



# PRAKTIKER-REPORT (PR)

Monatsschrift für den praktisch tätigen Juristen

---

**38. Jahrg.**

**Juli 2013**

**Heft 7**

---

**Aus dem Inhalt:**

- |                     |  |
|---------------------|--|
| <b>BGH:</b>         | Unzumutbarkeit der Nacherfüllung bei Montagsauto   |
| <b>BGH:</b>         | Schilderung sexuellen Missbrauchs in E-Mail        |
| <b>OLG Köln:</b>    | Betrug durch überhöhte Streitwertangaben           |
| <b>BVerfG:</b>      | Verfassungsmäßigkeit des Waffengesetzes            |
| <b>BGH:</b>         | Umfang der Auskunftspflicht des Drittschuldners    |
| <b>LG Hamburg:</b>  | Verwirkung des Räumungsanspruchs                   |
| <b>VGH München:</b> | Ordnungsgemäße Zustellung bei Übergabeeinschreiben |



#### **Impressum:**

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

Juristischer Verlag Juridicus GbR  
Hiberniastraße 6  
45879 Gelsenkirchen

Tel.: 0209 / 945 806 - 35

Fax: 0209 / 945 806 - 50

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

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

#### **Verantwortliche Redakteure:**

Silke Wollburg, Hiberniastraße 6, 45879 Gelsenkirchen

Britta Wegner, Hiberniastraße 6, 45879 Gelsenkirchen

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

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

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

**Erscheinungsweise:** monatlich

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

Zahlung quartalsweise im Voraus

## Inhalt

### Aus der Gesetzgebung

Die Änderung des RVG .....	1
----------------------------	---

### Brandaktuell

LSG NRW: Observation eines Leistungsempfängers (keine Grundrechtsverletzung bei punktueller Beobachtung) .....	2
---	---

### Entscheidungen materielles Recht

#### Zivilrecht

BGH: gehäuftes Auftreten von Mängeln (Unzumutbarkeit der Nacherfüllung bei „Montagsauto“) .....	3
BGH: Kausalität bei weiteren Unfallfolgen (allgemeine Unfallgefahr und besondere Gefahrenlage) .....	7

#### Strafrecht

BGH: Kinderpornografie (Schilderung sexuellen Missbrauchs in E-Mail) .....	11
OLG Köln: Betrug (überhöhte Streitwertangaben) .....	14

#### öffentl. Recht

BayVGH: Paintball und Menschenwürde (Vereinbarkeit bei Einhaltung bestimmter Vorgaben) .....	17
BVerfG: Verfassungsmäßigkeit des Waffengesetzes (Erfüllung staatlicher Schutzpflichten) .....	21

#### Kurzauslese I

BGH: Verjährungshemmung (Verfahrensstillstand wegen fehlender gerichtlicher Terminierung) .....	24
OLG Karlsruhe: Erfüllungsort (Rückzahlung des Kaufpreises Zug um Zug gegen Rückgewähr der Kaufsache) .....	24
OLG Rostock: Schadensersatzpflicht des Vermieters (Verstoß gegen Wirtschaftlichkeitsgebot) .....	24
BGH: Verletzung des Persönlichkeitsrechts (Suchergänzungsvorschläge in Internetsuchmaschine) .....	25
OLG Hamm: Ausbildungsunterhalt (Mehrbedarf wegen Besuch eines privaten Repetitoriums) .....	25
BGH: Widerstand gegen Vollstreckungsbeamte (Flucht vor der Polizei) .....	25
BGH: Gefährliche Körperverletzung (Schläge mit der Hand) .....	26
BGH: Gefährliche Körperverletzung (finale Verknüpfung zwischen Nötigung und Raub) .....	26
BGH: Begünstigung (Beteiligung an der Vortat) .....	26
OLG Celle: Untreue (mittelbare Täterschaft) .....	26
BGH: Steuerhinterziehung (Täuschungserfolg) .....	27
OLG Zweibrücken: Recht auf Informationsfreiheit (Benachrichtigungspflicht des Grundbuchamtes) .....	27
VGH München: Besichtigungsrecht (Denkmalschutzbehörde) .....	28
OVG Berlin-Bbg: Informationsanspruch (gegenüber Fraktionen im Dt. Bundestag) .....	28
OVG Münster: Öffentliche Bekanntmachung (Amtsblatt) .....	28
OVG Münster: Verwaltungsakt (behördliches Schreiben) .....	29

## Entscheidungen Verfahrensrecht

### Zivilrecht

BGH:	Umfang der Auskunftspflicht des Drittschuldners (Hinweis auf aufrechenbare Gegenforderung).....	30
LG Hamburg:	Verwirkung des Räumungsanspruchs (Gebrauchsgewährung ohne neuen Mietvertrag).....	33

### Strafrecht

LAG Hamm:	Verfahrensaussetzung (nemo-tenetur-Grundsatz).....	35
-----------	--	----

### öffentl. Recht

VGH München:	Zustellung durch Übergabeeinschreiben (Anforderungen an ordnungsgemäße Zustellung).....	39
VG Regensburg:	Vorbeugender Rechtsschutz durch Feststellungsklage (Bestehen eines qualifizierten Rechtsschutzinteresses).....	43

### Kurzauslese II

BGH:	Wiedereinsetzung in den vorigen Stand (fehlender Wiedereinsetzungsantrag).....	45
KG:	Sofortige Beschwerde (Zurückweisung eines Arrestantrags).....	45
BGH:	Wiedereinsetzung in den vorigen Stand (Antrag auf Akteneinsicht enthält keinen konkludenten Fristverlängerungsantrag).....	46
BSG:	Unzulässige Wiederaufnahmeklage (Zurückweisung durch Beschluss).....	46
LG Dessau-Roßlau:	Pfändungsschutz (Aufwandsentschädigung für Kommunalabgeordneten).....	47
LG Duisburg:	Zeugnisverweigerungsrecht (Betreiber eines Internetdienstes).....	47
OLG Stuttgart:	Akteneinsichtsrecht des Verteidigers (Rechtsmittel gegen Entscheidungen über Art u. Weise der Akteneinsicht).....	48
BGH:	Verfahrensfördernde Gespräche (Erörterung des Verfahrensstands).....	48
KG:	Verfahrensabtrennung (Unzulässigkeit der Beschwerde gegen Abtrennungsentscheidung).....	49
VGH München:	Normenkontrollverfahren (Erlass einer einstweiligen Anordnung).....	49
VGH Mannheim:	Urkundenbeweis (Sachverständigengutachten).....	50
OVG Münster:	Beschwer des Klägers (trotz antragsgemäßer Entscheidung).....	50
VGH München:	Berufungsschrift (Unzulässigkeit der Umdeutung in Zulassungsantrag).....	50

## Speziell für Rechtsanwälte und Notare

### Gebühren und Kosten

OLG Schleswig:	Anwaltlicher Vergütungsanspruch (Nichtbetreiben eines Scheidungsverfahrens).....	47
OLG Bremen:	Gebührenanspruch des Verteidigers (verbundene Verfahren).....	47
OLG Köln:	Terminsgebühr (Mitwirkung an außergerichtlichen Verhandlungen).....	48
OLG Koblenz:	Kostenerstattungsanspruch (Rechtsmittelrücknahme vor Begründung).....	48
BGH:	Kostenerstattungsanspruch (im Prozess nicht vorgelegtes Privatgutachten).....	48

## Inhaltsverzeichnis

---

BGH:	Erledigung vor Rechtshängigkeit (Zulässigkeit einer Kostenerstattungsklage).....	49
OLG Köln:	Kostenentscheidung in Familiensachen (Hauptsacheerledigung).....	49
<b>Aus der Praxis</b>		
LG Aachen:	Schadensersatzanspruch (Nutzungsausfallentschädigung für 565 Tage).....	50
BGH:	Rechtsmittelrücknahme (Umfang der Aufklärungspflicht des Berufungsanwalts).....	50
LAG Hamm:	Prozesskostenhilfe (Erforderlichkeit der Beiordnung eines Rechtsanwalts bei Zahlungsklage).....	51
OLG Saarbrücken:	Verfahrens-/Prozesskostenhilfe (Berücksichtigung von VKH-/PKH-Raten aus anderen Verfahren).....	51
LAG Berlin-Bbg.:	Gerichtlicher Vergleichsvorschlag (Versäumung der Annahmefrist).....	51
BGH:	Aufhebung eines Pfändungs- und Überweisungsbeschlusses (keine Wiederherstellung im Rechtsmittelverfahren).....	52
LG Dortmund:	Beantragung eines Pfändungs- und Überweisungsbeschlusses (Verwendung eines farbigen Vordrucks).....	52
VG Sigmaringen:	Entziehung der Fahrerlaubnis (wegen politischer Äußerungen).....	53
<b>Steuern</b>		
BFH:	Doppelte Haushaltsführung (aufwandsunabhängige Inanspruchnahme der Entfernungspauschale).....	55
LG Saarbrücken:	Beschlagnahmeschutz (Durchsuchung der Kanzleiräume eines Steuerberaters).....	55
<b>Weitere Schriftumsnachweise</b> .....		58



## Aus der Gesetzgebung

### Die Änderung des RVG

Gesetz zur Änderung des Prozesskostenhilfe- und Beratungshilferechts und 2. KostRMOG; Inkraft-Treten voraussichtlich am 01.01.2014 bzw. am 01.08.2014

#### I. Allgemeines

Der Bundesrat hat am 5. Juli 2013 die Ergebnisse des Vermittlungsausschusses zum 2. KostRMOG und zum Gesetz zur Änderung des Prozesskostenhilfe- und Beratungshilferechts gebilligt. Damit tritt das Gesetz zur Änderung des Prozesskostenhilfe- und Beratungshilferechts zum 01.01.2014 in Kraft und das 2. KostRMOG am 1. des auf die Veröffentlichung im Bundesgesetzblatt folgenden Monats in Kraft, voraussichtlich also am 1. August 2013.

Die neuen Regelungen sehen eine lineare Anpassung verschiedener streitwertabhängiger Gerichtsgebühren an die aktuelle Preisentwicklung vor: So werden z. B. bei Grundbucheintragungen, Testamentseröffnungen, Zwangsversteigerungen, Betreuungen, Vormundschaften und Pfllegschaften bereits bestehende Festgebühren angehoben bzw. neue eingeführt.

Die wichtigsten Änderungen betreffen die Umsetzung gefestigter Rspr. in den Gesetzestext, wodurch bisher bestehende Streitfragen geklärt sind.

Die Reform der Rechtsanwaltsgebühren steht nicht allein, sondern ist Bestandteil einer Modernisierung des gesamten Kostenrechts durch das 2. Kostenrechtsmodernisierungsgesetz – 2. KostRMOG (BT.-Drucks. 17/11471).

#### II. Die wichtigsten Regelungen im Überblick

Wichtige Änderungen betreffen

- den zukünftig erweiterten Anwendungsbereich der Terminsgebühr
- die Einführung einer Zusatzgebühr für besonders umfangreiche Beweisaufnahmen
- die Erhöhung der Beschwerdegebühren in FG-Verfahren
- die Erhöhung der Beschwerdegebühren in Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes
- die Einigungsgebühr für Zahlungsvereinbarung
- die Erstreckung der Verfahrenskostenhilfe bei Scheidungsfolgenvereinbarungen
- die Berücksichtigung der Tätigkeit im PKH-Verfahren bei der Bestimmung der angemessenen Gebühr
- weitere Anwendungsfälle der zusätzlichen Gebühr in Straf- und Bußgeldsachen
- doppelte Postentgeltpauschale in Straf- und Bußgeldsachen
- die gesonderte Vergütung für Farbkopien
- die Anhebung der Tages- und Abwesenheitsgelder
- die Neustrukturierung der außergerichtlichen Vergütung in verwaltungs- und sozialrechtlichen Angelegenheiten (Gebührenanrechnung statt ermäßigtem Gebührenrahmen).

## Brandaktuell

**GG** **VerfR**  
**Art. 2 I** **Observation eines Leistungsempfängers**  
**keine Grundrechtsverletzung bei punktueller Beobachtung**

(LSG Nordrhein-Westfalen BeckFD-SozVR 2013, 347875; Beschluss vom 13.05.2013 - L 12 AS 175/13 B)

**Fall:** Die Beschwerdeführerin – Klägerin im Ursprungsverfahren – bezog bis Mai 2013 Leistungen nach dem SGB II. Während dieses Leistungsbezugs wurden Ermittlungen eingeleitet, um zu klären, ob die Beschwerdeführerin in einer Bedarfsgemeinschaft lebe. Hierzu wurden an drei Tagen der Hauseingang der Beschwerdeführerin observiert und Briefkastendeckel und Klingelleiste auf die ausgewiesenen Namen hin kontrolliert. Die Beschwerdeführerin begehrt nun mittels Klage die Feststellung, dass die genannten (Observierungs-) Maßnahmen unrechtmäßig gewesen seien und beantragte in diesem Zusammenhang die Bewilligung von PKH.

Die Bewilligung von PKH wurde mangels hinreichender Aussicht auf Erfolg des Verfahrens vom SG Aachen versagt. Nach Ansicht des SG sei die Klage unzulässig, da schon kein Feststellungsinteresse (Wiederholungsgefahr, Rehabilitationsinteresse oder Entscheidung einer sozialrechtlichen Vorfrage mittels Feststellungsklage, die für ein künftiges Verfahren vor einem ordentlichen Gericht bedeutsam sei) vorläge. Hiergegen legte die Beschwerdeführerin Beschwerde ein.

### I. Zulässigkeit der Feststellungsklage

Es müsste insbesondere ein erforderliches besonderes Feststellungsinteresse bestehen.

#### 1. Wiederholungsgefahr

*„Da die Beschwerdeführerin nicht mehr im Leistungsbezug stehe, liege keine Wiederholungsgefahr vor. Die Frage, ob eine Bedarfsgemeinschaft vorliege, sei nämlich nicht mehr von Relevanz.“* (LSG NRW aaO)

#### 2. Rehabilitationsinteresse

*„Ebenso wenig könne sich die Beschwerdeführerin in Hinblick auf ihr **Persönlichkeitsrecht** aus Art. 2 I GG auf ein **Rehabilitationsinteresse** berufen, da Tatsachen, aus denen sich ein Rehabilitationsinteresse ergäbe, nicht vorgetragen wurden. Die gerügten Observationen hätten nach dem Parteivorbringen **nicht gegenüber Dritten Aufsehen erregt** und dadurch die Beschwerdeführerin in ihrem Ansehen erheblich beeinträchtigt oder sonst diskreditiert.“* (LSG NRW aaO)

#### 3. Präjudiziabilität

*„Zuletzt vermag auch die vorgebrachte Präjudiziabilität nichts am Ergebnis zu ändern, da sich alle Fragen des Rechtsschutzbegehrens der Beschwerdeführerin vor Beschreiten des Sozialrechtswegs erledigt haben. Damit ist die Feststellungsklage gegenüber einer zivilrechtlichen Schadensersatzklage subsidiär (Keller in: Meyer-Ladewig/Keller/Leitherer, 10. Aufl. 2012, § 55 Rn. 15b m.w.N.). Es sei nicht Aufgabe der Sozialgerichtsbarkeit, eine isolierte Vorprüfung im kostengünstigeren Sozialrechtsweg für eine vor den ordentlichen Gerichten anhängig zu machende Schadensersatzklage durchzuführen.“* (LSG NRW aaO)

#### 4. Grundrechtsrelevanz

Ein Feststellungsinteresse kann sich neben den genannten Gründen auch daraus ergeben, dass in erheblichem Umfang in Grundrechte eingegriffen wird. Würde ansonsten ein möglicher Grundrechtseingriff vollständig der gerichtlichen Kontrolle entzogen, so gebietet die in Art. 19 IV GG verankerte Gewährleistung effektiven Rechtsschutzes es, einen Sachverhalt der gerichtlichen Kontrolle zu unterstellen.

*„Auch die Voraussetzungen für einen **intensiven Grundrechtseingriff** lägen nicht vor, da die Beschwerdeführerin nicht anderswo als außerhalb ihres Hauses, wo sie ohnehin dem Blick der Öffentlichkeit ausgesetzt gewesen sei, beobachtet wurde und **keine technischen Mittel** zum Einsatz kamen.“* (LSG NRW aaO)

Die Feststellungsklage ist mangels Feststellungsinteresse schon nicht zulässig.

### II. Begründetheit der Feststellungsklage

*„Unabhängig davon wäre eine Feststellungsklage auch unbegründet. Zwar **fehlt** es für die Erhebung von Ermittlungsergebnissen aus einer Observation an einer **Rechtsgrundlage**. Jedoch ist die Überprüfung der **Tatbestandsvoraussetzungen einer Norm** zulässig. Der Eingriff muss von der **Reichweite** und **Intensität** her in einem ausgewogenen Verhältnis zu dem im überwiegenden öffentlichen Interesse liegenden Ziel stehen, Sozialleistungsmisbrauch vorzubeugen und ggf. zu unterbinden (siehe schon LSG Nordrhein-Westfalen, BeckRS 2011, 73376 unter Bezugnahme auf LSG Bayern, BeckRS 2009, 52476). Vorliegend ist aber entscheidend, dass es sich um eine **punktueller Beobachtung** handelt, die lediglich feststellen sollte, ob die Beschwerdeführerin in einer Bedarfsgemeinschaft wohnt. Es handelte sich um eine **zeitlich und örtlich beschränkte Beobachtung im öffentlichen Raum**, bei welcher keine Aufzeichnungen angefertigt wurden. Ein gezieltes Ausspionieren der Privatsphäre bis in die Intimsphäre hinein erfolgte nicht.“* (LSG NRW aaO)

## Entscheidungen materielles Recht

BGB

### gehäuftes Auftreten von Mängeln

ZivilR

§§ 437 Nr. 2, 323 I Unzumutbarkeit der Nacherfüllung bei „Montagsauto“

(BGH in NJW 2013, 1523; Urteil vom 23.01.2013 – VIII ZR 140/12)

1. Ein Neufahrzeug ist dann als „**Montagsauto**“ zu qualifizieren, wenn der bisherige Geschehensablauf aus Sicht eines verständigen Käufers bei wertender und prognostischer Betrachtung die Befürchtung rechtfertigt, es handele sich um ein Fahrzeug, das **wegen seiner auf herstellungsbedingten Qualitätsmängeln** – namentlich auf schlechter Verarbeitung – **beruhenden Fehleranfälligkeit insgesamt mangelhaft** ist.
2. Regelmäßig **erforderlich** ist, dass sich **innerhalb eines kürzeren Zeitraums** eine **Vielzahl herstellungsbedingter – auch kleiner – Mängel** zeigt, die **entweder wiederholt oder erstmals auftreten**.
3. Entscheidend ist dabei, ob bei verständiger Würdigung aus Sicht des Käufers das **Vertrauen** in eine ordnungsgemäße Herstellung des Fahrzeugs **durch die zu Tage getretene Fehleranfälligkeit ernsthaft erschüttert** worden ist.
4. Zahlreiche Mängel, die jeweils für sich genommen im Bagatellbereich liegen, können nicht aufgrund ihrer Häufigkeit die Bewertung als „Montagsauto“ rechtfertigen und die Nacherfüllung als unzumutbar erscheinen lassen.
5. Für die Frage der Unzumutbarkeit kommt es auch beim **gehobenen Preissegment** regelmäßig auch auf das **Verhältnis zwischen Kaufpreis und Mängelbeseitigungskosten** an.

**Fall:** Der Kl. kaufte am 14.06.2008 von der Bekl. ein neues Wohnmobil des Herstellers K, Typ (...), zum Preis von 133 743 Euro brutto. Das Fahrzeug wurde Ende April 2009 an den Kl. gegen Zahlung des Kaufpreises ausgeliefert. Im Zeitraum von Mai 2009 bis März 2010 brachte der Kl. das Wohnmobil insgesamt dreimal in die Werkstatt der Bekl. zur Beseitigung von beanstandeten Mängeln. Im April/Mai 2010 rügte der Kl. gegenüber der Bekl. erneut neun Mängel. Hierauf entwickelte sich eine E-Mail-Korrespondenz zwischen den Parteien. Mit E-Mail vom 13.07.2010 teilte der Kl. mit, dass das Fahrzeug zu einem nicht näher bekannten Zeitpunkt durch einen auf das Dach gefallenen Ast einen – noch nicht behobenen – Sturmschaden erlitten hatte, und fragte an, ob er die Reparatur dieser Schäden und die Behebung der zuvor gerügten Mängel auch durch die für ihn nähergelegene Werkstatt D durchführen lassen könne. Bei dem Sturmschaden wurde unter anderem der Sonnenkollektor beschädigt; es kam aber auch zu Schäden im Fahrzeuginneren. Hierauf erteilte die Bekl., deren Sitz ungefähr 200 km vom Wohnort des Kl. entfernt liegt, mit E-Mail vom 14.07.2010 ihr Einverständnis damit, dass der Kl. die Werkstatt D aufsucht, bei der es sich ebenfalls um einen Vertragshändler des Herstellers K handelt. Diese Werkstatt könne „jegliche K-Garantie-Arbeiten durchführen und direkt mit der Firma K abrechnen“.

Im Zeitraum von Mai bis Dezember 2010 brachte der Kl. das Wohnmobil insgesamt viermal zur Werkstatt D. Einige von ihm behauptete Mängel beseitigte der Kl. selbst. Gegenüber der Bekl. selbst erfolgten ab August 2010 bis einschließlich März 2011 keine Mängelrügen; sie wurde auch nicht über Inhalt und Umfang der von der Werkstatt D durchgeführten Arbeiten unterrichtet.

Mit Anwaltsschreiben vom 01.04.2011 erklärte der Kl. den Rücktritt vom Kaufvertrag und rügte das Vorhandensein von 15 Mängeln, deren Beseitigung nach den Erkenntnissen eines von ihm beauftragten Sachverständigen einen Kostenaufwand von 5464 Euro netto verursachen würde. Teilweise soll es sich hierbei um das wiederholte Auftreten desselben Mangels handeln. Der Kl. räumte der Bekl. allerdings keine Gelegenheit zu einer zweiten Nachbesserung ein. Weiter beanstandete der Kl. neu aufgetretene Mängel.

Der Kl. ist insofern der Auffassung, dass ein Neufahrzeug der Luxusklasse, für das dreimal Gelegenheit zur Nachbesserung hinsichtlich 33 gerügter Mängel (20 + 4 + 9) gegeben worden sei, bei dem zusätzlich in Eigenregie weitere Mängel behoben worden seien, das vier weitere Male einem anderen Vertragshändler des Herstellers zu Mangelbeseitigungs- und Nachbesserungsarbeiten übergeben worden sei und bei dem zuletzt 14 neu aufgetretene Mängel vorgelegen hätten, objektiv und abstrakt-generell betrachtet, also unabhängig von etwaigen weiteren Umständen des Einzelfalls, als „Montagsauto“ einzustufen, bei dem ein weiteres Nacherfüllungsverlangen per se unzumutbar sei. Daran ändere auch der Umstand nichts, dass eine Beseitigung der zuletzt aufgetretenen Mängel lediglich einen Kostenaufwand von etwa 3 % des Kaufpreises verursachen würde. Der Rücktritt vom Kaufvertrag sei daher ohne vorherige Fristsetzung zur Mängelbeseitigung zulässig. Die Bekl. wies den Rücktritt zurück und bot ausdrücklich die Beseitigung vorhandener Mängel an. Hiervon machte der Kl. keinen Gebrauch.

Mit seiner Klage macht der Kl. Rückzahlung des Kaufpreises (abzüglich Wertminderung) Zug um Zug gegen Rückgabe des Wohnmobils geltend. Zu Recht?

Der Kl. kann die Rückerstattung des Kaufpreises Zug-um-Zug gegen Rückgabe des Fahrzeugs verlangen, wenn er nach §§ 437 Nr. 2, 440, 275 I, 280 I, 323 BGB wirksam vom Vertrag zurückgetreten ist.

## I. Vorliegen der Voraussetzungen der Sachmängelhaftung nach § 437 BGB

### 1. Fehlerhaftigkeit der Kaufsache

Die Sachmängelhaftung nach § 437 Nr. 2 BGB setzt voraus, dass die Kaufsache im Sinne des § 434 BGB mangelhaft ist.

Dies ist bei Fehlen konkreter Vereinbarungen über die Eigenschaften der Kaufsache oder die Verwendungseignung nach § 434 I 2 Nr. 2 BGB zumindest dann der Fall, wenn die Kaufsache nicht die Beschaffenheit aufweist, die der Käufer nach der Art der Sache erwarten kann. Dies ist angesichts der Vielzahl der hier unstreitigen, aufgetretenen Mängel der Fall.

### 2. bei Gefahrübergang

Dieser Fehler muss nach § 434 I BGB auch bei Gefahrübergang vorgelegen haben. Gefahrübergang erfolgt nach § 446 S. 1 BGB mit Übergabe der Sache. Es liegen keine Anhaltspunkte dafür vor, dass die zahlreichen Mängel nicht schon bei Übergabe der Sache vorgelegen haben, selbst wenn sie erst nach und nach aufgetreten sind.

### 3. kein Ausschluss der Sachmängelhaftung

Ein vertraglicher Ausschluss der Sachmängelhaftung ist nicht erfolgt. Die Voraussetzungen der Sachmängelhaftung liegen damit vor, so dass der Kl. sich auf die in § 437 BGB genannten Rechte berufen kann.

## II. Vorliegen der weiteren Voraussetzungen des § 323 BGB

### 1. angemessene Frist zur Nachbesserung

Nach § 323 I BGB kann der Kl. erst dann vom Vertrag zurücktreten, wenn er der Bekl. eine angemessene Frist zur Nachbesserung gesetzt hat. Hinsichtlich der im Schreiben vom 01.04.2011 gerügten Mängel hat der Kl. dem Bekl. nicht zuvor erfolglos eine Frist zur Nacherfüllung gesetzt (§§ 323 I, 439 BGB).

### 2. Entbehrlichkeit der Fristsetzung

Die Fristsetzung könnte jedoch nach §§ 323 II, 440 BGB entbehrlich sein.

*„[Dies] richtet sich nach den Bestimmungen in §§ 323 II und 440 BGB, in denen die Voraussetzungen, unter denen eine Fristsetzung zur Nacherfüllung für einen Rücktritt vom Kaufvertrag ausnahmsweise entbehrlich ist, abschließend geregelt sind (vgl. BGH, NJW 2011, 3435 Rn. 31).“* (BGH aaO)

#### a) Verweigerung oder Fehlschlagen der Nacherfüllung

Zunächst kommt eine Entbehrlichkeit wegen Verweigerung der Nacherfüllung nach §§ 323 II Nr. 1, 440 S. 1 Fall 1 BGB in Betracht. Zu erwägen ist auch das Eingreifen von § 440 S. 1 Fall 2 BGB, wonach eine Fristsetzung zur Nacherfüllung entbehrlich ist, wenn die Nacherfüllung bereits fehlgeschlagen ist.

*„Dass die Bekl. eine vom Kl. verlangte Nacherfüllung verweigert hätte (§§ 323 II Nr. 1, 440 S. 1 Fall 1 BGB), macht die Revision nicht geltend. Auch nimmt sie die Feststellung des BerGer. hin, die Nacherfüllung sei nicht gem. § 440 S. 1 Fall 2, S. 2 BGB fehlgeschlagen.“* (BGH aaO)

#### b) Unzumutbarkeit der Nacherfüllung

Allerdings könnte dem Kl. die Nacherfüllung hier nach § 440 S. 1 Fall 2 BGB unzumutbar sein.

##### aa) Unzumutbarkeit bei Vorliegen eines „Montagsautos“

Unzumutbarkeit ist dann anzunehmen, wenn es sich um ein sog. „Montagsauto“ handelt.

