



# **PRAKTIKER-REPORT (PR)**

**Monatsschrift für den praktisch tätigen Juristen**

---

**36. Jahrg.**

**Juni 2011**

**Heft 06**

---

**Aus dem Inhalt:**

- BGH:** Vermächtnisausschlagung bei gemeinschaftlichem Testament
- OLG Koblenz:** Gutgläubiger Erwerb bei unterschlagenem Wohnmobil
- BGH:** Strafbare Werbung für Schneeballseminare
- BGH:** Reichweite des Spruchrichterprivilegs bei Verfahrensverzögerung
- BGH:** Beweislast für Lastschriftermächtigung bei Durchgriffskondition
- BGH:** Beschuldigtenvernehmung durch Konsularbeamten
- OVG Lüneburg:** Fristberechnung bei Zugangsfiktion



#### **Impressum:**

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

Juristischer Verlag Juridicus  
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

Gesetz zur Regelung von De-Mail-Diensten .....	1
--	---

### Brandaktuell

BGH: Unbefugte Nutzung eines ebay-Mitgliedskontos (zur vertraglichen Haftung des Kontoinhabers) .....	3
--	---

### Entscheidungen materielles Recht

#### Zivilrecht

BGH: Ausschlagung eines Vermächtnisses (keine Frist auch bei gemeinschaftlichem Testament) .....	4
OLG Koblenz: Gutgläubiger Erwerb (Voraussetzungen bei unterschlagenem Wohnmobil) .....	8

#### Strafrecht

BGH: Tötung auf Verlangen (Vorliegen eines ausdrücklichen u. ernsthaften Tötungsverlangens) .....	11
BGH: strafbare Werbung („Schneeballseminare“) .....	13

#### öffentl. Recht

BGH: Reichweite des Spruchrichterprivilegs (Amtshaftung nur bei unvertretbarer Verfahrensverzögerung) .....	17
OVG Münster: WEG-Verwalter als Störer (Inanspruchnahme für Bauordnungsverfügung) .....	21

#### Kurzauslese I

BGH: deklaratorisches Schuldanerkenntnis (vorbehaltlose Zahlung/Erstattung) .....	25
BGH: Eigenbedarfskündigung (Personenhandelsgesellschaft als Vermieter) .....	26
BGH: Gesellschafterdarlehen (Forderungen aus Rechtshandlungen eines nahe stehenden Dritten) .....	26
OLG Koblenz: Notwehr (erforderliches Verteidigungsmittel bei mehrphasiger Auseinandersetzung) .....	27
BGH: Kreditbetrug (Erforderlichkeit des Betriebsbezugs der Kreditaufnahme) .....	27
BGH: Untreue (Vermögensbetreuungspflicht des Gerichtsvollziehers) .....	28
Bay VGH: polizeiliche Sicherstellung (Herausgabeanspruch des Betroffenen) .....	28
OVG NRW: Solarenergieanlage (Baugenehmigungspflicht) .....	28
VG Münster: Tierquälerei (Tier-Tattoo) .....	29
VG Gelsenkirchen: Gesamtrechtsnachfolge (keine Erstreckung auf höchstpersönl. öffentl.-rechtl. Pflichten) .....	30

## Entscheidungen Verfahrensrecht

### Zivilrecht

BGH:	Beweislast für Lastschriftermächtigung (Bereicherungsanspruch der Bank gegen Lastschriftgläubiger).....	31
BGH:	Beginn der Wiedereinsetzungsfrist (konkludente Antragstellung mit Nachholung der Prozesshandlung).....	35

### Strafrecht

BGH:	Beschuldigtenvernehmung (durch dt. Konsularbeamten im Ausland).....	38
------	--	----

### öffentl. Recht

OVG Lüneburg:	Bekanntgabe eines Verwaltungsaktes (Fristberechnung bei Zugangsfiktion).....	40
ThürVerfGH:	Antragsbefugnis im Organstreitverfahren (Umfang der Darlegungslast bei Unterlassen).....	42

### Kurzauslese II

BGH:	Zustellung (an den im Klagerubrum genannten Prozessbevollmächtigten) .....	45
OLG Celle:	Berufungsbeschwer (kein Anspruch auf andere Begründung).....	45
KG:	Berufungseinlegung (Falschbezeichnung des Berufungsgerichts).....	46
KG:	Lügendetektortest (untaugliches Beweismittel).....	46
BGH:	Verfahrensrüge (Selbstleseverfahren).....	46
OVG Münster:	Klagebefugnis (Wahlprüfungsverfahren).....	47
VerfGH Bayern:	Popularklageverfahren (Einstellung).....	47
VerfGH Bayern:	Entscheidung im vereinfachten Berufungsverfahren (Zulässigkeit).....	47
VGH München:	Rechtsirrtum (irreführende Rechtsmittelbelehrung).....	48
OVG Münster:	Vollstreckung gegen Behörde (Anwendbarkeit des § 171 VwGO).....	48

## Speziell für Rechtsanwälte und Notare

### Gebühren und Kosten

BGH:	Geschäftsgebühr (vorergerichtliche Prüfung eines titulierten Anspruchs).....	49
OLG München:	Verfahrensgebühr für Berufungsverfahren (Voraussetzungen).....	49
OLG Celle:	Prozess-/Verfahrenskostenhilfe (Gebühren bei Mehrvergleich).....	50
VGH Mannheim:	Geschäftsgebühr (Anrechnung auf Verfahrensgebühr).....	50
KG:	Kostenfestsetzungsverfahren (nach Aufhebung der VKH/PKH-Bewilligung).....	51

## Inhaltsverzeichnis

---

OLG Düsseldorf:	Pflichtverteidigergebühren (Begriff des Verfahrensabschnitts).....	51
OLG Stuttgart:	Gerichtsgebühr (nicht unterzeichnete Klageschrift).....	52
OLG Oldenburg:	Dokumentenpauschale (per Fax übersandter Schriftsatz).....	52
OLG Saarbrücken:	Kostenfestsetzungsverfahren (keine Berücksichtigung mat.-rechtl. Einwendungen).....	52
OLG Hamm:	Verfahrenskostenhilfe (Scheidung einer Scheinehe).....	53
OLG Hamm:	VKH-/PKH-Beiordnung (Beschwerde gegen Ablehnung der Beiordnung).....	53
<b>Aus der Praxis</b>		
AnwGH München:	Rechtsanwalts GmbH & Co. KG (Zulassungsfähigkeit).....	54
OLG Bremen:	Gegendarstellungsanspruch (Äußerungen auf Internetseite einer Rechtsanwaltskanzlei).....	56
OLG München:	Anwaltshaftung (Erhebung einer unschlüssigen Klage).....	56
OLG Naumburg:	Ersatzbeschaffung (Erwerb eines Neuwagens statt Gebrauchtfahrzeug).....	57
LG Wiesbaden:	Widerrufsanspruch (Datenübermittlung an Wirtschaftsinformationsdienst).....	57
<b>Steuern</b>		
BFH:	steuerpflichtiger Sachbezug (Überlassung von Tankkarten an Arbeitnehmer).....	58
FG Bad.-Württ.:	Umsatzsteuerpflicht (eBay-Verkäufe).....	59
BVerfG:	Vollziehung von ESt-Bescheiden (Aussetzung bei Vorliegen einer unbilligen Härte).....	60
<b>Weitere Schrifttumsnachweise</b> .....		61
<b>Mandantenbrief</b> .....		65



## Aus der Gesetzgebung

### Gesetz zur Regelung von De-Mail-Diensten

Das Gesetz zur Regelung von De-Mail-Diensten und zur Änderung weiterer Vorschriften v. 28.04.2011, In-Kraft-Treten am 03.05.2011 (BGBl I 2011, 666).

#### I. Allgemeines

Das neue Gesetz soll die Funktionsfähigkeit und Akzeptanz der elektronischen Kommunikation trotz steigender Internetkriminalität und wachsender Datenschutzprobleme erhalten und ausbauen und dafür eine zuverlässige und geschützte Infrastruktur einführen, die die Vorteile der E-Mail mit Sicherheit und Datenschutz verbindet.

Das Bundesinnenministerium hat daher mit Unterstützung von Wirtschaft, Verwaltung und Verbänden die sog. „De-Mail“ entwickelt, die den rechtsverbindlichen und vertraulichen Versand von Dokumenten im elektronischen Rechts- und Geschäftsverkehr ermöglichen soll.

De-Mails sollen - anders als E-Mails – nur über verschlüsselte Kanäle versendet werden und Empfänger und Absender identifizierbar sein. De-Mail-Dienste akkreditierter Diensteanbieter sollen im elektronischen Geschäftsverkehr sichere Kommunikationslösungen ermöglichen, bei denen sich die Teilnehmer der Vertraulichkeit ihrer Kommunikation und der Identität ihrer Kommunikationspartner hinreichend sicher sein können. Zudem sollen die Möglichkeiten verbessert werden, die Authentizität von Willenserklärungen in elektronischen Geschäftsprozessen zu beweisen und Erklärungen nachweisbar zustellen zu können.

Den Rechtsrahmen für eine solche vertrauenswürdige Kommunikation im Internet soll das „Gesetz zur Regelung von De-Mail-Diensten“ bieten.

#### II. Die wichtigsten Neuregelungen im Überblick

1. De-Mail-Dienste sind nach § 1 I. 1 De-Mail-Gesetz Dienste auf einer elektronischen Kommunikationsplattform, die einen sicheren, vertraulichen und nachweisbaren Geschäftsverkehr für jedermann im Internet sicherstellen sollen. Dabei besteht das De-Mail-System im Wesentlichen aus einem sog. „Postfach- und Versanddienst“ (De-Mail), mit dem sich Dokumente und Nachrichten versenden und empfangen lassen. Die Datenübertragung an den Provider erfolgt – anders als bei einer einfachen E-Mail – immer verschlüsselt und integritätsgeschützt. Folglich können die Daten von Unbefugten weder eingesehen noch nachträglich verändert werden. Der De-Mail-Dienst wird durch eine sichere Dokumentenablage (De-Safe) und eine Möglichkeit zum zuverlässigen Identitätsnachweis (De-Ident) ergänzt.
2. Maßgeblich für den Erfolg der De-Mail ist ihre Vertrauenswürdigkeit. Daher darf die De-Mail nur von akkreditierten Providern angeboten werden, die nachweislich den strengen Sicherheitsanforderungen des De-Mail-Gesetzes (§ 18) genügen. Die Akkreditierung erfolgt auf Antrag, wenn das Bundesamt für die Sicherheit in der Informationstechnik (BSI) die Vertrauenswürdigkeit des Anbieters nach einer Überprüfung festgestellt hat. Nach § 17 I 3 und 4 De-Mail-Gesetz können akkreditierte Anbieter ihre Vertrauenswürdigkeit durch ein Gütezeichen nachweisen. Zudem dürfen sie gem. § 5 I De-Mail-Gesetz im Domainteil ihrer Mailadresse die Kennzeichnung „de-Mail“ verwenden, sodass für den Rechts- und Geschäftsverkehr die Akkreditierung leicht erkennbar ist.
3. Vertrauen soll aber nicht nur durch die Akkreditierung erzeugt werden, sondern auch durch eine sichere und vertrauenswürdige Art der Erbringung der De-Mail-Dienste, welche die §§ 3-8 De-Mail-Gesetz sicherstellen sollen: Für die Nutzung des Dienstes ist die Einrichtung eines Benutzerkontos erforderlich, die eine einmalige und zuverlässige Identifizierung des Benutzers sicherstellen.

tifizierung, z.B. mittels Post-Ident-Verfahren oder dem elektronischen Personalausweis, voraussetzt.

§ 5 II De-Mail-Gesetz sieht schließlich vor, dass dem Nutzer mehrere pseudonyme De-Mail-Adressen zur Verfügung gestellt werden können, wodurch das Erstellen von Persönlichkeitsprofilen möglichst verhindert aber zumindest erschwert werden soll. Dies steht auch nicht im Widerspruch zum erklärten Ziel des De-Mail-Gesetzes, eine sichere und offene elektronische Kommunikation zu schaffen, da die Identität des Kommunikationspartners dennoch über die sichere Erstanmeldung sichergestellt werden kann.

Auch die Vorschriften der §§ 9-16 De-Mail-Gesetz, wie z.B. gewisse Aufklärungs- und Dokumentationspflichten oder Regelungen zum Jugend- und Verbraucherschutz, sollen die Vertrauenswürdigkeit der De-Mail-Dienste auch während ihrer Nutzung sicherstellen.

4. Aufgrund der mit der Akkreditierung einhergehenden Vertrauenswürdigkeit eines De-Mail Dienstes können weitergehende Rechtsfolgen an die angebotenen Dienste geknüpft werden als dies bei einer bisherigen E-Mail möglich ist. Da im E-Mail-Verkehr ungewiss ist, mit wem tatsächlich kommuniziert wird, können E-Mails auch nur sehr beschränkt als belastbare Beweismittel dienen.

Anders hingegen die De-Mail: Es ist davon auszugehen, dass die Gerichte – wie bisher bereits bei EC-Karten – einen Anscheinsbeweis der sicheren Anmeldung annehmen werden. Es wird widerlegbar vermutet, dass der Nutzer selbst von seinem Konto aus im Internet gehandelt hat.

5. Auch die Verbesserung des Datenschutzes über das Internet ist ein zentrales Anliegen des De-Mail-Gesetzes. § 15 des Gesetzes sieht daher eine Zweckbindung der Datenerhebung vor und verweist i. Ü. pauschal auf das Telemedien- und das Telekommunikationsgesetz.

## Brandaktuell

BGB  
§§ 164 ff.

### Unbefugte Nutzung eines ebay-Mitgliedskontos zur vertraglichen Haftung des Kontoinhabers (BGH in Pressemitteilung 84/2011 vom 11. Mai 2011; Urteil vom 11.05.2011 – VIII ZR 289/09)

BGB

**Fall:** Die Beklagte unterhielt beim Internetauktionshaus eBay ein passwortgeschütztes Mitgliedskonto. Am 03.03.2008 wurde unter Nutzung dieses Kontos eine komplette Gastronomieeinrichtung mit einem Eingangsgebot von 1 € zum Verkauf angeboten, worauf der Kläger ein Maximalgebot von 1.000 € abgab. Einen Tag danach wurde die Auktion vorzeitig durch Rücknahme des Angebots beendet. Der Kläger war zu diesem Zeitpunkt der Höchstbietende. Er forderte die Beklagte mit Schreiben vom 25.05.2008 zur Eigentumsverschaffung an der Gastronomieeinrichtung, deren Wert er mit 33.820 € beziffert, Zug um Zug gegen Zahlung von 1.000 € auf. Nach erfolglosem Ablauf der hierfür gesetzten Frist verlangt er Schadensersatz wegen Nichterfüllung in Höhe von 32.820 €.

Zwischen den Parteien steht im Streit, ob das Angebot über eine Gastronomieeinrichtung von der Beklagten oder ohne deren Beteiligung und Wissen von ihrem Ehemann auf der Internetplattform von eBay eingestellt worden ist. In den Allgemeinen Geschäftsbedingungen von eBay heißt es in § 2 Ziffer 9:

"Mitglieder haften grundsätzlich für sämtliche Aktivitäten, die unter Verwendung ihres Mitgliedskontos vorgenommen werden." ...

Haftet die Beklagte auf Lieferung bzw. Schadensersatz?

Ein solcher Anspruch setzt voraus, dass zwischen dem Kläger und der Beklagten ein **Kaufvertrag** zustande gekommen ist.

- I. Die Beklagte hat hier nicht selbst gehandelt, sondern deren Ehemann hat **unter ihrem Namen** gehandelt.

*„Der unter anderem für das Kaufrecht zuständige VIII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat entschieden, dass auch bei Internet-Geschäften die **Regeln des Stellvertretungsrechts** anwendbar sind, wenn durch die Nutzung eines fremden Namens beim Geschäftspartner der Anschein erweckt wird, es solle mit dem Namensträger ein Geschäft abgeschlossen werden. Erklärungen, die unter dem Namen eines anderen abgegeben worden sind, verpflichten den Namensträger daher nur, wenn sie in **Ausübung einer bestehenden Vertretungsmacht** erfolgen oder vom Namensträger **nachträglich genehmigt** worden sind oder wenn die Grundsätze über die Duldungs- oder die Anscheinsvollmacht eingreifen.“* (BGH aaO)

- II. Solches könnte sich jedoch daraus ergeben, dass die Beklagten ihren Mann offensichtlich ihre **Kontakt Daten zugänglich gemacht** hat.

*„Hingegen hat allein die **unsorgfältige Verwahrung** der Kontaktdaten eines eBay-Mitgliedskontos noch **nicht zur Folge**, dass der Inhaber des Kontos sich die von einem Dritten unter unbefugter Verwendung dieses Kontos abgegebenen Erklärungen **zurechnen lassen muss**.“* (BGH aaO)

- III. Allerdings könnte sich eine Zurechnung der Erklärungen des Ehemannes der Beklagten aus den **Allgemeinen Geschäftsbedingungen von ebay** ergeben, nach denen Mitglieder grundsätzlich für sämtliche Aktivitäten haften, die unter Verwendung ihres Mitgliedskontos vorgenommen werden.

*„Da diese Allgemeinen Geschäftsbedingungen jeweils nur **zwischen eBay und dem Inhaber des Mitgliedskontos** vereinbart sind, haben sie keine unmittelbare Geltung zwischen dem Anbieter und dem Bieter.“* (BGH aaO)

Eine Zurechnung fremder Erklärungen an den Kontoinhaber ergibt sich damit auch nicht aus § 2 Ziffer 9 der Allgemeinen Geschäftsbedingungen von eBay.

**Ergebnis:** Ausgehend hiervon war vorliegend zwischen den Parteien kein Kaufvertrag über die Gastronomieeinrichtung zustande gekommen.

## Entscheidungen materielles Recht

BGB  
§§ 2270, 2271

### Ausschlagung eines Vermächtnisses keine Frist auch bei gemeinschaftlichem Testament (BGH in ZEV 2011, 251; Urteil vom 12.01.2011 – IV ZR 230/09)

BGB

1. Die Ausschlagung eines Vermächtnisses ist **nicht fristgebunden**. Eine **entsprechende Anwendung** der Ausschlagungsfrist des § 1944 BGB auf Vermächtnisse **kommt** auch bei wechselbezüglichen Verfügungen i. S. von §§ 2270, 2271 BGB **nicht in Betracht**.
2. Hat bei einem gemeinschaftlichen Testament der überlebende Ehegatte das ihm Zugewendete **ausgeschlagen** und eine **neue abweichende Verfügung** von Todes wegen getroffen und hat dies nach §§ 2270, 2271 I BGB die **Unwirksamkeit der Verfügung des vorverstorbenen Ehegatten** zur Folge, bleibt es bei der Unwirksamkeit, selbst wenn der überlebende Ehegatte seine Verfügung erneut ändert.

**Fall:** Die Kl. wendet sich mit ihrer Drittwiderspruchsklage gegen die von der Bekl. betriebene Teilungsversteigerung eines Grundstücks. Die Mutter der Kl. und ihres Bruders W, des Ehemanns der Bekl., ist die am 25.07.2000 verstorbene Erblasserin G. Sie war zusammen mit ihrem Ehemann A Miteigentümer zu je 1/2 des Grundstücks. Am 30.01.2000 errichteten die Eheleute G und A ein handschriftliches gemeinschaftliches Testament, in dem es unter anderem heißt:

„1. *Erbeinsetzung*. a) *Erster Erbfall*. Wir, die Eltern A und G, setzen zu unseren Erben jeweils die beiden Kinder W und E ein, und zwar W zu 2/3 und E zur Miterbin zu 1/3.

b) *Zweiter Erbfall*. Für den zweiten Erbfall setzt der überlebende Ehegatte von uns die beiden Kinder W und E jeweils zu Miterben ein, und zwar W zum Miterben zu 2/3 und E zur Miterbin zu 1/3. (...)

3. *Vermächtnisse nach dem Tod des Erststerbenden von uns*. a) Vermächtnis zu Gunsten des überlebenden Ehegatten. Der überlebende Ehegatte erhält ein Vorausvermächtnis hinsichtlich des gesamten beweglichen Vermögens des vorverstorbenen Ehegatten. Demgemäß bezieht sich das Vermächtnis auch auf das gesamte Inventar, die Sparkonten und Ähnliches. Außerdem erhält der überlebende Ehegatte den Nießbrauch an der gesamten Immobilie.

b) Unsere Tochter E hat das Recht, von unserem Sohn W die Übertragung einer aus der Immobilie zu bildenden Eigentumswohnung, und zwar entsprechend der Wohnung Nr. 2 nach Maßgabe der notariellen Teilungserklärung vom 25.08.1997, zu verlangen, und zwar unbelastet von der zu seinen Gunsten eingetragenen Grundschuld von 200 000 DM. (...)

c) Unsere Tochter E kann von dem überlebenden Ehegatten verlangen, dass dieser ihr bis zu seinem Tode das alleinige Benutzungsrecht an der Wohnung Nr. 2 gewährt. Dieses Recht unserer Tochter stellt sich als Untervermächtnis zu dem Vermächtnisanspruch des überlebenden Ehegatten gemäß oben genannten Buchstabens a dar.

4. *Wechselbezüglichkeit*. Die Erbeinsetzung und die Vermächtnisanordnungen sind vertragsgemäß. (...) Eine Abwendungsbefugnis für den überlebenden Ehegatten besteht nicht.

5. *Anfechtungsverzicht*. Der überlebende Ehegatte hat auch nicht die Möglichkeit, die Schlusserbeinsetzung und die Vermächtnisanordnung gem. § 2079 BGB wegen Übergehung eines Pflichtteilsberechtigten anzufechten. (...)

Vor diesem gemeinschaftlichen Testament hatte die Erblasserin bereits mit Testament vom 16.07.1998 die Kl. als ihre Alleinerbin eingesetzt. Nach dem Tod der Erblasserin teilte A dem Notariat mit Schreiben vom 20.11.2000 mit, das gemeinschaftliche Testament entspreche nicht seinem Willen, da er von der Erblasserin damit unter Druck gesetzt worden sei, dass sie sich das Leben nehmen werde. Am 02.10.2001 übertrug A seinen hälftigen Miteigentumsanteil auf den Ehemann der Bekl. Letzterer betrieb zunächst die Teilungsversteigerung aus dem Grundstück, gegen die die Kl. sich wandte. Durch Urteil des LG Karlsruhe vom 19.04.2005 (4 O 737/03) wurde die Teilungsversteigerung für unzulässig erklärt. Mit Schreiben vom 21.08.2005 gegenüber der Kl. sowie dem Ehemann der Bekl. schlug A das ihm zugewandte Vermächtnis aus. In einem handschriftlichen Testament vom 19.09.2005 setzte er den Ehemann der Bekl. als Alleinerben ein. Mit Vertrag vom 25.11.2005 übertrug der Ehemann der Bekl. dieser einen 2/18 Miteigentumsanteil an dem Grundstück. Die Bekl. leitete erneut die Teilungsversteigerung ein. Hiergegen erhob die Kl. Klage mit dem Antrag, die Teilungsversteigerung für unzulässig zu erklären. Wird diese Klage Erfolg haben?

Die Klage könnte schon wegen entgegenstehender Rechtskraft unzulässig sein, da das LG Karlsruhe mit Urteil vom 19.04.2005 die Teilungsversteigerung schon für unzulässig erklärt hat.

## I. Umfang der Rechtskraft

Grundsätzlich bindet die materielle Rechtskraft des zwischen der Kl. und dem Ehemann der Bekl. ergangenen Urteils, mit dem die von diesem betriebene Teilungsversteigerung für unzulässig erklärt worden war, nach § 325 ZPO auch die Beklagte. Allerdings steht die Rechtskraft dieser Entscheidung nach § 322 ZPO einer erneuten Entscheidung dann nicht entgegen, wenn sich der zugrundeliegende Sachverhalt geändert hat. Dies könnte hier deshalb der Fall sein, weil sich die Verhältnisse infolge der Ausschlagung des Vermächtnisses durch den überlebenden Ehegatten und der Errichtung eines neuen Testaments geändert haben.

„Nach ständiger Rechtsprechung des BGH verbietet die materielle Rechtskraft einer gerichtlichen Entscheidung eine **neue Verhandlung über denselben Streitgegenstand** (BGH, NJW 2004, 1252 [unter II 1]; NJW 1995, 1757 [unter II 1 a]). Der Streitgegenstand wird durch den **gesamten historischen Lebensvorgang** bestimmt, auf den sich das Rechtsschutzbegehren der Kl. bezieht. Unter die Rechtskraftwirkung fällt nicht nur die **Präklusion** der im ersten Prozess **vorgetragene(n) Tatsachen**, sondern auch die der **nicht vorgetragene(n), soweit** diese nicht erst nach Schluss der mündlichen Verhandlung im ersten Prozess **entstanden** sind (BGH, NJW 2004, 1252 [unter II 1 a aa]; NJW 1995, 1757 [unter II 1 b]; Zöller/Vollkommer, ZPO, 28. Aufl., vor § 322 Rn. 57). **Hier** sind die maßgeblichen Tatsachen der Ausschlagung des Vermächtnisses durch A am 21.08.2005 sowie die Erbeinsetzung des Ehemanns der Bekl. am 19.09.2005 **erst nach der letzten mündlichen Verhandlung** im Verfahren 4 O 737/03 vor dem LG Karlsruhe eingetreten.“ (BGH aaO)

## II. Änderung der erbrechtlichen Lage

Es kommt daher darauf an, ob sich durch die Ausschlagung des Vermächtnisses und die Änderung des Testaments die erbrechtliche Lage geändert hat.

Grundsätzlich sind Ehegatten bei einem gemeinschaftlichen Testament nach § 2271 I BGB hieran gebunden, ihnen steht jedoch ein **Recht zum Widerruf** zu. Dieses Recht **erlischt** nach § 2271 II 1 HS. 1 BGB **mit dem Tode eines Ehegatten**. Allerdings besteht dann weiterhin nach § 2271 II 1 HS. 2 BGB die Möglichkeit, das ihm im gemeinsamen Testament zugewendete **auszuschlagen** mit der **Folge**, dass seine im gemeinsamen Testament getroffene **Verfügung aufgehoben** wird. Dies führt dann bei anzunehmender Wechselbezüglichkeit der Verfügungen nach § 2270 I BGB dazu, dass auch die **Verfügung des verstorbenen Ehegatten unwirksam** wird.

Fraglich ist daher, ob der überlebende Ehegatte das Vermächtnis (noch) ausschlagen konnte und welche Rechtsfolgen dadurch eingetreten sind.

### 1. Möglichkeit zur Ausschlagung des Vermächtnisses

„Bei einem gemeinschaftlichen Testament können wechselbezügliche Verfügungen i. S. von § 2270 BGB zu **Lebzeiten des anderen Ehegatten** nach § 2271 I BGB nur nach den für den **Rücktritt** von einem Erbvertrag geltenden Vorschriften des § 2296 BGB widerrufen werden. Das Recht zum Widerruf **erlischt mit dem Tod des anderen Ehegatten** (§ 2271 II 1 Halbs. 1 BGB). Allerdings kann der Überlebende seine **Verfügung aufheben**, wenn er das ihm **Zugewendete ausschlägt** (§ 2271 II 1 Halbs. 2 BGB). Dieses Ausschlagungsrecht erfasst nicht nur den Fall, dass der überlebende Ehegatte zum Erben berufen wurde, sondern **auch** die Konstellation, in der er – wie hier – mit einem **Vermächtnis** bedacht wurde (Litzenburger, in: Bamberger/Roth, BGB, 2. Aufl., § 2271 Rdnr. 24). Die Eheleute hatten in dem gemeinschaftlichen Testament ihre beiden Kinder jeweils als Erben eingesetzt, dem überlebenden Ehegatten aber ein Vermächtnis sowohl hinsichtlich des gesamten beweglichen Vermögens als auch einen Nießbrauch an dem Grundstück eingeräumt.

Das **Recht**, sich von dem gemeinschaftlichen Testament durch Ausschlagung des Vermächtnisses und Neutestierung **zu lösen**, nicht durch Nr. 4 des Testaments ausgeschlossen ist, wonach eine Abwendungsbefugnis für den überlebenden Ehegatten nicht bestehen soll. Das in § 2271 II 1 Halbs. 2 BGB bestimmte **Recht zur Ausschlagung** kann zum Schutz der testierenden Ehegatten **nicht abbedungen** werden.“ (BGH aaO)

### 2. keine Fristgebundenheit der Ausschlagung

Grundsätzlich ist die Ausschlagung eines Vermächtnisses nicht fristgebunden. § 2180 BGB sieht keine Frist für die Ausschlagung eines Vermächtnisses vor.

„Die Regelung des **§ 1944 BGB**, wonach die Ausschlagung nur binnen sechs Wochen erfolgen kann, findet auf das Vermächtnis keine Anwendung, da in § 2180 III BGB auf sie gerade **nicht verwiesen** wird. Eine **analoge Anwendung** des § 1944 BGB jedenfalls im Fall des § 2271 II BGB, die nach Auffassung der Kl. geboten ist, um einen Zustand länger andauernder Rechtsunsicherheit zu vermeiden, **kommt nicht in Betracht**. Abgesehen davon, dass es angesichts der eindeutigen Regelung in § 2180 III BGB bereits an einer **planwidrigen Gesetzeslücke fehlt**, kann dem Bedürfnis nach Rechtsklarheit in überschaubarer Zeit auch auf andere Weise genügt werden. Zunächst ist eine **Ausschlagung** nach § 2180 I BGB ohnehin **nur dann**

*möglich, wenn das Vermächtnis nicht bereits angenommen wurde (hierzu unter III). Außerdem kann der Erbe, wenn es sich bei dem Vermächtnisnehmer – wie hier – zugleich um einen Pflichtteilsberechtigten handelt, diesem nach § 2307 II BGB eine angemessene Frist zur Erklärung über die Annahme des Vermächtnisses setzen. Mit dem Ablauf der Frist gilt das Vermächtnis als ausgeschlagen, wenn nicht vorher die Annahme erklärt wird. Die Kl. hätte daher, wenn sie sich darüber unklar war, ob ihr Vater das Vermächtnis angenommen hat, diesem eine entsprechende Frist setzen können.“ (BGH aaO)*

Die Ausschlagung des Vermächtnisses war daher keiner Frist unterworfen und somit noch möglich.

### 3. Umfang der Ausschlagung

Der Ehegatte der Verstorbenen hat allerdings nur das Vermächtnis ausgeschlagen. Fraglich ist daher, ob die Ausschlagung zur Wiedererlangung der Testierfreiheit sich nur auf das durch die Verfügung von Todes wegen Zugewendete beziehen oder der Ausschlagende zugleich sein gesetzliches Erbrecht ausschlagen muss. Denn wenn die gemeinsame Verfügung von Todes wegen unwirksam ist, dann entfällt auch die Erbeinsetzung der Kinder unter Enterbung des Ehegatten und dieser wird gesetzlicher Erbe.

*„Für Letzteres könnte streiten, dass der durch eine letztwillige Verfügung Bedachte einerseits das ihm Zugewandte ausschlagen und damit seine Verfügungsfreiheit zurückerlangen kann, dann andererseits aber gesetzlicher Erbe werden und schließlich wirtschaftlich genausoviel oder sogar noch mehr erhalten kann, als er durch die letztwillige Verfügung bekommen hätte.*

- Deshalb wird teilweise vertreten, dass der Bedachte seine Verfügungsfreiheit nur dann wiedererlangt, wenn er auch den gesetzlichen Erbteil ausschlägt, es sei denn, dass dieser erheblich hinter dem Zugewendeten zurückbleibt, was bei einer Abweichung von  $\frac{1}{4}$  noch nicht der Fall sein soll (KG, NJW-RR 1991, 330 [331]; Litztenburger, in: Bamberger/Roth, § 2271 Rdnr. 27).
- Eine andere Auffassung hält dies für eine Frage der (ergänzenden) Auslegung des Testaments, wonach die letztwillige Verfügung dahin ausgelegt werden könne, dass der Überlebende unter der aufschiebenden Bedingung enterbt und damit auch nicht gesetzlicher Erbe wird, dass er ausschlägt und der testamentarische Erbteil im Wesentlichen dem gesetzlichen entspricht (Soergel/Wolf, BGB, 13. Aufl., § 2271 Rn 19; Staudinger/Kanzleiter, BGB, Neubearb. 2006, § 2271 Rn 43; Musielak, in: MünchKomm, 5. Aufl., § 2271 Rn 25; Palandt/Weidlich, BGB, 70. Aufl., § 2271 Rn. 18).“ (BGH aaO)

Möglicher Weise kommt es aber auf diesen Streit überhaupt nicht an, da er nicht ergebnisrelevant ist.

*„Waren die wechselbezüglichen Verfügungen nach § 2270 I BGB unwirksam, käme über § 2258 II BGB wieder das frühere Testament der Erblasserin vom 16.07.1998 zur Geltung, in dem sie die Kl. als Alleinerbin eingesetzt hat (dazu nachfolgend unter d). Dem Ehemann der Erblasserin stünde dann nur ein Pflichtteil zu, während er durch das Testament vom 30.01.2000 ein Vermächtnis erhalten hat, welches wirtschaftlich über diesen Pflichtteil von  $\frac{1}{4}$  hinausgeht, da ihm als Vorausvermächtnis das gesamte bewegliche Vermögen zugewandt wurde und er ein Nießbrauchsrecht an dem Grundstück erhalten hat. Einer gesonderten Ausschlagung des gesetzlichen Erbrechts durch ihn bedurfte es nach beiden insoweit vertretenen Auffassungen daher nicht.“ (BGH aaO)*

### 4. Wiedererlangung der Testierfreiheit

Durch die wirksame und ausreichende Ausschlagung des Vermächtnisses hat der Ehegatte daher seine Testierfreiheit wiedererlangt. Wegen der Beseitigung der Bindung durch Ausschlagung kann er deshalb seine eigenen Verfügungen aufheben.

*„Bei dieser Aufhebung gem. § 2271 II 1 Halbs. 2 BGB handelt es sich zugleich um den Widerruf i. S. von § 2270 I BGB (vgl. Senat, ErbR 2009, 157 = BeckRS 2008, 21850; Lustig, ZEV 2009, 140; Rudy, ErbR 2009, 158; anders OLG Celle, ZEV 2009, 138 = BeckRS 2009, 3011). Der Ehemann der Erblasserin hat durch die Ausschlagung mithin die Möglichkeit erlangt, neu zu testieren, wovon er in dem Testament vom 19.09.2005 Gebrauch gemacht hat, indem er den Ehemann der Bekl. als Alleinerben eingesetzt hat. Damit hat er seine Verfügung in dem gemeinschaftlichen Testament bezüglich einer Erbeinsetzung des Sohnes zu  $\frac{2}{3}$  und der Tochter zu  $\frac{1}{3}$  widerrufen. Die Eheleute hatten in Nr. 1 a und b des Testaments ausdrücklich vereinbart, dass nach dem ersten und nach dem zweiten Erbfall der Sohn zu  $\frac{2}{3}$  sowie die Tochter zu  $\frac{1}{3}$  erben sollen. Insoweit ist wegen des (teilweisen) Widerrufs gem. § 2270 I BGB im Zweifel davon auszugehen, dass auch die entsprechende Erbeinsetzung seitens der Erblasserin unwirksam ist.“ (BGH aaO)*

Dies hätte zur Folge, dass wegen des Wiederaufleben des Testaments vom 16.07.1998 die Klägerin Alleinerbin der Erblasserin wäre.

*„Etwas anders gilt nur dann, wenn sich durch Auslegung des Testaments ergibt, dass der Erblasser seine Verfügung auch dann getroffen hätte, wenn ihm die Unwirksamkeit der Verfügung des anderen Ehegatten bekannt gewesen wäre. Die Verfügung bleibt dann als einseitige aufrechterhalten (Senat, Urt. v. 4. 10. 1972 – IV ZR 133/70, Umdruck S. 7; wiedergegeben bei Johannsen, WM 1973, 530; Soergel/Wolf,*

§ 2270 Rn. 18). Für einen **Willen der Erblasserin zur Fortgeltung der von ihr vorgenommenen Erbeinsetzung als Einzelverfügung** bestehen indessen **keine Anhaltspunkte**. Maßgebend hierfür ist, dass es dem **Willen der Erblasserin** entsprach, der Kl. durch das Vermächtnis in Nr. 3 b des Testaments sowie die Auflage in Nr. 6 a nach dem Tod des längstlebenden Ehegatten die **Wohnung Nr. 2 zu Alleineigentum zu verschaffen**.“ (BGH aaO)

Der Wille der Erblasserin konnte bei Fortbestehen nur ihrer letztwilligen Verfügung mit einer Einsetzung der Kl. zu 1/3 auf ihren hälftigen Grundstücksanteil verbunden mit einer Vermächtnisanordnung aber nicht mehr verwirklicht werden, da die Kl. hierdurch alleine nicht das Alleineigentum an der Wohnung Nr. 2 erhalten könnte. Der Ehemann der Bekl. hat den Miteigentumsanteil des Vaters bereits durch rechtsgeschäftliche Verfügung unter Lebenden ohne jede Beschränkung durch das Vermächtnis bezüglich der Wohnung zu Gunsten der Kl. erhalten.

„Kann aber der **Wille der Erblasserin**, der Kl. das Alleineigentum an der Wohnung Nr. 2 zu verschaffen, durch Aufrechterhaltung nur ihrer Erbeinsetzung als Einzelverfügung **nicht verwirklicht** werden, so bleibt es bei der Unwirksamkeit auch ihrer Erbeinsetzung und der Vermächtnisanordnung nach § 2270 I BGB. Folge dieser Unwirksamkeit ist gem. § 2258 II BGB das **Wiederaufleben des Testaments vom 16.07.1998** mit der Erbeinsetzung der Kl. auf den Miteigentumsanteil der Erblasserin.“ (BGH aaO)

Somit hätte sich die erbrechtliche Situation geändert und die Präklusionswirkung würde nicht eingreifen. Fraglich ist jedoch, ob sich deshalb etwas anderes ergibt, weil die Verfügung der Erblasserin nach § 2270 I BGB deshalb noch Bestand haben könnte, weil der Ehemann der Erblasserin noch lebt und sein abweichendes Testament vom 19.09.2005 auch wieder aufheben könnte.

„Hat der überlebende Ehegatte **wirksam ausgeschlagen** und von seiner **Testierfreiheit** durch eine Verfügung **Gebrauch gemacht**, die von der bisherigen wechselbezüglichen Verfügung abweicht, so hat dies grundsätzlich nach § 2270 I BGB die **Unwirksamkeit auch der wechselbezüglichen Verfügung** des vorverstorbenen Ehegatten zur Folge. Aus §§ 2270, 2271 BGB ergibt sich **nicht**, dass diese Wirkung **erst mit dem Tod des überlebenden Ehegatten** eintreten soll. Die Verfügung des verstorbenen Ehegatten **bleibt** vielmehr auch dann nach § 2270 I BGB **unwirksam**, wenn der überlebende Ehegatte die **Aufhebung seiner Verfügung wiederum rückgängig macht** (Staudinger/Kanzleiter, § 2271 Rn 41; Müsig, in: AnwKomm-BGB, 2. Aufl., § 2271 Rn. 64; Planck/Greif, BGB, 4. Aufl., § 2271 Anm. IV 1 b; a. A. Lustig, ZEV 2009, 140 [141]; Strohal, Das deutsche ErbR, Bd. 1, 3. Aufl., S. 342 Fußn. 34). Auch der Senat ist bisher ohne Weiteres davon ausgegangen, dass Ausschlagung und der Widerruf durch den überlebenden Ehegatten diese Folgen haben, unabhängig davon, ob der überlebende Ehegatte ebenfalls bereits verstorben ist oder nicht (Senat, ErbR 2009, 157 = BeckRS 2008, 21850; Urt. v. 4. 10. 1972 – IV ZR 133/70, auszugsweise wiedergegeben bei Johannsen, WM 1973, 534). Das folgt bereits aus der **Gestaltungswirkung des Widerrufs**, der das widerrufenen Testament mit dem Zeitpunkt der Unterschrift unter das Widerrufstestament aufhebt, auch wenn das Widerrufstestament erst mit dem Zeitpunkt des Erbfalls seine letztwilligen Wirkungen entfaltet (Hagena, in: MünchKomm, § 2253 Rn. 5). Schon aus Gründen der Rechtsklarheit kann das Schicksal der Verfügung des vorverstorbenen Ehegatten nicht davon abhängig sein, ob und gegebenenfalls wann der überlebende Ehegatte seinen zunächst erklärten Widerruf wieder rückgängig macht. Das ursprüngliche Testament hat vielmehr durch den Widerruf nach § 2270 I BGB seine Wirkung verloren.“ (BGH aaO)

Der überlebende Ehegatte hätte daher durch die eine wirksame Ausschlagung seine Testierfreiheit wiedererlangt und durch sein abweichendes Testament wäre auch die Verfügung der Erblasserin endgültig unwirksam geworden.

## 5. Annahme des Vermächnisses

„An einer eigenen Sachentscheidung ist der Senat gehindert, weil das BerGer. – von seinem Standpunkt aus folgerichtig – die Frage offengelassen hat, ob das **Ausschlagungsrecht** des Ehemanns der Erblasserin nicht schon durch **vorherige Annahme des Vermächnisses nach § 2180 I BGB ausgeschlossen** war. Soweit die Kl. mit ihrer Berufung unter anderem geltend macht, die Feststellungen des LG seien unzutreffend und es sei durch die **Nutzung der Kellergeschosswohnung** durch A eine Annahme des Vermächnisses erfolgt, ist zwar grundsätzlich anerkannt, dass die **Annahme des Vermächnisses auch durch stillschweigendes Handeln**, etwa die Ingebrauchnahme des zugewendeten Gegenstands, erfolgen kann (Palandt/Weidlich, § 2180 Rn. 1; Staudinger/Otte, BGB, Neubearb. 2003, § 2180 Rn. 5; Soergel/Stein, § 1943 Rdnr. 5). Allerdings lässt das **bloße Wohnenbleiben** in einer durch Vermächtnis zugewandten Wohnung allein **nicht ohne Weiteres auf eine konkludente Annahmeerklärung schließen** (OLG Oldenburg, FamRZ 1999, 1618 = BeckRS 1998, 31024951).“ (BGH aaO)

## Gutgläubiger Erwerb Voraussetzungen bei unterschlagenem Wohnmobil

(OLG Koblenz in NJW-RR 2011, 555; Urteil vom 04.11.2010 – 5 U 883/10)

1. Tritt jemand unter dem Namen des Berechtigten auf, so kommt die Anwendung der Gutgläubensvorschriften der §§ 932, 933, 934 BGB nur in Betracht, wenn für den Erwerber die **Benutzung eines fremden Namens** belanglos ist, weil ihm der **Name gleichgültig** ist und es ihm grundsätzlich nur darauf ankommt, mit der Person zu kontrahieren, der er sich gegenüber sieht.
2. Will der Erwerber das **Rechtsgeschäft mit dem Namensträger abschließen**, gelangen vertretungsrechtliche Regeln zur Anwendung und der Handelnde nimmt nicht, wie es § 932 BGB voraussetzt, ein Eigengeschäft vor, sondern tritt als bloßer Vertreter auf, obwohl ihm der Vertretungswille fehlt. Die §§ 932 ff. BGB finden dann keine Anwendung.
3. Wird ein unterschlagenes Wohnmobil im Internet unter Angabe einer Handynummer zum Verkauf angeboten, reicht die Aushändigung eines scheinbar echten Fahrzeugbriefs nicht aus, um Gutgläubigkeit des Erwerbers zu begründen, wenn daneben zahlreiche Indizien darauf deuten, dass der Verkäufer nicht der Eigentümer ist (hier: fehlende Papiere und Schlüssel; Barzahlung eines hohen Betrags auf einem Parkplatz; eklatante Rechtsschreibschwäche eines angeblichen Polizisten).

**Fall:** Der Kl. vermietete im Rahmen seines Gewerbes am 24.03.2009 ein ihm gehörendes Wohnmobil an eine Frau, die einen auf den Namen S lautenden Personalausweis vorlegte. Wenig später wurde das Fahrzeug, das nach dem Vorbringen des Kl. mindestens 31.000 Euro wert war, im Internet unter Angabe einer Handynummer für 24.500 Euro zum Verkauf angeboten. Die Bekl. nahm am 01.04.2009 mit dem Anbieter telefonischen Kontakt auf und besichtigte den Wagen am folgenden Abend gemeinsam mit ihrem Ehemann auf einem Parkplatz, auf dem weitere Wohnmobile standen. Bei einem zweiten Treffen, das am 03.04.2009 gegen 19 Uhr auf einem anderen, nahe gelegenen Parkplatz stattfand, schloss die Bekl. einen schriftlichen Kaufvertrag mit dem Anbieter. Dieser trat dabei, wie bereits zuvor, unter dem Namen des Kl. auf. Er hatte mitgeteilt, Polizeibeamter zu sein. Der Kaufpreis wurde mit 24.000 Euro vereinbart. Die Bekl. entrichtete ihn in bar. Sie erhielt einen Satz von Schlüsseln, mit denen sich die Zündung betätigen sowie die Toilette und das Fahrrad-Depot öffnen ließen. Der für den Safe bestimmte Schlüssel passte nicht. Außerdem händigte der Verkäufer eine Zulassungsbescheinigung II (Kfz-Brief) aus, unter deren Vorlage die Bekl. das Fahrzeug dann auf sich ummeldete. Später stellte sich heraus, dass diese Bescheinigung gefälscht war. Der Kl. hat die Bekl. unter Hinweis auf seine Eigentümerstellung auf Herausgabe des Wohnmobils in Anspruch genommen. Die Bekl. hat gutgläubigen Erwerb eingewandt. Hat der Kl. einen Anspruch auf Herausgabe des Wohnmobils?

Der Kl. könnte einen Anspruch auf Herausgabe des Wohnmobils nach § 985 BGB haben. Dazu muss er Eigentümer und die Bekl. Besitzerin des Wohnmobils ohne Besitzrecht sein.

### I. Eigentum am Wohnmobil

Ursprünglich war die Kl. Eigentümerin des Wohnmobils. Sie könnte ihr Eigentums jedoch an die Bekl. nach §§ 929, 932 BGB verloren haben.

Diese Regelung ist einschlägig, wenn jemand als Eigentümer auftritt, ohne Eigentümer zu sein und der Erwerber auf dessen Eigentum vertraut.

*„Sie hat die Situation im Auge, in der ein **Nichtberechtigter vortäuscht**, Eigentümer **einer Sache zu sein**, und aus dieser Stellung heraus verfügt. Davon weicht der vorliegende Fall ab. Allerdings war der **Verkäufer des Wohnmobils nicht zur Eigentumsübertragung befugt**, so dass er **als Nichtberechtigter handelte**. Aber er tat das **unter dem Namen des Kl.**, indem er vorgab, W zu heißen und damit diejenige Person zu sein, auf die die Zulassungsbescheinigung II ausgestellt war. Das gibt dem Fall ein besonderes Gepräge: Freilich ist die **Benutzung eines fremden Namens** belanglos, wenn dem Geschäftsgegner der **Name gleichgültig** ist und es ihm grundsätzlich nur darauf ankommt, mit der Person zu kontrahieren, der er sich gegenüber sieht. Anders liegen die Dinge jedoch dort, wo er daran interessiert ist, das **Rechtsgeschäft mit dem Namensträger abzuschließen**. In diesem Fall gelangen vertretungsrechtliche Regeln zur Anwendung, so dass der Handelnde nicht, wie es § 932 BGB voraussetzt, ein Eigengeschäft vornimmt, sondern als bloßer Vertreter auftritt, obwohl ihm der Vertretungswille fehlt (BGHZ 45, 193 [195] = NJW 1966, 1069; BGH, WM 1990, 1450 [1451]; Erman/Palm, BGB, 12. Aufl., § 164 Rn. 8).“ (BGH aaO)*

Fraglich ist, ob die Bekl. hier das Rechtsgeschäft mit dem Namensträger abschließen wollte oder ob der Vertrag nach ihrem Willen mit der ihr gegenüber auftretenden Person abgeschlossen werden sollte. Eine Klärung dieser Frage ist jedoch nur erforderlich, wenn sie überhaupt entscheidungsrelevant ist.

## 1. Vertragsabschluss mit Namensträger

Hier kam es der Beklagten aber gerade darauf an, mit einer Person namens W den Kaufvertrag zu schließen.

*„Für sie war **wesentlich, mit demjenigen** einen Übereignungsvertrag zu schließen, **auf den die Zulassungsbescheinigung II lautete**, weil allein er hinreichend als Eigentümer legitimiert war und der Erwerb von einer anderen Person in seiner Rechtsgültigkeit fragwürdig sein musste (BGH, NJW 2006, 3488 [3489]). Deshalb gab der Verkäufer seine **Willenserklärung im Namen des Kl. ab** (OLG Düsseldorf, NJW 1985, 2484; Palandt/Ellenberger, BGB, 69. Aufl., § 164 Rn. 11; a. A. OLG Düsseldorf, NJW 1989, 906; Oechsler, in: MünchKomm, 5. Aufl., § 932 Rn. 63), so dass ein **Eigentumsübergang dessen Vollmacht voraussetzte** (§ 164 I BGB). Eine Vollmacht ist jedoch nie erteilt worden, und sie lässt sich auch nicht nach Duldungs- oder Anscheinsregeln herstellen. Insofern **scheidet ein Rechtsübergang** auf die Bekl. von vornherein **aus**.“ (BGH aaO)*

In diesem Fall scheidet ein Gutgläubenserwerb nach §§ 929, 932 BGB aus.

## 2. Vertragsabschluss mit handelnder Person

Fraglich ist jedoch, ob sich an diesem Ergebnis überhaupt etwas ändert, wenn man davon ausginge, dass die Bekl. nicht in erster Linie von der in der Zulassungsbescheinigung II eingetragenen Person, sondern von demjenigen erwerben wollte, der ihr als Verkäufer gegenüber trat. Dann wäre § 932 BGB grundsätzlich anwendbar und es käme auf das Vorliegen der Voraussetzungen an.

### a) Ausschluss nach § 935 BGB

Ein Gutgläubenserwerb könnte schon nach § 935 BGB ausgeschlossen sein. Danach kann man an **abhanden gekommenen Sachen** nicht gutgläubig Eigentum erwerben. Abhanden gekommen ist eine Sache aber nach § 935 I 1 BGB nur, wenn sie **ohne oder gegen den Willen des Besitzers aus dessen unmittelbaren Besitz gelangt** ist. Der Kl. hat seinen unmittelbaren Besitz jedoch an den Veräußerer im Rahmen des Mietvertrages übertragen und ihn damit willentlich aufgegeben.

Allerdings war im Rahmen des Mietvertrages vorgesehen, dass der Kl. weiterhin **mittelbaren Besitz** hat. Dieser setzt jedoch nach § 868 BGB voraus, dass derjenige, welcher den unmittelbaren Besitz erhält, **dem Übertragenden auch den Besitz mitteln** will. Es ist jedoch davon auszugehen, dass der Veräußerer bzw. die für ihn auftretende S dies von vornherein nicht vorhatten. Damit liegen auch die Voraussetzungen für ein Abhandenkommen nach § 935 I 2 BGB nicht vor, da der unmittelbare Besitz nicht dem Besitzmittler abhanden gekommen ist.

### b) Gutgläubigkeit der Bekl.

Nach § 932 II BGB ist die Gutgläubigkeit ausgeschlossen, wenn die Bekl. **wusste oder hätte wissen müssen**, dass der Veräußerer nicht Eigentümer des Wohnmobils ist. Wird ein Kraftfahrzeug veräußert, so ist ein gutgläubiger Erwerb grundsätzlich nur möglich, wenn dem Erwerber die auf den Veräußerer ausgestellte Zulassungsbescheinigung II vorgelegt werden kann.

*„Das stellte jedoch nur eine **Mindestvoraussetzung** für einen gutgläubigen Erwerb dar, gewährleistete ihn aber keineswegs (BGH, WM 1956, 158 [159]; BGH, NJW 2006, 3488 [3489]; Staudinger/Wiegand, BGB, 2004, § 932 Rn 140). Das gilt umso mehr, als die **Bekl. nichts unternahm**, um sich über die **Identität des Verkäufers** und des eingetragenen Halters des Wohnmobils zu vergewissern.“ (BGH aaO)*

Dies allein reicht jedoch zur Begründung der Gutgläubigkeit nicht aus. Vielmehr sind auch andere Umstände zu berücksichtigen.

*„Über die Zulassungsbescheinigung II hinaus konnten **keine Papiere zum Fahrzeug** präsentiert werden. Der Bekl. wurden weder die **Zulassungsbescheinigung I** noch das **Bordbuch** noch ein **Wartungsheft** vorgelegt. Auch die **Schlüssel** waren unvollständig. Es gab grundsätzlich nur einen Satz, und der Tresor war überhaupt nicht zu öffnen.*

*Der **Verkäufer** teilte mit, **in S. zu wohnen**. Er führte das Wohnmobil aber nicht dort, sondern **in K. vor**. Das war weiter von S. entfernt als der Wohnort der Bekl. Dass das Fahrzeug auf einem nahen Campinggelände gestanden hätte, ließ sich nicht ersehen. Wäre dies so gewesen, hätte es ohne Weiteres dort gezeigt werden können, statt es auf einem Parkplatz anzubieten. Die **Wahl eines wohnortfernen***

*Treffpunkts war um so verwunderlicher, als der Verkäufer sagte, er sei Polizist und müsse alsbald arbeiten.*

*Anlass zu Argwohn gab auch der **augenscheinliche Bildungsstand** des Verkäufers: Von einem **Polizisten** wäre eigentlich zu erwarten gewesen, dass er die **Grundregeln der Rechtsschreibung** beherrschte. Insofern musste erstaunen, dass die wenigen handschriftlichen Formulierungen, die der Verkäufer in das Vertragsformular setzte, voller Fehler steckten.“ (BGH aaO)*

Trotz dieser Verdachtsmomente unternahm die Bekl. nichts, um die Angaben des Käufers in irgendeiner Weise zu verifizieren.

