eine Kündigung wegen privater Internetnutzung ohne vorhergehende Abmahnung hat das BAG entschieden, dass bei einer Nutzung des Internets während der Arbeitszeit in erheblichem zeitlichem Umfang („ausschweifend“) er **grds. nicht darauf vertrauen könne, der Arbeitgeber werde dies tolerieren**. Nach dieser Rspr. muss der Arbeitnehmer damit rechnen, dass der Arbeitgeber nicht damit einverstanden ist, wenn sein Arbeitnehmer seine Arbeitsleistung in dieser Zeit nicht erbringt und gleichwohl eine entsprechende Vergütung dafür beansprucht. Das gilt selbst dann, wenn der Arbeitgeber keine **klarstellenden Nutzungsregelungen für den Betrieb** aufgestellt hat. Bei einer fehlenden ausdrücklichen Gestattung oder Duldung des Arbeitgebers ist eine private Nutzung des Internets grds. nicht erlaubt. Weist in diesen Fällen die Nichtleistung der vertraglich geschuldeten Arbeit einen erheblichen zeitlichen Umfang auf, kann der Arbeitnehmer in keinem Fall mit einer Duldung ernsthaft rechnen. Deshalb muss es jedem Arbeitnehmer klar sein, dass er mit einer exzessiven Nutzung des Internets während der Arbeitszeit seine arbeitsvertraglichen Haupt- und Nebenpflichten erheblich verletzt. Es bedarf daher in solchen Fällen auch keiner Abmahnung (BAG, Urteil vom 07.07.2005 - 2 AZR 581/04 - Juris, Rn 36 f.“ (LAG S-H aaO)

StVO  
§ 5

**Faktisches Überholverbot**  
Überholvorgang unter Überschreitung der zulässigen Höchstgeschwindigkeit  
(OLG Hamm in MDR 2014, 714; Urteil vom 04.02.2014 – I-9 U 149/13)

StVO

Der Umstand, dass ein **Überholvorgang nur unter Überschreitung der zulässigen Höchstgeschwindigkeit möglich ist, begründet kein sog. „faktisches Überholverbot“.**

„Soweit aus dem Umstand, dass ein Überholvorgang nur unter Überschreitung der zulässigen Höchstgeschwindigkeit möglich ist, auf ein sog. **faktisches Überholverbot** geschlossen wird (so OLG München NJW 1966, 1270; Burmann/Heß/Jahnke/Janker, Straßenverkehrsrecht, 22. A. 2012, § 5 Rn 23) **findet eine solche Konzeption nach Ansicht des Senats keine hinreichende Stütze im Gesetz**: Insbesondere findet sich eine solche nicht in § 5 StVO. **§ 5 II StVO normiert lediglich, dass neben dem Ausschluss einer Behinderung des Gegenverkehrs mit wesentlich höherer Geschwindigkeit zu überholen ist. Der Katalog der Überholverbote in § 5 III StVO greift ebenfalls nicht.**

Nach der Konzeption der §§ 5 und 3 StVO trifft vielmehr denjenigen, der **nur unter Überschreiten der zulässigen Höchstgeschwindigkeit überholt**, „lediglich“ der Vorwurf, **gegen § 3 StVO zu verstoßen**. Damit lässt sich die Konzeption eines „faktischen Überholverbots“ allein damit begründen, dass der Unfall sich nicht ereignet hätte, wenn der Kl. die zulässige Höchstgeschwindigkeit eingehalten hätte, schlicht weil er dann geschwindigkeitsbedingt nicht hätte überholen können. Eine solche Sichtweise vernachlässigt aber, dass sich die Kollision nach den Feststellungen des Sachverständigen auch bei Einhalten der zulässigen Höchstgeschwindigkeit durch den Kl. ereignet hätte, die Überschreitung der zulässigen Höchstgeschwindigkeit also gerade nicht kausal geworden ist. Bei einer solchen Konstellation verbietet sich nach Auffassung des Senats jedenfalls die Annahme eines faktischen Überholverbots.“ (OLG Hamm aaO)

ZPO  
§§ 234 II, 236 II 2

**Nachholung einer versäumten Handlung**  
Isolierter Verfahrenskostenhilfeantrag  
(BGH in NJW-RR 2014, 699; Beschluss vom 16.01.2014 – XII ZB 571/12)

ZPO

Stellt ein Verfahrensbeteiligter in einer Familienstreitsache vor Einlegung der Beschwerde einen **isolierten Verfahrenskostenhilfeantrag**, **beginnt die Frist zur Nachholung der versäumten Verfahrenshandlung erst mit der Bekanntgabe der Entscheidung des Beschwerdegerichts** über die beantragte Beordnung eines Rechtsanwalts.