## (1) Begriff des Montagsautos

„Ein Neufahrzeug ist dann als „**Montagsauto**“ zu qualifizieren, wenn der bisherige Geschehensablauf aus Sicht eines verständigen Käufers bei wertender und prognostischer Betrachtung die Befürchtung rechtfertigt, es handele sich um ein Fahrzeug, das **wegen seiner auf herstellungsbedingten Qualitätsmängeln** – namentlich auf schlechter Verarbeitung – **beruhenden Fehleranfälligkeit insgesamt mangelhaft** ist und das auch zukünftig nicht über längere Zeit frei von herstellungsbedingten Mängeln sein wird (vgl. OLG Düsseldorf, NJW-RR 2011, 1276 [1277]; Reinking/Eggert, Der Autokauf, 11. Aufl., Rn. 983 f.). Ob diese Voraussetzungen vorliegen, hängt von den Umständen des Einzelfalls ab. Regelmäßig **erforderlich** ist, dass sich **innerhalb eines kürzeren Zeitraums eine Vielzahl herstellungsbedingter – auch kleiner – Mängel** zeigt, die **entweder wiederholt oder erstmals auftreten** (vgl. OLG Düsseldorf, NJW-RR 2011, 1276 [1277]; KG, NJW-RR 2010, 706; OLG Hamm, Ur. v. 26. 2. 2008 – 28 U 135/07, BeckRS 2008, 20190; OLG Rostock, DAR 2009, 204 = BeckRS 2009, 07385; OLG Bamberg, DAR 2006, 456 = BeckRS 2006, 04936; LG Zweibrücken, Ur. v. 2. 8. 2004 – 1 O 274/03, BeckRS 2004, 16326; Reinking/Eggert, Rn. 984). Entscheidend ist dabei letztlich, ob bei verständiger Würdigung aus Sicht des Käufers das **Vertrauen** in eine ordnungsgemäße Herstellung des Fahrzeugs **durch die zu Tage getretene Fehleranfälligkeit ernsthaft erschüttert** worden ist. Ist dies der Fall, ist ihm eine Nacherfüllung regelmäßig nicht (mehr) zuzumuten (vgl. OLG Düsseldorf, NJW-RR 2011, 1276 [1277]; OLG Hamm, Ur. v. 26. 2. 2008 – 28 U 135/07, BeckRS 2008, 20190; OLG Bamberg, DAR 2006, 456 = BeckRS 2006, 04936; LG Zweibrücken, Ur. v. 2. 8. 2004 – 1 O 274/03, BeckRS 2004, 16326; LG Bonn, Ur. v. 21. 10. 2011 – 10 O 330/10, BeckRS 2012, 17718).“ (BGH aaO)

## (2) Anwendung auf den Fall

Entscheidender Gesichtspunkt für eine Unzumutbarkeit eines weiteren Nacherfüllungsverlangens nach § 440 S. 1 Fall 3 BGB ist daher die auf eine zu Tage getretene besondere Fehleranfälligkeit gründende (berechtigte) Befürchtung, das Fahrzeug werde nie längere Zeit frei von herstellungsbedingten Mängeln sein. Fraglich ist, ob diese Voraussetzungen hier vorliegen.

### (a) gehäuftes Auftreten ungewöhnlich zahlreicher Mängel unzureichend

„Es ist ... nicht zu beanstanden, dass das BerGer. das Vorliegen eines „Montagsautos“ nicht schon im Hinblick auf das **gehäufte Auftreten ungewöhnlich zahlreicher Mängel innerhalb eines vergleichsweise kurzen Zeitraums** bejaht hat.“ (BGH aaO)

Zwar mag die beschriebene Häufung von Mängeln **auf den ersten Blick eine auch künftig zu befürchtende herstellungsbedingte Fehleranfälligkeit** des Fahrzeugs nahelegen. Allerdings kann die Mangelhäufigkeit auch auf Grund anderer bedeutsamer Aspekte entscheidend an Gewicht verlieren.

„Für das BerGer. war ausschlaggebend, dass es sich bei den 33 gegenüber der Bekl. im Zeitraum von Mai 2009 bis März 2010 gerügten Mängeln „im Wesentlichen“ um **Probleme im Bagatellbereich** mit lediglich **Lästigkeitscharakter** handelte, die zudem überwiegend beim ersten Nachbesserungsversuch abgestellt werden konnten. Auch die im Rücktrittsschreiben vom 01.04.2011 angeführten 14 Mängel, von denen der Kl. einen Teil sogar in Eigenregie erfolgreich beseitigen hat das BerGer. **überwiegend dem Bagatellbereich zugeordnet**.

Dies ist aus revisionsrechtlicher Sicht nicht zu beanstanden. [wird ausgeführt]. Die Revision macht in diesem Zusammenhang zwar geltend, es seien auch diverse Mängel aufgetreten, die weit über den Bagatellbereich hinausgegangen seien. Damit stellt sie aber nicht in Frage, dass es sich bei der weitaus überwiegenden Anzahl der Mängel, also „im Wesentlichen“, um Bagatellprobleme handelt, die nicht die technische Funktionstüchtigkeit des Fahrzeugs, sondern die **Optik und die Ausstattung des Wohnmobils** betreffen.“ (BGH aaO)

Zudem ist es so, dass die zuletzt noch vorhandenen 14 Mängel nicht nur im Einzelnen, sondern auch insgesamt betrachtet die Stufe der Geringfügigkeit nicht überschreiten, weil sich der hierfür erforderliche Kostenaufwand lediglich auf etwa 3 % des gezahlten Kaufpreises beläuft.

„[Dies hat das BerGer. ... allein deswegen berücksichtigt, weil für die Frage, ob ein behebbarer Mangel als geringfügig einstufen ist, auch beim **gehobenen Preissegment** regelmäßig das **Verhältnis zwischen Kaufpreis und Mängelbeseitigungskosten** eine entscheidende Rolle spielt (vgl. BGH, NJW 2011, 2872 Rn. 19 f.).“ (BGH aaO)

Es kann daher nicht davon ausgegangen werden, dass auf Grund der aufgetretenen Mängel das Vertrauen des Kl. in eine insgesamt ordnungsgemäße Herstellung des Fahrzeugs ernsthaft erschüttert ist.

„Denn ein solcher Vertrauensverlust setzt voraus, dass die bislang aufgetretenen Mängel aus Sicht eines verständigen Käufers eine ausreichende Grundlage für die Befürchtung bieten, das Fahrzeug sei insgesamt mit (immer wieder auftretenden oder noch nicht entdeckten) Qualitätsmängeln behaftet und werde daher auch in Zukunft nicht längere Zeit frei von herstellungsbedingten Mängeln sein. Bei dieser Beurteilung spielen **Art, Ausmaß und Bedeutung der aufgetretenen Mängel** eine entscheidende Rolle. Das BerGer. hat im Rahmen seiner an diesen Maßstäben ausgerichteten Gesamtbewertung den gerügten Mängeln in vertretbarer tatrichterlicher Würdigung nicht ein solch symptomatisches Gewicht beigemessen, dass allein hieraus auf eine dauerhafte herstellungsbedingte Mangelhaftigkeit des Fahrzeugs geschlossen werden könnte (vgl. auch OLG Köln, NJW-RR 1992, 1147).“ (BGH aaO)

#### bb) Unzumutbarkeit aus sonstigen Gründen

Liegen diese Voraussetzungen nicht vor, kann gegebenenfalls in Verbindung mit anderen Umständen – etwa einer Unzuverlässigkeit des Verkäufers oder wegen einer (gemessen an den Bedürfnissen des Käufers) zu langen Dauer der Nacherfüllungsarbeiten – die Grenze zur Unzumutbarkeit überschritten sein.

Hierfür liegen im vorliegenden Fall jedoch keine Anhaltspunkte vor.

### III. Ergebnis

Die Nacherfüllung ist für den Kl. nicht nach § 440 BGB unzumutbar, so dass es an der nach § 323 I BGB erforderlichen Aufforderung zur Nacherfüllung mit Fristsetzung fehlt. Die Voraussetzungen für einen wirksamen Rücktritt liegen nicht vor, so dass der Kl. auch nach §§ 346 I, 348 BGB nicht die Rückerstattung des Kaufpreises Zug-um-Zug gegen Rücknahme des Wohnmobils verlangen kann.

**Kausalität bei weiteren Unfallfolgen**  
**allgemeine Unfallgefahr und besondere Gefahrenlage**  
(BGH in NJW 2013, 1679; Urteil vom 26.02.2013 – VI ZR 116/12)

1. Die Schadensersatzpflicht wird durch den Schutzzweck der Norm begrenzt wird. Eine Haftung besteht nur für diejenigen **äquivalenten und adäquaten Schadensfolgen**, die aus dem Bereich der Gefahren stammen, zu deren Abwendung die verletzte Norm erlassen oder die verletzte Vertragspflicht übernommen wurde
2. Der geltend gemachte Schaden muss in einem **inneren Zusammenhang mit der** durch den Schädiger **geschaffenen Gefahrenlage** stehen; ein „äußerlicher“, gleichsam „zufälliger“ Zusammenhang genügt nicht. Insoweit ist eine wertende Betrachtung geboten
3. Der Schutzzweck des § 7 StVG will **alle durch den Kraftfahrzeugverkehr beeinflussen Schadensabläufe erfassen**. Ein Schaden ist demgemäß bereits dann „bei dem Betrieb“ eines Kraftfahrzeugs entstanden, wenn sich in ihm die **von dem Kraftfahrzeug ausgehenden Gefahren ausgewirkt** haben, d. h. wenn bei der insoweit gebotenen wertenden Betrachtung das Schadensgeschehen durch das Kraftfahrzeug (mit)geprägt worden ist.
4. Verlässt ein Unfallbeteiligter wegen eines Auffahrunfalls bei **eisglatter Fahrbahn** sein Fahrzeug, um sich über die Unfallfolgen zu informieren, eröffnet er dadurch nicht selbst einen eigenständigen Gefahrenkreis. **Stürzt er infolge der Eisglätte**, verwirklicht sich nicht eine auf Grund der Straßenverhältnisse gegebene allgemeine Unfallgefahr, sondern die besondere **durch den Unfall entstandene Gefahrenlage**.

**Fall:** Der Kl. verlangt Schmerzensgeld auf Grund einer Schulterverletzung, die er sich durch den Sturz auf eisglatter Fahrbahn nach einem Verkehrsunfall zugezogen hat. Am 15.12.2010 rutschte der Pkw der Bekl. gegen den vor einer vorfahrtsberechtigten Straße anhaltenden Pkw des Kl. Dabei verhakte sich die vordere Stoßstange des Pkw der Bekl. mit der Anhängerkupplung am Fahrzeug des Kl., ohne dass die Fahrzeuge selbst beschädigt wurden. Der Kl. stieg nach dem Unfall aus und ging um die Fahrzeuge herum. Noch vor Erreichen des Gehwegs stürzte er auf der eisglatten Fahrbahn und zog sich einen Bruch des rechten Schultergelenks zu. Hat er wegen der hierdurch eintretenden Folgen einen Anspruch auf Schadensersatz gegen den Beklagten?

**I. Anspruch aus § 823 II BGB i. V. mit §§ 3 I 1, 4 I 1 und § 1 II StVO ergeben.**

Ein Anspruch des Kl. gegen die Bekl könnte sich aus

**1. Vorliegen eines Schutzgesetzes**

Nach § 1 II StVO hat sich jeder, der am Verkehr teilnimmt, so zu verhalten, dass kein Anderer geschädigt wird. Danach sollen andere Verkehrsteilnehmer gerade vor Schaden geschützt werden, so dass die Regelungen der StVO als Schutzgesetze anzusehen ist.

**2. Verstoß gegen ein Schutzgesetz**

Gegen dieses Schutzgesetz hat der Beklagte dadurch verstoßen, dass er entgegen §§ 3, 4 StVO seine Geschwindigkeit und seinen Abstand nicht so an die Witterungsbedingungen angepasst hat, dass er sein Fahrzeug ohne Kollision mit dem klägerischen Fahrzeug rechtzeitig anhalten konnte.

**3. Rechtswidrigkeit**

Die Rechtswidrigkeit wird durch die Verletzungshandlung indiziert. Rechtfertigungsgründe sind nicht ersichtlich.

**4. Haftungsbegründende Kausalität**

Der Bruch des Schultergelenkes muss aber auch kausal auf den Verkehrsunfall zurückzuführen sein. Dies ist im vorliegenden Fall deshalb fraglich, weil der Kl. sich den Schulterbruch nicht unmittelbar durch das Unfallereignis zugezogen hat, sondern dadurch, dass er nach der Kollision durch gesonderte Willenentschließung aus dem Fahrzeug ausgestiegen ist, um die Unfallfolgen anzusehen und hierbei auf der eisglatten Fahr-

bahn zu Fall kam. Hierdurch könnte die haftungsbegründende Kausalität durchbrochen worden sein.

#### a) haftungsrechtlicher Zurechnungszusammenhang

„Zwar lassen sich **allgemein verbindliche Grundsätze**, in welchen Fällen ein haftungsrechtlicher Zurechnungszusammenhang bejaht oder verneint werden muss, **nicht aufstellen**. Letztlich kommt es auf eine wertende Betrachtung der jeweiligen **Umstände des Einzelfalls** an (vgl. BGH, NJW 2004, 1375 = VersR 2004, 529 [530] und NJW 2011, 292 = VersR 2010, 1662 Rn. 20). Auch kann der Verursachungsbeitrag eines Zweitschädigers einem Geschehen eine Wendung geben, die die Wertung erlaubt, dass die durch den Erstunfall **geschaffene Gefahrenlage für den Zweitunfall von völlig untergeordneter Bedeutung** ist und eine Haftung des Erstschädigers nicht mehr rechtfertigt (vgl. BGH, NJW 2004, 1375 = VersR 2004, 529 [530] und NJW 2011, 292 = VersR 2010, 1662 Rn. 20). Wirken in einem weiteren Unfall die besonderen Gefahren fort, die sich bereits im ersten Unfallgeschehen ausgewirkt hatten, kann der Zurechnungszusammenhang mit dem Erstunfall jedenfalls nicht verneint werden.“ (BGH aaO)

Ein haftungsrechtlicher Zurechnungszusammenhang ist nach alledem anzunehmen.

#### b) Realisierung eines allgemeinen Lebensrisikos

Der haftungsrechtliche Zurechnungszusammenhang könnte aber dadurch unterbrochen sein, dass sich mit dem Sturz des Kl. lediglich ein allgemeines Lebensrisiko realisiert hat, da der Sturz auf eine durch die Straßenverhältnisse begründete allgemeine Unfallgefahr zurückzuführen ist.

„Auch wenn zum Unfallzeitpunkt auf Grund der **winterlichen Straßenverhältnisse die Gefahr allgemein gegeben war, dass Fußgänger ins Rutschen geraten und stürzen**, war für die Verletzung des Kl. entscheidend, dass er **nur wegen des Auffahrunfalls aus seinem Fahrzeug ausstieg** und über die eisglatte Fahrbahn ging, um die Unfallstelle zu besichtigen und zum Gehsteig zu gelangen.

**Ohne den Unfall hätte der Kl. sein Fahrzeug an der Unfallstelle nicht verlassen** und wäre auch nicht infolge der dort bestehenden Eisglätte gestürzt. In dem Sturz des Kl. realisierte sich mithin die **besondere Gefahrenlage für die an einem Unfall beteiligten Fahrzeugführer**, die zur Aufnahme der erforderlichen Feststellungen für eine gegebenenfalls notwendige Schadensabwicklung aus dem Fahrzeug aussteigen und sich auf der Fahrbahn bewegen müssen. Der haftungsrechtliche Zurechnungszusammenhang mit dem von der Bekl. verschuldeten Unfall kann danach nicht verneint werden.“ (BGH aaO)

#### c) Schutzzweck der Norm

Allerdings wäre eine haftungsbegründende Kausalität abzulehnen, wenn die vom Kl. geltend gemachten Unfallfolgen nicht mehr in den Schutzbereich der von der Bekl. verletzten Vorschriften fallen.

##### aa) Lehre vom Schutzzweck der Norm

„In der Rechtsprechung des BGH ist es anerkannt, dass die Schadensersatzpflicht durch den Schutzzweck der Norm begrenzt wird. Eine Haftung besteht nur für diejenigen **äquivalenten und adäquaten Schadensfolgen**, die aus dem Bereich der Gefahren stammen, zu deren Abwendung die verletzte Norm erlassen oder die verletzte Vertragspflicht übernommen wurde (vgl. BGHZ 27, 137 [140 ff.] = NJW 1958, 1041; BGHZ 107, 359 [364] = NJW 1989, 2616; VersR 1968, 800 [802 f.] und NJW 2012, 2024 = VersR 2012, 905 Rn. 14; BGH, NJW 2010, 2873 m. Anm. Blank Rn. 24; NJW 2005, 1420 [1421]; Palandt/Grüneberg, BGB, 72. Aufl., Vorb. § 249 Rn. 29 f. m. w. Nachw.). Der geltend gemachte Schaden muss in einem **inneren Zusammenhang mit der durch den Schädiger geschaffenen Gefahrenlage** stehen; ein „äußerlicher“, gleichsam „zufälliger“ Zusammenhang genügt nicht. Insoweit ist eine wertende Betrachtung geboten (vgl. BGH, NJW 1989, 767 = VersR 1988, 1273 [1274] m. Anm. Deutsch; NJW 2003, 2311 = VersR 2003, 1128 [1130]; NJW 1986, 1329 [1332], jew. m. w. Nachw.).

Diese Frage ist nicht nur in Fällen der Haftung aus der Verletzung eines Schutzgesetzes (§ 823 II BGB) zu stellen, sondern auch für § 823 I BGB und § 7 StVG. Dem Täter sollen nur **solche Folgen zugerechnet** werden, die durch den **Gebots- und Verbotszweck der Norm** verhindert werden sollen. Hiernach sind Sinn und Tragweite der verletzten Norm zu untersuchen, um zu klären, ob der geltend gemachte Schaden durch diese Norm verhütet werden sollte.“ (BGH aaO)

##### bb) Anwendung auf den Fall

Der Schutzzweck der von der Bekl. missachteten straßenverkehrsrechtlichen Vorschriften der §§ 3 I 1, 4 I 1 und 1 II StVO erstreckt sich, wie schon aus § 1 StVO zu entnehmen ist, auf die **Verhütung von Unfallrisiken** und die mit die-

ser **Bedrohung für Leben und Gesundheit** in einem inneren Zusammenhang stehenden Gesundheitsschäden.

„Hierzu können auch erst **im Anschluss an den Verkehrsunfall**, also bei der **Bergung** oder bei der Unfallaufnahme erlittene Verletzungen gehören, in denen sich die Gefahren des Straßenverkehrs an der Unfallstelle verwirklichen (vgl. BGHZ 107, 359 [364] = NJW 1989, 2616). Mithin wird auch der durch den Sturz bedingte Schaden des Kl. vom Schutzzweck der von der Bekl. missachteten Straßenverkehrsvorschriften umfasst.“ (BGH aaO)

#### d) Zwischenergebnis

Die haftungsbegründende Kausalität zwischen dem Verkehrsunfall und dem Sturz des Beklagten ist gegeben.

#### 5. Verschulden

Dieser Schutzgesetzverletzung müsste auch schuldhaft, also vorsätzlich oder fahrlässig erfolgt sein. Hier kommt allenfalls Fahrlässigkeit in Betracht. Fahrlässig handelt, wer die im Verkehr erforderlich Sorgfalt außer Acht lässt.

„Das BerGer. hat der Bekl. ... ein fahrlässiges Verhalten im Straßenverkehr angelastet, weil sie entweder infolge einer den örtlichen Gegebenheiten **nicht angepassten Fahrgeschwindigkeit** oder **zu geringen Abstands** oder **Unaufmerksamkeit** auf das Fahrzeug des Kl. aufgefahren ist.“ (BGH aaO)

#### 6. Schaden

Der Kl. hat dadurch einen Körperschaden erlitten, so dass ihm nach § 253 II BGB auch ein Schmerzensgeld für seinen immateriellen Schaden zusteht.

### II. Anspruch aus § 823 I BGB

#### 1. Verletzung eines durch § 823 I BGB geschützten Rechtsguts

Durch den Schulterbruch sind sowohl Körper als auch Gesundheit des Kl. verletzt worden, so dass die Verletzung eines geschützten Rechtsguts ohne weiteres vorliegt.

#### 2. rechtswidrige Verletzungshandlung

Die Verletzungshandlung ist hier die Kollision des Fahrzeugs der Bekl. mit dem Fahrzeug des Kl., deren Rechtswidrigkeit indiziert wird (s.o.)

#### 3. haftungsbegründende Kausalität

Hier ergeben sich keine Besonderheiten zu vorstehenden Ausführungen.

#### 4. Verschulden

Dies erfolgte nach den obigen Ausführungen fahrlässig, also schuldhaft.

#### 5. Schaden

Der Kl. hat dadurch einen Körperschaden erlitten, so dass ihm nach § 253 II BGB auch ein Schmerzensgeld für seinen immateriellen Schaden zusteht.

#### 6. Ergebnis

Der Kl. hat auch aus § 823 I BGB einen Anspruch auf Schmerzensgeld gegen die Bekl.

### III. Anspruch aus § 7 I StVG

Der Kl. könnte schließlich gegen die Bekl. auch einen Anspruch auf Schmerzensgeld nach § 7 I StVG i.V.m. § 11 S. 2 StVG haben.

#### 1. Allgemeine Voraussetzungen

Die Bekl. ist Halterin des unfallbeteiligten Fahrzeugs, mit dem Körper und der Gesundheit wurden auch durch § 7 StVG geschützte Rechtsgüter verletzt.

#### 2. beim Betrieb eines Kraftfahrzeugs

Voraussetzung des § 7 I StVG ist, dass eines der dort genannten Rechtsgüter „bei dem Betrieb eines Kraftfahrzeugs“ verletzt worden ist. Fraglich ist, ob hiervon bei dem Sturz auf eisglatter Fahrbahn noch ausgegangen werden kann

**a) Schutzzweck der Norm**

„Auch das BerGer. geht zutreffend davon aus, dass dieses Haftungsmerkmal nach der Rechtsprechung des erkennenden Senats entsprechend dem umfassenden Schutzzweck der Norm **weit auszu-legen** ist. Denn die Haftung nach § 7 I StVG ist der Preis dafür, dass durch die Verwendung eines Kraftfahrzeugs erlaubterweise eine **Gefahrenquelle eröffnet wird**; die Vorschrift will daher **alle durch den Kraftfahrzeugverkehr beeinflussten Schadensabläufe erfassen**. Ein Schaden ist demgemäß bereits dann „bei dem Betrieb“ eines Kraftfahrzeugs entstanden, wenn sich in ihm die **von dem Kraftfahrzeug ausgehenden Gefahren ausgewirkt** haben, d. h. wenn bei der insoweit gebotenen wertenden Betrachtung das Schadensgeschehen durch das Kraftfahrzeug (mit)geprägt worden ist (vgl. BGHZ 105, 65 [66 f.] = NJW 1988, 3018; BGHZ 192, 261 = NJW 2012, 1951 Rn. 17; NJW 1988, 2802 = VersR 1988, 641; BGHZ 107, 359 = NJW 1989, 2616 = VersR 1989, 923 [924 f.], und NJW 1990, 2885 = VersR 1991, Erforderlich ist aber stets, dass es sich bei dem Schaden, für den Ersatz verlangt wird, um eine **Auswirkung derjenigen Gefahren** handelt, hinsichtlich derer der Verkehr nach dem Sinn der Haftungsvorschrift schadlos gehalten werden soll, d. h. die Schadensfolge muss in den Bereich der Gefahren fallen, um derentwillen die Rechtsnorm erlassen worden ist (vgl. BGHZ 37, 311 [315 ff.] = NJW 1962, 1676; BGHZ 79, 259 [262 f.] = NJW 1981, 983; NJW 2012, 1951; BGHZ 107, 359 = NJW 1989, 2616 und NJW 1990, 2885). An dem auch im Rahmen der Gefährdungshaftung erforderlichen **Zurechnungszusammenhang** fehlt es dann, wenn die **Schädigung nicht mehr eine spezifische Auswirkung** derjenigen Gefahren ist, für die die Haftungsvorschrift den Verkehr schadlos halten will (vgl. BGH, NJW 2005, 2081 = VersR 2005, 992 [993] m. w. Nachw.). Für eine **Zurechnung zur Betriebsgefahr** kommt es außerdem maßgeblich darauf an, dass der Unfall in einem **nahen örtlichen und zeitlichen Kausalzusammenhang** mit einem bestimmten Betriebsvorgang oder einer bestimmten Betriebseinrichtung des Kraftfahrzeugs steht (vgl. BGH, NJW 1972, 1808 = VersR 1972, 1074; NJW 1973, 44 = VersR 1973, 83 und NJW 2004, 1375 = VersR 2004, 529 [531]).“ (BGH aaO)

**b) Anwendung auf den Fall**

Fraglich ist vor diesem Hintergrund, ob die Verletzung des Kl. der vom Fahrzeug der Bekl. ausgehenden Betriebsgefahr zuzurechnen ist.

„Auch das BerGer. bejaht zutreffend den **zeitlichen Zusammenhang** zwischen dem Auffahrunfall und dem Sturz des Kl. Anders als das BerGer. meint, fällt der Schaden des Kl. jedoch gerade nicht deshalb in einen Gefahrenkreis, der unabhängig von der Betriebsgefahr bestand, weil zur Zeit des Unfalls auf den Straßen des Unfallortes eine **allgemeine Eisglätte** herrschte. Anders als in dem vom BerGer. für seine Auffassung zitierten Senatsurteil vom 02.07.1991 (BGHZ 115, 84 = NJW 1991, 2568) verwirklichte sich beim Sturz des Kl. **nicht ein von ihm selbst eröffneter eigenständiger Gefahrenkreis**, dessen Risiken er selbst tragen muss. Vielmehr wurde der Kl. durch den beim Betrieb des Fahrzeugs von der Bekl. verursachten Auffahrunfall erst veranlasst, aus seinem Pkw auszusteigen und über die eisglatte Fahrbahn zu gehen, um sich über die Unfallfolgen zu informieren.“ (BGH aaO)

Der Sturz ist daher auch auf ein Ereignis beim Betrieb eines Kraftfahrzeugs zurückzuführen, so dass auch die Haftungsvoraussetzungen des § 7 I StVG vorliegen und die Bekl. nach § 11 II StVG auf Schmerzensgeld haftet.

StGB  
§ 184b II, IV

**Kinderpornografie**  
**Schilderung eines sexuellen Missbrauchs in E-Mail**  
(BGH in BeckRS 2013, 10642; Beschluss vom 19.03.2013 – 1 StR 8/13)

StGB

Bei einer **E-Mail**, in der lediglich mit **Worten** der an einem Kind vorgenommene sexuelle **Missbrauch** geschildert wird, handelt es sich **nicht** um eine **kinderpornographische Schrift i. S. von § 184b II und IV StGB**, die ein tatsächliches oder wirklichkeitsnahes Geschehen wiedergibt.

**Fall:** Der Angekl. tauschte wiederholt kinder- und jugendpornographisches Material per E-Mail mit anderen Internetnutzern aus. Außerdem versandte er im Tatzeitraum jeweils ein Video mit jugendpornographischen Inhalten und ein Video mit kinderpornographischem Inhalt an andere Nutzer.

Auf eigene Aufforderung erhielt der Angekl. von dem Mitangekl. H. zwei kinderpornographische Nacktfotos von dessen fünfjährigem Sohn per E-Mail übersandt, die er auf seinem Computer abspeicherte. In einer E-Mail an H. beschrieb der Angekl., wie er an dem entblößten Penis des dreijährigen Sohnes eines Freundes manipuliert habe, bis dieser erigiert sei, und wie zunächst er an dem Kind und sodann das Kind an ihm den Oralverkehr ausgeführt habe.

Bei einer durchgeführten Durchsuchung der Wohnung des Angekl. wurden auf diversen Speichermedien insgesamt 812 Bilder und 208 Videos mit kinderpornographischen Inhalten aufgefunden, die der Angekl. dort wissentlich und willentlich aufbewahrt hatte.

Fraglich ist, ob mit einer **E-Mail**, in der mit Worten von einem sexuellen Missbrauch von Kindern berichtet wird, dem Empfänger eine „**kinderpornographische Schrift**“ i.S.d. **§ 184b II StGB** verschafft wird. Die vom Angekl. übermittelten E-Mails geben jedoch trotz ihres kinderpornographischen Inhalts **keine „tatsächlichen“ oder „wirklichkeitsnahen“ Geschehnisse** i. S. dieser Vorschrift wieder und erfüllen den Tatbestand des § 184b II StGB daher nicht.

I. In der elektronischen Übermittlung einer E-Mail mit kinderpornographischem Inhalt (im Text der E-Mail oder in einem ihr beigefügten Dateianhang) an einen anderen liegt die **Verschaffung des Besitzes an einer kinderpornographischen Schrift** i. S. v. § 184b II StGB (vgl. Ziegler, Beck-OK-StGB, § 184b Rn 12; zu § 184 III StGB a. F. bereits BayObLG NJW 2000, 2911).

1. **Für die Besitzverschaffung genügt** bei der Versendung von E-Mails in Datennetzen, **dass die elektronischen Nachrichten** - wenn auch nur vorübergehend - **in den Arbeitsspeicher beim Empfänger gelangen**. Genau darauf richtet sich aber regelmäßig die Absicht des Versenders. Den in § 184b II StGB genannten Schriften stehen Datenspeicher gleich (§ 11 III StGB).