*„Sie überprüfte weder die **Richtigkeit** der ihr mitgeteilten **Adresse** noch verlangte sie nach einer **Festnetztelefonnummer**, bei der sie zur Kontrolle hätte anrufen können. Es gab auch **keine Bankverbindung**, die zur Kaufpreiszahlung zu verwenden gewesen wäre und angezeigt hätte, dass das Geld tatsächlich an die Person gelangte, die im Kaufvertrag genannt war und aus der Zulassungsbescheinigung II hervorging. Stattdessen ließ sich die Bekl. auf einen Zahlungsmodus ein, bei dem sich der Empfänger nicht zu identifizieren brauchte. Das war umso ungewöhnlicher, als es um einen **sehr hohen Betrag** ging.*

*Vor diesem Hintergrund kann kein guter Glaube attestiert werden. **Zweifel**, die sich jedem **vernünftigen Kaufinteressenten aufdrängen** mussten, wurden zur Überzeugung des Senats in dem Bestreben verdrängt, ein gutes Geschäft zu tätigen. Statt den – als **günstig bewerteten** – **Kaufpreis** zum Anlass zu nehmen, die **Redlichkeit** des Verkäufers **kritisch zu beurteilen**, wurden objektiv vorhandene Warnhinweise grob fahrlässig übergangen.“ (BGH aaO)*

Die Bekl. war daher jedenfalls auch nicht gutgläubig und konnte das Eigentum auch bei Anwendbarkeit des § 932 BGB nicht erwerben. Der Kl. ist Eigentümer des Wohnmobils geblieben.

## II. Besitz ohne Besitzrecht

Die Bekl. ist auch unmittelbare Besitzerin des Wohnmobils, ohne dass ihr ein Besitzrecht nach § 986 BGB zusteht.

**Ergebnis:** Die Voraussetzungen des § 985 BGB liegen vor. Der Kl. hat gegen die Bekl. einen Anspruch auf Herausgabe des Wohnmobils

StGB  
§ 216

## Tötung auf Verlangen

### Vorliegen eines ausdrücklichen u. ernsthaften Tötungsverlangens

(BGH in StV 2011, 284; Urteil vom 07.10.2010 – 3 StR 168/10)

StGB

An der erforderlichen **Ernstlichkeit eines Tötungsverlangens** fehlt es jedenfalls dann, wenn das Tötungsverlangen erkennbar nur einer **Augenblicksstimmung** entspringt und ihm daher **keine tiefere Reflexion des Tatopfers über seinen Todeswunsch** zugrunde liegt.

**Fall:** Der zur Tatzeit 74 Jahre alte Angekl. war mit dem späteren Tatopfer, der 53 Jahre alt gewordenen B., seit 1986 in vierter Ehe verheiratet. B. litt seit mehreren Jahren an einem Myom, das auf eine Masse von 1.885 Gramm herangewachsen war, fast die gesamte Bauchhöhle ausfüllte und infolge seiner Verhärtung von außen unter der Bauchdecke ertastbar war. Es verursachte zumindest unbestimmte Unterleibsschmerzen sowie Verdauungsstörungen und Harndrang. B. hatte die Tumorerkrankung erkannt, verheimlichte sie aber vor ihrem persönlichen Umfeld; auch dem Angekl. offenbarte sie erst wenige Tage vor der Tat, dass sie an Unterleibsschmerzen leide, ohne auf Nachfragen weiter einzugehen. Ob sie sich in ärztliche Behandlung begeben hatte, konnte nicht festgestellt werden.

Da sie Handwerker erwarteten, standen die Eheleute am 03.06.2009 früh auf. Zwischen ihnen entwickelte sich ein Gespräch, in dem B. dem Angekl. eröffnete, sie leide an einem bösartigen Unterleibsgeschwür, habe starke Schmerzen, die sie nicht mehr ertragen könne, und fühle sich körperlich am Ende. Sie hatte "zu diesem Zeitpunkt" ihren Lebensmut verloren und wollte sterben. Deshalb äußerte sie "ernsthaft und eindeutig" den Wunsch, aus dem Leben zu scheiden. Sie bat den Angekl. sie zu erschießen. Zwischen den Eheleuten "entspann sich daraufhin eine längere Diskussion", in deren Verlauf der Angekl. sich schließlich bereit erklärte, B. "ihrem dringend vorgetragenen Wunsch entsprechend" zu töten; er wolle dann aber "mit ihr gehen". Er versprach, auch den gemeinsamen Hund und anschließend sich selbst zu töten. B. legte ordentliche Kleidung und Schmuck an, schminkte sich und legte sich im Wohnzimmer auf das Sofa. Der Angekl. trat von hinten an sie heran und schoss ihr mit einem im Scheitelbereich aufgesetzten Revolver in den Kopf. B. verstarb nach wenigen Minuten. Anschließend tötete der Angekl. den Hund; wenig später schoss er sich mit einer aufgesetzten Pistole in die linke Brustseite. Er überlebte mit schweren Verletzungen.

Fraglich ist, ob der Angekl. den Tatbestand der Tötung auf Verlangen nach § 216 StGB verwirklicht hat.

Gem. § 216 I StGB setzt die **Privilegierung der Tötung auf Verlangen** voraus, dass das **Tötungsverlangen des Opfers**, das den Täter zur Tat bestimmt, **ausdrücklich und ernsthaft** ist. Während die Ausdrücklichkeit bestimmte Anforderungen an den Inhalt des Verlangens stellt, grenzt die Ernstlichkeit unter normativen Gesichtspunkten **rechtlich anzuerkennende Beweggründe des Tatopfers** für sein Tötungsverlangen von solchen ab, denen die Rechtsordnung eine privilegierende Wirkung versagt.

I. Wo insoweit die **Grenze** zu ziehen ist, **ist** indessen **streitig**.

1. In der **Rspr. des BGH** ist die Frage, welche Anforderungen an die Ernstlichkeit eines Tötungsverlangens zu stellen sind, **nicht abschließend geklärt**.

Allerdings hat der BGH im Jahr 1981 (4 StR 480/80, NJW 1981, 932) festgehalten, dass ernstlich i. S. des § 216 StGB nur ein Verlangen sei, das auf fehlerfreier Willensbildung beruhe.

Der seinen Tod verlangende Mensch müsse die **Urteilkraft** besitzen, **um Bedeutung und Tragweite seines Entschlusses verstandesmäßig zu überblicken und abzuwägen**. Es komme deshalb auf die natürliche Einsichts- und Urteilsfähigkeit des Lebensmüden an; sei dieser zu einer freien Selbstbestimmung über sein Leben entweder allgemein oder in der konkreten Situation nicht imstande, z.B. als Geisteskranker oder Jugendlicher (s. aber auch BGHSt 19, 135, zum "ernstlichen und in vollem Bewusstsein seiner Tragweite zum Ausdruck gebrachten" Todesverlangen eines 16-jährigen, "über sein Alter hinaus gereifte(n) Mädchen(s)"), der nicht die entsprechende **Verstandesreife** besitze, so fehle es an einem ernstlichen Verlangen. Dem entsprechend hat er einem Tötungsverlangen die Anerkennung versagt, weil das Tatopfer durch eine krankhafte seelische Störung in seiner natürlichen Einsichts- und Willensfähigkeit beeinträchtigt war und deshalb die Tragweite seines Entschlusses, sich töten zu lassen, nicht rational überblickte (BGHSt 50, 80).

2. Damit sind indessen lediglich die grundlegenden Voraussetzungen umschrieben, die für jeden Verzicht des Betroffenen auf ein persönliches Rechtsgut zu fordern sind und die ungeachtet dessen, dass ihr Vorliegen keinen die Straflosigkeit begründenden Rechtfertigungsgrund für die Tötung eines Menschen zu schaffen vermag, auch für § 216 StGB Geltung beanspruchen.

- a) Dass ein **Tötungsverlangen** von vornherein **nur dann Anerkennung** verdient, **wenn** das **Opfer** die zureichende **natürliche Einsichts- und Urteilsfähigkeit besitzt**, um frei verantwortlich entscheiden sowie die Bedeutung und die Tragweite seines Entschlusses verstandesmäßig überblicken und abwägen zu können, ist unumstritten. Auch das Schrifttum versagt einem Tötungsverlangen dann die Anerkennung, wenn dem Opfer diese Fähigkeit - etwa infolge **alters- oder krankheitsbedingter Mängel** oder unter dem **Einfluss von Alkohol oder Drogen** – fehlt.

vgl. Fischer, StGB, 57. Aufl., § 216 Rn 7; Lackner/Kühl, StGB, 27. Aufl., § 216 Rn 2; LK-Jähnke, StGB, 11. Aufl., § 216 Rn 7; MüKo-StGB/Schneider § 216 Rn 21; Schönke/Schröder-Eser, StGB, 26. Aufl., § 216 Rn 8; SK-StGB/Horn, 6. Aufl., § 216 Rn. 8

- b) Gleiches gilt für einen **Todeswunsch**, der deshalb nicht auf einem in freier Eigenverantwortung gefassten Entschluss beruht, weil der Täter ihn **durch Zwang, Drohung oder arglistige Täuschung hervorrief**, etwa durch Vorspiegelung eigener Suizidabsicht (Fischer aaO; Jähnke aaO; Eser aaO; Schneider aaO Rn 22; vgl. auch BGH JZ 1987, 474).
- c) Damit sind die **inhaltlichen Anforderungen**, die das normative Tatbestandsmerkmal der Ernstlichkeit für die privilegierende Wirkung des Tötungsverlangens voraussetzt, jedoch **nicht abschließend umschrieben**.

*„Das Fehlen von Willensmängeln der genannten Art ist zwar notwendige, nicht aber auch hinreichende Voraussetzung der Ernstlichkeit des Tötungsverlangens. Der Senat stimmt insoweit im Grundsatz der im strafrechtlichen Schrifttum einhellig geäußerten Auffassung zu, dass einem Todesbegehren die privilegierende Wirkung mangels Ernstlichkeit auch dann zu versagen sein kann, wenn es auf einem Entschluss des Opfers beruhte, der nach obigen Maßstäben frei von Willensmängeln war.“* (BGH aaO)

3. Welche **weiteren Eingrenzungen des Tatbestandsmerkmals** danach geboten sind, wird aber **in der Lit. nicht einheitlich beantwortet**:

- Teils wird einem **Todeswunsch** die Ernstlichkeit schon dann abgesprochen, wenn er **als unüberlegt anzusehen** ist (Kühl aaO), ohne diesem Begriff allerdings schärfere Konturen zu geben.
- Überwiegend wird einem Verlangen die Anerkennung dann versagt, wenn es einer **Augenblicksstimmung** oder einer **vorübergehenden Depression** entsprang (Fischer; Jähnke; Eser; Horn; jeweils aaO).
- Gelegentlich wird der Wunsch des Opfers, sterben zu wollen, darüber hinaus auch dann für unbeachtlich gehalten, wenn es bei seinem Entschluss von **unzutreffenden Voraussetzungen** ausging oder einem **wesentlichen Motivirrtum** unterlag, so etwa bei irriger Annahme einer unheilbaren Erkrankung (Eser; Horn; jeweils aaO).
- Am weitesten geht die Auffassung, das **Tötungsverlangen** sei ein **Unterfall der Einwilligung**, weshalb es grds. schon dann anzuerkennen sei, wenn das Tatopfer keinen einwilligungsrelevanten Willensmängeln unterlag; auch diese Ansicht verlangt aber einschränkend eine durch **Willensfestigkeit** und **Zielstrebigkeit** gezeichnete innere Haltung des Lebensmüden, die einem beiläufig oder leichthin artikulierten Tötungsverlangen fehle (Schneider aaO Rn 19 f.).

II. Auch **BGH aaO legt sich nicht im Einzelnen fest**, welcher dieser Ansichten zu folgen ist.

*„Selbst die Auffassung, nach der ein frei von Willensmängeln geäußertes Todesverlangen die weitestgehende Anerkennung verdient, lässt ein **Verlangen in depressiver Augenblicksstimmung** jedenfalls dann **nicht genügen, wenn es nicht von innerer Festigkeit und Zielstrebigkeit** getragen wird (Schneider aaO). Dem schließt sich der Senat insoweit an, als damit eine Voraussetzung umschrieben ist, welcher ein Tötungsverlangen mindestens zu genügen hat, um als ernstlich zu gelten.“* (BGH aaO)

III. **Ergebnis**: Vorliegend lässt sich anhand der bisher durch das erstinstanzliche Gericht getroffenen Feststellungen nicht feststellen, ob das Verlangen der Getöteten ernstlich war.

(BGH in NJW 2011, 1236; Beschluss vom 24.02.2011 – 5 StR 514/09)

1. Werden Mitarbeiter zum Absatz von Kettenverträgen angeworben und sollen diese Tätigkeit in einem Seminar beigebracht bekommen, sind sie im Zeitpunkt der Anwerbung Verbraucher im Sinne des § 16 II UWG, da sie dann noch nicht im Begriff sind, eine selbstständige Tätigkeit aufzunehmen.
2. Der Straftatbestand des § 16 II UWG ist als Unternehmensdelikt ausgestaltet; daher ist der Tatbestand der progressiven Kundenwerbung dann vollendet, wenn von dem Täter mit der werbenden Tätigkeit begonnen wurde und er damit das Werbe- und Vertriebssystem in Gang setzt.

**Fall:** In den Jahren 2002 bis 2006 vertrieben die Angekl. über eine Leipziger Firma Fortbildungsseminare zu den Themen Persönlichkeitsentwicklung und Motivation, Zeitmanagement, Rhetorik und Verkauf zum Preis von 3.200 €. Zugleich wurde auch die Vertriebsmitarbeit in der Firma beworben; es wurden Verdienstmöglichkeiten von mindestens 550 € brutto für jedes erfolgreich vermittelte Seminar in Aussicht gestellt. Die Werbemaßnahmen richteten sich in erster Linie an Personen, die nach Arbeit oder Verdienstmöglichkeiten an den Wochenenden suchten. Sie wurden aufgrund einer Zeitungsannonce, die eine Fahrertätigkeit offerierte, zu einer Präsentationsveranstaltung geladen. Im Anschluss an den Präsentationsvortrag fanden Einzelgespräche mit den Teilnehmern statt, in denen die Verdienstmöglichkeiten nochmals erläutert und wurden mit Nachdruck darauf hingewiesen wurde, dass eine Mitarbeit bei der PPV nur bei Buchung und Bezahlung des Seminars möglich sei. Der Interessent schloss den Seminarvertrag ab. Außerdem füllte er in der Regel einen Bewerbungsbogen als Vertriebspartner aus, welcher unter anderem folgenden Text enthielt:

*„Ich bestätige mit meiner Unterschrift, dass die Abnahme der/des von der PPV vermittelten Produkte(s) mir nicht als Voraussetzung oder Bedingung einer etwaigen Mitarbeit beim PPV dargestellt wurde, sondern dass mir vielmehr zur Kenntnis gebracht wurde, dass eine Mitarbeit – und damit auch die mir vorgestellten Verdienstmöglichkeiten durch Produktvermittlung – auch ohne eigene Produktabnahme möglich ist. Entschließe ich mich zur Abnahme der/des Produkte(s), geschieht dies, weil mich diese(s) überzeugt haben.“*

Tatsächlich wurde jedoch die Buchung und Bezahlung eines Seminars regelmäßig als Voraussetzung für eine Vertriebsmitarbeit bei der PPV verlangt; dabei kam es „den Umworbenen bei Abschluss des Seminarvertrags regelmäßig auf die Berechtigung zur Teilnahme am Vertriebssystem mit den entsprechenden Provisionsaussichten und nicht auf die Seminarteilnahme an“.

Erst nach Bezahlung der Seminarkosten wurde den geworbenen Personen der Mitarbeitervertrag ausgehändigt. Die neu geworbenen Vertriebsmitarbeiter führen sodann Neuinteressenten zu einer der nachfolgenden Präsentationsveranstaltungen, auf welcher diese „auf die gleiche Art und unter dem Versprechen der gleichen Provisionen“ zu der Zahlung einer Seminargebühr und „damit dem Systembeitritt“ bewogen werden sollten. Insgesamt wurden im Tatzeitraum dergestalt mindestens 4605 Personen umworben; es wurden 3959 Seminare erfolgreich vermittelt.

Die Angekl. könnten sich wegen **progressiver Kundenwerbung** nach Maßgabe des **§ 16 II UWG** strafbar gemacht haben.

- I. Dies setzt zunächst voraus, dass die **Verbrauchereigenschaft der Interessenten** gegeben ist.
  1. Der Straftatbestand des § 16 II UWG wurde im Rahmen der Neufassung des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb im Jahr 2004 (BGBl I, 1414) in Bezug auf den geschützten Personenkreis modifiziert: Während die Vorgängervorschrift des § 6 c UWG a.F. noch sämtliche Nichtkaufleute erfasste, **beschränkte** die Neufassung der Strafvorschrift den **Schutzbereich auf Verbraucher**, weil **nur insofern ein erhebliches Gefährdungspotenzial** bestehe (BT-Dr 15/1487, S. 26).
    - a) Das **Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb enthält** dabei **keine eigene Definition des Verbraucherbegriffs**, sondern erklärt in § 2 II UWG die Vorschrift des § 13 BGB für entsprechend anwendbar: Danach ist **Verbraucher** eine **natürliche Person, die ein Rechtsgeschäft zu einem Zweck abschließt, der weder ihrer gewerblichen noch ihrer selbstständigen beruflichen Tätigkeit zugerechnet werden kann**. Im Gegensatz dazu steht unternehmerisches Handeln, das durch die Definition des Unternehmerbegriffs (§ 14 I BGB) gesetzlich bestimmt ist als Ab-

schluss von Rechtsgeschäften für eine gewerbliche oder selbstständige berufliche Tätigkeit.

- b) Für die **Abgrenzung** ist **nicht der innere Wille des Handelnden entscheidend, sondern es gilt ein objektiver Maßstab**: Ob eine Tätigkeit als selbstständige zu qualifizieren ist, bestimmt sich nach dem durch Auslegung zu ermittelnden Inhalt des Rechtsgeschäfts, in die erforderlichenfalls die Begleitumstände einzubeziehen sind (BGH NJW 2008, 435; Palandt/Ellenberger, BGB, 70. Aufl., § 13 Rn 3 f.).

**Ausgeschlossen** vom Verbraucherbegriff ist nur **jedwedes selbstständiges berufliches oder gewerbliches Handeln**. Auch ein Arbeitnehmer wird bei Rechtsgeschäften in Beziehung auf sein Arbeitsverhältnis als Verbraucher angesehen (BVerfG NJW 2007, 286; MüKo-BGB/Micklitz, 5. Aufl., § 13 Rn 46).

Unternehmer- und nicht Verbraucherhandeln liegt allerdings vor, wenn das **maßgebliche Geschäft im Zuge der Aufnahme einer gewerblichen oder selbstständigen beruflichen Tätigkeit** (sog. Existenzgründung) geschlossen wird (BGHZ 162, 253 = NJW 2005, 1273 m. w. Nachw.; Palandt/Ellenberger, § 13 Rn 3 f.; Erman/Saenger, BGB, 12. Aufl., § 13 Rn 16; a.A. MüKo-BGB/Micklitz, § 13 Rn 54). Dies **gilt indes nicht, solange** die getroffene **Maßnahme noch nicht Bestandteil der Existenzgründung selbst ist, sondern sich im Vorfeld einer solchen bewegt** und die Entscheidung, ob es überhaupt zu einer Existenzgründung kommen soll, erst vorbereitet (BGH NJW 2008, 435). Bewegt sich das rechtsgeschäftliche Handeln im Vorfeld einer Existenzgründung, über die noch nicht definitiv entschieden ist, ist es noch nicht dem unternehmerischen Bereich zuzuordnen. Solche **Aktivitäten in der Sondierungsphase betreffen daher Verbraucherhandeln** (vgl. BGH NJW 2008, 435).

- c) **Maßgebender Zeitpunkt** der Beurteilung der Verbrauchereigenschaft ist dabei im Rahmen des § 16 II UWG nicht der Zeitpunkt des Vertragsabschlusses; abzustellen ist vielmehr auf den **Zeitpunkt, in welchem der Geworbene erstmals durch das Absatzkonzept des Veranstalters in der Weise angesprochen wird**, dass die Werbung unmittelbar in die Abnahme des Produkts einmünden soll.

*„Das Lauterkeitsrecht entfaltet seine **verbraucherschützende Funktion** bereits **im Vorfeld von Vertragsanbahnungen** und auch in solchen Fällen, in denen – wie bei der bloßen Sympathiewerbung (Imagewerbung) eines Unternehmens – eine Vertragsanbahnung nicht in Rede steht (Piper/Ohly/Sosnitza, UWG, 5. Aufl., § 2 Rn 85; Lettl GRUR 2004, 449). In diesem Zusammenhang ist auch die durch § 2 II UWG lediglich entsprechend – d. h. sinngemäß – angeordnete Geltung des Verbraucherschutzbegriffs zu sehen. Da nach § 16 II UWG das Verhalten im Vorgriff auf den Abschluss eines Rechtsgeschäfts **pönalisiert** wird, bestimmt sich danach auch der Verbraucherbegriff. Maßgeblich ist deshalb, ob die Adressaten in dem Zeitpunkt, in welchem sie durch die Werbemaßnahmen angesprochen werden, Verbraucher sind (Köhler/Bornkamm, UWG, 29. Aufl., § 16 Rn 36).“* (BGH aaO)

2. Für diese Auslegung des § 16 II UWG sprechen zudem der **Schutzzweck der Norm** und deren **Deliktscharakter**.

§ 16 II UWG ist ein **abstraktes Gefährungsdelikt**: Bezweckt ist der generelle Schutz geschäftlich unerfahrener Personen vor der Verstrickung in Vertriebsmethoden, die schon ihrer Anlage nach für sie ein gefährliches, schadensträchtiges Risiko zum Inhalt haben; der Abnehmer soll vor Täuschung, glücksspielartiger Willensbeeinflussung und Vermögensgefährdung geschützt werden.

BT-Dr 10/5058, S. 38 f., ähnl. BT-Dr 9/1707, S. 14; Erbs/Kohlhaas, Strafrechtl. Nebengesetze, Stand: Okt. 2009, § 16 UWG Rn 123 u. 124; Harte-Bavendamm/Henning-Bodewig, UWG, 2. Aufl., § 16 Rn 32; Köhler/Bornkamm, § 16 Rn 4; Piper/Ohly/Sosnitza, § 16 Rn 36

Zur Erfüllung des Tatbestands ist es **nicht erforderlich, dass Abnehmer auf das System „hereinfallen“** (Harte-Bavendamm/Henning-Bodewig, § 16 Rn 32; Piper/Ohly/Sosnitza, § 16 Rn 36) und einen **Vertrag abschließen**. Vielmehr **genügt das Herbeiführen einer gefahrenvollen Situation**, mithin die Verfolgung des als Schneeballsystem stukturierten Absatzsystems durch Werbemaßnahmen.

3. Aufgrund der Ausgestaltung des Straftatbestands als Unternehmensdelikt ist die **Tat bereits vollendet, wenn der Täter versucht, das Werbe- und Vertriebssystem in Gang zu setzen** (MüKo-NebenstrafR II/Janssen/Maluga, 2010, § 16 UWG Rn 96).

Nach allgemeinen Regeln muss er dazu **zur Tat unmittelbar angesetzt** haben. Das Verhalten des Täters muss darauf gerichtet sein, den geschützten Personenkreis zur Abnahme von Waren, Dienstleistungen oder Rechten zu veranlassen.

vgl. Köhler/Bornkamm, § 16 Rn 36; MüKo-NebenstrafR II/ Janssen/Maluga, § 16 UWG Rn 97; Erbs/Kohlhaas, § 16 UWG Rn 143; Piper/Ohly/Sosnitza, § 16 Rn 36

Zur Tatbestandsvollendung gehört daher **jede Handlung im Rahmen des nach § 16 II UWG tatbestandlichen Werbesystems**, die geeignet ist, das Ziel zu erreichen (Erbs/Kohlhaas, § 16 UWG Rn 129). Entscheidend ist daher, ob in diesem Zeitpunkt – nicht bei Vertragsabschluss – sämtliche Tatbestandsmerkmale erfüllt sind. Deshalb kann es hier dahinstehen, ob die Interessenten beim Abschluss der Seminarverträge etwa nicht mehr Verbraucher waren.

4. **Europäisches Gemeinschaftsrecht steht dieser Auslegung nicht entgegen.**

*„Zwar ist der so zu bestimmende Verbraucherbegriff im Verhältnis zu dem der Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken (Richtlinie 2005/29/EG, ABIEU Nr. L 149, S. 22) zu Grunde liegenden Verbraucherbegriff möglicherweise umfassender. Da der europäische Verbraucherbegriff jedoch einerseits den **Anwendungsbereich der Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken begrenzt**, andererseits aber die im Übrigen einschlägige Richtlinie zur Angleichung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten über irreführende Werbung (Richtlinie 84/450/EWG, ABIEG Nr. L 250, S. 17) nur einen **Mindest-, aber keinen Höchstschutz vorgibt**, ist ein Widerspruch zum Gemeinschaftsrecht nicht begründet; denn eine Verstärkung des Verbraucherschutzes über den Standard der Richtlinien hinaus ist mit dem Gemeinschaftsrecht vereinbar (BT-Dr 16/10145, S. 11 f.; Piper/Ohly/Sosnitza, § 2 Rn 89; Harte-Bavendamm/Henning-Bodewig, § 16 Rn 36; Palandt/Ellenberger, § 13 Rn 3).“* (BGH aaO)

5. Für die **Prüfung, ob die von den Werbemaßnahmen angesprochenen Interessenten als Verbraucher anzusehen sind**, ist auf den Zeitpunkt abzustellen, in dem das erste Kontaktgespräch aufgenommen wurde, spätestens aber auf den Zeitpunkt, als sie zu den Präsentationsveranstaltungen gefahren wurden.

*„Schon in dieser Phase waren sie von Seiten der Angekl. **Werbemaßnahmen** ausgesetzt. Bis dahin war keinesfalls etwa eine Entscheidung i. S. einer „Existenzgründung“ für eine selbstständige Tätigkeit gefallen. Die **Interessenten befanden sich in einer Phase der Vorinformation und Willensbildung** und waren damit keine Unternehmer i. S. des § 14 I BGB, sondern Verbraucher i. S. des § 13 BGB. Abgesehen davon, dass der Inhalt der Annoncen nicht ohne Weiteres auf eine selbstständige Tätigkeit schließen ließ, sondern bewusst offen gehalten war und sowohl i. S. einer arbeitnehmerähnlichen als auch einer kleinunternehmerischen Tätigkeit verstanden werden konnte, war jedenfalls bis dahin noch kein Entschluss für die Aufnahme einer selbstständigen Tätigkeit getroffen. Dies gilt sogar für die Präsentationsveranstaltung selbst, weil auch diese der Information der Teilnehmer gedient hat, die noch nicht entschlossen waren.“* (BGH aaO)

**Diese Phasen der Anwerbung waren bei dem Unternehmensdelikt des § 16 II UWG bereits tatbestandsmäßig.**

*„Die Anwerbung, beginnend mit dem Schalten der Zeitungsannoncen, war nach dem Tatplan der Angekl. bereits darauf angelegt, den Verkauf der Seminare herbeizuführen. Spätestens ab Beginn der Präsentationsveranstaltung war das Unternehmensdelikt des § 16 II UWG vollendet, mithin zu einem Zeitpunkt, in dem die Interessenten noch Verbraucher waren. Ihre mögliche spätere Entscheidung, als Vertriebsrepräsentant tätig zu werden, spielt dabei – ungeachtet der Frage, ob sie als „Existenzgründung“ zu qualifizieren wäre – keine Rolle. Nur bei einer solchen – mit dem **Wortsinn und der Systematik des Gesetzes übereinstimmenden – Auslegung kann ein effektiver Schutz vor unlauterer Werbung durch die Eröffnung zweckwidriger Umgehungsmaßnahmen gewährleistet werden.“** (BGH aaO)*

- II. Außerdem ist das **Kettenelement i. S. des § 16 II UWG**, wonach sich strafbar macht, wer es im geschäftlichen Verkehr unternimmt, Verbraucher zur Abnahme von Waren, Dienstleistungen oder Rechten durch das Versprechen zu veranlassen, sie würden entweder vom Veranstalter selbst oder von einem Dritten besondere Vorteile erlangen, wenn sie andere zum Abschluss gleichartiger Geschäfte veranlassen, die ihrerseits nach der Art dieser Werbung derartige Vorteile für eine entsprechende Werbung weiterer Abnehmer erlangen sollen, gegeben: Faktische Voraussetzung für die Beauftragung als Vertriebsmitarbeiter war der Erwerb einer Seminarveranstaltung; die gegenteilige Klausel in den Mitarbeiterverträgen dient hier lediglich der Verschleierung der tatsächlichen Verhältnisse.

„Da die **Buchung der Teilnahme an den Motivations- und Ausbildungsseminaren als Bedingung** dafür behandelt wurde, dass die Vertriebsmitarbeiter selbst diese Seminare gegen Provisionen vertreiben durften, liegt das **Kettenelement** vor.

Dieser **Bedingungszusammenhang erfüllt den Tatbestand des § 16 II UWG**, weil der geworbene Mitarbeiter nur dadurch besondere Vorteile erlangen kann, indem er andere zum Abschluss gleichartiger Geschäfte veranlasst. Hierdurch wird nämlich ein **Schneeballsystem** dergestalt begründet, dass der Vertriebsmitarbeiter ein Produkt erwerben muss und sich nur durch die Einwerbung neuer Kunden refinanzieren kann. Für den Fall einer weiteren Anwerbung erhöhte sich die Provision ebenso, wie eine Beteiligung für den mittlerweile in der Hierarchie aufgestiegenen Vertriebsmitarbeiter für den Fall vorgesehen war, dass untergeordnete Vertriebsmitarbeiter Käufer anwerben. Damit weist das System Merkmale auf, die nach ihrer **Beeinflussungswirkung** geeignet sind, die **typische Dynamik eines Systems der progressiven Kundenwerbung** in Gang zu setzen (vgl. BGHSt 43, 270 = NJW 1998, 390 = NStZ 1998, 90 zu § 6c UWG a.F.).“ (BGH aaO)

III. Die Angekl. unterlagen auch **keinem Verbotsirrtum gem. § 17 StGB**.

Eine **ausreichende Unrechtseinsicht** liegt bereits dann vor, wenn der Täter bei der Begehung der Tat mit der Möglichkeit rechnet, Unrecht zu tun, und dies billigend in Kauf nimmt; es genügt mithin das Bewusstsein, die Handlung verstoße gegen irgendwelche, wenn auch im Einzelnen nicht klar vorgestellte gesetzliche Bestimmungen.

BGHSt 11, 263 = NJW 1958, 109; BGH NStZ-RR 2009, 13; BGHSt 52, 307 = NJW 2008, 2723 = NStZ 2008, 627; BGH NJW 2009, 3173, insow. in BGHSt 54, 44 nicht abgedr.; BGHSt 4, 1 = NJW 1953, 431; BGHSt 27, 196 = NJW 1977, 1784

Vorliegend belegen die **Formulierungen in den Mitarbeiterverträgen**, dass die Angekl. mit der Möglichkeit einer Strafbarkeit rechneten.

„Dem steht auch nicht entgegen, dass im Tatzeitraum zivilrechtliche Urteile von Amts- und Landgerichten einen Verstoß gegen § 16 II UWG mangels Verbrauchereigenschaft der Interessenten verneinten. Die Aussagekraft dieser Entscheidungen war schon dadurch vermindert, dass für das den Einzelfall beurteilende Zivilgericht das sich nur aus einer Gesamtbetrachtung erschließende System der progressiven Kundenwerbung praktisch nicht zu erkennen war. Zudem waren die Angekl. **durch zahlreiche strafrichterliche Entscheidungen vorgewarnt**, die eine Strafbarkeit inzident bejahten. Das von den Angekl. verfolgte System der progressiven Kundenwerbung war jedenfalls darauf ausgerichtet, eine von ihnen so verstandene rechtliche Grauzone auszunutzen. Dies setzt dann aber regelmäßig eine **gedankliche Auseinandersetzung mit den Grenzen strafbaren Verhaltens** voraus und schließt, wenn höchstrichterliche Entscheidungen noch nicht vorliegen, jedenfalls die Möglichkeit mit ein, sich bei einer Fehlinterpretation der Gesetzeslage strafbar zu machen (BVerfG NJW 2006, 2684; BGHSt 54, 243 = NJW 2010, 2528). Dass die Angekl. selbst von einer erheblichen Wahrscheinlichkeit einer Strafbarkeit ihres Verhaltens ausgingen, zeigen gerade auch ihre Bemühungen, sowohl in vorformulierten Bewerbungsbögen als auch in Vertriebsmitarbeiterverträgen die tatsächliche Kopplung von Seminarerwerb und Mitarbeit bei der Firma PPV zu verschleiern (vgl. dazu BGH NJW 2002, 3415 = NStZ 2003, 39).“ (BGH aaO)

BGB  
§ 839**Reichweite des Spruchrichterprivilegs**  
**Amtshaftung nur bei unvertretbarer Verfahrensverzögerung**

Staatshaftung

(BGH in DÖV 2011, 372; Urteil vom 04.11.2010 – III ZR 32/10)

1. Das Richterspruchprivileg des § 839 II 1 BGB erfasst auch **alle prozessleitenden Maßnahmen**, die objektiv darauf gerichtet sind, die Rechtssache durch Urteil zu entscheiden, also die Grundlagen für die Sachentscheidung zu gewinnen.
2. Auch außerhalb des Anwendungsbereichs des § 839 II 1 BGB ist der verfassungsrechtliche **Grundsatz der richterlichen Unabhängigkeit** zu berücksichtigen. Daraus folgt, dass das richterliche Verhalten bei der **Prozessführung** im Amtshaftungsprozess nur **auf seine Vertretbarkeit hin zu überprüfen** ist.
3. Bei der **Prüfung pflichtwidriger Verzögerungen** (§ 839 II 2 BGB), ist zu beachten, dass sich bei zunehmender Verfahrensdauer die Pflicht des Gerichts, sich **nachhaltig um eine Förderung und Beendigung des Verfahrens** zu bemühen, verdichtet. Der Zeitfaktor ist aber auch bei langer Verfahrensdauer nicht der allein entscheidende Maßstab.

**Fall:** Der Kl. verlangt vom bekl. Land aus dem Gesichtspunkt der Amtshaftung Schadensersatz wegen überlanger Verfahrensdauer eines Zivilprozesses. Der Kl. betrieb vormals ein Transportunternehmen. In den Jahren 1981/1982 war er als Subunternehmer der Firma BM-GmbH & Co. KG (im Folgenden: Firma BM) bei dem Neubau zweier Landesstraßen tätig. Bei Abrechnung der Leistungen entstand Streit unter anderem über die Abrechnungsmodalitäten. Die Firma BM bezahlte die klägerischen Rechnungen nur teilweise. In dem darauf vom Kl. eingeleiteten Rechtsstreit, in dem die Firma BM hilfsweise die Aufrechnung mit bestrittenen Gegenforderungen geltend machte, hat das LG Detmold mit Urteil vom 18.04.1985 die Klageforderung dem Grunde nach für gerechtfertigt erklärt. Die hiergegen gerichtete Berufung hat das OLG Hamm unter dem 19.06.1986 zurückgewiesen. Durch Beschluss vom 24.06.1987 hat der BGH die Revision der Firma BM nicht angenommen. Im anschließenden Betragsverfahren hat das LG Detmold nach umfangreicher Beweisaufnahme mit Schlussurteil vom 24.05.1996 der Klage teilweise stattgegeben. Gegen diese Entscheidung haben beide Parteien Berufung eingelegt. Während des Berufungsverfahrens vor dem OLG Hamm, in dem zunächst eine weitere umfangreiche Beweisaufnahme stattfand, wurde durch Beschluss des AG Detmold vom 01.2.2002 auf Antrag der Firma BM vom 23.11.2001 über deren Vermögen das Insolvenzverfahren eröffnet. Der Kl. erhielt am 11.11.2002 aus einer von der Fa. BM zur Abwendung der Zwangsvollstreckung aus dem Schlussurteil des LG Detmold vormals gestellten Prozessbürgschaft 680 000 DM (347 678,47 Euro). Das Berufungsverfahren endete mit einem am 01.03.2004 zwischen dem Kl. und dem Insolvenzverwalter abgeschlossenen Vergleich. Wegen Masseunzulänglichkeit hat der Kl. allerdings keine Aussicht, die hieraus resultierenden weitergehenden Ansprüche gegen die Firma BM durchzusetzen. Seinen diesbezüglichen Ausfallschaden macht der Kl. nunmehr gegenüber dem bekl. Land geltend. Die im Vorprozess tätigen Gerichte hätten pflichtwidrig das Verfahren nicht ausreichend gefördert. Bei ordnungsgemäßer Sachbehandlung hätte der Vorprozess spätestens bis Ende 1990 mit einem rechtskräftigen Urteil, das bezüglich einer Zahlungsverpflichtung der Firma BM nicht hinter dem Vergleich vom 01.03.2004 zurückgeblieben wäre, beendet sein müssen. Die Zahlungsunfähigkeit der Firma BM sei erst viele Jahre später eingetreten. Hat der Kl. einen entsprechenden Schadensersatzanspruch?

Der Kläger hat gegen das bekl. Land einen Anspruch aus Amtshaftung, wenn die Haftungsvoraussetzungen des § 839 BGB i.V.m. Art. 34 GG vorliegen.

**I. Handeln in Ausübung eines öffentlichen Amtes**

„Als Anstellungskörperschaft haftet das beklagte Land für **etwaiges dienstliches Fehlverhalten** der mit der Bearbeitung und Entscheidung des Vorprozesses befassten Berufsrichter des LG Detmold sowie des OLG Hamm nach § 839 BGB, Art. 34 S. 1 GG. Im Rahmen eines anhängigen Rechtsstreits üben die hieran beteiligten Richter in **Wahrnehmung eines ihnen anvertrauten öffentlichen Amtes hoheitliche Tätigkeit** aus. Die Haftung des bekl. Landes erfasst dabei auch den hier streitgegenständlichen Fall einer verzögerlichen Sachbearbeitung durch die Gerichte (vgl. nur BGH, NJW 1998, 2288 [2289]; Senat, BGH NJW 2007, 830 Rn 17).“ (BGH aaO)

**II. drittschützende Amtspflicht**

In Betracht kommt hier eine **Amtspflicht zur zügigen Bearbeitung von Verfahren**.

„Aus dem **Rechtsstaatsprinzip** (Art. 20 III GG) ist i. V. mit Art. 2 I GG für zivilrechtliche Streitigkeiten die **Gewährleistung eines wirkungsvollen Rechtsschutzes** abzuleiten (vgl. nur BVerfG NJW 1980, 2179; BVerfG NJW 1992, 1673). Dazu gehört auch, dass streitige **Rechtsverhältnisse in angemessener Zeit geklärt** werden (vgl. nur BVerfG NJW 1993, 1635; BVerfG, NJW 1997, 2811 [2812]; NJW 1999, 2582 [2583]; NJW 2000, 797). Hierbei verdichtet sich mit zunehmender Verfahrensdauer die Verpflichtung des Gerichts, sich **nachhaltig um eine Förderung und Beendigung des Verfahrens zu bemühen** (vgl. nur BVerfG, NJW 2001, 214 [215]; NJW 2004, 3320; NJW 2005, 739; NJW 2008, 503 [504]). Die Gerichte müssen daher – und zwar als **drittbezogene Amtspflicht gegenüber den Parteien** – anhängige Verfahren mit der gebotenen Beschleunigung bearbeiten und bei Entscheidungsreife möglichst zeitnah abschließen. Der aus dem Rechtsstaatsprinzip folgende **Anspruch auf Justizgewährung** beinhaltet insoweit das Recht auf eine **Entscheidung innerhalb angemessener Frist**; gleiches folgt im Übrigen auch aus Art. 6 I EMRK (vgl. Senat, BGH NJW 2007, 830).“ (BGH aaO)

### III. Verletzung der Amtspflicht

#### 1. richterliche Unabhängigkeit und Spruchrichterprivileg

Richter sind in Verfahrensführung und Entscheidung **grundsätzlich unabhängig** und nur den rechtlichen Vorgaben unterworfen sind. Eine Verletzung kommt daher nur in Betracht, wenn der **Spielraum**, der durch die richterliche Unabhängigkeit gewährt wird, **bei der konkreten Verfahrensführung** überschritten wurde. Hier spielt eine besondere Rolle, dass ein Richter nach § 839 II BGB u.U. nur für strafbares Verhalten haftet.

##### aa) Anwendbarkeit des Spruchrichterprivileg auf Verfahrensverzögerungen

Diese Beschränkung auf die **Haftung für Straftaten** greift nur ein, wenn es um ein **Urteil in einer Rechtssache** geht. Auf den Haftungsausschluss kann sich ein Richter nach § 839 II 2 BGB dann nicht berufen, wenn er die **Ausübung seines Amtes pflichtwidrig verweigert oder verzögert**.

„§ 839 II 2 BGB spricht hierbei nur die Selbstverständlichkeit aus, dass pflichtwidrige **Untätigkeit** des Richters **keine fehlerhafte Tätigkeit** bei einem Urteil ist (vgl. nur Staudinger/Wurm, BGB, Neubearb. 2007, § 839 Rn 334). Nicht unter Satz 2 fallen deshalb **Maßnahmen** des Gerichts, die **rechtzeitig getroffen** wurden, aber im Ergebnis zu einer **Verlängerung des Verfahrens** geführt haben. Aber auch soweit das richterliche Verhalten nicht von § 839 II 1 BGB erfasst wird, kann bei der Beurteilung der Frage, ob eine haftungsbegründende Verzögerung vorliegt, der verfassungsrechtlich garantierte Grundsatz richterlicher Unabhängigkeit (Art. 97 I GG) nicht unberücksichtigt bleiben.“ (BGH aaO)

##### bb) Spruchrichterprivileg und prozessleitende Maßnahmen

Führen prozessleitende Maßnahmen zu Verfahrensverzögerungen, so stellt sich die Frage, ob diese vom Ausschluss des § 839 II 2 BGB erfasst sind oder ob das Spruchrichterprivileg auch auf sie Anwendung findet.

„Durch die Formulierung in § 839 II 1 BGB („bei dem Urteil“, nicht „durch das Urteil“) werden **nicht nur Mängel** erfasst, die **in dem Urteil selbst** liegen oder die unmittelbar bei seinem Erlass begangen werden. Vielmehr sind privilegiert auch **alle Maßnahmen**, die objektiv darauf gerichtet sind, die **Rechtssache durch Urteil zu entscheiden**, also die Grundlagen für die Sachentscheidung zu gewinnen (vgl. nur Senat, NJW 1966, 246 = DRiZ 1966, 28; BGHZ 50, 14 [16] = NJW 1968, 989; 010: Gesetz fehlt LM § 839 [G] BGB Nr. 16; Staudinger/Wurm, § 839 Rn 329 m. w.N.).

Zum Urteil gehört die **richtige Feststellung des Tatbestands**, ... sowie die Prüfung der **Erheblichkeit** des jeweiligen Vortrags und eines etwaigen **Beweisantritts**. Insoweit stellen ...**prozessleitende Maßnahmen** keine Urteile im prozessualen Sinn dar. Sie stehen aber in einem so **engen Zusammenhang mit dem Urteil**, dass sie von diesem **haftungsmäßig nicht getrennt** werden können (vgl. Senat, LM § 839 [G] BGB Nr. 5).

Führt deshalb [eine prozessleitende Maßnahme] zu einer **Verlängerung des gerichtlichen Verfahrens**, ist dies – vorbehaltlich der Grenze der Rechtsbeugung (§ 839 II 1 BGB) – **ohne Belang, auch wenn** nach Auffassung des zur Entscheidung des Amtshaftungsprozesses berufenen Gerichts die Beweisaufnahme oder der Hinweis bzw. die Auflage **überflüssig** gewesen sind und ein der Klage stattgebendes sowie einen Vollstreckungsschaden vermeidendes Urteil deshalb früher hätte ergehen können.“ (BGH aaO)

Das Gericht ist insoweit **nicht gehalten**, selbst bei schon länger andauernden Verfahren seine Entscheidung über **prozessleitende Maßnahmen allein am Zeitfaktor auszurichten**.

„Die **zügige Erledigung** eines Rechtsstreits ist **kein Selbstzweck**. Vielmehr verlangt gerade das Rechtsstaatsprinzip die **grundsätzlich umfassende tatsächliche und rechtliche Prüfung** des Streitgegenstands durch das dazu berufene Gericht (BVerfG NJW 1980, 2179; BVerfG NJW 1992, 1673; NJW 1997, 2811 [2812]; NJW 1999, 2582 [2583]). Insoweit ist die **sachgerechte Führung eines Prozesses** – abgesehen von zwingenden gesetzlichen Vorgaben – in das **Ermessen der verantwortlichen Richter** gestellt (vgl. BVerfG NJW 1981, 1499 zur Terminierung der mündlichen Verhandlung; s. auch BVerfG, EuGRZ 1982, 75). Hierbei kann die **Verfahrensführung** im Amtshaftungsprozess **nicht auf ihre Richtigkeit, sondern nur auf ihre Vertretbarkeit überprüft** werden. Letztere darf nur verneint werden, wenn bei voller Würdigung auch der Belange einer funktionstüchtigen Zivilrechtspflege das **richterliche Verhalten nicht mehr verständlich** ist (Senat, NJW 1989, 96; BGHR BGB § 839 Abs. 1 Satz 1 StA 3). Bei der insoweit anzustellenden Bewertung darf der **Zeitfaktor** – zumal sich bei zunehmender Verfahrensdauer die Pflicht des Gerichts, sich nachhaltig um eine Förderung und Beendigung des Verfahrens zu bemühen, verdichtet (vgl. nur BVerfG, NJW 2001, 214 [215]; NJW 2004, 3320; NJW 2005, 739; NJW 2008, 503 [504]) – selbstverständlich nicht ausgeblendet werden; er ist aber **nicht der allein entscheidende Maßstab**.“ (BGH aaO)

Das **Spruchrichterprivileg** findet daher auch auf **prozessleitende Maßnahmen** Anwendung, soweit nicht eine Verweigerung oder Verzögerung der Amtsausübung

im Sinne von § 839 II 2 BGB vorliegt, weil sich die Entscheidung als nicht mehr vertretbar darstellt.

„Die **Darlegungs- und Beweislast** dafür, dass ein richterliches Verhalten unvertretbar und insoweit amtspflichtwidrig war, trägt **grundsätzlich der Kl.**“ (BGH aaO)

## 2. Spruchrichterprivileg bei Beweisbeschluss

Nach der mündlichen Verhandlung vom 31.10.1989 ist der Beweisbeschluss erst am 12.03.1990 ergangen. Dies könnte eine unvertretbare Verzögerung darstellen.

„Die Entscheidung eines Gerichts, **vor Erlass eines Beweisbeschlusses** den Parteien zunächst noch **Hinweise zu geben** und erst anschließend die Beweisaufnahme anzuordnen, unterfällt der Privilegierung des § 839 II 1 BGB. Ob die **konkrete Vorgehensweise ... geboten oder sinnvoll** war, ist **genauso wenig entscheidungserheblich** wie der Umstand, dass die Anhörung der Parteien letztlich nur zu einer geringfügigen Ergänzung der bereits im Beschluss vom 16.11.1989 angesprochenen Beweisfrage geführt hat. Von einer **pflichtwidrigen Verzögerung** um fast vier Monate kann deshalb **nicht gesprochen** werden.“ (BGH aaO)

## 3. Spruchrichterprivileg bei Verzögerung der Terminierung nach Gutachteneingang

Nach Eingang des Sachverständigengutachtens am 26.04.1995 wurde Termin zur mündlichen Verhandlung bestimmt auf den 06.09.1995. Dies könnte eine unvertretbare Verzögerung darstellen.

„Das LG hat noch **unter dem gleichen Tag** den Parteien Abschriften **zur Stellungnahme** mit der Auflage (§ 411 IV ZPO) übermittelt, bis zum 31.05.1995 ihre Einwendungen sowie die Begutachtung betreffende Anträge und Ergänzungsfragen mitzuteilen. Die Parteien haben sich mit Schriftsätzen vom 30. und 31.05. sowie 22.06.1995 geäußert. Am 06.09.1995 ist dann Termin zur mündlichen Verhandlung anberaumt worden.

Die Regelung des § 411 IV ZPO, wonach die Parteien dem Gericht **innerhalb eines angemessenen Zeitraums** ihre Einwendungen gegen das schriftliche Gutachten, die Begutachtung betreffende Anträge und Ergänzungsfragen mitzuteilen haben, wofür ihnen das Gericht eine Frist setzen kann, hat den Zweck, das Gericht möglichst frühzeitig darüber zu informieren, ob und wann ein neuer Termin zu bestimmen ist, ob der Sachverständige zu diesem Termin zu laden und zur Vorbereitung seiner Anhörung über die Einwände der Parteien zum Gutachten zu informieren ist oder ob zur Vorbereitung eines noch zurückgestellten Termins zunächst ein schriftliches Ergänzungsgutachten anzufordern ist (vgl. nur Zöller/Greger, ZPO, 28. Aufl., § 411 Rn. 5 e). Entscheidet sich ein Gericht dafür, den **Parteien zunächst rechtliches Gehör zu geben**, um dann auf der Grundlage der eingehenden Stellungnahmen über die weitere Verfahrensweise befinden zu können, **unterfällt dies dem § 839 II 1 BGB**. Von einer pflichtwidrigen Verzögerung von vier Monaten kann deshalb nicht gesprochen werden, zumal nach Eingang der Schriftsätze der Parteien die sachgerechte weitere Bearbeitung des Verfahrens gewisse Zeit in Anspruch nehmen durfte.“ (BGH aaO)

## 4. Spruchrichterprivileg bei Verzögerung der Terminierung im Berufungsverfahren

Nach Eingang der Berufungsbegründungen am 01. bzw. 15.10.1996 wurde erst für den 12.06.1997 ein (sog. Vorschalt-)Termin vor dem Berichterstatter bestimmt.

„Es war insoweit bei der **Ermessensausübung**, gerade weil es sich um einen bereits **seit längerem anhängigen Rechtsstreit** handelte, dem Recht der Parteien auf eine Entscheidung in angemessener Frist durch **zügige Bearbeitung** Rechnung zu tragen, damit anschließend möglichst zeitnah noch terminiert werden kann. Der diesbezügliche **Zeitrahen** kann im Amtshaftungsprozess – ohne die Beschränkung in § 839 II 1 BGB – **auf seine Vertretbarkeit überprüft** werden. Vor diesem Hintergrund erweist sich die Auffassung des BerGer., der **Zeitraum von fast acht Monaten zwischen dem Eingang der Berufungsbegründungen und der Terminverfügung** sei – zumal bei einem bereits so viele Jahre anhängigen und in erster Instanz teilweise auch pflichtwidrig verzögerten Prozess – **zu lang**, als rechtsfehlerfrei.“ (BGH aaO)

## 5. Spruchrichterprivileg bei Zuweisung an den Einzelrichter

Eine pflichtwidrige Verzögerung könnte darin zu sehen sein, dass die Sache zweimal an den Berichterstatter als Einzelrichter erfolgt ist.

„Die Zivilprozessordnung – damals § 524 I 1 ZPO a. F., jetzt § 527 I 1 ZPO n. F. – erlaubt im Berufungsverfahren die Zuweisung der Sache an den **Einzelrichter zur Vorbereitung der Entscheidung**. Im Falle der Zuweisung ist der Einzelrichter unter anderem befugt, vorbereitende Maßnahmen (§ 273 ZPO) zu treffen. Daneben steht auch die allgemeine Aufgabe, in jeder Lage des Verfahrens auf eine gütliche Beilegung des Rechtsstreits oder einzelner Streitpunkte bedacht zu sein. Nach § 524 II 2 ZPO a. F. (jetzt § 527 II 2 ZPO n. F.) ist auch die Erhebung einzelner Beweise erlaubt. Bei der Entscheidung über die Zuweisung an den Einzelrichter handelt es sich um eine in das **Ermessen des Vorsitzenden** bzw. des Gerichts fallende, **nicht anfechtbare Entscheidung** (vgl. Stein/Jonas/Grunsky, § 524 Rn. 3, 6; Wieczorek/Rössler, § 524 Rn B; zur entsprechenden Rechtslage nach § 527 I 1 ZPO n. F.: Rimmelpacher, in: MünchKomm-ZPO 3. Aufl., § 527 Rn. 3, 19; Musielak/Ball, ZPO, 7. Aufl., § 527 Rn 3; Wieczorek/Schütze/Gerken, ZPO, 3. Aufl., § 527 Rn 5, 7). Diese unterfällt dem **Anwendungsbereich des § 839 II 1 BGB**.“ (BGH aaO)

## 6. Ergebnis

„Da die Annahme des BerGer., es sei zu einer insgesamt 34-monatigen Verzögerung des Vorprozesses gekommen, teilweise rechtsfehlerhaft ist, fehlt die Grundlage für die darauf aufbauenden Feststellungen zur verzögerungsbedingten Vereitelung der Durchsetzung der klägerischen Ansprüche. Hierzu bedarf es – unter Berücksichtigung der Ausführungen des Senats zu 1 – neuer Feststellungen des BerGer. Diese erübrigen sich – entgegen der Auffassung der Revision – nicht deshalb, weil der Klage aus anderen Gründen der Erfolg versagt werden müsste.“ (BGH aaO)

### a) Verschuldensausschluss nach Kollegialgerichts-Richtlinie

Die Haftung des bekl. Landes könnte deshalb ausgeschlossen sein, weil das LG eine Pflichtverletzung der mit dem Vorprozess befassten Berufsrichter verneint hat und es damit bei Anwendung der so genannten Kollegialgerichts-Richtlinie jedenfalls an einem Verschulden fehlen könnte.