„Gem. § 113 I FamFG i. V. m. § 236 II 2 ZPO setzt die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand u. a. voraus, dass der Ast. die versäumte Verfahrenshandlung innerhalb der zweiwöchigen Wiedereinsetzungsfrist des § 234 I 1 ZPO nachholt. Diese **Frist beginnt nach § 113 I 1 FamFG i. V. m. § 234 II ZPO mit dem Tag, an dem das Hindernis behoben ist**. Das ist in Fällen wie dem vorliegenden, in denen ein Verfahrensbeteiligter vorab um Verfahrenskostenhilfe für ein beabsichtigtes Rechtsmittel nachsucht, spätestens der Zeitpunkt der Zustellung des Verfahrenskostenhilfebeschlusses (vgl. BGH NJW 2009, 854 = FamRZ 2009, 217). Wird die beantragte Verfahrenskostenhilfe bewilligt, ist regelmäßig der Grund, der einen mittellosen Verfahrensbeteiligten bisher daran gehindert hat, die beabsichtigte Verfahrenshandlung vorzunehmen, entfallen. **Besteht für die Verfahrenshandlung allerdings Anwaltszwang, genügt die bloße Bewilligung von Verfahrenskostenhilfe nicht, um das Hindernis zu beheben**. Die notwendige Bevollmächtigung eines Rechtsanwalts kann der mittellose Verfahrensbeteiligte nur dann vornehmen, wenn ihm im Wege der Verfahrenskostenhilfe ein Rechtsanwalt beigeordnet wird. Nur dann ist er wirtschaftlich in der Lage, die erforderliche anwaltliche Vertretung in dem Verfahren zu erreichen. Deshalb beginnt die Wiedereinsetzungsfrist in Verfahren, in denen sich der Beteiligte durch einen Anwalt vertreten las-

sen muss, erst mit der Bekanntgabe des Beschlusses, mit dem ein Rechtsanwalt beigeordnet wird (vgl. BGH NJW 2004, 2902 und BGH NJW 2001, 2545).

Entgegen der Auffassung des BeschwGer. **begann** danach im vorliegenden Fall die **Wiedereinsetzungsfrist** nicht bereits mit der Zustellung des die Verfahrenskostenhilfe bewilligenden Beschlusses zu laufen, sondern **erst mit der nachgeholtten Entscheidung über die beantragte Anwaltsbeordnung.**“ (BGH aaO)

---

ZPO  
§ 544 VII

**Bestrittenes Parteivorbringen**  
Darstellung im Urteilstatbestand

ZPO

(BGH in MDR 2014, 674; Beschluss vom 25.03.2014 – VI ZR 271/13)

**Bestrittenes Parteivorbringen ist im Urteilstatbestand als streitig zu behandeln.** Eine rechtliche Frage ist es, ob das **Bestreiten auch prozessrechtlich wirksam** ist, dies ist **im Rahmen der Tatsachenwürdigung zu klären.**

„Die Frage, ob Vortrag einer Partei prozessrechtlich wirksam bestritten worden ist, bleibt **ohne Einfluss auf die Wiedergabe des Parteienvortrags in den tatbestandlichen Feststellungen.** Dabei handelt es sich um eine **rechtliche Frage, die im Rahmen der Tatsachenwürdigung zu klären ist.**“ (BGH aaO)

## Steuerrecht

AO  
§§ 172 ff.

### Bindungswirkung eines Steuerbescheids Zivilgerichtliches Verfahren

SteuerR

(OLG Hamm in MDR 2014, 679; Urteil vom 28.01.2014 – 19 U 107/13)

**Zivilgerichte sind an Steuerbescheide oder unmissverständliche Rechtsauffassungen der Finanzbehörden nicht gebunden, sondern müssen steuerrechtliche Vorfragen selbstständig beantworten.**

I. Diese **Frage** wird in **Rspr. und Lit.** jedoch **nicht einheitlich beantwortet**:

1. Nach **einer Auffassung** sind die steuerrechtlichen Vorfragen grds. von den Zivilgerichten selbstständig zu beantworten.

Die angerufenen Gerichte hätten über den Streitgegenstand regelmäßig eine einheitliche und endgültige Entscheidung zu treffen und die sich hierbei stellenden Vorfragen unabhängig davon zu klären, welchem Rechtsgebiet diese zuzuordnen seien. Dies sei zur Gewährleistung eines wirkungsvollen Rechtsschutzes geboten. Nur wenn eine endgültige Beurteilung der objektiven Steuerpflicht auf erhebliche Schwierigkeiten tatsächlicher oder rechtlicher Art stoße und damit ernsthaft die Gefahr bestehe, dass die Finanzbehörden die Frage der Steuerpflicht abweichend von der Einschätzung der Zivilgerichte beurteilen würden, würden sich diese, um die Sanktionswirkungen des § 14 II, III UStG zu vermeiden, ausnahmsweise mit der Feststellung begnügen dürfen, die Steuerrechtslage sei zumindest ernstlich zweifelhaft. Würden sich die steuerlichen Vorfragen aber ohne Schwierigkeiten klären lassen, habe das Zivilgericht eine seiner Auffassung entsprechende Entscheidung zu treffen.