Laufhütte/Roggenbuck, Leipziger Kommentar zum StGB, 12. Aufl., § 184b Rn 8 m. w. Nachw.; vgl. zur Verbreitung i.S.d. § 184 V a. F. bereits BGHSt 47, 55; entsprechend zum Cache-Speicher vgl. auch BGH NStZ 2007, 95

*„Der Anwendung des § 184b II StGB [steht es] nicht entgegen, wenn E-Mails jeweils nur an einen einzelnen Empfänger gerichtet sind. Etwas anderes ergibt sich auch nicht aus der von der Revision in Bezug genommenen und in BGHSt 13, 375 abgedruckten Entscheidung des BGH (BGH, Urteil vom 22.12.1959 - 3 StR 52/59). Dieses Urteil bezieht sich allein auf Werbemittel der Propaganda i. S. v. § 93 StGB a. F. und verlangt ausgehend vom **Schutzzweck der Norm**, dass der Erklärungsinhalt einem größeren Personenkreis zugänglich gemacht werden soll (BGH aaO). Demgegenüber sollte mit dem Straftatbestand des § 184b II StGB gerade auch der Umgang mit kinderpornographischen Schriften in geschlossenen Benutzeräumen und in Zweipersonenverhältnissen unter Strafe gestellt werden (BT-Drucks. 15/350, S. 20).“ (BGH aaO)*

2. Als **inkriminierte Inhalte kinderpornographischer „Schriften“** kommen grds. auch **Darstellungen** in Betracht, in denen der **sexuelle Missbrauch** von Kindern nur mit **Worten** beschrieben wird.

*„Eine Beschränkung des Begriffsverständnisses von „Kinderpornographie“ auf bildliche Darstellungen, wie sie etwa Rechtsakten der Europäischen Union zugrunde liegt (vgl. Art. 1b des Rahmenbeschlusses 2004/68/JI des Rates zur Bekämpfung der sexuellen Ausbeutung von Kindern und der Kinderpornographie vom 22.12.2003, ABl. EU Nr. L 13/44 vom 20.01.2004, und die Erwägungsgründe 3 sowie 46 der Richtlinie 2011/93/EU des Europäischen Parlaments und des Rates zur Bekämpfung des sexuellen Missbrauchs und der sexuellen Ausbeutung von Kindern sowie zur Ersetzung des Rahmenbeschlusses 2004/68/JI des Rates vom 13.12.2011, ABl. EU Nr. L 335/1 vom 17.12.2011, und Nr. L 18/7 vom 21.01.2012) hat der Bundesgesetzgeber bewusst nicht vorgenommen; vielmehr hat er für § 184b StGB*

*am - weiter gehenden - Schriftenbegriff festgehalten (vgl. BT-Drucks. 16/9646, S. 10 f.). Die Normierung dieses im Verhältnis zu den Rechtsakten der Europäischen Union höheren strafrechtlichen Schutzniveaus liegt im gesetzgeberischen Ermessen.“ (BGH aaO)*

II. Innerhalb des § 184b StGB **beschränken jedoch § 184b II und IV StGB den strafbaren Besitz und die Besitzverschaffung kinderpornographischer Schriften auf solche Schriften, die ein „tatsächliches“ oder „wirklichkeitsnahes“ Geschehen wiedergeben.** Dadurch soll die **Erfassung erkennbar künstlicher Produkte ausgeschlossen** werden (vgl. Schönke/ Schröder, StGB, 27. Aufl., § 184b Rn 11; Fischer, StGB, 60. Aufl., § 184b Rn 13). Ein solches „tatsächliches“ oder „wirklichkeitsnahes“ Geschehen enthalten die E-Mails des Angekl., die lediglich in Worten von tatsächlich vorgenommenen Missbrauchshandlungen berichten, nicht.

1. Allerdings ist **im Schrifttum umstritten, ob auch Darstellungen mit Worten die Wiedergabe „tatsächlicher“ oder „wirklichkeitsnaher“ Geschehnisse i.S.d. § 184b II StGB beinhalten können.**

**Zum Teil** wird dies für Texte bejaht, bei denen es sich nicht um erkennbare „Fiktivpornographie“ wie bei Romanen oder Gedichten, sondern um Schriftstücke oder Darstellungen mit wirklichkeitsgetreuer Beschreibung eines realen Geschehens handelt (vgl. Schönke/Schröder, StGB, 27. Aufl., § 184b Rn 11).

**Überwiegend** wird in der Lit. jedoch die Auffassung vertreten, die Strafnorm des § 184b II StGB erfasse verbale Darstellungen selbst dann nicht, wenn sie sich auf ein tatsächliches Geschehen beziehen oder einem solchen nachempfunden sind (vgl. Laufhütte/Roggenbuck, Leipziger Kommentar zum StGB, 12. Aufl., § 184b Rn 11; Lackner/Kühl, StGB, 26. Aufl., § 184b Rn 6; Ziegler, Beck-OK-StGB, § 184b Rn 6). Anders sei dies nur dann, wenn die geschehenen sexuellen Handlungen in der „Nacherzählung“ auch fotografisch abgebildet würden (MüKo-StGB/Hörnle, 2. Aufl., § 184b Rn 26).

2. Die Auslegung des § 184b II StGB ergibt, dass die **Beschreibung von Missbrauchshandlungen an Kindern in Worten nicht als Wiedergabe eines „tatsächlichen“ oder „wirklichkeitsnahen“ Geschehens anzusehen ist.**

Ein gewisser **Realitätsbezug** ist zwar auch bei Darstellungen in Worten vorstellbar, etwa wenn darin auf ein tatsächlich erlebtes Geschehen „Bezug genommen“ wird. Die **Gesetzgebungsgeschichte** zeigt indes, dass der Gesetzgeber bei der Schaffung der maßgeblichen Regelungen und der Einführung der Begriffe „tatsächlich“ und „wirklichkeitsnah“ ein anderes Vorstellungsbild hatte, das auf Darstellungen in Worten nicht zutreffen kann.

a) Der Straftatbestand des **§ 184 V StGB a. F.**, die durch das 27. StrafrechtsÄndG vom 23.07.1993 (BGBl. I, S. 1346) eingeführte Vorgängernorm des § 184b II StGB, stellte die Besitzverschaffung im Zweipersonenverhältnis nur für solche Schriften unter Strafe, die ein „tatsächliches“ Geschehen wiedergeben.

*„In der **Begründung des Gesetzentwurfs** (BT-Drucks. 12/3001, S. 4 ff.) wurde namentlich auf die Verbreitung kinderpornographischen Bild- und Videomaterials (S. 4) und - konkret - auf „kinderpornographische Filme, Videofilme, Photographien oder authentische Tonaufnahmen“ (S. 5) Bezug genommen. Die Bundesregierung stellte ergänzend klar, dass der Straftatbestand „auf die Fälle beschränkt bleiben“ solle, „in denen durch Videofilm, Film oder Foto ein tatsächliches Geschehen wiedergegeben wird“. Demgegenüber sah sie bei „kinderpornographischen Romanen, Zeichnungen und Zeichentrickfilmen“ den Strafgrund der Regelung nicht als erfüllt an, weil deren Besitz nicht dazu beitrage, dass Kinder als „Darsteller“ bei pornographischen Aufnahmen missbraucht würden (BT-Drucks. 12/3001, Anlage 3, S. 10).*

*Noch weiter ging der Rechtsausschuss des Bundestages: Er empfahl auch für den neuen Qualifikationsstatbestand des banden- und gewerbsmäßigen Umgangs mit kinderpornographischen Schriften (§ 184 IV StGB a. F.) eine Beschränkung auf Darstellungen, die ein „tatsächliches“ Geschehen wiedergeben (BT-Drucks. 12/4883, S. 5). Der Ausschuss begründete dies mit Bedenken, die erhöhte Mindeststrafe in § 184 IV StGB a. F. auch für Fälle anzuwenden, „in denen lediglich Zeichnungen oder wörtliche Darstellungen gewerbs- oder bandenmäßig verbreitet werden“. Denn deren Entstehung sei „regelmäßig nicht mit einem tatsächlichen sexuellen Missbrauch eines Kindes verbunden.“ (BGH aaO)*

- b) Auch die Ausdehnung des § 184 V StGB a. F. auf die Darstellung „wirklichkeitsnaher“ Geschehnisse durch das Gesetz zur Regelung der Rahmenbedingungen für Informations- und Kommunikationsdienste (IuKDG) vom 22.07.1997 (BGBl. I, S. 1870) sollte **keine Erweiterung der Besitzverschaffungstatbestände auf Darstellungen in Worten** bewirken.

*„Die Erweiterung des Tatbestandes diene vielmehr der Beseitigung von Beweisschwierigkeiten, die sich aus der zunehmenden Perfektionierung virtueller Darstellungsformen ergaben. Im Gesetzgebungsverfahren wurde ausdrücklich hervorgehoben, dass „im Hinblick auf die rasant fortschreitende Entwicklung digitaler Bildbearbeitungstechniken [...] nahezu perfekte Scheinwelten produziert werden“ könnten (BT-Drucks. 13/7934, S. 31). Die abschließende Begründung in der Beschlussempfehlung des federführenden Ausschusses nahm ausdrücklich Bezug auf Fälle, „in denen [...] nicht ausgeschlossen werden kann, dass es sich um fiktive Darstellungen handelt, wobei vor allem an virtuelle Sequenzen in Datennetzen zu denken ist“ (aaO S. 41 zu „Art. 4 Nr. 3“, tatsächlich Art. 4 Nr. 4).“ (BGH aaO)*

- c) Die **Besitzverschaffungstatbestände des § 184 V StGB a. F.** wurden bei der Neuordnung der §§ 184 ff. StGB durch das Gesetz zur Änderung der Vorschriften über die Straftaten gegen die sexuelle Selbstbestimmung und zur Änderung anderer Vorschriften (SexualDelÄndG) vom 27.12.2003 (BGBl. I, 3007, 3009 [Nr. 18]) **inhaltlich unverändert in § 184b II StGB n. F. (Fremdbesitzverschaffung) und § 184b IV StGB n. F. (Eigenbesitzverschaffung) überführt.**

3. Eine Beschränkung der Besitzverschaffungstatbestände auf bildliche Darstellungen und (authentische) Tonaufnahmen entspricht auch dem **abgestuften Schutzkonzept des § 184b StGB:**

Danach werden bestimmte Handlungen (z.B. Herstellen, Verbreiten) bzgl. aller kinderpornographischen und diesen gleichstehenden Darstellungen (§ 11 III StGB) unter Strafe gestellt (§ 184b I StGB), die bloße Besitzverschaffung von solchen Darstellungen aber nur, wenn sie ein „tatsächliches“ oder „wirklichkeitsnahes“ Geschehen wiedergeben (§ 184b II und IV StGB).

*„Erkennbar liegt dem die Annahme des Gesetzgebers zugrunde, dass gerade von letzteren gegenüber sonstigen kinderpornographischen Darstellungen eine erhöhte Gefahr ausgeht, einen Anreiz dafür zu bilden, Kinder zur Herstellung solcher Darstellungen sexuell zu missbrauchen.“*

*Die erhöhte Gefährlichkeit bildlicher oder videografischer Darstellungen sowie authentischer Tonaufnahmen besteht i. Ü. auch darin, dass dem Betrachter das Missbrauchsgeschehen unmittelbar „vor Augen geführt“ wird. Der von ihnen bei Menschen mit entsprechender Neigung ausgelöste Reiz, solches Geschehen selbst mit Kindern zu wiederholen, dürfte i. d. R. schon wegen des unmittelbaren Eindrucks auf den Konsumenten ungleich stärker sein als bei Beschreibungen, Trickfilmen oder Erzählungen, die, selbst wenn sie auf ein wirkliches Geschehen Bezug nehmen, dieses für den Leser, Betrachter oder Zuhörer stets nur mittelbar wiedergeben können.“ (BGH aaO)*

4. Auch das **Erfordernis der Normenklarheit** spricht dagegen, bloß verbale Schilderungen als Wiedergabe eines „tatsächlichen“ oder „wirklichkeitsnahen“ Geschehens zu verstehen.

*„Es ließen sich kaum generelle Kriterien finden, die eine klare Abgrenzung ermöglichen, wann ein Text ein Geschehen zumindest „wirklichkeitsnah“ wiedergibt. Damit hinge es von einem rechtlich kaum fassbaren Gesamteindruck ab, ob eine schriftliche Darstellung, etwa wegen ihrer Detailgenauigkeit, ihres Stils - Berichtsform oder erkennbar fiktive Schilderung - oder wegen ihres Bezuges auf tatsächlich existierende Personen als „wirklichkeitsnah“ oder - bei Nachweis eines vorausgegangenen tatsächlichen Missbrauchs - sogar als „tatsächlich“ eingestuft werden könnte. Zudem drohten Wertungswidersprüche zwischen nicht von § 184b II und IV StGB erfassten erkennbar fiktiven bildlichen pornographischen Darstellungen und detailgenauen, als „tatsächlich“ oder zumindest „wirklichkeitsnah“ eingestuften Textdarstellungen.“ (BGH aaO)*

(OLG Köln in NJW-aktuell 27/2013, 8; Beschluss vom 14.05.2013 – III-1 RVs 67/13)

1. In dem **Einfordern einer Leistung, auf die kein Anspruch besteht**, liegt **nur dann eine betrugsrelevante Täuschung über Tatsachen, wenn** entweder
  - ein **Bezug zu einer unzutreffenden Tatsachenbasis hergestellt** oder
  - die **rechtliche Wirksamkeit des Anspruchs wahrheitswidrig als gesichert dargestellt** wird.
2. Der bloße **Ansatz überhöhter Gegenstandswerte für Unterlassungsbegehren** (hier: im Fall einer Abmahnung nach § 8 UWG) in einer **anwaltlichen Gebührenberechnung begründet keine Täuschung** i. S. des § 263 StGB.

**Fall:** Der Angekl. zu 1), der über das Auktionsportal Ebay einen Kleinhandel mit Schuhen betrieb, ist im Jahr 2005 wegen Verwendung der Bezeichnung „UVP“ in seinen Angeboten abgemahnt worden. Weil er die Gebührensfordernung von rund 3.500 € des von ihm in dieser Sache beauftragten Angekl. zu 2), der als Rechtsanwalt schwerpunktmäßig auf dem Gebiet des gewerblichen Rechtsschutzes tätig ist, nicht bezahlen konnte, schlug der Angekl. zu 2) ihm vor, mit seiner Hilfe andere Wettbewerber in gleicher Weise abzumahnen und Gebühren, Aufwendungs- und Schadensersatzansprüche geltend zu machen. Die Einnahmen wurden absprachegemäß nach einem bestimmten Schlüssel aufgeteilt und die ausstehenden Gebühren des Angekl. zu 2) damit verrechnet. Sofern bei den Abgemahnten aufgrund ihrer wirtschaftlichen Situation - abgemahnt wurden ausschließlich Kleinanbieter mit geringen Umsätzen - keine Gebührenansprüche zu realisieren waren, verzichtete der Angekl. zu 2) gegenüber dem Mitangekl. bereits im Voraus auf deren Erstattung. Beiden Angekl. kam es dabei nur auf die Erzielung von Erlösen und nicht auf die Wahrung und Wiederherstellung eines lautereren Wettbewerbs an. Der Angekl. zu 2) erkannte, dass der Umfang der Geschäftstätigkeit des Angekl. zu 1), dessen Schuhhandel schlecht lief und 2006 nur Umsätze von knapp 33.000 € erbracht hatte, ein Vorgehen in der praktizierten Weise nicht rechtfertigen konnte. Die im Zeitraum vom Januar bis Oktober 2006 versandten Abmahnungsschreiben lauteten - beispielhaft - wie folgt:

„... Mein Mandant vertreibt unter dem Ebay-Mitgliedsnamen ... in großem Umfang vor allem Damen- und Herrenschuhe auf der Auktionsplattform Ebay, wobei er besonderen Wert auf einen professionellen Auftritt legt und sich zu diesem Zweck einer aufwendigen Gestaltung bedient, um die Auktionsseiten zu erstellen. Kopie eines entsprechenden Ebay-Angebotes meines Mandanten ist in der Anlage zu Ihrer Information beigelegt. Sie vertreiben ebenfalls über die Verkaufsplattform Ebay in großem Umfang Schuhe. Zwischen Ihnen und meinem Mandanten besteht somit ein Wettbewerbsverhältnis. Meinem Mandanten liegt nunmehr Ihr Angebot (...) bei Ebay vor. Sie bieten dort eine Vielzahl von Schuhen zum Verkauf an. (...) werben Sie mit Preisgegenüberstellungen dergestalt, dass Sie einem höheren „UVP“-Preis einen deutlich niedrigeren, von Ihnen verlangten Preis gegenüberstellen. (...)“

Soweit Sie diesen höheren Preis ohne jegliche weitere Erläuterungen als „UVP“ bezeichnen, ist dies in erheblichem Umfang irreführend und damit wettbewerbswidrig i. S. der §§ 3, 5 UWG. (...)“

Meinem Mandanten stehen deshalb Ihnen gegenüber Unterlassungsansprüche ebenso wie Auskunfts- und Schadensersatzansprüche zu. (...) Aus dem Gesichtspunkt des Schadensersatzes bzw. gem. § 12 II UWG ebenso wie der Geschäftsführung ohne Auftrag sind Sie auch dazu verpflichtet, die hier entstandenen Kosten für dieses Abmahnungsschreiben zu übernehmen. (...)“

Auf diese Weise erzielte der Angekl. zu 2) Einnahmen von mehr als 42.000 €, der Angekl. zu 1) von mehr als 7.000 €. Die Summe der darüber hinaus geltend gemachten Ansprüche belief sich auf 175.000 €.

Die Angekl. könnten sich wegen **Betrugs nach § 263 StGB** strafbar gemacht haben.

- I. Daher ist zunächst zu prüfen, ob das **Vorliegen einer Täuschungshandlung** bejaht werden kann.

Eine Täuschungshandlung besteht nach dem Wortlaut des Gesetzes in der **Vorspiegelung falscher oder in der Entstellung oder Unterdrückung wahrer Tatsachen**.

**Tatsachen** sind alle **konkreten vergangenen oder gegenwärtigen Geschehnisse oder Zustände der Außenwelt und des menschlichen Innenlebens**, die sinnlich wahrnehmbar, empirisch überprüfbar und damit **dem Beweis zugänglich** sind (Schönke/Schröder, StGB, 28. Aufl., § 263 Rn 8 m. w. Nachw.).

Dabei kann die **Täuschung auch konkludent** erfolgen, wenn dem irreführenden Verhalten nach der Verkehrsanschauung ein gewisser **Erklärungswert** beizumessen ist (BGHR StGB § 263 I Täuschung 20).

Dagegen sind **bloße Werturteile grds. keine Tatsachen** i. S. des § 263 StGB, solange sie nicht zugleich einen Tatsachenkern enthalten, was auf der Grundlage der Gesamtumstände zu ermitteln ist (BGHSt 48, 331; Schönke/Schröder aaO, § 263 Rn 9; Fischer, StGB, 60. Aufl., § 263 Rn 9).

1. Die **Darstellung des Umfangs der Geschäftstätigkeit des Angekl. zu 1)** in den Abmahnschreiben stellt **keine relevante Täuschung** dar.

*„Soweit es in den Abmahnschreiben heißt, der Angekl. zu 1) vertreibe auf der Auktionsplattform Ebay in großem Umfang Schuhe, mag darin ein Tatsachenkern in dem Sinn enthalten sein, dass er bei Ebay angemeldet ist und dort als gewerblicher Händler nicht nur ganz vereinzelte Geschäftsabschlüsse tätigt. Das indes nicht unrichtig, da der Angekl. zu 1) im Jahr 2006 auf diese Weise Umsätze von knapp 33.000 € erzielt hat. Die **Bezeichnung des Umfangs seiner Geschäftstätigkeit** als groß enthält demgegenüber mangels jedweder Bezifferung eine **bloße Wertung**. Ihr fehlt zudem ein **täuschender Charakter**, weil es in den Abmahnschreiben auch in Bezug auf die Abgemahnten selbst heißt, dass sie über die Verkaufsplattform Ebay in großem Umfang Schuhe vertreiben. Da nach den Urteilsfeststellungen ausschließlich Kleinanbieter mit geringen Umsätzen abgemahnt worden sind, konnte so ersichtlich nicht der Eindruck erweckt werden, die Geschäftstätigkeit des Angekl. zu 1) sei größer als diejenige der Abgemahnten.“ (OLG Köln aaO)*

2. Dass der **Gebührenberechnung** des Angekl. zu 2) **überhöhte Gegenstandswerte** zugrunde gelegt worden sind, vermag ebenfalls keine Täuschung i. S. d. § 263 StGB zu begründen.

*„Anders als bei einer bezifferten Zahlungsklage ist der **Streitwert eines Unterlassungsbegehrens nach freiem Ermessen** aufgrund der Umstände des Einzelfalles zu bestimmen. Im Falle einer Abmahnung nach § 8 UWG ist **Bewertungsmaßstab** der durch die zu unterbindende Handlung **drohende Schaden**, der sich nach den wirtschaftlichen Verhältnissen der Parteien wie Umsatz, Größe, Wirtschaftskraft und Marktstellung der Unternehmen sowie nach der Intensität des Wettbewerbs, den Auswirkungen künftiger Verletzungshandlungen und der Wiederholungsgefahr richtet (Köhler/Bornkamm, UWG, 31. Aufl., § 12 Rn 5.6 m. w. Nachw.; vgl. auch Harte-Bavendamm/Henning-Bodewig, UWG, 2. Aufl., § 12 Rn 825 ff.). Zu keinem dieser Kriterien enthalten die Abmahnschreiben konkrete Angaben, so dass dem **bloßen Ansatz überhöhter Streitwerte nicht** eine zugrunde liegende **Tatsachenbehauptung** entnommen werden kann. Die Wertangaben waren auch nicht geeignet, bei den Abgemahnten eine Fehlvorstellung über den Umfang der Geschäftstätigkeit des Angekl. zu 1) hervorzurufen., da dieser sich insoweit mit den Abgemahnten, die ihrerseits nur Kleinanbieter waren, auf eine Stufe gestellt hat.“ (OLG Köln aaO)*

3. Aus dem **Text der Abmahnschreiben** ergibt sich weiterhin **keine Täuschung** über die Umstände, aufgrund deren die **Geltendmachung der Ansprüche als rechtsmissbräuchlich** i. S. d. § 8 Abs. 4 UWG zu gelten hat.

Ein **Rechtsmissbrauch** ist nach dieser Vorschrift insbes. dann anzunehmen, wenn **Beseitigungs- und Unterlassungsansprüche** gem. § 8 I UWG unter Berücksichtigung der gesamten Umstände **vorwiegend geltend gemacht werden, um gegen den Zuwiderhandelnden einen Anspruch auf Ersatz von Aufwendungen oder Kosten der Rechtsverfolgung entstehen zu lassen**.

Dies ist dann gegeben, wenn sich die **Abmahntätigkeit verselbstständigt**, in **keinem vernünftigen Verhältnis zur gewerblichen Tätigkeit des Abmahnenden** steht und bei **objektiver Betrachtung** an der Verfolgung der Wettbewerbsverstöße **kein nennenswertes wirtschaftliches Interesse** außer dem Gebührenerzielungsinteresse bestehen kann (BGH GRUR 2001, 260).

Indizien dafür können darin gefunden werden, dass es sich um **geringfügige oder leicht zu ermittelnde Verstöße** handelt, ein **finanzschwacher Mitbewerber Abmahnungen in großer Zahl** ausspricht, **überhöhte Abmahngebühren** gefordert werden oder der beauftragte **Rechtsanwalt die Wettbewerbsverstöße selbst ermittelt** (Köhler aaO § 8 Rn 4.12 m. w. Nachw.).

*„Diese Voraussetzungen sind vorliegend ohne Weiteres erfüllt, da die Angekl. mit den Abmahnungen **keine wettbewerbsrechtlichen Zwecke**, sondern aufgrund gemeinsamer Absprache allein die Absicht verfolgten, sich systematisch in einer Vielzahl von Fällen durch Zahlungsverlangen, die weit übersetzt waren, zu bereichern.“*

Die **Schreiben** des Angekl. zu 2) **enthalten** indessen **ausdrückliche Angaben über die den Abmahnungen zugrunde liegende Motivation nicht.**“ (OLG Köln aaO)

4. Auch eine **konkludente Täuschung** darüber ist ihnen **nicht zu entnehmen**, denn sie käme nur dann in Betracht, wenn schlüssig miterklärt worden wäre, dass keine sachfremden Motive verfolgt würden, was hier jedoch nicht der Fall ist.

„Welcher Inhalt einer Erklärung zukommt, bestimmt sich jedoch maßgeblich nach dem **Empfängerhorizont des Adressaten**. Dieser mag im Rahmen von Austauschverhältnissen eine wahrheitsgemäße Darstellung aller Tatsachen erwarten können, die für die Beurteilung des Anspruchs wesentlich sind und die er aus seiner Situation nicht ohne weiteres überprüfen kann (BGH NJW 2009, 1443; BGH StV 2002, 82). Im Bereich wettbewerbsrechtlicher Abmahnungen lässt sich aber keine Verkehrsanschauung der beteiligten Kreise feststellen, wonach der Abmahnende zugleich stillschweigend erklärt, mangels Rechtsmissbrauchs hierzu auch befugt zu sein. Der **Bereich der wettbewerbsrechtlichen Abmahnungen ist nicht von einem solchen gegenseitigen Vertrauen der Parteien auf ein rechtskonformes Verhalten der jeweils anderen Partei geprägt**. Dies belegt schon die Tatsache, dass der Gesetzgeber es für erforderlich hielt, eine ausdrückliche Missbrauchsklausel zu schaffen, um die naheliegende Möglichkeit, sich durch wettbewerbsrechtliche Abmahnungen zu bereichern, einzuschränken.“ (OLG Köln aaO)

5. Eine **Täuschung** i. S. d. § 263 StGB **ergibt sich** schließlich auch **nicht aus der Geltendmachung nicht bestehender Zahlungsansprüche**.

„Durch die Abmahnschreiben wird zwar der Eindruck erweckt, die Abgemahnten seien verpflichtet, die Abmahnkosten zu erstatten bzw. weitergehenden Schadensersatz zu leisten. Tatsächlich bestanden entsprechende Ansprüche nicht, da das rechtsmissbräuchliche Vorgehen der Angekl. nicht geeignet war, Erstattungsansprüche zu begründen (vgl. BGH WRP 2012, 930).

In dem **Einfordern einer Leistung, auf die kein Anspruch besteht**, liegt eine **Täuschung über Tatsachen** aber **nur, wenn** entweder ein **Bezug zu einer unzutreffenden Tatsachenbasis hergestellt** wird - was vorliegend, wie ausgeführt, nicht der Fall ist - **oder wenn die rechtliche Wirksamkeit des Anspruchs wahrheitswidrig** als - etwa durch Gerichtsentscheidungen - gesichert dargestellt wird (Cramer/Perron aaO Rn 16 c m. w. Nachw.). Die vom Angekl. zu 2) in dem Abmahnschreiben zitierte Rspr. bezieht sich aber **ausschließlich auf die Begründung der Wettbewerbsverstöße, nicht aber auf die Berechtigung der daraus abgeleiteten Forderungen.**“ (OLG Köln aaO)

- II. **Ergebnis:** Das Vorliegen einer Täuschungshandlung kann nach alledem nicht bejaht werden, sodass die Angekl. sich nicht wegen Betruges nach § 263 StGB strafbar gemacht haben.

GG

**Paintball und Menschenwürde**

GewR

Art. 1 I

**Vereinbarkeit bei Einhaltung bestimmter Vorgaben**

(BayVGH in ZfBR 2013, 271; Urteil vom 27.11.2012– 15 BV 09.2719)

1. Aus dem Schutzauftrag des Staates für die Menschenwürde (Art. 1 I 2 GG) folgt für das materielle Baurecht das **Verbot**, ein **Vorhaben zuzulassen**, dessen **Nutzung auf die Verletzung der Menschenwürde zielt**.
2. Die **Objektformel des BVerfG** greift nicht schon immer dann ein, wenn ein Mensch als Objekt behandelt wird, sondern nur dann, wenn die **Subjektqualität prinzipiell in Frage** gestellt wird oder in der **Behandlung im konkreten Fall** eine **willkürliche Missachtung** der Würde des Menschen.
3. Beim Paintballspiel stehen sich die Spieler in einem Wettkampf **chancengleich** gegenüberstehen und der Gegenspieler wird **nicht gleichsam zur bloßen Zielscheibe** herabgewürdigt.

**Fall:** Die Kl. beabsichtigt, Produktionsflächen eines gewerblich genutzten Gebäudes innerhalb eines im Bebauungsplan als Gewerbegebietes als Sporthalle für Funsportarten umzunutzen. Das 570 m<sup>2</sup> große Spielfeld soll u. a. dem Paintball-Spiel dienen.

Beim Paintball-Spiel treten zwei Mannschaften gegeneinander an, die mit sog. Farbmarkierern (Druckgaswaffen, die Gelatine-Farbkugeln verschießen) und einer Schutzkleidung ausgerüstet sind. Ziel des Spiels ist bei den hier maßgebenden Paintball-Varianten „central flag“ bzw. „capture the flag“ die Eroberung einer neutralen bzw. der gegnerischen Flagge. Zum Erreichen dieses Ziels und um die gegnerische Mannschaft daran zu hindern, ihr Ziel zu erreichen, werden die gegnerischen Spieler mit Hilfe der Farbmarkierer gekennzeichnet, d. h. es wird mit Farbkugeln auf den Körper des gegnerischen Spielers geschossen. Getroffene Spieler scheidern aus dem Spielgeschehen aus. Für das Erobern der Fahne und für jeden getroffenen Gegenspieler werden Punkte vergeben. Zum Paintball-Spiel eingesetzte Farbmarkierer ähneln (je nach Typ mehr oder weniger) „echten“ Handfeuerwaffen. Nach der zum Bauantrag eingereichten Betriebsbeschreibung sind nur Vereinsmitglieder spielberechtigt.