#### aa) Inhalt der Kollegialgerichts-Richtlinie

„Die **Kollegialgerichts-Richtlinie** beruht auf der Erwägung, dass von einem Beamten, der allein und im Drang der Geschäfte handeln muss, **keine bessere Rechtseinsicht erwartet werden kann** als von einem **Gremium mit mehreren Rechtskundigen**, das in voller Ruhe und reiflicher Überlegung entscheidet, nachdem vorher der Prozessstoff in ganzer Fülle vor ihm ausgebreitet worden ist (vgl. nur Staudinger/Wurm, § 839 Rn. 211; Kreft, in: RGRK, 12. Aufl., § 839 Rn. 296). Insoweit trifft nach der **ständigen Rechtsprechung** des RG (RGZ 106, 406 [410]; RGZ 141, 328 [334]; RGZ 156, 34 [51]; RGZ 164, 32 [40 f.]) und des BGH (vgl. nur Senat, BGH NJW 1955, 988; BGH NJW 1986, 2309; BGH NJW 1992, 3229; BGH NJW 2002, 1793) einen Beamten **in der Regel kein Verschulden**, wenn ein mit mehreren Berufsrichtern besetztes **Kollegialgericht die Amtstätigkeit als objektiv rechtmäßig angesehen hat**.“ (BGH aaO)

#### bb) Anwendbarkeit auf richterliche Tätigkeit

„**Ob und in welchem Umfang** dieser Grundsatz auch für die richterliche Tätigkeit gilt (so Senat, BGH NJW 1959, 35; NJW-RR 1992, 919; jeweils amtsrichterliche Tätigkeiten betreffend), kann genauso **dahinstehen** wie die Frage, ob die Auffassung des BerGer., die Bewertung des LG sei bereits deshalb ohne Bedeutung, weil sie auf einer unzureichenden Beurteilungsgrundlage beruhe und insoweit nicht sorgfältig erfolgt sei (zu dieser Einschränkung der Richtlinie vgl. nur Senat, NJW 1989, 1924 [1926]; NVwZ 1998, 878; NVwZ-RR 2005, 152) rechtsfehlerfrei ist. Denn Voraussetzung für die Anwendung der Kollegialgerichts-Richtlinie ist, dass der **Beamte eine zweifelhafte und nicht einfach zu lösende Rechtsfrage zu beantworten hat** (vgl. etwa RGZ 156, 34 [51]; Senat, BGH NJW 1955, 988; NJW 1962, 2100; VersR 1963, 628 [630]; VersR 1964, 63 [64]; BGH NJW 1979, 653). Derartige ernsthafte Zweifelsfragen können sich zwar auch bei der Anwendung und Auslegung verfahrensrechtlicher Vorschriften stellen, **nicht aber, wenn** – wie hier – **zeitliche Verzögerungen im Zusammenhang mit einer richterlichen Untätigkeit bzw. verspäteten richterlichen Tätigkeit in Rede stehen**.“ (BGH aaO)

Der Anspruch scheidet daher nicht schon wegen der Anwendung der Kollegialgerichts-Richtlinie aus.

### b) Anspruchsausschluss nach § 839 I 2 BGB wegen anderweitiger Ersatzmöglichkeit

Nach § 839 I 2 BGB steht dem Geschädigten ein Amtshaftungsanspruch im Falle einer fahrlässigen Amtspflichtverletzung nur zu, wenn er nicht auf andere Weise Ersatz zu erlangen vermag.

„Er braucht sich jedoch nicht auf weitläufige, unsichere oder im Ergebnis zweifelhafte Wege des Vorgehens gegen Dritte verweisen zu lassen. Die Ausnutzung **anderweitiger Ersatzmöglichkeit** muss ihm in diesem Sinne **zumutbar** sein (vgl. nur Senat, BGHZ 120, 124 [126] = NJW 1993, 1647; NJW 1997, 2109; VIZ 2004, 452 = BGHR BGB § 839 Abs. 1 Satz 2 Zumutbarkeit 3). Zu Unrecht beanstandet insoweit die Revision, dass dem Kl. **Schadensersatzansprüche aus § 826 BGB gegen den Sachverständigen Ba zustünden**.

Das BerGer. hat hierzu ausgeführt, dass der Kl. nach der für ihn überschaubaren Sachlage **schwerlich einen Schädigungsvorsatz des Sachverständigen hätte darlegen und im zu erwartenden Bestreitensfall auch hätte beweisen können**. Bei dieser Sachlage sei ihm ein **Prozess** wegen erkennbar fehlender Erfolgsaussicht **nicht zumutbar**, zumal sich die in die Verantwortung des Sachverständigen fallende Verzögerung ohnehin nicht mit der Gesamtverzögerung des Vorprozesses decke, was im Rahmen der anzustellenden Kausalitätsbetrachtung weitere Probleme und Nachweisschwierigkeiten nach sich gezogen hätte.“ (BGH aaO)

Ein Amtshaftungsanspruch scheidet daher auch nicht nach § 839 I 1 BGB aus.

NWOBG  
§§ 17, 18

**WEG-Verwalter als Störer**  
**Inanspruchnahme für Bauordnungsverfügung**

POR

(OVG Münster in NVwZ-RR 2011, 351, Beschluss vom 28.01.2011 – 2 B 1495/10)

1. Der **Verwalter** einer Wohnungseigentümergeinschaft kann **als Störer** in Anspruch genommen werden, wenn die Gefahr von einem im Gemeinschaftseigentum stehenden Gebäudeteil ausgeht.
2. Die von der Bauaufsichtsbehörde aus **Gründen des Brandschutzes** erlassene Ordnungsverfügung gehört zu den **laufenden Maßnahmen** i. S. von § 27 III 1 Nr. 3 i. V. mit § 27 I Nr. 2 WEG.
3. Die Bauaufsichtsbehörde darf sich im Rahmen ihrer Entscheidung über die **Störerauswahl** nach pflichtgemäßem Ermessen für die **Inanspruchnahme des Verwalters** und nicht der einzelnen Wohnungseigentümer entscheiden. (Leitsätze der Redaktion)

**Fall:** Die Ag. erließ am 12.07.2010 eine Ordnungsverfügung gegen die Ast. als Verwalterin der Wohnungseigentümergeinschaft (WEG) O.-Straße, I.-Straße/E.-Straße in E. mit der Aufforderung, in der Tiefgarage des vorgenannten Objekts sämtliche Garagentore dauerhaft in geöffneter Position festzusetzen (Nr. 1 a) sowie die in den Einstellboxen gelagerten Gegenstände und Materialien, mit Ausnahme derer, die an ein Kraftfahrzeug montiert werden können, zu entfernen und die Boxen dauerhaft von unzulässigen Materialien freizuhalten (Nr. 1 b). Dies wurde damit begründet, dass die beanstandeten Zustände – Lagerung von Gegenständen sowie die eingebauten Tore – gegen öffentlich-rechtliche Vorschriften verstießen. Auf Grund der sich aus § 27 I Nr. 3, III 1 Nr. 4 WEG ergebenden Befugnis habe die Ag. die Ast., die als Verwalterin für das in Rede stehende Objekt bestellt sei, als Störerin in Anspruch nehmen können. Das Auswahlermessen sei ebenfalls ordnungsgemäß ausgeübt worden. Ist die Ordnungsverfügung materiell rechtmäßig?

## I. Aufforderung zur Festsetzung der Garagentore

### 1. Ermächtigungsgrundlage

Ermächtigungsgrundlage für eine Bauordnungsverfügung in NRW ist § 61 I 2 NWBauO.

### 2. materielle Rechtmäßigkeit

#### a) Vorliegen der Voraussetzungen der Ermächtigungsgrundlage

Eine Bauordnungsverfügung nach § 61 I 2 NWBauO kann ergehen, wenn eine bauliche Anlage gegen öffentlich-rechtliche Vorschriften verstößt.

*„Dass die **formell illegal errichteten Garagentore** – in geschlossenem Zustand – **gegen das in § 17 I NWBauO enthaltene Gebot verstoßen**, wonach bauliche Anlagen so beschaffen sein müssen, dass der Entstehung eines Brandes und der Ausbreitung von Feuer und Rauch vorgebeugt wird und bei einem Brand die Rettung von Menschen und Tieren sowie wirksame Löscharbeiten möglich sind, ist in dem angefochtenen Beschluss des VG bzw. in dem in Bezug genommenen Urteil zutreffend dargelegt worden und wird von der Beschwerde nicht durchgreifend infrage gestellt.“* (OVG Münster aaO)

#### b) hinreichende Bestimmtheit

Fraglich ist, ob die Ordnungsverfügung im Sinne des § 37 I NWVwVfG hinreichend bestimmt ist, da nur angeordnet wurde, die Garagentore zu öffnen und offen zu halten, ohne dass dies näher konkretisiert wurde.

*„Bedenken hinsichtlich der Bestimmtheit dieser Anordnung i. S. von § 37 I NWVwVfG bestehen nicht. Mit den „Garagentoren“ sind nach der Begründung der angefochtenen Ordnungsverfügung **erkennbar sämtliche** die Stellplätze in der zu dem Objekt „WEG O.-Straße/L.-Straße/E.-Straße“ gehörenden Tiefgarage zur Fahrgasse abschließenden **Metallgittertore** mit einer Maschenbreite von weniger als 9 cm x 9 cm gemeint.“* (OVG Münster aaO)

#### c) WEG-Verwalter als Störer

Die WEG-Verwalterin müsste auch Störer sind. In Betracht kommt eine **Zustandsverantwortlichkeit** nach § 18 NWOBG i.V.m. § 27 I Nr. 2, III 1 Nr. 3 WEG und eine **Verhaltensverantwortlichkeit** nach § 17 NWOBG i.V.m. § 27 I Nr. 2, III 1 Nr. 3 WEG.

##### aa) WEG-Verwalter als Zustandsstörer

Grundsätzlich ist jedoch nach § 18 NWOBG nur der derjenige Störer, der für den Zustand einer Sache verantwortlich. Dies ist regelmäßig derjenige, der Eigentümer einer Sache ist oder die tatsächliche Sachherrschaft hat.

„In den letztgenannten Vorschriften sind dem Verwalter im Rahmen seiner Verwaltungsaufgaben **Handlungsbefugnisse in Bezug auf das Gemeinschaftseigentum** eingeräumt, die es nach der Rechtsprechung des beschließenden Gerichts rechtfertigen, ihn insoweit auch als Störer in Anspruch zu nehmen (vgl. OVG Münster, NJW 2009, 3528 = BRS 74 Nr. 210; Beschl. v. 17. 12. 2008 – 10 A 1649/08; v. 3. 3. 1994 – 11 B 2566/93).

Nach § 27 I Nr. 2 WEG ist der Verwalter gegenüber den Wohnungseigentümern und gegenüber der Gemeinschaft der Wohnungseigentümer **berechtigt und verpflichtet**, die für die **ordnungsmäßige Instandhaltung und Instandsetzung des gemeinschaftlichen Eigentums** erforderlichen Maßnahmen zu treffen. Dabei ergeben sich aus dieser Vorschrift – wie die Neuregelung durch Art. 1 Nr. 16 des Gesetzes zur Änderung des WEG und anderer Gesetze vom 26.03.2007 (BGBl I, 370) schon in ihrem Wortlaut verdeutlicht – im Grunde lediglich **Rechte und Pflichten im Innenverhältnis**. Sie zeigt aber den Handlungsrahmen auf, in dem der Verwalter im Grundsatz Zugriff auf das Gemeinschaftseigentum hat. **Absatz 3** der Vorschrift regelt demgegenüber den **Umfang der Vertretungsmacht** des Verwalters **nach außen**, die ihm selbstständig, d. h. unabhängig von den Vereinbarungen und den Beschlüssen der Wohnungseigentümergeinschaft im Einzelfall, zusteht (vgl. BT-Dr 16/887, S. 69 ff.).“

Da die dem Verwalter nach § 27 I und III WEG zustehenden Aufgaben und Befugnisse nach Absatz 4 dieser Norm weder durch eine Vereinbarung der Wohnungseigentümer untereinander noch durch den Verwaltervertrag eingeschränkt werden können (vgl. auch: Merle, in: Bärmann, Komm. WEG, 10. Aufl. [2008], § 27 Rn 265), ergibt sich hieraus ein eigenes **selbstständiges Recht des Verwalters**, die für die ordnungsgemäße Instandhaltung und Instandsetzung **notwendigen Maßnahmen zu treffen**, und – gewissermaßen spiegelbildlich – die ordnungsrechtliche Möglichkeit, den Verwalter **auf Grund dieser Handlungsbefugnis als Störer in Anspruch zu nehmen** (vgl. OVG Münster, NJW 2009, 3528 = BRS 74 Nr. 210; Beschl. v. 17. 12. 2008 – 10 A 1649/08; v. 3. 3. 1994 – 11 B 2566/93; ebenso: VGH Mannheim, NJW 1974, 74; zur Zustandshaftung eines Hausverwalters jenseits des WEG: OVG Berlin, LKV 2003, 140 = BauR 2003, 1083; ablehnend: Merle, in: Bärmann, Komm. WEG, 10. Aufl. [2008], § 27 Rn 36).

Insoweit als dem Verwalter in Bezug auf das Gemeinschaftseigentum Handlungsbefugnisse eingeräumt sind, geht es im Ansatz um eine Verantwortung, die er für den Zustand des Gemeinschaftseigentums trägt (so im Ausgangsfall: OVG Münster, Beschl. v. 3. 3. 1994 – 11 B 2566/93; VGH Mannheim, NJW 1974, 74).“ (OVG Münster aaO)

## bb) WEG-Verwalter als Verhaltensstörer

Da der WEG-Verwalter insofern über die Handlungsbefugnisse verfügt, einen gefahrenträchtigen Zustand zu beseitigen und ihn grundsätzlich auch eine entsprechende Pflicht trifft, könnte er für ein Unterlassen erforderlicher Maßnahmen auch als Verhaltensstörer nach § 17 NWOBG in Betracht kommen.

### (1) Verantwortlichkeit wegen Handlungsmöglichkeit

„Weil mit den genannten **eigenständigen Befugnissen**, namentlich auch denen aus § 27 III WEG entsprechende **eigenständige Handlungspflichten** gegenüber den Wohnungseigentümern und der Wohnungseigentümergeinschaft verbunden sind (vgl. dazu: Merle, in: Bärmann, Komm. WEG, 10. Aufl. [2008], § 27 Rn. 165), steht im Fall eines **Unterlassens jener Maßnahmen** – wie hier – auch eine **Handlungsstörung** in Rede (so im Ausgangsfall zu: OVG Münster, Beschl. v. 17.12.2008 – 10 A 1649/08; VG Düsseldorf, Urt. v. 5. 5. 2008 – 9 K 5423/07).

So umfasst die ordnungsgemäße Instandhaltung und Instandsetzung auch die Anpassung des vorhandenen Zustands an durch zwingendes Recht – wie hier durch § 17 I NWBauO – begründete öffentlich-rechtliche Anforderungen, da es insoweit immer um die vollumfängliche, insgesamt rechtskonforme Aufrechterhaltung oder Wiederherstellung eines ordnungsgemäßen Zustandes geht (vgl. OVG Münster, Beschl. v. 17. 12. 2008 – 10 A 1649/08; Beschl. v. 03.03.1994 – 11 B 2566/93; VGH Mannheim, NJW 1974, 74).“ (OVG Münster aaO)

### (2) Beschränkung auf laufende oder dringliche Maßnahmen

Allerdings ist die Befugnis des Verwalters, die für die ordnungsgemäße Instandhaltung und Instandsetzung des gemeinschaftlichen Eigentums erforderlichen Maßnahmen unabhängig von den Vereinbarungen und den Beschlüssen der Wohnungseigentümergeinschaft zu treffen, auf **laufende Maßnahmen** (§ 27 III 1 Nr. 3 i. V. mit § 27 I Nr. 2 WEG) oder dringende Fälle (§ 27 III 1 Nr. 4 i. V. mit § 27 I Nr. 3 WEG) beschränkt sein, es sei denn, es handelt sich um eine dringende Maßnahme.

„Mithin gehören zu den **laufenden Maßnahmen** auch solche, die – wie hier – dem **Erhalt des gebotenen Sicherheitsstandards** dienen, soweit sie in Aufwand und Auswirkung ei-

nen entsprechenden gewöhnlichen Rahmen nicht übersteigen und weitergehende Entscheidungs-/Handlungsspielräume für die Gemeinschaft nicht bleiben oder durch die vom Verwalter ergriffene Maßnahme nicht nachhaltig vereitelt werden.

**Dringlichkeit** besteht immer dann, wenn ein **umgehendes Handeln erforderlich** wird und die Umstände, die ein Handeln erfordern, eine vorherige Einberufung einer Wohnungseigentümersammlung nicht zulassen (Merle, in: Bärmann, Komm. WEG, 10. Aufl. [2008], § 27 Rn. 61).

Davon ausgehend wird von der Ast. mit der streitigen Regelung in Nr. 1 a der angefochtenen Ordnungsverfügung eine **Maßnahme der Instandsetzung** gefordert, die **zu den laufenden Maßnahmen, wenn nicht gar zu den dringlichen** zu rechnen ist.

Die Notwendigkeit der geforderten Maßnahme ist ohne Weiteres einsehbar. Zudem lässt sich die Forderung, die Garagen zu öffnen und in geöffnetem Zustand zu belassen – wie noch ausgeführt wird – auch ohne, jedenfalls ohne größeren Substanzeingriff erfüllen. [Wird ausgeführt.]“ (OVG Münster aaO)

Aus der nach § 27 III 1 Nr. 3 WEG sich auch im Außenverhältnis ergebenden eigenständigen, von einer Meinungsbildung der Eigentümer im Einzelfall unabhängigen Handlungsbefugnis des Verwalters ergibt sich **als Kehrseite die ordnungsrechtliche Möglichkeit** ergibt, ihn **als Störer in Anspruch zu nehmen**.

### (3) Beschränkung auf nachträgliche Zustandsänderungen

Die Verantwortlichkeit des WEG-Verwalters könnte jedoch auf solche Zustände beschränkt sein, die nachträglich geändert wurden.

„Rechtlich unerheblich ist es mit Blick auf die Ordnungspflicht der Ast. auch, dass die Garagentore in dem hier in Rede stehenden Objekt nach den Angaben der Ast. bereits **im Zeitpunkt des Erstbezugs vorhanden** waren. Dieser Zustand ändert nichts an dem Vorliegen eines den Anforderungen des § 17 I NWBauO zuwiderlaufenden Zustands, für den die Ast. nach den vorstehenden Ausführungen ordnungsrechtlich verantwortlich zeichnet. Im Übrigen war dieser **Zustand von Anfang an baurechtlich illegal**, so dass es vorliegend darum geht, den ursprünglich genehmigten Zustand (wieder-)herzustellen.“ (OVG Münster aaO)

### (4) Ausschluss der Handlungsbefugnisse bei baulichen Veränderungen

Fraglich ist, ob den Handlungsbefugnissen des Verwalters und damit seiner Verhaltensverantwortlichkeit nicht dort eine Grenze gezogen ist, wo bauliche Maßnahmen zu veranlassen sind.

„Es ergibt sich im **Umkehrschluss aus § 22 I 1 WEG**, dass zur ordnungsgemäßen Instandhaltung oder Instandsetzung i. S. von § 27 I Nr. 2, III 1 Nr. 3 WEG – entgegen der mit der Beschwerde vorgetragene Auffassung – durchaus **auch bauliche Veränderungen** gehören können. Von § 22 I 1 WEG werden nämlich nur solche baulichen Veränderungen erfasst, die sich **nicht mehr im Rahmen einer ordnungsgemäßen Instandsetzung und Instandhaltung** des Gemeinschaftseigentums halten. Hält sich eine (bauliche) Umgestaltung dagegen in diesem Rahmen, stellt sie – auch bei einer Umgestaltung des gemeinschaftlichen Eigentums – eine **Maßnahme der ordnungsgemäßen Verwaltung** dar (Merle, in: Bärmann, Komm. WEG, 10. Aufl. [2008], § 22 Rn 9).

Selbst wenn man also das Festsetzen der Garagentore als bauliche Veränderung qualifizieren würde, stünde dies vorliegend nicht der Annahme einer Verantwortung der Ast. entgegen. Zugleich wäre ihr **nichts Unmögliches abverlangt** (vgl. auch: LG Krefeld, BeckRS 2008, 17136, wonach die Einhaltung der gültigen Brandschutzvorschriften (Herstellung eines zweiten Rettungswegs durch Einbau eines Dachflächenfensters, also einer baulichen Maßnahme) zur ordnungsgemäßen Instandhaltung des Eigentums gehört.“ (OVG Münster aaO)

### (5) Ausschluss der Handlungsbefugnisse wegen Eingriffs in das Sondereigentum

Eine Inanspruchnahme der WEG-Verwalterin könnte aber deshalb ausscheiden, wenn die Befolgung der Handlungsanweisung mit einem **Eingriff in das Sondereigentum** verbunden ist.

„Zwar trifft es zu, dass sich die Befugnisse und Pflichten des Verwalters zur Instandsetzung und Instandhaltung nach § 27 I Nr. 2, III 1 Nr. 3 WEG – und daran anschließend eine ordnungsrechtliche Verantwortlichkeit – auf das Gemeinschaftseigentum beschränkt (Merle, in: Bärmann, Komm. WEG, 10. Aufl. [2008], § 27 Rn 59).

Bei den hier in Rede stehenden **Garagentoren** handelt es sich jedoch nach summarischer Prüfung um **Gemeinschaftseigentum**, so dass diese der Verwaltungsbefugnis des Verwalters unterliegen. Gegenstand eines **Sondereigentums** gem. § 3 I WEG können nämlich nur die **Bestandteile eines Gebäudes** sein, die verändert, beseitigt oder eingefügt werden können, ohne dass dadurch das gemeinschaftliche Eigentum oder ein auf Sondereigentum beruhendes Recht eines anderen Wohnungseigentümers über das nach § 14 WEG zulässige Maß hinaus beeinträchtigt oder die äußere Gestaltung des Gebäudes verändert wird (vgl. § 5 I WEG). [Wird ausgeführt.]“ (OVG Münster aaO)

Die WEG-Verwalterin konnte der nach §§ 17, 18 NWOBG i.V.m. § 27 I Nr. 2, III 1 Nr. 3 WEG als Störerin in Anspruch genommen werden.

#### d) ordnungsgemäße Ermessensausübung

##### aa) Verhältnismäßigkeit

„Soweit die Ast. darauf verweist, die Ag. habe die von dem Arbeitskreis Vorbeugender Brand- und Gefahrenschutz angeführte Möglichkeit des Einbaus einer Sprinkleranlage nicht in Erwägung gezogen, ergibt sich daraus – im Rahmen der **Ausübung des Auswahlmessen** in sachlicher Hinsicht – nicht die Unverhältnismäßigkeit der getroffenen Anordnung. Das Festsetzen der Garagentore kann zügiger und mit einem geringeren – vor allem finanziellen – Aufwand realisiert werden als der aufwändige Einbau einer Sprinkleranlage. Von daher ist letzteres – ebenso wie der Einbau von Metallgittertoren mit einer Maschenweite von 9 cm – **kein milderes Mittel**. Im Übrigen bleibt es der Ast. – wie ausgeführt – unbenommen, der Ag. andere – unter brandschutztechnischen Gesichtspunkten ebenso geeignete – Maßnahmen als Austauschmittel anzubieten.“ (OVG Münster aaO)

##### bb) Störerauswahlmessen

Allerdings sind neben der WEG-Verwalterin ohne weiteres auch die Mitglieder der Wohnungseigentümergeinschaft sowohl Zustands- als auch Verhaltensstörer. Insofern ist fraglich, ob die Bekl. mit der Inanspruchnahme der Verwalterin ihr Störerauswahlmessen ordnungsgemäß betätigt hat.

„Es ist ... durchaus **effektiver, unmittelbar den Verwalter** in Anspruch zu nehmen, dem – wie ausgeführt – eine im Verhältnis zur Gemeinschaft **eigenständige Handlungspflicht** obliegt und der im Umfang seiner **gesetzlichen Befugnisse ohnehin im Außenverhältnis** tätig wird. Die Frage, ob der Ast. für die Durchführung der Arbeiten gegenüber der Gemeinschaft ein Aufwendungsersatzanspruch zusteht, ist rechtlich irrelevant. Für die Ausübung des Auswahlmessen auf der Primärebene ist der Gesichtspunkt der Effektivität der Gefahrenabwehr entscheidend. [Wird ausgeführt.]“ (OVG Münster aaO)

### 3. Ergebnis

Die Anordnung zum Öffnen und Offenhalten der Garagen ist damit rechtmäßig.

## II. Aufforderung zur Entfernung von Materialien aus den Garagen

Fraglich ist, ob die vorstehenden Ausführungen ohne weiteres auch für die Aufforderung gelten, die Materialien aus den Garagen zu entfernen und zukünftig von diesen freizuhalten.

„Denn insoweit ist allein das **Sondereigentum an den Stellplätzen** und das **Privateigentum an den dort befindlichen Gegenständen** betroffen. Auf dieses erstreckt sich die Handlungsbefugnis und –pflicht des Verwalters nach den obigen Ausführungen aber nicht.

Eine Störereigenschaft der Ast. lässt sich wohl auch nicht aus §§ 17, 18 OBG i. V. mit § 27 I Nr. 3, III 1 Nr. 4 WEG ableiten. Danach kann der Verwalter – auch im Außenverhältnis – in **dringenden Fällen** sonstige zur Erhaltung des gemeinschaftlichen Eigentums erforderliche Maßnahmen treffen. Zwar kann zur Durchführung der danach erforderlichen Maßnahmen **auch in das Sondereigentum eingegriffen werden**, wenn sonst die Erhaltung des Gemeinschaftseigentums nicht möglich wäre (vgl. Merle, in: Bärmann, Komm. WEG, 10. Aufl. [2008], § 27 Rdnr. 62 – Wasserrohrbruch im Sondereigentum).

Ein solcher Sachverhalt ist hier nicht erkennbar [wird ausgeführt.]“ (OVG Münster aaO)

Diese Anordnung durfte nicht gegenüber der WEG-Verwalterin ergehen und ist damit rechtswidrig.

## Kurzauslese I

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

BGB  
§ 556 III

**deklaratorisches Schuldanerkenntnis**  
**vorbehaltlose Zahlung/Erstattung**  
(BGH in NJW 2011, 843; Urteil vom 12.01.2011 – VIII ZR 296/09)

BGB

Weder in der **vorbehaltlosen Zahlung einer Betriebskostennachforderung** durch den Mieter **noch** in der **vorbehaltlosen Erstattung eines** sich aus der Betriebskostenabrechnung ergebenden **Guthabens** durch den Vermieter ist ein **deklaratorisches Schuldanerkenntnis** zu sehen, das einer späteren Nach- oder Rückforderung während des Laufs der Fristen der § 556 III 2, 3, 5, 6 BGB entgegensteht.

I. Bis zum Inkrafttreten des **Mietrechtsreformgesetzes** entsprach es der **überwiegenden Auffassung in Rspr. und Lit.**, dass in der vorbehaltlosen Zahlung einer Betriebskostennachforderung durch den Mieter sowie in der vorbehaltlosen Erstattung eines sich aus der Betriebskostenabrechnung ergebenden Guthabens seitens des Vermieters ein deklaratorisches Schuldanerkenntnis zu sehen sei, das den Saldo verbindlich werden lasse und Rückforderungen des Mieters wie auch des Vermieters ausschließe (vgl. nur Staudinger/Weitemeyer, BGB, Neubearb. 2006, § 556 Rn 133; Schmidt-Futterer, § 556 Rn 402 ff., jew. m. w. Nachw.; vgl. zu den unterschiedlichen Begründungsansätzen innerhalb der genannten Auffassung Milger NZM 2009, 497 m. w. Nachw.). Hieraus wurde überwiegend gefolgert, dass **jede Partei mit nachträglichen Einwendungen ausgeschlossen** sei, die bereits bei Rechnungslegung hätten geltend gemacht werden können, was wiederum voraussetze, dass die Partei die Einwendungen gekannt oder zumindest mit ihnen gerechnet habe (Staudinger/Weitemeyer, § 556 Rn 133 m. w. Nachw.).

II. Ein **Teil der Lit. hält an dieser Auffassung** auch nach dem Inkrafttreten des Mietrechtsreformgesetzes **fest**

vgl. Staudinger/Weitemeyer, § 556 Rn 134; Schmidt-Futterer, § 556 Rn 408 ff.; Palandt/Weidenkaff, BGB, 70. Aufl., § 556 Rn 3; Erman/Jendrek, BGB, 12. Aufl., § 556 Rn 14

während ein **anderer Teil** die Ansicht vertritt, diese Auffassung lasse sich insbes. wegen der dem Mieter nunmehr zustehenden Einwendungsfrist gem. § 556 III 5 BGB und der in § 556 IV BGB enthaltenen Bestimmung, wonach eine abweichende Regelung zum Nachteil des Mieters unwirksam ist, nicht mehr aufrechterhalten.

MüKo-BGB/Schmid, 5. Aufl., § 556 Rn 102 f.; Soergel/Heintzmann, BGB, 13. Aufl., § 556 Rn 31; Prütting/Wegen/Weinreich, BGB, 5. Aufl., § 556 Rn 53, jew. m. w. Nachw.; Stornel ZMR 2001, 937; im Grundsatz ebenso Blank/Börstinghaus, § 556 Rn 159; Jauernig/Teichmann, § 556 Rn 6; Bamberger/Roth, BGB, 2. Aufl., § 556 Rn 71

III. **BGH aaO** vertritt nunmehr die Auffassung, dass jedenfalls **seit der gesetzlichen Einführung der ausschlussbewehrten Abrechnungs- und Einwendungsfristen** gem. § 556 III 2, 3, 5, 6 BGB **kein Raum** mehr für die **Annahme** ist, in der **vorbehaltlosen Zahlung** einer sich aus einer Betriebskostenabrechnung ergebenden Nachforderung allein oder in der bloßen vorbehaltlosen Auszahlung oder Gutschrift eines aus einer Betriebskostenabrechnung folgenden Guthabens **sei ein deklaratorisches Schuldanerkenntnis zu sehen**.

1. Begründet wird dies zunächst mit dem Hinweis darauf, dass die **Abrechnungsfrist des § 556 III 2 BGB** und der durch § 556 III 3 BGB angeordnete **Ausschluss von Nachforderungen nach Fristablauf der Abrechnungssicherheit** dienen und Streit vermeiden sollen (BT-Dr 14/4553, S. 37 = NZM 2000, 415).

*„Sie gewährleisten eine zeitnahe Abrechnung, damit der Mieter in einem überschaubaren zeitlichen Zusammenhang mit dem Abrechnungszeitraum entweder über ein sich bei der Abrechnung zu seinen Gunsten ergebendes Guthaben verfügen kann oder Gewissheit darüber erlangt, ob und in welcher Höhe er mit einer Nachforderung des Vermieters rechnen muss (BGH NJW 2005, 219 = NZM 2005, 13; NJW 2006, 903 = NZM 2006, 222; NJW 2006, 3350 = NZM 2006, 740; NJW 2008, 1150 = NZM 2008, 204).“*

*Ebenso dienen die auf Anregung des Bundesrats im Interesse der Ausgewogenheit in das Mietrechtsreformgesetz angenommene Frist für Einwendungen des Mieters gegen die Betriebskostenabrechnung (§ 556 III 5 BGB) und der durch § 556 III 6 BGB auch insoweit angeordnete Einwendungsausschluss nach Fristablauf zugleich der Rechtssicherheit, da dadurch in absehbarer Zeit nach einer Betriebskostenabrechnung Klarheit über die wechselseitig geltend gemachten Ansprüche besteht (vgl. BT-Dr 14/5663, S. 79 = NZM 2001, 798); vgl. auch Schmidt-Futterer, § 556 Rn 409.“*

*Durch die gesetzlichen Regelungen ist damit umfassend gewährleistet, dass die Mietvertragsparteien nach überschaubarer Zeit Klarheit über ihre Verpflichtungen aus einem abgeschlossenen Abrechnungszeitraum erlangen. Ein Erfordernis für die Annahme eines bereits in einer vorbehaltlosen Zahlung oder einer vorbehaltlosen Gutschrift zu sehenden deklaratorischen Schuldanerkenntnisses besteht deshalb jedenfalls nach derzeitiger Rechtslage nicht mehr.“ (BGH aaO)*

2. Der Umstand, dass die in **§ 556 III BGB** vorgesehenen Fristen für die Mitteilung der Betriebskostenabrechnung und der gegen Letztere gerichteten Einwendungen im Einzelfall zu einem längeren Schwebezustand bis zur Klarheit über die Verpflichtungen der Mietvertragsparteien aus einem abgeschlossenen Abrechnungszeitraum führen können als bei der Annahme eines bereits in der vorbehaltlosen Zahlung oder Gutschrift zu sehenden deklaratorischen Schuldanerkenntnisses, ändert hieran nichts.

„Denn der Gesetzgeber hat die genannten Fristen so kurz bemessen, dass sich der insoweit mögliche **Schwebezustand** auf einen **überschaubaren** und daher für beide Mietvertragsparteien zumutbaren Zeitraum beschränkt.“ (BGH aaO)

BGB  
§ 573 II Nr. 2

**Eigenbedarfskündigung**  
**Personenhandelsgesellschaft als Vermieter**

BGB

(BGH in NJW 2011, 993 = NZG 2011, 261; Urteil vom 15.12.2010 – VIII ZR 210/10)

Eine **Personenhandelsgesellschaft** kann ein **Wohnraummietverhältnis** nicht wegen **Eigenbedarfs** ihrer Gesellschafter **kündigen**.

- I. Nach der **Rspr. des BGH** kann eine GbR als Vermieterin ein Wohnraummietverhältnis wegen Eigenbedarfs kündigen, weil es nicht gerechtfertigt wäre, Gesellschafter einer bürgerlichrechtlichen Gesellschaft insoweit schlechter zu stellen als die Mitglieder einer einfachen Vermietermehrheit.

„Sind mehrere natürliche Personen Vermieter, berechtigt der Eigenbedarf eines Vermieters die Gemeinschaft zur Kündigung des Mietvertrags; dies kann nicht anders zu beurteilen sein, wenn diese Personen auf gesellschaftsrechtlicher Grundlage einen gemeinsamen Zweck verfolgen und damit eine GbR bilden, zumal es häufig nur vom Zufall abhängen wird, ob eine Personenmehrheit dem Mieter eine Wohnung als Gemeinschaft oder als GbR vermietet.“ (BGH in NZG 2007, 702)

- II. Eine **vergleichbare Situation** besteht bei einer **Personenhandelsgesellschaft als Vermieterin** indes **nicht**.

1. Die Gründung einer KG oder oHG setzt i.d.R. eine umfangreiche organisatorische und rechtsgeschäftliche Tätigkeit bis hin zur Eintragung in das Handelsregister voraus; die Vermietung einer Wohnung durch eine oHG oder KG (bzw. wie hier durch eine GmbH & Co. KG) statt durch eine schlichte Gemeinschaft erfolgt deshalb von vornherein nicht „zufällig“, sondern beruht auf einer **bewussten Entscheidung auf Grund wirtschaftlicher, steuerrechtlicher und/oder haftungsrechtlicher Überlegungen**.

„Von einer Vergleichbarkeit mit der Interessenlage bei der Vermietung einer Wohnung durch eine Bruchteilsgemeinschaft oder eine GbR kann daher keine Rede sein. Dies gilt auch dann, wenn es sich bei der Vermieterin um eine „personalistisch gebundene vermögensverwaltende KG“ handelt, zu der sich Eheleute zusammengeschlossen haben.“ (BGH aaO)

2. Auch der Umstand, dass die **GbR** inzwischen als **teilrechtsfähig** anerkannt ist, führt nicht dazu, dass bzgl. der Zurechnung von Eigenbedarf eines Gesellschafters eine Gleichbehandlung mit allen anderen Personengesellschaften geboten wäre und somit nur bei juristischen Personen eine Zurechnung des Eigenbedarfs von Gesellschaftern auszuscheiden hätte.

„Maßgeblich für die Zurechnung des Eigenbedarfs bei der GbR ist nicht die bloße Teilrechtsfähigkeit (das Fehlen der Eigenschaft einer juristischen Person) oder ein im Vergleich zu Kapitalgesellschaften stärkerer personaler Bezug, sondern die Wertung, dass eine **unterschiedliche Behandlung** der Vermietung durch eine Bruchteils- oder Erbengemeinschaft einer- und durch eine GbR andererseits in vielen Konstellationen „**willkürlich**“ erscheint, weil es häufig vom Zufall abhängt, in welcher Rechtsform die Vermietung vorgenommen wird.“ (BGH aaO)

3. Anderes ergibt sich auch nicht aus der Möglichkeit, dass ein berechtigtes Interesse einer KG an der Beendigung eines Wohnraummietvertrags in der **betrieblich bedingten Notwendigkeit** liegen kann, die Wohnung einem Mitarbeiter oder Geschäftsführer zur Verfügung zu stellen (vgl. BGH NZG 2007, 701 = NJW-RR 2007, 1460 = NZM 2007, 639 = NJW 2008, 144).

„Damit ist lediglich ein „**Betriebsbedarf**“ als **grds. berechtigtes Interesse i. S. des § 573 I BGB** anerkannt. Hieraus ergibt sich aber **nicht**, dass einer KG der **persönliche Nutzungswunsch** ihrer Kommanditisten oder Gesellschafter oder Geschäftsführer der Komplementärin **als Eigenbedarf** zugerechnet werden kann.“ (BGH aaO)

InsO  
§§ 38, 39, 138

**Gesellschafterdarlehen**  
**Forderungen aus Rechtshandlungen eines nahe stehenden Dritten**

InsO

(BGH in BB 2011, 851 = NZI 2011, 257; Urteil vom 17.02.2011 – IX ZR 131/10)

**Gewährt** eine **nahestehende Person** (§ 138 InsO) dem Schuldner ein **ungesichertes Darlehen**, begründet dies **keinen ersten Anschein** für eine **wirtschaftliche Gleichstellung mit einem Gesellschafterdarlehen**.

- I. Nach der **bisherigen Rspr. des BGH** begründet ein Ehe- oder Verwandtschaftsverhältnis zwischen dem Darlehensgeber und dem Gesellschafter für sich genommen noch keine Beweiserleichterung dafür, dass die Mittel von dem Gesellschafter stammen (BGH NJW-RR 1991, 744; NJW 1999, 2123 = WM 1999, 1379; NZG 2009, 782). Eine **Beweiserleichterung i. S. eines Anscheinsbeweises** kommt aber dann in Betracht, wenn es sonstige konkrete Hinweise darauf gibt, dass diese Voraussetzung vorliegt (BGH NJW-RR 1991, 744; NZG 2009, 782).

Der **BGH** hatte bislang nicht zu entscheiden, in welchen Fällen sonstige Hinweise für eine solche Herkunft der Mittel vorliegen.

- II. In der **Lit.** wird zum auslaufenden Kapitalersatzrecht teilweise angenommen, das Näheverhältnis könne für sich bereits den ersten Anschein dafür begründen, dass das Darlehen mit Mitteln des Gesellschafters gewährt worden sei (Scholz/Karsten Schmidt, GmbHG, §§ 32a, 32b Rn 146; Bormann/Kauka/Ockelmann, Hdb. GmbHR, 2009, S. 485), oder aber es seien je nach Lage des Falls solche Beweiserleichterungen zu gewähren, wenn zumindest

Anhaltspunkte dafür beständen, dass es sich um Mittel handle, die dem Darlehensgeber zu diesem Zweck vom Gesellschafter zur Verfügung gestellt waren.

Ulmer/Habersack/Winter, §§ 32 a/b Rn 143; Baumbach/Hueck, § 30 Rn 40; v. Gerkan/Hommelhoff/Johlke, Hdb. d. KapitalersatzR, S. 158, 488; v. Gerkan ZGR 1997, 173

- III. Nach **BGH aaO** kann für die nach der **neuen Gesetzeslage** zu beurteilenden Fälle an das Merkmal der „Krise der Gesellschaft“ oder das der „fehlenden Kreditwürdigkeit“ zum Zeitpunkt der Gewährung des Darlehens nicht mehr angeknüpft werden.

*„Deswegen kann es keinen Beweis des ersten Anscheins begründen, dass der zur Familie des Schuldners gehörende Darlehensgeber den Kredit ohne entsprechende Sicherheiten und ohne Informationsrechte ausgereicht hat. Gleiches gilt für den Kredit einer Gesellschaft, die sich in der Hand eines Familienangehörigen befindet. Im Übrigen dürfte es nicht ungewöhnlich sein, Privatdarlehen innerhalb der Familie allein im Vertrauen auf die Person des zur Familie gehörenden Darlehensnehmers zu gewähren. Für die Annahme eines feststehenden Erfahrungssatzes, der geeignet ist, die Darlegungs- und Beweislast allein im Hinblick auf die fehlenden Sicherheiten zu Lasten des Darlehensgebers zu verschieben, wie dies offenbar der Revision vorschwebt, ist deshalb kein Raum.“* (BGH aaO)

StGB  
§ 32 II

### Notwehr

StGB

**erforderliches Verteidigungsmittel bei mehrphasiger Auseinandersetzung**  
(OLG Koblenz in NSTZ 2011, 171; Beschluss vom 17.01.2011 – 2 Ss 234/10)

Ein **Angriff** bleibt **gegenwärtig i.S. des § 32 II StGB**, solange die **Gefahr einer Rechtsgutverletzung** oder deren Vertiefung **andauert und noch abgewendet werden kann**; er **dauert fort**, wenn eine **Wiederholung** einer Verletzungs- oder Angriffshandlung **unmittelbar zu befürchten ist**.

Ein **nicht nur geringes Risiko**, dass ein **milderes Verteidigungsmittel fehlschlägt** und dann keine Gelegenheit mehr für den Einsatz eines stärkeren Verteidigungsmittels bleibt, **muss der Angegriffene** zur Schonung des rechtswidrig Angreifenden **nicht eingehen**, denn auf einen **Kampf mit ungewissem Ausgang** muss er sich nicht einlassen.

- I. In einer **mehrphasigen Auseinandersetzung** hängt das Vorliegen von Notwehr entscheidend davon ab, wie sich die **Kampflage im Zeitpunkt des Einsatzes des Verteidigungsmittels** objektiv und vor allem in der Vorstellung des Täters darstellt. Der Rahmen der erforderlichen Verteidigung wird insbes. durch **Stärke und Gefährlichkeit des Angreifers** sowie die **Verteidigungsmöglichkeiten des Angegriffenen** bestimmt (vgl. BGH NJW 1989, 3027). Dabei darf sich der Angegriffene grds. desjenigen Abwehrmittels bedienen, welches er zur Hand hat und das eine sofortige und endgültige Beseitigung der Gefahr erwarten lässt. Das schließt grds. auch den Einsatz lebensgefährlicher Mittel, wie etwa den Gebrauch eines Messers, ein. Zwar kann dieser nur in Ausnahmefällen in Betracht kommen und darf auch nur das letzte Mittel der Verteidigung sein; doch ist der Angegriffene nicht genötigt, auf die Anwendung weniger gefährlicher Mittel zurückzugreifen, wenn deren Wirkung für die Abwehr zweifelhaft ist (vgl. BGH NSTZ 2002, 140).

*„Das Gesetz verlangt von keinem, der rechtswidrig angegriffen wird, ohne dass er den Angriff schuldhaft verursacht hat, dass er unter Preisgabe seiner Ehre oder anderer berechtigter Belange die Flucht ergreift oder auf andere Weise dem Angriff ausweicht, wenn nicht besondere Umstände vorliegen, welche das Notwehrrecht einschränken (vgl. BGH NJW 1980, 2263). Ein nicht bloß geringes Risiko, dass ein milderes Verteidigungsmittel fehlschlägt und dann keine Gelegenheit mehr für den Einsatz eines stärkeren Verteidigungsmittels bleibt, braucht der Angegriffene zur Schonung des rechtswidrig Angreifenden nicht einzugehen; auf einen Kampf mit ungewissem Ausgang muss er sich nicht einlassen (vgl. BGHSt 48, 207; BGH NSTZ 2001, 591). Auch findet eine **Abwägung der betroffenen Rechtsgüter bei der Notwehr grds. nicht statt** (vgl. BGHSt 48, 207), so dass es zulässig ist, die bloße körperliche Unversehrtheit durch den Einsatz eines lebensgefährlichen Mittels zu verteidigen.“* (OLG Koblenz aaO)

- II. Allerdings hat der Verteidigende grds., wenn ihm **mehrere Verteidigungsmittel zur Verfügung stehen** und er Zeit zur Auswahl und zur Einschätzung der Gefährlichkeit hat, **dasjenige Mittel zu wählen, das für den Angreifer am wenigsten gefährlich ist**. Ist der Angreifer unbewaffnet und ihm die Bewaffnung des Verteidigers unbekannt, so ist je nach der Auseinandersetzungslage grds. zu verlangen, dass er den Einsatz der Waffe androht, ehe er sie lebensgefährlich oder gar gezielt tödlich einsetzt (BGHSt 48, 207, BGH NSTZ 2001, 591).

*„Ob es dem Angegriffenen möglich war, etwa für einen Messerstich eine minder gefährdete Körperstelle zu wählen, richtet sich nach der **konkreten Kampflage**, also insbes. nach den **Kräfteverhältnissen der Kontrahenten**, der **drohenden Gefahr** und seinen **eigenen Verteidigungsmöglichkeiten** (vgl. BGH NSTZ 1998, 508).“* (OLG Koblenz aaO)

StGB  
§ 265b

### Kreditbetrug

StGB

**Erforderlichkeit des Betriebsbezugs der Kreditaufnahme**  
(BGH in NSTZ 2011, 279; Beschluss vom 16.11.2010 – 1 StR 502/10)

Der **Anwendungsbereich des § 265b StGB** ist **beschränkt auf Kredite für einen Betrieb oder ein Unternehmen**. Danach muss Kreditnehmer ein Unternehmen sein, das einen nach Art und Umfang in kaufmännischer Weise eingerichteten Geschäftsbetrieb hat.

*„§ 265b StGB, der als **abstraktes Gefährungsdelikt** eine Strafbarkeit im Vorfeld des Betruges auch ohne Eintritt eines Vermögensschadens begründet, ist beschränkt auf Kredite „für einen Betrieb oder ein Unternehmen“. Dies erfordert, dass bei wirtschaftlicher Betrachtung der Kreditnehmer ein (bereits existierendes oder als solches vorgetäushtes) Unternehmen sein muss, das – nach der*

**Legaldefinition des § 265b III Nr. 1 StGB** – einen nach Art und Umfang in kaufmännischer Weise eingerichteten Geschäftsbetrieb hat (BGH wistra 2003, 343; vgl. auch BayObLG NJW 1990, 1677).“ (BGH aaO)

StGB  
§ 266 I

**Untreue**  
**Vermögensbetreuungspflicht des Gerichtsvollziehers**  
(BGH in wistra 2011, 184 = NStZ 2011, 281; Beschluss vom 12.04.2010 – 7 CE 10.405)

StGB

Den **Gerichtsvollzieher** trifft im Rahmen des ihm erteilten Vollstreckungsauftrags eine **Vermögensbetreuungspflicht gegenüber dem Vollstreckungsgläubiger**.

„Zwar **handelt der Gerichtsvollzieher hoheitlich** und wird **nicht als Vertreter des Gläubigers** tätig (Zöller/Stöber ZPO, 28. Aufl., § 753 Rn 4). Die **Zwangsvollstreckung dient aber den Gläubigerinteressen**. Sie erfordert als verfahrenseinleitende Prozesshandlung einen Antrag des Gläubigers. Damit bestimmt der Gläubiger Beginn, Art und Ausmaß des Vollstreckungszugriffs. Er hat die Herrschaft über seinen vollstreckbaren Anspruch und bleibt somit auch „**Herr**“ seines Verfahrens (Zöller/Stöber aaO, vor § 704 Rn 19). Zudem hat der Gerichtsvollzieher die **Vorschriften der Geschäftsanweisung für Gerichtsvollzieher (GVGA)** zu beachten (vgl. Zöller/Stöber aaO, § 753 Rn 4). Deren Einhaltung gehört nach § 1 IV GVGA zu den **Amtspflichten des Gerichtsvollziehers**. Nach § 58 Nr. 1 GVGA handelt der Gerichtsvollzieher bei der ihm zugewiesenen Zwangsvollstreckung selbständig. Er hat gem. § 58 Nr. 2 GVGA die Weisungen des Gläubigers insoweit zu berücksichtigen, als sie mit den Gesetzen oder der Geschäftsanweisung nicht in Widerspruch stehen. Insbesondere hat der Gerichtsvollzieher nach § 106 Nr. 6 GVGA die empfangene Leistung und nach § 138 Nr. 1 GVGA bzw. § 170 GVGA gepfändetes oder ihm gezahltes Geld nach Abzug der Vollstreckungskosten unverzüglich an den Gläubiger abzuliefern.

Gegen diese Amtspflichten hat der Angekl. verstoßen, indem er das von den Vollstreckungsschuldnern erhaltene Geld im Umfang der zuviel einbehaltenen Gebühren nicht an die Gläubiger weitergeleitet hat.“ (BGH aaO)

PAG  
Art. 25, 28 I

**polizeiliche Sicherstellung**  
**Herausgabeanspruch des Betroffenen**  
(Bay VGH in BayVBI 2011, 312; Beschluss vom 19.11.2010 – 10 ZB 10.1707)

POR

Dem von einer polizeilichen Sicherstellung nach Art. 25 PAG **Betroffenen muss für die erfolgreiche Geltendmachung eines Herausgabeanspruchs** nach Art. 28 I 1 PAG **ein Recht an der Sache zustehen**; dies ist dann **nicht gegeben, wenn er den Besitz an der Sache durch eine Straftat**, wie z.B. Diebstahl oder Hehlerei, **erlangt** hat.

„Die **Herausgabepflicht der Polizei** nach Art. 28 I PAG [besteht] **nur gegenüber einem Berechtigten**; eine Herausgabe abhandeln gekommener Sachen an den Dieb oder Hehler oder sonst unrechtmäßigen Besitzer ist somit ausgeschlossen. Art. 28 I 1 PAG regelt die Herausgabe der sichergestellten Sache nach der Beendigung des polizeilichen Gewahrsams und der amtlichen Verwahrung an den Betroffenen, dessen **Rechte durch den hoheitlichen Eingriff der Sicherstellung beeinträchtigt** wurden bzw. werden. Wie sich insbesondere aus Art. 28 I 2 PAG, aber auch aus dem systematischen Zusammenhang dieser Bestimmung mit Art. 27 I Nr. 4 und 5 sowie II PAG ergibt, muss dem von der Sicherstellung Betroffenen für einen Herausgabeanspruch nach Art. 28 I 1 PAG ein **Recht an der Sache zustehen**, er darf also gerade nicht den Besitz an der Sache durch eine Straftat wie Diebstahl oder Hehlerei erlangt haben (vgl. dazu auch Schmidbauer/Steiner Rn 12 zu Art. 28 PAG; Berner/Köhler/Käb, Polizeiaufgabengesetz, Handkommentar, 20. Aufl. 2010, Rn 3 zu Art. 28).“ (Bay VGH aaO)

BauO NRW  
§§ 63 I, 65 I Nr. 44, 6 XI

**Solarenergieanlage**  
**Baugenehmigungspflicht**  
(OVG NRW in ZAP 2011, 448; Beschluss vom 20.09.2010 – 7 B 985/10)

BauR

Die **Errichtung oder Änderung einer Solarenergieanlage** auf oder an einem Gebäude **bedarf nur dann keiner Baugenehmigung, wenn ihre Nutzung der genehmigten Nutzung des Gebäudes zuzuordnen ist**.

Dieses Normverständnis folgt sowohl aus dem **Wortlaut der genannten Vorschrift** als auch aus **systematischen Erwägungen**.

I. **§ 65 I BauO NRW** und hieran anknüpfend **§ 65 II Nr. 3 BauO NRW unterscheiden zwischen der Errichtung, Änderung und Nutzungsänderung von Gebäuden** sowie anderen Anlagen und Einrichtungen.

**§ 65 I Nr. 44 i. V. m. II Nr. 3 BauO NRW stellt** nach seinem Wortlaut mit beiden Fallgruppen lediglich die **Errichtung, Änderung und Nutzungsänderung der genannten Solarenergieanlagen**, nicht jedoch der diese tragenden Gebäude **von der Genehmigungspflicht frei**.

„Diese **systematische Unterscheidung wird durch den Vergleich mit § 65 I Nr. 18 BauO NRW bestätigt**, der die Befreiung von der Genehmigungspflicht ausnahmsweise auf die Nutzungsänderung der baulichen Anlage erstreckt, in, auf oder an der die für sich gesehen nicht genehmigungsbedürftige Anlage errichtet wird. Einen solchen Ausnahmetatbestand enthält § 65 I Nr. 44 BauO NRW nicht. Zwar setzt die Vorschrift mit der ersten Fallgruppe voraus, dass die Solarenergieanlage auf oder an einem Gebäude errichtet wird, die damit nur möglicherweise einhergehende Nutzungsänderung dieses Gebäudes stellt sie jedoch nicht von der Genehmigungspflicht frei.“ (OVG NRW aaO)

II. Dass die **erste Fallgruppe des § 65 I Nr. 44 BauO NRW** anders als die zweite Fallgruppe ihrem Wortlaut nach nicht durch das Tatbestandsmerkmal der Unterordnung begrenzt ist, rechtfertigt nicht den Schluss, für auf oder

an Gebäuden errichtete Solarenergieanlagen verzichte der Gesetzgeber bewusst auf einen funktionellen Zusammenhang mit der Nutzung des Gebäudes.