BGH, Urteil vom 24.02.1988, Az. VIII ZR 64/87; BGH, Urteil vom 02.11.2011, Az. V ZR 224/00; so auch OLG Sachsen-Anhalt, Urteil vom 29.06.2007, Az. 10 U 7/07; BFH, Urteil vom 30.03.2011, Az. XI ZR 5/09

2. Nach **anderer Auffassung** besteht eine Bindung u. a. der Zivilgerichte sowohl an festsetzende Bescheide als auch an unmissverständliche Rechtsauffassungen der Finanzbehörden, da das Entscheidungsrecht über die Besteuerung nach dem System der Abgabenordnung ausschließlich bei den Finanzbehörden und den Finanzgerichten liege.

Nur diese würden verbindliche Entscheidungen über die Steuerpflicht treffen. Meinungsunterschiede über Grund und Höhe der Umsatzsteuerpflicht seien zwischen dem Unternehmer als Steuerschuldner und dem Steuerfiskus als Steuergläubiger zu klären. Entscheidungen der Zivilgerichte im Verhältnis zwischen Unternehmer und Abnehmer würden in der öffentlich-rechtlichen Beziehung zwischen Unternehmer und Steuerfiskus keine Bindungswirkung entfalten. Andernfalls würden widersprechende Entscheidungen drohen. Es müsse deshalb allein den Finanzbehörden und gegebenenfalls den zuständigen Finanzgerichten überlassen bleiben, die aufgeworfenen steuerrechtlichen Fragen zu klären. Neben den Entscheidungen durch Festsetzungsbescheide würden auch unmissverständliche Rechtsauffassungen der Finanzbehörden Bindungswirkung entfalten.

BSG, Urteil vom 17.07.2008, Az. B 3 KR 18/07 R; BSG, Urteil vom 03.03.2009, Az. B 1 KR 7/08 R; BGH, Urteil vom 17.07.2001, Az. X ZR 13/99

II. **OLG Hamm aaO folgt der erstgenannten Auffassung**, wonach eine eigene Prüfungskompetenz der Steuerrechtslage durch das Zivilgericht gegeben ist.

*„Zur Gewährleistung eines wirkungsvollen Rechtsschutzes ist es geboten, dass die angerufenen Gerichte bei der Entscheidungsfindung die sich hierbei stellenden Vorfragen unabhängig davon zu klären haben, welchem Rechtsgebiet diese zuzuordnen sind. Demnach gebietet das Recht auf effektiven Rechtsschutz im vorliegenden Fall eine **eigenständige Prüfung des materiellen Steuerrechts durch die angerufenen Gerichte.**“ (OLG Hamm aaO)*

1. Die **Argumente der Gegenauffassung**, wonach eine selbstständige Prüfung der Steuerrechtslage nicht möglich sei, da die Entscheidungskompetenz ausschließlich den Finanzbehörden und den Finanzgerichten zustehe, **überzeugen** dagegen nach Ansicht des OLG Hamm **nicht**.

*„Eine Bindungswirkung der Bescheide des Finanzamtes E an die Kl. sowie eine Bindungswirkung der Auffassung des Finanzamtes für das privatrechtliche Verhältnis zwischen den Parteien ist schon deswegen abzulehnen, weil es das Steuerrechtsverhältnis der Bekl. außer Acht lässt. Es ist zu beachten, dass in Konstellationen wie der vorliegenden drei **Rechtsbeziehungen voneinander zu trennen** sind. Es ist zu unterscheiden zwischen dem **privatrechtlichen Verhältnis der Parteien**, dem **steuerrechtlichen Verhältnis der Kl. zum Finanzamt als Steuergläubiger** und dem **steuerrechtlichen Verhältnis der Bekl. zu seinem Steuergläubiger bzw. dem Bundeszentralamt für Steuern**. Eine Bindungswirkung der Steuerrechtslage durch die Finanzbehörden könnte allenfalls in Betracht kommen, wenn gewährleistet wäre, dass in beiden Steuerrechtsverhältnissen die Steuerrechtslage gleich beurteilt wird. Denn in diesem Fall würde die Neutralität zwischen Umsatzsteuerbelastung und Vorsteuerabzug gewahrt bleiben.*