Mit Bescheid vom 05.02.2007 genehmigte die Bekl. das Vorhaben mit Ausnahme der Nutzung zum Paintball-Spiel; insoweit wurde der Bauantrag der Kl. abgelehnt. Mit Urteil des VG wurde die Beklagte verpflichtet, die beantragte Genehmigung unter folgenden Auflagen zu erteilen:

„Das Paintballspiel wird nur im Tagzeitraum d. h. bis max. 22.00 Uhr erlaubt. Die Ausübung des Paintballspiels ist nur Erwachsenen erlaubt, die zudem die Mitgliedschaft des A (Vereins) besitzen und damit dessen Regelwerk anerkennen. Die Paintballspielfläche darf während der Ausübung des Paintballspiels für die Öffentlichkeit nicht zugänglich sein. Die Paintballspielfläche darf von außen nicht einsehbar sein. Beim Paintballspiel darf nur die Vereinskleidung, d. h. kein Tarnanzug oder kriegsähnliche Uniformierung etc. getragen werden und es dürfen keine Farbkugeln Verwendung finden, die rote Farbe enthalten. Gespielt werden darf nur entsprechend dem offiziellen Paintballregelwerk des deutschen Paintballverbandes in der offiziellen Fassung, d. h. Spielziel ist die Eroberung der neutralen Flagge bzw. das Auslösen der Hupe im Spielfeld des Gegners.“

Ist die Entscheidung des VG materiell-rechtlich haltbar?

Die Entscheidung des VG ist materiell-rechtlich haltbar, wenn die Ablehnung der Baugenehmigung auch für die Paintballspielfläche rechtswidrig war, aber **kein Anspruch auf eine nebenbestimmungsfreie Baugenehmigung** besteht.

Ein Anspruch auf Erteilung einer Baugenehmigung besteht, wenn das Vorhaben genehmigungsbedürftig ist und ihm nach § 68 I BayBO keine öffentlich-rechtlichen Vorschriften entgegenstehen, die im bauaufsichtlichen Genehmigungsverfahren zu prüfen sind; die Bauaufsichtsbehörde darf den Bauantrag auch ablehnen, wenn das Bauvorhaben gegen sonstige öffentlich-rechtliche Vorschriften verstößt.

**I. Genehmigungsbedürftigkeit**

Nach Art. 55 I BayBO bedürfen die Errichtung, Änderung und Nutzungsänderung von Anlagen i.S.d. Art. 2 I BayBO der Baugenehmigung. Da hier kein Ausnahmefall der Art. 56 – 58 BayBO vorliegt, ist damit auch die hier angestrebte Nutzungsänderung genehmigungsbedürftig.

**II. Genehmigungsfähigkeit**

Das Vorhaben muss aber auch sowohl bauplanungsrechtlich als auch bauordnungsrechtlich genehmigungsfähig sein.

## 1. bauplanungsrechtliche Zulässigkeit

Hier handelt es sich um ein Grundstück, welches im **Geltungsbereich eines Bebauungsplanes** liegt, so dass sich die bauplanungsrechtliche Zulässigkeit nach § 30 BauGB richtet. Es kann davon ausgegangen werden, dass es sich um einen **qualifizierten Bebauungsplan** nach § 30 I BauGB handelt, der Festsetzungen über die Art und das Maß der baulichen Nutzung, die überbaubaren Grundstücksflächen und die örtlichen Verkehrsflächen enthält. Das Vorhaben ist danach bauplanungsrechtlich zulässig, wenn die Festsetzungen des Bebauungsplanes eingehalten werden. Da hier nur die Nutzung eines schon bestehenden und genehmigten Gebäudes geändert werden soll, bei dem die Vereinbarkeit mit den Festsetzungen zum Maß der Nutzung und der überbaubaren Grundstücksflächen schon geprüft worden waren, kommt es allein darauf an, ob die **Art der Nutzung mit den Festsetzungen zu vereinbaren** ist.

Ist in einem Bebauungsplan ein Gewerbegebiet festgesetzt, so werden die entsprechenden Regelungen des § 8 BauNVO nach § 1 III 2 BauNVO Bestandteil des Bebauungsplanes.

*„In den Paintball-Spiel-Varianten „capture the flag“ und „center-flag“ ist die beabsichtigte Nutzung als Sport im Sinne des § 8 II Nr. 4 BauNVO zu bewerten, weil sie nach der zum Bauantrag eingereichten „Beschreibung der Sporthallennutzung“ und der Ausstattung der Anlage (z. B. mit Umkleideräumen) zumindest auch der körperlichen Ertüchtigung dient.“ (BayVGH aaO)*

Sonstige Bedenken hinsichtlich der Vereinbarkeit mit dem Bebauungsplan bestehen nicht, so dass die Nutzungsänderung auch hinsichtlich der Paintballspielfläche bauplanungsrechtlich zulässig ist.

## 2. bauordnungsrechtliche Zulässigkeit

Allerdings muss die Nutzungsänderung hinsichtlich der Paintballspielfläche auch den bauordnungsrechtlichen Vorgaben entsprechen.

Nach Art. 3 I 1 BayBO sind Anlagen so anzuordnen, zu errichten, zu ändern und instand zu halten, dass die **öffentliche Sicherheit und Ordnung nicht gefährdet** werden. Dies gilt nach Art. 3 III BayBO entsprechend für die Änderung der Nutzung von Anlagen. Unter die öffentliche Sicherheit in diesem Sinn fällt u. a. der Schutz der (objektiven) Rechtsordnung (Jäde aaO Rn. 6 ff. zu Art. 3), also grds. auch der Schutz der Menschenwürde i. S. v. Art. 1 I GG (Aubel, Das Menschenwürde-Argument im Polizei- und Ordnungsrecht, Die Verwaltung, 2004, 229).

### a) Schutz der Menschenwürde im materiellen Baurecht

Nach Art. 1 I GG ist die Würde des Menschen unantastbar (Satz 1) und es ist die Verpflichtung aller staatlichen Gewalt, sie zu achten und zu schützen (Satz 2).

*„Die **Unantastbarkeitsformel** in Satz 1 garantiert die Achtung der Menschenwürde **auch gegenüber Dritten**; die Schutzpflicht des Staates in Satz 2 begründet die Verpflichtung der staatlichen Gewalt, auch **Vorkehrungen gegen Würdeverletzungen durch Private** zu treffen (Herdegen in Maunz/Dürig, Kommentar zum GG, Rn. 74, 78 zu Art. 1 Abs. 1; vgl. auch BVerfG vom 19. 12. 1951 Az. 1 BvR 220/51 BVerfGE 1, 97–108, „Schutz gegen Angriffe auf die Menschenwürde durch andere“). Damit korrespondiert das aus dem **materiellen Baurecht** folgende **Verbot, ein Vorhaben zuzulassen, dessen Nutzung auf die Verletzung der Menschenwürde zielt.**“ (BayVGH aaO)*

Es kommt daher darauf an, ob das Paintballspiel auf eine Verletzung der Menschenwürde zielt.

### b) Gewährleistungsgehalt der Menschenwürde

Das BVerfG sieht in der Menschenwürde ein tragendes Konstitutionsprinzip im System der Grundrechte, mit dem der soziale Wert- und Achtungsanspruch des Menschen verbunden ist, der es verbietet, den Menschen zum bloßen Objekt des Staates zu machen oder ihn einer Behandlung auszusetzen, die seine Subjektqualität prinzipiell in Frage stellt (sog. Objektformel, z. B. BVerfG vom 20. 10. 1992 – 1 BvR 698/89, BVerfGE 87, 209).

„Menschenwürde in diesem Sinn ist nicht nur die individuelle Würde der jeweiligen Person, sondern die **Würde des Menschen als Gattungswesen**. Es lässt sich jedoch nicht generell sagen, unter welchen Umständen die Menschenwürde verletzt sein kann, sondern immer nur in Ansehung des konkreten Falls.

Der Mensch ist nicht selten bloßes Objekt nicht nur der Verhältnisse und der gesellschaftlichen Entwicklung, sondern auch des Rechts, insofern er ohne Rücksicht auf seine Interessen sich fügen muss. Eine Verletzung der Menschenwürde kann darin allein nicht gefunden werden. Hinzukommen muss, dass er einer Behandlung ausgesetzt wird, die seine **Subjektqualität prinzipiell in Frage stellt**, oder dass in der Behandlung im konkreten Fall eine **willkürliche Missachtung der Würde des Menschen** liegt. Die Behandlung des Menschen durch die öffentliche Hand, die das Gesetz vollzieht, muss also, wenn sie die Menschenwürde berühren soll, Ausdruck der **Verachtung des Wertes, der dem Menschen kraft seines Personseins zukommt**, also in diesem Sinne eine „verächtliche Behandlung“ sein (BVerfG vom 15.12.1970 – 2 BvF 1/69 – BVerfGE 30, 1).“ (BayVGh aaO)

### c) Bewertung des Paintballspiels in seiner konkreten Ausgestaltung

Fraglich ist daher, ob das Paintballspiel in seiner konkreten Ausgestaltung durch die Auflage mit der Menschenwürde zu vereinbaren ist.

#### aa) „Abschießen“ der Mitspieler als entwürdigende Behandlung

Ziel des Spiel ist es u.a., die Mitspieler „abzuschießen“. Hierin könnte eine willkürliche Missachtung des Wertes, der dem Menschen kraft seines Personseins zukommt, zu sehen sein.

„Eine zu missbilligende Missachtung der individuellen Würde bzw. eine entwürdigende Behandlung der (gegenerischen) Mitspieler kommt beim Paintball-Spiel nicht zum Ausdruck, weil sich die Spieler **beim Wettkampf chancengleich gegenüberstehen** und der Gegenspieler nicht gleichsam zur bloßen Zielscheibe herabgewürdigt wird (vgl. auch BVerwG, Urt. v. 13.12.2006 – 6 C 17/06 – Buchholz 402.41 Allgemeines Polizeirecht Nr. 82). Das Paintball-Spiel **verletzt** deshalb die **Menschenwürde nicht, soweit es konkret die Spieler betrifft**. Davon abgesehen begeben sich die – auflagentgemäß erwachsenen – Akteure des Paintball-Spiels **freiwillig und eigenverantwortlich** in das ihnen bekannte Spielszenario. Was sich aber als Akt autonomer Selbstdefinition erweist, kann den Einzelnen jedenfalls dann nicht in seiner Menschenwürde verletzen, wenn **keine Anhaltspunkte** dafür bestehen, dass die betreffende **Person aus psychischen oder physischen Gründen unfrei** ist (etwa bei extremen Auswüchsen privatautonomer Entscheidungen, wie die Zustimmung zu erheblichen Eingriffen in die körperliche Integrität oder bei außerordentlichen Selbsterniedrigungen, Auel aaO S. 243 f.). Anhaltspunkte dafür, dass Paintball-Spieler als Einzelne oder als Gruppe **in eine für sie erniedrigende Behandlung einwilligen**, bestehen nicht. [wird ausgeführt].“ (BayVGh aaO)

#### bb) „Abschießen“ der Mitspieler als Missachtung der Würde des Menschen als Gattungswesen

Eine Missachtung der Würde des Menschen als Gattungswesen ist dann anzunehmen, wenn ein gewerbliches Unterhaltsspiel auf die **Identifikation der Spielteilnehmer mit der Gewaltausübung gegen Menschen** angelegt ist und ihnen die **lustvolle Teilnahme** an derartigen – wenn auch nur fiktiven – Handlungen ermöglichen soll. Wegen der einer solchen Spielgestaltung innewohnenden Tendenz zur **Bejahung** oder zumindest **Bagatellisierung der Gewalt** und wegen der möglichen Auswirkungen einer solchen Tendenz auf die allgemeinen Wertvorstellungen und das Verhalten in der Gesellschaft ist dies mit der verfassungsrechtlichen Menschenwürdegarantie unvereinbar. (vgl. BVerwG, Urt. v. 13.12.2006, aaO).

Dies könnte bei einem Paintballspiel, bei dem mit Waffen Menschen symbolisch „abgeschossen“ werden, der Fall sein.

„Beim **regelkonformen Paintball-Spiel** geht es schon **nicht** um die Identifikation des einzelnen Spielteilnehmers mit der Gewaltausübung gegen Menschen oder gar um einen „**im Spiel erlebten Macht- und Lustgewinn durch solche Handlungen**“. Eine solche Annahme würde den **mehrschichtigen, komplexen Spielablauf** des Paintball-Spiels **auf das Schießen verengen** und damit die Orientierung des Gros der Spieler an Fairness, Sportlichkeit und Teamgeist ausblenden. **Ziel des Paintball-Spiels** in den Spielvarianten „capture the flag“ und „center flag“ ist es, die gegnerische oder die **neutrale Flagge zu erobern** und die gegnerischen Spieler, die das selbe Ziel verfolgen, hieran zu hindern. Zum Erreichen dieses Ziels werden zwar Farbmarkierungspistolen eingesetzt, mit denen auf die Gegenspieler geschossen wird. **Anhaltspunkte** für eine **Gewaltaffinität der Spieler**, also für eine Identifikation der Spieler mit der Gewaltausübung

gegen Menschen, bestehen nach Darlegung des Gutachtens der Kriminologischen Zentralstelle aber nicht (vgl. S 6, S. 31 f., 140 f.).

Soweit die Verletzung der Menschenwürde mit dem „**Vergnügen an simulierten Tötungshandlungen**“ und den sich daraus ergebenden („möglichen“) Auswirkungen auf die allgemeinen Wertvorstellungen und das Verhalten in der Gesellschaft begründet werden kann, kann den **Paintball-Spielern** ein derartiges Vergnügen **weder unterstellt** werden **noch legt** das in den Auflagen bezeichneten **Regelwerk** des hier in Frage stehenden Paintball-Spiels **eine solche Tendenz nahe**. [wird ausgeführt]. Schließlich wird das regelgerechte Paintball-Spiel von Schiedsrichtern („Marshalls“) geleitet, die die **Einhaltung der Spielregeln überwachen** und **unsportliches Verhalten bestrafen** (u. a. sinnloses oder dauerhaftes Markieren eines eindeutig als markiert, disqualifiziert oder aufgebend erkennbaren Spielers, Nr. 21.9 des Regelwerks). **Tarnkleidung** oder **kriegsähnliche Uniformierungen**, die geeignet sein können, den sportlichen Gedanken des Spiels in den Hintergrund zu drängen, sind **verboten**. Dass das Paintball-Spiel diesen und weiteren Regeln unterworfen ist und sich nicht auf ein bloßes willkürliches Abschießen des Gegners beschränkt, lässt sich auch für Außenstehende erkennen.“ (BayVGH aaO)

### cc) „Abschießen“ der Mitspieler als Degradierung zum Tötungsobjekt

Ein Verstoß gegen die Menschenwürde könnte aber darin zu sehen sein, dass Mitspieler zum Tötungsobjekt degradiert werden.

„Nach den Darlegungen der Kriminologischen Zentralstelle erscheint die **Realitätsnähe** bei der – hier maßgeblichen – Indoorvariante noch **am geringsten**. Im Gegensatz zu Computerspielen sei beim Spielen von Paintball eine **zeitliche Grenze** gesetzt, die eine regelmäßige **Rückkehr in eine gewisse „Normalität“ erzwingt** und einem Verlust des Realitätssinns entgegenwirke. Auch die Faktoren „**Teamspieler**“ und „**Schiedsrichter**“ stünden einem Realitätsverlust entgegen (S. 139 des Gutachtens). Eine **These**, wonach für das Spiel typische Verhaltensmuster **kriegerischen Charakters** oder **tötungsähnlichen Verhaltens** oder auch harmlosere Formen von Gewalt im Alltag ihren Niederschlag finden würden, könne aktuell nicht verifiziert werden (zitiert nach dem Gutachten der Kriminologischen Zentralstelle, S. 140 f.).

[Zudem] darf der **spielerische oder sportliche Kampf**, der sich des **Einsatzes von Waffen** bedient, nicht unter Heranziehung der Objektformel dem **Generalverdacht** einer Menschenwürdeverletzung ausgesetzt werden, von dem er sich entlasten müsse. Ob ein die Menschenwürde verletzendes „Spiel“ angenommen werden muss, ist vielmehr eine **Frage des Einzelfalls**. Dabei kommt es für die Bewertung des Paintball-Spiels nicht allein darauf an, ob es **von einem außen stehenden Dritten nach seinen Moralvorstellungen als ggf. menschenverachtend** beurteilt wird. Es ist vielmehr zunächst nach der Evidenz der angenommenen Würdeverletzung (Herdegen, aaO, Rn. 44 zu Art. 1 Abs. 1) zu fragen.

Ob das Paintball-Spiel als moralisch verwerflich eingestuft werden kann, ist ohne Relevanz. [Die] **Menschenwürdegarantie** darf **nicht als staatliches Mittel zum Verbot jeglicher Art vermeintlicher oder tatsächlicher Geschmacklosigkeiten** missbraucht werden. Denn allein moralische Bewertungen vermögen einen verfassungsrechtlichen Verstoß gegen Art. 1 I GG nicht zu begründen (Aubel, aaO, S. 252).“ (BayVGH aaO)

### d) Zwischenergebnis

Das Paintballspiel in der Ausgestaltung, die es durch die Auflage gefunden hat, stellt keinen Verstoß gegen die Menschenwürde dar, so dass das Vorhaben auch nicht gegen Art. 3 I 1 BayBO verstößt und damit bauordnungsrechtlich zulässig ist.

## 3. Einhaltung sonstiger öffentlich-rechtlicher Vorschriften

„Die beabsichtigte Nutzung verstößt nicht gegen Bestimmungen des **Waffenrechts**. [wird ausgeführt]...Die Nutzung der Halle zum Paintball-Spiel verstößt schließlich nicht gegen Normen des Strafrechts oder des Ordnungswidrigkeiten rechts. Eine etwaige Verletzung von Vorschriften zum Schutz von Kindern und Jugendlichen kommt nicht in Betracht, weil die Nutzung der Halle zum Paintball-Spiel unter den Auflagen steht, dass die Ausübung nur Erwachsenen erlaubt ist und die Paintball-Spielfläche während der Ausübung des Paintball-Spiels für die Öffentlichkeit nicht zugänglich und von Außen nicht einsehbar sein darf.“ (BayVGH aaO)

## III. Ergebnis

Das Vorhaben widerspricht mit den vom VG festgelegten Auflagen keinen öffentlich-rechtlichen Vorschriften, die im bauaufsichtlichen Genehmigungsverfahren zu prüfen sind Insbesondere verstößt die Nutzung der Hallenfläche zum Paintball-Spiel nach Maßgabe dieser Auflagen nicht gegen die verfassungsrechtliche Garantie der Menschenwürde. Das Vorhaben ist als Anlage für sportliche Zwecke im faktischen Gewerbegebiet zulässig.

GG  
Art. 2 II 1**Verfassungsmäßigkeit des Waffengesetzes**  
**Erfüllung staatlicher Schutzpflichten**

VerfR

(BVerfG in BayVBl. 2013, 334; Beschluss vom 23.01.2013 - 2 BvR 1645/10)

1. Nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts erschöpft sich das Grundrecht jedoch nicht in einem subjektiven Abwehrrecht gegenüber solchen Eingriffen.
2. Aus ihm ist auch eine **Schutzpflicht des Staates und seiner Organe für das geschützte Rechtsgut** abzuleiten, deren Vernachlässigung von dem Betroffenen grundsätzlich mit der Verfassungsbeschwerde geltend gemacht werden kann.
3. Bei der Erfüllung dieser Schutzpflicht aus Art. 2 II 1 GG kommt dem Gesetzgeber wie der vollziehenden Gewalt jedoch ein **weiter Einschätzungs-, Wertungs- und Gestaltungsspielraum** zu. Die Entscheidung, welche Maßnahmen geboten sind, kann nur begrenzt nachgeprüft werden.
4. Das Bundesverfassungsgericht kann eine **Verletzung der Schutzpflicht** daher nur dann feststellen, wenn die öffentliche Gewalt **Schutzvorkehrungen überhaupt nicht getroffen hat** oder die **ergriffenen Maßnahmen gänzlich ungeeignet oder völlig unzulänglich** sind, das gebotene Schutzziel zu erreichen.

**A. Die Funktion der Grundrechte**

Die Grundrechte sind nicht nur Abwehrrechte gegen den Staat, sondern enthalten neben einer Institutsgarantie auch Leistungs- und Teilhaberechte. Über eine Drittwirkung von Grundrechten sind sie auch über den Bereich staatlicher Gewalt hinaus im Privatrechtsverhältnis relevant.

**I. Grundrechte als Abwehrrechte**

Bei dem Schutz Freiheitsbereichs des Bürgers gegen staatliche Eingriffe handelt es sich um die **primäre Funktion** der Grundrechte. Es ist dem Staat untersagt, über die zulässigen Grenzen hinaus in den Gewährleistungsgehalt eines Grundrechts einzugreifen.

**II. Grundrechte als Institutsgarantie**

Grundrechtliche Gewährleistungen setzen bestimmte Rechtsinstitute voraus, da Freiheitsrecht sich **nur mit Hilfe der staatlichen Rechtsordnung verwirklichen lässt**. Hieraus ergibt sich, dass bestimmte Rechtseinrichtungen erhalten bleiben müssen

**Beispiele:**

- Ehe- und Familie (Art. 6 GG)
- Eigentumsrecht (Art. 14 I 1 GG)
- Erbrecht (Art. 14 I 1 GG)
- Berufsbeamtentum (Art. 33 IV GG)
- kommunale Selbstverwaltung (Art. 28 II GG)

**III. Grundrechte als Leistungs- und Teilhaberechte**

Die grundrechtliche Gewährleistung bezieht sich darüber hinaus nicht nur auf die Eingriffsfreiheit (**passiver Staat**), sondern auch auf die Schaffung der Rahmenbedingungen für die Möglichkeit der Betätigung im geschützten Freiheitsbereich (**aktiver Staat**). Hieraus ergibt sich auch ein Recht auf **Mitgestaltung** und **Mitwirkung** an Demokratie und Staat (z.B. Sicherung des Existenzminimums als Anspruch gegen den Staat auf Sicherung der Menschenwürde).

**IV. Drittwirkung der Grundrechte**

Bei der sog. Drittwirkung der Grundrechte geht es um die Frage der Bindungswirkung auch im Privatrechtsverhältnis.

- **Unmittelbare Drittwirkung**

Die unmittelbare Drittwirkung tritt nur in seltenen Fällen ein, ist aber gelegentlich, insbesondere im Arbeitsrecht anerkannt. Grundrechtliche Vorgaben wirken dann unmittelbar auf ein Privatrechtsverhältnis ein, z.B. Art. 9 III 2 GG: Nichtigkeit von Abreden zur Beschränkung der Mitgliedschaft in einer Gewerkschaft.

- **Mittelbare Drittwirkung**

Allerdings gelangen die Grundrechte immer dann zur Anwendung im Privatrechtsverhältnis, wenn eine Staatsgewalt das Verhältnis zwischen zwei Privatpersonen zu bewerten hat. Bei der Auslegung und Anwendung der Gesetzes sind die Exekutive und die Judikative ihrerseits als Staatsgewalt an die Grundrechte gebunden und müssen insofern auch deren wertsetzende Bedeutung bei ihrer Entscheidungsfindung berücksichtigen (z.B. im Rahmen der Auslegung des § 242 BGB durch die Gerichte).

## B. Erfüllung staatlicher Schutzpflicht für Leib und Leben durch Waffengesetz (vgl. BVerfG in BayVBI. 2013, 334)

**Fall:** Die Beschwerdeführer wenden sich mit ihrer Verfassungsbeschwerde vor dem Hintergrund des Amoklaufs eines ehemaligen Schülers in Winnenden gegen das Waffengesetz vom 11.10.2002, zuletzt geändert durch Art. 1b des Gesetzes vom 25.11.2012 (BGBl II S. 1381). Sie rügen eine Verletzung ihres Grundrechts auf Leben und körperliche Unversehrtheit (Art. 2 II 1 GG) dadurch, dass das Waffengesetz tödliche Schusswaffen für den Schießsport erlaubt beziehungsweise deren Gebrauch nicht ausreichend einschränkt. Der Gesetzgeber habe damit gegen seine Pflicht zum Schutz der Allgemeinheit vor den Gefahren des Missbrauchs von Schusswaffen verstoßen.

Es sei Aufgabe der Legislative, innerhalb ihres Gestaltungsspielraums einen angemessenen Ausgleich zwischen dem Sicherheitsinteresse der Bevölkerung und den Interessen der privaten Waffenbesitzer zu schaffen. Tatsächlich habe das Waffengesetz in den vergangenen Jahren keinen ausreichenden Schutz vor diversen Mordserien mit privaten legalen Waffen geboten. Dies stelle ein verfassungswidriges Unterlassen des Gesetzgebers dar. Erforderlich seien weitergehende Beschränkungen des Rechts auf Besitz und Gebrauch von privaten Schusswaffen, insbesondere ein Verbot tödlicher Sportwaffen. Die als Reaktion auf die Ereignisse von Winnenden vorgenommenen Verschärfungen des Waffenrechts durch das Vierte Gesetz zur Änderung des Sprengstoffgesetzes vom 17.07.2009 (BGBl I S. 2062) seien nicht geeignet, solche Vorkommnisse künftig zu verhindern oder auch nur wesentlich zu erschweren. Ist die Legislative zu einer Verschärfung der waffenrechtlichen Regelungen nach Art. 2 II 1 GG verpflichtet?

### I. Gewährleistungsgehalt des Art. 2 II 1 GG

Grundsätzlich sind die Grundrechte Abwehrrechte des Bürgers gegen den Staat dergestalt, dass sie von Eingriffen staatlicher Gewalt in den Gewährleistungsgehalt eines Grundrechtes schützen. Art. 2 II 2 GG, der Das Recht auf Leben und körperliche Unversehrtheit schützt, gewährleistet daher vorrangig, dass staatliche Gewalt diese Rechte nicht verletzt.

Fraglich ist aber, ob den Grundrechten - hier Art. 2 II 1 GG - über diesen negativen Gewährleistungsgehalt hinaus auch ein positiver Gewährleistungsgehalt dergestalt zukommt, dass der Staat Maßnahmen zum Schutz von Leben und körperlicher Gesundheit vor Eingriffen nicht-staatlicher Stellen ergreifen muss.

*„Nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts erschöpft sich das Grundrecht jedoch nicht in einem subjektiven Abwehrrecht gegenüber solchen Eingriffen. Aus ihm ist vielmehr auch eine **Schutzpflicht des Staates und seiner Organe für das geschützte Rechtsgut** abzuleiten, deren Vernachlässigung von dem Betroffenen grundsätzlich mit der Verfassungsbeschwerde geltend gemacht werden kann (vgl. BVerfGE 77, 170 [214]; 77, 381 [402 f.]). Die Schutzpflicht gebietet dem Staat, sich **schützend und fördernd vor gefährdetes menschliches Leben zu stellen**, es insbesondere vor rechtswidrigen Eingriffen Dritter zu bewahren (vgl. BVerfGE 39, 1 [42]; 46, 160 [164]; 49, 89 [141 f.]; 53, 30 [57]; 56, 54 [73]). Eine solche Schutzpflicht besteht auch hinsichtlich der Missbrauchsgefahren, die vom Umgang mit Schusswaffen ausgehen (vgl. BVerfGK 1, 95 [98]).“* (BVerfG aaO)

### II. Anforderungen an die Erfüllung der staatlichen Schutzpflicht

Fraglich ist jedoch, welche Anforderungen an die Erfüllung der so bestehenden staatlichen Schutzpflicht für Leib und Leben der Bürger zu stellen sind. Die Normierung eines Schutzes vor jedweder Verletzung durch Dritte kann gewiss nicht gefordert werden.

*„Bei der Erfüllung dieser Schutzpflicht aus Art. 2 II 1 GG kommt dem Gesetzgeber wie der vollziehenden Gewalt jedoch ein **weiter Einschätzungs-, Wertungs- und Gestaltungsspielraum** zu (vgl. BVerfGE 77, 170 [214]). Die Ent-*

scheidung, welche Maßnahmen geboten sind, kann nur begrenzt nachgeprüft werden. Das Bundesverfassungsgericht kann eine **Verletzung der Schutzpflicht** daher nur dann feststellen, wenn die öffentliche Gewalt **Schutzvorkehrungen überhaupt nicht getroffen hat** oder die **ergriffenen Maßnahmen gänzlich ungeeignet oder völlig unzulänglich** sind, das gebotene Schutzziel zu erreichen (vgl. BVerfGE 56, 54 [80 f.]; 77, 381 [405]; 79, 174 [202]; stRspr).“ (BVerfG aaO)

### III. Anwendung auf das Waffengesetz

Das Waffengesetz müsste diesen Maßstäben genügen. Fraglich ist dabei, ob die Vorschriften des Waffengesetzes, die den Umgang mit Waffen und Munition unter Berücksichtigung der Belange der öffentlichen Sicherheit und Ordnung regeln (§ 1 WaffG) völlig ungeeignet oder unzulänglich zur Erfüllung des staatlichen Schutzauftrags sind.