„Die zweite Fallgruppe der Vorschrift verdeutlicht vielmehr, dass der Gesetzgeber nicht etwa aus umweltpolitischen Gründen Solarenergieanlagen uneingeschränkt von der Genehmigungspflicht freistellen wollte, sondern nur unter der Voraussetzung, dass sie **dem primären Nutzungszweck der Hauptanlage dienen**. Untergeordnete Nebenanlagen i. S. d. Vorschrift sind wie bei § 14 I 1 BauNVO nur solche, die sowohl in ihrer Funktion als auch räumlich gegenüber der Hauptnutzung des Grundstücks und der hierfür benötigten Bebauung dienend zu- und untergeordnet sind (vgl. Gädtke/Temme/Heintz/Czepuck, BauO NRW, 11. Aufl. 2008, § 65 Rn 141; Boeddinghaus/Hahn/Schulte, Bauordnung für das Land Nordrhein-Westfalen, Stand: Juni 2010, § 65 Rn 211, unter Hinweis auf BVerwG BauR 1977, 109).

Es besteht kein Anhalt dafür, dass hiervon abweichend mit der ersten Fallgruppe des § 65 I Nr. 44 BauO NRW die Möglichkeit eröffnet werden sollte, Solarenergieanlagen ohne einen solchen funktionellen Zusammenhang mit der Hauptnutzung genehmigungsfrei zu errichten. Für eine ausdrückliche Klarstellung, dass die Errichtung von Solarenergieanlagen auf oder an Gebäuden nur dann genehmigungsfrei ist, wenn sich ihre Nutzung der Nutzung des Gebäudes unterordnet, bestand kein Bedürfnis. Die Einschränkung ergibt sich schon daraus, dass **Nutzungsänderungen** des Gebäudes **genehmigungspflichtig** bleiben.

Diese Auslegung hat auch nicht zur Folge, dass § 65 I Nr. 44 BauO NRW mit der ersten Fallgruppe leerläuft: Der Vorschrift verbleibt ein nicht unerheblicher Anwendungsbereich, denn in einer Vielzahl von Fällen ist die Solarenergieanlage der genehmigten Nutzung des Gebäudes zuzuordnen. Beispielhaft zu nennen sind Solarenergieanlagen, die der Warmwasserbereitung, Heizungsunterstützung oder Stromversorgung eines Wohnhauses oder eines landwirtschaftlichen Betriebs dienen. Dabei bedarf im vorliegenden Verfahren keiner Entscheidung, zu welchen Anteilen der mit der Solarenergieanlage produzierte Strom im Wohnhaus oder Betrieb „verbraucht“ bzw. benötigt werden muss, um noch von einer der genehmigten Nutzung dienenden Anlage ausgehen zu können.“ (OVG NRW aaO)

### III. Die Gesetzesmaterialien rechtfertigen kein abweichendes Normverständnis.

„Der **Gesetzesbegründung** (vgl. Landtagsdrucksache 11/7153, S. 179) lässt sich entnehmen, dass der Gesetzgeber eine **präventive Kontrolle** in Fällen für erforderlich gehalten hat, in denen **mögliche Gefahren für die öffentliche Sicherheit und Ordnung, das Orts- und Landschaftsbild** sowie eine **geordnete städtebauliche Entwicklung** in Betracht zu ziehen sind; im Hinblick auf derartige Gefahren hat er den Freistellungstatbestand des § 65 I Nr. 44 BauO NRW neben weiteren – keinen Bezug zum Umweltschutz aufweisenden – Tatbeständen als unproblematisch angesehen. Solche Gefahren können jedoch in Betracht zu ziehen sein, wenn ein Gebäude durch die gewerbliche Nutzung einer Solarenergieanlage eine Nutzungsänderung erfährt, beispielsweise in Fällen, in denen zu einer im Außenbereich privilegierten Nutzung eine weitere gewerbliche Nutzung hinzutritt oder eine der genehmigten Nutzung nicht dienende gewerbliche Nutzung in ein reines Wohngebiet hineingetragen wird. Dieser Bedarf an präventiver Kontrolle wird durch den Einwand des Antragstellers, die gewerbliche Nutzung einer Solarenergieanlage sei von einer Nutzung zum Eigenbedarf äußerlich nicht zu unterscheiden, nicht in Frage gestellt. Ob eine Nutzungsänderung Auswirkungen auf die genannten Belange haben kann, richtet sich nach bauplanungsrechtlichen Maßgaben, die nicht zwingend an das **äußere Erscheinungsbild** der strittigen Nutzung anknüpfen.“ (OVG NRW aaO)

### IV. Die gegenteilige Auslegung des § 6 I Nr. 44 BauO NRW rechtfertigt auch nicht der Vergleich mit § 6 XI 1, 2. Spiegelstrich BauO NRW.

Nach dieser Vorschrift sind als Garage, Gewächshaus oder zu Abstellzwecken genutzte Gebäude mit einer mittleren Wandhöhe bis zu 3 m über der Geländeoberfläche einschließlich darauf errichteter untergeordneter Anlagen zur Gewinnung von Solarenergie an der Grenze ohne eigene Abstandflächen sowie in den Abstandflächen eines Gebäudes zulässig.

„Das **Tatbestandsmerkmal der Unterordnung** ist im Jahr 2006 eingefügt worden. Bei seiner hieran anknüpfenden Argumentation, der Gesetzgeber habe sich zu einer vergleichbaren Änderung des § 65 I Nr. 44 BauO NRW nicht veranlasst gesehen und damit bewusst auf eine entsprechende Einschränkung verzichtet, setzt das VG das von ihm für zutreffend erachtete Auslegungsergebnis bereits voraus. Unabhängig hiervon ist der Änderung des § 6 XI 1, 2. Spiegelstrich BauO NRW keine Aussage zur Reichweite von § 65 I Nr. 44 BauO NRW zu entnehmen, weil die **Gesetzesänderung ausschließlich einen abstandrechtlichen Zweck verfolgte**. Die Einschränkung wurde aufgrund der technischen Möglichkeiten, die Solaranlagen beweglich zu konstruieren und entsprechend dem optimalen Ausrichtungswinkel zur Sonne zu betreiben, zur Vermeidung von dem Sinn und Zweck der abstandrechtlichen Privilegierung widersprechenden Anlagen auf den Grenzgebäuden für erforderlich gehalten (vgl. Landtagsdrucksache 14/2433, S. 17).“ (OVG NRW aaO)

TierSchG  
§§ 5, 6

Tierquälerei  
Tier-Tattoo

öfR

(VG Münster in NWVBI 2011, 194; Beschluss vom 04.10.2010 – 1 L 481/10)

Die allein der optischen Veränderungen eines Tieres dienende Tätowierung verstößt gegen § 1 S. 2 und § 6 I TierSchG, denn es gibt keinen vernünftigen Grund, Tieren außerhalb der tierschutzrechtlichen Gestattungen Schmerzen durch das Stechen von Nadeln zuzufügen.

#### I. Die Tätowierung eines warmblütigen Wirbeltieres stellt einen Verstoß gegen § 1 S. 2 TierSchG dar.

„Diese Vorschrift verbietet es, einem Tier ohne vernünftigen Grund Schmerzen zuzufügen. Das Einstechen von Farbpigmenten mittels Nadeln in die Haut ist nach der allgemeinen Erkenntnislage mit Schmerzen verbunden. Aus dem Tierschutzgesetz folgt kein die Schmerzzufügung gestattender vernünftiger Grund. Er ergibt sich nicht aus § 5 II Nr. 1 TierSchG, wonach eine Betäubung nicht erforderlich ist, wenn bei vergleichbaren Eingriffen am Menschen eine Betäubung i. d. R. unterbleibt. Zwar erfolgen Tätowierungen am Menschen im Regelfall ohne Betäubung, was allerdings nicht bedeutet, dass der mit derartigen Eingriffen in die Haut verbundene Schmerz bei einem Tier zu vernachlässigen ist. Grds. hängen die Schmerzen vom eigenen Empfinden bzw. der eigenen Empfindlichkeit ab, die bei Menschen unterschiedlich ausgeprägt ist. Bei der Frage nach der Vergleichbarkeit müssen deshalb sowohl die **physiologischen Eigenschaften des Tieres** wie auch seine **Angst und seine Unfähigkeit, den Sinn des Schmerzes einzusehen und dessen zeitliche Dimensionen abzuschätzen**, bedacht werden (vgl. Lorz/Metzger, Tierschutzgesetz, 5. Aufl., München 1999, § 5 Rn 22).

Im Gegensatz zu einem Tier können sich Menschen auf die mit einer Tätowierung, die sie freiwillig vornehmen lassen, verbundenen Schmerzen einstellen. Anders als ein Tier können sie die Prozedur jederzeit unter- oder gar abbrechen lassen. Das **Tier ist jedoch dem Willen des Tätowierers unterworfen**. Aus dem Verwaltungsvorgang des Ag. ergibt sich, dass die Vortätowierung an dem Schimmelpony durch den Ast. 2 Stunden gedauert haben soll und sie nur abgebrochen wurde, weil die Tätowiernadel für die Pferdehaut nicht geeignet war.

Das erklärte **Motiv**, „sein [Tier] individuell verschönern“ zu lassen, stellt ebenfalls **keinen vernünftigen Grund i. S. des § 1 S. 2 TierSchG** dar. Die Tätowierung dient nicht einer Kennzeichnung i. S. d. § 5 III Nr. 7 TierSchG, sondern allein einem individuellen und wirtschaftlichen Interesse des Ast., der mit einem „Tattooservice für Tiere“ Geld verdienen will. Dieses Interesse ist nicht grundrechtlich geschützt. In der Kollision zwischen dem verfassungsrechtlich verankerten Tierschutz (Art. 20 a GG) und dem Bestreben des Ast., einer tierschutzwidrigen gewerblichen Tätigkeit nachzugehen, setzt sich schon auf der Schutzbeziehungsebene der Tierschutz gegenüber der Berufsfreiheit durch.“ (VG Münster aaO)

II. Das allein optischen Veränderungen des Tieres dienende Tätowieren verstößt außerdem gegen **§ 6 I TierSchG**.

„Diese Bestimmung verbietet das **vollständige oder teilweise Zerstören von Geweben eines Wirbeltieres**, es sei denn, es liegt ein Fall des § 5 III Nr. 7 TierSchG vor. Der Ag. hat dargelegt, dass bei einer Tätowierung mittels Nadelstichen, die bis zu 3000-mal pro Minute in die Haut eindringen, Farbpigmente in die mittlere von drei Hautschichten eingebracht werden. Das **ständige Eindringen der Nadeln führt** dabei zu **Gewebezestörungen** und Reizungen der Schmerzrezeptoren, die bei einem Tier zu einem Schmerzempfinden führen.“ (VG Münster aaO)

BGB  
§ 1922

**Gesamtrechtsnachfolge**  
**keine Erstreckung auf höchstpersönl. öffentl.-rechtl. Pflichten**

BGB

(VG Gelsenkirchen in FamRZ 2011, 759 = ZEV 2011, 94; Beschluss vom 03.09.2010 – 6 L 825/10)

Bei der Erzwingung von Handlungen, Duldungen und Unterlassungen im Wege der Verwaltungsvollstreckung steht im Falle einer Grundstücksbezogenheit der Ordnungsverfügung **die Person des Ordnungspflichtigen im Vordergrund und nicht die Grundstücksbezogenheit**. Die gegenüber einem Erblasser ausgesprochene Androhung eines Zwangsmittels wirkt daher nicht auch gegen dessen Erben.

„Zwar kann sich die **Universalsukzession** nach § 1922 BGB grds. auch auf öffentlich-rechtlich bestehende Pflichten erstrecken (vgl. BVerwGE 21, 302; BGHZ 72, 56; BGH NJW 1978, 2091; Palandt, BGB, 69. Aufl. 2010, § 1922 Rn 40 ff).

Jedoch kommt eine solche entsprechende Anwendung nur dann in Betracht, wenn unter Berücksichtigung von **Sinn und Zweck der jeweils in Rede stehenden öffentlich-rechtlichen Normen** im Hinblick auf den Übergang der Verpflichtung auf den Rechtsnachfolger eine **vergleichbare Interessenlage** gegeben ist. Eine solche ist jedenfalls dann **zu verneinen**, wenn die **betreffende Pflicht einen höchstpersönlichen Charakter aufweist, deren Art und Inhalt einem Übergang auf eine andere Person entgegensteht** (vgl. Palandt, § 1922 Rn 42).

Dies ist im Hinblick auf die Androhung eines Zwangsgeldes der Fall. Denn bei der Erzwingung von Handlungen, Duldungen und Unterlassungen im Wege der Verwaltungsvollstreckung nach den §§ 55 ff. VwVG NRW **steht weniger die Grundstücksbezogenheit der Ordnungsverfügung** – hier der Abrissverfügung betreffend das Schwimmbad samt Überdachung und Nebenanlagen –, **sondern die Person des Ordnungspflichtigen** so deutlich **im Vordergrund**, dass die aus der bereits vorgenommen Androhung folgenden Rechtswirkungen als nicht übergangsfähig anzusehen sind (vgl. OVG Münster NJW 1980, 415).

So muss die vollstreckende Behörde nach § 58 I 2 VwVG NRW das Zwangsmittel so bestimmen, dass der Betroffene möglichst wenig beeinträchtigt wird. Das **Maß der Beeinträchtigung kann aber je nach Betroffenen** – aufgrund in seiner Person und in seinen finanziellen, sozialen und sonstigen Verhältnissen begründeten Unterschieden – **höchst verschieden sein**, was der Ag. auch schon im Rahmen der Androhung des Zwangsgeldes zu beachten hätte. So ist insbes. bei der Bemessung eines anzudrohenden und später eventuell festzusetzenden Zwangsgeldes nach § 60 I 2 VwVG NRW auch das **wirtschaftliche Interesse des Betroffenen zu berücksichtigen**, das **von Person zu Person individuell zu bestimmen** ist. Auch stellt das Verwaltungsvollstreckungsgesetz mit den einzelnen Zwangsmitteln Möglichkeiten zur Beugung des entgegenstehenden Willens des konkret Betroffenen bei der Herstellung oder Aufrechterhaltung eines rechtmäßigen Zustands zur Verfügung. Per definitionem stellt sich aber der **Wille des Einzelnen als etwas Höchstpersönliches** dar, das nicht im Wege der Universalsukzession auf eine dritte Person wie eine sonstige Pflicht übergeleitet werden kann.“ (VG Gelsenkirchen aaO)

**Entscheidungen Verfahrensrecht**

BGB

§§ 684, 812

**Beweislast für Lastschriftermächtigung  
Bereicherungsanspruch der Bank gegen Lastschriftgläubiger**

ZPO

(BGH in NZI 2011, 402; Urteil 22.02.2011 – XI ZR 261/09)

Macht ein **Kreditinstitut**, das auf einem bei ihm geführten Konto eine im Einzugsermächtigungsverfahren erteilte Lastschrift eingelöst hat, einen **unmittelbaren Bereicherungsanspruch** gegen den Gläubiger der Lastschrift geltend, da der Kontoinhaber eine Genehmigung der Lastschrift endgültig nicht erteilt habe, hat es die **tatsächlichen Voraussetzungen** dieses Bereicherungsanspruchs und damit auch das **Fehlen einer Genehmigung** der Lastschrift durch den Kontoinhaber **zu beweisen**.

**Fall:** Die klagende Bank nimmt die Bekl. auf Erstattung eines Lastschriftbetrags in Anspruch, den sie im Einzugsermächtigungsverfahren zunächst eingezogen und nach einem Widerruf durch den über das Vermögen der Kontoinhaberin bestellten Insolvenzverwalter zurückgebucht hat.

Die T-KG (im Folgenden: Schuldnerin) unterhielt bei der Kl. seit 1998 ein Girokonto, für das die Geltung der AGB-Banken a. F. vereinbart war und vierteljährliche Rechnungsabschlüsse erteilt wurden. Die Schuldnerin stand seit Jahren in Geschäftsbeziehung mit der Bekl., von der sie Eintrittskarten für Veranstaltungen zum Weiterverkauf an Kunden erwarb. Den Kaufpreis für die Karten zog die Bekl. laufend durch Lastschrift von dem Girokonto der Schuldnerin ein. In der Zeit vom 12.01.2007 bis zum 15.03.2007 erhielt die Bekl. auf diese Weise über ihre Hausbank 14.133,85 Euro von dem Girokonto der Schuldnerin, das die Kl. entsprechend belastete. Die Kl. erteilte der Schuldnerin am 02.04.2007 einen Rechnungsabschluss für das erste Quartal des Jahres, der die entsprechenden Lastschriftbuchungen enthielt. Der Nebenintervenient, der mit Beschluss des AG Hamburg vom 02.04.2007 zum vorläufigen Insolvenzverwalter mit Zustimmungsvorbehalt über das Vermögen der Schuldnerin bestellt worden war, begehrte mit Schreiben vom 04.04.2007 von der Kl., das Girokonto mit sofortiger Wirkung für Lastschriften zu sperren, und wies erstmals mit Schreiben vom 13.04.2007 darauf hin, dass sämtliche noch nicht genehmigte Lastschriften von der Kl. zurückzubuchen seien. Die Kl. buchte im August 2007 den Betrag von 14.133,85 Euro aus und überwies ihn auf ein Konto des Nebenintervenienten, der mit Wirkung vom 31.05.2007 zum Insolvenzverwalter bestellt worden war. Die Kl. verlangt aus ungerechtfertigter Bereicherung von der Bekl. die Erstattung dieses Betrags. Zu Recht?

Die Kl. könnte gegen die Bekl. einen Anspruch auf Erstattung von 14.133,45 Euro wegen ungerechtfertigter Bereicherung.

**I. Anspruch aus Leistungskondiktion, § 812 I 1 1. Fall BGB**

Die Bekl. könnte etwas durch Leistung der Kl. ohne Rechtsgrund erlangt haben und wäre dann nach § 812 I 1 1. Fall, 818 BGB zur Herausgabe des Erlangten verpflichtet.

**1. etwas erlangt**

Dann müsste die Bekl. etwas erlangt haben. Etwas im Sinne des Bereicherungsrechts ist **jeder vermögenswerte Vorteil**. Hierzu zählen ohne weiteres auch die erfolgten Kontogutschriften.

**2. durch Leistung der Bekl.**

Diesen Vermögensvorteil müsste die Bekl. durch die Leistung der Kl. erlangt haben. Leistung ist die **bewusste und gewollte Mehrung fremden Vermögens**. Hier wollte aber nicht die Kl. an die Bekl. leisten, sondern sie hat die Gutschriften aufgrund der angenommenen Lastschrifteinzugsermächtigung der Schuldnerin für diese vorgenommen und deren Konto damit belastet. Es liegt also zwischen der Kl. und der Bekl. keine Leistungsbeziehung vor.

§ 812 I 1 1. Fall BGB ist daher als Anspruchsgrundlage nicht einschlägig.

**II. Anspruch aus Nichtleistungskondiktion, § 812 I 1 2. Fall BGB**

Die Bekl. könnte das Erlangte in sonstiger Weise auf Kosten der Kl. ohne Rechtsgrund erhalten haben.

**1. in sonstiger Weise**

Fraglich ist jedoch, ob sie dieses in sonstiger Weise erlangt hat. Nach der Lehre von der Subsidiarität der Nichtleistungskondiktion reicht es für die Anwendbarkeit des § 812 I 1

2. Fall BGB nicht aus, dass die Leistungskondition nach § 812 I 1 1. Fall BGB nicht einschlägig ist. Es kommt also nicht allein darauf an, ob eine Leistungsbeziehung zwischen Kl. und Bekl. ausgeschlossen werden kann, sondern die Bekl. darf den Vermögensvorteil durch **gar keine Leistung**, also auch nicht durch eine bewusste und gewollte Vermögensmehrung von dritter Seite erhalten haben.

Grundsätzlich stellt es sich bei Zahlungen der Bank von einem bei ihr unterhaltenden Konto eines Kunden auf das Konto eines Dritten so dar, dass die Leistungsbeziehungen zum einen zwischen der Bank und ihrem Kunden im Rahmen des Geschäftsbesorgungsvertrages und zum anderen zwischen dem Kunden und dem Zahlungsempfänger auf der anderen Seite bestehen, hingegen zwischen der **Bank** und dem **Zahlungsempfänger keine Leistungsbeziehung** besteht. Kommt es zu Fehlern in den Verhältnissen, so muss grundsätzlich innerhalb der Leistungsverhältnisse („über's Eck“) kondiziert werden und ein **unmittelbarer Anspruch der Bank** gegen den Zahlungsempfänger ist **regelmäßig ausgeschlossen**.

Dieser Grundsatz wird jedoch in einigen Fällen durchbrochen und die sog. **Durchgriffskondition** der Bank auf den Zahlungsempfänger zugelassen. Ein solcher Fall konnte hier vorliegen.

*„Rechtsfehlerfrei ist das BerGer. davon ausgegangen, dass sich ein Bereicherungsausgleich im **Einziehungsermächtigungsverfahren** nach einer Verweigerung der Genehmigung durch den Schuldner mangels dieser zurechenbarer Leistung **unmittelbar zwischen der klagenden Bank des Schuldners und dem beklagten Lastschriftgläubiger vollzieht** (BGHZ 167, 171 = NJW 2006, 1965 Rn. 14 f.). Für die Rückabwicklung einer Zahlung nach **Widerruf einer Lastschrift** gelten die bereicherungsrechtlichen Grundsätze, die für die Rückabwicklung in Fällen einer **Leistung auf Grund unwirksamer Anweisung** entwickelt worden sind (BGHZ 167, 171 = NJW 2006, 1965 Rn. 10 m. w.N.). Danach hat der **Lastschriftgläubiger** im Falle eines wirksamen Widerrufs der Lastschrift die entsprechende Gutschrift auf seinem Konto nicht durch Leistung des Lastschriftschuldners, sondern **unmittelbar auf Kosten der Bank des Schuldners** erlangt, ohne dass dem Lastschriftgläubiger in diesem Verhältnis ein Rechtsgrund zur Seite steht. Die Schuldnerbank kann deswegen im Wege der **Durchgriffskondition** unmittelbar von dem Lastschriftgläubiger die Auszahlung des diesem gutgeschriebenen Betrags verlangen, unabhängig davon, ob eine wirksame Einzugsermächtigung vorlag oder der Gläubiger einen entsprechenden Zahlungsanspruch gegen den Schuldner hatte (BGHZ 167, 171 = NJW 2006, 1965 Rn. 9 f.)“ (BGH aaO)*

Die Bereicherung der Bekl. ist somit hier ohne wirksame Leistungsbeziehung in sonstiger Weise erfolgt.

### 3. auf Kosten der Bekl.

Die Bank musste die Kontobelastungen nach Widerruf durch den vorläufigen Insolvenzverwalter dem Konto wieder gutschreiben, ohne hierfür einen Ausgleich zu erhalten. Die Gutschriften bei der Bekl. sind damit auf Kosten der Kl. erfolgt.

### 4. ohne Rechtsgrund

Fraglich ist jedoch, ob für die Vermögensverschiebung ein Rechtsgrund fehlte.

Ein Rechtsgrund für die Vermögensverschiebung im Lastschrifteinzugsverfahren liegt vor, wenn der Bekl. eine entsprechende Einzugsermächtigung erteilt wurde und kein rechtzeitiger Widerspruch durch die Schuldnerin erfolgt ist.

#### a) **Widerrufsberechtigung des vorläufigen Insolvenzverwalters mit Zustimmungsvorbehalt**

*„Weiter hat das BerGer. rechtsfehlerfrei angenommen, dass ein vorläufiger Insolvenzverwalter mit Zustimmungsvorbehalt in der Lage ist, eine **Genehmigung der Lastschrift durch den Schuldner und den Eintritt der Genehmigungsfiktion zu verhindern**, indem er – wie der Nebenintervenient am 13.04.2007 – solchen Belastungsbuchungen widerspricht (BGH, NZI 2010, 723 = WM 2010, 1546 Rn 11, zur Veröff. in BGHZ vorgesehen; NZI 2011, 187 = WM 2011, 63 Rn 13; NZI 2011, 187, zur Veröff. vorgesehen, Umdr Rn 11, jeweils m. w.N.)“ (BGH aaO)*

#### b) **Rechtzeitigkeit des Widerrufs**

Auf die Abrechnung vom 02.04.2007 hin hat der Insolvenzverwalter mit Schreiben vom 13.04.2007 die Rückbuchung verlangt, also den Abbuchungen widersprochen. Allerdings bleibt ein Widerruf des Insolvenzverwalters wirkungslos, soweit zuvor

Lastschriftbuchungen von dem Lastschriftschuldner genehmigt worden sind (BGH, NZI 2010, 723 = WM 2010, 1546 Rn. 41).

### aa) ausdrückliche Genehmigung der Schuldnerin

„Entgegen der Ansicht der Revision hat das BerGer. zu Recht seiner Entscheidung zu Grunde gelegt, dass die streitigen Lastschriften nicht durch ausdrückliche Erklärung der Schuldnerin genehmigt worden sind. Nach dem Tatbestand des erstinstanzlichen Urteils hat die Bekl. diesen **Vortrag ausdrücklich aufgegeben**. Darin hat das BerGer. rechtsfehlerfrei ein **Geständnis nach § 288 I ZPO** gesehen, das sich auch auf eine **juristisch eingekleidete Tatsache** beziehen kann (BGH, NJW-RR 2006, 281 [282] und NJW-RR 2007, 1563 = WM 2007, 1662 Rn. 16). Dazu ist ohne Weiteres die Frage zu rechnen, ob eine Lastschrift durch ausdrückliche Erklärung oder konkludentes Verhalten genehmigt worden ist. Selbst die Revision macht nicht geltend, die Schuldnerin habe ausdrücklich die Genehmigung der Lastschriften erklärt.“ (BGH aaO)

### bb) konkludente Genehmigung der Schuldnerin

Es konnte aber eine konkludente Genehmigung der Schuldnerin vorliegen.

„Im Allgemeinen können weder der Kontoinhaber noch das kontoführende Kreditinstitut davon ausgehen, ein Verhalten des Kontoinhabers könne **vor Ablauf** der in den Geschäftsbedingungen geregelten **Widerrufsfrist nicht als konkludente Genehmigung der Lastschrift** anzusehen sein (BGH, NZI 2010, 723 = WM 2010, 1546 Rn 43; WM 2010, 2307 = BeckRS 2010, 29188 Rn. 16 f.; NZI 2011, 185, zur Veröff. vorgesehen, Umdr Rn. 12 ff.).“

Weiter kann die Tatsache, dass der Kontoinhaber durch zeitnahe Dispositionen die Einlösung ihm bekannter, laufender Lastschriften sichert, bei der kontoführenden Bank – jedenfalls nach Ablauf einer angemessenen Prüfungsfrist – die berechtigte Überzeugung begründen, der Schuldner wolle die jeweiligen Forderungen der Lieferanten uneingeschränkt erfüllen und die Lastschriftbuchungen würden deswegen Bestand haben (BGH, WM 2010, 2307 = BeckRS 2010, 29188 Rn 23).

Schließlich können auch konkrete Einzahlungen des Kontoinhabers zur Ausführung zunächst mangels Kontodeckung nicht eingelöster Lastschriften die Auffassung rechtfertigen, vorangehende Lastschriftbuchungen seien von der Schuldnerin als Kontoinhaberin abschließend akzeptiert worden, da sie sich anderenfalls auf leichterem Wege Liquidität hätte verschaffen können, indem sie älteren, ihrer Ansicht nach unberechtigten Belastungsbuchungen widerspricht (vgl. dazu BGH, NZI 2011, 185, zur Veröff. vorgesehen, Umdr Rn 21). (BGH aaO)

Fraglich ist in diesem Zusammenhang, wen die Darlegungs- und Beweislast hierfür trifft.

### (1) Grundsatz

„Der **Bereicherungsgläubiger** trägt die **Darlegungs- und Beweislast** für die **tatsächlichen Voraussetzungen** des geltend gemachten Kondiktionsanspruchs (BGHZ 128, 167 [171] = NJW 1995, 662; BGH, NJW 2003, 1039 = WM 2003, 640 [641]; NJW-RR 2004, 556 = WM 2004, 225 [226]; NJW-RR 2009, 1142 = WM 2009, 2093 Rdnr. 19). Dabei kommt es nicht darauf an, ob der geltend gemachte Anspruch sich auf eine Leistungs- oder – wie hier – auf eine Nichtleistungskondition stützt (vgl. BGHZ 169, 377 = NJW-RR 2007, 488 Rn 9 m. w.N.).“ (BGH aaO)

### (2) Ausnahmen

„Ausnahmen von diesem Grundsatz hat die Rspr.in Einzelfällen angenommen, wenn besondere gesetzliche Anforderungen bestehen, wie die vom Empfänger nachzuweisende Form eines Schenkungsvertrags (BGHZ 169, 377 = NJW-RR 2007, 488 Rn 13 ff.), oder bereits die unstreitigen Umstände den Schluss nahe legen, dass der Bereicherungsschuldner etwas ohne rechtlichen Grund erlangt hat (vgl. BGH, NJW 1999, 2887 = WM 1999, 2175 [2176]). Solche Besonderheiten bestehen im vorliegenden Fall nicht.“ (BGH aaO)

### (3) Umfang

Die Beweislast der Kl. als Bereicherungsgläubigerin umfasst danach die tatsächlichen Grundlagen des von ihr geltend gemachten unmittelbaren Kondiktionsanspruchs (s. allg. Baumgärtel/Jährig, Hdb. der Beweislast, 3. Aufl., SchuldR BT III, § 812 Rn. 104 ff., 107; Mühl, WM 1984, 1441 [1442]).

„Da das Fehlen einer Genehmigung der Lastschriftbuchung Voraussetzung dafür ist, dass zwischen Lastschriftschuldner und Lastschriftgläubiger keine Leistungsbeziehung besteht und somit die Schuldnerbank den Lastschriftgläubiger nach § 812 I 1 Alt. 2 BGB unmittelbar in Anspruch nehmen kann (BGHZ 167, 171 = NJW 2006, 1965 Rn 14), hat die Kl. als Be-

reicherungsgläubigerin auch den **Nachweis zu erbringen**, dass die Schuldnerin die streitigen **Lastschriften nicht genehmigt** hat (vgl. BGHZ 167, 171 = NJW 2006, 1965 Rn 23; Kuder, ZInsO 2010, 1665 [1668]).

Die **Gegenansicht**, wonach der **Zahlungsempfänger die Leistung des Anweisenden beweisen** müsse, sofern der Zahlende zunächst eine eigene Zuwendung an den Empfänger nachgewiesen habe (Halfmeier, in: Festschr. f. Eike Schmidt, 2005, S. 109 [117]; Harke, JZ 2002, 179 [182 f.]; Palandt/Sprau, BGB, 70. Aufl., § 812 Rn 79; ablehnend Baumgärtel/Jährig, § 812 Rn 107), müsste jedenfalls für die vorliegende Fallgestaltung unzutreffend davon ausgehen, der **Widerruf** einer Lastschrift stelle den **nicht beweisbedürftigen Regelfall** dar. Soweit sich diese Ansicht weiter darauf stützt, das Vorliegen einer Leistungsbeziehung bilde den gegen einen Anspruch aus Nichtleistungskondition gerichteten Rechtsgrund, dessen Vorliegen der Bereicherungsschuldner wie bei einer Eingriffskondition zu beweisen habe (Halfmeier, in: Festschr. f. Eike Schmidt, S. 109 [117]), gerät sie in **Widerspruch zur Rechtsprechung**, die bei der Nichtleistungskondition **nur in Sonderfällen** von einer Darlegungs- und Beweislast des Bereicherungsschuldners für das Bestehen eines Rechtsgrunds ausgeht (vgl. BGH, NJW 1999, 2887 = WM 1999, 2175 [2176]; BGHZ 169, 377 = NJW-RR 2007, 488 Rn. 9 ff.).

Schließlich **verfehlt diese Auffassung** in der vorliegenden Fallkonstellation ihr **Regelungsziel**, die Beweislast für ein vorrangiges Leistungsverhältnis der **Partei aufzuerlegen, in deren Sphäre dieser Umstand fällt** und auf deren Empfängerhorizont es ankommt (so Harke, JZ 2002, 179 [182]). Die für eine **Direktkondition** der Schuldnerbank gegen den Lastschriftgläubiger entscheidende Frage, ob der Schuldner gegenüber der Schuldnerbank die Lastschrift **konkludent genehmigt** hat, siedelt ausschließlich in der **Sphäre der Schuldnerbank**, der gegenüber die Genehmigung zu erklären ist. Die Sicht des Lastschriftgläubigers ist für die Beantwortung der Frage, ob nach Widerruf einer Lastschrift eine Leistungsbeziehung vorliegt, unerheblich (BGHZ 167, 171 = NJW 2006, 1965 Rn 14). Auch danach müsste die Kl. als Schuldnerbank und nicht die Bekl. als Lastschriftgläubigerin den Nachweis führen, dass die streitigen Lastschriften nicht genehmigt worden sind.“ (BGH aaO)

Problematisch ist jedoch, dass der Kl. damit auferlegt wird, eine negative Tatsache, nämlich das Fehlen einer konkludenten Genehmigung, zu beweisen.

„Ein solcher **Negativbeweis** führt grundsätzlich nicht zu einer Änderung der Beweislast (vgl. BGH, NJW 1985, 1774 = WM 1985, 590; NJW 2007, 3645 = GRUR 2007, 629 Rn 12; NJW-RR 2009, 1142 = WM 2009, 2093 Rn 19, 22; Stieper, ZZZ 123 (2010), 27 [34 f.]). Dies ist bei Ansprüchen aus ungerechtfertigter Bereicherung für den **Nachweis des Fehlens eines Rechtsgrunds** in der Rechtsprechung anerkannt (vgl. BGH, NJW-RR 2009, 547 = WM 2008, 2155 Rdnr. 21; NJW-RR 2009, 544 = WM 2008, 2158 Rn 36 m. w. N.; Baumgärtel/Laumen, § 15 Rn 7). Für den Nachweis, dass eine Lastschrift nicht genehmigt worden ist, kann nichts anderes gelten.

Um die tatsächliche Schwierigkeit eines Nachweises negativer Tatsachen zu mildern, hat die damit belastete Partei **in der Regel nur die Umstände zu widerlegen**, die nach dem Vortrag der Gegenseite für die positive Tatsache, also für das Vorhandensein des streitigen Umstands, sprechen (vgl. BGH, NJW 1985, 1774 = WM 1985, 590; NJW-RR 1996, 1211; NJW 2003, 1039 = WM 2003, 640, 641; NJW-RR 2009, 1142 = WM 2009, 2093 Rn. 20 f.). Der nicht beweisbelasteten Partei obliegt es, im Rahmen des ihr Zumutbaren (vgl. BGH, NJW-RR 1993, 746 [747]) die Behauptung der positiven Tatsachen aufzustellen, deren Unrichtigkeit sodann die beweisbelastete Partei nachzuweisen hat. Allerdings können in der vorliegenden Fallkonstellation an den **Vortrag eines Lastschriftgläubigers** keine hohen Anforderungen gestellt werden, da er **regelmäßig keine Kenntnis von den Umständen** besitzen wird, aus denen sich eine konkludente Genehmigung der Lastschrift durch den Schuldner ergeben könnte. Vielmehr kann die **Schuldnerbank**, die Adressat einer solchen Genehmigung wäre, **zu allen erheblichen Umständen aus eigener Wahrnehmung vortragen**. Im vorliegenden Fall hat die Bekl. konkrete Umstände dargelegt, aus denen sich eine konkludente Genehmigung der streitigen Lastschriften ergeben kann, und damit ihrer Darlegungslast genügt.“ (BGH aaO)

## 5. Ergebnis:

Das Gericht hat zu dieser Frage keine tatsächlichen Feststellungen getroffen. Da die Sache nicht zur abschließenden Entscheidung reif ist, ist sie zur weiteren Sachaufklärung an das BerGer. zurückzuverweisen (§ 563 I 1 ZPO).

**Beginn der Wiedereinsetzungsfrist**  
**konkludente Antragstellung mit Nachholung der Prozesshandlung**  
**(BGH in NJW 2011, 1601; Beschluss vom 05.04.2011 – VIII ZB 81/10)**

1. Ist der Prozessbevollmächtigte einer Partei erkrankungsbedingt an der Erhaltung der bereits um einen Monat **verlängerten Berufungsbegründungsfrist** gehindert, ist für den Beginn der Wiedereinsetzungsfrist des § 234 I, II ZPO der **Wegfall der Erkrankung** und **nicht** der Zeitpunkt maßgebend, in dem die Gegenseite ihre **Zustimmung** zu einer erneuten Fristverlängerung **verweigert**.
2. Ein Wiedereinsetzungsantrag muss **nicht ausdrücklich** gestellt werden, er kann auch **stillschweigend in einem Schriftsatz enthalten**
3. Hierzu reicht aus, dass die Partei konkludent zum Ausdruck bringt, dass sie das **Verfahren trotz verspäteter Einreichung der Rechtsmittel- oder Begründungsschrift fortsetzen** will
4. Einer Darlegung der **Wiedereinsetzungsgründe** bedarf es nicht, wenn diese bereits **aktenkundig** sind.

**Fall:** Die Kl. hat den Bekl. auf Räumung einer angemieteten Doppelhaushälfte und auf Zahlung rückständiger Miete in Anspruch genommen. Das AG hat den Bekl. zur Zahlung von 27.389,61 Euro verurteilt und hinsichtlich des Räumungsantrags sowie eines weiteren Zahlungsantrags die Erledigung in der Hauptsache festgestellt. Das Urteil des AG ist dem Prozessbevollmächtigten des Bekl. am 28.07.2009 zugestellt worden. Die hiergegen gerichtete Berufung des Bekl. ist am 28.08.2009 beim LG eingegangen. Auf Antrag des Prozessbevollmächtigten des Bekl. hat der Vorsitzende der Berufungskammer die Frist zur Begründung der Berufung um einen Monat bis zum 28.10.2009 verlängert. Mit Schriftsatz vom 28.10.2009, eingegangen beim LG am selben Tag, hat der Prozessbevollmächtigte des Bekl. „unabhängig von einer Zustimmung der Gegenseite“ um eine weitere Fristverlängerung für zwei Tage nachgesucht. Diesen Antrag hat er unter anwaltlicher Versicherung der Richtigkeit seiner Angaben damit begründet, dass er am 24.10.2009 erkrankt aus dem Urlaub zurückgekehrt und außerdem seine Mitarbeiterin auf Grund einer schmerzhaften Verletzung am rechten Arm in ihrer Schreibfähigkeit eingeschränkt sei. Der Vorsitzende der Berufungskammer hat die Kl. mit Verfügung vom 28.10.2009 zur Stellungnahme binnen dreier Tage aufgefordert. Am 30.10.2009 ist die vom Prozessbevollmächtigten des Bekl. zwischenzeitlich gefertigte Berufungsbegründung beim LG eingegangen. Die Kl. hat mit Anwaltsschriftsatz vom 13.11.2009 ihre Einwilligung zur beantragten Fristverlängerung verweigert. Mit einem am 01.12.2009 beim LG eingegangenen Schriftsatz hat der Bekl. Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gegen die Versäumung der Berufungsbegründungsfrist beantragt und hierbei unter Vorlage einer ärztlichen Bescheinigung nähere Ausführungen zur Art und Schwere seiner Erkrankung gemacht und die bereits beschriebene Verletzung seiner Mitarbeiterin durch ein ärztliches Attest belegt. Wird ihm Wiedereinsetzung gewährt werden?

### I. Statthaftigkeit des Wiedereinsetzungsantrags

Ein Wiedereinsetzungsantrag ist nach § 233 ZPO wegen Versäumung der Berufungsbegründungsfrist des § 520 II 1 ZPO statthaft.

Der Bekl. hat hier die bis zum 28.10.2009 verlängerte Frist zur Begründung der Berufung versäumt, da diese erst am Freitag, dem 30.10.2009, und damit nach Ablauf der nicht erneut verlängerten Frist beim Berufungsgericht eingegangen ist.

### II. Wahrung der Wiedereinsetzungsfrist

Da hier die Berufungsbegründungsfrist betroffen ist, muss nach § 234 I 2 ZPO eine Wiedereinsetzungsfrist von einem Monat ab Wegfall des Hindernisses eingehalten werden.

#### 1. Wiedereinsetzungsantrag vom 01.12.2009

Der Wiedereinsetzungsantrag vom 01.12.2009 könnte fristgerecht erfolgt sein. Fraglich ist, wann die Wiedereinsetzungsfrist zu laufen beginnt. Grundsätzlich beginnt diese mit dem Wegfall des Hindernisses zu laufen, aufgrund dessen die Frist nicht eingehalten werden konnte. Hier konnte die ursprünglich bis zum 28.10.2009 laufende Frist wegen der Erkrankung des Prozessbevollmächtigten nicht eingehalten werden, die gewünschte Verlängerung der Frist um 2 Tage ist jedoch mangels Zustimmung der Gegenseite nicht erneut gewährt worden. Insofern könnte für den Lauf der Wiedereinsetzungsfrist auf die Verweigerung der Zustimmung ankommen.

### a) Fristbeginn

„Die Wiedereinsetzungsfrist beginnt nach § 234 II ZPO an dem Tage, an dem das **Hindernis behoben** ist. Das ist nicht erst dann der Fall, wenn das Hindernis nicht mehr besteht; die Frist beginnt vielmehr schon dann zu laufen, wenn das **Weiterbestehen des Hindernisses nicht mehr als unverschuldet** angesehen werden kann (vgl. BGH, Beschl. v. 19. 6. 2008 – V ZB 29/08, BeckRS 2008, 14543 Rn. 5; BGH-Report 2006, 255 = BeckRS 2005, 13735 [unter II 2]; NJW-RR 2005, 76 [unter II 1 a], jew. m. w. Nachw.).

Ausgehend von diesen Grundsätzen war der **Beginn der Wiedereinsetzungsfrist nicht** bis zum Zugang des Schriftsatzes der Kl. vom 13.11.2009 hinausgeschoben, mit dem diese ihre Zustimmung zu der vom Bekl. am 28.10.2009 beantragten erneuten Verlängerung der Begründungsfrist verweigert hat. Denn der Bekl. konnte im Hinblick auf die Bestimmung des § 520 II 3 ZPO von vornherein **nicht darauf vertrauen**, dass ihm **ohne Einwilligung der Gegenseite eine zweite Fristverlängerung** gewährt würde (vgl. BGH, NJW 2004, 1742 [unter 2]). Nach dieser Vorschrift kann ohne Einverständnis des Gegners die Berufungsbegründungsfrist nur um bis zu einem Monat verlängert werden. Der ohne Einwilligung der Kl. mögliche Verlängerungszeitraum war bereits durch die erste Fristverlängerung ausgeschöpft. Die somit erforderliche Zustimmung der Kl. zu der am 28.10.2009 erbetenen weiteren Verlängerung der Begründungsfrist um zwei Tage hat der Prozessbevollmächtigte des Bekl. nicht eingeholt. In Anbetracht dieser Umstände war der Bekl., dem das Verschulden seines Prozessvertreters nach § 85 II ZPO zuzurechnen ist, **nicht bis zu dem Zeitpunkt**, in dem er von der Zustimmungsverweigerung der Gegenseite Mitteilung erhielt, **schuldlos** an einer fristgerechten Einreichung der Berufungsbegründungsfrist **gehindert**.“ (BGH aaO)

### b) Anwendung auf den Fall

An der Wahrung der bis 28.10.2009 verlängerten Berufungsbegründungsfrist war er nur deswegen ohne Verschulden gehindert, weil sein als Einzelanwalt tätiger Prozessbevollmächtigter infolge einer **unvorhergesehenen kurzfristigen Erkrankung** an einer fristgerechten Fertigung der Berufungsbegründungsschrift gehindert war und diese daher erst am 30.10.2009 bei Gericht einreichen konnte. Da die Wiedereinsetzungsfrist von einem Monat (§ 234 I 2 ZPO) bereits mit Ablauf des 30.10.2009 in Gang gesetzt wurde, war sie bereits vor Eingang des am 01.12.2009 gestellten Antrags auf Wiedereinsetzung in den vorigen Stand verstrichen.

## 2. konkludenter Wiedereinsetzungsantrag

Diese Fristversäumung ist jedoch unschädlich, weil der Bekl. bereits vor Ablauf der Wiedereinsetzungsfrist konkludent ein Wiedereinsetzungsgesuch gestellt hat.

### a) Möglichkeit konkludenter Antragstellung

„Ein Wiedereinsetzungsantrag muss **nicht ausdrücklich** gestellt werden, er kann auch **stillschweigend in einem Schriftsatz enthalten** sein (BGHZ 63, 389 [392 f.] = NJW 1975, 928; BGH, NJW 2006, 1518 Rn. 13). Hierzu reicht aus, dass die Partei konkludent zum Ausdruck bringt, dass sie das **Verfahren trotz verspäteter Einreichung der Rechtsmittel- oder Begründungsschrift fortsetzen will** (vgl. BGH, Beschl. v. 20. 7. 2010 – XI ZB 19/09, BeckRS 2010, 18808 Rn. 10; BGHZ 63, 389 = NJW 1975, 928, jew. m. w.N.).“ (BGH aaO)

### b) Antragstellung durch Berufungsbegründungsschriftsatz

Eine solche konkludente Antragstellung könnte durch den Berufungsbegründungsschriftsatz erfolgt sein, der am 30.10.2009 bei Gericht eingegangen ist.

„Dem Prozessbevollmächtigten des Bekl. war **bewusst**, dass am 30.10.2009 die bis zum 28.10.2009 verlängerte **Berufungsbegründungsfrist bereits abgelaufen** und eine weitere Fristverlängerung nicht erfolgt war. Gleichwohl erstrebte er – wie der Inhalt der Berufungsbegründung zeigt – eine Fortsetzung des Berufungsverfahrens mit dem Ziel der Aufhebung des angefochtenen Urteils.“ (BGH aaO)

#### aa) Angaben zu Wiedereinsetzungsgründen

Dem könnte allerdings entgegenstehen, dass dieser Schriftsatz keine Angaben zu den Wiedereinsetzungsgründen enthält.

„Einer **Darlegung der Wiedereinsetzungsgründe** bedarf es nicht, wenn diese bereits **aktenkundig** sind (vgl. BGHZ 63, 389 = NJW 1975, 928; BGH, NJW 2006, 1518 Rn. 14). Diese Voraussetzungen sind im Streitfall erfüllt. Denn der Prozessbevollmächtigte des Bekl. hat bereits in seinem Fristverlängerungsantrag vom 28.10.2009 die **maßgeblichen Hinderungsgründe** für eine rechtzeitige Fertigstellung der Berufungsbegründung **aufgeführt**. Der in seinem Briefkopf als Inhaber einer Einzelkanzlei ausgewiesene Prozessbevollmächtigte des Bekl. hat vorgetragen, dass er am 24.10.2010 **erkrankt aus dem Urlaub zurückgekehrt** und seine **Mitarbeiterin** zeitgleich wegen einer schmerzhaften Verletzung am rechten Arm in ihrer **Schreibfähigkeit eingeschränkt** sei, weswegen eine Verlängerung der Begründungsfrist um zwei Tage notwendig wer-

de. Dies genügt den von der höchstrichterlichen Rechtsprechung aufgestellten Anforderungen an eine **aus sich heraus verständliche, geschlossene Schilderung der tatsächlichen Abläufe**, aus denen sich die Gründe für die Fristversäumnis ergeben (vgl. BGH, NJW-RR 2005, 793 = MMR 2006, 348 [unter II 3]; NJW 2008, 3501 Rn 15; NJW 2011, 458 Rn 17, jew. m.w.N.).“ (BGH aaO)

#### bb Ergänzung der Wiedereinsetzungsgründe nach Ablauf der Wiedereinsetzungsfrist

Allerdings waren die **Angaben** des Prozessbevollmächtigten im Fristverlängerungsantrag etwas **allgemein gehalten**, insbesondere ist die Art und Schwere der Erkrankung des Prozessbevollmächtigten nicht näher beschrieben worden. Erst **nach Ablauf der Wiedereinsetzungsfrist** wurde der Vortrag im Rahmen des ausdrücklich gestellten Wiedereinsetzungsantrags **konkretisiert**. Fraglich ist daher, ob sämtliche zur Begründung des Wiedereinsetzungsantrags erforderlichen Umstände auch innerhalb der Wiedereinsetzungsfrist vorgebracht werden müssen.

„Zwar sind nach §§ 234 I, 236 II ZPO an sich **alle Tatsachen**, die für die Gewährung der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand von Bedeutung sein können, **innerhalb der Antragsfrist** vorzutragen. Jedoch dürfen erkennbar unklare oder ergänzungsbedürftige Angaben, deren Aufklärung nach § 139 ZPO geboten gewesen wäre, noch nach Fristablauf **erläutert oder vervollständigt** werden (st. Rspr.; vgl. nur BGH, NJOZ 2001, 1447 = BGH-Report 2001, 982; NJOZ 2002, 915 = BGH-Report 2002, 434; NJW 2007, 3212 Rn 8; NJW 2011, 458, jew. m. w. Nachw.). Um solche Angaben handelt es sich bei den im Schriftsatz vom 01.12.2009 geschilderten Einzelheiten der krankheitsbedingten Verhinderung des Prozessbevollmächtigten des Bekl. und dessen Mitarbeiterin. Das BerGer. hätte im Hinblick auf die erkennbar **fehlende Konkretisierung** der beim Prozessbevollmächtigten der Bekl. aufgetretenen **Krankheitssymptome** vor einer Entscheidung über das Wiedereinsetzungsgesuch auf eine entsprechende **Ergänzung des bisherigen Vorbringens hinwirken müssen**. Ein unzulässiges Nachschieben neuer Tatsachen ist mit diesen ergänzenden Angaben nicht verbunden (vgl. auch BGH, NJW 1999, 2284 [unter 3 c] m. w. Nachw.). Auch eine **Glaubhaftmachung** der vorgetragenen Tatsachen ist rechtzeitig erfolgt, denn sie braucht nach § 236 II 1 Halbs. 2 ZPO nicht im Antrag enthalten zu sein, sondern **kann auch noch im Verfahren selbst nachgeholt** werden (vgl. hierzu Senat, NJW 1996, 1682 [unter II 1 a]).“ (BGH aaO)

Die Konkretisierung des Vortrags zu den Wiedereinsetzungsgründen nach Ablauf der Wiedereinsetzungsfrist schadet daher nicht. Die Wiedereinsetzungsfrist wurde eingehalten.

### III. Nachholung der Prozesshandlung

Die versäumte Prozesshandlung muss nach § 236 II 2 ZPO **innerhalb der Wiedereinsetzungsfrist**, nachgeholt werden. Die Berufungsbegründung war bereits am 30.10.2009 und damit zeitgleich mit dem konkludenten Wiedereinsetzungsantrag innerhalb der Wiedereinsetzungsfrist bei Gericht eingegangen.

### IV. Begründetheit des Wiedereinsetzungsantrags

Der Wiedereinsetzungsantrag ist begründet, wenn die Partei **ohne ihr Verschulden gehindert** war, die **Prozesshandlung rechtzeitig vorzunehmen** und dies auch glaubhaft macht. Verschuldet ist das Fristversäumnis jedoch nicht nur bei Vorsatz und grober Fahrlässigkeit, auch normale Fahrlässigkeit spricht gegen eine Wiedereinsetzung.

„Der Bekl. war infolge einer unvorhergesehenen Erkrankung seines als Einzelanwalt tätigen Prozessbevollmächtigten schuldlos daran gehindert, diese Frist zu wahren.[wird ausgeführt].“

In Anbetracht dieser **unvorhersehbar aufgetretenen und akuten Erkrankung** des Prozessbevollmächtigten des Bekl. bestand auch keine Verpflichtung zur Beauftragung eines Vertreters. Ein Rechtsanwalt hat zwar im Rahmen seiner Organisationspflichten **grundsätzlich** auch dafür **Vorkehrungen** zu treffen, dass im Falle seiner Erkrankung ein Vertreter die notwendigen Prozesshandlungen vornimmt (vgl. BGH, NJW 1996, 1540 [unter II 1 b]; Beschl. v. 17. 3. 2005 – IX ZB 74/04, BeckRS 2005, 5895; NJW 2008, 3571 Rn 9, jew. m. w.N.). Auf einen krankheitsbedingten Ausfall muss sich der Rechtsanwalt aber nur dann durch konkrete Maßnahmen vorbereiten, wenn er eine solche Situation vorhersehen kann (BGH, NJW 2008, 3571; NJW 2009, 3037 Rn. 10). Wird er dagegen **unvorhergesehen krank**, gereicht ihm eine **unterbleibende Einschaltung** eines Vertreters nicht zum Verschulden, wenn ihm diese **weder möglich noch zumutbar** war (vgl. BGH, Beschl. v. 8. 2. 2000 – XI ZB 20/99, BeckRS 2000, 30094466; NJW 2008, 3571 Rn. 9, 12; NJW 2009, 3037, jew. m. w.N.). So liegen die Dinge hier.[wird ausgeführt].“ (BGH aaO)

### V. Ergebnis: Der Bekl. hat daher einen Anspruch auf Wiedereinsetzung in den vorigen Stand.

**Beschuldigtenvernehmung  
durch dt. Konsularbeamten im Ausland**

(BGH in NJW 2011, 1523; Beschluss vom 14.09.2010 – 3 StR 573/09)

1. Das **Gespräch**, das ein **Konsularbeamter mit einem** in ausländischer Haft befindlichen **deutschen Beschuldigten** in Erfüllung seiner Hilfspflicht nach § 7 KonsG führt, ist **keine Vernehmung i. S. von § 136a StPO**.
2. Wird ein in ausländischer Haft befindlicher **Beschuldigter bei Vernehmungen geschlagen**, führt dies **nicht zur Unverwertbarkeit seiner Äußerungen** im Rahmen eines Gesprächs, das er während der Haft mit einem deutschen Konsularbeamten führt, **wenn** hierbei die **Misshandlungen keinen Einfluss auf den Inhalt seiner Angaben mehr haben**.