*Eine solche einheitliche Beurteilung der Rechtslage durch die verschiedenen Steuerbehörden ist jedoch nicht gewährleistet, insbesondere in Fällen **grenzüberschreitender Leistungsbeziehungen**. Vielmehr ist es möglich, dass die verschiedenen Steuerbehörden die Steuerrechtslage unterschiedlich beurteilen. Bei grenzüberschreitenden Leistungsbeziehungen - wie es vorliegend der Fall ist - kann grundsätzlich das Problem auftreten, dass die mit der steuerrechtlichen Bewertung des Sachverhalts befassten Steuerbehörden unterschiedliche Entscheidungen zu der Frage treffen, ob es sich bei der Leistung um eine im Inland steuerbare und steuerpflichtige Leistung oder um eine solche handelt, die nach dem Empfängerortsprinzip im Ausland steuerbar ist. So könnte z. B. das für den Verkäufer zuständige Finanzamt die zu beurteilende Leistung unzutreffend als im Inland steuerbar und steuerpflichtig behandeln und die Abführung der Umsatzsteuer verlangen, dagegen das für das Vorsteuervergütungsverfahren zuständige Bundeszentralamt unter Verweis auf die zutreffende*

*Rechtslage eine Vorsteuervergütung verweigern. Dies würde zu einer gesetzlich nicht gewollten Mehrbelastung des ausländischen Käufers führen, wenn dieser bereits aufgrund einer Rechnung die Umsatzsteuer an den Verkäufer gezahlt hat oder dazu verpflichtet wird (vgl. FG Hamburg, Vorlage an den EuGH vom 20.04.2010, Az. 3 K 3/09).“ (OLG Hamm aaO)*

2. Die Mitgliedstaaten der EU sind auch nicht aufgrund der Art. 17 I, IIa, IIIa, Art. 18 Ia Richtlinie 77/388 (inzwischen: Art. 167, Art. 168 a, Art. 169 a, Art. 178 a Richtlinie 2006/112) verpflichtet, ihr nationales Verfahrensrecht so zu gestalten, dass die Steuerbarkeit und die Umsatzsteuerpflicht einer Dienstleistung beim Leistungserbringer und beim Leistungsempfänger in kohärenter Weise beurteilt werden, auch wenn für sie verschiedene Finanzbehörden zuständig sind (EuGH -1. Kammer-, Urteil vom 26.01.2012, Az. C-218/10). Demnach ist der **deutsche Gesetzgeber nicht verpflichtet, verfahrensrechtliche Regelungen zu erlassen, die sicherstellen, dass unterschiedliche Finanzbehörden bei einem Sachverhalt eine einheitliche Auffassung hinsichtlich der Frage der Steuerbarkeit haben.**

*„Aus diesem Grund besteht keine Veranlassung, sich an die Rechtsauffassung der Finanzbehörden gebunden zu fühlen. Da schon Widersprüche in der Beurteilung durch die verschiedenen Finanzbehörden nicht ausgeschlossen sind, ist die Gefahr unterschiedlicher Entscheidungen des Zivilgerichts und der Finanzbehörde bzw. des Finanzgerichts hinzunehmen. Eine Bindungswirkung durch eine Entscheidung der Finanzbehörde tritt demnach nur in dem steuerrechtlichen Verhältnis des Steuerschuldners zu seinem Finanzamt ein, nicht jedoch im Verhältnis zwischen den Vertragsparteien (so auch Rohde/Knobbe, Die Auslegung einer vertraglichen Nettopreisabrede, NJW 2012, 2156).“ (OLG Hamm aaO)*