#### 1. Treffen von Regelungen

„Das Schutzkonzept des Waffengesetzes beruht im Kern auf der **Erlaubnispflichtigkeit** des Umgangs mit Schusswaffen, soweit dieser nicht gänzlich verboten ist. Voraussetzung für die Erteilung einer Erlaubnis sind grundsätzlich die **Volljährigkeit** des Antragstellers, dessen **Zuverlässigkeit** und **persönliche Eignung** sowie der **Nachweis der erforderlichen Sachkunde** und eines Bedürfnisses (§§ 4 ff. WaffG). Zum Nachweis eines Bedürfnisses müssen gegenüber den Belangen der öffentlichen Sicherheit oder Ordnung **besonders anzuerkennende, persönliche oder wirtschaftliche Interessen** glaubhaft gemacht werden (§ 8 WaffG).

Für Sportschützen wird diese Voraussetzung in § 14 II-IV WaffG näher konkretisiert. Den - mit der Verfassungsbeschwerde besonders gerügten - Erwerb und Besitz von großkalibrigen Schusswaffen durch Sportschützen hat der Gesetzgeber in § 14 I WaffG an das Erreichen eines erhöhten Mindestalters von 21 Jahren geknüpft. Verstöße gegen die Erlaubnispflicht sind mit Strafe bedroht (§ 52 WaffG).

Gleichzeitig hat der Gesetzgeber **Vorkehrungen zur Verhinderung des Zugangs Unbefugter** zu Waffen und Munition getroffen, indem er ein - ebenfalls strafbewehrtes - **Verbot der Überlassung** von Waffen oder Munition an nicht berechnigte Personen statuiert (§ 34 WaffG) sowie eine **sichere Aufbewahrung** von Waffen und Munition **angeordnet** (§ 36 WaffG) hat. **Verstöße** gegen die Aufbewahrungsvorschriften hat er allgemein als Ordnungswidrigkeiten und unter verschärften Voraussetzungen als Straftat **sanktioniert** (§ 53 I Nr. 19, § 52a WaffG).

Einzelne Vorschriften aus den skizzierten Normkomplexen hat der Gesetzgeber erst als Reaktion auf die Amokläufe von Erfurt und Winnenden eingeführt oder verschärft (vgl. das Gesetz zur Neuregelung des Waffenrechts [WaffRNeuRegG] vom 11.10.2002 [BGBl I S. 3970] und das Vierte Gesetz zur Änderung des Sprengstoffgesetzes vom 17.07.2009).“ (BVerfG aaO)

#### 2. Ausreichen der Regelungen

Diese Regelungen müssten ausreichen, um den verfassungsrechtlichen Schutzauftrag des Staates zu erfüllen.

„Bei dieser Rechtslage lässt sich **weder feststellen**, dass die öffentliche Gewalt **überhaupt keine Schutzvorkehrungen** gegen die von Schusswaffen ausgehenden Gefahren getroffen hat, noch, dass offensichtlich die getroffenen Regelungen und Maßnahmen in ihrer Gesamtheit **gänzlich ungeeignet** oder **völlig unzulänglich** wären, um die Allgemeinheit vor den Gefahren des missbräuchlichen Umgangs mit Schusswaffen zu schützen. Angesichts des dem Gesetzgeber bei der Erfüllung seiner Schutzpflichten zukommenden **weiten Einschätzungs-, Wertungs- und Gestaltungsspielraums** steht den Beschwerdeführern ein grundrechtlicher Anspruch auf weitergehende oder auf bestimmte Maßnahmen wie das Verbot von Sportwaffen nicht zu.“ (BVerfG aaO)

## 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  
§ 204 II

### Verjährungshemmung Verfahrensstillstand wegen fehlender gerichtlicher Terminierung (BGH in BRAK.-Mitt. 2013, 117; Urteil vom 07.02.2013 – VII ZR 263/11)

BGB

Eine **Untätigkeit der Parteien führt dann nicht zum Stillstand des Verfahrens** i. S. des § 204 II 2 BGB und folglich auch **nicht zum Ende der Verjährungshemmung, wenn die Verfahrensleitung beim Gericht liegt**, das für den Fortgang des Prozesses Sorge zu tragen hat.

„Nach st. Rspr. des BGH führt eine Untätigkeit der Parteien dann nicht zum Stillstand des Verfahrens i. S. des § 204 II 2 BGB n. F., wenn die Verfahrensleitung beim **Gericht** liegt, das **für den Fortgang des Prozesses Sorge zu tragen hat** (vgl. BGH VersR 1978, 1142; BGH NJW 1983, 2496; BGH NJW 2000, 132; BGH NJW-RR 2005, 606 = BauR 2005, 868, jew. zu § 211 II 1 BGB a. F., der Vorgängervorschrift von § 204 II 2 BGB; MüKo-BGB/Grothe, 6. Aufl., § 204 Rn 77). Der diesbzgl. Pflicht, für den Fortgang des Prozesses Sorge zu tragen, kommt das Gericht insbes. durch die Bestimmung eines Termins zur mündlichen Verhandlung nach. Insofern enthält die ZPO die allgemeine Regel, dass **Termine unverzüglich von Amts wegen zu bestimmen** sind (§ 216 II ZPO). Von einer Terminbestimmung kann das Gericht allerdings absehen, wenn sich die Parteien als Herren des Verfahrens damit einverstanden erklären. Soweit es um die Voraussetzungen von § 204 II 2 BGB n. F. (= § 211 II 1 BGB a. F.) geht, ist nach der Rspr. des BGH anerkannt, dass die **Verantwortung für das Betreiben des Prozesses vom Gericht auf den Kl. übergeht, wenn das Gericht mit dessen ausdrücklich oder konkludent erklärtem Einverständnis von einer Terminbestimmung auf unbestimmte Zeit absieht** (vgl. BGH NJW-RR 2005, 606 = BauR 2005, 868; BGH NJW 1983, 2496). **Dann ist es Sache des Kl., dafür Sorge zu tragen, dass seine Ansprüche nicht verjähren**, indem er sich um einen Fortgang des Prozesses bemüht, z. B. durch einen Antrag auf Terminbestimmung.“ (BGH aaO)

BGB  
§§ 437 Nr. 1, 440, 346

### Erfüllungsort Rückzahlung des Kaufpreises Zug um Zug gegen Rückgewähr der Kaufsache (OLG Karlsruhe in BB 2013, 1601; Urteil vom 14.06.2013 – 13 U 53/13)

BGB

Klagt der Käufer nach beiderseitiger Erfüllung des Kaufvertrages und nach Rücktritt vom Kaufvertrag auf **Rückzahlung des Kaufpreises Zug-um-Zug gegen Rückgewähr der Kaufsache**, so ist **einheitlicher Erfüllungsort** für alle Rückgewähransprüche der **Ort, an dem sich die Kaufsache zur Zeit des Rücktritts vertragsgemäß befindet**.

„Zwar wird [dieser] Auffassung vereinzelt widersprochen; das OLG Schleswig (Urteil v. 04.09.2012 - 3 U 99/11 - m. w. Nachw.) weist aber zutreffend darauf hin, dass sich die **Entscheidung des BGH** (NJW 1983, 1479 = BGHZ 87, 104 [noch zur Wandelung]) **auf das neue Schuldrecht übertragen lässt**, weil es sich bei **Wandlung und gesetzlichem Rücktritt im Wesentlichen um das gleiche Rechtsinstitut handelt**.

Der Annahme eines einheitlichen Erfüllungsortes am Bestimmungsort steht nicht das Urteil des BGH entgegen, mit dem dieser einen Erfüllungsort am Ort der vertragsgemäßen Belegenheit der Sache für den kaufrechtlichen Nacherfüllungsanspruch gem. §§ 437 Nr. 1, 439 BGB verneint hat. Indirekt hat der BGH mit dieser Entscheidung die herrschende Meinung erneut bestätigt, wenn er darin ausführt, dass sich die zum Erfüllungsort der Rückgewähransprüche nach erfolgtem Rücktritt gem. § 437 Nr. 2, §§ 440, 346 BGB, der vielfach an dem Ort angesiedelt sei, an dem sich die Sache vertragsgemäß befinde, entwickelten Grundsätze nicht auf die Nacherfüllung nach § 439 BGB übertragen lasse. Zutreffend weist das OLG Schleswig darauf hin, dass der BGH die Frage auch hätte offen lassen können, wenn er Zweifel an der herrschenden Meinung gehabt hätte. Dies hat er aber gerade nicht getan, sondern vielmehr die Unterschiede zwischen Nacherfüllungs- und Rücktrittsrecht herausgestellt und zum Erfüllungsort bei Rücktritt die herrschende Auffassung zitiert (BGH aaO unter Hinweis auf Palandt/Grüneberg, BGB, 70. Aufl., § 269 Rn 16; MüKo-BGB/Krüger, BGB, 5. Aufl., § 269 Rn 41) sowie auf sein früheres Urteil zum alten Schuldrecht verwiesen (BGHZ 87, 104).“ (OLG Karlsruhe aaO)

BGB  
§ 556

### Schadensersatzpflicht des Vermieters Verstoß gegen das Wirtschaftlichkeitsgebot (OLG Rostock in NJOZ 2013, 1130; Urteil vom 27.09.2012 – 3 U 65/11)

BGB

**Verstößt ein Vermieter gegen** die ihm vertraglich obliegende **Nebenpflicht**, bei der Abrechnung über Maßnahmen und Entscheidungen, die Einfluss auf die Höhe der vom Mieter zu tragenden Betriebskosten haben, **auf ein angemessenes Kosten-Nutzen-Verhältnis Rücksicht zu nehmen**, kann die Verletzung dieser Pflicht zu einem **Schadensersatzanspruch des Mieters** führen.

„Das **Wirtschaftlichkeitsgebot** bedeutet, dass der Vermieter angehalten ist, im Rahmen eines gewissen Ermessensspielraums möglichst wirtschaftlich vorzugehen. Er muss bei allen Maßnahmen und Entscheidungen, die Einfluss auf die Höhe der Betriebskosten haben, auf ein angemessenes Kosten-Nutzen-Verhältnis Rücksicht nehmen (BGH NJW 2011, 3028 = NZM 2011, 705; BGH NJW 2008, 440 = NZM 2008, 78). Die Nebenkosten, die auf den Mieter umgelegt werden sollen, müssen also einer **ordnungsgemäßen Bewirtschaftung** entsprechen (Schmidt GE 2000, 160; Wall WuM 2002, 131). Dabei ist auf einen **wirtschaftlich vernünftigen Vermieter** abzustellen, der das Kosten-Nutzen-Verhältnis im Auge behält (Herrlein/Kandelhard, MietR, 4. Aufl., § 556 Rn 101).

Rechnet der Vermieter die das Wirtschaftlichkeitsgebot übersteigenden Betriebskosten gegenüber dem Mieter ab, verletzt er seine vertragliche Nebenpflicht. Eine Verletzung dieser Pflicht durch den Vermieter kann zu einem **Schadensersatzanspruch** des Mieters

führen, der sich auf dessen **Freihaltung von den unnötigen Kosten** richtet (BGH NJW 2011, 3028 = NZM 2011, 705; BGH NJW 2008, 440 = NZM 2008, 78). Dieser Einordnung folgt nach allgemeinen Grundsätzen, dass der Mieter, der wegen einer solchen Pflichtverletzung Ansprüche erhebt, die Darlegungs- und Beweislast für ein pflichtwidriges Verhalten des Vermieters und den Eintritt eines Schadens trägt.“ (OLG Rostock aaO)

BGB  
§ 1004

**Verletzung des Persönlichkeitsrechts**  
Suchergänzungsvorschläge in Internetsuchmaschine  
(BGH in ZUM 2013, 550; Urteil vom 14.05.2013 – VI ZR 269/12)

BGB

Ein **Suchmaschinenbetreiber** muss **ausreichende Vorkehrungen treffen**, um zu verhindern, dass die **von seiner Software generierten Suchergänzungsvorschläge** (sog. «Autocomplete»-Funktion) **Persönlichkeitsrechte Dritter verletzen**. **Schadensersatzpflichtig** macht er sich jedoch erst dann, wenn er dies **trotz Kenntnis der Umstände unterlässt**.

- I. Bei Beeinträchtigungen, die eine pflichtwidrige Unterlassung als (Mit-)Ursache haben, ist zur Vermeidung einer zu weitgehenden Haftung eine **fallweise wertende Betrachtung erforderlich**. Die Verantwortlichkeit des Unterlassenden wird durch die Kriterien der **Möglichkeit und Zumutbarkeit der Erfolgsverhinderung** begrenzt. Dabei kann sich die Möglichkeit der Beseitigung einer Beeinträchtigung daraus ergeben, dass der Betroffene die **Quelle der Störung beherrscht** oder Einfluss auf jemanden nehmen kann, der zur Beendigung der Beeinträchtigung in der Lage ist (Erman/Ebbing, BGB, 13. Aufl., § 1004 Rn 120). Ist dies der Fall, kann für die Zumutbarkeit der Beseitigung der Beeinträchtigung eine dem Betroffenen obliegende Überwachungspflicht von Bedeutung sein (vgl. BGHZ 34, 99).
- II. Voraussetzung einer Haftung des Betreibers einer Suchmaschine mit entsprechender Hilfsfunktion ist daher ebenso wie bei der Haftung eines Hostproviders wegen der Verbreitung einer in einem Blog enthaltenen Äußerung eines Dritten (vgl. hierzu BGHZ 191, 219 = ZUM-RD 2012, 82) eine **Verletzung von Prüfungspflichten**. Deren Bestehen wie deren Umfang richtet sich im Einzelfall nach einer **Abwägung aller betroffenen Interessen** und relevanten rechtlichen Wertungen. Überspannte Anforderungen dürfen im Hinblick darauf, dass es sich um eine erlaubte Teilnahme am geschäftlichen Verkehr handelt, nicht gestellt werden.

Entsprechend den zur **Störerhaftung** entwickelten Grundsätzen kommt es entscheidend darauf an, ob und inwieweit dem in Anspruch Genommenen nach den Umständen eine Prüfung zuzumuten ist (vgl. BGHZ 173, 188 = ZUM 2007, 846; BGH NJW 1997, 2180 = WRP 1997, 325 – Architektenwettbewerb; BGHZ 148, 13 = ZUM 2001, 869 – ambiente.de; BGHZ 158, 236 – Internet-Versteigerung I; BGH ZUM 2011, 325 jeweils m. w. Nachw.).

„Der **Betreiber einer Suchmaschine** ist danach **grds. nicht verpflichtet, die durch eine Software generierten Suchergänzungsvorschläge generell vorab auf etwaige Rechtsverletzungen zu überprüfen**. Dies würde den **Betrieb einer Suchmaschine** mit einer der schnellen Recherche der Nutzer dienenden Suchergänzungsfunktion wenn nicht gar unmöglich machen, so doch **unzumutbar erschweren**. Eine entsprechende **präventive Filterfunktion** kann zwar für bestimmte Bereiche, wie etwa Kinderpornografie, erforderlich und realisierbar sein, sie **vermag jedoch nicht allen denkbaren Fällen einer Persönlichkeitsrechtsverletzung vorzubeugen**. Den Betreiber einer Internetsuchmaschine trifft deshalb **grds. erst dann eine Prüfungspflicht, wenn er Kenntnis von der Rechtsverletzung erlangt**. Weist ein Betroffener den Betreiber einer Internetsuchmaschine auf eine rechtswidrige Verletzung seines Persönlichkeitsrechts hin, ist der **Betreiber der Suchmaschine verpflichtet, zukünftig derartige Verletzungen zu verhindern** (vgl. BGH ZUM 2012, 566).“ (BGH aaO)

BGB  
§§ 1601, 1602

**Ausbildungsunterhalt**  
Mehrbedarf wegen Besuch eines privaten Repetitoriums  
(OLG Hamm in NJW-aktuell 27/2013, 32; Beschluss vom 28.05.2013 – 6 WF 298/12)

BGB

**Kosten für ein privates Repetitorium** zwecks Vorbereitung auf das erste juristische Staatsexamen sind i. d. R. **nur dann als Mehrbedarf** des Unterhaltsberechtigten **anzuerkennen**, wenn die **Universität kein kostenfreies Examenrepetitorium anbietet**.

„Mehrbedarf wird nur dann als **berechtigt anerkannt**, wenn die **kostenverursachende Maßnahme erforderlich ist** und die sich daraus ergebenden **Mehrkosten angemessen** sind (Wend/Dose-Klinkhammer, Kommentar zum Unterhaltsrecht, 8. Aufl., § 2 Rn 532). Dass der **Besuch eines privaten Repetitoriums** vorliegend für die Ast. **zwingend erforderlich** ist, hat sie bislang nicht ansatzweise dargelegt. Die Ruhr-Universität Bochum, die die Ast. besucht, bietet den Examenkandidaten zur Vorbereitung auf das erste Staatsexamen die Möglichkeit eines eigenen **kostenlosen Universitätsrepetitoriums**. Dass diese Art der Examensvorbereitung **unzureichend** ist, ist nicht ersichtlich und wird von der Ast. auch nicht näher ausgeführt. Soweit sie vorträgt, **95% aller Jurastudenten besuchten ein privates Repetitorium**, hat sie nicht belegt, dass dieses auch nach Einführung des laufenden Repetitoriums an der Ruhr-Universität Bochum noch der Fall ist.“ (OLG Hamm aaO)

StGB  
§ 113 I

**Widerstand gegen Vollstreckungsbeamte**  
Flucht vor der Polizei  
(BGH in NSTZ 2013, 336; Beschluss vom 19.12.2012 – 4 StR 497/12)

StGB

Die **bloße Flucht vor der Polizei** stellt **keinen Widerstand gegen Vollstreckungsbeamte** i.S.v. § 113 I StGB dar.

„Unter **Widerstand** ist eine **aktive Tätigkeit gegenüber dem Vollstreckungsbeamten** zu verstehen, mit der die **Durchführung einer Vollstreckungsmaßnahme verhindert oder erschwert** werden soll. Die Tat muss demgemäß **Nötigungscharakter** haben.

Allerdings wird ein **effektiver Nötigungserfolg nicht vorausgesetzt** („unechtes Unternehmensdelikt“; vgl. Fischer 60. Aufl., § 113 Rn 22; Schönke/Schröder-Eser 28. Aufl., § 113 Rn 40). „Mit Gewalt“ wird Widerstand geleistet, wenn unter **Einsatz materieller Zwangsmittel**, vor allem körperlicher Kraft, ein **tätiges Handeln gegen die Person des Vollstreckenden** erfolgt, das geeignet ist, die **Vollendung der Diensthandlung zumindest zu erschweren** (vgl. BGHSt 18, 133; Fischer aaO, Rn 23). Die bloße Flucht vor der Polizei erfüllt diese Voraussetzungen nicht, auch wenn dabei andere Verkehrsteilnehmer behindert oder gefährdet werden. Da der Angekl. die ihn verfolgenden Polizeibeamten mit seinem Kraftfahrzeug weder abgedrängt noch am Überholen gehindert hat und auch nicht auf die Polizeibeamten zugefahren ist, um diese zum Wegfahren und damit zur Freigabe der Fahrbahn zu nötigen, fehlt bereits die für den äußeren Tatbestand erforderliche gewaltsame, gegen die Person des Vollstreckenden gerichtete Handlung (vgl. BGH NSTZ-RR 1997, 261).“ (BGH aaO)

StGB  
§ 224 I Nr. 5

**Gefährliche Körperverletzung**  
Schläge mit der Hand

StGB

(BGH in StV 2013, 439 = NSTZ 2013, 345; Beschluss vom 16.01.2013 – 2 StR 520/12)

Grds. können auch **Schläge mit der bloßen Hand in das Gesicht oder gegen den Kopf des Opfers** eine **das Leben gefährdende Behandlung i. S. v. § 244 I Nr. 5 StGB** darstellen. **Vorauszusetzen sind jedoch Umstände** in der Tatausführung oder individuelle Besonderheiten beim Tatopfer, **die das Gefahrenpotential der Handlung** im Vergleich zu einer „einfachen“ Körperverletzung (§ 233 StGB) **deutlich erhöhen**.

„Erforderlich, aber auch genügend ist hierfür, dass die Art der Behandlung durch den Täter nach den **Umständen des Einzelfalls** (generell) geeignet ist, das Leben zu gefährden (st. Rspr.; vgl. nur BGHR StGB § 224 I Nr. 5 Lebensgefährdung 1; Fischer, 60. Aufl., § 224 Rn 12 m. w. Nachw.). Dabei ist vor allem die **individuelle Schädlichkeit der Einwirkung** gegen den Körper des Verletzten zu berücksichtigen (BGHR StGB, § 223a I Lebensgefährdung 1).

Die Rspr. hat dies etwa angenommen bei mehreren wuchtigen Faustschlägen gegen den Kopf eines 9 Wochen alten Säuglings (BGH Beschl. v. 6. 6. 2007 – 2 StR 105/07), bei massiven Schlägen gegen den Kopf des (alkoholisierten) Tatopfers (BGH NSTZ 2005, 156) sowie bei zahlreichen Schlägen in das Gesicht und gegen den Kopf einer an einer Hauswand fixierten Geschädigten, die zu längerer Bewusstlosigkeit und schweren Verletzungen führten (OLG Köln NJW 1983, 2274).“ (BGH aaO)

StGB  
§§ 224 I Nr. 4, 249 I

**Gefährliche Körperverletzung**  
Finale Verknüpfung zwischen Nötigung und Raub

StGB

(BGH in StV 2013, 438; Beschluss vom 16.05.2012 – 3 StR 68/12)

Allein der Umstand, dass die **Wirkungen der ohne Wegnahmeabsicht ausgeübten Gewalt andauern** und der **Täter dies zur Wegnahme ausnutzt**, genügt für die **Annahme eines Raubes**, der die finale Verknüpfung zwischen Nötigung und Wegnahme voraussetzt, **nicht**.

„Die Gewaltanwendung der Tatgenossen erfolgte, um von dem Gesch. Geld oder illegale Drogen zu erpressen, nicht jedoch zum Zwecke der Wegnahme der Gegenstände. Vielmehr fasste der Angekl. den – dem ursprünglichen gemeinsamen Plan aller Täter nicht entsprechenden – Entschluss hierzu bei Gelegenheit der zur Erpressung des Gesch. V von den anderen Tätern eingesetzten Gewalt. Danach fehlt es an der **erforderlichen finalen Verknüpfung zwischen einer Nötigungshandlung und der Wegnahme**. Allein der Umstand, dass die Wirkungen der ohne Wegnahmeabsicht ausgeübten Gewalt andauern und der Täter dies zur Wegnahme ausnutzt, genügt für die Annahme eines Raubes aber nicht (vgl. BGH NSTZ-RR 1997, 298; BGH NSTZ 1999, 510).“ (BGH aaO)

StGB  
§ 257

**Begünstigung**  
Beteiligung an der Vortat

StGB

(BGH in BeckRS 2013, 10259; Beschluss vom 11.04.2013 – 2 StR 406/12)

Wer an der Vortat **tatbeteiligt** war, kann sich **nicht wegen Begünstigung** nach § 257 StGB **strafbar** machen.

„Die Begünstigung ist nach st. Rspr. nur strafbar, soweit dem Vortäter dadurch die **unmittelbaren Vorteile der Tat gesichert** werden sollen, die er **zur Zeit der Begünstigungshandlung noch innehaben muss**. Denn um "die" Vorteile der Tat handelt es sich nicht mehr, wenn dem Vortäter sich erst **aus der Verwertung der Tatvorteile ergebende wirtschaftliche Werte** zugewendet oder gesichert werden sollen (vgl. nur BGH NSTZ 2008, 516 m. w. Nachw.). Dabei beeinträchtigen (jedenfalls bei einem Betrug als Vortat) rein finanztechnische Vorgänge die **Unmittelbarkeit des erlangten geldwerten Vermögensvorteils** (nur) dann nicht, soweit dieser im Zeitpunkt der Begünstigungshandlung wirtschaftlich noch im Vermögen des Vortäters nachvollziehbar vorhanden ist und einem Zugriff zugunsten der Geschädigten offensteht (vgl. BGHSt 36, 277).“ (BGH aaO)

StGB  
§§ 266, 27 I

**Untreue**  
Mittelbare Täterschaft

StGB

(OLG Celle in NSTZ-RR 2013, 176; Beschluss vom 13.02.2013 – 1 Ws 54/13)

Veranlasst ein **Betreuer einen Testierunfähigen**, durch eine **letztwillige Verfügung sich selbst oder einen Dritten als Begünstigten einzusetzen**, kann hierin – durch **Benutzen des Testierenden als undoloses Werkzeug gegen sich selbst** – eine Untreue bzw. eine Teilnahme hieran begründet sein.

„Nicht zu beanstanden ist die Auffassung, dass ein **Betreuer als undoloses Werkzeug gegen sich selbst eingesetzt** werden kann, jedenfalls dann, wenn dieser nicht mehr i.S. von § 2229 IV BGB in der Lage war, ein Testament zu errichten und der Zustand des Betreuten hierzu bewusst ausgenutzt wurde. Auch die Annahme, dass bereits zu Lebzeiten eines Betreuten eine hinreichend

konkrete Vermögensgefährdung bereits dann eintreten kann, wenn dieser nicht mehr testierfähig war und somit keine Möglichkeit mehr besteht, eine letztwillige Verfügung zu ändern, unterliegt keinen Bedenken. Die Entscheidung des OLG Stuttgart (NSTz 1999, 622) steht dem gerade nicht entgegen. Dies gilt erst recht nach Eintritt des Todesfalls und ohnehin dann, wenn auf die letztwilligen Verfügungen Vermögenswerte bereits ausbezahlt worden sind. Dass – bei Annahme einer **Testierunfähigkeit** – die fraglichen Testamente anfechtbar sind, **schließt die Annahme zumindest einer konkreten Vermögensgefährdung ebenso wenig aus wie der Umstand, dass zumindest außerhalb des Geltungsbereichs von § 14 V HeimG das Einsetzen eines Betreuers als Erben zwar rechtlich nicht ausdrücklich untersagt ist, ein gleichwohl aufgesetztes Testament indessen sittenwidrig sein kann** (vgl. hierzu OLG Braunschweig FamRZ 2000, 1189).“ (OLG Celle aaO)

AO  
§ 370 I Nr. 1

**Steuerhinterziehung**  
Täuschungserfolg

StrafR

(BGH in DStR 2013, 140; Beschluss vom 21.11.2012 – 1 StR 391/12)

Der Tatbestand der **Steuerhinterziehung** nach § 370 I Nr. 1 AO **setzt keine gelungene Täuschung voraus**.

„Im Gegensatz zu § 370 I Nr. 2 AO ist **bei § 370 I Nr. 1 AO** – schon nach seinem Wortlaut – **nicht auf eine Kenntnis oder Unkenntnis der Finanzbehörden abzustellen** oder das ungeschriebene Merkmal der „Unkenntnis“ der Finanzbehörde vom wahren Sachverhalt in den Tatbestand hineinzulesen (a. A. Franzen/Gast/Joecks, Steuerstrafrecht, 7. Aufl., § 370 AO Rn 198 f.). Es **genügt** vielmehr, **dass die unrichtigen oder unvollständigen Angaben über steuerlich erhebliche Tatsachen in anderer Weise als durch eine Täuschung für die Steuerverkürzung oder das Erlangen nicht gerechtfertigter Steuervorteile ursächlich werden**. Selbst wenn der zuständige Veranlagungsbeamte und die zuständige Finanzbehörde von allen für eine zutreffende Besteuerung bedeutsamen Tatsachen Kenntnis haben und im Besitz aller hierfür erforderlichen Beweismittel sind, kann dies einer Tatvollendung daher nicht entgegen stehen.