**Fall:** Der in Pakistan geborene und 1992 in Deutschland eingebürgerte Angekl. war spätestens seit Sommer 2004 bis zum Februar 2008 Mitglied in der ausländischen terroristischen Vereinigung Al Qaida. Er beschaffte in Deutschland Ausrüstungsgegenstände sowie größere Geldbeträge und verbrachte diese bei insgesamt acht Reisen in das pakistanisch-afghanische Grenzgebiet, wo er sie an andere Mitglieder der Organisation weitergab. Darüber hinaus bemühte er sich – teils erfolgreich – um die Rekrutierung von Kämpfern, warb um Unterstützer für Al Qaida, nahm an Ausbildungen der Vereinigung teil und stellte sich auch selbst als Kämpfer zur Verfügung. Am 18.06.2007 wurde er in Lahore vom pakistanischen Geheimdienst ISI festgenommen und an diesem sowie am Folgetag mehrfach vernommen. Er machte dabei auch Angaben zu seiner Tätigkeit in der Al Qaida. Bei diesen Verhören wurde der Angekl. auf nicht näher feststellbare Weise – wahrscheinlich mit einem Schlaginstrument, das aus einem etwa 1 cm dicken, oval zugeschnittenen Gummistück aus einem Reifen mit Holzgriff bestand – geschlagen, als er danach befragt wurde, ob er in Pakistan oder in Deutschland Anschläge plane.

Während das OLG insoweit von einer Misshandlung des Angekl. durch die pakistanischen Behörden ausgeht, hat es hinsichtlich weiterer Verhöre in der Folgezeit nur nicht ausschließen können, dass der Angekl. dabei erneut geschlagen worden ist. Mitarbeiter des ISI unterrichteten den Verbindungsbeamten des BKA in Islamabad am 19.06.2007 von den Angaben des Angekl. und boten an, diesen über den ISI befragen zu lassen. Hiervon machte der Verbindungsbeamte keinen Gebrauch. Er teilte dem ISI auch keine Erkenntnisse über den Angekl. mit, sondern unterrichtete die Deutsche Botschaft von dessen Verhaftung. Am 18.07.2007 konnte der Zeuge M, Leiter der Rechts- und Konsularabteilung der Deutschen Botschaft in Islamabad, den Angekl. besuchen. Alleiniger Grund für das Gespräch war die konsularische Betreuung des Gefangenen. Dem Zeugen war zuvor vom ISI mitgeteilt worden, dass dem Ankl. Kontakte zu Al Qaida angelastet würden und er sich beim Bombenbau am Arm verletzt habe. Weder der Verbindungsbeamte des BKA noch andere Mitarbeiter deutscher Ermittlungs- oder Sicherheitsbehörden oder Mitarbeiter des ISI waren an ihn mit dem Anliegen herangetreten, den Angekl. über seine Betätigung für Al Qaida zu befragen oder auch nur das Gespräch in diese Richtung zu lenken. Das Treffen fand in einer Villa statt. Es wurde in entspannter Atmosphäre in deutscher Sprache und teilweise unter vier Augen geführt. Der Zeuge wollte abklären, ob der Angekl. die Vermittlung eines Rechtsanwalts durch die deutsche Auslandsvertretung wünsche. Er fragte deshalb, seiner üblichen Vorgehensweise in solchen Fällen entsprechend, ob der Angekl. wisse, was ihm vorgeworfen werde, und ob die Vorwürfe stimmten. Dies bejahte der Angekl. und erzählte nunmehr von sich aus von seiner langjährigen Tätigkeit für Al Qaida und von seiner Verletzung beim Versuch, in einem Trainingslager der Organisation einen Sprengkörper herzustellen. Er berichtete auch davon, in der Haft mehrmals gefragt worden zu sein, ob er Anschläge geplant habe; dies seien die einzigen Gelegenheiten gewesen, bei denen er geschlagen worden sei. Ansonsten sei er relativ vernünftig behandelt und nicht geschlagen worden.

Der Angekl. hat sich in der Hauptverhandlung nicht zur Sache eingelassen. Seinen Erklärungen, die er nach einzelnen Beweiserhebungen abgegeben hat, hat das OLG entnommen, dass er den Tatvorwurf bestreite. Es hat Aussagen, die der Angekl. bei seinen Vernehmungen durch den ISI getätigt hatte, nicht verwertet. Seine der Verurteilung zu Grunde liegende Überzeugung beruht indes u. a. auf den Bekundungen des Zeugen M über die Angaben, die der Angekl. ihm gegenüber bei dem Gespräch am 18.07.2007 über seine Tätigkeit für Al Qaida gemacht hatte. Der Angekl. wurde daher wegen „mitgliedschaftlicher Beteiligung an einer terroristischen Vereinigung im Ausland in Tateinheit mit der vorsätzlichen nach dem Außenwirtschaftsgesetz strafbaren Zuwiderhandlung gegen ein EG-Embargo“ zu einer Freiheitsstrafe verurteilt.

Zu prüfen ist, ob das **Verbot des § 136a III 2 StPO** einer Verwertung der Aussage des Zeugen M entgegen steht.

- I. Die **Anhörung** des Angekl. durch den Zeugen M war **keine Vernehmung i. S. von § 136a StPO**.

„Der Zeuge M ist erkennbar in **Erfüllung seiner Pflichten aus dem Gesetz über die Konsularbeamten, ihre Aufgaben und Befugnisse** (Konsulargesetz – KonsG) **tätig geworden**. Danach sind die Konsularbeamten unter anderem dazu berufen, Deutschen nach pflichtgemäßem Ermessen Rat und Beistand zu gewähren (§ 1 KonsG; vgl. auch Art. 5e Wiener Übereinkommen über Konsularische Beziehungen – WÜK). Sie sollen in ihrem Konsularbezirk deutsche Untersuchungs- und Strafgefangene auf deren Verlangen betreuen und ihnen insbesondere Rechtsschutz vermitteln (§ 7 KonsG; vgl. auch Art. 36 I c WÜK). Bei der ersten Kontaktaufnahme mit dem Inhaftierten soll der Konsularbeamte auch den Grund der Inhaftierung zu klären versuchen (vgl. Hoffmann, KonsularR I, § 7 KonsG Rn 7.3.2). Damit er einen geeigneten Anwalt empfehlen kann, ist es erforderlich, dass er sich mit dem Inhaftierten auch über die ihm zur Last gelegten Straftaten unterhält (Wagner/Raasch/Pröpstl WÜK 2007, 261). Sowohl das Konsulargesetz als auch das Wiener Übereinkommen unterscheiden zwischen der **Beistandsleistung**, die der Konsularbeamte gegenüber einem deutschen Staatsbürger in seinem Zuständigkeitsbereich erbringt, und den Vernehmungen und Anhörungen, die er auf Ersuchen der Gerichte und Behörden des Entsendestaats durchführt (§ 15 KonsG; Art. 5j WÜK). Nur bei Letzteren hat er die für die jeweilige Vernehmung geltenden deutschen verfahrensrechtlichen Vorschriften sinngemäß anzuwenden (§ 15 III KonsG).

Die **Befragung hat aus Anlass der Beistandsleistung für den Inhaftierten stattgefunden**. Sie war keine **amtliche Befragung eines Beschuldigten in Bezug auf die „Beschuldigung“** (§ 136 I 2 StPO) oder den „Gegenstand der Untersuchung“ (§§ 69 I 2, 72 StPO) im Rahmen eines Strafverfahrens (vgl. Löwe/Rosenberg, StPO, 26. Aufl., § 136a Rn 15).“ (BGH aaO)

- II. Doch selbst wenn § 136a StPO auf das Gespräch zwischen dem Angekl. und dem Zeugen M zumindest entsprechend Anwendung zu finden hätte, würde sich hieraus kein **Verwertungsverbot** für die Erklärungen des Angekl. ergeben.

„Nach den Feststellungen des OLG haben die **Misshandlungen** des Angekl. bei seinen Vernehmungen durch den ISI **keinen Einfluss auf seine Angaben** gegenüber dem Zeugen M gehabt.

Gegen eine Fortwirkung spricht die vom Zeugen M geschilderte **Gesprächssituation**: Er konnte sich in einer entspannten Atmosphäre durchgängig auf deutsch mit dem Angekl. unterhalten. Ein – möglicherweise der deutschen Sprache mächtiger – Mitarbeiter des ISI verließ nach einiger Zeit den Raum. Der Angekl. schilderte dem Zeugen, vereinzelt Schläge erhalten zu haben. Diese deutschem und internationalem Recht zuwiderlaufende Verfahrensweise würde er nicht geschildert haben, wenn er noch unter dem Eindruck von Schlägen gestanden und eine Überwachung des Gesprächs befürchtet hätte.

Bei dieser Sachlage kommt ein Verwertungsverbot nicht in Betracht, denn es besteht **kein Anlass, den Anwendungsbereich von § 136a III 2 StPO weiter auszudehnen** und eine Fernwirkung der vom Angekl. erlittenen Misshandlungen in der Form anzunehmen, alles, was er während seiner Inhaftierung durch den ISI auch Dritten gegenüber geäußert hat, mit einem Verwertungsverbot zu belegen.“ (BGH aaO)

- III. Dies gilt auch in Ansehung der Verpflichtungen, die der Bundesrepublik aus **Art. 15** des Übereinkommens gegen Folter und andere grausame, unmenschliche oder erniedrigende Behandlung oder Strafe (**UN-Antifolterkonvention**) erwachsen.

„Danach trägt jeder Vertragsstaat dafür Sorge, dass Aussagen, die nachweislich durch Folter herbeigeführt worden sind, nicht als Beweis in einem Verfahren verwendet werden, es sei denn, gegen eine der Folter angeklagte Person als Beweis dafür, dass die Aussage gemacht wurde (Art. 15 UN-Antifolterkonvention). Weder ist der Wortlaut i. S. einer Fernwirkung auszulegen, noch ist eine entsprechende Praxis der Vertragsstaaten erkennbar, so dass insoweit eine Fernwirkung des Verwertungsverbots der unter Einsatz unzulässiger Vernehmungsmethoden erlangten Aussage nicht als elementares rechtsstaatliches Gebot des deutschen Strafverfahrensrechts angesehen werden kann (BVerfG StV 1997, 361). Gleiches gilt bei Berücksichtigung der Verpflichtung aus Art. 3 EMRK, wonach niemand der Folter oder unmenschlicher oder erniedrigender Strafe oder Behandlung unterworfen werden darf (vgl. EGMR NJW 2010, 3145 Rn 87 ff., 92).“ (BGH aaO)

- IV. Offen bleiben kann die Frage, ob einer Verwertung der Aussage des Zeugen M der **Grundsatz des fairen Verfahrens** (Art. 6 I 1 EMRK) unter folgendem Gesichtspunkt entgegenstehen könnte: Der **Konsularbeamte ist zu Belehrungen entsprechend der StPO nur verpflichtet, wenn er auf Ersuchen deutscher Gerichte und Behörden Vernehmungen oder Anhörungen durchführt** (§ 15 I, III, V KonsG); **in den Fällen konsularischer Betreuung besteht eine solche gesetzliche Verpflichtung nicht**.

„Die im Rahmen dieser Aufgabe notwendigen Erkundigungen des Konsularbeamten nach dem Tatvorwurf sind indes durchaus geeignet, den Gefangenen dazu zu veranlassen, zu dem Tatvorwurf auch inhaltlich, d. h. entweder diesen bestreitend oder in Form eines Geständnisses Stellung zu nehmen. Die **spezielle Situation des im Ausland Inhaftierten**, der von einem Repräsentanten seines Heimatlandes besucht wird und Hilfe erwartet, mag insbes. Anlass für eine offene Selbstbelastung geben. Dies gilt generell und ist unabhängig davon, welchen Vernehmungsmethoden und Haftbedingungen der Gefangene bis dahin ausgesetzt war. Es könnte deshalb Anlass bestehen, der besonderen Situation eines Inhaftierten dadurch Rechnung zu tragen, dass ihn der Konsularbeamte auch in den Fällen fürsorglicher Kontaktaufnahme darüber unterrichten muss, dass der Inhalt des nun folgenden Gesprächs regelmäßig innerhalb der Behörde und ggf. auch bei den Strafverfolgungsbehörden des Heimatlands bekannt wird.

Eine Rüge mit dieser Stoßrichtung hat der Angekl. indes nicht erhoben.“ (BGH aaO)

SGB X  
§ 37 II 1

## Bekanntgabe eines Verwaltungsaktes Fristberechnung bei Zugangsfiktion

VerwVerf.

(OVG Lüneburg in NJW 2011, 1529; Beschluss vom 28.02.2011 – 4 LA 44/10)

1. Ein **schriftlicher Verwaltungsakt**, der im Inland durch die Post übermittelt wird, gilt als am **dritten Tag nach der Aufgabe zur Post als bekannt gegeben**.
2. Für die Bekanntgabe eines Bescheids nach § 37 SGB X kommt es **nicht darauf an**, wann der Empfänger den Bescheid **tatsächlich zur Kenntnis genommen hat**, sondern nur, ob dieser so **in dessen Machtbereich** gelangt ist, dass er von dem Schriftstück hat **Kenntnis nehmen können**.
3. Ein schriftlicher Verwaltungsakt, der im Inland durch die Post übermittelt wird, gilt nach § 37 II 1 SGB X auch dann am dritten Tag nach der Aufgabe zur Post als bekannt gegeben, wenn dieser Tag ein Samstag, Sonntag oder Feiertag ist.
4. Die Regelung des § 26 III 1 SGB X, wonach die **Frist mit dem Ablauf des nächstfolgenden Werktags endet**, wenn das Ende der Frist auf einen Sonnabend, einen Sonntag oder einen gesetzlichen Feiertag fällt, kann **nicht angewandt** werden, weil diese Vorschrift **allein den Ablauf einer Frist** regelt.

**Fall:** Der Kl. betrieb eine Jugendhilfeeinrichtung. Die entsprechende Betriebserlaubnis nach § 45 SGB VIII wurde ihm mit Bescheid vom 22.04.2008 mit Adressierung an seinen Hauptsitz entzogen. Ausweislich des Abvermerks wurde der entsprechende Aufhebungsbescheid am 23.04.2008 mit einfacher Post versendet. Hiergegen legte der Kl. am 28.05.2008 Klage ein. Die Bekl. rügt die Verfristung der Klage. Der Kl. ist der Auffassung, dass die Klage fristgerecht eingelegt worden sei. Der 26.04.2008 sei ein Samstag gewesen. An diesem Tag werde an seinem Hauptsitz nicht gearbeitet. Zudem beginne an einem Samstag keine Frist zu laufen, sondern der Fristlauf habe erst am Montag, den 28.04.2008 begonnen, so dass die Klage am 28.05.2008 noch fristgerecht hätte erhoben werden können.

Ist die Klage fristgerecht eingelegt worden?

Da Streitigkeiten nach SGB VIII nicht zu den Streitigkeiten gehören, die nach § 51 SGG den Sozialgerichten zugewiesen sind, ist nach § 40 I 1 VwGO der **Verwaltungsrechtsweg eröffnet** und **es gilt nach § 62 SGB X die VwGO** und die entsprechenden Ausführungsvorschriften.

Da nach § 8a AG VwGO Nds. ein **Vorverfahren** in Abweichung von § 68 VwGO **nicht erforderlich** ist, muss die **Klage** nach § 74 VwGO **innerhalb eines Monats** nach Zugang des angefochtenen Bescheides oder des Widerspruchsbescheides eingereicht werden.

### I. Bekanntgabe unter Anwendung der Zugangsfiktion

Der genaue Zugangszeitpunkt ist hier jedoch nicht bekannt. Allerdings sieht § 37 I 1 SGB X vor, dass ein **schriftlicher Verwaltungsakt**, der im Inland durch die Post übermittelt wird, am **dritten Tag nach der Aufgabe zur Post als bekannt gegeben** gilt. Damit wäre die Bekanntgabe für den 26.04.2008 anzunehmen, so dass die Klagefrist am 26.05.2008 abgelaufen und die Klagefrist daher verstrichen wäre.

Allerdings gilt die 3-Tagefiktion nicht, nicht, wenn der Verwaltungsakt nicht oder zu einem späteren Zeitpunkt zugegangen ist. Die Beweislast hierfür trägt der Adressat des Verwaltungsaktes.

*„Ernstliche Zweifel an der Richtigkeit des Urteils des VG ergeben sich entgegen der Auffassung des Kl. nicht daraus, dass das VG auf Grund einer **Gesamtwürdigung des klägerischen Vorbringens** und der Sachverhaltsumstände zu dem Ergebnis gelangt ist, dass der Kl. die Fiktion des § 37 II 1 SGB X, wonach ein schriftlicher Verwaltungsakt, der im Inland durch Post übermittelt wird, am dritten Tag (hier 26. 4. 2008) nach der Aufgabe zur Post (hier 23.04.2008) als bekanntgegeben gilt, **nicht widerlegt** habe, weil **er nicht substantiiert Tatsachen dargelegt** habe, aus denen sich **schlüssig die nicht entfernte Möglichkeit** ergebe, dass der angefochtene Bescheid des Bekl. vom 22.04.2008 ihm erst nach dem von § 37 II 1 SGB X fingierten Zeitpunkt, also nach dem 26.04.2008, zugegangen sei. Denn der Kl. hat **keine konkreten und aussagekräftigen Anhaltspunkte** dargelegt, die unter Berücksichtigung sämtlicher Sachverhaltsumstände einen Zugang des Bescheids nach dem in § 37 II 1 SGB X genannten Zeitpunkt nahelegen.*

*Der Umstand, dass ein Mitarbeiter des Klägers das **Empfangsbekanntnis** offenbar erst mehrere Wochen nach der telefonischen Nachfrage des Beklagten am 07.05.2008 und dann auch noch **offensichtlich falsch ausgefüllt** hat, weil er darin als Empfangsdatum handschriftlich den 29.05.2008 eingetragen hat, zeigt ebenso wie der Umstand, dass **das Empfangsbekanntnis erst am 02.06.2008 beim Beklagten eingegangen** ist, dass der*

Kläger im Umgang mit der bei ihm eingegangenen (Behörden-) Post jedenfalls im vorliegenden Fall nicht die notwendige Sorgfalt angewandt hat. Dafür spricht auch, dass der Kläger nach Öffnen des angeblich mit einem Eingangsstempel versehenen Briefumschlags, den er jedoch nicht vorlegt hat, den Bescheid des Beklagten **nicht sofort mit einem Eingangsstempel versehen**, sondern (unverständlicherweise) zunächst eine Kopie von diesem gefertigt hat. Das Verwaltungsgericht hat daher zu Recht angenommen, dass bei einer Gesamtwürdigung dieser Umstände davon auszugehen sei, dass der das Datum „29.04.2008“ ausweisende Eingangsstempel auf dem Originalbescheid, den der Kläger offenbar im Termin zur mündlichen Verhandlung dem Verwaltungsgericht vorgelegt hat, nicht zeitnah nach Eingang des Bescheides auf diesem angebracht worden sei und sich daher auch hieraus keine hinreichenden Zweifel an der Richtigkeit des von § 37 Abs. 2 Satz 1 SGB X fingierten Bekanntgabezeitpunkts herleiten ließen.

Diese ergeben sich auch nicht aus dem Vorbringen des Klägers zu seiner Berechnung der Klagefrist und seinen diesbezüglichen **Eintragungen in seinem persönlichen Kalender**, woraus sich der Zugang des Bescheides am 29. April 2008 ergeben soll. Denn abgesehen davon, dass die möglicherweise falsche Berechnung der Klagefrist durch den Kläger keine hinreichend konkreten Anhaltspunkte für den Zeitpunkt des tatsächlichen Zugangs des Bescheides beim Kläger liefert, sind diese Behauptungen des Klägers durch nichts belegt.“ (OVG Lüneburg aaO)

## II. Bekanntgabe an Geschäftsadresse am Samstag

Allerdings hat der Kl. unter Berufung darauf, dass der 26.04.2008 ein Samstag gewesen sei, vorgetragen, dass an seinem Hauptsitz kein Geschäftsbetrieb geherrscht habe und deshalb nicht damit zu rechnen gewesen wäre, dass Kenntnis nehmen werde, so dass auch kein Zugang angenommen werden könne.

„Dies ist schon deshalb nicht erheblich, weil es für die Bekanntgabe eines Bescheids nach § 37 SGB X **nicht darauf ankommt**, wann der Empfänger den Bescheid **tatsächlich zur Kenntnis genommen hat**, sondern nur, ob dieser so **in dessen Machtbereich gelangt ist**, dass er von dem Schriftstück **hat Kenntnis nehmen können** (v. Wulffen, SGB X, 7. Aufl., § 37 Rn. 4 m. w.N.), was hier auch dann der Fall gewesen ist, wenn der Bescheid am 26.04.2008 in den Briefkasten und damit in den Machtbereich des Kl. gelangt ist.“ (OVG Lüneburg aaO)

## III. Fristbeginn bei Ende der 3-Tagefrist am Wochenende

Fraglich ist allerdings, ob der Fristbeginn nicht zumindest dann auf den nächsten Werktag verschoben wird, wenn das Ende der 3-Tagefrist auf ein Wochenende oder einen Feiertag fällt.

„Entgegen der Auffassung des Kl. kommt es auch nicht darauf an, ob der nach der Fiktion des § 37 II 1 SGB X maßgebende dritte Tag nach der Aufgabe des Verwaltungsakts zur Post ein Samstag, Sonntag oder gesetzlicher Feiertag ist. Denn die **Fiktion** des § 37 II 1 SGB X **greift auch in diesen Fällen ein**.

Die Regelung des § 26 III 1 SGB X, wonach die **Frist mit dem Ablauf des nächstfolgenden Werktags endet**, wenn das Ende der Frist auf einen Sonnabend, einen Sonntag oder einen gesetzlichen Feiertag fällt, kann hier nämlich **nicht angewandt** werden, weil diese Vorschrift **allein den Ablauf einer Frist** regelt, während § 37 II 1 SGB X weder den Ablauf einer Frist normiert noch überhaupt eine Frist i. S. des § 26 SGB X bestimmt, sondern den **Tag der Bekanntgabe eines Verwaltungsakts**, der im Inland durch Post übermittelt wird, fingiert. Die Vorschrift des § 37 II 1 SGB X bestimmt demzufolge im Gegensatz zu einer Fristenregelung auch **keine Zeitspanne**, innerhalb derer der Empfänger des Verwaltungsakts eine bestimmte Handlung vornehmen muss, **sondern den Zeitpunkt**, in dem der Verwaltungsakt als bekanntgegeben gilt. § 37 II 1 SGB X entspricht damit dem **Bedürfnis nach Rechtssicherheit, Verwaltungsvereinfachung und Sparsamkeit**, weil dadurch in der Regel Ermittlungen zum genauen Tag der Bekanntgabe entfallen (BSG, NJW 2011, 1099).“ (OVG Lüneburg aaO)

In Betracht kommt allerdings eine analoge Anwendung des § 26 III SGB X im Rahmen des § 37 II 1 SGB X. Dazu müssen aber eine **vergleichbare Interessenlage** und eine **planwidrige Regelungslücke** vorliegen.

„Eine analoge Anwendung der Regelung des § 26 III 1 SGB X scheidet nämlich bereits deshalb von vornherein aus, weil für eine vom Gesetzgeber **nicht beabsichtigte Regelungslücke keinerlei Anhaltspunkte** ersichtlich sind (vgl. BSG, NJW 2011, 1099).

Es besteht i. Ü. auch weder aus **Rechtsschutzgründen** noch im Hinblick darauf, dass die **Briefzustellung an Samstagen nicht mehr flächendeckend** erfolgen soll, Anlass für eine analoge Anwendung des § 26 III 1 SGB X. Denn abgesehen davon, dass die Fiktion des § 37 II 1 SGB X in den Fällen, in denen der Bescheid tatsächlich vor Ablauf des dritten Tags nach Aufgabe zur Post zugegangen ist, faktisch zu einer Verlängerung der Rechtsmittelfrist führt, kann der Empfänger des Verwaltungsakts diese **Fiktion durch die substanzierte Darlegung von Tatsachen**, aus denen sich die nicht entfernte Möglichkeit eines späteren Zugangs des betreffenden Bescheids ergibt, **widerlegen** mit der Folge, dass dann nach § 37 II 3 Halbs. 1 SGB X dieser spätere Zeitpunkt für die Bekanntgabe des Verwaltungsakts maßgeblich ist (vgl. BSG, NJW 2011, 1099).“ (OVG Lüneburg aaO)

## IV. Ergebnis: Unter Anwendung der 3-Tagesfiktion ist der Bescheid vom 26.04.2008 zugegangen, so dass die Klagefrist ab 26.05.2008 abgelaufen und die Klage wegen Verfristung zulässig ist.

(ThürVerfGH in DÖV 2011, 409; Urteil vom 02.02.2011 – VerfGH 20/09)

1. Ein **schlichter Parlamentsbeschluss** führt außerhalb konkreter verfassungsrechtlicher Regelungen **nicht zu einer Bindung der Landesregierung**.
2. Im Rahmen der Antragsbefugnis muss darlegt werden, dass eine **Verletzung organ-schaftlicher Rechte** nicht von vornherein und nach jeder Betrachtungsweise ausgeschlossen ist.
3. Soll die Verletzung **durch ein Unterlassen** erfolgt sein, muss eine **verfassungsrechtli-che Pflicht zum Handeln** dargestellt werden. Ergibt sich eine solche Pflicht nicht unmittel-bar aus der Verfassung und wird auch nicht von der herrschenden Auffassung in Lit. und Rspr. hergeleitet, so tritt den Antragsteller einer **erweiterte Darlegungslast**.
5. Für eine nicht bekannte Deutung von Verfassungsnormen ist entsprechend vorzutragen.

**Fall:** Der Thüringer Landtag hat einen Beschluss zu Umweltbelastungen durch den Kalibergbau geht erlassen. Sie hat dann eine Vereinbarung mit dem Land Hessen und der K+S KALI GmbH getroffen. Hiergegen hat die Fraktion «Die Linke» ein Organstreitverfahren eingeleitet und die Auffassung vertreten, die Landesregierung habe den Inhalt der Entschließung bei dem Abschluss der Vereinbarung nicht hinreichend berücksichtigt. Die Landesregie-rung hingegen vertritt die Auffassung, dass sie zur Umsetzung des Beschlusses des Landtags rechtlich nicht verpflichtet gewesen sei. Ist der Antrag zulässig?

### I. Eröffnung des Verfassungsrechtswegs

Der Rechtsweg zum Thüringer Verfassungsgerichtshof müsste eröffnet sein.

*„Die Beteiligten streiten über den Umfang der in der Verfassung niedergelegten Rechte und Pflichten eines o-bersten Verfassungsorgans (Art. 80 I Nr. 3 ThürVerf, § 11 Nr. 3 Thüringer Verfassungsgerichtshofsgesetz - Thür-VerfGHG).“* (ThürVerfGH aaO)

### II. Beteiligtenfähigkeit der Fraktion

Im Rahmen eines solchen Organstreitverfahrens sind nach § 38 i.V.m. § 11 Nr. 3 Thür-VerfGHG beteiligtenfähig die obersten Verfassungsorgane oder andere Beteiligter, die durch die Verfassung oder in der Geschäftsordnung des Landtags oder der Landesregierung mit eigener Zuständigkeit ausgestattet sind.

*„Die Ast. ist als Fraktion des Landtags beteiligtenfähig). Sie kann im Wege der Prozessstandschaft eine Verlet-zung der Rechte des Landtags geltend machen (§ 39 I ThürVerfGHG).“* (ThürVerfGH aaO)

### III. Antragsbefugnis

Die Ast. müsste gem. § 39 ThürVerfGHG geltend machen, dass sie oder das Organ, dem sie angehört, durch eine Maßnahme oder Unterlassung des Ag. in seinen ihm durch die Verfas-sung übertragenen Rechten verletzt oder unmittelbar gefährdet ist. Im Antrag ist die Bestim-mung der Verfassung zu bezeichnen, gegen die durch die beanstandete Maßnahme oder Unterlassung des Ag. verstoßen wird.

#### 1. Anforderungen an Darlegungen

Der Ast. hat die Möglichkeit einer Rechtsverletzung oder Gefährdung aufzuzeigen. Die-ser Anforderung wird genügt, wenn nach dem Vortrag des Ast. **nicht von vornherein ausgeschlossen** werden kann, dass **seine Rechte** durch die beanstandete Maßnahme **verletzt** oder **unmittelbar gefährdet** sind. Hierfür muss die beanstandete Maßnahme rechtserheblich sein.

*„Dies gilt auch, wenn - wie vorliegend - eine Rechtsverletzung durch das Unterlassen einer Maßnahme gel-tend gemacht wird. Ein **Unterlassen** ist dann **rechtserheblich**, wenn nicht ausgeschlossen werden kann, dass der Antragsgegner zur Vornahme dieser Maßnahme **von Verfassungs wegen verpflichtet** ist. Ist da-gegen keine Grundlage für die behauptete verfassungsrechtliche Verpflichtung ersichtlich, ist die Antragsbe-fugnis zu verneinen (zu § 63 BVerfGG ähnlich: BVerfGE 96, 264; BVerfGE 103, 81; BVerfGE 104, 14; BVerfGE 104, 310; BVerfGE 107, 286; BVerfGE 108, 251 BVerfGE 118, 277).“* (ThürVerfGH aaO)

#### 2. verfassungsrechtliche Verpflichtung der Regierung zur Beachtung eines Parla-mentsbeschlusses

Die Ast. müsste demnach dargelegt haben, dass die Regierung bei Abschluss der Vereinbarung aus dem thüringischen Verfassungsrecht verpflichtet war, den vorherigen Parlamentsbeschluss zu berücksichtigen.

#### a) Gesetzesbeschlüsse

„Grds. muss der Landtag zur Form des **Gesetzesbeschlusses** greifen, insoweit gilt ein **Vorbehalt der Gesetzesform** (vgl. Art. 3 ff., 46 III, 49 IV, 54 IV, 61 II, 64 VII, 65 III, 68 V, 78 IV, 80 II ff., 82 VIII, 84 I, 89, 90 S. 2, 91, 92, 98 II, 99 und 103 IV ThürVerf). Darüber hinaus kann der Landtag in einer parlamentarisch-verfassungsstaatlichen Demokratie jeden **Gegenstand an sich ziehen und gesetzlich regeln**; Grenzen ziehen ihm dabei allein die Landesverfassung und das Grundgesetz.“ (ThürVerfGH aaO)

Ein Gesetzesbeschluss liegt hier jedoch nicht vor.

#### b) sonstiges Parlamentshandeln mit rechtlich verbindlicher Wirkung

„Außer dem Gesetzesbeschluss sieht die Verfassung als **weitere Formen parlamentarischen Handelns mit rechtlich verbindlicher Wirkung** vor: die Wahl des Ministerpräsidenten (Art. 70 III 1 ThürVerf); die Wahl der Mitglieder des Verfassungsgerichtshofs (Art. 79 III 3 ThürVerf) sowie des Präsidenten und des Vizepräsidenten des Rechnungshofs (Art. 103 II 2 ThürVerf); die Entlastung der Regierung aufgrund der Haushaltsrechnung und der Berichte des Landesrechnungshofs (Art. 102 III ThürVerf); den Ausschluss der Öffentlichkeit von Sitzungen des Landtags (Art. 60 II ThürVerf); die Einsetzung von Ausschüssen, Untersuchungsausschüssen und Enquetekommissionen (Art. 62, 63 und 64 ThürVerf); Beschlüsse über die Geschäftsordnung des Landtags (Art. 57 V ThürVerf) und die Aufhebung der Immunität eines Abgeordneten (Art. 55 II ThürVerf) soweit sie nicht einem Ausschuss übertragen ist (Art. 55 IV ThürVerf).“ (ThürVerfGH aaO)

Auch diese Regelungen sind hier nicht einschlägig.

#### c) sonstige Ansätze für die Verbindlichkeit schlichter Parlamentsbeschlüsse

##### aa) Landtag als oberstes Organ der demokratischen Willensbildung

Über die genannten Regelungen hinaus könnte sich eine rechtverbindliche Verpflichtung der Landesregierung auch schlichte Parlamentsbeschlüsse umzusetzen, aus Art. 48 I ThürVerf ergeben. Nach dieser Regelung ist der Landtag das „**oberste Organ der demokratischen Willensbildung**.“

„Diese Bestimmung der Verfassung schreibt den Grundsatz der parlamentarischen Demokratie fest. Ein **allumfassender Vorrang des Landtags** gegenüber anderen Verfassungsorganen **folgt daraus jedoch nicht**. Der Landtag ist zwar im Unterschied zu den anderen Verfassungsorganen unmittelbar demokratisch legitimiert. Dies bedeutet aber nicht, dass andere Organe der demokratischen Legitimation entbehren (vgl. für das Bundesverfassungsrecht: BVerfG, Beschluss vom 08.07.1979 - 2 BvL 8/77 - BVerfGE 49, 89 [125 f.]). Die **Landesregierung** bezieht ihre **Legitimation** zum einen aus der in Art. 45 S. 3 ThürVerf getroffenen Entscheidung des Verfassungsgebers, wonach das **Volk auch durch die vollziehende Gewalt handelt**. Zudem hat der Verfassungsgeber die Landesregierung als verfassungsunmittelbares Organ geschaffen (Art. 70 I ThürVerf). Die Wahl des Ministerpräsidenten durch den Landtag und die Ernennung der Minister durch den Ministerpräsidenten verschaffen der Landesregierung darüber hinaus eine **mittelbare personelle demokratische Legitimation**. Art. 48 I ThürVerf ermächtigt den Landtag, innerhalb der verfassungsrechtlichen Grenzen alle politischen Materien an sich zu ziehen, sie zu beraten und dazu einen Willen zu bilden. Ob dieser Wille in einen Gesetzesbeschluss oder einen schlichten Parlamentsbeschluss münden kann und welche Verbindlichkeit ihm zukommt, wird nicht durch Art. 48 I ThürVerf geregelt, sondern entscheidet sich nach den durch die Verfassung selbst den jeweiligen Verfassungsorganen eingeräumten Gestaltungsrechten.“ (ThürVerfGH aaO)

Diese ergeben aber eben keine Bindung der Landesregierung an schlichte Parlamentsbeschlüsse.

##### bb) Landtag als Kontrollorgan gegenüber der vollziehenden Gewalt

Eine rechtverbindliche Verpflichtung der Landesregierung auch schlichte Parlamentsbeschlüsse umzusetzen könnte sich aber aus Art. 48 II ThürVerf ergeben, wonach dem Landtag die Aufgabe zugewiesen ist, **die Ausübung der vollziehenden Gewalt zu überwachen**.

„Art. 48 II ThürVerf lässt offen, wie, **in welchen Formen** und mit welchen Rechtswirkungen der Landtag diese Überwachungsaufgabe wahrzunehmen hat.

Antworten auf diese Fragen geben **zahlreiche spezielle Verfassungsnormen** (vgl. Art. 63 ThürVerf: Enquetekommissionen; Art. 64 ThürVerf: Untersuchungsausschüsse; Art. 66 I ThürVerf: Zitierrecht; Art. 67 ThürVerf: parlamentarisches Fragerecht; Art. 73 ThürVerf: Misstrauens-

votum; Art. 80 ThürVerf: Anrufung des Verfassungsgerichtshofs; Art. 97 ThürVerf: Kontrolle des Landesamts für Verfassungsschutz).“ (ThürVerfGH aaO)

Eine Verpflichtung der Landesregierung den schlichten Parlamentsbeschluss zu beachten, ergibt sich daher auch nicht aus Art. 48 II ThürVerf.

#### cc) Pflicht zur Berücksichtigung aus dem Grundsatz der Organtreue

Möglicher Weise ergibt sich eine Verpflichtung der Landesregierung zur Berücksichtigung des Parlamentsbeschlusses aus dem Grundsatz der Organtreue.

„Dieser Grundsatz ist zwar verfassungsgerichtlich anerkannt. Er beruht auf der Erkenntnis, dass die in der Verfassung vorgenommene Verteilung der **Gewichte zwischen den drei Gewalten gewahrt** bleiben muss und verpflichtet daher die Verfassungsorgane, bei Inanspruchnahme der ihnen zweifelsfrei zustehenden Kompetenzen auf die **Interessen der anderen Verfassungsorgane Rücksicht zu nehmen** (st. Rspr. des BVerfG und der Verfassungsgerichte der Länder, vgl. BVerfGE 90, 286). Dies bedeutet aber zugleich, dass dem Grundsatz der Organtreue nur eine kompetenzschützende, nicht aber auch eine kompetenzbegründende Funktion zukommt.“ (ThürVerfGH aaO)

#### dd) Berücksichtigung von Literatur und Rechtsprechung

Eine rechtliche Bindung der Landesregierung an einen schlichten Parlamentsbeschluss kann daher allenfalls aus einer abweichende Auslegung oder der analoge Anwendung von Normen folgen.

„Diese nach der Thüringer Verfassung bestehende Rechtslage zur rechtlichen Unverbindlichkeit schlichter Parlamentsbeschlüsse wird weder in der **Literatur zum Thüringer Verfassungsrecht** (vgl. Linck, in: Linck/Jutzi/Hopfe, Die Verfassung des Freistaats Thüringen, 1994, Art. 48 Rn. 30 f.) noch durch die **Rechtsprechung zum Verfassungsrecht anderer Länder der Bundesrepublik Deutschland** in Frage gestellt (vgl. VerfGH 12, 119; VerfGH 18, 79; VerfGH 46, 176).

Nichts anderes wird **zum Grundgesetz** vertreten. In einem **schlichten Parlamentsbeschluss** manifestiere sich lediglich der **politische Wille** des Parlaments; er begründe daher allein eine nicht einklagbare politische Pflicht.“ (ThürVerfGH aaO)

#### ee) Umfang der Darlegungslast

Vor dem Hintergrund des Fehlens einer eindeutigen rechtlichen Regelung und den entsprechenden Auffassungen in Rspr. und Lit. stellt sich die Fragen, wie hoch die Anforderungen an den Ast. in einem Organstreitverfahren zur Darlegung der Antragsbefugnis sind.

„Ein Ast. in einem Organstreitverfahren gehalten, für eine bislang **nicht bekannte Deutung von Verfassungsnormen entsprechend vorzutragen**, will er die Zuordnung der Kompetenz- und Verantwortungsbereiche von Landtag und Landesregierung durch die Annahme der Rechtsverbindlichkeit eines schlichten Parlamentsbeschlusses **neu gewichtet und justiert** wissen. Wird ein solches Begehren verfolgt, so trifft den Antragsteller eine **weitergehende Darlegungspflicht**. Er hat sich eingehend mit den zahlreichen Gründen und Argumenten zu befassen, die bislang gegen ein generelles Recht des Landtags zum rechtsverbindlichen Parlamentsbeschluss vorgebracht wurden. Zudem müsste der Antragsteller in nachvollziehbarer Weise darlegen, dass hinsichtlich der Maßnahme bzw. deren Unterlassung von Verfassungs wegen die **Rechtsverbindlichkeit schlichter Parlamentsbeschlüsse ausnahmsweise bejaht** werden kann (vgl. zu einer solchen Durchbrechung: BVerfGE 90, 286).“ (ThürVerfGH aaO)

#### ee) Anwendung auf den Fall

Fraglich ist, ob die Ast. dieser Darlegungslast hinreichend nachgekommen ist.

„Ihre Darlegungen lassen nicht nur eine hinreichende Auseinandersetzung mit den gegen die Rechtsverbindlichkeit schlichter Parlamentsbeschlüsse vorgebrachten Argumenten vermissen. Sie lassen zudem nicht erkennen, warum es in dem Fall, den sie dem Verfassungsgerichtshof vorgetragen hat, geboten wäre, die Rechtsverbindlichkeit eines schlichten Parlamentsbeschlusses anzunehmen.“ (ThürVerfGH aaO)

**Ergebnis:** Die Vorschriften der Thüringer Verfassung kennen kein Recht des Landtags, die Landesregierung durch einen schlichten Parlamentsbeschluss rechtsverbindlich zu einem bestimmten Verhalten zu verpflichten. Der Beschluss des Landtags vom 11.10.2007 gehört nicht zu den Formen parlamentarischen Handelns, die die Landesregierung rechtlich binden können. Der Antrag ist mangels hinreichender Darlegung der Antragsbefugnis 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  
§ 172 I 1

### Zustellung an den im Klagerubrum genannten Prozessbevollmächtigten (BGH in MDR 2011, 620; Urteil vom 06.04.2011 – VII ZR 22/10)

ZPO

- I. Die **Bestellung eines Prozessbevollmächtigten** nach § 172 I 1 ZPO geschieht in der Weise, dass die vertretene Partei oder ihr Vertreter dem Gericht oder im Falle einer Parteizustellung **dem Gegner Kenntnis von dem Vertretungsverhältnis gibt**.

BGHZ 61, 308 - zu § 176 ZPO aF; BGH NJW-RR 2000, 444; BGH NJW-RR 2007, 356; MüKo-ZPO/Häublein, 3. Aufl., § 172 Rn 5; Zöller/Stöber, ZPO, 28. Aufl., § 172 Rn 6; Musielak/Wolst, ZPO, 7. Aufl., § 172 Rn 2; Prütting/Gehrlein/Kessen, ZPO, 2. Aufl., § 172 Rn 3

Sie kann auch **durch eine Anzeige des Prozessgegners** erfolgen, **wenn die vertretene Partei oder ihr Vertreter dem Gegner von dem Bestehen einer Prozessvollmacht Kenntnis gegeben haben**.

BGH NJW-RR 1986, 286; BVerfG NJW 2007, 3486; BayVerfGH NJW 1994, 2280; OLG Zweibrücken OLGR 2005, 822; OLG Köln OLGR 1992, 302; Stein/Jonas/Roth, ZPO, 22. Aufl., § 172 Rn 9; Zöller/Stöber aaO § 172 Rn 7

Bei dem Erfordernis der Kenntnissgabe handelt es sich indessen in erster Linie um einen Gesichtspunkt für die Beurteilung der Wirksamkeit der Zustellung. Aus ihm folgt deshalb nicht, dass der vom Gegner benannte Prozessbevollmächtigte des Beklagten erst dann als gem. § 172 I 1 ZPO bestellt anzusehen ist, wenn über dessen Benennung im Rubrum der Klageschrift hinaus weiterer Vortrag zum Vorliegen einer Prozessvollmacht erfolgt. Das **Gericht hat vielmehr schon dann, wenn im Rubrum der Klageschrift ein Rechtsanwalt als Prozessbevollmächtigter** des Bekl. **angegeben wird**, die **Zustellung an diesen** und nicht an die Partei **vorzunehmen**.

- II. Allerdings sind in der **älteren Rspr. des BGH** sowie in der **Rspr. der Instanzgerichte** und auch in der **Lit. teilweise Zweifel** geäußert worden, **ob die Benennung eines Prozessbevollmächtigten** der beklagten Partei im Rubrum der Klageschrift allein **ausreicht**, um von einer Bestellung zum Prozessbevollmächtigten für den Rechtszug gem. § 172 I 1 ZPO ausgehen zu können.

vgl. OLG Hamburg MDR 1991, 259; OLG Naumburg FamRZ 2000, 166; Stein/Jonas/Roth aaO, § 172 Rn 9 und 11; Musielak/Wolst aaO; vgl. auch OLG Zweibrücken aaO

Zur **Begründung** hierfür ist i. W. ausgeführt worden, durch die **bloße Benennung** des Beklagtenvertreters im Rubrum der Klageschrift werde **nicht** in ausreichendem Maße **deutlich, ob** dieser eine **Prozessvollmacht**, also eine das ganze Verfahren umfassende Vertretungsmacht, oder lediglich eine auf das vorgerichtliche Verfahren bezogene Vollmacht oder eine bloße Zustellungsvollmacht **habe**. Die Benennung könne auf vielerlei Ursachen beruhen und insbesondere durch Irrtümer veranlasst sein. Für das Gericht müsse aber bei von Amts wegen vorzunehmenden Zustellungen Klarheit über das Vorliegen einer Bestellung als Prozessbevollmächtigter bestehen.

- III. **BGH aaO hält** die vorgenannten **Bedenken für nicht begründet** und bejaht nunmehr die Frage, ob die Voraussetzungen des § 172 I 1 ZPO bereits dann erfüllt sind, wenn im Rubrum der Klageschrift ein Rechtsanwalt als Prozessbevollmächtigter des Bekl. benannt wird. Gibt der Kl. also im Rubrum der Klageschrift einen Rechtsanwalt als Prozessbevollmächtigten des Bekl. an, so ist dieser als für den Rechtszug bestellter Prozessbevollmächtigter gem. § 172 I 1 ZPO anzusehen und die Zustellung hat an ihn zu erfolgen.

*„[Die Bedenken] sind ersichtlich von dem Bestreben getragen, im Vorfeld der Zustellung ein höheres Maß an Verlässlichkeit hinsichtlich des Bestehens einer Prozessvollmacht zu erzielen. Ob eine Prozessvollmacht des Beklagtenvertreters tatsächlich besteht, wird das Gericht jedoch regelmäßig auch dann nicht sicher beurteilen können, wenn der Kl. vorträgt, die Beklagtenseite habe ihm Kenntnis vom Vorliegen einer Prozessvollmacht gegeben. Diese Ungewissheit ist indessen in dem hier interessierenden Zusammenhang unschädlich. Denn das Risiko, dass der vom Kl. als Prozessbevollmächtigter des Bekl. bezeichnete Anwalt keine Prozessvollmacht besitzt und die an diesen bewirkte Zustellung deshalb unwirksam ist, trägt der Kläger.“* (BGH aaO)

ZPO  
§ 511

### Berufungsbeschwer kein Anspruch auf andere Begründung (OLG Celle in FamRZ 2011, 744; Beschluss vom 03.11.2010 – 10 UF 237/10)

ZPO

Die **Berufung des erstinstanzlich obsiegenden Bekl., mit der ausschließlich eine andere inhaltliche Begründung** der Klagabweisung **erstrebt wird, ist mangels** einer erforderlichen **Beschwer** im Rechtssinne **unzulässig**.

*„Zulässigkeitsvoraussetzung eines (Berufungs-) Rechtsstreits nach der ZPO ist die **Beschwer des Rechtsmittelführers**, die **nicht allein im Kostenpunkt bestehen darf** (BGH MDR 2007, 801); für einen Bekl. liegt die **Beschwer**, die ihn zur Einlegung des Rechtsmittels berechtigt, in dem **Betrag oder in dem Wert seiner Verurteilung**, wobei allein der rechtskräftige Inhalt des ange-*

fochtenen Urteils maßgeblich ist (BGH MDR 2007, 1093). Wird die **Klage abgewiesen, ist der Bekl. grds. nicht beschwert** (MüKo-ZPO/Rimmelspacher, Vor § 511 ff. Rn 58); nur in **besonderen Ausnahmefällen** kann eine Beschwer des Bekl. bei Klageabweisung vorliegen, wenn der **Inhalt der Entscheidung hinter seinem Rechtsschutzziel zurückbleibt**, weil die Klage als zur Zeit unbegründet statt endgültig abgewiesen wird oder ihr nur eine beschränkte materielle Rechtskraftwirkung zukommt (vgl. Wiczo-rek/Schütte/Gerken, ZPO Vor § 511 Rn 30). Ein Rechtsmittel ist stets unzulässig, wenn der Rechtsmittelführer selbst zu erkennen gibt, dass er sich nicht gegen den Entscheidungssatz wendet, sondern sich lediglich durch die Begründung beschwert fühlt (OLG Düsseldorf MDR 1979, 956; vgl. auch OLG Celle OLGZ 1979, 194; OLG Köln Rpfleger 1986, 184).“ (OLG Celle aaO)

ZPO  
§ 517

**Berufungseinlegung**  
**Falschbezeichnung des Berufungsgerichts**  
(KG in AnwBI 2011, 401; Beschluss vom 03.06.2011 – 8 U 21/10)

ZPO

Für die Prüfung der Frage, ob eine Berufungsschrift rechtzeitig innerhalb der Frist des § 517 ZPO bei dem zuständigen Berufungsgericht eingegangen ist, ist eine **Falschbezeichnung des Berufungsgerichtes in der Berufungsschrift unerheblich. Entscheidend ist** vielmehr, dass die **Berufungsschrift dem zuständigen Berufungsgericht vor Ablauf der Berufungsfrist tatsächlich vorliegt**.

„Unerheblich ist, dass die Bekl. das Berufungsgericht in der Berufungsschrift falsch bezeichnet hat, denn **gem. § 519 I ZPO ist entscheidend, dass die Berufungsschrift dem Berufungsgericht vor Ablauf der Berufungsfrist tatsächlich vorliegt** (BGH FamRZ 1982, 1200).

Die von dem Kl. zitierte Entscheidung des BGH (NJW 1998, 762) steht dem nicht entgegen. In dieser Entscheidung hat sich der BGH mit der Frage auseinandergesetzt, wann von einem bloßen Entwurf und wann von einer für das Gericht bestimmten, willentlich abgegebenen Prozessklärung des Rechtsanwaltes auszugehen ist. Dass es sich bei der streitgegenständlichen Berufungsschrift um eine willentlich abgegebene Prozessklärung der Beklagtenvertreterin handelt, unterliegt vorliegend keinem Zweifel.“ (KG aaO)

StPO  
§ 136a

**Lügendetektortest**  
**untaugliches Beweismittel**  
(KG in FamRZ 2011, 839; Beschluss vom 11.10.2010 – 19 WF 136/10)

StPO

Ein **Lügendetektortest** ist ein **untaugliches Beweismittel**.

„Der **1. Strafsenat des BGH** hat bereits die polygraphische Untersuchung mittels Kontrollfragentest mit ausführlicher Begründung und nach Einholung mehrerer Sachverständigengutachten als **völlig ungeeignetes Beweismittel i. S. des § 244 III StPO** angesehen, da ihr **keinerlei Beweiswert** zukomme (BGHSt 44, 308). Da das **Kontrollfragenverfahren konzeptionell nicht abgesichert** und seine **Funktionsweise nicht belegbar** sei, komme einem unter seiner Verwendung gewonnenen Ergebnis grds. weder ein Beweiswert noch auch nur eine „(minimale) indizielle Bedeutung“ zu. Dem hat sich der **3. Strafsenat des BGH** (NSTz-RR 2000, 35) angeschlossen.

**Für den Zivilprozess ist eine abweichende Beurteilung ebenso wenig gerechtfertigt** (BGH NJW 2003, 2527) **wie für ein Sorgerechtsverfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit**. Abweichende Entscheidungen, die einen Polygraphentest zur Entlastung in Sorgerechts- und Umgangssachen als zulässig erachtet haben (vgl. z.B. OLG München FamRZ 1999, 674), stammen aus der Zeit vor Erlass des Urteils des BGH. Wenn ein Beweismittel aus tatsächlichen, wissenschaftlich belegten Gründen als für die Beweisführung im Strafprozess ungeeignet angesehen wird, gilt dies in gleicher Weise für die Beweisführung im Zivilprozess und im Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit (vgl. BGH NJW 2003, 2527). Insbes. die vom BGH näher begründeten Gesichtspunkte, dass eine erhebliche Gefahr der Fehlinterpretation der Testergebnisse besteht und das von dem Sachverständigen gewonnene Ergebnis für das Gericht nicht überprüfbar ist, stehen einer Eignung auch in diesen Verfahren entgegen.“ (KG aaO)

StPO  
§§ 249 II 2, 238 II

**Verfahrensrüge**  
**Selbstleseverfahren**  
(BGH in NSTz 2011, 300; Beschluss vom 14.12.2010 – 1 StR 422/10)

StPO

Eine **Verfahrensrüge** kann mit Erfolg weder auf (etwaige) Fehler bei der Anordnung noch bei der Durchführung des **Selbstleseverfahrens gestützt werden, wenn zuvor kein Gerichtsbeschluss nach § 249 II 2 StPO bzw. nach § 238 II StPO herbeigeführt wurde**.

„Geht es nicht um die Anordnung, sondern die ebenfalls zunächst vom Vorsitzenden zu bestimmende Art der Durchführung des Selbstleseverfahrens, ist eine Entscheidung gem. § 238 II StPO herbeizuführen, wobei dann **nur die Rechtmäßigkeit, nicht aber die Zweckmäßigkeit der beanstandeten Maßnahme zu überprüfen ist**. Hier ist weder das eine noch das andere geschehen. Daher ist für eine Verfahrensrüge im Zusammenhang mit dem Selbstleseverfahren kein Raum (Kindhäuser NSTz 1987, 529).