## Weitere Schrifttumsnachweise

### I. Zivilrecht

#### 1. Günther/Frey: Diskriminierende Kündigungen (NZA 2014, 584)

Bei Kündigungen, für die das KSchG gilt, spricht der **Wortlaut des § 2 IV AGG gegen eine zusätzliche, zur Unwirksamkeit der Kündigung hinzutretende Entschädigung nach § 15 II AGG**, denn die Frage, wie eine mit einer Kündigung einhergehende Persönlichkeitsverletzung zu sanktionieren ist, betrifft – zumindest dann, wenn die Persönlichkeitsverletzung gerade in der diskriminierenden Kündigung selbst liegt – das Verhältnis von Kündigungsschutzrecht und AGG und damit den Regelungsgehalt des § 2 IV AGG. - Auch der **Zweck von § 2 IV AGG steht einer zusätzlichen finanziellen Sanktion entgegen**, denn der Gesetzgeber wollte verhindern, dass neben den herkömmlichen kündigungsschutzrechtlichen Vorschriften ein neues, zusätzliches Kündigungsschutzrecht geschaffen wird. - Vor diesem Hintergrund überzeugt auch die Argumentation des 6. Senats nicht, eine Entschädigung nach § 15 II AGG müsse bei Kündigungen „erst recht“ gewährt werden, denn anders als für Abmahnungen und Versetzungen gibt es für Kündigungen ein spezielles Regelwerk, dessen Verhältnis zu AGG-rechtlichen Bestimmungen durch § 2 IV AGG geklärt ist. - Das **KSchG kennt keinen eigenständigen Entschädigungsanspruch**, sondern ordnet als Rechtsfolge diskriminierender Kündigungen „nur“ deren Unwirksamkeit an; ein Schadensersatz- oder Schmerzensgeldanspruch des Gekündigten kam daher nur nach allgemeinen bürgerlich-rechtlichen Vorschriften (§280 I BGB und § 823 BGB i. V. m. Art.2 I, 1 GG) in Betracht, wenn mit der Kündigung eine Persönlichkeitsrechtsverletzung einherging; gleichwohl bedeutet die generelle Anwendbarkeit des § 15 II AGG bei diskriminierenden Kündigungen eine Besserstellung der betroffenen Arbeitnehmer. - Eine **Entschädigung nach § 15 II AGG setzt** – anders als die zivilrechtlichen Haftungsnormen – **kein Verschulden des Arbeitgebers voraus**; dies folgt aus einer nach ganz überwiegender Auffassung gebotenen **europarechtskonformen Auslegung von § 15 II AGG**. - Ein Entschädigungsanspruch kommt bereits in Betracht, wenn gegen das Benachteiligungsverbot verstoßen wurde und dieser Verstoß dem Arbeitgeber zuzurechnen ist. - Im Rahmen des § 15 II AGG wird **bei einem Verstoß gegen das Benachteiligungsverbot der Eintritt eines immateriellen Schadens vermutet** und muss nicht gesondert festgestellt werden; eine Entschädigungsklage nach § 15 II AGG kann entsprechend § 253 BGB unbeziffert erhoben werden; der Kläger muss nur unter Darlegung des anspruchsbegründenden Sachverhalts ausreichend Tatsachen für die Bemessung des Anspruchs vortragen und die ungefähre Größenordnung angeben. - Der Entschädigungsanspruch nach § 15 II AGG wirft **Folgefragen** auf, wenn ein durch eine diskriminierende Kündigung benachteiligter Arbeitnehmer einen Auflösungsantrag nach § 9, 10 KSchG stellt: In diesem Fall wäre es ermessensfehlerhaft, wenn das ArbG den Rahmen aus § 10 KSchG bei der Höhe der Abfindung ausschöpft und zusätzlich eine Entschädigung nach § 15 II AGG gewährt; in einem solchen Fall ist vielmehr eine etwaige Entschädigung nach § 15 II AGG „einzupreisen“, wenn es darum geht, eine „angemessene“ Abfindung i. S. von § 9 I 1 KSchG zu bestimmen.

#### 2. Bernau: Die Rspr. des BGH zur Wiedereinsetzung in den vorigen Stand (NJW 2014, 2007)

### II. Strafrecht

#### 1. Eiden/Walter: Zur konkludenten Täuschung bei unberechtigten Abmahnschreiben durch Rechtsanwälte (NSTz 2014, 297)

Bespr. der Entsch. OLG Köln NJW 2013, 2772

#### 2. Reichling/Lange: Der Täterkreis der Steuerhinterziehung durch Unterlassen (NSTz 2014, 311)

Bei der **Steuerhinterziehung durch aktives Tun** (§ 370 I Nr. 1 AO) kann nach nahezu unbestrittener Auffassung **„jedermann“ Täter sein**; es handelt sich insoweit um ein **Allgemeindelikt**. - Die **Deliktsnatur des § 370 I Nr. 2 AO ist hingegen umstritten**: Während die st. Rspr. des BGH und die h. M. in der Lit. § AO § 370 I Nr. 2 AO als Sonderdelikt verstehen, betrachtet die auch von Jäger, der dem 1. Strafsenat des BGH angehört, vertretene Gegenauffassung die Norm als Allgemeindelikt; Folge dieser auch vom LG Mannheim vertretenen Auffassung wäre, dass die Verletzung einer Aufklärungspflicht über steuerlich erhebliche Tatsachen einer Person einer anderen selbst nicht erklärungs-pflichtigen Person zugerechnet werden könnte; somit könnten auch solche Personen Mittäter einer Steuerhinterziehung durch Unterlassen sein, die selbst keine sie persönlich treffende Pflicht verletzen.