Diese Grundsätze gelten unbeschadet davon, ob allein das Täterhandeln (wie z. B. in Fällen des § 168 S. 1 AO) oder aber erst das hieran anknüpfende Handeln der Finanzbehörden (wie hier gem. § 168 S. 2 AO) die zum Taterfolg führende Steuerfestsetzung bewirkt. Für alle diese Fälle sieht § 370 III 2 Nr. 2 und 3 AO eine **Strafschärfung** vor, **wenn ein Finanzbeamter an der Tat mitwirkt**. Da § 370 III 2 Nr. 2 AO nicht nur auf den unzuständigen Beamten anzuwenden ist (die Unzuständigkeit ist nur eine Form des zur Strafschärfung führenden Amtsmissbrauchs; vgl. BGH NSTz 2007, 596; Klein, AO, 11. Aufl. § 370 Rn 285), **kann auch die Kenntnis aller Tatumstände beim zuständigen Finanzbeamten** (etwa demjenigen, der von ihm für seinen Zuständigkeitsbereich selbst gefertigte Steuererklärungen bearbeitet) **einer Tatvollendung nicht entgegenstehen**, gleich ob er kollusiv mit dem Erklärenden zusammenwirkt oder nicht. In dem aus Sicht des Täters erwartungsgemäß eingetretenen Taterfolg realisieren sich stets der **durch Abgabe einer unrichtigen Erklärung in Gang gesetzte Kausalverlauf** und die von § 370 AO rechtlich missbilligte Gefährdung des Steueraufkommens. Ein Vergleich mit Fällen eigenverantwortlicher Selbstschädigung (so Steinberg wistra 2012, 45) muss versagen, wie die unter Umständen in Betracht kommende Strafbarkeit des wissenden, aber pflichtwidrig (vgl. § 85 AO) gleichwohl veranlagenden Finanzbeamten nach § 266 StGB zeigt. Die Kenntnis des Veranlagungsbeamten oder der Finanzbehörden vom wahren Sachverhalt, mag sie dem Täter bekannt oder unbekannt sein, entlässt diesen nicht aus seiner Verantwortung zur Abgabe zutreffender Steuererklärungen; dass zu seinem Handeln das eigenverantwortliche Handeln eines Finanzbeamten hinzutritt, lässt die Zurechnung des vom Täter verursachten Handlungserfolgs nicht entfallen.“ (BGH aaO)

GG  
Art. 5 I 2

**Recht auf Informationsfreiheit**  
Benachrichtigungspflicht des Grundbuchamtes

GG

(OLG Zweibrücken in IMR 2013, 2942 = Rpfleger 2013, 383; Beschluss vom 24.01.2013 – 3 W 47/12)

Es ist **mit dem** grundgesetzlich gewährten **Recht der Presse auf Informationsfreiheit unvereinbar, wenn das Grundbuchamt den Grundstückseigentümer über eine der Presse gewährte Einsicht in das Grundbuch und die Grundakten benachrichtigt**. Eine gesetzliche Grundlage für eine solche Benachrichtigung ist nicht gegeben.

I. Die Benachrichtigung der Grundstückseigentümerin schränkt das von **Art. 5 GG** gewährleistete **Recht der Beteiligten auf Informationsbeschaffung** ein.

„Die in Art. 5 I 2 GG verbürgte **Pressefreiheit** gewährleistet nicht nur die Freiheit der Verbreitung von Nachrichten und Meinungen. Sie **schützt vielmehr auch den gesamten Bereich publizistischer Vorbereitungsstätigkeit**, zu der insbes. die **Beschaffung von Informationen** gehört. Erst der prinzipiell ungehinderte Zugang zur Information versetzt die Presse in den Stand, die ihr in der freiheitlichen Demokratie eröffnete Rolle wirksam wahrzunehmen. Eine Benachrichtigung des Eigentümers nach erfolgter Grundbucheinsicht durch die Presse greift in das bestehende Informationsinteresse der Beteiligten ein.“ (OLG Zweibrücken aaO)

II. Für den mit der Benachrichtigung des im Grundbuch Eingetragenen über eine erfolgte Einsichtnahme verbundenen oder zumindest drohenden Eingriff in das Grundrecht der Pressefreiheit **fehlt** es an der hierfür erforderlichen **gesetzlichen Grundlage**.

„Die **Grundbuchordnung** sieht eine Beteiligung des Eigentümers an den Einsichtsverfahren nach § 12 GBO nicht vor. Diesem ist sogar ein Beschwerderecht für den Fall der Einsicht verwehrt (BGH 80, 126). Eine Pflicht des Grundbuchamtes zur Benachrichtigung des Eigentümers ergibt sich auch nicht aus dem **Landesdatenschutzgesetz**. Wegen des Risikos der Vereitelung des Informationsinteresses ohne nähere gesetzliche Vorgaben lässt sich eine Benachrichtigungspflicht auch nicht unmittelbar aus der **Verfassung** ableiten.

Dem Amtsgericht ist darin zuzustimmen, dass die Rechtsposition des im Grundbuch Eingetragenen grundgesetzlichen Schutz genießt. Soweit es um Privatpersonen geht, folgt aus dem in Art. 2 I i. V. m. Art. 1 I GG gewährleisteten allgemeinen Persönlichkeitsrecht die Befugnis des Einzelnen, grds. selbst zu entscheiden, wann und innerhalb welcher Grenzen persönliche Sachverhalte offenbart werden (**informationelles Selbstbestimmungsrecht**). Juristische Personen können im Rahmen der durch Art. 2 I GG gewährten allgemeinen Handlungsfreiheit im wirtschaftlichen Verkehr eine Verletzung ihres Rechts auf freie Entfaltung im Sinne der wirtschaftlichen Betätigung geltend machen. Dem Recht des Eigentümers auf Einschränkung der Bekanntgabe wird aber bereits im Vorfeld der Einsichtsgewährung in das Grundbuch dadurch Rechnung getragen, dass diese nach § 12 GBO nur bei Darlegung eines berechtigten Interesses gewährt wird. In diesem Zusammenhang ist besonders zu beach-

ten, dass es sich bei dem Grundbuch um ein öffentliches Register handelt. Die **Offenlegung des Grundbuches** für den in § 12 GBO genannten Personenkreis **dient**, ebenso wie die Möglichkeit zur Einsicht in sonstige Verzeichnisse (z. B. Handelsregister), **einem überwiegenden Allgemeininteresse und ist deshalb von dem Eigentümer grds. hinzunehmen**. Dementsprechend bedarf es - ebenso wie bei Einsichtnahme in andere öffentliche Register - auch keiner nachträglichen Information des Eigentümers.

Eine Pflicht des Grundbuchamtes zur Benachrichtigung des Eigentümers lässt sich auch nicht aus dem Rechtsgedanken der §§ 101 ff StPO herleiten: Die **Ausgangslagen** bei der Grundbucheinsicht nach § 12 GBO und den in § 101 I StPO genannten Ermittlungen **sind unterschiedlich**. Das Grundbuch ist ein im überwiegenden Allgemeininteresse bestehendes öffentliches Register, das dem Zweck der Registrierung von Grundeigentum und an ihm bestehender Rechte und der Publizierung der in Bezug auf ein Grundstück bestehenden Rechtsverhältnisse dient. Bei den in § 101 I StPO genannten Maßnahmen handelt es sich dagegen um „**heimliche Datensammlungen**“. Hinzu kommt, dass der Gesetzgeber für die in § 101 I StPO genannten Maßnahmen die Möglichkeit eines nachträglichen Rechtsschutzes vorsieht, was eine Benachrichtigung zwingend voraussetzt, während dies im Rahmen der Grundbucheinsicht gerade nicht der Fall ist.“ (OLG Zweibrücken aaO)

---

BayDenkmSchG  
Art. 16 I

### Besichtigungsrecht Denkmalschutzbehörde

öffR

(VGH München in BayVBI 2013, 375 = NJOZ 2013, 623; Beschluss vom 10.01.2013 – 1 CS 12.2638)

Die **Denkmalschutzbehörden** sind nach Maßgabe des Art. 16 I DSchG dazu **berechtig**, auch **gegen den Willen der Betroffenen ein Baudenkmal außen und innen zu besichtigen** und die dabei getroffenen Feststellungen **durch Fotografien zu dokumentieren**.

„Aus der dem letzten Halbsatz der Vorschrift zu entnehmenden **Zweckbindung des Betretungsrechts** folgt, dass nicht nur Grundstücke, sondern auch Baudenkmäler einschließlich vorhandener Wohnungen betreten werden können. Ob der Eigentümer eines Baudenkmals seinen Schutz- und Nutzungspflichten nach Art. 4 I und 5 BayDSchGin ausreichendem Umfang nachkommt, lässt sich i. d. R. nur durch eine Besichtigung eines Gebäudes von außen wie von innen feststellen. Dass davon auch Art. 16 I BayDSchG ausgeht, belegt Art. 24 BayDSchG, der darauf hinweist, dass **durch das Denkmalschutzgesetz u. a. das Grundrecht der Unverletzlichkeit der Wohnung eingeschränkt** wird, und damit dem Zitiergebot des Art. 19 I 2 GG Rechnung trägt. Da das Betretungsrecht dazu dient, die Einhaltung der durch das Denkmalschutzgesetz dem Eigentümer eines Baudenkmals auferlegten Verpflichtungen zu überwachen und bei ggf. festgestellten Verstößen den Erlass von behördlichen Anordnungen vorzubereiten, sind die für den Denkmalschutz zuständigen Behörden im Rahmen der Einnahme eines Augenscheins nach Art. 26 I BayVwVfG **berechtig** und verpflichtet, das Ergebnis der Besichtigung zu dokumentieren. Dazu kann sich die Behörde, die nach Art. 24 I 2 BayVwVfG Art und Umfang der Ermittlungen bestimmt, neben schriftlichen Aufzeichnungen und zeichnerischen Darstellungen grds. auch der Anfertigung von Fotografien bedienen.“ (VGH München aaO)

---

IFG  
§ 1 I 1 u. 2

### Informationsanspruch Gegenüber Fraktionen des Dt. Bundestags

öffR

(OVG Berlin-Bbg in NVwZ-RR 2013, 554; Beschluss vom 26.02.2013 – OVG 12 N 8/12)

**Fraktionen des Deutschen Bundestages** gehören nicht zu den **anspruchspflichteten Stellen i. S. des § 1 I 1 und 2 IFG** und nehmen auch bei der Verteilung der ihnen zugewandten staatlichen Mittel an Funktionsträger **keine Aufgaben der öffentlich-rechtlichen Verwaltung** wahr.

„Das VG hat die Klage als jedenfalls unbegründet beurteilt. Ein Anspruch des Kl. auf Informationszugang aus § 1 I 1 IFG läge nicht vor. Die Bekl. sei keine Behörde oder sonstige Stelle, die Aufgaben der öffentlichen Verwaltung wahrnehme (§ 1 I 1, 2 IFG). Dies ergebe sich aus § 46 III AbgG, der die Fraktionen des Deutschen Bundestages ausdrücklich als **nicht der öffentlichen Verwaltung zugehörig** definiere. Etwas Anderes folge auch nicht aus der materiellen Tätigkeit der Bekl. Die das Informationsbegehren betreffende Verteilung staatlicher Mittel als Funktionszulagen an Mitglieder der Bekl. sei kein Gesetzesvollzug. Vielmehr gelte für die Bekl. nichts Anderes als für andere Empfänger staatlicher Leistungen, die als Adressaten besonderer öffentlich-rechtlicher Pflichten nicht zu einem Teil der öffentlichen Verwaltung würden. Ein Verstoß gegen die **Rechtsschutzgarantie des Art. 19 IV GG** sei gleichfalls nicht gegeben. Dieser schütze nur diejenigen, die durch Akte der öffentlichen Gewalt in ihren Rechten betroffen seien. Ein solcher Akt liege hier aber nicht vor. Zudem garantiere die Rechtsschutzgarantie nur die Eröffnung des Rechtswegs, nicht dagegen den Erfolg bei Gericht. Diese Garantie sei dem Kl. auch nicht versagt worden. Etwas anderes würde auch dann nicht gelten, wenn das Verhalten der Bekl. im Ergebnis rechtswidrig wäre, weil in keinem Fall ersichtlich sei, wie eine solche objektive Rechtsverletzung eigene subjektive Rechte des Kl. berühren könnte, da dieser mit der Bekl. weder in einem **Beschäftigungs-** noch in einem **politischen Konkurrenzverhältnis** stehe. Anderes ergebe sich auch nicht aus dem BerlPressegesetz, das in seinem § 4 I nur Behörden im funktionalen Sinne adressiere. Als eine solche sei die Bekl. aber aus den genannten Gründen nicht zu verstehen.

Die gegen diese Ausführungen erhobenen Einwände greifen nicht durch. Aus § 46 III AbgG ergibt sich klar, dass die Bekl. nicht als Verwaltungsbehörde i. S. des § 1 I 2 IFG zu behandeln ist. Damit ist ein Anspruch aus § 1 I 1 IFG ebenso ausgeschlossen wie aus dem BerlPressegesetz.“ (OVG Berlin aaO)

---

BekanntmVO  
§ 5 III Nr. 1

### Öffentliche Bekanntmachung Amtsblatt

öffR

(OVG Münster in NWVBI 2013, 283; Beschluss vom 08.02.2013 – 10 B 1239/12)

Eine **öffentl. Bekanntmachung im Amtsblatt** einer Gemeinde ist **unwirksam**, wenn dieses nicht den zwingenden Anforderungen des § 5 III Nr. 1 BekanntmVO entsprechend im Titel oder im Untertitel die **Bezeichnung „Amtsblatt“** trägt.

---

„Die Bekanntmachung des Aufstellungsbeschlusses ist zu beanstanden, weil das Amtsblatt der Ag., in dem öffentliche Bekanntmachungen der Stadt vollzogen werden, nicht den **zwingenden Anforderungen des § 5 III Nr. 1 BekanntmVO** entsprach. Denn es trug entgegen § 5 III Nr. 1 BekanntmVO weder im Titel noch im Untertitel die Bezeichnung „Amtsblatt“. Auch wenn die mit der Bekanntmachung des Aufstellungsbeschlusses bezweckte **Anstoßwirkung** durch die Bekanntmachung in dem amtlichen Veröffentlichungsorgan der Gemeinde, dessen Benennung den förmlichen Anforderungen nicht genügte, das den Bürgern in seiner Funktion aber gleichwohl vertraut war, ersichtlich nicht in Frage stand, lag ein Verstoß gegen die zwingende Regelung des § 5 III Nr. 1 BekanntmVO vor.“ (OVG Münster aaO)

---

VwVfG  
§ 35

**Verwaltungsakt**  
Behördliches Schreiben

VwVfG

(OVG Münster in NWVBI 2013, 291; Beschluss vom 18.02.2013 – 6 B 1483/12)

Ob ein **behördliches Schreiben als Verwaltungsakt zu qualifizieren** ist, ist **aus der Sicht des objektiven Empfängerhorizonts zu beurteilen**. Die **nachträgliche Anordnung der sofortigen Vollziehung spricht für** das Vorliegen eines **Verwaltungsaktes**.

„Bei der streitigen [schriftlichen] Anordnung handelt es sich um einen Verwaltungsakt. Es bedarf in diesem Zusammenhang keiner abschließenden Entscheidung, ob die Verwaltungsaktqualität, insbes. die erforderliche Außenwirkung, bereits daraus folgt, dass der Ast. durch die streitige Anordnung nicht lediglich als Amtswalter hinsichtlich seiner Amtsausübung, sondern - wegen der Auswirkungen auf die durch Art. 5 III GG garantierte Wissenschaftsfreiheit - als Grundrechtsträger auch in seiner persönlichen Stellung betroffen ist.

Denn hier ist zumindest deswegen vom Vorliegen eines Verwaltungsaktes auszugehen, weil der Ast. als Adressat die Anordnung aus der maßgeblichen **Sicht eines verständigen Empfängers** so verstehen durfte (vgl. VGH Bad.-Württ. DVBl. 2010, 196; BayVGH BayVBl 2003, 212; OVG Schl.-Holst. NJW 2000, 1059).

Jedenfalls im Hinblick darauf, dass der Präsident der Ag. die - ausschließlich in Bezug auf Verwaltungsakte in Betracht kommende - **sofortige Vollziehung nach § 80 II 1 Nr. 4 VwGO angeordnet** hat, kann der zugrunde liegenden Anordnung die Qualität eines Verwaltungsaktes nicht abgesprochen werden. Dies gilt umso mehr, als in der Kopfzeile der Vollziehungsanordnung **Bezug auf den „Bescheid“ genommen** wird. Der Ast. hat die Anordnung tatsächlich auch in diesem Sinne verstanden.“ (OVG Münster aaO)

## Entscheidungen Verfahrensrecht

ZPO  
§ 840

### Umfang der Auskunftspflicht des Drittschuldners Hinweis auf aufrechenbare Gegenforderung

ZPO

(BGH RPfleger 2013, 349, Urteil vom 13.12.2012, IX ZR 97/12)

1. Der Drittschuldner **braucht nicht zu erläutern, aus welchen Gründen er die Forderung nicht anerkennt** und zur Zahlung nicht bereit ist
2. Eine **Haftung** gemäß § 840 II 2 ZPO **wegen Nichtanerkennung der Forderung** scheidet grundsätzlich aus
3. Der Drittschuldner ist **nicht verpflichtet**, den Vollstreckungsgläubiger **auf eine aufrechenbare Gegenforderung hinzuweisen**, wenn er erklärt, die gepfändete Forderung nicht als begründet anzuerkennen.

**Fall:** Der Kläger betrieb wegen einer Forderung in Höhe von 1.023,99 € gegen Herrn M. T. (nachfolgend: Schuldner) die Zwangsvollstreckung. Hierzu erwirkte er einen Pfändungs- und Überweisungsbeschluss, mit dem er einen angeblichen Freistellungsanspruch des Schuldners gegen den Beklagten in Höhe von 1.023,99 € aus Anwaltschaft pfändete. Der Beschluss wurde dem Beklagten am 27.05.2010 als Drittschuldner mit der Aufforderung zugestellt, sich nach § 840 ZPO zu erklären. Mit Schreiben vom 28.05.2010 erklärte der Beklagte gegenüber dem Kläger, er erkenne die Forderung nicht an. Im Hinblick auf diese Erklärung hat der Kläger den gepfändeten Freistellungsanspruch klageweise geltend gemacht.

Der Beklagte hat gegenüber dieser Forderung die Aufrechnung mit einem zu seinen Gunsten am 15.06.2010 gegen den Schuldner titulierten Honoraranspruch in Höhe von 4.644,30 € erklärt. Hierauf hat der Kläger die Klage geändert und die Feststellung begehrt, dass der Beklagte verpflichtet sei, ihm den durch die Nichterteilung der Drittschuldnerauskunft entstandenen Schaden zu ersetzen. Die erteilte Auskunft sei unvollständig, weil der Beklagte nicht auf die zu seinen Gunsten bestehende Aufrechnungslage hingewiesen habe. Ist die Klage begründet?

Der Kläger hat seine ursprünglich als **Einziehungsklage** gegen den Drittschuldner erhobene **Klage auf die Feststellung der Schadensersatzpflicht** des Drittschuldners wegen fehlerhafter Auskunftserteilung umgestellt. Gegen die Zulässigkeit einer solchen Feststellungsklage und die Umstellung des Klageantrags bestehen keine Bedenken, da es sich auf jeden Fall um eine **sachdienliche Klageänderung** im Sinne des § 263 ZPO handelt, unabhängig von der Frage, ob nicht ohnehin § 264 Nr. 3 ZPO greifen würde. Ein Schadensersatzanspruch wegen fehlerhafter Drittschuldnerauskunft kann sich aus § 840 II 2 ZPO ergeben. Danach haftet der Drittschuldner dem Gläubiger für den aus der Nichterfüllung seiner Verpflichtung aus § 840 I ZPO entstehenden Schaden. Der Kläger begehrt die Feststellung dieser Schadensersatzpflicht dem Grunde nach, so dass sich die Frage stellt, ob der Beklagte dadurch, dass er den Kläger bei seiner Auskunftserteilung nicht auf seine aufrechenbare Gegenforderung hingewiesen, sondern mit Schreiben vom 28.05.2010 die Forderung lediglich ohne nähere Darlegung nicht anerkannt hat, eine den Pflichten des § 840 I ZPO widersprechende Mitteilung gemacht hat.

#### I. Allgemeiner Umfang der Auskunftspflicht

*„Gemäß § 840 I Nr. 1 ZPO hat der Drittschuldner auf Verlangen des Gläubigers zu erklären, **ob und inwieweit er die Forderung als begründet anerkenne** und Zahlungen zu leisten bereit ist. Entsprechend § 840 II 2 ZPO haftet er dem Gläubiger für den aus der schuldhaften (vgl. BGH, Urteil vom 28. Januar 1981 – VIII ZR 1/80, BGHZ 79, 275, 277; vom 25.09.1986 – IX ZR 46/86, BGHZ 98, 291, 293) Nichterfüllung dieser Verpflichtung entstehenden Schaden. Der Drittschuldner **braucht nicht zu erläutern, aus welchen Gründen er die Forderung nicht anerkennt** und zur Zahlung nicht bereit ist. Eine Haftung gemäß § 840 II 2 ZPO wegen Nichtanerkennung der Forderung scheidet grundsätzlich aus (BGH, Beschluss vom 14.01.2010 – VII ZB 79/09, WM 2010, 379 Rn. 12).“* (BGH aaO)

Gemessen hieran könnte es an einer schuldhaften Nichterfüllung der dem Drittschuldner obliegenden Auskunftspflicht fehlen, da der Beklagte hat auf Verlangen des Klägers die Auskunft gegeben, er erkenne die Forderung nicht an.

#### II. Besonderheiten bei Aufrechnung durch den Drittschuldner

Etwas anderes könnte sich aber dann ergeben, wenn der Drittschuldner die Forderung deshalb nicht anerkennt, weil er der Auffassung ist, eine aufrechenbare Gegenforderung zu ha-

ben. In diesem Fall hat der Gläubiger keine Möglichkeit, zu prüfen, ob der die Nichtanerkennung der Forderung hinnehmen will, da ihm der mögliche Untergang der Forderung der Aufrechnung nicht bekannt ist. In diesem Fall könnte anzunehmen sein, dass der Drittschuldner bei der Auskunftserteilung in Abweichung von vorstehenden Grundsätzen verpflichtet ist, auf die zu seinen Gunsten bestehende Aufrechnungslage hinzuweisen. Dies ist umstritten.

## 1. Auffassung in der Literatur

*„In der Literatur wird ... erwogen, dass der Drittschuldner, der aufgrund einer zulässigen Aufrechnung nicht zu einer Leistung bereit ist, dies gemäß § 840 I Nr. 1 ZPO erklären müsse (Stöber, Forderungspfändung, 15. Aufl., Rn. 642 a; Zöller/Stöber, ZPO, 29. Aufl., § 840 Rn. 5; Prütting/Gehrlein/Ahrens, ZPO, § 840 Rn. 12; vgl. auch LG Aachen, ZIP 1981, 784, 787). Da § 840 I Nr. 1 ZPO den Drittschuldner verpflichte, sich zu seiner Zahlungsbereitschaft zu erklären, müsse er offen legen, wenn er die **Forderung zwar als begründet anerkenne**, die **Zahlungsbereitschaft aufgrund einer möglichen Aufrechnung aber verneine** (Stöber, Forderungspfändung, aaO.). Hiernach hätte der Beklagte die Forderung anerkennen und das Vorliegen einer Aufrechnungslage anzeigen müssen. Doch vermag die Revision hieraus schon deshalb nichts für sich herzuleiten, weil der Kläger nicht davon ausgehen durfte, dass der Beklagte zur Zahlung bereit ist, nachdem er bereits die Forderung nicht anerkannt hatte.“ (BGH aaO)*

## 2. Auffassung des BGH

Der BGH hingegen ist der Auffassung dass der Drittschuldner ist nicht verpflichtet ist, auf eine zu seinen Gunsten bestehende Aufrechnungslage hinzuweisen, wenn er erklärt, die gepfändete Forderung nicht als begründet anzuerkennen. Der Wortlaut von § 840 I Nr. 1 ZPO ist hinsichtlich des Umfangs der Auskunftspflicht eng anzulegen. Dies folgt aus dem Sinn und Zweck der Bestimmung (vgl. auch BGH, Beschluss vom 14.01.2010, aaO Rn. 11).

### a) Wortlautauslegung

*„Soweit § 840 I Nr. 1 ZPO den Drittschuldner auch zu der Erklärung verpflichtet, inwieweit er die Forderung anerkenne und zur Zahlung bereit sei, lässt der **Wortlaut offen**, ob sich der Drittschuldner dazu zu erklären hat, in welcher Höhe er die Forderung anerkennt, oder ob er sich auch dazu zu erklären hat, **aus welchem Grund er die Forderung nicht anerkennt**.“ (BGH aaO)*

### b) Gesetzeshistorie

*„Für die letztgenannte weitgehende Auskunftspflicht scheinen die Gesetzesmaterialien zu sprechen (so etwa Foerste, aaO. S. 905 f.); denn demnach soll die **Drittschuldnerauskunft unnütze Prozesse vermeiden** (vgl. Hahn, Die gesamten Materialien zur Zivilprozessordnung, 2. Bd., S. 459). Dies legt vordergründig nahe, dass der Drittschuldner auch solche **Umstände offenbaren muss, die der Forderung oder ihrer Durchsetzbarkeit dauerhaft oder auch vorübergehend entgegenstehen** und deshalb für das weitere Vorgehen des Pfändungsgläubigers bedeutsam sind (vgl. Foerste, aaO S. 906 f.; Linke, aaO S. 288; Reetz, aaO.).“ (BGH aaO)*

### c) Teleologie

*„Der Sinn und Zweck der Bestimmung ist jedoch vor dem Hintergrund der Pfändung zu beurteilen. Sie soll dem Pfändungsgläubiger die **Entscheidung erleichtern**, ob er aus der gepfändeten angeblichen Forderung seines Schuldners **gegen den Drittschuldner vorgehen** soll oder nicht (vgl. BGH, Urteil vom 17.04.1984 – IX ZR 153/83, BGHZ 91, 126, 129; vom 25.09.1986 – IX ZR 46/86, BGHZ 98, 291, 294; vom 04.05.2006 – IX ZR 189/04, ZIP 2006, 1317 Rn. 14). Der Pfändungsgläubiger soll in groben Zügen Informationen dahin erhalten, ob die gepfändete **Forderung** als begründet **anerkannt** und **erfüllt** wird oder **Dritten zusteht** oder ob sie **bestritten** und deshalb nicht oder nur im Erkenntnis- und Vollstreckungsverfahren durchzusetzen ist (BGH, Urteil vom 17. April 1984, aaO).“ (BGH aaO)*

Fraglich ist, ob eine Erklärung dahingehend, dass die Forderung nicht anerkannt wird, ohne dass der Grund dafür genannt wird, diesen Zwecken entspricht.

*„**Erkennt** der Drittschuldner die **Forderung an** oder gibt er dem Pfändungsgläubiger **keine Antwort**, darf dieser ohne weiteres **davon ausgehen**, dass die gepfändete Forderung beigetrieben werden kann. Ergibt später die Einlassung des Drittschuldners **im Einziehungsprozess**, dass die geltend gemachte Forderung **nicht besteht** oder **nicht durchsetzbar** ist, kann der Pfändungsgläubiger auf die **Schadensersatzklage** übergehen und erreichen, dass aufgrund des § 840 II 2 ZPO der Drittschuldner verurteilt wird, die bisher entstandenen Kosten zu ersetzen (vgl. BGH, Urteil vom 28.01.1981 – VIII ZR 1/80, BGHZ 79, 275, 280 f.; vom 17.04.1984, aaO; vom 4. Mai 2006, aaO Rn. 11). **Erkennt** der Drittschuldner demgegenüber die **Forderung nicht an**, kann der Pfändungsgläubiger nicht ohne weiteres davon ausgehen, dass die Forderung beigetrieben werden kann. Dies genügt als **Warnung vor einem unnützen Einziehungsprozess**.*

*Eine Verpflichtung des Drittschuldners zu weitergehenden Auskünften würde dem Pfändungsgläubiger demgegenüber das **allgemeine Prozessrisiko abnehmen** oder erleichtern, wenn dieser klagt, obwohl der Drittschuldner die Forderung nicht anerkennt (vgl. Stöber aaO Rn. 642). Dem Drittschuldner darf*

*nicht abverlangt* werden, vorprozessual sein etwaiges **Verteidigungsvorbringen weitgehend offen zu legen**, um eine mögliche Haftung aus § 840 II 2 ZPO auszuschließen. Auch könnte er bereits dann zum Schadensersatz verpflichtet sein, wenn er irrtümlich den Sachverhalt unvollständig erfasst oder die Rechtslage unzutreffend beurteilt und die gepfändete Forderung aus diesem Grund nicht anerkennt. Entsprechende umfassende Auskünfte könnte er vielfach auch erst nach Einholung von Rechtsrat erteilen. Es gibt jedoch **keinen Grund**, den **Drittschuldner** über den durch die Pfändung gezogenen Rahmen hinaus mit **derart weitgehenden Auskunftspflichten zu belasten** und den Pfändungsgläubiger so gegenüber dem Drittschuldner günstiger zu stellen als einen neuen Gläubiger nach der Abtretung (§§ 398 ff. BGB) gegenüber dem Schuldner (vgl. BGH, Urteil vom 17.04.1984, aaO., S. 130; vgl. auch Hahn, Die gesamten Materialien zur Zivilprozessordnung, 2. Bd., S. 850). Denn auch **nach einer Abtretung** muss der Schuldner nach den §§ 398 ff. BGB dem neuen Gläubiger **keine Auskunft über den Bestand der Forderung erteilen** oder die Substantiierung einer Einziehungsklage ermöglichen oder erleichtern. Die für die Geltendmachung der Forderung nötige Auskunft muss der neue Gläubiger im Zweifel gemäß § 402 BGB vielmehr beim bisherigen Gläubiger einholen. Für die gepfändete Forderung entspricht dem inhaltlich die mit der BGB-Novelle in die Zivilprozessordnung aufgenommene Bestimmung des § 836 III ZPO (vgl. Hahn/Mugdan, Die gesammelten Materialien zu den Reichs-Justizgesetzen, 8. Bd., S. 155 f.).“ (BGH aaO)

#### d) keine Besonderheiten bei Aufrechnung

Der **Wortlaut** von § 840 I ZPO **unterscheidet** hinsichtlich der Erklärungspflicht schließlich auch **nicht zwischen** dem Einwand der **Aufrechnung und anderen Einwendungen**.