Soweit keine Entscheidung gem. § 238 II StPO herbeigeführt wurde, ist ergänzend auf folgendes hinzuweisen: Der BGH hat offen gelassen, ob eine Rüge auch dann daran scheitert, dass keine Entscheidung gemäß § 238 II StPO herbeigeführt wurde, wenn die behauptete Rechtsverletzung durch den Vorsitzenden nicht mehr mit der Einhaltung „der unumstößlichen, eindeutigen Grenzen zulässiger Verfahrensgestaltung“ vereinbar wäre (BGH JR 2007, 381). Der Senat braucht dieser Frage hier ebenfalls nicht näher nachzugehen, da es hier um die **Wahrung eines Rechts** geht, auf das der Angekl. nach seinem Belieben verzichten kann, ohne dass mit einem solchen Verzicht Prozessrecht verletzt wäre. Wird die Verletzung eines derartigen Rechts gerügt, bleibt es bei dem Grds., dass eine solche Rüge nur Erfolg haben kann, wenn eine Entscheidung gem. § 238 II StPO herbeigeführt wurde.“ (BGH aaO)

VwGO  
§ 42 II

**Klagebefugnis  
Wahlprüfungsverfahren**

VwGO

(OVG Münster in NWVBI 2011, 190; Beschluss vom 05.11.2010 – 15 A 860/10)

Ein **Anspruch auf Gültigerklärung einer Wahl besteht nicht**. Eine **darauf gerichtete Klage ist** in Ermangelung einer Klagebefugnis **unzulässig**.

„§ 39 I 1 KWahlG gewährt den fraglichen Parteileitungen ebenso wie Wahlberechtigten lediglich einen **Wahlprüfungsanspruch**, der auf einen Beschluss nach § 40 I a) - c) KWahlG gerichtet ist. Es besteht also **kein Anspruch auf Gültigerklärung einer Wahl** (§ 40 I d) KWahlG). Demzufolge können Parteileitungen gegen einen Wahlprüfungsbeschluss, mit dem das Ausscheiden eines Vertreters, eine Wiederholungswahl oder eine Neufeststellung des Wahlergebnisses angeordnet wird, nicht mit dem Ziel klagen, den Rat zu verpflichten, die Wahl für gültig zu erklären. Die Klage der Parteileitungen kann sich somit nur gegen einen Wahlprüfungsbeschluss richten, mit dem die Wahl jedenfalls teilweise für gültig erklärt wird.“ (OVG Münster aaO)

---

VwGO  
§ 47 V

**Popularklageverfahren  
Einstellung**

VwGO

(VerfGH Bayern in BayVBI 2011, 238; Entsch. vom 06.12.2010 – Vf. 2-VII-09)

Ein **Popularklageverfahren ist einzustellen**, wenn die **angegriffene Verordnung während des Verfahrens für unwirksam erklärt wurde**.

„Das Popularklageverfahren nach Art. 98 S. 4 BV **dient dem Schutz der Grundrechte als Institution**. Ist es durch einen Antrag in zulässiger Weise eingeleitet worden, so kann es der Ast. grds. nicht durch eine prozessuale Erklärung von sich aus beenden. Da ein Antrag nach Art. 55 V HS 2 VfGHG nicht gestellt worden ist, befindet der VerfGH darüber, ob ein **öffentliches Interesse an der Fortsetzung des Verfahrens besteht** (Art. 55 V HS 1 VfGHG; vgl. VerfGH 48, 46; VerfGH 50, 268).

Ein solches öffentliches Interesse ist zu verneinen. Nach Erhebung der Popularklagen hat der BayVerwGH die **angegriffene Verordnung für unwirksam erklärt**. Damit steht **allgemein verbindlich** (vgl. § 47 V 2 HS 2 VwGO) fest, dass sie von Anfang an unwirksam war und zu keinem Zeitpunkt Rechtswirkungen entfalten konnte. Eine **nach § 47 VwGO für unwirksam erklärte Norm kann daher nicht - mehr - Gegenstand einer Popularklage** nach Art. 98 S. 4 BV sein (VerfGH 25, 71). Ein **öffentliches Interesse an der Fortsetzung der gegenstandslos gewordenen Popularklageverfahren besteht nicht**.“ (VerfGH Bayern aaO)

---

VwGO  
§ 130a S.1

**Entscheidung im vereinfachten Berufungsverfahren  
Zulässigkeit**

VwGO

(BVerwG in NVwZ 2011, 629; Urteil vom 09.12.2010 – 10 C 13/09)

Eine **Entscheidung im vereinfachten Berufungsverfahren ohne mündliche Verhandlung durch Beschluss** nach § 130a S. 1 VwGO **scheidet aus**, wenn die **Rechtssache außergewöhnlich große Schwierigkeiten in rechtlicher und/oder tatsächlicher Hinsicht aufweist**.

- I. Das OVG entscheidet über eine Berufung grds. durch Urteil, das auf Grund mündlicher Verhandlung ergeht (§ 125 i. V. mit § 101 VwGO). Ist eine Berufung unzulässig, kann sie nach vorheriger Anhörung der Beteiligten durch Beschluss verworfen werden (§ 125 II VwGO).

Nach der Vorschrift des **§ 130a S. 1 VwGO** kann das OVG auch dann **über die Berufung durch Beschluss entscheiden**, wenn es sie **einstimmig für begründet oder einstimmig für unbegründet und eine mündliche Verhandlung nicht für erforderlich hält**.

Ist das sich auf die Begründetheit oder Unbegründetheit der Berufung beziehende Einstimmigkeitserfordernis erfüllt, steht die Entscheidung, ob ohne mündliche Verhandlung durch Beschluss befunden wird, im **Ermessen des Gerichts**.

„Die Vorschrift enthält **keine expliziten materiellen Vorgaben für die richterliche Entscheidung**, ob von der Durchführung der mündlichen Verhandlung abgesehen wird oder nicht. Die Grenzen des dem BerGer. eingeräumten Ermessens sind weit gezogen. Das RevGer. kann die Entscheidung für die Durchführung des vereinfachten Berufungsverfahrens nur darauf überprüfen, ob das OVG von seinem Ermessen fehlerfrei Gebrauch gemacht hat (vgl. BVerwG NVwZ 1999, 763 m. w. Nachw., und BVerwG NVwZ 2004, 108). Ein Absehen von einer mündlichen Verhandlung ist seitens des RevGer. nur zu beanstanden, wenn es auf **sachfremden Erwägungen** oder einer **groben Fehleinschätzung des BerGer.** beruht (vgl. BVerwG NVwZ 1999, 1109 = NJW 2000, 91 m. w. Nachw.).“ (BVerwG aaO)

- II. Auch wenn § 130a VwGO keine ausdrücklichen Einschränkungen enthält, hat das BerGer. bei der Ermessensausübung zu berücksichtigen, dass sich die **Entscheidung auf Grund mündlicher Verhandlung im System des verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutzes** nach der Ausgestaltung des Prozessrechts als gesetzlicher Regelfall und Kernstück auch des Berufungsverfahrens erweist (§ 125 I i. V. mit § 101 I VwGO). **Ausnahmen** davon bedürfen **gesonderter gesetzlicher Regelung**.

„Diesem **Regel-Ausnahme-Verhältnis** liegt die Vorstellung zu Grunde, dass die gerichtliche Entscheidung grds. das Ergebnis eines **diskursiven Prozesses zwischen Gericht und Bet. im Rahmen der mündlichen Verhandlung** sein soll. Davon geht auch § 104 I VwGO aus, der dem Vorsitzenden des Gerichts die Pflicht auferlegt, in der mündlichen Verhandlung die Streitsache mit den Bet. in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht zu erörtern. Das **Rechtsgespräch erfüllt zudem den Zweck, die Ergebnisrichtigkeit der gerichtlichen Entscheidung zu fördern**. Das ergibt sich nicht zuletzt aus der Rspr. des EuGH für Menschenrechte zu Art. 6 I EMRK, der aus dieser Verfahrensgarantie im Einzelfall die Notwendigkeit herleitet, auch in der zweiten Instanz mündlich zu verhandeln. Der Gerichtshof stellt bei Verfahrensordnungen, in denen im Berufungsrechtszug auch Tatfra-

gen zu entscheiden sind, darauf ab, ob im konkreten Fall zentrale strittige Tatfragen zur Entscheidung anstehen und ob für die tatsächliche Feststellung die Entscheidungsfindung allein auf Grund der Aktenlage sachgerecht möglich ist (EGMR NJW 1992, 1813; EGMR EuGRZ 1991, 419 und EuGRZ 1991, 420).

Diese vom Gerichtshof zu Art. 6 I EMRK entwickelten Anforderungen sind bei **konventionskonformer Anwendung im Rahmen der Ermessensausübung** nach § 130a VwGO vom BerGer. zu berücksichtigen und gestatten es in diesen Fällen nicht, von einer mündlichen Verhandlung abzusehen (BVerwG NVwZ 1999, 763). Das gilt auch in der vorliegenden asylrechtlichen Streitigkeit, da der deutsche Gesetzgeber das Verfahrensprinzip der öffentlichen mündlichen Verhandlung aus Art. 6 I EMRK allgemein und ohne Rücksicht auf die Anwendbarkeit der auf „zivilrechtliche Ansprüche“ beschränkten Vorschrift im Einzelfall gewahrt wissen wollte (BVerwGE 116, 123 = NVwZ 2002, 993).“ (BVerwG aaO)

- III. Bei der Ermessensentscheidung gem. § 130a S. 1 VwGO dürfen die **Funktionen der mündlichen Verhandlung** und ihre daraus erwachsende **Bedeutung für den Rechtsschutz** nicht aus dem Blick geraten.

„Das Gebot, im Rahmen einer mündlichen Verhandlung die Rechtssache auch im Interesse der **Ergebnisrichtigkeit** mit den Bet. zu erörtern, wird umso stärker, je schwieriger die vom Gericht zu treffende Entscheidung ist. Mit dem **Grad der Schwierigkeit der Rechtssache** wächst daher zugleich auch das Gewicht der Gründe, die gegen die Anwendung des § 130a VwGO und für die Durchführung einer mündlichen Verhandlung sprechen (vgl. dazu BVerwGE 121, 211 = NVwZ 2004, 1377; BVerwGE 111, 69 = NVwZ 2000, 1040). Die Grenzen des von § 130a S. 1 VwGO eröffneten Ermessens werden überschritten, wenn im vereinfachten Berufungsverfahren ohne mündliche Verhandlung entschieden wird, obwohl die Sache – das Maß des § 124 II Nr. 2 VwGO übersteigend – in tatsächlicher oder rechtlicher Hinsicht außergewöhnlich große Schwierigkeiten aufweist (BVerwGE 121, 211 = NVwZ 2004, 1377). Abzustellen ist insoweit auf die **Gesamtumstände des Einzelfalls**. Die **Notwendigkeit, eine Rechtsnorm nach Wortlaut, Entstehungsgeschichte, Systematik oder Sinn und Zweck auszulegen**, begründet für sich genommen noch keine außergewöhnlich große Schwierigkeit einer Rechtssache, insbes. wenn das BerGer. sich mit der Auslegung der Norm bereits befasst hat und seine Rechtsprechung lediglich fortführt (BVerwG BeckRS 2008, 36346). Stellt sich aber in einem Berufungsverfahren eine Vielzahl von ungeklärten Rechtsfragen und damit ein vielschichtiger Streitstoff, über den erstmalig zu befinden ist, spricht das für eine außergewöhnlich große Schwierigkeit (BVerwGE 121, 211 = NVwZ 2004, 1377; BVerwG BeckRS 2008, 36346).“ (BVerwG aaO)

VwGO

### Rechtsirrtum

VwGO

§§ 147 I 1, 67 IV 1

#### irreführende Rechtsmittelbelehrung

(VGH München in BayVBI 2011, 222; Beschluss vom 12.04.2010 – 7 CE 10.405)

Der in einer Rechtsmittelbelehrung erteilte Hinweis, wonach die **Beschwerde innerhalb von zwei Wochen** nach Bekanntgabe beim Verwaltungsgericht **„schriftlich oder zur Niederschrift des Urkundsbeamten der Geschäftsstelle“** einzulegen ist, **entspricht ebenso dem Gesetzeswortlaut** (§ 147 I 1 VwGO) wie der **Hinweis, wonach sich die Beteiligten „vor dem Verwaltungsgerichtshof“**, außer im Prozesskostenhilfverfahren, **durch Prozessbevollmächtigte vertreten lassen müssen** (§ 67 I 1 VwGO).

„Enthielte die Rechtsmittelbelehrung nur diese beiden (jeweils für sich genommen zutreffenden) Aussagen, so wäre sie allerdings unvollständig und daher irreführend, weil damit der unrichtige Eindruck erweckt werden könnte, dass die - auch zur Niederschrift mögliche - Einlegung der Beschwerde beim Verwaltungsgericht (noch) nicht dem Vertretungszwang unterläge (BVerwG NVwZ 1998, 170; BayVGH NVwZ-RR 2002, 794; OVG NW NVwZ-RR 2002, 912; VGH BW VBIBW 2004, 483). In der vom Verwaltungsgericht München verwendeten Rechtsmittelbelehrung wird aber unmittelbar nach dem Hinweis auf den Vertretungszwang noch zusätzlich klargestellt, dass dieses Erfordernis „auch für Prozesshandlungen (gilt), durch die ein Verfahren vor dem Bayerischen Verwaltungsgerichtshof eingeleitet wird“. Aus dieser ebenfalls **dem Gesetzeswortlaut entsprechenden Formulierung** (§ 67 IV 2 VwGO) wird deutlich, dass schon die verfahrenseinleitende Einlegung des Rechtsbehelfs und nicht erst dessen spätere Begründung durch eine vertretungsberechtigte Person erfolgen muss. Da es sich, wie bereits der Eingangssatz der Rechtsmittelbelehrung erkennen lässt, auch im Falle der Einlegung beim Verwaltungsgericht um eine Beschwerde „an den Bayerischen Verwaltungsgerichtshof“ handelt (§ 146 I VwGO), kann aus der Gesamtheit der Hinweise nur der (zutreffende) Schluss gezogen werden, dass alle dieses Verfahren betreffenden Prozesshandlungen und somit auch die Beschwerdeeinlegung dem Vertretungszwang unterliegen. **Von einer irreführenden und insoweit unrichtigen Rechtsmittelbelehrung kann demnach keine Rede sein.**“ (VGH München aaO)

VwGO

### Vollstreckung gegen Behörde

VwGO

§§ 171, 172

#### Anwendbarkeit des § 171 VwGO

(OVG Münster in NWVBI 2011, 191; Beschluss vom 23.06.2010 – 8 E555/10)

§ 171 VwGO, wonach es in bestimmten Fällen einer Vollstreckungsklausel nicht bedarf, **findet auf die Vollstreckung gegen eine Behörde** aus den in § 172 VwGO genannten Titeln **entsprechende Anwendung**.

„Seinem **Wortlaut** nach erfasst § 171 VwGO zwar lediglich die Fälle der §§ 169, 170 I – III VwGO. Diese Fallgestaltungen sind **dadurch gekennzeichnet, dass das Gericht des ersten Rechtszugs oder dessen Vorsitzender Vollstreckungsbehörde sind**. Da es nicht sinnvoll wäre, dem Gericht eine vollstreckbare Ausfertigung vorzulegen, die von ihm selbst oder allenfalls von der Rechtsmittelinstanz erteilt worden ist, hat die Verwaltungsgerichtsordnung für diese Fallgestaltungen auf das Erfordernis einer Vollstreckungsklausel verzichtet. Auch § 172 VwGO sieht das Gericht des ersten Rechtszugs als Vollstreckungsbehörde vor, so dass eine **entsprechende Anwendung des § 171 VwGO geboten ist.**“ (OVG Münster aaO)

## Speziell für Rechtsanwälte und Notare

### Gebühren und Kosten

VV RVG  
Nr. 2300

**Geschäftsgebühr**  
**vorgerichtliche Prüfung eines titulierten Anspruchs**  
(BGH in NJW 2011, 1603; Urteil vom 13.01.2011 – IX ZR 110/10)

RVG

Die **vorgerichtliche Tätigkeit des Rechtsanwalts** (hier: die Prüfung eines titulierten Anspruchs) **vor Erhebung einer Vollstreckungsabwehrklage löst die allgemeine Gebühr** für das Betreiben des Geschäfts **nach Nr. 2300 VV RVG aus.**

- I. Zur Prüfung der Erfolgsaussichten einer Vollstreckungsabwehrklage (§ 767 ZPO), einer negativen Feststellungsklage (vgl. BGH MDR 1985, 138; BGH NJW 2009, 1671 = WM 2009, 918), einer Nichtigkeits- oder Restitutionsklage (§§ 579, 580 ZPO) oder einer auf § 826 BGB gestützten Schadensersatzklage wegen Titelterschleichung oder sonstigen Urteilsmissbrauchs (vgl. BGHZ 40, 130 = NJW 1964, 349; BGHZ 50, 115 = NJW 1968, 1275; BGHZ 101, 380 = NJW 1987, 3256; BGHZ 103, 44 = NJW 1988, 971) muss der beauftragte Rechtsanwalt die **materielle Rechtslage sowie die Beweislage in vollem Umfang durchdringen**. Der **Bearbeitungsaufwand** unterscheidet sich dann nicht von demjenigen, den der Rechtsanwalt hätte aufbringen müssen, wenn er vor Einleitung eines streitigen Erkenntnisverfahrens mit der zunächst außergerichtlichen Bearbeitung des Falls betraut worden wäre.

*„Gleicht sich der jeweilige Bearbeitungsaufwand, gibt es keine Rechtfertigung, die Geschäftsgebühr nur deshalb als nicht angefallen anzusehen, weil sie möglicherweise in Konkurrenz zu einer Gebühr aus Nr. 3309 VV RVG tritt.“* (BGH aaO)

- II. Dieses Ergebnis wird bestätigt durch einen **Vergleich der gebührenrechtlichen Lage vor Erhebung einer Leistungsklage einerseits und einer Vollstreckungsabwehrklage andererseits**. Erhält ein Rechtsanwalt einen unbedingten Auftrag zur Klageerhebung und führt vor derselben noch erfolgreich außergerichtliche Verhandlungen mit dem Gegner, hat er Anspruch auf eine Verfahrensgebühr gem. Nr. 3100, 3101 VV RVG.

*„Denn die **außergerichtlichen Verhandlungen gehören gem. § 19 I 2 Nr. 2 RVG zu der Tätigkeit in dem Rechtszug** (LG Augsburg VersR 1967, 788; LG Berlin VersR 1968, 1001; Gerold/Schmidt/Mayer, RVG, 19. Aufl., VV RVG Nr. 2300, 2301 Rn 6; Gerold/Schmidt/Müller-Rabe, VV RVG Nr. 3100 Rn 17f.; Bischof/Jungbauer/Bräuer/Čurković/Mathias/Uher, RVG, 3. Aufl., VV RVG Nr. 3100 Rn 31). Nichts anderes gilt, wenn der Rechtsanwalt den unbedingten Auftrag zur Erhebung einer Vollstreckungsabwehrklage gem. § 767 ZPO erhalten hat.*

*Auch er hat bei Einreichung dieser Klage Anspruch auf eine Verfahrensgebühr gem. Nr. 3100 VV RVG (Gerold/Schmidt/Müller-Rabe, VV RVG Nr. 3309 Rn 334; Hartmann, VV RVG Nr. 3309, 3310 Rn 41; Riedel/Sußbauer/Keller, RVG, 9. Aufl., VV RVG Teil 3 Vorb. 3 Rn 2). Folglich kann er diese **Gebühr auch bei Erfolg außergerichtlicher Verhandlungen vor Klageeinreichung geltend machen**. Hat der Rechtsanwalt, der einen Leistungsanspruch verfolgen (oder abwehren) soll, noch keinen unbedingten Auftrag zur Klageerhebung (bzw. Verteidigung vor Gericht) erhalten, kann er erfolgreiche außergerichtliche Bemühungen gem. Nr. 2300 VV RVG abrechnen. Es gibt keinen Grund, warum die Tätigkeit eines Rechtsanwalts im Vorfeld einer Vollstreckungsabwehrklage gebührenrechtlich anders behandelt werden sollte. Wenn diese Tätigkeit bei unbedingtem Klageauftrag der Tätigkeit im Vorfeld einer Leistungsklage (oder sonstigen Klage außerhalb eines Zwangsvollstreckungsverfahrens) gleich zu achten ist, kann sie bei noch nicht unbedingt erteiltem Klageauftrag nicht unterschiedlich zu vergüten sein.“* (BGH aaO)

- III. Eine gegen Art. 12 I und Art. 3 I GG verstoßende **gebührenrechtliche Ungleichbehandlung** der im Vorfeld einer Vollstreckungsabwehrklage tätigen Rechtsanwälte **droht nicht**.

*„Zwar begründet der für den Vollstreckungsgläubiger tätige Rechtsanwalt durch die mit einer Vollstreckungsandrohung versehene Aufforderung zur Leistung zunächst nur einen Gebührenanspruch nach Nr. 3309 VV RVG. Wird sodann auf Seiten des Vollstreckungsschuldners ein Rechtsanwalt tätig, der gegen die titulierte Forderung mehr als nur vollstreckungsverfahrensrechtliche Einwände oder Vollstreckungsschutzanträge ankündigt, sondern die Berechtigung der Forderung in einer Weise bekämpft, die in eine Vollstreckungsabwehrklage, eine negative Feststellungsklage oder eine auf § 826 BGB gestützte Schadensersatzklage wegen Titelterschleichung oder Titelmisbrauchs münden würde, muss der Rechtsanwalt des Vollstreckungsgläubigers diese Verteidigung prüfen und seinem Mandanten über das weitere Vorgehen beraten. Damit hat auch er die Geschäftsgebühr gem. Nr. 2300 VV RVG verdient.“* (BGH aaO)

VV RVG  
Nr. 3200, 3201

**Verfahrensgebühr für Berufungsverfahren**  
**Voraussetzungen**  
(OLG München in FamRZ 2011, 837; Beschluss vom 29.01.2010 – 11 W 728/10)

RVG

Die **Entstehung der reduzierten Verfahrensgebühr in der Berufungsinstanz** nach den Nr. 3200, 3201 W RVG **setzt voraus, dass der Rechtsanwalt in Erfüllung eines ihm erteilten Prozessauftrags im Rechtsmittelverfahren in irgendeiner Weise tätig geworden ist**

„Allein die **Entgegennahme der Berufungsschrift und deren Weiterleitung an die Partei reicht hierfür nicht aus**, da diese Tätigkeiten gem. § 19 I Nr. 9 RVG noch zum ersten Rechtszug gehören und durch die dort entstandenen Anwaltsgebühren abgegolten sind (OLG Hamburg MDR 2005, 1018; Hansens, RVGR 2005, 315; Gerold/Schmidt/Müller-Rabe, RVG, § 19 Rn 95, 100, 101).

Andererseits setzt die Entstehung der 1,1 Verfahrensgebühr nach der Nr. 3201 Anm. Nr. 1 VV RVG aber auch nicht voraus, dass der Prozessbevollmächtigte sich im Berufungsverfahren bestellt oder einen Schriftsatz bei Gericht einreicht. Es ist auch nicht erforderlich, dass die von ihm entfaltete Tätigkeit nach außen in Erscheinung tritt (KG Rpfleger 2005, 569 = JurBüro 2005, 418).

Eine für die Entstehung der Verfahrensgebühr **ausreichende Tätigkeit ist im Berufungsverfahren dann gegeben, wenn der Rechtsanwalt über die bloße Entgegennahme des Auftrags hinaus Informationen für den Berufungsrechtszug entgegen nimmt, das erstinstanzliche Urteil und die Akten durcharbeitet oder mit dem Mandanten erörtert, ob auf das Rechtsmittel bereits vor dessen Begründung reagiert werden soll** (BGH NJW 2008, 1087; OLG Karlsruhe JurBüro 2008, 540; Gerold/Schmidt/Müller-Rabe, RVG, VV RVG Nr. 3200 Rn 16, 18, 20, 61).“ (OLG München aaO)

VV RVG  
Nr. 3104

### Prozess-/Verfahrenskostenhilfe Gebühren bei Mehrvergleich

RVG

(OLG Celle in NJW 2011, 1296; Beschluss vom 21.01.2011 – 10 WF 6/11)

Ein beigeordneter Rechtsanwalt kann, **wenn Prozess-/Verfahrenskostenhilfe für einen Vergleich auch über nicht rechtshängige Ansprüche** bewilligt wurde, insofern **nur die Festsetzung einer 1,5-Einigungsgebühr** – nicht auch einer Verfahrensdifferenzgebühr oder einer Terminsgebühr – verlangen.

- I. **Teilweise** wird die Ansicht vertreten, dass **neben der Einigungsgebühr** von der Staatskasse die Festsetzung einer **Verfahrensdifferenzgebühr** verlangt werden kann (vgl. OLG München NJW-RR 2009, 1367 = FamRZ 2009, 1779; Gerold/Schmidt/Müller-Rabe, RVG, 19. Aufl., § 48 Rn 120).

Nach **anderer Auffassung** umfasst die Bewilligung von Prozesskostenhilfe für einen Vergleich **neben der Vergleichsgebühr und der Verfahrensgebühr auch die Terminsgebühr aus dem Wert der in den Mehrvergleich einbezogenen Ansprüche** (vgl. OLG Koblenz NJOZ 2006, 3716 = FamRZ 2006, 1691; OLG Karlsruhe NJW 2010, 1383 = FamRZ 2009, 2114).

**Ferner** wird vertreten, dass der beigeordnete Rechtsanwalt **nur die Festsetzung einer Einigungsgebühr** verlangen kann, wenn Prozesskostenhilfe für einen Vergleich über nicht rechtshängige Ansprüche bewilligt wurde (BGH NJW 2004, 2595 = VersR 2005, 289; OLG Bamberg NJOZ 2010, 736 = JurBüro 2009, 592; OLG Oldenburg FamRZ 2010, 400).

- II. **OLG Celle aaO** schließt sich der **letzten genannten Auffassung an**.

„**Anderenfalls würde** die nach § 114 ZPO für die Bewilligung von Verfahrenskostenhilfe **erforderliche Prüfung der Erfolgsaussicht der Rechtsverfolgung umgangen werden können**. Die Erfolgsaussicht ist auch nicht in jedem Fall eines Vergleichsschlusses zwingend zu bejahen, weil die Beteiligten häufig zwischen ihnen unstrittige Sachverhalte protokolliert haben möchten, so dass ihre Einigung tatsächlich eine bloße Feststellung und kein gegenseitiges Nachgeben darstellt.“ (OLG Celle aaO)

VV RVG  
Vorbem. 3 IV

### Geschäftsgebühr Anrechnung auf Verfahrensgebühr

RVG

(VGH Mannheim in BeckRS 2011, 48263; Beschluss vom 01.02.2011 – 2 S 102/11)

Im gerichtlichen Kostenfestsetzungsverfahren gem. § 164 VwGO ist **die für das vorangegangene Verwaltungsverfahren entstandene Geschäftsgebühr** nach Maßgabe der Vorbem. 3 IV VV RVG **anteilig auf die Verfahrensgebühr** des gerichtlichen Verfahrens **anzurechnen**.

- I. Diese **früher höchst umstrittene Frage** hat das **BVerwG nunmehr** für den Bereich der Verwaltungsgerichtsbarkeit **höchstrichterlich geklärt** (BVerwG Buchholz 310 § 164 VwGO Nr. 3).

Diese Rspr. hält **VGH Mannheim aaO** für überzeugend und schließt sich ihr an.

„**Schon nach dem Wortlaut der Vorbemerkung** ist die **anteilige Anrechnung der Geschäftsgebühr auf die Verfahrensgebühr zwingend vorgeschrieben**. Die Regelung gilt zwar in erster Linie im Verhältnis zwischen dem Rechtsanwalt und seinem Auftraggeber. Indem § 162 II 1 VwGO die gesetzlichen Gebühren für erstattungsfähig erklärt, knüpft er aber für das Kostenfestsetzungsverfahren unmittelbar an die gebührenrechtlichen Bestimmungen des Rechtsanwaltsvergütungsgesetzes und damit auch an dessen Anrechnungsregelung an.

Dieses Auslegungsergebnis steht in Einklang mit dem **Sinn und Zweck der gesetzlichen Regelung**, wie er in den Gesetzesmaterialien seinen Niederschlag gefunden hat. Nach der **Gesetzesbegründung** zum Kostenrechtsmodernisierungsgesetz (BT-Drucks. 15/1971 S. 209) sollte die Anrechnung zum einen dem Umstand Rechnung tragen, dass der Umfang der durch die Verfahrensgebühr abgedeckten anwaltlichen Tätigkeit im Prozess davon beeinflusst wird, ob der Rechtsanwalt durch eine vorherige Tätigkeit bereits mit der Angelegenheit befasst war; mit Rücksicht auf den erfahrungsgemäß geringeren Einarbeitungsaufwand des schon vorprozessual befassten Rechtsanwalts sollte also dessen Verfahrensgebühr bereits in ihrer Entstehung gekürzt werden. Zum anderen wurde die Anrechnung als erforderlich angesehen, um eine **außergerichtliche Erledigung zu fördern**, die durch ein gebührenrechtliches Interesse des Rechtsanwalts an einem gerichtlichen Verfahren erschwert werden könnte. Beiden Zielsetzungen wird nur die Berücksichtigung der Anrechnung im gerichtlichen Festsetzungsverfahren nach § 164 VwGO gerecht.“ (VGH Mannheim aaO)

- II. Der **Einwand der Gegenansicht**, die Anrechnung im Kostenfestsetzungsverfahren führe zu einer nicht gerechtfertigten Privilegierung des unterlegenen Prozessgegners (vgl. VGH Bad.-Württ. NJW 2008, 2360), **kann jeden-**

falls für die vorliegende Konstellation schon **von ihrem tatsächlichen Ausgangspunkt her nicht zu überzeugen**.

„Hat ein Vorverfahren nach §§ 68 ff. VwGO stattgefunden und sind die Gebühren und Auslagen des Prozessbevollmächtigten nach § 162 II 2 VwGO erstattungsfähig, würde die Nichtanrechnung der Geschäftsgebühr auf die Verfahrensgebühr dazu führen, dass der **Erstattungsberechtigte letztlich mehr von dem Erstattungspflichtigen verlangen kann, als er selbst seinem Prozessbevollmächtigten im Innenverhältnis schulden würde**. Es ist aber nicht ersichtlich, weshalb es gerechtfertigt sein sollte, den Erstattungspflichtigen mit höheren Kosten zu belasten als sie der Erstattungsberechtigte selbst im Innenverhältnis aufbringen muss (vgl. OVG Koblenz BeckRS 2008, 41318).“ (VGH Mannheim aaO)

- III. Auch aus der seit dem 05.08.2009 geltenden Vorschrift des **§ 15a RVG** ergibt sich für den vorliegenden Fall nichts anderes, da auch nach dieser Vorschrift unter den hier gegebenen Umständen eine Anrechnung zu erfolgen hat.

„Nach der Regelung in § 15a I RVG **wirkt sich eine Anrechnung grds. nur im Innenverhältnis zwischen Anwalt und Mandanten und nicht im Verhältnis zu Dritten aus**. Hiervon enthält § 15a II RVG indes **mehrere Ausnahmen**. Einschlägig ist hier die dritte Fallgruppe. Danach kann sich ein Dritter auf die Anrechnung berufen, wenn beide Gebühren in demselben Verfahren gegen ihn geltend gemacht werden. Dies ist hier der Fall. Wenn sowohl die Verfahrens- als auch die Geschäftsgebühr im selben Kostenfestsetzungsverfahren geltend gemacht werden, greift die Ausnahmenvorschrift des § 15a II RVG auch nach der Rspr. des BGH (BGH NJW 2010, 76) unstreitig ein, so dass sich auch der unterlegene Prozessgegner auf die Anrechnung berufen kann.“ (VGH Mannheim aaO)

RVG  
§ 11

**Kostenfestsetzungsverfahren**  
**nach Aufhebung der VKH/PKH-Bewilligung**  
(KG in MDR 2011, 627; Beschluss vom 27.01.2011 – 8 U 145/10)

RVG

**Wird ein VKH/PKH-Bewilligungsbeschluss aufgehoben, so entfallen die Wirkungen des § 122 ZPO vollständig. Der beigeordnete Rechtsanwalt kann dann gegen seine Partei vorgehen und insbes. Kostenfestsetzung nach § 11 RVG hinsichtlich der vollen Wahlanwaltsgebühren beantragen.**

„Der Kl. hat, da er als beigeordneter Rechtsanwalt für den Bekl. tätig war, gegen diesen einen Anspruch auf Erstattung der ihm aufgrund seiner Tätigkeit entstandenen Gebühren und zwar unbeschadet des Fortbestehens seiner bereits entstandenen Vergütungsansprüche gegen die Staatskasse (Zöller, ZPO, 28. Auflage, § 124 Rn 4; Baumbach, ZPO, 69. Aufl. § 124 Rn 26).

Mit der erfolgten Aufhebung der Prozesskostenhilfebewilligung sind die Wirkungen des § 122 ZPO vollständig entfallen. D. h. die Staatskasse kann ihre und auch die übergegangenen Ansprüche gegen die (ehemalige) PKH-Partei geltend machen und der beigeordnete Rechtsanwalt kann gegen seine Partei vorgehen, insbes. Kostenfestsetzung nach § 11 RVG hinsichtlich der vollen Wahlanwaltsgebühren beantragen (Musielak, ZPO, 7. Auflage, § 124 Rn 10).

Der geltend gemachte Anspruch ist auch nicht verjährt, da der Kl. bis zum Zeitpunkt der Aufhebung der Prozesskostenhilfebewilligung gem. § 122 I Nr. 3 ZPO gehindert war, Ansprüche auf Vergütung gegenüber dem Bekl. geltend zu machen. Die Forderungssperre endet entgegen der Auffassung des Bekl. erst mit der Aufhebung der Bewilligung der Prozesskostenhilfe nach § 124 ZPO und nicht mit der Aufhebung der Beiordnung (Zöller aaO, § 122 Rn 12).“ (KG aaO)

RVG  
§ 58 III

**Pflichtverteidigergebühren**  
**Begriff des Verfahrensabschnitts**  
(OLG Düsseldorf in NStZ-RR 2011, 192; Beschluss vom 09.12.2010 – 1 Ws 303/10)

RVG

Unter dem **Begriff des Verfahrensabschnitts** in § 58 III RVG ist der **Instanzenzug** zu verstehen. Im **Strafverfahren** gelten hierbei das **Ermittlungsverfahren** und das **Verfahren des ersten Rechtszugs** als **eine Einheit**, so dass Vorschüsse und Zahlungen – unter Berücksichtigung der Einschränkung nach § 58 III 3 RVG – auf die in der gleichen Instanz entstandenen Gebühren anzurechnen sind.

- I. Weder das RVG selbst noch sonstige einschlägige Vorschriften enthalten eine Legaldefinition des im RVG mehrfach verwendeten Begriffs des Verfahrensabschnitts. In Rspr. und Lit. bestehen **unterschiedliche Auffassungen** zu der Frage, **wie der Begriff der „bestimmten Verfahrensabschnitte“** i.S. des § 58 III RVG **zu verstehen ist**.

- **Teilweise** wird unter Bezugnahme auf eine Entscheidung des OLG Frankfurt a.M. (NStZ-RR 2007, 328) und die Kommentierung von Burhoff (Gerold/Schmidt-Burhoff, RVG, 19. Aufl., § 58 Rn 64) die Auffassung vertreten, das **Ermittlungsverfahren** sei als **eigener Verfahrensabschnitt** zu behandeln, da unter einem Verfahrensabschnitt i.S. des § 58 III RVG ebenso wie in §§ 42 und 51 RVG ausweislich der Gesetzesmaterialien zu diesen Vorschriften (BT-Dr. 15/1971, S. 198) jeder Teil des Verfahrens zu verstehen sei, für den besondere Gebühren bestimmt sind. In der geänderten Fassung des § 58 III RVG werde eindeutig von einem „Verfahrensabschnitt“ gesprochen und nicht wie zuvor in § 101 I BRAGO von der „Strafsache“; diese Änderung sei nicht nötig gewesen, wenn die Anrechnung weiterhin wie in § 101 I BRAGO vorgenommen werden solle.
- Die **ganz überwiegende Meinung** sieht hingegen die **jeweilige Instanz als Verfahrensabschnitt** an, wobei das **Ermittlungsverfahren** und das **gerichtliche Verfahren der ersten Instanz als Einheit betrachtet** werden, so dass Vorschüsse und Zahlungen – unter Berücksichtigung der Einschränkung gem. § 58 III 3 RVG – auf die in der gleichen Instanz entstandenen Gebühren anzurechnen sind:

OLG Oldenburg JurBüro 2007, 415; OLG Stuttgart Rpfleger 2007, 682; OLG Köln StraFo 2008, 399; KG StraFo 2009, 84; Hartmann, KostenG, 40. Aufl., § 58 RVG Rn 19; Mayer/Kroiß-Pukall, RVG, 4. Aufl., § 58 Rn 16; Gerold/Schmidt-Madert, RVG, 18. Aufl., § 58 Rn 55; Hartung/Römermann/Schons, RVG, 2. Aufl., § 58 Rn 70

Dies wird im Wesentlichen daraus hergeleitet, dass ausweislich der **Gesetzesmaterialien** zu § 58 RVG (BT-Dr. 15/1971, S. 203) Abs. 3 der Vorschrift die früheren Regelungen in § 101 I und II BRAGO lediglich in redaktionell angepasster Form ohne inhaltliche Änderungen übernehmen sollte. Bei § 101 I und II BRAGO war aber nach ganz überwiegender Auffassung anerkannt, dass sich die dort angeordnete Anrechnung von Zahlungen für die anwaltliche „Tätigkeit in der Strafsache“ auf alle Zahlungen für die Tätigkeiten in einer Instanz des Strafverfahrens bezog (vgl. Hartmann, KostenG, 33. Aufl., § 101 BRAGO Rn 7 mwN).

II. **OLG Düsseldorf aaO schließt sich der letztgenannten Auffassung an.**

„Diese ist angesichts des **eindeutig geäußerten Willens des Gesetzgebers**, bei der Anrechnung wie bisher zu verfahren, vorzugswürdig gegenüber einer systematischen Auslegung, die zudem hinsichtlich der Zuordnung der einzelnen Gebührentatbestände des 4. Teils des Vergütungsverzeichnisses zu bestimmten Verfahrensabschnitten problematisch erscheint.“ (OLG Düsseldorf aaO).

GKG  
§§ 3, 34

**Gerichtsgebühr**  
**nicht unterzeichnete Klageschrift**

GKG

(OLG Stuttgart in NJW-RR 2011, 718; Beschluss vom 14.02.2011 – 8 W 44/11)

Die **ermäßigte Gebühr** gem. §§ 3, 34 GKG i. V. mit Nr. 1210, 1211 Nr. 1a GKG KV **nach Klagerücknahme** ist **nicht entstanden** und kann nicht erhoben werden, **wenn die Klage nicht unterschrieben war**, denn in diesem Fall fehlt es an einer wirksamen Klageeinreichung.

„Nach §§ 3, 34 GKG i. V. mit Nr. 1210 GKG KV fällt die dreifache Verfahrensgebühr bereits mit der Einreichung der Klage an. Zu diesem Zeitpunkt – und nicht erst mit der Klagezustellung – entsteht die Gebühr und wird fällig (§ 6 I Nr. 1 GKG; Hartmann, Kostengesetze, 40. Aufl. 2010, GKG KV 1210 Rn 13 m. w. Nachw.). Eine Ermäßigung der Gebühr auf den 1,0-fachen Betrag sieht Nr. 1211 GKG KV unter den dortigen Voraussetzungen vor.

Dem steht aber entgegen, dass bereits die dreifache Verfahrensgebühr nach Nr. 1210 GKG KV nicht angefallen ist, da es an einer **wirksamen Klageeinreichung** fehlt. Es trifft zwar zu, dass es **kostenrechtlich belanglos** ist, **ob der Kl. seine Klage prozessual zulässig oder ordnungsmäßig erhoben hat** (Hartmann, GKG KV 1210 Rn 18; BFHE 142, 411 = BB 1985, 985: Einreichung einer vom Erinnerungsführer persönlich unterzeichneten Nichtigkeitsklage ohne Beachtung des Vertretungszwangs). Allerdings **muss die Klage unterschrieben sein, da sie anderenfalls nicht wirksam eingereicht ist** (Oestreich/Hellstab/Trenkle, GKG/FamGKG, Stand: Januar 2011, § 6 GKG Rn 10, Nr. 1210 GKG KV Rn 53; Schneider/Wolf/Volpert, FamGKG, 1. Aufl. 2010, Nr. 1220 FamGKG KV Rn 50; Zöller/Greger, ZPO, 28. Aufl. 2010, § 253 ZPO Rn 5; BGH NJW 1976, 966 je m. w. Nachw.).

Ein **Schriftsatz ohne eigenhändige Unterschrift** ist ein **Entwurf, der nicht erkennen lässt, dass er für den Rechtsverkehr bestimmt ist**. Klage- und Rechtsmittelschrift müssen deshalb **handschriftlich** unterzeichnet sein. Nur wenn der bestimmende Schriftsatz **eigenhändig vom Rechtsanwalt** unterzeichnet ist, kann ausgeschlossen werden, dass dieser nicht nur versehentlich – gegen den Willen des Prozessbevollmächtigten – durch die Anwaltssekretärin beim Gericht eingereicht worden ist (BGH NJW 1976, 966).“ (OLG Stuttgart aaO)

GKG  
§ 28 I - III

**Dokumentenpauschale**  
**per Fax übersandter Schriftsatz**

GKG

(OLG Oldenburg in ZAP 2011, 352; Beschluss vom 31.05.2010 – 11 WF 70/10)

**Übersendet** ein **Rechtsanwalt** einen **Schriftsatz ohne Beifügung der erforderlichen Abschriften** per Fax und müssen daher die Abschriften seitens des Gerichts gefertigt werden, **schuldet er die Zahlung der Dokumentenpauschale**.

„**Gem. § 23 FamGKG schuldet die Zahlung der Dokumentenpauschale** (ferner), **wer die Erteilung der Ausfertigungen oder Ausdrücke beantragt hat**. Sind (Satz 2 der Bestimmung) **Ablichtungen oder Ausdrücke angefertigt worden, weil der Beteiligte es unterlassen hat, die erforderliche Zahl von Mehrfertigungen beizufügen**, schuldet nur der Beteiligte die Dokumentenpauschale.

Diese **Vorschrift stimmt fast wörtlich mit § 28 I bis III GKG überein**. § 28 I 2 GKG [dient] der **Kostendämpfung**. Der Beteiligte hat es danach selbst in der Hand, durch eigene Anfertigung der erforderlichen Ablichtungen, Ausdrücke und Ausfertigungen eine Dokumentenpauschale zu verhindern. I. Ü. bezweckt die Vorschrift auch eine **Kostengerechtigkeit**. Wer Kosten verursacht, soll sie begleichen (vgl. Hartmann, Kostengesetze, 39. Aufl., § 28 Rn 2). Vorliegend hat sich der Bf. der Einrichtung des Telefaxgeräts bedient. Die durch die Nichtbeifügung von Abschriften in der erforderlichen Anzahl anfallenden Dokumentenpauschalen gehören nicht zu den Kosten des Verfahrens, die entsprechend der Kostenentscheidung bzw. Kostenregelung zum Ende des Verfahrens von dem jeweiligen Kostenschuldner zu tragen sind, sondern nur von der Partei bzw. dem Beteiligten, die bzw. der diese Kosten verursacht hat. Partei bzw. Beteiligter kann danach sehr wohl auch der Verfahrensbevollmächtigte sein (vgl. auch Hartmann aaO, § 28 Rn 3).“ (OLG Oldenburg aaO)

ZPO  
§ 104

**Kostenfestsetzungsverfahren**  
**keine Berücksichtigung mat.-rechtl. Einwendungen**

ZPO

(OLG Saarbrücken in MDR 2011, 572; Beschluss vom 02.03.2011 – 9 W 17/11)

**Materiell-rechtliche Einwendungen** gegen den Kostenerstattungsanspruch sind **im Kostenfestsetzungsverfahren grds. nicht zu berücksichtigen**. Dies gilt auch für den Einwand der Verletzung der dem Rechtsanwalt nach § 49b V BRAO obliegenden Pflichten.

„Das **Kostenfestsetzungsverfahren**, das mit dem Erlass eines Kostenfestsetzungsbeschlusses abschließt, ist eine **Fortsetzung der zwischen den Prozessparteien ergangenen Kostengrundentscheidung**. Es behandelt daher allein die Frage, welcher Betrag nach der Kostengrundentscheidung zu erstatten ist. Schon das spricht dagegen, materiell-rechtliche Fragen innerhalb des Kostenfestsetzungsverfahrens zu klären, das auf eine **formale Prüfung der Kostentatbestände und die Beurteilung einfacher Fragen des Kostenrechts zugeschnitten** und deshalb dem Rechtspfleger übertragen ist. Die **Entscheidung zwischen den Parteien streitiger Tatsachen und komplizierter Rechtsfragen ist in diesem Verfahren nicht vorgesehen und mangels der dafür notwendigen verfahrensrechtlichen Instrumente auch nicht sinnvoll möglich**. Materiell-rechtliche Einwände gegen den Kostenersatzanspruch sind deshalb grds. nicht zu berücksichtigen; vielmehr sind diese vorrangig mit der Vollstreckungsgegenklage geltend zu machen (BGH NJW-RR 2007, 422).“ (OLG Saarbrücken aaO)

ZPO  
§ 114

### Verfahrenskostenhilfe Scheidung einer Scheinehe

ZPO

(OLG Hamm in NJOZ 2011, 761 = MDR 2011, 368; Beschluss vom 05.10.2010 – 2 WF 218/10)

Ein **Antrag auf Bewilligung von Verfahrenskostenhilfe** für eine beabsichtigte Ehescheidung kann auch dann **nicht unter dem Gesichtspunkt der Mutwilligkeit zurückgewiesen werden, wenn es sich um eine sog. Scheinehe handelt**. Denn diese wird von der Rechtsordnung als wirksam angesehen, so dass es auch der nicht bemittelten Partei möglich sein muss, sich durch Scheidung wieder von der Ehe zu lösen

„Der BGH (NJW 2005, 2781) hat auf den Beschluss des **BVerfG** (NJW 1985, 425) Bezug genommen und die Ansicht der Richter referiert, deren Auffassung diese Entscheidung nicht getragen hat. Danach finde die Ablehnung des Prozesskostenhilfesuchs mit der Begründung, wegen des Missbrauchs des Rechtsinstituts der Ehe dürfe der Steuerzahler nicht mit den Kosten des Scheidungsverfahrens belastet werden, im Gesetz keine Stütze. Eine solche Entscheidung führe dazu, dass die bedürftige Partei unter **Verletzung des Grundsatzes der Rechtsanwendungsgleichheit** schlechter gestellt werde als die nicht bedürftige. Da **rechtsmissbräuchlich zwar die Eingehung der Scheinehe, nicht aber deren Scheidung** sei, wäre eine reiche Partei nicht gehindert, im Wege des gesetzlich vorgeschriebenen Verfahrens die Aufhebung einer Scheinehe zu erreichen. Die arme Partei werde hingegen an der Scheinehe festgehalten.

Der BGH hat sodann weiter ausgeführt, dass für diese Betrachtungsweise auch nach Auffassung des Senats gewichtige Gründe sprechen. Wenn die Rechtsordnung die zu ehefremden Zwecken geschlossene Ehe als wirksam ansehe, stelle ein Scheidungsbegehren die einzige Möglichkeit zur Auflösung einer solchen Ehe dar. Bereits das spreche dagegen, das Prozesskostenhilfesuch als rechtsmissbräuchlich anzusehen (BGH NJW 2005, 2781 m. w. Nachw.). Aus diesen Erwägungen würden sich zugleich Bedenken gegen die Beurteilung der beabsichtigten Rechtsverfolgung als mutwillig ergeben. Auch eine bemittelte Partei könne die Auflösung einer Scheinehe nicht auf anderem Weg erreichen.

Der Senat teilt aus den angeführten Gründen diese Auffassung (so auch OLG Saarbrücken FamRZ 2009, 626; a.A. OLG Koblenz NJW-RR 2009, 1308).“ (OLG Hamm aaO)

ZPO  
§§ 114, 127

### VKH/PKH-Beordnung Beschwerde gegen Ablehnung der Beordnung

ZPO

(OLG Hamm in MDR 2011, 628; Beschluss vom 29.12.2010 – II-10 WF 181/10)

Wird die **Beordnung eines Rechtsanwalts im Prozesskostenhilfverfahren abgelehnt**, ist dieser nicht beschwerdebefugt. **Nur die Partei selbst hat** in diesen Fällen ein **Beschwerderecht**, weil allein sie ein Recht auf Beordnung hat, nicht aber der Rechtsanwalt.

„Der **Rechtsanwalt wird durch die Ablehnung seiner Beordnung auch nicht in seinen Rechten betroffen**. Sein **Gebührenanspruch gegen die Partei bleibt ihm erhalten**; das Risiko, für anwaltliche Tätigkeit, die er vor Bewilligung der Prozesskostenhilfe für eine prozesskostenhilfebedürftige Partei leistet, keine Vergütung zu erhalten, liegt bei ihm (vgl. auch BGH NJW 1990, 836; OLG Karlsruhe FamRZ 1991, 462).

Die **Prozesskostenhilfe dient dem Zweck, unbemittelten Personen den Zugang zu den staatlichen Gerichten zu eröffnen**. Sie stellt als Leistung der staatlichen Daseinsfürsorge und als Bestandteil der Rechtsschutzgewährung eine **Einrichtung der Sozialhilfe im Bereich der Rechtspflege** dar, die ihre verfassungsrechtliche Legitimation im Gebot des sozialen Rechtsstaates und im allgemeinen Gleichheitssatz findet. Daraus folgt, dass die §§ 114 ff. ZPO neben dem Allgemeinwohl das **Interesse des einzelnen Rechtssuchenden an der Gewährung gerichtlichen Rechtsschutzes** im Blick haben. Ihm eröffnet der Richter, indem er ihm Prozesskostenhilfe bewilligt und, soweit dies gesetzlich vorgeschrieben ist, einen Rechtsanwalt beordnet, den Zugang zum staatlichen Gericht, der ihm sonst infolge seiner Unbemitteltheit verschlossen wäre. Es sind deshalb neben dem öffentlichen Interesse an der Wahrung verfassungsrechtlicher Grundwerte die Belange des einzelnen Rechtssuchenden, die nach §§ 114 ff. ZPO geschützt und gefördert werden sollen (so BGH aaO).

Wie der BGH in der zitierten Entscheidung zutreffend ausführt, werden die **gebührenrechtlichen Interessen des Rechtsanwalts**, über dessen Beordnung im Prozesskostenhilfverfahren entschieden wird, **nur mittelbar berührt**, indem sie ihm als bloße Reflexwirkung einer erfolgten Beordnung einen Vorteil in Gestalt eines Gebührenanspruchs gegen den Staat verschaffen. Der **Rechtsanwalt ist**, auch wenn er für die Partei den Antrag auf Prozesskostenhilfebewilligung und Beordnung stellt, **nicht verfahrensbeteiligt**. Soweit das Gesetz vorschreibt, dass der Partei ein zur Vertretung bereiter Anwalt ihrer Wahl beizuordnen ist (§ 121 ZPO), steht das Wahrecht allein der Partei zu; die Mitwirkung des Anwalts beschränkt sich darauf, ausdrücklich oder stillschweigend seine Bereitschaft zur Übernahme des Mandats zu bekunden. Da er selbst keinen Anspruch auf seine Beordnung hat, steht ihm gegen deren Ablehnung somit auch kein Beschwerderecht zu (BGH aaO). Ein solches steht ihm lediglich dann zu, wenn z. B. seine bereits ausgesprochene Beordnung aufgehoben wird oder wenn eine von ihm beantragte Aufhebung seiner Beordnung abgelehnt wird oder falls seine Beordnung nur zu den Bedingungen eines am Gerichtsort ansässigen Bevollmächtigten erfolgt ist. Um diese Fallkonstellationen geht es hier jedoch nicht.“ (OLG Hamm aaO)

## Aus der Praxis

BRAO  
§§ 59d, 59a, 59c

**Rechtsanwalts GmbH & Co. KG**  
Zulassungsfähigkeit

BRAO

(AnwGH München in BRAK-Mitt. 2011, 81 = NZG 2011, 344; Urteil vom 15.11.2010 – BayAGH I – 1/10)

Eine **Rechtsanwaltsgesellschaft in der Rechtsform einer GmbH & Co. KG ist nicht zulassungsfähig.**

- I. Ein Zulassungsanspruch als Rechtsanwaltsgesellschaft besteht nicht, weil sie **zu diesem Zweck als KG nicht wirksam gegründet** werden kann.

„§ 161 I HGB setzt gem. der darin enthaltenen Definition für eine KG voraus, dass es sich um eine **Gesellschaft** handeln muss, deren Zweck auf den Betrieb eines Handelsgewerbes unter gemeinschaftlicher Firma gerichtet ist. Das ist bei der Kl. jedoch nicht der Fall. Die Kl. will und kann in ihrem erstrebten Tätigkeitsfeld als Rechtsanwaltsgesellschaft nicht gewerblich tätig sein. § 2 BRAO bestimmt für den Beruf des Rechtsanwalts, dass dieser einen freien Beruf ausübt (Abs. 1) und seine Tätigkeit kein Gewerbe ist (Abs. 2).

Diese grundlegenden Regelungen lassen sich auch nicht dadurch negieren, dass man unter Relativierung ihres Aussagegehalts eine sog. funktionale Interpretation von Normen bemüht, ausgehend von dem Postulat, jede Rechtsvorschrift müsse entsprechend ihrer Funktion und dem jeweiligen Normtext interpretiert werden, da es sein könne, dass dieselben Begriffe in unterschiedlichen Normen auch eine unterschiedliche Bedeutung haben können. Auch wenn das Tatbestandsmerkmal des Gewerbes trotz der Einheitlichkeit der Rechtsordnung in verschiedenen Normen unterschiedlich ausgelegt werden kann, ist jedenfalls in keiner Norm die anwaltliche Tätigkeit als Gewerbe definiert.