### III. Öffentliches Recht

#### 1. Lachenmann/Schwiering: Betrieb von Videokameras in Pkw - Datenschutzrechtliche (Un-) Zulässigkeit des Betriebs von On-Board-Kameras in Pkws (NZA 2014, 291)

Die **Rechtmäßigkeit von Überwachung durch Videokameras richtet sich nach § 6 b I BDSG** und ist nur zulässig, soweit sie der **Aufgabenerfüllung öffentlicher Stellen, der Wahrnehmung des Hausrechts** oder der **Wahrung berechtigter Interessen** für konkret festgelegte Zwecke dient; die Wertungen sind nach st. Rspr. des BGH im Rahmen des zivilrechtlichen Abwehrenspruchs zu berücksichtigen, wenn das BDSG keine Anwendung findet. - Der Einsatz von Überwachungskameras in öffentlichen Verkehrsmitteln ist gem. § 6 b I Nr. 2 BDSG zur Wahrung des Hausrechts gerechtfertigt; auf das Hausrecht können sich Taxifahrer hingegen nicht berufen, da die Intensität des Eingriffs in die Persönlichkeitsrechte der Betroffenen in einem Taxi erheblich höher ist. - Zulässig sind einsatzbereite Kameras in Taxis, die der Taxifahrer im Notfall manuell mittels „Notfallknopf“ aktivieren kann; dies ist zur Wahrnehmung berechtigter Interessen des Taxifahrers gem. § 6 I Nr. 3 BDSG erlaubt; Fahrgäste sind darauf hinzuweisen, § 6 II BDSG. - Videokameras, die aus einem Pkw heraus den Verkehr aufnehmen, sind grds. rechtswidrig; **für Private besteht kein Recht auf Überwachung des öffentlichen Raumes**; der BGH nimmt bei zu Videoaufnahmen von öffentlichen Wegen grds. „eine schwerwiegende Beeinträchtigung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts“ der Betroffenen an. - Der **Einsatz von Videokameras an parkenden Pkw sowie mit mobilen Kameras**, die an Pkw angebracht sind, **ist unzulässig**. - **Zivilrechtliche Abwehrensprüche** der Betroffenen ergeben sich **aus §§ 1004, 823 I 1, II BGB i. V. m. § 6b BDSG**. - **Ansprüche auf Schadensersatz** bzw. angemessene Geldentschädigung ergeben sich **aus § 7 BDSG i. V. m. § 823 BGB**; mögliche Maßnahmen der Aufsichtsbehörde sind u. a. Unterlassungsverfügungen nach § 38 V BDSG sowie Bußgelder gem. § 43 I Nr. 8 BDSG und § 43 II Nr. 1 BDSG.

## 2. **Scheidler**: Strohmannverhältnisse im Gewerberecht in der verwaltungsgerichtlichen Rechtsprechung (GewA 2014, 238)

Ein **Strohmannverhältnis** liegt vor, wenn ein (eigentlich) Gewerbetreibender einen anderen lediglich als jederzeit steuerbare Marionette vorschiebt, um **zwecks Täuschung des Rechts- und Wirtschaftsverkehrs die wahren faktisch-wirtschaftlichen Machtverhältnisse zu verschleiern**. - Auf diese Weise gehen Gewerbetreibende vor allem dann vor, wenn ihnen – etwa wegen fehlender oder weggefallener Zuverlässigkeit – die Ausübung des Gewerbes gem. § 35 I GewO untersagt wurde oder wenn ihnen (bei einem erlaubnispflichtigen) Gewerbe die erforderliche Erlaubnis aus personenbezogenen Gründen versagt wurde; in solchen Fällen wird durch Vorschieben eines Strohmannes, dem die erforderliche Zuverlässigkeit zunächst nicht abgesprochen werden kann, versucht, dass das untersagte (bzw. nicht zugelassene) Gewerbe vom Hintergrund aus, d. h. ohne offiziell in Erscheinung zu treten, trotzdem (weiter)geführt wird. - Das **Vorliegen eines Strohmannverhältnisses bedarf besonderer Nachweise** und ist eine **tatsächliche Frage des Einzelfalles**, deren Beantwortung aus Indizien abzuleiten ist. - Der Sinn der rechtlichen Erfassung des Strohmannverhältnisses liegt darin, den Hintermann in den gewerberechtlichen Ordnungsrahmen einzubeziehen und damit die tatsächlichen Verhältnisse zur Grundlage ordnungsbehördlicher Entscheidungen machen zu können; gewerberechtliche Anordnungen sind daher gegenüber dem Hintermann möglich, da er der eigentlich Gewerbetreibende ist. - Nach der Rspr. – auch des BVerwG – **kann aber auch der Strohmann Adressat gewerberechtlicher Anordnungen sein**, obwohl er tatsächlich nicht Gewerbetreibender ist; seine Heranziehung rechtfertigt sich aber daraus, dass er nach außen hin den **Schein erweckt, Gewerbetreibender zu sein**. - Die **Strohmanntheorie** muss allerdings **auf Ausnahmefälle beschränkt** bleiben, deren Sonderbewertung sich aus dem Vorwurf erklärt, in diesem Fall liege ein der Verschleierung tatsächlicher Verhältnisse dienender Rechtsformenmissbrauch vor; es bedarf im Einzelfall einer genauen Analyse des zwischen den Beteiligten bestehenden Innenverhältnisses, um die objektiv-subjektiven Merkmale eines Strohmannverhältnisses zu ermitteln. - Besonderheiten ergeben sich bei juristischen Personen wie etwa einer AG oder GmbH, die ebenfalls Gewerbetreibende sein können, denn nur sie und nicht die sie vertretenden natürlichen Personen sind Gewerbetreibende, so dass Adressat einer Untersagungsverfügung grds. nur die juristische Person sein kann; unter bestimmten Voraussetzungen lässt die Rspr. aber auch hier den Strohmanngedanken zu, so dass ein Durchgriff auf die die juristische Person vertretenden natürlichen Personen möglich ist; Voraussetzung ist, dass ein Gewerbetreibender zur Verschleierung der wirklichen Machtverhältnisse eine juristische Person vorschiebt, die ohne eigene unternehmerische Tätigkeit nur als Marionette des Gewerbetreibenden am Wirtschaftsleben teilnimmt; hierfür bedarf es einer genauen Analyse der Innenbeziehungen und subjektiver Umstände. - Da sich die für ein Strohmannverhältnis sprechenden **subjektiven Umstände** in der Praxis i. d. R. schwer ermitteln lassen, ist es oft zielführender, bei juristischen Personen mit herkömmlichen Mitteln des Gewerberechts den durch Strohmannverhältnisse hervorgerufenen Missständen zu begegnen, namentlich durch ein **behördliches Vorgehen nach § 35 VII a GewO**, der es ermöglicht, eine **Gewerbeuntersagung auch gegen Vertretungsberechtigte oder mit der Leitung des Gewerbebetriebes beauftragte Personen auszusprechen**.