„Der Drittschuldner muss daher auch nicht ausnahmsweise auf den Einwand der Aufrechnung hinweisen, wenn er die gepfändete Forderung wegen einer zu seinen Gunsten bestehenden Aufrechnungslage nicht freiwillig erfüllt und deshalb nicht anerkennt (vgl. Hk-ZV/ Bendtsen, § 840 Rn. 9), zumal er zunächst auch aus anderen Gründen von einer Anerkennung der Forderung absehen kann. Auch kann die Aufrechnungslage erst nach Abgabe der Drittschuldnererklärung eintreten. Es würde die Anforderungen an den Drittschuldner überspannen, ihm für diesen Fall auch noch die Pflicht zur Aktualisierung seiner Auskunft gegenüber dem Pfändungsgläubiger aufzuerlegen.

Die aufgezeigten **Grundsätze gelten auch für den Fall des Bestehens einer Aufrechnungslage** (vgl. Hk-ZPO/Kemper, 4. Aufl. § 840 Rn. 7; Hk-ZV/Bendtsen, § 840 Rn. 9; Stein/Jonas/Brehm, ZPO, 22. Aufl., § 840 Rn. 9; Thomas/Putzo/Seiler, ZPO, 33. Aufl., § 840 Rn 5.; Jurgeleit, Die Haftung des Drittschuldners, 2. Aufl., Rn 37 ff.; vgl. auch OLG München, NJW 1975, 174, 175; LG Braunschweig, NJW 1962, 2308; Schuschke in Schuschke/Walker, Vollstreckung und Vorläufiger Rechtsschutz, 5. Aufl., § 840 Rn. 7; MüKo-ZPO/Smid, 3. Aufl., § 840 Rn. 12; a. A. Foerste, NJW 1999, 904, 906 ff.; Linke, ZJP 87 (1974), 285, 288; Reetz, Die Rechtsstellung des Arbeitgebers als Drittschuldner in der Zwangsvollstreckung, S. 26 ff.).“ (BGH aaO)

**Ergebnis:** Der Beklagte war nicht verpflichtet, auf eine zu seinen Gunsten bestehende Aufrechnungslage hinzuweisen, wenn er erklärt, die gepfändete Forderung nicht als begründet anzuerkennen. Er hat seine Pflichten aus § 840 I ZPO nicht verletzt und ist dem Kläger daher nicht gem. § 840 II 2 ZPO zum Schadensersatz verpflichtet.

1. Die Annahme des **konkludenten Abschlusses eines Mietvertrages durch Gewährung der Weiternutzung** nach Erlass eines Räumungstitels **scheidet schon dann aus, wenn der Vermieter schriftlich erklärt hat, dass in der weiteren Gebrauchsüberlassung nicht der Abschluss eines Mietvertrages zu sehen sei**, ein solcher vielmehr schriftlich neu geschlossen werden müsse.
2. Für die Annahme der Verwirkung ist sowohl ein **Zeit- als auch ein Umstandsmoment** erforderlich.
3. Wenn der Räumungsgläubiger zwar **über 2 Jahre nicht vollstreckt** jedoch den **Ex-Mieter/ Schuldner darauf hinweist, dass trotzdem kein neues Mietverhältnis begründet** werden soll, so **fehlt es schon am Umstandsmoment für eine Titel-Verwirkung**.
4. Das Zeitmoment für eine **Verwirkung** ist i. d. R. **erst nach Ablauf von 5 Jahren** erfüllt.

**Fall:** Die Parteien dieses Rechtsstreites verbindet einen Mietvertrag, der seinerzeit durch die Beklagte fristlos gekündigt worden war. Die Beklagte hat sodann mit Versäumnisurteil des AG Hamburg-Blankenese von 26.08.2010, einen Räumungstitel für die im Rubrum benannte Wohnung der Klägerin erwirkt. Aus diesem Urteil betreibt die Beklagte nunmehr die Zwangsvollstreckung, wie sich aus der Mitteilung des Gerichtsvollziehers vom 02.11.2012 ergibt. Räumungstermin ist demnach der 11.12.2012 um 8:45 Uhr. Die Klägerin ist der Ansicht, dass die Zwangsvollstreckung aus dem oben benannten Urteil unzulässig ist.

Hintergrund für das Räumungsverfahren war ein durch die Klägerin unverschuldeter Mietrückstand. Diese ist Analphabetin und bezog auch in der Vergangenheit Leistungen durch die ARGE bzw. durch das Jobcenter. Seinerzeit war ein Mietrückstand von mehreren tausend € aufgelaufen, der nach Beendigung des gerichtlichen Räumungsverfahrens zur Hälfte von der ARGE nachträglich bezahlt wurde, zur anderen Hälfte von den Kindern der Klägerin.

In der Folgezeit hat die Beklagte dann aufgrund der Regulierung der Mietrückstände sich bereit erklärt, aus dem Urteil nicht zu vollstrecken und die Klägerin in der Wohnung wohnen zu lassen, wodurch nach Ansicht der Klägerin ein neues Mietverhältnis begründet worden war. Er hat jedoch mit Schreiben vom 07.09.2010 ausdrücklich darauf hingewiesen, dass in der weiteren Gebrauchsüberlassung keine Begründung eines neuen Mietverhältnisses zu sehen sei, sondern allenfalls der Abschluss eines neuen schriftlichen Mietvertrages an der Rechtsklage etwas ändern könne.

Die Klägerin behauptet, nach vollständiger Zahlung der Mietrückstände sei verbindlich vereinbart worden, dass die Klägerin die Wohnung nunmehr erst einmal weiter nutzen könne, obwohl hierzu schriftlich nichts festgelegt wurde. Auch in dem vorangegangenen Verhalten der Beklagten, auf die Zwangsvollstreckung zu verzichten und diesen Verzicht dann über einen Zeitraum von mehr als zwei Jahren letztendlich einzuhalten, ist zumindest konkludent der Abschluss eines neuen Mietvertrages zu sehen. Ein neuer schriftlicher Mietvertrag wurde bis heute mit der Klägerin nicht wieder abgeschlossen.

Selbst dann, wenn die Beklagte sich bei Vereinbarung über die Fortsetzung der Nutzung vorbehalten hätte, auch zukünftig aus dem Titel vollstrecken zu können, sei eine Verwirkung jedenfalls des Räumungsanspruches dann eingetreten, wenn der Räumungstitel, aus dem vollstreckt werden soll, älter als 2 Jahre ist. Ist die Beklagte berechtigt, aus dem Räumungstitel vom 26.08.2010 die Zwangsvollstreckung zu betreiben?

Grundsätzlich ist die Beklagte nach § 197 I Nr. BGB berechtigt, aus einem Titel 30 Jahre lang zu vollstrecken. Fraglich ist, ob hier Umstände vorliegen, die eine abweichende Beurteilung rechtfertigen, weil Sie zu einer Verwirkung des Rechts zu Vollstreckung aus dem Titel führen.

### **I. Abschluss eines neuen Mietvertrages**

Der von der Klägerin behauptete Abschluss eines neuen Mietvertrages würde den vorliegenden Räumungstitel überholen, so dass der Beklagte hieraus keine Rechte mehr herleiten könnte.

*„Vergeblich beruft sich die Klägerin auch mit der Beschwerdebegründung darauf, dass trotz der rechtskräftigen Räumungsverurteilung und der wirksamen Beendigung des ursprünglichen Wohnungsmietvertrages **konkludent ein neuer Mietvertrag begründet** worden sei. Hiervon kann indes nicht ausgegangen werden, da die Beklagte mit Schreiben vom 07.09.2010 ausdrücklich ihren entgegenstehenden Willen erklärt hat. Bereits vor diesem eindeutigen Hintergrund ist die Ausnahme der Neubegründung eines Mietverhältnisses abwegig.“* (LG Hamburg aaO)

## II. Verwirkung der Vollstreckungsbefugnis

Der Beklagte könnte sein Recht zur Vollstreckung aber dadurch nach § 242 BGB verwirkt haben, dass der für einen Zeitraum von mehr als 2 Jahren keine Räumungsvollstreckung eingeleitet und daher einen Vertrauenstatbestand bei der Klägerin geschaffen hat.

*„Für die Annahme der Verwirkung ist sowohl ein **Zeit-** als auch ein **Umstandsmoment** erforderlich. Vergeblich beruft sich die Klägerin insoweit auf den Rechtsstandpunkt, grundsätzlich trete die Verwirkung bereits nach **2-jähriger geduldeter weiterer Nutzung** der Wohnung durch den Mieter ein. Dies lässt sich indes nicht allgemein beurteilen, sondern nur nach den jeweils zu würdigenden **Umständen des Einzelfalles** (siehe dazu nur den grundlegenden Rechtsentscheid des OLG Hamm vom 01.10.1981, NJW 1982, 341 = ZMR 1981, 342).*

*Im Übrigen dürfte für die Annahme des Zeitmoments als **unterste Grenze eher eine Dauer von 5 Jahren** als Orientierung dienen (Stornel, Mietrecht aktuell, 4. Aufl., XIV. Rn. 158).*

*Jedenfalls liegt aber auch das für eine Verwirkung erforderliche Umstandsmoment nicht vor. Auch in diesem Zusammenhang ist auf das vorstehend bereits erörterte Schreiben der Beklagten vom 07.09.2010 zu verweisen, in dem sie ausdrücklich darauf hingewiesen hat, dass die **einstweilige Unterlassung der Räumungsvollstreckung** und die dadurch ermöglichte weitere Gebrauchsüberlassung der Wohnung **nicht bedeutet**, dass damit ein neues Mietverhältnis begründet bzw. auf Rechte **aus dem Räumungsurteil verzichtet werde**.“ (LG Hamburg aaO)*

## III. Ergebnis

Der Beklagte ist weiter zur Räumungsvollstreckung aus dem Titel vom 26.08.2010 befugt.

(LAG Hamm in FD-StrafR 2013, 347738; Beschluss vom 10.05.2013 – 7 Ta 155/13)

Der **Nemo-tenetur-Grundsatz**, wonach niemand verpflichtet ist, sich selbst zu belasten, **zwingt** im Spannungsverhältnis paralleler Straf- und Zivilverfahren **nicht zur Verfahrensaussetzung nach § 149 ZPO**.

**Fall:** Die Arbeitgeberin A hat ihren ehemaligen Arbeitnehmer B auf Schadensersatz in Höhe von rund 160.000 € verklagt. Dieser Schadensersatzanspruch setzt sich etwa hälftig aus Aufarbeitungskosten und direkt eingetretenen Schäden zusammen. Hintergrund sind, aus Sicht von A, grob vertragswidrige und strafbare Pflichtverletzungen des B, die auch nach fast zwanzigjähriger Beschäftigung zu einer fristlosen Kündigung aus wichtigem Grund führten.

Gegen B wurde im Zusammenhang mit einigen Pflichtverletzungen ein erstinstanzlich durch Urteil abgeschlossenes, aber noch nicht rechtskräftiges Strafverfahren mit dem Vorwurf von 19 Untreuetaten geführt. B beantragte, das vor dem ArbG geführte zivilrechtliche Schadensersatzverfahren bis zum Abschluss des Strafverfahrens gem. § 149 ZPO auszusetzen. Er begründete dies damit, dass aufgrund der prozessualen Wahrheitspflicht gem. § 138 i ZPO, welche ihm verwehrt zu schweigen oder Erklärungen wider besseres Wissen abzugeben, er sich möglicherweise selbst belasten müsse und sich hierdurch Erkenntnisse für das Strafverfahren ergeben würden, die aufgrund des nemo tenetur se ipsum accusare-Grundsatzes im Strafverfahren selbst nicht hätten gewonnen werden können. Diesen Antrag lehnte das ArbG mit Verweis auf seinen diesbzgl. Ermessensspielraum und das Beschleunigungsgebot ab.

I. **Grds.** ist das vor dem AG bereits durch Erlass eines Urteils abgeschlossene **Strafverfahren**, das allerdings noch nicht rechtskräftig ist, **geeignet**, die **Aussetzung** der Verhandlung bis zur Erledigung des Strafverfahrens i. S. d. § 149 I ZPO **zu rechtfertigen**.

*„[Denn] entgegen dem Wortlaut des § 149 I ZPO können nicht nur solche Verfahren die Aussetzung der Verhandlung rechtfertigen, bei denen sich im Laufe des Rechtsstreits der Verdacht einer Straftat ergeben hat, sondern auch diejenigen, bei denen die behauptete Straftat in tatsächlicher Hinsicht Grundlage für die daraus abgeleiteten Ansprüche ist (Zöller/Greger, ZPO, 29. Auflage, § 149 Rn 3). Dies ist für das nicht rechtskräftig abgeschlossene Strafverfahren vor dem AG der Fall, wenn auch gilt, dass nur der geringste Teil der dem Bekl. von der Kl. vorgehaltenen strafrechtsrelevanten Pflichtverletzungen dort zur Anklage gelangt ist.“* (LAG Hamm aaO)

II. Außerdem ist eine gerichtliche Entscheidung über eine Aussetzung nach § 149 ZPO eine solche, die der **richterlichen Ermessensausübung** unterfällt (Zöller/Greger, ZPO, 29. Auflage, § 149 Rn 2; LAG Rheinland-Pfalz, 30.07.2009 - 7 Ta 107/09 - juris).

Das Ermessen hat sich dabei **innerhalb der gesetzlichen Grenzen** zu halten und **an dem gesetzgeberischen Zweck der Vorschrift auszurichten**. Dabei hat das Gericht bei seiner Ermessensentscheidung die Vor- und Nachteile der Aussetzung abzuwägen, insbes. also die verzögerte Erledigung des Zivilprozesses gegen den möglichen Erkenntnisgewinn aus den besseren Aufklärungsmöglichkeiten, die der strafprozessuale Untersuchungsgrundsatz mit sich bringt (Zöller/Greger, ZPO, 29. Auflage, § 149 Rn 2).

Das Beschwerdegericht setzt dabei nicht sein eigenes Ermessen an die Stelle der Ermessensentscheidung des Arbeitsgerichts. Es prüft lediglich, ob das Arbeitsgericht den **Ermessensspielraum überschritten** oder von seinem Ermessen in einer mit dem Zweck der Ermächtigung nicht in Übereinstimmung zu bringenden Weise Gebrauch gemacht hat (vgl. Hessisches LAG NZA.RR 2004, 264).

*„Das ArbG hat sich mit seiner Entscheidung, die Verhandlung nicht auszusetzen und ihr Fortgang zu geben, innerhalb der ihm durch § 149 ZPO eröffneten **Ermessensgrenzen** gehalten. So hat das ArbG zutreffend darauf abgestellt, dass nur ein ganz geringer Anteil der dem Kl. vorgeworfenen strafrechtsrelevanten Pflichtverletzungen zum Gegenstand des Strafverfahrens vor dem Amtsgericht Minden gemacht worden war. Es ist deshalb im Rahmen des dem ArbG zustehenden Ermessensspielraums nicht zu beanstanden, wenn es ausführt, angesichts des nur geringen Erkenntnisgewinns überwiege das Beschleunigungsinteresse der Kl., das im arbeitsgerichtlichen Verfahren § 9 I ArbGG eine besondere Bedeutung erfährt und nur ausnahmsweise zurückzutreten hat (vgl. BAG NZA 2007, 229).*

*Angesichts des sich nur für wenige Pflichtverletzungen des Bekl. möglicherweise ergebenden Erkenntnisgewinns ist es auch nicht ermessensfehlerhaft, wenn das Arbeitsgericht im Interesse einer abschließenden Entscheidung die vom Strafverfahren berührten Handlungen des Bekl. und die daraus resultierenden Schadensersatzansprüche der Kl. nicht vom hiesigen Verfahren abtrennt und zum Gegenstand eines neuen Verfahrens macht, dessen*

Verhandlung sodann nach § 149 ZPO bis zur Erledigung des Strafverfahrens ausgesetzt wird.“ (LAG Hamm aaO)

- III. Es stellt sich die Frage, ob das ArbG daher das Verfahren zwingend aussetzen muss, damit der Bekl. sich nicht der Gefahr aussetzt, im Rahmen des zivilprozessualen Verfahrens Tatsachenvortrag beizubringen oder zuzugestehen, der ihm strafprozessual zum Nachteil gereicht, er sich also dadurch selbst belastet.

Es entspricht der **ganz überwiegenden Auffassung**, dass die zivilprozessual in § 138 I ZPO angelegte **Selbstbeziehungsgefahr kein Aussetzungsgrund** ist (Zöller/Greger, ZPO, 29. Auflage, § 149 Rn 2; OLG Köln OLG Report Köln 2004, 275; OLG Frankfurt NJW-RR 2001, 1649).

1. Bereits der **Wortlaut des § 149 ZPO** spricht dagegen, den Konflikt zwischen dem strafprozessual zulässigen Vorgehen, sich zur Sache nicht einzulassen oder auch unwahr zu erklären, und dem zivilprozessual nach § 138 I ZPO geltenden Gebot wahrheitsgemäßen Vortrags dahingehend zu lösen, der Aussetzung des Verfahrens Vorrang zu geben.

„Zwar hat § 149 I ZPO nicht nur die Situation vor Augen, dass eine von den Parteien verwirklichte Straftat und deren strafprozessuale Aufklärung die Aussetzung der Verhandlung rechtfertigen könne, sondern dies auch Straftaten anderen Prozessbeteiligter sein könnten. Doch wusste der Gesetzgeber gleichwohl, dass es insbesondere die Ermittlungen in einem Strafverfahren einer der Parteien sein können, die eine Aussetzung der zivilprozessualen Verhandlung zu rechtfertigen vermögen. Gleichwohl hat er sich nicht dazu entschlossen, diesen Konflikt zwischen zivilprozessualer Wahrheitspflicht und strafprozessualer „Rechts zur Lüge“ dahingehend zu lösen, dass die Verhandlung im vom zivilprozessualen Beibringungsgrundsatz geprägten Verfahren zwingend auszusetzen ist. Dafür spricht nicht zuletzt auch § 149 II ZPO, ist dort geregelt, dass die Verhandlung auf Antrag einer der Parteien fortzusetzen ist, wenn seit der Aussetzung ein Jahr vergangen ist, sofern dem nicht gewichtige Gründe entgegenstehen. Hätte der Gesetzgeber gewollt, dem strafprozessualen Ausschluss der Selbstbelastung stets Vorrang einzuräumen, so hätte er dies regeln müssen.“ (LAG Hamm aaO)

2. Außerdem wird der **Konflikt**, in dem der Bekl. sich befindet, **auch unabhängig von** einer etwaig zu beschließenden **Aussetzung des Verfahrens nicht gelöst**.

„Hat sich eine Prozesspartei nach Verwirklichung einer Straftat entschlossen, sich künftig im Zivilprozess rechtstreu zu verhalten, ließe sich der **Konflikt zwischen dem Wunsch nach zivilprozessualer Wahrheit und dem Vermeiden strafrechtlicher Nachteile auch bei einer Aussetzung des zivilprozessualen Verfahrens bis zum Abschluss des strafrechtlichen Verfahrens nicht lösen**. So lässt § 362 Nr. 4 ZPO die Wiederaufnahme eines Strafverfahrens zu, das durch rechtskräftiges Urteil abgeschlossen ist, wenn von dem Freigesprochenen vor Gericht oder außergerichtlich ein glaubwürdiges Geständnis der Straftat abgelegt wird (OLG NJW-RR 2001, 1649).“ (LAG Hamm aaO)

3. Nicht überzeugend ist auch das Argument, der Bekl. verliere den Vorteil, dass die **vorläufige Einstellungen einzelner Verfahren** mit Rücksicht auf die zu erwartende Strafe anderer Taten oder eine **Beschränkung der Strafverfolgung** nach § 154 a StPO **nur innerhalb bestimmter zeitlicher Grenzen** zu einer erneuten Verfolgung wegen dieser Taten führen könne, § 154 IV StPO.

„[Dies] übersieht, dass eine **Wiederaufnahme des Verfahrens** nach § 362 Nr. 4 StPO auch dazu führen würde, dass derartig **ausgeschiedene Verfahren wieder einbezogen** werden können. Die Wirkung einer infolge eines zulässigen und begründeten Wiederaufnahmeantrags ergangenen Wiederaufnahmeanordnung ist vor allem darin zu sehen, dass die Urteilsrechtskraft beseitigt wird. Die Wiederaufnahmeanordnung nach § 370 II StPO versetzt das Verfahren in den Zustand zurück, in dem es sich vor Erlass des Urteils befunden hat (Lutz/Meyer-Goßner, StPO, 54. Aufl. 2011, § 370 Rn 10 m. w. N.). Damit läuft auch die dreimonatige Wiederaufnahmefrist des § 154 IV StPO erneut. Letztlich ist es aber auch nicht **Sinn und Zweck der in § 149 ZPO angelegten zivilrichterlichen Ermessensentscheidung**, strafprozessuale Taktiken des redlich werden wollenden Täters zu berücksichtigen. Nicht zuletzt bleibt dem redlich werden wollenden Täter in zivilprozessualer Hinsicht, die Behauptungen der strafrechtlich geschädigten und nunmehr zivilprozessual klagenden Partei nicht zu bestreiten. Das **Nichtbestreiten wird nach § 138 III ZPO als zugestanden fingiert, ohne dass dies ein strafprozessual nach § 362 Nr. 4 StPO relevantes Geständnis i. S. des § 288 ZPO wäre**.“ (LAG Hamm aaO)

(VGH München in NJW 2013, 526; Beschluss vom 24.01.2013 – 12 ZB 12.2324)

1. Sofern eine behördliche **Zustellung durch Übergabeeschreiben** erfolgen soll, ist die Anwendung der 3-Tagesfiktion davon abhängig, dass nicht nur der Tag der Aufgabe zur Post dokumentiert ist, sondern auch die **Postidentnummer** eingeklebt ist.
2. Kann die Versendung als Übergabeeschreiben von der Behörde nicht nachgewiesen werden, so kommt allenfalls eine **Heilung des Zustellungsmangels durch tatsächliche Kenntniserlangung** in Betracht.

**Fall:** Der Kl. Hat vom Beklagten einen Kostenbeitragsbescheid vom 01.06.2011 erhalten, gegen den er fristgerecht Widerspruch eingelegt hatte. Der Widerspruchsbescheid der Regierung von X. vom 04.11.2011 wird laut Aktenvermerk am 04.11.2011 per Übergabeeschreiben auf den Weg gebracht. Der Kl. erhebt mit Klageschrift vom 04.12.2011 Klage, welche am 12.12.2011 beim zuständigen VG eingeht. Der genaue Zeitpunkt des Zugangs des Widerspruchsbescheids lässt sich nicht ermitteln. Allerdings findet sich in den Verwaltungsvorgängen ein Schreiben des Kl. Vom 11.11.2011, in welchem er auf den Widerspruchsbescheid vom 04.11.2011 Bezug nimmt. Ist die Klage fristgemäß erhoben?

Für die Klage läuft nach § 74 I 1 VwGO eine Frist von einem Monat ab Zustellung des Widerspruchsbescheides.

Die Zustellung des Widerspruchsbescheides erfolgt nach § 73 III 2 VwGO von Amts wegen nach den Vorschriften des Verwaltungszustellungsgesetzes (VwZG). Fraglich ist daher, wann der Widerspruchbescheid zugestellt wurde oder als zugestellt gilt.

#### I. Beginn der Klagefrist am 07.11.2011 wegen 3-Tages-Fiktion

*„Neben der Zustellung durch **Postzustellungsurkunde** und gegen **Empfangsbekanntnis** sieht § 4 VwZG die Zustellung **mittels Einschreiben** – entweder als Übergabeeschreiben oder als Einschreiben mit Rückschein – vor. Wählt die Behörde, wie im vorliegenden Fall die Regierung von X., eine **Zustellung mittels Übergabeeschreiben**, gilt nach § 4 II 2 VwZG das Dokument **am dritten Tag nach der Aufgabe zur Post als zugestellt**, es sei denn, dass es nicht oder zu einem späteren Zeitpunkt zugegangen ist. Das Eingreifen der Zustellungsfiktion, setzt daher neben der **Kenntnis des Aufgabezeitpunkts** des zuzustellenden Schriftstücks voraus, dass überhaupt eine **Zustellung mittels Einschreiben** vorliegt.“ (BayVGH aaO)*

Würde die Zustellfiktion im vorliegenden Fall greifen, wo hätte die Klagefrist am 07.11.2011 zu laufen begonnen und wäre bei Eingang der Klage bei Gericht bereits abgelaufen gewesen, so dass die Klage unzulässig wäre. Dies setzt allerdings voraus, dass die Übermittlung überhaupt per Einschreiben erfolgt ist.

*„Dass die Regierung von X. dem Kl. den Widerspruchsbescheid vom 04.11.2011 mittels Übergabeeschreiben übermittelt hat, lässt sich jedoch aus den vorliegenden Akten nicht nachweisen. Die Widerspruchsakte der Regierung von X. enthält diesbezüglich zwar einen **kopierten „Zustellungsnachweis bei Einschreibebriefen“** (Bl. 10 der Heftung der Regierung von X.), der auch einen **Stempel** „vers.: 04. Nov. 2011“ trägt und bei dem das **Feld „Übergabeeschreiben“** angekreuzt ist.*

*Indes fehlt dem Zustellnachweis die **eingeklebte Postidentnummer**, die das **wesentliche Charakteristikum einer Einschreibesendung** ausmacht (vgl. VGH München, Beschl. v. 21.06.2007 – 12 ZB 06.3183; OVG Münster, Urt. v. 28.04.2004 – 1 A 1721/01, BeckRS 2004, 23105). Mit diesem „Zustellnachweis“ wird folglich **weder der Zeitpunkt der Versendung** noch der Umstand, dass der Widerspruchsbescheid **überhaupt als Übergabeeschreiben** nach § 4 I VwZG zugestellt worden ist, nachgewiesen. Derartige **Unklarheiten** über die Zustellung des Widerspruchsbescheids **gehen stets zu Lasten der Behörde** (vgl. Redeker/v. Oertzen, VwGO, 15. Aufl. [2010], § 74 Rn. 2). Folglich liegen im vorliegenden Fall die Tatbestandsvoraussetzungen für die Zustellungsfiktion des § 4 II 2 VwZG nicht vor.“ (BayVGH aaO)*

Der Widerspruchsbescheid gilt damit nicht als am 07.11.2011 zugestellt.

#### II. Berechnung der Klagefrist nach Heilung des Zustellmangels

Grundsätzlich besteht nach § 8 VwZG im Falle des fehlenden Nachweises der formgerechten Zustellung eines Dokuments die Möglichkeit der **Heilung durch den tatsächlichen Zugang beim Empfangsberechtigten** (vgl. Eyermann/Rennert, VwGO, 13. Aufl. [2010], § 74 Rn. 10; Dolde/Porsch, in: Schoch/Schneider/Bier, VwGO, § 73 Rn. 74; Redeker/v. Oertzen, VwGO, § 74 Rn. 2; Funke-Kaiser, in: Bader/Funke-Kaiser/Kuntze/v. Albedyll, VwGO, 2. Aufl. [2002], § 74 Rn. 6).

„Mit dem tatsächlichen Zugang beginnt in diesem Fall auch die Klagefrist des § 74 I 1 VwGO zu laufen. Vorliegend findet sich in den Gerichtsakten ein auf den 11.11.2011 datiertes Schreiben des Kl., mit dem dieser den Widerspruchsbescheid vom 04.11.2011 in Bezug nimmt, was den Schluss zulässt, dass er **jedenfalls zu diesem Zeitpunkt Kenntnis** vom Widerspruchsbescheid gehabt haben muss. Ausgehend vom 11.11.2011 als Zeitpunkt der Zustellung **endet die Monatsfrist** zur Klageerhebung am Montag, den **12.12.2011**. An diesem Tag ist die Klageschrift vom 04.12.2011 beim VG eingegangen.“ (BayVGH aaO)

### III. Ergebnis

Die Klage ist fristgerecht erhoben worden.