Eine andere Beurteilung ist auch nicht auf Grund einer Entwicklung vom traditionellen Berufsbild der Rechtsanwälte hin zum modernen Dienstleister angezeigt: Mögen auch verschiedene Tatbestandsmerkmale der Gewerblichkeit wie eine erkennbare planmäßige, auf Dauer angelegte, selbstständige, auf Gewinnerzielung ausgerichtete oder jedenfalls wirtschaftliche Tätigkeit am Markt in Grenzen auf Anwaltskanzleien zutreffen, macht dies deren Tätigkeit gleichwohl noch nicht gewerblich und lässt dies noch nicht die Feststellung zu, dass der Rechtsanwaltsberuf sich in erheblichem Umfang tatsächlich wie rechtlich einem gewerblichen Beruf angenähert habe.

Das HGB verfolgt eine Zielrichtung, die bis heute der unabhängigen Ausübung des Anwaltsberufs und der Erbringung von Rechtsdienstleistungen fremd ist. Die **Ausübung eines modernen Anwaltsberufs erfordert keine Regelungen, wie sie das HGB für Kaufleute bieten will**. Zwar mögen die Anwälte sich zunehmend im Wettbewerb zu behaupten haben. In diesem Zusammenhang mag sich auch das Werberecht einheitlich für alle Marktteilnehmer nach UWG beurteilen. Die Anwälte konkurrieren dabei aber nur miteinander und interagieren nicht miteinander. Die Regelungen über Handelsgeschäfte (§§ 343 ff. HGB) passen offenkundig nicht auf die anwaltliche Tätigkeit. Der Anwaltsberuf kennt auch keine Handelsbräuche. Die Anwälte handeln untereinander nicht mit Waren oder Dienstleistungen, so dass auch kein Sonderprivatrecht beispielsweise zu Zinsforderungen, Bürgschaften, Vertragsstrafen usw. notwendig ist.“ (AnwGH München aaO)

- II. Auch eine **historische oder teleologische Auslegung des HGB** führt zu keinem anderen Ergebnis.

„Die **Berufsbilder des Anwalts und der Kaufleute haben sich völlig unterschiedlich entwickelt**. Dementsprechend verfolgt auch das HGB mit der Einfachheit und Schnelligkeit des Handelsverkehrs (Baumbach/Hopt, HGB, 34. Aufl., Rn 5 Einl. v. § 1 HGB) eine Zielrichtung, die bis heute der unabhängigen Ausübung des Anwaltsberufs und der Erbringung von Rechtsdienstleistungen durch Organe der Rechtspflege fremd ist.

Zwar ist es Anwälten möglich, neben ihrer anwaltlichen Tätigkeit auch einer weiteren Tätigkeit nachzugehen. Diese Zweittätigkeit kann dabei auch kaufmännischer Natur sein, so dass der Anwalt unter Umständen im Zweitberuf einen Gewerbebetrieb einrichten kann. Das HGB gilt in diesem Fall aber gleichwohl nicht für seine anwaltliche Tätigkeit. Es findet nur auf die Betätigung im Zweitberuf Anwendung. Insoweit ist der Umstand, dass der Beruf des Rechtsanwalts mit zweitberuflichen Tätigkeiten gewerblicher Art gem. § 7 Nr. 8 BRAO bzw. § 14 II Nr. BRAO unstreitig vereinbar ist, auch kein Indiz für die Zulässigkeit der „gewerblichen“ Handelsform für die anwaltliche Ersttätigkeit.

Unternehmensgegenstand ist vorliegend nur die Betätigung als Rechtsanwaltsgesellschaft und damit die Ausübung des freien Berufs des Rechtsanwalts. Nach § 2 II BRAO und nach h. M. stellt diese Tätigkeit kein Gewerbe dar (BGHZ 56, 355 = NJW 1971, 1801; BGHZ 70, 247 = NJW 1978, 996; BGHZ 83, 328 = NJW 1982, 1866; BGHZ 108, 290 = NJW 1989, 2890). Allein die Tatsache, dass die Komplementärin eine GmbH und damit Formkaufmann ist (§ 13 III GmbHG, § 6 I HGB), macht den Unternehmensgegenstand nicht gewerblich. Die KG selbst, nicht nur die GmbH muss Kaufmann sein.

Wenn auch seit der Reform des Handelsrechts im Jahr 1998 z. B. nach § 105 II HGB Gesellschaften, die kein Gewerbe betreiben, sondern nur ihr Vermögen verwalten, als Kommanditgesellschaften in das Handelsregister eingetragen werden können und danach ein „Gewerbe“ im herkömmlichen Sinn zum Teil nicht mehr Voraussetzung sondern eher Rechtsfolge der Eintragung im Handelsregister sein sollte, ändert dies am gefundenen Ergebnis nichts. Soweit in der Lit. zum Teil die Ansicht vertreten wird, die freiberufliche KG müsse gesellschaftsrechtlich bereits de lege lata anerkannt werden, weil jede Außengesellschaft zwangsläufig eigenes Vermögen i. S. des § 105 II 1 Alt. 2 HGB verwalte, vermag der Senat dieser Auffassung, soweit es um die Ausübung des Anwaltsberufs geht, nicht zu folgen (vgl. zu dem Ganzen auch Karsten Schmidt DB 2009, 271; MüKo-HGB/Schmidt, § 1 HGB Rn 34; Henssler AnwBl 2008, 721).“ (AnwGH München aaO)

- III. Wenn der Gesetzgeber mit den Neuregelungen der GmbH & Co. KG expressis verbis bei Wirtschaftsprüfern und Steuerberatern zum Ausdruck gebracht hat, dass in dieser Rechtsform des HGB freiberufliche Tätigkeiten i. S. der Berufsgesetze der WPO und des StBerG ausgeübt werden können (vgl. auch Henssler/Prütting, BRAO, 3. Aufl., Rn 43 vor §§ 59c ff.), lässt sich dies auf die weitestgehend wesensverschiedene Tätigkeit der **Rechtsanwälte**, die immer auch als **Organe der Rechtspflege** handeln, nicht übertragen.

„Sollte man darin eine gewisse **Widersprüchlichkeit** sehen, die **aktuell das Berufsrecht der Freien Berufe beherrscht** (so Henssler/Prütting, Rn 43 vor §§ 59c ff.), bleibt nach Auffassung des Senats allenfalls die Möglichkeit, sich de lege ferenda um eine Änderung zu bemühen. Die KG als Rechtsform für ihre berufliche Tätigkeit zu wählen wird weder durch den Gesetzgeber noch durch die Rechtsanwaltskammern verboten. Sie kann derzeit schlichtweg tatbestandlich nicht gewählt werden.“ (AnwGH München aaO)

- IV. Sollte eine **KG** überhaupt als **Rechtsanwaltsgesellschaft** gegründet werden können, **verträgt sich** das überdies **nicht mit der Absicht, dass Komplementärin dieser KG eine GmbH wird.**

**„Gegenstand des Unternehmens als Rechtsanwaltsgesellschaft [soll] zum einen die Besorgung fremder Rechtsangelegenheiten durch die Übernahme von Anwaltsaufträgen zur Beratung und Vertretung in rechtlichen Angelegenheiten sein. Zum anderen soll die GmbH auch berechtigt sein zum Erwerb und der Verwaltung von Beteiligungen an anderen Gesellschaften sowie der Übernahme der persönlichen Haftung und der Geschäftsführung bei anderen Gesellschaften.**

Für den Fall, dass die Komplementärin selbst zugelassene Rechtsanwaltsgesellschaft sein will, kann dem Anliegen, die KG zur Zulassung zu bringen, nicht entsprochen werden: Rechtsanwälte dürfen sich zwar nach § 59a BRAO mit Mitgliedern einer Rechtsanwaltskammer und der Patentanwaltskammer, mit Steuerberatern, Steuerbevollmächtigten, Wirtschaftsprüfern und vereidigten Buchprüfern zur gemeinschaftlichen Berufsausübung im Rahmen der eigenen beruflichen Befugnisse verbinden. § 59c I BRAO bestimmt überdies, dass Gesellschaften mit beschränkter Haftung, deren Unternehmensgegenstand die Beratung und Vertretung in Rechtsangelegenheiten ist, als Rechtsanwaltsgesellschaften zugelassen werden können.

Die wesentliche Voraussetzung, dass an der zu gründenden GmbH nur Berufsträger beteiligt sind, ist hier zwar erfüllt. Es liegt aber ein **Zulassungshindernis nach § 59d Nr. 1 BRAO** insoweit vor, als die GmbH nicht den Erfordernissen der §§ 59c und e BRAO entspricht. Die GmbH ist ersichtlich keine Gesellschaft i. S. des § 59c I BRAO, der voraussetzt, dass eine als Rechtsanwaltsgesellschaft zuzulassende GmbH als Unternehmensgegenstand die Beratung und Vertretung in Rechtsangelegenheiten haben muss. Die Rechtsanwaltsgesellschaft, die § 59c BRAO regeln will, ist als reine Berufsausübungsgesellschaft konzipiert. Die Kl. soll indessen nach ihrer Satzung zumindest zugleich eine **Beteiligungsgesellschaft** sein.

Überdies ist fraglich, ob die Gesellschafter der klägerischen GmbH in der Rechtsanwaltsgesellschaft beruflich tätig sind, wie es jedoch § 59e I 2 BRAO vorschreibt. Die Unzulässigkeit der angedachten gesellschaftsrechtlichen Konstruktion folgt, soweit von einer Rechtsanwaltsgesellschaft ausgegangen wird, zudem aus § 59c II BRAO: Danach ist die Beteiligung von Rechtsanwalts-gesellschaften an Zusammenschlüssen zur gemeinschaftlichen Berufsausübung unzulässig. Die KG stellt einen gesellschaftlichen Zusammenschluss i. S. dieser Vorschrift dar, an dem sich die GmbH beteiligen will. § 59c II BRAO schränkt § 59a BRAO insoweit ein (vgl. auch Feuerich/Weyland, BRAO, 7. Aufl., § 59c Rn 5).

Sollte die Komplementärin lediglich als – nicht selbst zugelassene – Organisationsgesellschaft gegründet werden, würde zwar § 59c II BRAO nicht eingreifen. Jedoch scheitert diese gesellschaftsrechtliche Ausgestaltung an § 59a I BRAO, der eine für alle Personengesellschaften verbindliche Wertung enthält, nach der die Beteiligung von Kapitalgesellschaften unzulässig ist (vgl. auch Henssler/Prütting, BRAO, Rn 44 vor §§ 59c ff. BRAO).“ (AnwGH München aaO)

- V. Auch der **Gesetzgeber** ging nicht von einer Zulassungsbedürftigkeit der KG aus.

„Denn im Rahmen der Einführung der Zulassungsvorschriften für die GmbH verzichtete der Gesetzgeber ausdrücklich nur auf die Regelungen für die Anwalts-AG (vgl. zusammenfassend Gaier/Wolf/Göcken, Anwaltliches BerufsR, 1. Aufl., § 59c BRAO Rn 6f).

Selbst bei wirksamer Gründung einer KG würde dieser als Personengesellschaft ein **Zulassungsanspruch fehlen**. Die Rspr. zu den Kapitalgesellschaften, speziell zur Zulassung der AG (BGHZ 161, 376 = NZG 2005, 596 = NJW 2005, 1568) und der Limited nach britischem Recht (AnwGH Berlin BRAK-Mitt. 2007, 171) lässt sich auf den vorliegenden Fall nicht übertragen. Kapitalgesellschaften können beanspruchen, als Rechtsanwaltsgesellschaft zugelassen zu werden. Dies ergibt sich für die GmbH unmittelbar aus den §§ 59c ff. BRAO. Sonstige Kapitalgesellschaften haben einen dahingehenden Anspruch, sofern sie die wesentlichen Voraussetzungen für die Zulassung einer Kapitalgesellschaft als Rechtsanwaltsgesellschaft in Anlehnung an die Bestimmungen in den §§ 59c ff. BRAO erfüllen. Dies folgt aus höherrangigem Recht (Art. 12 I und Art. 3 I GG bzw. Art. 43, 48 EGV).

So hat die AG als juristische Person des Privatrechts gem. Art. 12 I GG das Grundrecht auf freie Berufswahl. Daraus folgt ihr Recht, Aufträge zu übernehmen, die zur Berufstätigkeit von Rechtsanwälten gehören, wenn ihr nicht eine solche Tätigkeit durch Regelungen verboten ist, die mit Art. 12 I GG vereinbar sind. Ein solches gesetzliches Verbot für die Tätigkeit einer AG auf dem Gebiet der anwaltlichen Berufsausübung besteht nicht, so dass eine derartige Tätigkeit grds. zulässig ist.

Soweit manche zweifelnden Stimmen es für nicht nachvollziehbar halten, (vgl. Karsten Schmidt DB 1998, 61; ders. DB 2009, 271), weshalb handelsrechtlich zwar eine Rechtsanwalts-GmbH und eine Rechtsanwalts-AG zulässig sein soll, die beide nach § 13 III GmbHG bzw. § 3 I AktG als Handelsgesellschaft i. S. des HGB gelten, nicht aber eine Rechtsanwalts GmbH bzw. AG & Co. KG, muss auch ihnen entgegengehalten werden, dass allenfalls die Möglichkeit besteht, sich de lege ferenda um eine Änderung zu bemühen.“ (AnwGH München aaO)

- VI. Die **Ablehnung der Zulassung verstößt auch nicht gegen verfassungs- oder europarechtliche Grundsätze.**

„In der Lit. wird zwar vereinzelt vertreten, die KG bzw. die GmbH & Co. KG müsse aus verfassungsrechtlichen Gründen zugelassen bzw. den Rechtsanwälten zur Verfügung gestellt werden (Sproß AnwBl 1996, 201; Henssler AnwBl 2008, 721). Der Senat vermag indessen nicht zu erkennen, dass die der Klageseite verweigerte, von ihr in **Überstrapazierung gesellschaftsrechtlicher Regelungen** vor dem zu vermutenden Hintergrund individueller steuerlichmonetärer Aspekte erstrebte Zulassung, für die darüber hinaus keine Notwendigkeit streitet, einer Prüfung am Maßstab der Grundrechte nicht standhalten sollte. Die Klageseite konzediert zwar, dass kein verfassungsrechtliches Teilhaberecht auf Einführung – sei es allgemein oder für bestimmte Berufe – bestimmter gesellschaftsrechtlicher Rechtsformen beruflichen oder gewerblichen Tätigwerdens besteht und der Gesetzgeber insoweit ein breites Ermessen habe. Sie meint aber, dass sich Rechtsanwälte auf Grund der europa- und verfassungsrechtlich verbürgten Rechtsformwahlfreiheit im Prinzip aller nach geltendem Recht in Deutschland (oder der EU) zulässigen Organisationsformen bedienen könnten, wie z. B. der BGB-Gesellschaft gem. §§ 705 ff. BGB, der PartG gem. PartGG, der GmbH gem. §§ 59c ff. BRAO oder auch der nur richterrechtlich für zulässig erklärten Rechtsanwalts-AG.

Dies trifft zu, allerdings nur insoweit, als die den einzelnen Gesellschaftsformen immanenten Voraussetzungen, wie sie sich aus dem Gesetz ergeben, auch erfüllt sind. Deshalb gehört zwar die freie Wahl der vorstehenden aufgeführten Gesellschaftsformen dazu, nicht aber die freie Wahl der GmbH & Co. KG, auch wenn diese in Deutschland eine grundsätzlich anerkannte und zulässige Rechtsform nach dem HGB und dem GmbHG darstellt. Zu argumentieren, dass nicht die Zulassung einer Rechtsform für eine bestimmte Tätigkeit maßgeblich ist, sondern das Bestehen eines Verbots, geht deshalb etwas an der Sache vorbei. Die Judikatur, auf die sich die Klageseite beruft, wie z. B. die des BGH zur freiberuflichen GmbH oder des BayObLG zur Rechtsanwalts-GmbH oder sonstiger Gerichte zur Rechtsanwalts-AG gibt insoweit für den vorliegenden Fall nichts Entscheidendes her.“ (AnwGH München aaO)

VII. Die Nichtzulassung der Rechtsanwalts GmbH & Co. KG begegnet auch nicht im Hinblick auf **Art. 3 I GG** Bedenken.

„Die Annahme eines Verbots der Rechtsanwalts GmbH & Co. KG stellt **weder eine Ungleichbehandlung im Verhältnis zu unstreitig bei Rechtsanwälten erlaubten gewerblichen Rechtsformen wie der GmbH, der AG und der Limited dar, noch** erscheint es **unverhältnismäßig, nur die AG oder GmbH und nicht auch eine KG zuzulassen**.

Art. 3 I GG kann dann verletzt sein, wenn die ungleiche Behandlung der geregelten Sachverhalte mit Gesetzhaltungen, die in der Natur der Sache selbst liegen, und mit einer am Gerechtigkeitsgedanken orientierten Betrachtungsweise nicht mehr vereinbar ist, also bezogen auf den jeweils in Rede stehenden Sachbereich und seine Eigenart ein vernünftiger, einleuchtender Grund für die gesetzliche Regelung fehlt. Ein solcher Fall läge vor, wenn zwischen den Gruppen, die ungleich behandelt werden, keine Unterschiede von solcher Art und solchem Gewicht bestehen, dass sie die Schlechterstellung rechtfertigen können.

**Unterschiede** in diesem Sinn **bestehen jedoch: Vergleichbar gleiche Sachverhalte liegen nicht vor**. Die Zulassung einer eigenständigen juristischen Person als Rechtsanwaltsgesellschaft bereits auf Grund ihrer Rechtsform ist zwar sinnvoll und notwendig. Dies trifft aber nicht auf die Personengesellschaften zu. Der Gesetzgeber behandelt alle Personengesellschaften gleich. Für alle Personengesellschaften ist eine Zulassung nicht vorgesehen. Für die Rechtsauffassung der Klageseite und eine Unbegründetheit prinzipieller Bedenken gegen die Zulässigkeit der Rechtsform der GmbH & Co. KG bei Rechtsanwälten streitet insbesondere auch nicht, dass der Gesetzgeber bei den von der Klageseite als artverwandt angesehenen Berufen der Steuerberater und Wirtschaftsprüfer die Rechtsform der KG ausdrücklich für zulässig erklärt hat.

Eine **durch nichts gerechtfertigte Ungleichbehandlung** zu Steuerberatungs- und Wirtschaftsprüfungsgesellschaften ist nicht zu erkennen: Beide genannten Gesellschaften können nur wegen ihrer Treuhandtätigkeit in das Handelsregister eingetragen werden. § 49 I StBerG bestimmt, dass Aktiengesellschaften, Kommanditgesellschaften auf Aktien, Gesellschaften mit beschränkter Haftung, offene Handelsgesellschaften, Kommanditgesellschaften und Partnerschaftsgesellschaften nach Maßgabe dieses Gesetzes als Steuerberatungsgesellschaften anerkannt werden können. Für offene Handelsgesellschaften und Kommanditgesellschaften schränkt Abs. 2 der Vorschrift dies aber insoweit ein, als diese als Steuerberatungsgesellschaften anerkannt werden, wenn sie wegen ihrer Treuhandtätigkeit als Handelsgesellschaften in das Handelsregister eingetragen worden sind. In gleicher Weise bestimmt § 27 II WPO, dass oHG und KG als Wirtschaftsprüfungsgesellschaften anerkannt werden können, wenn sie wegen ihrer Treuhandtätigkeit als Handelsgesellschaften in das Handelsregister eingetragen worden sind.

Die Auffassung, es sei kein Grund erkennbar, zwar bei Steuerberatern die Rechtsform der KG für zulässig zu erachten, sie hingegen Rechtsanwälten bzw. Fachanwälten für Steuerrecht zu verbieten, verzerrt mithin die Voraussetzungen, von denen auszugehen ist, wenn hierzu ausgeführt wird, der **Gesellschaftszweck** sei wie bei Steuerberatern auch auf **mit dem Rechtsanwaltsberuf vereinbare gewerbliche Tätigkeiten** wie z. B. Treuhandfunktionen gerichtet; die Vergleichbarkeit bestehe daher in vollem Umfang. So und in dieser umfassenden Weise ist es gerade nicht; die GmbH & Co. KG ist dort berufsrechtlich zugelassen, dies aber nur unter der Voraussetzung, dass die Gesellschaft auch ein Handelsgewerbe betreibt (so auch Karsten Schmidt DB 2009, 271).

Wenn, anders als es beim **Beteiligungsverbot des § 59c II BRAO** geregelt ist, das Steuerberatungsgesetz und die Wirtschaftsprüferordnung auch einen Zusammenschluss mit anderen Gesellschaften zulassen mögen, liegt hierin ebenfalls keine ungerechtfertigte Ungleichbehandlung der Rechtsanwälte i. S. des Art. 3 GG, da die **Rechtsanwaltsgesellschaften im Gegensatz zu den Steuerberatungs- und Wirtschaftsprüfungsgesellschaften als Berufsausübungsgesellschaften ausgestaltet** sind (AnwGH Mecklenburg-Vorpommern BRAK-Mitt. 2001, 239).“ (AnwGH München aaO)

RStV  
§ 56 I

**Gegendarstellungsanspruch**  
**Äußerungen auf Internetseite einer Rechtsanwaltskanzlei**  
(OLG Bremen in NJW 2011, 1611; Urteil vom 14.01.2011 – 2 U 115/10)

RA/Nt

Die **Internetseite einer Rechtsanwaltskanzlei** ist dann **journalistisch-redaktionell gestaltet**, wenn sich ihr Inhalt nicht in einer bloßen Eigenwerbung erschöpft, sondern regelmäßig bearbeitete Neuigkeiten sowie laufend Pressemitteilungen von der Kanzlei herausgegeben und ins Internet eingestellt werden. **Unter den weiteren Voraussetzungen des § 56 I RStV besteht** daher ein **Gegendarstellungsanspruch**.

Welche Angebote als „journalistisch-redaktionell“ gestaltet i. S. des § 56 RStV anzusehen sind, ist im RStV nicht definiert. Kennzeichnende Merkmale solcher Angebote sind eine gewisse Selektivität und Strukturierung, das Treffen einer Auswahl nach ihrer angenommenen gesellschaftlichen Relevanz mit dem Ziel des Anbieters, zur öffentlichen Kommunikation beizutragen, die Ausrichtung an Tatsachen (so genannte Faktizität), ein hohes Maß an Aktualität, nicht notwendig Periodizität, ein hoher Grad an Professionalisierung der Arbeitsweise und ein gewisser Grad an organisierter Verfestigung, der eine gewisse Kontinuität gewährleistet (vgl. Hahn/Vesting, § 54 RStV Rn 49 ff.).

„Diesen Kriterien entspricht der Internetauftritt der Bekl., der sich entgegen der von ihr im Rahmen dieses Rechtsstreits vertretenen Ansicht nicht in einer bloßen Eigenwerbung erschöpft. Die Bekl. überarbeitet ihre homepage regelmäßig und gibt von ihr bearbeitete Neuigkeiten („Aktuelles“, „TopNews für Anleger“) heraus. Sie gibt unter der Rubrik „Medien“ laufend Pressemitteilungen heraus, unterhält ein „Pressearchiv“ und stellt sich selbst unter der Überschrift „Medienarbeit“ dar.“ (OLG Bremen aaO)

BGB  
§ 276

**Anwaltshaftung**  
**Erhebung einer unschlüssigen Klage**  
(OLG München in BRAK-Mitt. 2011, 76; Urteil vom 04.08.2010 – 15 U 4975/08)

BGB

**Erhebt ein Rechtsanwalt eine unschlüssige Klage, so haftet er wegen fehlerhafter anwaltlicher Beratung.**

„Die Klage ist schlüssig, wenn ihr Tatsachenvortrag, seine Richtigkeit unterstellt, geeignet ist, den Klageantrag sachlich zu rechtfertigen (Zöller/Greger, ZPO, 28. Aufl. 2010, vor § 253 Rn 23), wenn die Tatsachen in Verbindung mit einem Rechtssatz geeignet und erforderlich sind, die geltend gemachten Rechte als in der Person des Kl. entstanden erscheinen zu lassen (Thomas/Putzo/Reichold, Vorbem § 253 Rn 38 m. w. Nchw.).

Die Erhebung einer unschlüssigen Klage ist - als **Pflichtverletzung** - **gleichzusetzen mit der Erhebung einer von Anfang an offensichtlich unbegründeten Klage** (vgl. dazu MüKo-BGB/Grundmann, 5. Aufl., § 276 Rn 135, OLG Düsseldorf VersR 1973, 424).

Für die Bekl. war auch erkennbar, dass ihre Klage unschlüssig war. Das LG hat in seinem Hinweis explizit darauf hingewiesen, dass es an einem Vortrag der Kl. dahingehend fehle, in welcher Höhe ein Schaden entstanden sein soll. Damit wird dokumentiert, dass es die Klage bis zu diesem Zeitpunkt für unschlüssig hält.

Wenn die Bekl. als Vertreterin der Kl. dazu meint, diese Auffassung treffe aus tatsächlichen und rechtlichen Gründen nicht zu, so liegt das Risiko, dass sie mit dieser ihrer Auffassung nicht richtig liegt, in ihrem Bereich. Die Voraussetzungen eines weiteren Hinweises (vgl. dazu Zöller/Greger, ZPO, 28. Aufl. 2010, § 139 Rn 14a m. w. Nachw.) lagen nicht vor, zudem hat die Beklagte auch nicht um einen ergänzenden Hinweis gebeten.

Durch die Erhebung der unschlüssigen Klage sind der Kl. **unnötige Prozesskosten** entstanden.

Die **Pflichtverletzung** ist auch **kausal für den bei der Kl. entstandenen Schaden**, wäre diese Klage nicht erhoben worden, wäre der Kl. der Schaden nicht entstanden.

Dass die Klage - auf welche Weise auch immer - noch in prozessual sicherer Weise hätte schlüssig gemacht werden können, wird von der Bekl. nicht substantiiert vorgetragen.“ (OLG München aaO)

BGB  
§§ 249, 823

**Ersatzbeschaffung**  
**Erwerb eines Neuwagens statt Gebrauchtfahrzeug**  
(OLG Naumburg in NJW-RR 2011, 245 = ZAP 2011, 346; Urteil vom 10.06.2010 – 2 U 7/10)

ZPOG

Bei einem **Kfz-Totalschaden** liegt eine **Ersatzbeschaffung i.S. einer Naturalrestitution** auch dann vor, wenn der **Geschädigte** sich bei der Ersetzung nicht auf die Beschaffung eines gleichwertigen (gebrauchten) Fahrzeugs beschränkt, sondern **sich einen Neuwagen anschafft**.

„Für die Frage der Erstattungsfähigkeit der Transportkosten ist davon auszugehen, dass die **Ersatzbeschaffung** eines gleichwertigen Fahrzeugs nach einem Totalschaden **kein Fall der Kompensation i. S. von § 251 BGB** ist, sondern eine **Form der Naturalrestitution**. Denn das **schadensersatzrechtliche Ziel der Restitution** beschränkt sich nicht auf eine Wiederherstellung der beschädigten Sache, sondern besteht in umfassenderer Weise darin, einen **Zustand wiederherzustellen, der wirtschaftlich betrachtet der ohne das Schadensereignis bestehenden fiktiven Lage entspricht**. Dieses Ziel kann bei der Beschädigung eines Fahrzeugs auch dadurch erreicht werden, dass der Geschädigte ein gleichwertiges Ersatzfahrzeug erwirbt (vgl. BGHZ 115, 364 = NJW 1992, 302; BGHZ 143, 189 = NJW 2000, 800; BGHZ 158, 388 = NJW 2004, 1943).

Dem Rechtscharakter als Naturalrestitution steht nicht entgegen, dass sich die Kl. hier nicht auf die Beschaffung eines gleichwertigen Ersatzfahrzeugs beschränkt hat, sondern statt eines etwa zweijährigen Gebrauchtwagens einen i. Ü. gleichartigen Neuwagen erworben hat. Das **Neufahrzeug ist** bei wirtschaftlicher und funktionaler Betrachtung **an die Stelle des durch den Unfall beschädigten Gebrauchtwagens getreten und hat diesen ersetzt**. Die **Ersatzbeschaffung ist unmittelbare und adäquate Folge des schädigenden Verhaltens** der Bekl. Die **Höherwertigkeit des Ersatzfahrzeugs** gegenüber dem totalgeschädigten Fahrzeug **führt jedenfalls hier nicht zu einer Unterbrechung des Kausalverlaufs**. Sie ändert nichts daran, dass die Beschaffung des Neuwagens durch den Unfall herausgefordert und wesentlich mitbestimmt worden ist, weil sie mit dem Ziel einer Ersetzung des verloren gegangenen Fahrzeugs erfolgte. Die Beschaffung eines neuwertigeren Fahrzeugs stellt auch **keine ungewöhnliche Reaktion der Geschädigten** dar. Das Interesse der Bekl. und ggf. auch dasjenige der Allgemeinheit an einer Beschränkung der Haftung im Hinblick auf die Höherwertigkeit des Ersatzfahrzeugs wird hierdurch nicht beeinträchtigt. Diesen Interessen wird durch das **Wirtschaftlichkeitsgebot des § 249 II 1 BGB** angemessen Rechnung getragen.“ (OLG Naumburg aaO)

BGB  
§ 1004

**Widerrufsanspruch**  
**Datenübermittlung an Wirtschaftsinformationsdienst**  
(LG Wiesbaden in MMR 2011, 348; Beschluss vom 21.10.2010 – 5 T 9/10)

BGB

**Wirtschaftsinformationsdienste dürfen die Erteilung der Restschuldbefreiung in ihrem Datenbestand bis zum Ablauf der Drei-Jahres-Frist speichern.**

„Die Erteilung einer Restschuldbefreiung lässt **Rückschlüsse auf die Zahlungsfähigkeit eines Schuldners** zu, der nachweislich über Jahre hinweg nicht in der Lage war, die bestehenden Insolvenzverbindlichkeiten vollständig auszugleichen, sondern die Möglichkeit der Restschuldbefreiung in Anspruch genommen hat. Das **Informationsbedürfnis des Geschäftsverkehrs in der InsO** ist überdies **an zahlreichen Stellen anerkannt** (vgl. etwa §§ 9, 23, 26, 30, 300 InsO). Darüber hinaus ergibt sich das Informationsbedürfnis der kreditgebenden Wirtschaft auch aus § 290 I Nr. 3 InsO. Nach dieser Vorschrift ist die Restschuldbefreiung zu versagen, wenn dem Schuldner in den letzten zehn Jahren vor dem Antrag auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens Restschuldbefreiung erteilt worden ist. Dieser Versagungsgrund kann nur dann zum Tragen kommen, wenn die Gläubiger, die zur Stellung eines solchen Versagungsantrags berechtigt sein können, zumindest für den nach § 35 Abs. 2 Nr. 4 BDSG zulässigen Zeitraum über eine bereits erfolgte Restschuldbefreiung informiert werden.

Darüber hinaus **belastet eine Speicherung von Daten**, deren Offenlegung sich der Betroffene auch sonst ggü. dem berechtigten Aufklärungsverlangen seiner Kreditgeber nicht entziehen könnte, **seine Person nicht unverhältnismäßig** (vgl. BGH NJW 1986, 2505). Wenn an die Kl. i.R.e. Finanzierungsgesprächs mit einem potenziellen Kreditgeber oder Vertragspartner von diesem die Frage gestellt würde, ob sie in früheren Zeiten Restschuldbefreiung erlangt hat, so könnte sich die Kl. diesem berechtigten Aufklärungsverlangen nicht entziehen. Unabhängig von der Frage, ob es sich bei der Erteilung der Restschuldbefreiung aus Sicht des Betroffenen um eine positive oder negative Information handelt, stellt dieser Umstand jedenfalls eine für die Bonitätsprüfung i.R.v. Vertrags- bzw. Kreditverhandlungen bedeutsame Information dar.

Dem Insolvenzschuldner einen wirtschaftlichen Neubeginn zu ermöglichen, steht der Speicherung von Bonitätsdaten schon deshalb nicht entgegen, weil durch die Restschuldbefreiung bei potenziellen Vertragspartnern nicht der Eindruck erweckt werden soll, das finanzielle Gebaren einer Person sei in der Vergangenheit in keinsten Weise zu beanstanden gewesen.“ (LG Wiesbaden aaO)

## Steuerrecht

ESTG  
§ 8 II 1 u. 9

### steuerpflichtiger Sachbezug Überlassung von Tankkarten an Arbeitnehmer

SteuerR

(BFH in DStR 2011, 260; Urteil vom 11.11.2010 – VI R 27/09)

**Sachbezüge** sind **alle nicht in Geld bestehenden Einnahmen**. Räumt der Arbeitgeber seinem Arbeitnehmer das Recht ein, bei einer bestimmten Tankstelle auf seine Kosten tanken zu dürfen, liegt ein Sachbezug i. S. des § 8 II 1 und 9 EStG vor.

- I. **Ob die vom Arbeitgeber zugewandten Vorteile Sachbezüge** i. S. des § 8 II 1 und 9 EStG **oder Barlöhne darstellen, entscheidet sich nicht allein danach, ob der Arbeitnehmer tatsächlich entweder eine Sach- oder Dienstleistung oder Geld** erlangt.

*„Denn ein **Zufluss von Geld** kann auch dann vorliegen, wenn der **Barlohn nicht an den Arbeitnehmer ausbezahlt, sondern auf seine Weisung anderweitig verwendet wird**, z. B. zur Erfüllung einer Verbindlichkeit des Arbeitnehmers aus Kauf, Miete, Darlehen usw. Eine derartige Verwendung des (Bar-)Lohns stellt lediglich eine **Abkürzung des Zahlungsweges** dar und lässt den **Charakter der Zahlung als Barlohnzuwendung unberührt** (vgl. BFHE 220, 478; BFH DStR 2008, 861, mit Hinweis auf BFHE 183, 568 = DStR 1997, 1642). Dementsprechend kann aber auch Sachlohn vorliegen, wenn der Weg der Sachleistung derart abgekürzt ist, dass der Arbeitgeber die Ware nicht selbst dem Arbeitnehmer aushändigt, sondern der Arbeitnehmer von einem Dritten die vom Arbeitgeber zugesagte Sache oder Dienstleistung erwirbt und der Arbeitgeber das Entgelt dafür dem Dritten gegenüber erbringt.“ (BFH aaO)*

- II. **Sachbezüge** sind **alle nicht in Geld bestehenden Einnahmen** (§ 8 II 1 EStG). Ob Barlöhne oder Sachbezüge vorliegen, entscheidet sich nach dem **Rechtsgrund des Zuflusses**, nämlich auf Grundlage der arbeitsvertraglichen Vereinbarungen danach, welche Leistung der Arbeitnehmer vom Arbeitgeber beanspruchen kann.

1. **Sachbezug unterscheidet sich von Barlohn durch die Art des arbeitgeberseitig zugesagten und daher arbeitnehmerseitig zu beanspruchenden Vorteils selbst** und nicht durch die Art und Weise der Erfüllung des Anspruchs auf den Vorteil. Kann der Arbeitnehmer lediglich die Sache selbst beanspruchen, liegen daher Sachbezüge i. S. des § 8 II 1 EStG vor, die unter den weiteren Voraussetzungen des § 8 II 9 EStG außer Ansatz bleiben. Unerheblich ist dann, ob der Arbeitnehmer die Sache unmittelbar vom Arbeitgeber bezieht oder ob der Arbeitnehmer die Sache von einem Dritten auf Kosten des Arbeitgebers bezieht.
2. **Hat der Arbeitnehmer hingegen auch einen Anspruch darauf, dass sein Arbeitgeber ihm anstelle der Sache den Barlohn** in Höhe des Werts der Sachbezüge **ausbezahlt**, liegen auch dann **keine Sachbezüge, sondern Barlohn** vor, wenn der Arbeitgeber die Sache zuwendet.

Dementsprechend hatte der BFH auch schon **Einkaufsgutscheine**, die der Arbeitnehmer vom Arbeitgeber statt der Barauszahlung des tarifvertraglichen Urlaubsgeldes wahlweise bezogen hatte, nach der ihnen zugrundeliegenden arbeitsrechtlichen Anspruchsgrundlage beurteilt und den Erwerb der entsprechenden Ware oder Dienstleistung nicht als Sachbezug, sondern als Barlohnverwendung qualifiziert, wenn der Arbeitnehmer statt des Gutscheins auch Geld beanspruchen konnte (BFHE 220, 478 = DStR 2008, 861).

- III. Ein **Sachbezug**, nämlich eine nicht in Geld bestehende Einnahme i. S. des § 8 II 1 EStG, liegt **auch dann vor, wenn der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer ein Recht**, nämlich einen Anspruch, eine **Sach- oder Dienstleistung beziehen zu können, einräumt**.

*„Denn Sachbezüge sind alle Einnahmen, die nicht in Geld bestehen; zu den nicht in Geld bestehenden Vorteilen zählen deshalb auch Rechte. Deshalb steht der Qualifikation als Sachbezug nicht entgegen, dass Arbeitnehmer keine konkreten Sachen oder konkreten Dienstleistungen erhalten. Ein Sachbezug liegt auch vor, wenn Arbeitnehmern lediglich Gutscheine überlassen werden, die sie zum Bezug einer von ihnen selbst auszuwählenden Sach- oder Dienstleistung berechtigen und die bei einem Dritten einzulösen oder auf den Kaufpreis anzurechnen sind.“*

*Unerheblich ist insoweit, dass solche Gutscheine, je nach Aussteller, im täglichen Leben ähnlich dem Bargeld verwendbar sein mögen. Denn trotz einer gewissen Handelbarkeit oder Tauschfähigkeit besteht ein solcher Gutschein nicht in Geld i. S. der Negativabgrenzung in § 8 II 1 EStG und bleibt daher Sachbezug.“ (BFH aaO)*

- IV. BFH aaO hält an seiner Rspr. fest (BFHE 207, 309 = DStRE 2005, 72), wonach Einnahmen in Geld i. S. des § 8 II 1 EStG solche in Form der **im Inland gültigen gesetzlichen Zahlungsmittel** sind, daneben jedenfalls **auch Zahlungen in einer gängigen, frei konvertiblen und im Inland handelbaren ausländischen Währung** umfassen. Einnahmen in Geld sind mit Sachbezügen der Art, wie sie vom Gesetz ausdrücklich als solche bezeichnet werden (Wohnung, Kost, Waren und Dienstleistungen), nicht vergleichbar, insbes. auch nicht mit Gutscheinen.

*„Denn solchen Gutscheinen haftet zwar ein **abstrakter Wert** an, der erst durch eine unter Umständen mit erheblichen Schwierigkeiten verbundene Bewertung als Einnahme erfasst werden muss (BFHE 207, 309 = DStRE 2005, 72). Daraus kann indessen nicht gefolgert werden, dass Sachen, deren Wert sich einfach bestimmen lässt, weil dafür täglich etwa an der Börse ein Wert ermittelt wird – z. B. Aktien, andere Wertpapiere oder Edelmetalle –, als Geld i. S. des § 8 II 1 EStG zu beurteilen wären.“ (BFH aaO)*

- V. Eine **Ausdehnung der Freigrenze** des § 8 II 9 EStG **auf Barlohnzahlungen scheidet zwar aus**, weil die Freigrenze nicht bezweckt, dem Arbeitgeber zu ermöglichen, seinen Arbeitnehmern auf wie auch immer geartete Weise einen monatlichen Gegenwert von 50 DM (jetzt 44 €) steuerfrei zukommen zu lassen (BFHE 207, 314 = DStR 2005, 23). Daraus lassen sich indessen keine Grundsätze für eine Unterscheidung zwischen Barlohn und

Sachlohn herleiten und dies rechtfertigt es auch nicht, den durch das Tatbestandsmerkmal Geld gekennzeichneten Barlohn zu Gunsten des Begriffs Sachlohn einzuengen.

*„Denn die Freigrenze gestattet letztlich doch, sämtliche nicht in Geld bestehenden Vorteile, also Sachbezüge, dem Arbeitnehmer in unterschiedlicher Weise bis zu der vom Gesetz festgelegten Höhe steuerfrei zukommen zu lassen. Auch aus den dazu ver öffentlichen **Gesetzesmaterialien** ergibt sich nichts Gegenteiliges. Denn ungeachtet der Frage, inwieweit eine Gesetzesbegründung eine dem Wortlaut der Norm entgegenstehende Auslegung überhaupt stützen könnte, bezeichnet die Gesetzesbegründung (BT-Drs. 13/1686, S. 8) die Freigrenze lediglich als einen weiteren „Beitrag zur Steuervereinfachung“, ohne auf die für den Streitfall erhebliche Abgrenzung zwischen Barlohn und Sachbezug näher einzugehen.“* (BFH aaO)

- VI. Auf dieser Grundlage hält BFH aaO nicht mehr an seiner Auffassung fest, dass es für die Einordnung als Geldlohn unerheblich sei, ob der Arbeitgeber seine Zahlung an den Arbeitnehmer mit der Auflage verbunden hat, den empfangenen Geldbetrag nur in einer bestimmten Weise zu verwenden (BFHE 207, 314 = DStR 2005, 23).

*„Denn auch wenn der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer unmittelbar einen Geldbetrag überlässt, ist dies dann eine **Sachlohnzuwendung im Wege der abgekürzten Leistungserbringung**, wenn der Arbeitnehmer vom Arbeitgeber lediglich die Übernahme der Kosten für einen Sach- oder Dienstleistungsbezug oder dessen Bezuschussung beanspruchen kann, der arbeitsrechtliche Anspruch also nicht auf eine reine Geldleistung gerichtet ist.*

*Infolgedessen ist es auch unerheblich, ob der Arbeitnehmer selbst Vertragspartner des die Leistung erbringenden Dritten – etwa der Tankstelle oder des Buchhändlers – wird oder ob der Arbeitgeber die Sachleistung beim Dritten bezieht und sie an den Arbeitnehmer weitergibt oder abtritt. Denn **lohnsteuerrechtlich ist nicht der zwischen Arbeitnehmer und ggf. Drittem zustande gekommene Kaufvertrag, sondern der zwischen Arbeitnehmer und Arbeitgeber bestehende Dienstvertrag entscheidend**. Dem entspricht es, dass der Senat (BFHE 197, 142 = DStR 2002, 581) unter Hinweis auf die wirtschaftliche Betrachtungsweise entschieden hatte, dass vom Arbeitgeber erbrachte Geldzahlungen an ein Leasingunternehmen als Sachlohn in Form der Überlassung von Dienstwagen und nicht als Barlohn gelten, obwohl die Arbeitnehmer Leasingnehmer der Fahrzeuge gewesen waren.“* (BFH aaO)

- VII. Die Auffassung, wonach ein bei einem Dritten einzulösender Gutschein dann kein Sachbezug sein soll, wenn neben der Bezeichnung der abzugebenden Ware oder Dienstleistung auch ein anzurechnender Betrag oder ein Höchstbetrag angegeben ist, ist nach BFH aaO abzulehnen.

*„Nach den vorgenannten Grundsätzen ist auch ein solcher Gutschein keine in Geld bestehende Einnahme i. S. des § 8 II 1 EStG. Denn die Zuwendung eines Sachwerts wird nicht dadurch zu einer Geldzuwendung, dass der Zuwendende eine Wertobergrenze für die zu beziehende Sache bestimmt. Die Festlegung der Wertobergrenze in Form einer Währungseinheit folgt vielmehr aus der Notwendigkeit, für steuerliche Zwecke auch eine nicht in Geld bestehende Zuwendung in Geld bewerten zu müssen; dies gilt indessen für alle Formen einer Sachzuwendung.“* (BFH aaO)

- VIII. **Ergebnis:** Eine Tankkarte, die einen Arbeitnehmer lediglich dazu berechtigt, bei der Vertragstankstelle auf Kosten des Arbeitgebers Treibstoff zu beziehen, ohne dass dieser anstelle der ausgehändigte Tankkarte auch einen Barlohn in Höhe von zumindest 44 € beanspruchen kann, stellt keine Barlohnzuwendung dar.

**UStG**  
**§ 1 I Nr. 1**

**Umsatzsteuerpflicht**  
**eBay-Verkäufe**

**FamFG**

(FG Bad.-Württ. in MMR 2011, 314; Urteil vom 22.09.2010 – 1 K 3016/08)

Wird die **Internet-Auktionsplattform eBay** dazu genutzt, um **auf längere Dauer und mit erheblicher Intensität eine Vielzahl von Gegenständen** (hier: 1.200 Verkäufe in 3 Jahren) mit Liebhaberwert **zu veräußern**, unterliegen die erzielten Verkaufsentgelte **der Umsatzsteuer**.

- I. Nach **§ 1 I Nr. 1 S. 1 UStG** unterliegen der Umsatzsteuer die **Lieferungen und sonstigen Leistungen**, die ein **Unternehmer im Inland gegen Entgelt** im Rahmen seines Unternehmens **ausführt**.

Unternehmer ist gem. § 2 I 1 UStG, wer eine **gewerbliche Tätigkeit selbstständig ausübt**.

Erläuternd bestimmt § 2 I 3 UStG, dass gewerblich i.S.d. Umsatzsteuerrechts **jede nachhaltige Tätigkeit zur Erzielung von Einnahmen** ist, auch wenn die Absicht, Gewinn zu erzielen, fehlt.

- II. Das Attribut „nachhaltig“ leitet sich von dem Verb „nachhalten“ ab, das sich mit „längere Zeit anhalten“ oder „bleiben“ umschreiben lässt. **„Nachhaltig“** bedeutet daher gemeinsprachlich, dass sich etwas **auf längere Zeit stark auswirkt**. Von dieser Bedeutung ist auch umsatzsteuerrechtlich auszugehen (BFHE 147, 279). Eine nachhaltige Tätigkeit muss daher auf Dauer berechnet sein, sodass es sich um eine auf Dauer angelegte Tätigkeit zur Erzielung von Entgelten handeln muss (BFHE 165, 116; im weitesten Sinne gewerbliche oder berufliche Tätigkeit).

- Ob eine Betätigung hiernach als nachhaltig und damit als unternehmerisch einzuordnen ist, ist nach der st. Rspr. des BFH anhand einer Reihe **verschiedener Kriterien** zu beurteilen, die je nach dem Einzelfall in **unterschiedlicher Gewichtung** für oder gegen Nachhaltigkeit sprechen.

vgl. BFHE 165, 116; BFHE 170, 275; BFH/NV 2002, 1503; BFHE 215, 331; BFHE 221, 456; BFH/NV 2009, 230

- Dabei sind **alle erheblichen Umstände des Sachverhalts einzubeziehen**. Von Bedeutung können in diesem Zusammenhang insb. die **Zahl der Verkäufe und der verkauften Gegenstände**, die **Dauer der Verkaufstätigkeit**, die **Planmäßigkeit des Handelns** und seine Anlage auf **Wiederholung**, die **Intensität des Tätigwerdens**, die **Höhe der Erlöse**, die **Beteiligung am Markt**, die **Werbung**, die **Benutzung und das Unterhalten eines Laden- oder Geschäftslokals**, das **Auftreten nach außen**, die **Verwertung anderweitig erworbener Kenntnisse und Kontakte** und die **Ausbildung des Steuerpflichtigen** sein.

„Da es auf das Gesamtbild der Verhältnisse ankommt, kann nicht bereits mit Rücksicht auf das Vorliegen eines dieser – i.Ü. nicht abschließenden – Merkmale die nachhaltige Betätigung eindeutig bejaht oder verneint werden; vielmehr müssen die für und gegen die Nachhaltigkeit sprechenden Merkmale gegeneinander abgewogen werden.“ (FG Bad.-Württ. aaO)

- III. Nach Maßgabe dieser Grundsätze betätigt sich nachhaltig, wer die Internet-Auktionsplattform eBay dazu nutzt, um auf längere Dauer und mit erheblicher Intensität eine Vielzahl von Gegenständen mit Liebhaberwert weiterveräußern zu können.

„Im Streitfall war die **Tätigkeit** der Kl. von Beginn an **auf unbestimmte Zeit, auf eine hohe Zahl von einzelnen Verkaufsfällen und auf die Erzielung erheblich über die Grenze einer Betätigung als Kleinunternehmer (§ 19 I 1 UStG) hinausgehender Erlöse** angelegt (wird ausgeführt).

Nach Auffassung des erkennenden Senats ist eine derart **intensive und langfristig angelegte Verkaufstätigkeit** auf der Plattform eBay als nachhaltig zu beurteilen. Dabei ist auch in Rechnung zu stellen, dass der Verkäufer sich für jeden einzelnen zur Internetversteigerung anstehenden Gegenstand Gedanken zu dessen möglichst genauer Bezeichnung, zu seiner Platzierung in der einschlägigen Produktgruppe und über ein Mindestgebot machen und zur Erhöhung der Verkaufschancen und des erzielbaren Erlöses für den Gegenstand in aller Regel mind. ein digitales Bild anfertigen muss. Außerdem muss der Verkäufer den Auktionsablauf auf „eBay“ in regelmäßigen Abständen überwachen, um rechtzeitig auf Nachfragen von Kaufinteressenten reagieren zu können, sofern diese die auf der Auktionsseite eingestellten Wareninformationen als nicht ausreichend erachten. Nach Beendigung der jeweiligen Auktion muss der Verkäufer zudem den Zahlungseingang überwachen, um die Ware anschließend zügig verpacken und versenden zu können. Sowohl die Überwachung des Auktionsablaufs als auch des Zahlungseingangs muss der Verkäufer ernst nehmen, da er – wie allgemein bekannt ist – nach Beendigung des Geschäfts vom Käufer bewertet wird und die Bereitschaft, auf Rückfragen zum Produkt zu antworten, wie auch die Schnelligkeit des Warenversands Kriterien sind, die in diese Bewertung einfließen, und da diese Käuferbewertung auf der Plattform eBay veröffentlicht und von künftigen Käufern bei ihrer Kaufentscheidung berücksichtigt wird.

Daraus erhellt, dass eine Betätigung bei eBay eines **nicht unerheblichen Organisationsaufwands der eigenen Arbeitsabläufe** bedarf, sobald die Anzahl der einzelnen Verkaufsauktionen die Schwelle bloß gelegentlichen Handelns überschreitet. Die **zeitliche Inanspruchnahme** der Kl. aus dieser Tätigkeit dürfte – nach einer vorsichtigen Schätzung des Senats – jedenfalls im Durchschnitt bei mind. einer Stunde täglich gelegen haben. Bei diesen Umständen ist – auch unter Berücksichtigung der erheblichen und deutlich über den Umsatzgrenzen des § 19 I 1 UStG liegenden Erlöse aus der Verkaufstätigkeit – von einer Nachhaltigkeit der Betätigung auszugehen.“ (FG Bad.-Württ. aaO)

FGO  
§ 69

### Vollziehung von ESt-Bescheiden Aussetzung bei Vorliegen einer unbilligen Härte

SteuerR

(BVerfG in NVwZ-RR 2011, 305; Beschluss vom 11.10.2010 – 2 BvR 1710/10)

Eine **unbillige und nicht durch überwiegende öffentliche Interessen gebotene Härte** liegt im Verfahren zur Aussetzung der Vollziehung von Einkommensteuerbescheiden vor, **wenn durch die Vollziehung wirtschaftliche Nachteile drohen, die** durch eine etwaige spätere Rückzahlung der eingezogenen Beträge **nicht ausgeglichen werden** oder nur schwer gutzumachen sind, oder wenn die Vollziehung zu einer **Gefährdung der wirtschaftlichen Existenz** führen würde.

„Nach **st. Rspr. des BFH** kommt eine Aussetzung der Vollziehung bei Vorliegen einer unbilligen Härte allerdings nur in Betracht, wenn **Zweifel an der Rechtmäßigkeit der angefochtenen Einkommensteuerbescheide nicht ausgeschlossen** werden können (vgl. BFH BFH/NV 2005, 490 m. w. Nachw.; Gräber, Komm. zur FGO, 7. Aufl. 2010, § 69 Rn 107). Sind Zweifel fast ausgeschlossen, ist eine Aussetzung der Vollziehung selbst dann nicht zulässig, wenn die Vollziehung eine unbillige Härte zur Folge hätte (BFH NJW 1968, 616; BFHE 90, 318; BFHE 92, 314).

Auf Grund seiner st. Rspr. zur grds. Trennung der Besteuerung von Options- und Basisgeschäften und zur Verfassungsmäßigkeit des Verlustverrechnungsverbots gem. § 23 III 8 und 9 EStG hat [der FG München] ernstliche Zweifel an der Rechtmäßigkeit der Steuerfestsetzungen verneint. Nicht in seine Überprüfung miteinbezogen hat er jedoch die Frage, ob eine Aussetzung der Vollziehung nach § 69 II 2 Alt. 2 FGO zu gewähren ist, da die Vollziehung für den Bf. eine unbillige, nicht durch überwiegende öffentliche Interessen gebotene Härte zur Folge hätte.