## 3. **Brocker**: Die „Splitterenquete“: Rechte der nicht qualifizierten („einfachen“) Minderheit im parlamentarischen Untersuchungsverfahren (DÖV 2014, 475)

Die **Rechte der nicht qualifizierten („einfachen“) Minderheit im parlamentarischen Untersuchungsverfahren** bleiben zwar deutlich hinter denen der qualifizierten Minderheit (ein Viertel der Mitglieder der Bundestages, Art. 44 I 2 GG) zurück; die **einfache Minderheit kann insbesondere nicht die Einsetzung einer „Splitterenquete“ erzwingen**. - Auch **§ 126a AI Nr. 1 GOBT vermittelt kein verfassungsfestes Minderheitsrecht**. - Wird die „Splitterenquete“ aber eingesetzt, vermittelt der **allgemeine aus Art. 38 I GG resultierende intraorganisch-fachliche Anspruch auf eine faire und loyale Handhabung der parlamentarischen Verfahrensregeln** ein Mindestmaß an Minderheitenschutz; dieser bleibt hinter den Minderheitenrechten der qualifizierten Einsetzungsminderheit zurück; die „einfache“ Minderheit hat aber zumindest einen Anspruch auf willkürfreie Entscheidung über ihre Beweis- und Verfahrensanträge, dessen Einhaltung sie auch verfassungsgerichtlich geltend machen kann; ferner hat die „einfache“ Minderheit einen Anspruch darauf, dem Bericht ihr Sondervotum beizufügen sowie in der Plenardebatte zu Wort zu kommen.

4. **Pleiner:** Richtige und vollständige Rechtsbehelfsbelehrung eines Verwaltungsaktes – unzureichend bei Drittbekanntgabe? (NVwZ 2014, 776)

Die **Anforderungen an die Rechtsbehelfsbelehrung bei der Bekanntgabe eines Verwaltungsaktes gegenüber einem Dritten** sind **grds. gering**: Es reicht aus, den **Ausgangsbescheid samt anhängender Rechtsbehelfsbelehrung zu übermitteln**; dabei besteht eine weitgehend rechtssichere Lage, denn das BVerwG hat sich in mehreren Entscheidungen mit dem Problem beschäftigt. - Dennoch ist die **Bekanntgabe eines Verwaltungsaktes gegenüber einem Dritten problemgeneigt**, denn eine richtige und vollständige Rechtsbehelfsbelehrung im Ausgangsbescheid kann u. U. allein nicht ausreichen, um den Fristbeginn auch gegenüber dem Dritten zu bewirken; so müssen Dritte z. B. nur annehmen, dass eine Rechtsbehelfsbelehrung auch für sie gilt, wenn diese im Ausgangsbescheid ausreichend abstrakt und neutral formuliert ist; darüber hinaus hält der Verweis auf die Rechtsbehelfsbelehrung im Ausgangsbescheid bei der Bekanntgabe gegenüber Dritten weitere Probleme bereit (dazu gehört bspw., dass die Angabe eines Fristbeginns unpassend sein kann, wenn nicht allen Beteiligten gegenüber einheitlich zugestellt oder bekannt gegeben wird); diesen rechtlichen Untiefen kann wirksam begegnet werden, indem Dritte eigens über die für sie eröffneten Rechtsbehelfe belehrt werden; dies trägt zugleich der gestiegenen Bedeutung des Drittrechtsschutzes Rechnung.