Diese Prüfung wäre jedoch unter Beachtung des **Grundrechts auf effektiven Rechtsschutz** (Art. 19 IV GG) geboten gewesen, da die Vollstreckung der in den Streitjahren gegen den Bf. festgesetzten Einkommensteuer (zzgl. Solidaritätszuschlag und Zinsen) in Höhe von ca. 50 Mio. Euro bei einem tatsächlich vorhandenen Vermögen von ca. 22 Mio. Euro voraussichtlich zur Insolvenz des Bf. führen würde und der dadurch eintretende Schaden bei Rückzahlung der eingezogenen Beträge im Falle des Erfolgs des Einspruchsverfahrens nicht ausgeglichen werden könnte. Die Vollstreckung vor einer Entscheidung des Finanzamts über die angefochtenen Einkommensteuerbescheide ist durch das öffentliche Interesse an dem Einzug der noch nicht bestandskräftig festgesetzten Steuern nicht gerechtfertigt, zumal es das Finanzamt selbst in der Hand hat, durch den Erlass der Einspruchsentscheidung die Aussetzung der Vollziehung – vorerst – zu beenden.“ (BVerfG aaO)

## Weitere Schrifttumsnachweise

### I. Zivilrecht

1. **Retzlaff:** Der Umfang deliktischer Schadensersatzansprüche des Käufers (MDR 2011, 329)

**Erfüllt ein Verkäufer den Kaufvertrag mangelhaft, so stehen dem Käufer in erster Linie die vertraglichen Mängelrechte nach §§ 437 ff. BGB zu:** Der Käufer kann also Nacherfüllung verlangen, vom Vertrag zurücktreten, den Kaufpreis mindern und seinen Schaden oder stattdessen den Ersatz seiner vergeblichen Aufwendungen ersetzt verlangen. - In **bestimmten Konstellationen** gewinnt für den Käufer nach der mangelhaften Erfüllung eines Kaufvertrages die **Frage an Bedeutung, ob und inwieweit er seinen Schaden auch mit einem deliktischen Anspruch liquidieren kann**; die größte **praktische Relevanz** hat dies dann, **wenn der Verkäufer**, gegen den sich die vertraglichen Gewährleistungsansprüche richten, **insolvent oder nicht greifbar ist**: Hat er den Vertrag mangelhaft erfüllt, besteht für den Käufer das Interesse, wegen des erlittenen Schadens dritte Personen in Anspruch nehmen zu können; insbes. wenn der gesetzliche oder rechtsgeschäftliche Vertreter des Verkäufers den Käufer arglistig getäuscht hat, kommt gegen ihn ein deliktischer Anspruch aus §§ 823 Abs. 2 BGB, 263 StGB in Betracht. - Wer einen Schadensersatzanspruch geltend macht, kann verlangen, so gestellt zu werden, wie er ohne die haftungsbegründende Handlung stünde; maßgeblich für den Umfang des Schadensersatzanspruchs ist daher die hypothetische Vermögenslage des Geschädigten, so wie sie ohne diese Handlung gegeben wäre: wenn dem arglistig getäuschten Käufer einer mangelhaften Sache ohne die Täuschung die etwaigen Vorteile aus dem Kaufvertrag nicht entstanden wären, dann kann der Käufer dieses Erfüllungsinteresse auch nicht im Wege eines deliktischen Schadensersatzanspruchs geltend machen: hiervon ist regelmäßig auszugehen, da ohne die Täuschung der betreffende Vertrag meist überhaupt nicht zustande gekommen wäre

2. **Späth:** Die Durchsetzung mietvertraglicher Ansprüche im Wege der Urkundenklage gem. §§ 592 ff. ZPO (ZMR 2011, 354)

Der **Rückgriff auf das Urkundenverfahren** gem. §§ 592 ff. ZPO **eröffnet den Parteien** des Mietvertrags, i.d.R. dem Vermieter, in einer Vielzahl von Fallgestaltungen **die Möglichkeit, Zahlungsansprüche** gegen den Mieter **in einer relativ kurzen Zeit titulieren zu lassen**; insbes. objektiv haltlose Berufungen von Mietern auf Mängel und Mietminderungen können so auf das Nachverfahren und somit in den Risikobereich des Mieters verlagert werden. – **Steht hingegen nicht zu erwarten, dass der Beklagten Einwendungen erheben wird, sprechen jedoch keine schlagenden Gründe für diese besondere Verfahrensart.**

3. **Streyl:** Verspäteter Zugang der Betriebskostenabrechnung wegen unbekannter neuer Anschrift des Mieters (ZMR 2011, 188)

4. **Milger:** Miete und Kautions in der Zwangsverwaltung (NJW 2011, 1249)

Nach der **Rspr. des BGH** ist der **Mieter in der Zwangsverwaltung** durch § 152 II ZVG – auch **hinsichtlich der Kautions – weitgehend geschützt, weil der Verwalter an Stelle des Vermieters dessen Pflichten aus dem Mietvertrag erfüllen muss**; gleichwohl hat der Mieter Anlass, sich beizeiten um die sichere Anlage der Kautions zu kümmern; dies sollte bereits bei Abschluss des Mietvertrags geschehen und nicht erst dann, wenn dem Mieter durch die Mitteilung des Zwangsverwalters, dass die Mieten nunmehr an ihn zu zahlen sind, klar wird, dass auch bei dem vermeintlich wirtschaftlich stärkeren Vermieter ein Insolvenzrisiko besteht. - Endet das Mietverhältnis in der Insolvenz, ist der Anspruch auf Auskehrung einer nicht separat angelegten **Kautions** nur eine **einfache Insolvenzforderung**; der Mieter sollte deshalb schon bei Abschluss des Mietvertrags auf eine Anlageform der Kautions achten, die sowohl einen Zugriff der Gläubiger des Vermieters als auch missbräuchliche Verfügungen des Vermieters selbst zuverlässig ausschließt; zu denken ist insoweit insbes. an die **Verpfändung eines Sparguthabens bzw. einer anderen Forderung gegen ein Geldinstitut**; der Mieter hat einen **Anspruch darauf, dass die Kautions** gar nicht erst **mit dem Vermögen des Vermieters vermischt wird**. - Die Stellung der Kautions durch Verpfändung eines Bankguthabens hat bei einem Wechsel des Vermieters (sei es im Wege der Veräußerung oder des Zuschlags in der Zwangsversteigerung) ebenso wie bei der Beschlagnahme sowohl für die Mieter- als auch für die Vermieterseite Vorteile: für den Mieter, weil er sich um die Sicherung oder Weiterleitung der Kautions nicht kümmern muss, für den Erwerber oder den Zwangsverwalter, weil von vornherein sichergestellt ist, dass ihm die Kautions auch tatsächlich zur Verfügung steht.

5. **Schöler:** Die isolierte Drittwiderklage als legitimes Instrument der Prozesstaktik (MDR 2011, 522)

Die **isolierte Drittwiderklage** kann **taugliches Instrument zur Wiederherstellung der prozessualen Waffen-gleichheit** nicht nur bei prozesstaktisch motivierten Forderungsabtretungen, sondern auch bei der Verbindung von Prozessen nach § 147 ZPO sein: Die Verbindung von Prozessen führt nämlich dazu, dass die Parteien der vorher selbstständigen Verfahren in dem dann verbundenen Verfahren nicht mehr als Zeugen in Betracht kommen; dadurch kann sich die Beweissituation einer Partei erheblich verschlechtern. - Da der **Verbindungsbe-schluss nicht mit einem Rechtsmittel angefochten** werden kann, auch wenn die Voraussetzungen einer Pro-

zessverbindung nicht vorliegen oder zumindest zweifelhaft sind, ist es prozesstaktisch geboten, auf die Verbindung mit einer isolierten Drittwiderklage zu reagieren. - Das **Prinzip der grds. Unzulässigkeit der isolierten Drittwiderklage** hat der BGH zuletzt wiederholt durchbrochen; nunmehr kann diese Widerklage auch als negative Feststellungsklage erhoben werden.

6. **Seel:** Handlungsempfehlungen für den Arbeitgeber bei der Pfändung von Arbeitseinkommen (MDR 2011, 526)

Greifen Gläubiger von Arbeitnehmern im Rahmen der Zwangsvollstreckung ihres titulierten Anspruchs auf Grundlage eines **Pfändungs- und Überweisungsbeschlusses auf Arbeitseinkommen** zu, bedeutet dies einen **nicht unerheblichen Mehraufwand für den Arbeitgeber**, denn dieser ist gesetzlich dazu verpflichtet, eine Drittschuldnererklärung abzugeben; unterlässt er dies oder gibt er eine fehlerhafte Erklärung ab, drohen Schadensersatzforderungen durch den Gläubiger. - Eine Ersatzpflicht des Gläubigers für die mit der Abgabe der Drittschuldnererklärung und den sonstigen mit der Lohnpfändung verbundenen Kosten scheidet i.d.R. aus; Versuche, die Bearbeitungskosten durch eine entsprechende Vertragsklausel auf den Arbeitnehmer abzuwälzen, scheitern vielfach an den Anforderungen einer **Klauselkontrolle gem. §§ 305 ff. BGB**; abgesehen davon sind wirksam begründete Ansprüche des Arbeitgebers auf Kostenerstattung angesichts der finanziellen Lage der Arbeitnehmer und der Pfändungsschutzbestimmungen vielfach – jedenfalls bis auf Weiteres – im Tatsächlichen uneinbringlich.

7. **Rieder/Schoenemann:** Korruptionsverdacht, Zivilprozess und Schiedsverfahren (NJW 2011, 1169)

Grds. hat derjenige, der aus einem Korruptionssachverhalt Rechtsfolgen ableitet, z.B. die Nichtigkeit eines Rechtsgeschäfts oder einer Schiedsabrede, die korruptionsbegründenden Tatsachen darzulegen und voll zu beweisen. - Die **Grundsätze der sekundären Darlegungslast** können dazu führen, dass die primär beweisbelastete Partei letztlich nur hinreichend konkrete „Verdachtsmomente“ vortragen muss und es an der Gegenpartei liegt, diesen Verdacht durch ihren Vortrag zu widerlegen; dies setzt aber voraus, dass die primär beweisbelastete Partei alles ihr Zumutbare zur Sachaufklärung beiträgt; dies kann auch die Benennung von Schmiergeldempfängern umfassen, falls diese der beweisbelasteten Partei bekannt sind. - **Im materiellen Zivilrecht können hinreichend konkrete Verdachtsmomente**, die Korruption überwiegend wahrscheinlich erscheinen lassen, bereits **ausreichen, um Dauerschuldverhältnisse kündigen zu können oder Mängelrechte nach Kaufrecht sowie Schadensersatz wegen Aufklärungsverschuldens geltend zu machen**. - Soweit in prozessualen Situationen ein Korruptionsverdacht relevant ist – z.B. bei der Anzeige durch staatliche Richter oder bei der Amtsniederlegung durch Schiedsrichter – bietet es sich an, ähnlich wie bei den Verdachtsfällen des materiellen Zivilrechts, einen dringenden Verdacht i. S. einer überwiegenden Wahrscheinlichkeit des Vorliegens von Korruption zu verlangen.

8. **Graba:** Die Entwicklung des Unterhaltsrechts in der Rspr. des BGH im Jahre 2010 (FamRZ 2011, 601)

9. **Grziwotz:** Rspr. zur nichtehelichen Lebensgemeinschaft (FamRZ 2011, 697)

## II. Strafrecht

1. **Koops/Gerber:** Vollendete Steuerhinterziehung gem. § 370 I Nr. 1 AO trotz Kenntnis der Finanzverwaltung von den zutreffenden Besteuerungsgrundlagen?: (DB 2011, 786)

Bespr. der Entsch. **BGH NJW 2011, 1299 = ZA 05/2011, S. 15**, wonach eine Strafbarkeit wegen vollendeter Steuerhinterziehung aufgrund unrichtiger oder unvollständiger Angaben nicht deshalb entfällt, weil den zuständigen Finanzbehörden alle für die Steuerfestsetzung bedeutsamen Tatsachen bekannt waren und zudem sämtliche Beweismittel (§ 90 AO) bekannt und verfügbar waren. - Der **BGH widerspricht damit einer Meinung im steuerstrafrechtlichen Schrifttum**, wonach in den Tatbestand der Steuerhinterziehung i. S. des § 370 I Nr. 1 AO die Unkenntnis der Finanzbehörden vom wahren Sachverhalt als ungeschriebenes Tatbestandsmerkmal hineingelesen werden müsse, sodass bei Kenntnis der Finanzbehörden nur eine Strafe wegen versuchter Steuerhinterziehung infrage komme. – Nach **Ansicht des Autors** ist **bei Kenntnis der Finanzbehörden vom wahren Sachverhalt** mit der überzeugenden Meinung in der Lit. eine **Strafbarkeit wegen vollendeter Steuerhinterziehung durch aktives Tun entgegen** der Entscheidung des **BGH abzulehnen**, denn **strafbegründend kann nicht allein** die in der unrichtigen oder unvollständigen Angabe von steuerlich erheblichen Tatsachen liegende **abstrakte Gefahr sein**, da der **Tatbestand des § 370 I Nr. 1 i. V. mit IV AO den Eintritt eines konkreten Gefahrerfolges verlangt** („und dadurch“); bei Kenntnis der Finanzbehörden bleibt das Fehlverhalten des Täters schließlich nicht straffrei, weil auch der Versuch einer Steuerhinterziehung durch aktives Tun strafbar ist.

2. **Beulke/Witzigmann:** Das Akteneinsichtsrecht des Strafverteidigers in Fällen der Untersuchungshaft (NStZ 2011, 254)

Die **Rechtmäßigkeit der Anordnung, Durchführung oder Aufrechterhaltung von Zwangsmaßnahmen im Ermittlungsverfahren kann der Verteidiger nur dann zuverlässig beurteilen, wenn ihm Akteneinsicht gewährt wird**; das Akteneinsichtsrecht des Beschuldigten bzw. seines Verteidigers beruht auf verfassungsrechtlichen Grundsätzen, nämlich dem Anspruch auf rechtliches Gehör (Art. 103 I GG) einerseits und/oder dem Recht auf ein rechtsstaatliches, faires Strafverfahren (Art. 20 III i.V.m. Art. 2 I GG) andererseits. - Im deutschen Strafverfahrensrecht ist das **Akteneinsichtsrecht des Verteidigers in § 147 StPO geregelt**; ohne Einschränkung wird ihm dieses Recht dort jedoch nur gewährt, sofern die Ermittlungen abgeschlossen sind; vorher kann die Ak-

teneinsicht hingegen gem. § 147 I 1 StPO grds. ganz oder teilweise versagt werden, sofern andernfalls der Untersuchungszweck gefährdet wäre.– **Umstritten ist, in welchem Umfang Einsicht** in die Verfahrensakte **zu gewähren ist**: Das **BVerfG hält** regelmäßig eine „**Teilakteneinsicht**“ für **ausreichend**; der EGMR betont in st. Rspr., dem Verteidiger seien diejenigen Dokumente in der Ermittlungsakte zugänglich zu machen, „deren Kenntnis wesentlich ist, um die Rechtmäßigkeit der Haft seines Mandanten wirksam anfechten zu können; in Anlehnung an diese Rspr. verlangt der am 01.01.2010 in Kraft getretene § 147 II 2 StPO ebenfalls den Zugang des Verteidigers zu den für „die Beurteilung der Rechtmäßigkeit der Freiheitsentziehung wesentlichen Informationen“; sachgerecht erscheint es somit, dem Verteidiger in Übereinstimmung mit der wohl herrschenden Lehre einen Anspruch auf Einsichtnahme in diejenigen Akten zu gewähren, welche die Staatsanwaltschaft dem Gericht vorlegt, das über die Anordnung bzw. Aufrechterhaltung der Untersuchungshaft zu entscheiden hat; dies entspricht auch der neueren Rspr. des BVerfG, wonach dem Beschuldigten „die Beweismittel auf die gleiche Art und Weise zugänglich und anschaulich“ zu machen sind „wie dem Richter“. – Es **obliegt** zunächst **der Staatsanwaltschaft zu entscheiden, inwieweit dem Verteidiger** im Haftverfahren **Akteneinsicht gewährt wird**; dies **entspricht der in § 147 V 1 StPO enthaltenen, eindeutigen Zuständigkeitsregelung**, die sich auf das gesamte Ermittlungsverfahren erstreckt; der Verteidiger wiederum kann die Verweigerung bzw. Beschränkung der Akteneinsicht durch die Staatsanwaltschaft gem. § 147 V 2 StPO einer Kontrolle durch den Ermittlungsrichter unterwerfen.

3. **Klotz**: Wiedereinsetzung in den vorigen Stand bei fehlerhafter Telefax-Übermittlung fristgebundener Schriftsätze (MDR 2011, 581)

Eine **Wiedereinsetzung wird nicht gewährt, wenn der Rechtsanwalt mit der Übermittlung eines** auch nur etwas **umfangreicheren Schriftsatzes** (von fünf Seiten oder mehr) **erst drei, zwei oder gar nur eine Minute vor Fristablauf beginnt**. - Die zur Zeit noch einzige Alternative wurde jüngst vom OLG Naumburg NJOZ 2011, 910 aufgezeigt: Statt das Risiko einer verspäteten Berufung(sbegründung) einzugehen, **sollte der Prozessbevollmächtigte** zunächst vor 24:00 Uhr ein kurzes **Fristverlängerungersuchen an das zuständige Gericht per Fax senden** und am besten **unmittelbar im Anschluss daran den Schriftsatz direkt übermitteln**.

4. **Cierniak/Pohlitz**: Die Rspr. des BGH zum Beweisantragsrecht (NSTz 2011, 261)
5. **Cirener**: Die Zulässigkeit von Verfahrensrügen in der Rspr. des BGH – Teil 1 u. 2 (NSTz-RR 2011, 134 u. 168)

### III. öffentliches Recht

1. **Roggan**: Der Einsatz von Video-Drohnen bei Versammlungen (NVwZ 2011, 590)

Die **Verwendung von unbemannten Luftfahrzeugen**, die mit **Foto- oder Videotechnik ausgerüstet** sind (sog. Drohnen), **kann mit der Erhebung personenbezogener Daten verbunden sein**; namentlich können sie Hauptzweck des Einsatzes von UAS-Pol sein. - Die **Rechtsgrundlage** ergibt sich aus den für den jeweiligen Einsatzzweck maßgeblichen **Eingriffsregimen**, namentlich dem **Gefahrenabwehrrecht**, der **StPO** oder – sofern die Versammlungsfreiheit aus Art. 8 I GG betroffen ist – dem Versammlungsrecht; dabei wird insbes. darzustellen sein, wie sich die Art und Weise des Drohneneinsatzes sowie ihr konkreter Anlass auf die Anforderungen an die Ermächtigungsgrundlage auswirken. - Die Befürchtung von potenziellen Teilnehmern, unbemerkt zum Gegenstand von polizeilichen Überwachungsmaßnahmen zu werden, verlangt nach einer **strikten Begrenzung entsprechender Befugnisse**; das **geltende Versammlungsrecht enthält solche nicht**, woraus sich bundesweit die Unzulässigkeit eines nicht erkennbaren Videografierens – z.B. durch einen Drohnen-Einsatz – ergibt; es ist deshalb grundlegend zweifelhaft, dass die heimliche Erhebung personenbezogener Daten im Versammlungsgeschehen zum Standardrepertoire des vollzugspolizeilichen Eingriffshandelns gehört. - De lege ferenda ist zu bedenken, dass eine Regelung jedenfalls dann, wenn die Strafverfolgungsvorsorge im Tatbestand Niederschlag fände, als kompetenzwidrig einzustufen sein dürfte: Denn wenn und solange das Eingriffsregime der Strafprozessordnung im Zweifel als abschließend zu betrachten ist, sind die **Landesgesetzgeber auf Grund der Sperrwirkung des Art. 72 I GG von der Befugnis zur Normsetzung ausgeschlossen**. - Selbst wenn man aber nicht erkennbaren Datenerhebungen im Versammlungsrecht einen präventiven Charakter zuspräche, wäre die erhebliche Beeinträchtigung der inneren Versammlungsfreiheit in Rechnung zu stellen und damit der **Verhältnismäßigkeitsgrundsatz** in besonderer Weise zu beachten; die vorzunehmende Abwägung zwischen einer nicht erkennbaren, vorsorgenden Erfassung von sich potenziell strafbar verhaltenden Versammlungsteilnehmern einerseits und einem ebenso „**vorsorglichen**“ **Schutz der Versammlungsfreiheit** andererseits haben die geltenden Versammlungsgesetze ohne Einschränkung zu Gunsten letztgenannter ausgehen lassen; hiermit kann de lege lata die Verfolgung von Straftätern im Sinne einer **beweissicheren Dokumentation** zumindest beeinträchtigt sein; jedoch ist eine solche legislative Wertung weder aus verfassungsrechtlicher noch rechtspolitischer Perspektive zu beanstanden.

2. **Scheidler**: Beschränkungen der Gewerbefreiheit durch Versammlungen und Demonstrationen (GewA 2011, 137)

Als **Mittel der Teilhabe am politischen Meinungsbildungsprozess** ist das **Grundrecht der Versammlungsfreiheit** aus Art. 8 I GG von **elementarer Bedeutung** in einer freiheitlich demokratischen Grundordnung; dieser hohe Stellenwert ist zu berücksichtigen, wenn es zu einer Kollision mit Grundrechten Dritter kommt, so auch mit der sich in der Gewerbefreiheit manifestierenden Berufsfreiheit aus Art. 12 I GG von Geschäftsinhabern, deren Ladeneingänge anlässlich einer Demonstration durch Menschenmengen so blockiert werden, dass es zu Umsatzeinbußen kommt. - Bei solchen Grundrechtskollisionen muss die Versammlungsbehörde versuchen, im Wege der praktischen Konkordanz **sämtliche Grundrechtspositionen in einen bestmöglichen Ausgleich zuein-**

**ander zu bringen**; bei der vorzunehmenden Abwägung muss die Gewerbefreiheit insoweit zurücktreten, als es Demonstranten zuzugestehen ist, über den gewählten Ort der Demonstration einen möglichst publikumswirksamen Zusammenhang herzustellen, was oftmals zwangsläufig mit der Behinderung Dritter einhergeht; allerdings muss versucht werden, diese Behinderungen so gering wie möglich zu halten, ohne der Demonstration seine Publikumswirksamkeit zu nehmen. - Nicht vom Grundrecht der Versammlungsfreiheit gedeckt sind hingegen **Verhinderungsblockaden**, die nur den Zweck verfolgen, andere Rechtsträger in ihrer Rechtsposition zu beeinträchtigen, da es hier nicht mehr um öffentliche Kundgabe einer gemeinsamen Aussage oder den Einsatz hinnehmbarer Mittel zur Verstärkung dieser Kundgabe geht, sondern primär um „Selbstvollzug“ gewünschter Maßnahmen oder um bloße Schädigung Dritter; in derartigen Fällen setzt sich die Gewerbe- und damit die Berufsfreiheit des Gewerbetreibenden durch; dedeckt vom Grundrecht der Versammlungs- und Meinungsfreiheit sind hingegen Boykottaufrufe ohne direkte Blockadeaktionen.

3. **Kloepfer/Greve**: Das Informationsfreiheitsgesetz und der Schutz von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen (NVWZ 2011, 577)
4. **Henneke**: Finanzkontrolle im föderativen Staat - Im Spannungsverhältnis zwischen Effektivitätsmaximierung und Wahrung von Selbstverwaltung und Haushaltsautonomie (DÖV 2011, S. 417)

Bespr. der Entsch. **BVerfG DÖV 2010, 982**, wonach bei einem Auseinanderfallen von Verwaltungs- und Finanzierungszuständigkeit für Prüfbefugnisse des Bundes grds. auf die **Verwaltungszuständigkeit** abzustellen ist. - Die Prüfungs- und Erhebungskompetenzen des Bundesrechnungshofs sind mit den Exekutivkompetenzen des Bundes, die sich in besonderen Einzelfällen auch aus Art. 104 a V 1 HS. 2, S. 2 GG herleiten können und Grund und Grenze der Tätigkeit des Bundesrechnungshofs bilden, verknüpft; für die Bestimmung der Reichweite seiner Befugnisse gibt die Annahme einer Finanzgewalt demgegenüber nichts her; daher ist nach Ansicht des Autors nicht nur § 6a ZulnVG partiell verfassungswidrig, sondern auch § 6b SGB II.

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

1. **Hellwig**: Haftpflichtversicherung statt Handelndenhaftung bei der Partnerschaftsgesellschaft (NJW 2011, 1557)

Bei Erlass des PartGG im Jahre 1994 wurde die **Partnerschaftsgesellschaft als moderne Zusammenschlussform für die Angehörigen Freier Berufe** allseits begrüßt; bei ihr **haften für Verbindlichkeiten der Partnerschaft neben dem Vermögen der Partnerschaft die Partner als Gesamtschuldner** (§ 8 I PartGG); für die **Haftung für berufliche Fehler** gilt die **Sonderregelung**, dass dann, wenn nur einzelne Partner mit der Bearbeitung eines Auftrags befasst waren, nur diese für berufliche Fehler neben der Partnerschaft haften (§ 8 II PartGG). - Dass diese Regelung der Haftungsbeschränkung auf den Handelnden möglicherweise nicht ausreichen würde, hat schon der damalige Gesetzgeber erkannt: Nach **§ 8 III PartGG** kann nämlich durch Gesetz für einzelne Berufe eine Beschränkung der Haftung aus fehlerhafter Berufsausübung auf einen bestimmten Höchstbetrag zugelassen werden, wenn zugleich eine **Pflicht zum Abschluss einer Berufshaftpflichtversicherung** begründet wird; die bloße Existenz dieser Norm zeigt, dass die Notwendigkeit einer über die Beschränkung der Haftung auf den Handelnden hinausgehenden weiteren, haftpflichtversicherungsbasierten Haftungsbeschränkung schon damals gesehen wurde. – Nach dem derzeit diskutierten Vorschlag des DAV soll der Handelndenhaftung nach § 8 II PartGG ein alternatives fakultatives Modell der persönlichen Haftungsbeschränkung dahingehend an die Seite gestellt werden, dass die Haftung für Schäden aus fehlerhafter Berufsausübung auch mit Blick auf den Handelnden auf das Vermögen der Partnerschaft beschränkt ist, wenn ein angemessener Berufshaftpflichtversicherungsschutz besteht; eine Öffnungsklausel in diese Richtung müsste in § 8 PartGG aufgenommen werden und würde sich an den dort in Abs. 3 bereits enthaltenen Gedanken einer haftpflichtversicherungsbasierten Beschränkung der persönlichen Haftung anlehnen; in der BRAO müsste zudem geregelt werden, was als angemessener Haftpflichtversicherungsschutz anzusehen ist, wobei der Rückgriff auf die Vorschriften bei der Rechtsanwalts-GmbH nahe liegt. - Nach dem Vorschlag des DAV sollen für sonstige Verbindlichkeiten, also aus Mietverträgen, Anstellungsverträgen etc., neben dem Vermögen der Partnerschaft weiterhin auch die Partner persönlich haften; an der Besteuerung als Personengesellschaft wird sich deshalb nichts ändern.

2. **Römermann**: Illegale Rechtsberatung bei betrieblicher Altersversorgung (NJW 2011, 884)

**Versicherungsvermittler erbringen** im Zuge ihrer Tätigkeit in der betrieblichen Altersversorgung regelmäßig **Rechtsdienstleistungen, ohne hierzu befugt zu sein**: weder sind sie originär zu Rechtsdienstleistungen befugt noch stellt dies eine zulässige Nebenleistung dar; abgeschlossene Beratungsverträge sind daher nichtig, Kunden können die Vergütung zurückfordern und Schadensersatz geltend machen; außerdem stellt die verbotene Rechtsdienstleistung eine **Ordnungswidrigkeit** dar. - Die **gleichzeitige Registrierung von Maklern als Rentenberater nach dem RDG ist** bei richtiger Betrachtung **ausgeschlossen**; auch die Beschäftigung **anwaltschaftlicher Zuarbeiter als Erfüllungsgehilfen** bei Rechtsdienstleistungen eines Maklers stellt **keinen gangbaren Weg** dar, zumal das RDG derartige Subunternehmerverhältnisse gerade nicht zugelassen hat; wer als Makler ein Beratungsangebot in der betrieblichen Altersversorgung unterbreiten möchte, kann dies also nur in offener Kooperation mit dazu befugten Rechtsanwälten und registrierten Rentenberatern und bei klarer Aufgabenverteilung unternehmen.

3. **Mayer**: Entwicklungen zum Rechtsanwaltsvergütungsgesetz 2007–2011 (NJW 2011, 1563)

Überreicht durch:

# Mandantenbrief

- neueste Informationen -

Aus Gesetzgebung, Rechtsprechung und Praxis

Juni 2011

## A. Aus der Gesetzgebung

### Gesetz zur Regelung von De-Mail-Diensten

Das Gesetz zur Regelung von De-Mail-Diensten und zur Änderung weiterer Vorschriften v. 28.04.2011, In-Kraft-Treten am 03.05.2011 (BGBl I 2011, 666).

#### I. Allgemeines

Das neue Gesetz soll die Funktionsfähigkeit und Akzeptanz der elektronischen Kommunikation trotz steigender Internetkriminalität und wachsender Datenschutzprobleme erhalten und ausbauen und dafür eine zuverlässige und geschützte Infrastruktur einführen, die die Vorteile der E-Mail mit Sicherheit und Datenschutz verbindet.

Das Bundesinnenministerium hat daher mit Unterstützung von Wirtschaft, Verwaltung und Verbänden die sog. „De-Mail“ entwickelt, die den rechtsverbindlichen und vertraulichen Versand von Dokumenten im elektronischen Rechts- und Geschäftsverkehr ermöglichen soll.

De-Mails sollen - anders als E-Mails - nur über verschlüsselte Kanäle versendet werden und Empfänger und Absender identifizierbar sein. De-Mail-Dienste akkreditierter Diensteanbieter sollen im elektronischen Geschäftsverkehr sichere Kommunikationslösungen ermöglichen, bei denen sich die Teilnehmer der Vertraulichkeit ihrer Kommunikation und der Identität ihrer Kommunikationspartner hinreichend sicher sein können. Zudem sollen die Möglichkeiten verbessert werden, die Authentizität von Willenserklärungen in elektronischen Geschäftsprozessen zu beweisen und Erklärungen nachweisbar zustellen zu können.

Den Rechtsrahmen für eine solche vertrauenswürdige Kommunikation im Internet soll das „Gesetz zur Regelung von De-Mail-Diensten“ bieten.

#### II. Die wichtigsten Neuregelungen im Überblick

1. De-Mail-Dienste sind nach § 1 I. 1 De-Mail-Gesetz Dienste auf einer elektronischen Kommunikationsplattform, die einen sicheren, vertraulichen und nachweisbaren Geschäftsverkehr für jedermann im Internet sicherstellen sollen. Dabei besteht das De-Mail-System im Wesentlichen aus einem sog. „Postfach- und Versanddienst“ (De-Mail), mit dem sich Dokumente und Nachrichten versenden und empfangen lassen. Die Datenübertragung an den Provider erfolgt - anders als bei einer einfachen E-Mail - immer verschlüsselt und integritätsgeschützt. Folglich können die Daten von Unbefugten weder eingesehen noch nachträglich verändert werden. Der De-Mail-Dienst wird durch eine sichere Dokumentenablage (De-Safe) und eine Möglichkeit zum zuverlässigen Identitätsnachweis (De-Ident) ergänzt.
2. Maßgeblich für den Erfolg der De-Mail ist ihre Vertrauenswürdigkeit. Daher darf die De-Mail nur von akkreditierten Providern angeboten werden, die nachweislich den strengen Sicherheitsanforderungen des De-Mail-Gesetzes (§ 18) genügen. Die Akkreditierung erfolgt auf Antrag, wenn das Bundesamt für die Sicherheit in der Informationstechnik (BSI) die Vertrauenswürdigkeit des Anbieters nach einer Überprüfung festgestellt hat. Nach § 17 I 3 und 4 De-Mail-Gesetz können akkreditierte Anbieter ihre Vertrauenswürdigkeit durch ein Gütezeichen nachweisen. Zudem dürfen sie gem. § 5 I De-Mail-Gesetz im Domainteil ihrer Mailadresse die Kennzeichnung „de-Mail“ verwenden, so dass für den Rechts- und Geschäftsverkehr die Akkreditierung leicht erkennbar ist.
3. Vertrauen soll aber nicht nur durch die Akkreditierung erzeugt werden, sondern auch durch eine sichere und vertrauenswürdige Art der Erbringung der De-Mail-Dienste, welche die §§ 3-8 De-Mail-Gesetz sicherstellen sollen: Für die Nutzung des Dienstes ist die Einrichtung eines Benutzerkontos erforderlich, die eine einmalige und zuverlässige I-

dentifizierung, z.B. mittels Post-Ident-Verfahren oder dem elektronischen Personalausweis, voraussetzt.

§ 5 II De-Mail-Gesetz sieht schließlich vor, dass dem Nutzer mehrere pseudonyme De-Mail-Adressen zur Verfügung gestellt werden können, wodurch das Erstellen von Persönlichkeitsprofilen möglichst verhindert aber zumindest erschwert werden soll. Dies steht auch nicht im Widerspruch zum erklärten Ziel des De-Mail-Gesetzes, eine sichere und offene elektronische Kommunikation zu schaffen, da die Identität des Kommunikationspartners dennoch über die sichere Erstanmeldung sichergestellt werden kann.

Auch die Vorschriften der §§ 9-16 De-Mail-Gesetz, wie z.B. gewisse Aufklärungs- und Dokumentationspflichten oder Regelungen zum Jugend- und Verbraucherschutz, sollen die Vertrauenswürdigkeit der De-Mail-Dienste auch während ihrer Nutzung sicherstellen.

4. Aufgrund der mit der Akkreditierung einhergehenden Vertrauenswürdigkeit eines De-Mail Dienstes können weitergehende Rechtsfolgen an die angebotenen Dienste geknüpft werden als dies bei einer bisherigen E-Mail möglich ist. Da im E-Mail-Verkehr ungewiss ist, mit wem tatsächlich kommuniziert wird, können E-Mails auch nur sehr beschränkt als belastbare Beweismittel dienen.

Anders hingegen die De-Mail: Es ist davon auszugehen, dass die Gerichte – wie bisher bereits bei EC-Karten – einen Anscheinsbeweis der sicheren Anmeldung annehmen werden. Es wird widerlegbar vermutet, dass der Nutzer selbst von seinem Konto aus im Internet gehandelt hat.

5. Auch die Verbesserung des Datenschutzes über das Internet ist ein zentrales Anliegen des De-Mail-Gesetzes. § 15 des Gesetzes sieht daher eine Zweckbindung der Datenerhebung vor und verweist i. Ü. pauschal auf das Telemediengesetz und das Telekommunikationsgesetz.

## B. Aus der Rechtsprechung

BGB  
§ 556 III

### deklaratorisches Schuldanerkenntnis vorbehaltlose Zahlung/Erstattung

BGB

(BGH in NJW 2011, 843; Urteil vom 12.01.2011 – VIII ZR 296/09)

Weder in der **vorbehaltlosen Zahlung einer Betriebskostennachforderung** durch den Mieter **noch** in der **vorbehaltlosen Erstattung eines** sich aus der Betriebskostenabrechnung ergebenden **Guthabens** durch den Vermieter ist ein **deklaratorisches Schuldanerkenntnis** zu sehen, das einer späteren Nach- oder Rückforderung während des Laufs der Fristen der § 556 III 2, 3, 5, 6 BGB entgegensteht.

- I. Bis zum Inkrafttreten des **Mietrechtsreformgesetzes** entsprach es der **überwiegenden Auffassung in Rspr. und Lit.**, dass in der vorbehaltlosen Zahlung einer Betriebskostennachforderung durch den Mieter sowie in der vorbehaltlosen Erstattung eines sich aus der Betriebskostenabrechnung ergebenden Guthabens seitens des Vermieters ein deklaratorisches Schuldanerkenntnis zu sehen sei, das den Saldo verbindlich werden lasse und Rückforderungen des Mieters wie auch des Vermieters ausschließe (vgl. nur Staudinger/Weitemeyer, BGB, Neubearb. 2006, § 556 Rn 133; Schmidt-Futterer, § 556 Rn 402 ff., jew. m. w. Nachw.; vgl. zu den unterschiedlichen Begründungsansätzen innerhalb der genannten Auffassung Milger NZM 2009, 497 m. w. Nachw.).

- II. Ein **Teil der Lit. hält an dieser Auffassung** auch nach dem Inkrafttreten des Mietrechtsreformgesetzes **fest**

vgl. Staudinger/Weitemeyer, § 556 Rn 134; Schmidt-Futterer, § 556 Rn 408 ff.; Palandt/Weidenkaff, BGB, 70. Aufl., § 556 Rn 3; Erman/Jendrek, BGB, 12. Aufl., § 556 Rn 14

während ein **anderer Teil** die Ansicht vertritt, diese Auffassung lasse sich insbes. wegen der dem Mieter nunmehr zustehenden Einwendungsfrist gem. § 556 III 5 BGB und der in § 556 IV BGB enthaltenen Bestimmung, wonach eine abweichende Regelung zum Nachteil des Mieters unwirksam ist, nicht mehr aufrechterhalten.

MüKo-BGB/Schmid, 5. Aufl., § 556 Rn 102 f.; Soergel/Heintzmann, BGB, 13. Aufl., § 556 Rn 31; Prütting/Wegen/Weinreich, BGB, 5. Aufl., § 556 Rn 53, jew. m. w. Nachw.; Sternel ZMR 2001, 937; im Grundsatz ebenso Blank/Börstinghaus, § 556 Rn 159; Jauernig/Teichmann, § 556 Rn 6; Bamberger/Roth, BGB, 2. Aufl., § 556 Rn 71

- III. **BGH aaO** vertritt nunmehr die Auffassung, dass jedenfalls **seit der gesetzlichen Einführung der ausschlussbewehrten Abrechnungs- und Einwendungsfristen** gem. § 556 III 2, 3, 5, 6 BGB **kein Raum** mehr für die **Annahme** ist, **in der vorbehaltlosen Zahlung** einer sich aus einer Betriebskostenabrechnung ergebenden Nachforderung allein oder in der bloßen vorbehaltlosen Auszahlung oder Gutschrift eines aus einer Betriebskostenabrechnung folgenden Guthabens **sei ein deklaratorisches Schuldanerkenntnis zu sehen**.

1. Begründet wird dies zunächst mit dem Hinweis darauf, dass die **Abrechnungsfrist des § 556 III 2 BGB** und der durch § 556 III 3 BGB angeordnete **Ausschluss von Nachforderungen nach Fristablauf der Abrechnungssicherheit** dienen und Streit vermeiden sollen (BT-Dr 14/4553, S. 37 = NZM 2000, 415).

„Sie gewährleisten eine zeitnahe Abrechnung, damit der Mieter in einem **überschaubaren zeitlichen Zusammenhang mit dem Abrechnungszeitraum** entweder über ein sich bei der Abrechnung zu seinen Gunsten ergebendes Guthaben verfügen kann oder Gewissheit darüber erlangt, ob und in welcher Höhe er mit einer Nachforderung des Vermieters rechnen muss (BGH NJW 2005, 219 = NZM 2005, 13; NJW 2006, 903 = NZM 2006, 222; NJW 2006, 3350 = NZM 2006, 740; NJW 2008, 1150 = NZM 2008, 204).

Ebenso dienen die auf Anregung des Bundesrats im Interesse der Ausgewogenheit in das Mietrechtsreformgesetz angenommene Frist für Einwendungen des Mieters gegen die Betriebskostenabrechnung (§ 556 III 5 BGB) und der durch § 556 III 6 BGB auch insoweit angeordnete Einwendungsausschluss nach Fristablauf zugleich der Rechtssicherheit, da dadurch in absehbarer Zeit nach einer Betriebskostenabrechnung Klarheit über die wechselseitig geltend gemachten Ansprüche besteht (vgl. BT-Dr 14/5663, S. 79 = NZM 2001, 798; vgl. auch Schmidt-Futterer, § 556 Rn 409).“

Durch die gesetzlichen Regelungen ist damit umfassend gewährleistet, dass die Mietvertragsparteien nach überschaubarer Zeit **Klarheit über ihre Verpflichtungen aus einem abgeschlossenen Abrechnungszeitraum** erlangen. Ein Erfordernis für die Annahme eines bereits in einer vorbehaltlosen Zahlung oder einer vorbehaltlosen Gutschrift zu sehenden deklaratorischen Schuldanerkenntnisses besteht deshalb jedenfalls nach derzeitiger Rechtslage nicht mehr.“ (BGH aaO)

3. Der Umstand, dass die in **§ 556 III BGB** vorgesehenen Fristen für die Mitteilung der Betriebskostenabrechnung und der gegen Letztere gerichteten Einwendungen im Einzelfall zu einem längeren Schwebezustand bis zur Klarheit über die Verpflichtungen der Mietvertragsparteien aus einem abgeschlossenen Abrechnungszeitraum führen können als bei der Annahme eines bereits in der vorbehaltlosen Zahlung oder Gutschrift zu sehenden deklaratorischen Schuldanerkenntnisses, ändert hieran nichts.

„Denn der Gesetzgeber hat die genannten Fristen so kurz bemessen, dass sich der insoweit mögliche **Schwebezustand auf einen überschaubaren und daher für beide Mietvertragsparteien zumutbaren Zeitraum beschränkt**.“ (BGH aaO)

StGB  
§ 266 I

### Untreue

StGB

#### Vermögensbetreuungspflicht des Gerichtsvollziehers

(BGH in wistra 2011, 184 = NSTZ 2011, 281; Beschluss vom 12.04.2010 – 7 CE 10.405)

Den **Gerichtsvollzieher trifft** im Rahmen des ihm erteilten Vollstreckungsauftrags eine **Vermögensbetreuungspflicht gegenüber dem Vollstreckungsgläubiger**.

„Zwar **handelt der Gerichtsvollzieher hoheitlich** und wird **nicht als Vertreter des Gläubigers** tätig (Zöller/Stöber ZPO, 28. Aufl., § 753 Rn 4). Die **Zwangsvollstreckung dient aber den Gläubigerinteressen**. Sie erfordert als verfahrenseinleitende Prozesshandlung einen Antrag des Gläubigers. Damit bestimmt der Gläubiger Beginn, Art und Ausmaß des Vollstreckungszugriffs. Er hat die Herrschaft über seinen vollstreckbaren Anspruch und bleibt somit auch **„Herr“ seines Verfahrens** (Zöller/Stöber aaO, vor § 704 Rn 19). Zudem hat der Gerichtsvollzieher die **Vorschriften der Geschäftsanweisung für Gerichtsvollzieher (GVGA)** zu beachten (vgl. Zöller/Stöber aaO, § 753 Rn 4). Deren Einhaltung gehört nach § 1 IV GVGA zu den **Amtspflichten des Gerichtsvollziehers**. Nach § 58 Nr. 1 GVGA handelt der Gerichtsvollzieher bei der ihm zugewiesenen Zwangsvollstreckung selbständig. Er hat gem. § 58 Nr. 2 GVGA die Weisungen des Gläubigers insoweit zu berücksichtigen, als sie mit den Gesetzen oder der Geschäftsanweisung nicht in Widerspruch stehen. Insbesondere hat der Gerichtsvollzieher nach § 106 Nr. 6 GVGA die empfangene Leistung und nach § 138 Nr. 1 GVGA bzw. § 170 GVGA gepfändetes oder ihm gezahltes Geld nach Abzug der Vollstreckungskosten unverzüglich an den Gläubiger abzuliefern.

Gegen diese Amtspflichten hat der Angekl. verstoßen, indem er das von den Vollstreckungsschuldnern erhaltene Geld im Umfang der zuviel einbehaltenen Gebühren nicht an die Gläubiger weitergeleitet hat.“ (BGH aaO)

StPO  
§ 136a

### Lügendetektortest untaugliches Beweismittel

StPO

(KG in FamRZ 2011, 839; Beschluss vom 11.10.2010 – 19 WF 136/10)

Ein **Lügendetektortest** ist ein **untaugliches Beweismittel**.

„Der **1. Strafsenat des BGH** hat bereits die polygraphische Untersuchung mittels Kontrollfragentest mit ausführlicher Begründung und nach Einholung mehrerer Sachverständigengutachten als **völlig ungeeignetes Beweismittel i. S. des § 244 III StPO** angesehen, da ihr **keinerlei Beweiswert** zukomme (BGHSt 44, 308). Da das **Kontrollfragenverfahren konzeptionell nicht abgesichert** und seine **Funktionsweise nicht belegbar** sei, komme einem unter seiner Verwendung gewonnenen Ergebnis grds. weder ein Beweiswert noch auch nur eine „(minimale) indizielle Bedeutung“ zu. Dem hat sich der **3. Strafsenat des BGH** (NSTZ-RR 2000, 35) angeschlossen.

**Für den Zivilprozess ist eine abweichende Beurteilung ebenso wenig gerechtfertigt** (BGH NJW 2003, 2527) **wie für ein Sorgerechtsverfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit**. Abweichende Entscheidungen, die einen Polygraphentest zur Entlastung in Sorgerechts- und Umgangssachen als zulässig erachtet haben (vgl. z.B. OLG München FamRZ 1999, 674), stammen aus der Zeit vor Erlass des Urteils des BGH. Wenn ein Beweismittel aus tatsächlichen, wissenschaftlich belegten Gründen als für die Beweisführung im Strafprozess ungeeignet angesehen wird, gilt dies in gleicher Weise für die Beweisführung im Zivilprozess und im Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit (vgl. BGH NJW 2003, 2527). Insbes. die vom BGH näher begründeten Gesichtspunkte, dass eine erhebliche Gefahr der Fehlinterpretation der Testergebnisse besteht und das von dem Sachverständigen gewonnene Ergebnis für das Gericht nicht überprüfbar ist, stehen einer Eignung auch in diesen Verfahren entgegen.“ (KG aaO)

RStV  
§ 56 I

**Gendarstellungsanspruch**  
**Äußerungen auf Internetseite einer Rechtsanwaltskanzlei**  
(OLG Bremen in NJW 2011, 1611; Urteil vom 14.01.2011 – 2 U 115/10)

RA/Nt

Die **Internetseite einer Rechtsanwaltskanzlei** ist dann **journalistisch-redaktionell gestaltet**, wenn sich ihr Inhalt nicht in einer bloßen Eigenwerbung erschöpft, sondern regelmäßig bearbeitete Neuigkeiten sowie laufend Pressemitteilungen von der Kanzlei herausgegeben und ins Internet eingestellt werden. **Unter den weiteren Voraussetzungen des § 56 I RStV besteht daher ein Gendarstellungsanspruch.**

Welche Angebote als „journalistisch-redaktionell“ gestaltet i. S. des § 56 RStV anzusehen sind, ist im RStV nicht definiert. Kennzeichnende Merkmale solcher Angebote sind eine gewisse Selektivität und Strukturierung, das Treffen einer Auswahl nach ihrer angenehmen gesellschaftlichen Relevanz mit dem Ziel des Anbieters, zur öffentlichen Kommunikation beizutragen, die Ausrichtung an Tatsachen (so genannte Faktizität), ein hohes Maß an Aktualität, nicht notwendig Periodizität, ein hoher Grad an Professionalisierung der Arbeitsweise und ein gewisser Grad an organisierter Verfestigung, der eine gewisse Kontinuität gewährleistet (vgl. Hahn/Vesting, § 54 RStV Rn 49 ff.).

„Diesen Kriterien entspricht der Internetauftritt der Bekl., der sich entgegen der von ihr im Rahmen dieses Rechtsstreits vertretenen Ansicht nicht in einer bloßen Eigenwerbung erschöpft. Die Bekl. überarbeitet ihre homepage regelmäßig und gibt von ihr bearbeitete Neuigkeiten („Aktuelles“, „TopNews für Anleger“) heraus. Sie gibt unter der Rubrik „Medien“ laufend Pressemitteilungen heraus, unterhält ein „Pressearchiv“ und stellt sich selbst unter der Überschrift „Medienarbeit“ dar.“ (OLG Bremen aaO)

BGB  
§§ 249, 823

**Ersatzbeschaffung**  
**Erwerb eines Neuwagens statt Gebrauchtfahrzeug**  
(OLG Naumburg in NJW-RR 2011, 245 = ZAP 2011, 346; Urteil vom 10.06.2010 – 2 U 7/10)

ZPOG

Bei einem **Kfz-Totalschaden** liegt eine **Ersatzbeschaffung i.S. einer Naturalrestitution** auch dann vor, wenn der **Geschädigte** sich bei der Ersetzung nicht auf die Beschaffung eines gleichwertigen (gebrauchten) Fahrzeugs beschränkt, sondern **sich einen Neuwagen anschafft.**

„Für die Frage der Erstattungsfähigkeit der Transportkosten ist davon auszugehen, dass die **Ersatzbeschaffung** eines gleichwertigen Fahrzeugs nach einem Totalschaden **kein Fall der Kompensation i. S. von § 251 BGB** ist, sondern eine **Form der Naturalrestitution**. Denn das **schadensersatzrechtliche Ziel der Restitution** beschränkt sich nicht auf eine Wiederherstellung der beschädigten Sache, sondern besteht in umfassenderer Weise darin, einen **Zustand wiederherzustellen, der wirtschaftlich betrachtet der ohne das Schadensereignis bestehenden fiktiven Lage entspricht**. Dieses Ziel kann bei der Beschädigung eines Fahrzeugs auch dadurch erreicht werden, dass der Geschädigte ein gleichwertiges Ersatzfahrzeug erwirbt (vgl. BGHZ 115, 364 = NJW 1992, 302; BGHZ 143, 189 = NJW 2000, 800; BGHZ 158, 388 = NJW 2004, 1943).

Dem Rechtscharakter als Naturalrestitution steht nicht entgegen, dass sich die Kl. hier nicht auf die Beschaffung eines gleichwertigen Ersatzfahrzeugs beschränkt hat, sondern statt eines etwa zweijährigen Gebrauchtwagens einen i. Ü. gleichartigen Neuwagen erworben hat. Das **Neufahrzeug** ist bei wirtschaftlicher und funktionaler Betrachtung **an die Stelle des durch den Unfall beschädigten Gebrauchtwagens getreten und hat diesen ersetzt**. Die **Ersatzbeschaffung** ist **unmittelbare und adäquate Folge des schädigenden Verhaltens** der Bekl. Die **Höherwertigkeit des Ersatzfahrzeugs** gegenüber dem totalgeschädigten Fahrzeug **führt** jedenfalls hier **nicht zu einer Unterbrechung des Kausalverlaufs**. Sie ändert nichts daran, dass die Beschaffung des Neuwagens durch den Unfall herausgefordert und wesentlich mitbestimmt worden ist, weil sie mit dem Ziel einer Ersetzung des verloren gegangenen Fahrzeugs erfolgte. Die Beschaffung eines neuwertigeren Fahrzeugs stellt auch **keine ungewöhnliche Reaktion der Geschädigten** dar. Das Interesse der Bekl. und ggf. auch dasjenige der Allgemeinheit an einer Beschränkung der Haftung im Hinblick auf die Höherwertigkeit des Ersatzfahrzeugs wird hierdurch nicht beeinträchtigt. Diesen Interessen wird durch das **Wirtschaftlichkeitsgebot des § 249 II 1 BGB** angemessen Rechnung getragen.“ (OLG Naumburg aaO)

BGB  
§ 1004

**Widerrufsanspruch**  
**Datenübermittlung an Wirtschaftsinformationsdienst**  
(LG Wiesbaden in MMR 2011, 348; Beschluss vom 21.10.2010 – 5 T 9/10)

BGB

**Wirtschaftsinformationsdienste dürfen** die Erteilung der **Restschuldbefreiung** in ihrem Datenbestand **bis zum Ablauf der Drei-Jahres-Frist speichern.**

„Die Erteilung einer Restschuldbefreiung lässt **Rückschlüsse auf die Zahlungsfähigkeit eines Schuldners** zu, der nachweislich über Jahre hinweg nicht in der Lage war, die bestehenden Insolvenzverbindlichkeiten vollständig auszugleichen, sondern die Möglichkeit der Restschuldbefreiung in Anspruch genommen hat. Das **Informationsbedürfnis des Geschäftsverkehrs in der InsO** ist überdies **an zahlreichen Stellen anerkannt** (vgl. etwa §§ 9, 23, 26, 30, 300 InsO). Darüber hinaus ergibt sich das Informationsbedürfnis der kreditgebenden Wirtschaft auch aus § 290 I Nr. 3 InsO (wird ausgeführt).

Darüber hinaus **belastet eine Speicherung von Daten**, deren Offenlegung sich der Betroffene auch sonst ggü. dem berechtigten Aufklärungsverlangen seiner Kreditgeber nicht entziehen könnte, **seine Person nicht unverhältnismäßig** (vgl. BGH NJW 1986, 2505). Wenn an die Kl. i.R.e. Finanzierungsgesprächs mit einem potenziellen Kreditgeber oder Vertragspartner von diesem die Frage gestellt würde, ob sie in früheren Zeiten Restschuldbefreiung erlangt hat, so könnte sich die Kl. diesem berechtigten Aufklärungsverlangen nicht entziehen. Unabhängig von der Frage, ob es sich bei der Erteilung der Restschuldbefreiung aus Sicht des Betroffenen um eine positive oder negative Information handelt, stellt dieser Umstand jedenfalls eine für die Bonitätsprüfung i.R.v. Vertrags- bzw. Kreditverhandlungen bedeutsame Information dar.

Dem Insolvenzschuldner einen wirtschaftlichen Neubeginn zu ermöglichen, steht der Speicherung von Bonitätsdaten schon deshalb nicht entgegen, weil durch die Restschuldbefreiung bei potenziellen Vertragspartnern nicht der Eindruck erweckt werden soll, das finanzielle Gebaren einer Person sei in der Vergangenheit in keinsten Weise zu beanstanden gewesen.“ (LG Wiesbaden aaO)

# Protokolle

## für die mündliche Prüfung

### Warum Prüfungsprotokolle?

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

### Wie läuft das ab?

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

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

### Was können Sie sonst noch tun?

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

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

### Was kostet das?

- **Selbstabholer: 79,00 € (09:00 – 16:00 Uhr)**  
(davon 25,00 € Erstattung bei Ablieferung ordnungsgemäßer Eigenprotokolle)
- **Versendung: 84,00 € (inkl. Porto und Verpackungskosten)**  
(davon 25,00 € Erstattung bei Ablieferung ordnungsgemäßer Eigenprotokolle)
- **Versendung als pdf-Dateien per E-Mail: 85,00 €** (Rücksendung der Protokolle entfällt; 25,00 € Erstattung bei Ablieferung ordnungsgemäßer Eigenprotokolle)  
(Preise auch bzgl. Eilversand vgl. [www.juridicus.de](http://www.juridicus.de))

**Zahlung nur im Voraus oder bei Abholung**