5. **Koschmieder:** Verfassungsrechtliche Bedenken gegen die Einsetzung eines „Hauptausschusses“ im Bundestag (NVwZ 2014, 852)

Die **Einsetzung des Hauptausschusses als übergangswises Provisorium bis zum Abschluss der Regierungsbildung ist verfassungswidrig, wenn** dieses Unterorgan des Bundestages auch **Aufgaben der Pflichtausschüsse wahrnimmt**. - Die vom Grundgesetz vorgeschriebenen **Pflichtausschüsse unterfallen nicht dem Grundsatz der institutionellen Diskontinuität**, sondern sind auch im Übergangszeitraum von einer Legislaturperiode zur anderen latent vorhanden. - Mit der Konstituierung des neuen Bundestages müssen diese trotz Andauern langwieriger Regierungsbildungen von Beginn an eingesetzt werden; darüber hinaus verstößt die Einsetzung eines einzigen Hauptausschusses gegen Art.38 I 2 GG. - Die über eine Koalition verhandelnden Regierungsparteien stehen somit vor der Wahl, entweder neben den zwingend einzurichtenden Pflichtausschüssen weitere Fachausschüsse einzurichten, so dass jeder Abgeordnete in einem solchen mitwirken kann, oder aber die alleinige Zuständigkeit des Plenums als Vertretung des ganzen Volkes für den Übergangszeitraum zu gewährleisten. - De constitutione ferenda bietet sich zur Sicherung der Einrichtung der Pflichtausschüsse und Sicherung der Funktionsfähigkeit des Parlaments die **Aufnahme einer Fristenregelung in das Grundgesetz** an.

#### IV. Richter / Staatsanwälte / Rechtsanwälte / Notare

1. **Mayer:** Entwicklungen zur Rechtsanwaltsvergütung 2013 (NJW 2014, 1780)
2. **Hager/Müller-Teckhof:** Die Entwicklung des Notarrechts in den Jahren 2013/2014 (NJW 2014, 1918)
3. **Rolfs/Marcelli:** Rentenversicherungspflicht für Syndikusanwälte (NZA 2014, 574)

Die **neueste Rspr. des BSG** führt zu einer **massiven Änderung des sozialrechtlichen Status des Syndikusanwalts**, denn er **kann sich zukünftig nicht mehr von der Versicherungspflicht in der GRV befreien lassen**, bereits erteilte Befreiungsbescheide verlieren bei einem Wechsel des Arbeitgebers oder selbst ohne diesen bei einer wesentlichen Änderung der Tätigkeit ihre Gültigkeit. - Dies hat für die Betroffenen und ihre Arbeitgeber nicht nur ganz **erhebliche wirtschaftliche Folgen**, es **gefährdet** auch **den Aufbau einer soliden Altersvorsorge**; darüber hinaus kann sogar eine beachtliche Lücke in der Absicherung gegen die finanziellen Folgen einer Erwerbsminderung auftreten. - Diese Lage wird noch dadurch verschärft, dass **Rechtsunsicherheit bzgl. des zu gewährenden Vertrauensschutzes** besteht. – Die Entscheidung des BSG ist nicht ohne weiteres auf andere freie Berufe zu übertragen, vielmehr ist die jeweilige berufsrechtliche Situation maßgeblich; im Fall der in Unternehmen angestellten Ärzte und Apotheker dürfte auf Grund der fundamental anders gestalteten berufsrechtlichen Regelwerke einer Befreiung von der Rentenversicherungspflicht auch in Zukunft nichts im Wege stehen.

# Protokolle für die mündliche Prüfung

## Warum Prüfungsprotokolle?

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

## Wie läuft das ab?

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

## Was könnt Ihr sonst noch tun?

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

### Prüfungsstoff im Mündlichen

1/3 Protokollwissen

Protokolle anfordern!

1/3 Zeitschriftenwissen der letzten Monate

Zeitschriftenauswertung (ZA) lesen!

1/3 unbekannter Stoff

Phantasie zeigen!