(VG Regensburg in BayVBl. 2013, 313; Urteil vom 05.10.2011 Az. RO 3 K 11.372)

1. Eine allgemeine Feststellungsklage nach § 43 VwGO eines Fraktionsmitglieds, mit der die Unwirksamkeit der Geschäftsordnung einer Gemeindefraktion festgestellt werden soll, ist mangels **konkreten feststellungsfähigen Rechtsverhältnisses** unzulässig.
2. Seine Klage aus Feststellung, dass aus einem zukünftigen Verstoß gegen die Geschäftsordnung keine Sanktionen hergeleitet werden dürfen, ist als vorbeugendes Rechtsschutzbegehren mangels **qualifizierten Rechtsschutzinteresses** ebenfalls unzulässig. Der gegebene nachträgliche Rechtsschutz ist zumutbar und ausreichend.

**Fall:** Die Kläger sind Mitglieder einer Stadtratsfraktion im Stadtrat Regensburg und für diese im mehreren Ausschüssen vertreten. Sie begehren die Feststellung der Unwirksamkeit der Geschäftsordnung dieser Stadtratsfraktion im Stadtrat Regensburg.

Hilfsweise wird die Feststellung begehrt, dass auf einen Verstoß gegen § 9 II 2-4, § 16 I oder § 17 der Geschäftsordnung keine Ordnungsmaßnahmen gestützt werden dürfen,

Ist die Klage mit Haupt- oder Hilfsantrag zulässig?

### I. **Zulässigkeit der Feststellungsklage gerichtet auf die Feststellung der Unwirksamkeit der Geschäftsordnung**

Eine Feststellungsklage nach § 43 VwGO kann erhoben werden, wenn Streit besteht über das Bestehen oder Nichtbestehen eines Rechtsverhältnisses.

Die Feststellungsklage ist statthaft, wenn es um die Feststellung des Bestehens oder Nichtbestehens eines konkreten Rechtsverhältnisses geht.

„Nach allgemeiner Auffassung sind unter einem Rechtsverhältnis in diesem Sinne die sich aus der **Anwendung einer Rechtsnorm** (des öffentlichen Rechts) **auf einen konkreten Sachverhalt** ergebenden rechtlichen Beziehungen einer Person zu einer anderen Person oder einer Sache zu verstehen (Kopp/Schenke, VwGO, 17. Aufl. 2011, § 43 Rn. 11 m.w.N.). **Nicht feststellungsfähig** sind bloße Elemente und **unselbstständige Vorfragen** eines Rechtsverhältnisses, die nicht unmittelbar Rechte und Pflichten begründen. Hierzu zählt auch die **rechtliche Qualifikation abstrakter Vorgänge und Handlungen als rechtswidrig** (Kopp/Schenke, Rn. 13 zu § 43). Hieraus folgt, dass die Möglichkeit einer Feststellungsklage dann nicht eröffnet ist, wenn nicht um die Anwendung einer Norm auf einen konkreten Sachverhalt, sondern um eine abstrakte Rechtsfrage gestritten wird.“ (VG Regensburg aaO)

Insofern stellt sich hier die Frage, ob es den Klägern um die Anwendung der stritten Geschäftsordnung auf einen konkreten Sachverhalt geht oder ob sie nur allgemein deren Rechtswidrigkeit festgestellt wissen wollen.

„Im Haupt- sowie im Hilfsantrag zu 1 wollen die Kläger unter Hinweis auf ihrer Meinung nach gegebene **inhaltliche Mängel** die **Frage der Wirksamkeit** der ganzen bzw. von Teilen der **Geschäftsordnung** der Stadtratsfraktion vom 06.12.2010 geklärt haben. Es fehlt insoweit an einem konkreten feststellungsfähigen Rechtsverhältnis. Die **Rechtsnatur der Geschäftsordnung einer Ratsfraktion** ist in der Rechtssprechung nicht abschließend geklärt. Es bleibt fraglich, ob es sich hierbei um eine „Rechtsnorm“ im Bereich des öffentlichen Rechtes handelt (siehe BayVGH vom 24. 11. 1988, BayVBl. 1988, 433). Die Bestimmungen der Geschäftsordnung wirken **maßgeblich im Innenverhältnis der Fraktion** und regeln deren Geschäftsgang. Darüber hinaus werden streitgegenständlich im Innenverhältnis Verpflichtungen in Form von Handlungsanweisungen ausgesprochen, bei deren Nichteinhaltung die Möglichkeit der Verhängung von Ordnungsmaßnahmen unter Einhaltung eines im Einzelnen beschriebenen Verfahrens eröffnet wird. Die Frage nach der **Gültigkeit der Geschäftsordnung** stellt eine **abstrakte Rechtsfrage** zur Entscheidung des Gerichts, es wird nicht um einen konkreten gegenwärtigen Sachverhalt und die daraus abgeleiteten Rechtsfolgen gestritten. Auch wenn der Vollzug der Geschäftsordnung im Einzelfall Rechtsfragen aufwerfen kann und das **Interesse** der Kläger an einer generellen und **vorab erfolgreichen Klärung** der von Ihnen aufgeworfenen Fragen **verständlich** erscheint, bedeutet dies nicht, dass diese bereits im Vorfeld einer abstrakten Klärung im Wege einer Feststellungsklage zugeführt werden können. Insoweit kann – auch bei Regelungen, die nicht einem Normenkontrollverfahren nach § 47 VwGO zugänglich sind – **über die Feststellungsklage keine abstrakte Überprüfung** herbeigeführt werden. Nach der Rechtssprechung des BayVGH (Beschluss vom 09.04.2009 Az. 4 ZB 07.1667, juris) ist die **Feststellungsklage keine „allgemeine Auskunftsklage über die Rechtslage“**. Die Gerichte sollen nicht in die Rolle einer Auskunfts- oder Gutachterstelle in abstrakten Rechtsfragen gedrängt werden.

Die inzidente Vorfrage der Gültigkeit der Geschäftsordnung, ihre Auslegung und die Rechtsfolgenbestimmungen im gegebenen Fall sind ebenso wie das einzuhaltende Verfahren und die Feststellung des zu Grunde liegenden tatsächlichen Sachverhalts am konkreten Einzelfall zu messen. Das **Gericht kann den Beteiligten nicht vorab**

und ohne Berücksichtigung der Umstände des Einzelfalls eine abstrakte **Richtschnur für die Bewertung abweichenden Verhaltens** von Fraktionsmitgliedern geben, zumal sein Prüfungsrahmen wegen der Fraktionsautonomie nicht unbeschränkt ist.

Durch die Zulassung der allgemeinen Feststellungsklage würden auch die Regelungen über das Normenkontrollverfahren nach § 47 VwGO, die gegen die streitgegenständliche Fraktionsgeschäftsordnung nicht statthaft ist, umgangen.“ (VG Regensburg aaO)

Der Hauptantrag ist daher unzulässig, da die Voraussetzungen für die Erhebung einer Feststellungsklage mangels feststellungsfähigem, konkreten Rechtsverhältnis nicht vorliegen.

## II. Zulässigkeit der Feststellungsklage gerichtet auf die Feststellung der Unwirksamkeit einzelner Regelungen

Das Feststellungsbegehren der Kläger, wonach auf einen Verstoß gegen „ 9 II 2 bis 4, § 16 I oder § 17 der Geschäftsordnung **keine Ordnungsmaßnahmen gestützt** werden dürfen, ist auf **vorbeugenden Rechtsschutz** gerichtet. Das System des verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutzes ist aber grundsätzlich als reaktiver Rechtsschutz ausgestaltet. Grundsätzlich besteht erst nach einem Rechtsverstoß oder der Konkretisierung einer Rechtsfrage ein rechtlich geschütztes Interesse, die Gerichte mit der Angelegenheit zu befassen. Vorbeugender Rechtsschutz kommt nur ganz ausnahmsweise in Betracht, wenn deshalb ein **qualifiziertes Rechtsschutzbedürfnis** besteht, weil dem Betroffenen ein Abwarten nicht zuzumuten ist, z.B. weil nicht rückgängig zu machende Folgen eintreten würden.

„[Hier ist für präventiven Rechtsschutz] kein Raum, denn den Betroffenen ist es zuzumuten, etwaige Maßnahmen der Beklagtenseite abzuwarten, weil sie auf einen als **ausreichend anzusehenden nachträglichen Rechtsschutz** verwiesen werden können (BVerwG vom 7. 5. 1987, BayVBl. 1987, 697). Sobald die Beklagte auf Grund eines von ihr bejahten Verstoßes gegen die bezeichneten Regelungen eine in Rechte der Kläger eingreifende Sanktion beschließt, stünde den Klägern die Möglichkeit der Inanspruchnahme von gerichtlichem Rechtsschutz offen. Davon haben die Kläger in der Vergangenheit auch bereits mit einem **einstweiligen Rechtsschutzverfahren** vor dem Landgericht im Zusammenhang mit der Androhung einer Rüge Gebrauch gemacht und effektiven Rechtsschutz erhalten. Derzeit zeichnet sich keine Sanktion ab.

Unter diesen Umständen ist den Klägern ein **Abwarten zuzumuten**, ob und gegebenenfalls wie die Beklagte im Einzelfall gegen abweichendes Verhalten vorgehen wird. **Etwaige Sanktionen** erfolgen nicht „kraft Gesetzes“, also allein aufgrund der Geschäftsordnung, sondern **kraft Umsetzungsakts**, der sich auf die Geschäftsordnung stützt. Die Geschäftsordnung ist nicht self-executing, sie **greift nicht selbst, unmittelbar und gegenwärtig in die Rechtsstellung der Kläger ein**. Darüber hinausgehend erfolgt die Verhängung von Ordnungsmaßnahmen nicht zwangsläufig, vielmehr ist eine an den Gegebenheiten des Einzelfalls und der Verhältnismäßigkeit ausgerichtete Ermessensentscheidung über das Ob und Wie der Sanktionierung erforderlich. Zudem ist nicht auszusprechen, dass die Beklagte in Wahrnehmung ihrer Fraktionsautonomie zu Gunsten der Kläger bei der Verhängung von Sanktionen zurückhaltend vorgeht.“ (VG Regensburg aaO).

Durch das Abwarten entstehen den Klägern keine nicht wieder rückgängig zumachenden schweren Einbußen für ihre Rechtsstellung.

„Zwar werden die Kläger im **freien Mandat** und in der **Meinungsfreiheit betroffen**, was freilich nicht außergewöhnlich ist, weil Eingriffe der öffentlichen Hand regelmäßig Grundrechte berühren, zumindest die allgemeine Handlungsfreiheit. Jedenfalls kann insbesondere mit den Möglichkeiten des vorläufigen Rechtsschutzes **rechtzeitig und effektiv Rechtsschutz vor drohenden Umsetzungsakten** der Fraktion gewährt werden, erforderlichenfalls durch einen umgehenden Schiebe- bzw. Hängebeschluss eines Gerichts. Deshalb kann dahinstehen, ob eine kommunale Fraktion tatsächlich öffentliche Gewalt nach Art. 19 IV GG ausübt.

Die derzeit bestehende Ungewissheit über die Rechtslage ist in der Tat geeignet, das Verhalten der Prozessbeteiligten – wohl mäßigend – zu lenken. Die Kläger halten sich deshalb möglicherweise mit abweichendem Verhalten, die Beklagte bei der Sanktionierung von Verstößen zurück. Das geltende deutsche öffentliche Recht **mutet derartige Unsicherheiten über die Rechtslage freilich häufig** zu. Unterschiedliche Rechtsauffassungen der Behörde und des potenziellen zukünftigen Eingriffsadressaten über von Letzterem erwartetes Handeln, Dulden, Unterlassen sind an der Tagesordnung. Eine **verbindliche Auskunft** oder **feststellende Entscheidung** der Behörde ist im Vorfeld des Eingriffs **nur ausnahmsweise** vorgesehen. Der Rechtsschutz gegen Eingriffe der Verwaltung ist regelmäßig ein nachträglicher, selbst wenn aufgrund eines konkreten Sachverhalts eine bestimmte Eingriffsmaßnahme im Raum steht, angekündigt oder angedroht ist.

Von der Rechtsprechung sind bestimmte **Fallkonstellationen** herausgearbeitet worden, z.B. ein eingeleitetes oder angedrohtes Straf- oder Bußgeldverfahren. Eine der anerkannten Fallkonstellationen ist vorliegend nicht gegeben. Die Vermeidung von **Rechtsstreitigkeiten gegen behördliche Eingriffe, die auf einem Regelwerk beruhen**, fällt nicht darunter. Dies ist eine der Zwecksetzungen des **Normenkontrollverfahrens** nach § 47 VwGO, das freilich gegen die Geschäftsordnung einer kommunalen Fraktion nicht statthaft ist“ (VG Regensburg aaO).

Der Hilfsantrag ist daher ebenfalls unzulässig, da ein für den vorbeugenden Rechtsschutz erforderliches qualifiziertes Rechtsschutzbedürfnis fehlt.

## Kurzauslese II

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

**ZPO** **ZPO**  
**§§ 244 I, 236 II 2** **Wiedereinsetzung in den vorigen Stand**  
**Fehlender Wiedereinsetzungsantrag**  
**(BGH in BRAK-Mitt. 2013, 120 = NJW-RR 2013, 692; Urteil vom 17.01.2013 – III ZR 168/12)**

Einer Partei ist nach § 236 II 2 Halbs. 2 ZPO **Wiedereinsetzung in den vorigen Stand auch ohne entsprechenden ausdrücklichen Antrag** zu gewähren, **wenn ihr Wille, das Verfahren fortzusetzen**, nach den besonderen Umständen des Falls **auch ohne erneute Bekräftigung ohne Weiteres erkennbar** ist; das kann insbes. dann der Fall sein, wenn die Partei ihre Rechtsmittelbegründung vermeintlich fristgerecht am letzten Tag der verlängerten Begründungsfrist einreicht.

*„Das vom BerGer. zur Begründung seiner Entscheidung herangezogene Erfordernis der **Erkennbarkeit des Fortsetzungswillens** der Partei, die die Frist versäumt hat, entspricht zwar der Rspr. des BGH und des BAG (BGH BRAK-Mitt. 1987, 90; BAG NJW 1989, 2708 = NZA 1989, 818; MüKo-ZPO/Gehrlein, § 236 Rn 16; Musielak/Grandel, § 236 Rn 8). Der Fortsetzungswille des Bekl. war jedoch auf Grund der besonderen Umstände des Falls auch ohne seine erneute Bekräftigung für das BerGer. ohne Weiteres erkennbar. Eine **Gefahr, dem Säumigen die Wiedereinsetzung aufzudrängen** (vgl. BAG NJW 1989, 2708 = NZA 1989, 818), **bestand nicht**. Vielmehr ließen sämtliche Handlungen des Bekl., insbes. die vermeintlich **fristgerecht am letzten Tag der verlängerten Begründungsfrist eingereichte Berufungsbegründung**, auf den erforderlichen Fortsetzungswillen schließen. Da ein Wiedereinsetzungsgrund offensichtlich gegeben war, konnte die Versäumung der Begründungsfrist allein an dem Fortsetzungswillen keine vernünftigen Zweifel wecken.“* (BGH aaO)

**ZPO** **ZPO**  
**§ 567** **Sofortige Beschwerde**  
**Zurückweisung eines Arrestantrags**  
**(KG in NJW-RR 2013, 708; Beschluss vom 22.01.2013 – 13 UF 244/12)**

**Gegen die ohne mündliche Verhandlung erfolgte Zurückweisung des Arrestantrags** in einer Familiensache **findet die sofortige Beschwerde** gem. § 567 ZPO **statt**.

I. Welches Rechtsmittel gegen die Zurückweisung des Arrestantrags das richtige ist, wird **nicht einheitlich beantwortet**.

**Teilweise wird vertreten**, dass die **sofortige Beschwerde statthaft** sei (vgl. OLG Oldenburg NJW-RR 2012, 902 = FamRZ 2012, 1077; auch Prütting/Helms, FamFG, 2. Aufl., § 119 Rn 9; Dose, Einstweiliger Rechtsschutz in Familiensachen, 3. Aufl., § 119 Rn 19; Schulte-Bunert/Weinreich, FamFG, 3. Aufl., § 119 Rn 19), **teilweise** wird die Ansicht vertreten, dass die **Beschwerde gem. § 58 FamFG** das richtige Rechtsmittel sei (vgl. OLG Karlsruhe NJOZ 2011, 1096 = FamRZ 2011, 234; OLG München NJOZ 2011, 1411 = FamRZ 2011, 746).

**Für die Anwendung des § 58 FamFG** wird angeführt, die Verweisung in § 116 II 2 FamFG beziehe sich lediglich auf die Regelungen in §§ 916 ff. ZPO, nicht hingegen auf die §§ 567 ff. ZPO. Bei der Entscheidung über den Arrest handele sich um eine Endentscheidung i. S. von § 58 FamFG. Lediglich für Neben- und Zwischenentscheidungen werde nach der Gesetzesbegründung (BT-Dr 16/6308, S. 202 f.) die sofortige Beschwerde als möglicher Rechtsbehelf für zulässig erachtet.

**Für die Anwendung der §§ 567 ff. ZPO** wird angeführt, der Verweis auf die Arrestvorschriften beinhalte auch die Inbegriffnahme der zivilprozessualen Rechtsmittelvorschriften. Der Gesetzgeber habe mit dem FamFG die Familienstreitsachen in weiterem Umfang den Verfahrensvorschriften der ZPO unterstellen wollen als die übrigen nichtstreitigen Familiensachen. Es sei nicht ersichtlich, dass der Gesetzgeber den Rechtsschutz im Arrestverfahren habe abweichend von der zivilprozessualen Konzeption ausgestalten wollen. Es würde zu einem unzutraglichen Hin und Her zwischen den unterschiedlichen Verfahrensordnungen führen, wenn einerseits die Vorschriften des FamFG, andererseits diejenigen der ZPO anzuwenden wären.

II. **KG aaO schließt sich der zuletzt genannten Ansicht an**.

1. § 119 II 2 FamFG verweist für den Arrest auf die Vorschriften der **§§ 916 ff. ZPO**.

*„Diese Vorschriften beinhalten aber auch ein im Wesentlichen geschlossenes Verfahrens- und Rechtsmittelsystem, nämlich mit dem Widerspruch, der im Falle des Erlasses des Arrests ohne mündliche Verhandlung gegeben ist (§ 924 ZPO) und dem Rechtsmittel gegen das Urteil, wenn nach mündlicher Verhandlung entschieden wird. Für die Ablehnung eines Arrestantrags gilt die **allgemeine Regel des § 567 I Nr. 2 ZPO**. Zwar ist es zutreffend, dass für die ablehnende Entscheidung, die durch Endentscheidung ergeht, in § 58 FamFG eine allgemeine Regelung zur Verfügung stehen würde. Dem gehen aber die **spezielleren für das Arrestverfahren geltenden Vorschriften** vor. Der **Gesetzgeber hat in Bezug auf nicht beendende Kosten- und Nebenentscheidungen ausdrücklich ausgeführt, dass die Verweisung auf die entsprechende Anwendung der Vorschriften der ZPO eine Verweisung auch auf die sofortige Beschwerde beinhaltet** (BT-Dr 6308, S. 203). Deshalb ist etwa gegen die isolierte Kostenentscheidung in Familienstreitsachen die **sofortige Beschwerde statthaft und nicht die Beschwerde nach § 58 FamFG** (vgl. BGH NJW 2011, 3654 = FamRZ 2011, 1933). Dasselbe hat auch für das Arrestverfahren zu gelten. Aus § 119 FamFG ergibt sich, dass der Gesetzgeber den einstweiligen Rechtsschutz in Familienstreitsachen **derart regeln wollte, dass an Stelle der einstweiligen Verfügung die einstweilige Anordnung im Sinne des FamFG maßgeblich ist und dementsprechend im Wesentlichen die Vorschriften des FamFG anzuwenden**. Demgegenüber wird bzgl. des Arrestverfahrens auf die Vorschriften der ZPO verwiesen. Diese allgemeine Verweisung legt es*

nahe, dass verfahrensrechtlich insgesamt der Arrest nach den maßgeblichen Vorschriften der ZPO verhandelt werden sollte.

In der Begründung zu der Vorschrift hat der Gesetzgeber ausgeführt, dass die Geltung der diesbzgl. Vorschriften ausdrücklich angeordnet werde. Auch das deutet eher darauf hin, dass der Gesetzgeber ohne Weiteres davon ausgegangen ist, dass der Arrest insgesamt den maßgeblichen Vorschriften der ZPO unterliegen soll. Denn anderenfalls hätte zumindest eine ergänzende Regelung bzgl. der Fristen des Rechtsmittels getroffen werden müssen, weil es sich bei dem Arrestverfahren um ein Eilverfahren handelt, was sich mit der einmonatigen Frist für die Beschwerde gem. §§ 58, 63 FamFG nicht verträgt. Es ist aber weder eine ergänzende Regelung getroffen worden noch der Arrest in die Vorschrift des § 63 II FamFG einbezogen worden. Wenn der Gesetzgeber nicht von der entsprechenden Anwendung des § 567 ZPO auch für die Zurückweisung des Arrestantrags ausgegangen ist, so hat er jedenfalls die Problematik nicht gesehen. Der aus den Ausführungen zur Anwendung dieser Vorschrift im Zusammenhang mit den Kosten- und Nebenentscheidungen hervorgehende **Wille des Gesetzgebers** geht aber dahin, dass der Gesetzgeber in den Familienstreitsachen die Geltung der jeweils sachnäheren Rechtsvorschriften anordnen wollte, insbesondere wenn sich dies aus der Verweisung die Vorschriften der ZPO erschließt.“ (KG aaO)

2. Eine andere Betrachtung ergibt sich auch nicht aus der Regelung in den **Gebührevorschriften**, in denen hinsichtlich der einstweiligen Anordnung und des Arrestes gleichermaßen von der Endentscheidung – entsprechend der Terminologie somit § 58 FamFG – die Rede ist (Hauptabschn. 4, Abschn. 2 VV FamGKG).

„Denn aus dieser allein auf die Kosten bezogenen Anordnung kann nicht entnommen werden, dass der Gesetzgeber in der Sache eine Entscheidung über das zulässige Rechtsmittel treffen wollte. Vielmehr ist davon auszugehen, dass der Gesetzgeber die Möglichkeit, dass das Arrestverfahren eine Zurückweisung des Arrestantrags durch Beschluss zulässt, offenbar nicht berücksichtigt hat.“ (KG aaO)

ZPO  
§ 574 II Nr. 2

**Wiedereinsetzung in den vorigen Stand**  
Antrag auf Akteneinsicht enthält keinen konkludenten Fristverlängerungsantrag  
(BGH in BRAK-Mitt. 2013, 119; Beschluss vom 07.02.2013 – V ZB 176/12)

ZPO

**Wiedereinsetzung in den vorigen Stand** kann gewährt werden, wenn zuvor ein entsprechender **förmlicher Antrag auf Fristverlängerung** gestellt worden ist. Ein Antrag auf Gewährung von Akteneinsicht beinhaltet nicht einen solchen Fristverlängerungsantrag.

„Der Prozessbevollmächtigte hat **keinen förmlichen Antrag auf Verlängerung der Berufungsbegründungsfrist** gestellt. Ein solcher Antrag lässt sich auch **nicht mittelbar seiner Berufungsschrift entnehmen**. Darin hat er **nur Akteneinsicht beantragt** und den Antrag damit begründet, dass er sie zur Vorbereitung der Berufungsbegründung benötige. Dass, aus welchem Grund und in welchem Umfang er damit auch eine Verlängerung der Berufungsbegründungsfrist anstrebt, ist diesem Schriftsatz nicht andeutungsweise zu entnehmen.

Der Prozessbevollmächtigte hätte einen solchen Antrag aber stellen müssen. Er durfte das Ausbleiben der Gerichtsakten nicht einfach hinnehmen. Er hätte sich in angemessener Zeit nach Stellung des Antrags, jedenfalls rechtzeitig vor Ablauf der Begründungsfrist nach dem Fortgang der Sache erkundigen (BGH NJW-RR 2009, 1429 für unterlassene Benennung des beizuordnenden Rechtsanwalts durch Naturalpartei) und prüfen müssen, welche Auswirkungen das Ausbleiben der Akten auf den Lauf der Begründungsfrist hatte. Dabei hätte sich ergeben, dass das Ausbleiben der Gerichtsakten zwar einen nach § 520 II 3 ZPO erheblichen Grund zur Verlängerung der Berufungsbegründungsfrist auch ohne Einvernehmen des Gegners darstellen konnte (vgl. BGH NJW-RR 2000, 947), die Verlängerung aber nicht ohne weiteres Zutun des Bekl. eintrat, sondern nur auf seinen Antrag und mit Bewilligung des Gerichts. Selbst wenn der Prozessbevollmächtigte das anders sehen wollte, musste er angesichts des eindeutigen Wortlauts der Vorschrift Zweifel an der Richtigkeit seiner Ansicht haben und **vorsorglich einen Antrag auf Fristverlängerung stellen**. Das war ihm ohne weiteres zumutbar, weil an die Begründung des ersten Antrags auf Fristverlängerung keine hohen Anforderungen zu stellen sind und weil er mit dessen positiver Bescheidung hätte rechnen dürfen (vgl. BGH NJW-RR 2011, 285 m. w. Nachw.).“ (BGH aaO)

ZPO  
§ 585

**Unzulässige Wiederaufnahmeklage**  
Zurückweisung durch Beschluss  
(BSG in NJOZ 2013, 1156; Beschluss vom 10.07.2012 – B 13 R 53/12)

ZPO

**Über eine unzulässige Wiederaufnahmeklage kann das Landessozialgericht wie über eine unzulässige Berufung durch Beschluss entscheiden.**

„Dies folgt aus **§ 179 I SGG i. V. mit § 585 ZPO und entsprechender Anwendung von § 158 1 und 2 SGG**. Das Vierte Buch der ZPO (§§ 578 ff. ZPO), auf das § 179 I SGG verweist, enthält keine Bestimmung darüber, in welcher Form die gerichtliche Entscheidung über die Wiederaufnahmeklage zu ergehen hat. § 589 I 2 ZPO normiert zwar, dass eine unzulässige Wiederaufnahmeklage zu verwerfen ist, sieht aber keine Regelung vor, ob dies durch Beschluss oder Urteil zu erfolgen hat. § 585 ZPO bestimmt lediglich, dass für das weitere Verfahren die allgemeinen Vorschriften entsprechend gelten. Daraus kann aber nicht geschlossen werden, dass sich für das sozialgerichtliche Verfahren die Entscheidung im Beschlusswege verbieten würde.

Vielmehr ist die Entscheidungsform der Wiederaufnahmeklage im sozialgerichtlichen Verfahren den entsprechenden Vorschriften des SGG zu entnehmen (für die verwaltungsgerichtliche Wiederaufnahmeklage vgl. VGH Mannheim, NVwZ-RR 1996, 539).“ (BSG aaO)

Die nach ihrem **Wortlaut** nur die unzulässige Berufung erfassende Vorschrift des § 158 S. 1 SGG ist auf die unzulässige Wiederaufnahmeklage entsprechend anzuwenden.

offengelassen: BSG, SozR 4-1500 § 158 Nr. 3 Rdnr. 6; zweifelnd: BSG BeckRS 2003, 40162; befürwortend: Meyer-Ladewig/Keller/Leitherer, § 158 Rn 6 a; Zeihe, SGG, Stand: Nov. 2010, § 158 Rn 2 b; Hennig, SGG, Stand: Okt. 2011, § 158 Rn 7; a. A. Breitzkreutz/Fichte, SGG, 2009, § 158 Rn 5; wie hier vgl. st. Rspr. zu § 125 II VwGO: BVerwG BeckRS 1995, 31222517; BVerwG BeckRS 2012, 47902; Sodan/Ziekow, VwGO, 3. Aufl. 2010, § 125 Rn 45 m. w. Nachw.

„Das SGG sieht im Berufungsverfahren – als Ausnahme von der Regel, dass durch Urteil auf Grund mündlicher Verhandlung zu entscheiden ist (§ 153 I SGG i. V. mit §§ 124 I, 125 SGG) – in zwei Fällen die **vereinfachte Form der Entscheidung durch Beschluss ohne mündliche Verhandlung** vor: 1. die **Verwerfung einer unzulässigen Berufung** (§ 158 SGG) und 2. die **Zurückweisung einer einstimmig für unbegründet gehaltenen Berufung** (§ 153 IV 1 SGG). § 153 IV 3 SGG verweist im Hinblick auf die Rechtsmittelbelehrung auf § 158 S. 3 und 4 SGG.

Damit hat der **Gesetzgeber** deutlich zum Ausdruck gebracht, dass auch **im Berufungsverfahren nicht stets die Notwendigkeit besteht, die aufwändigere Entscheidungsform der mündlichen Verhandlung zu wählen**, sondern hat den Berufsrichtern die Möglichkeit eingeräumt, unter Beachtung der prozessrechtlichen Voraussetzungen eine vereinfachte Entscheidung im Beschlusswege treffen zu können. Dies **dient der Entlastung der Berufungsinstanz** (vgl. BR-Dr 314/91, S. 156 f., zu lit. d u. S. 158 Zu Nr. 10, unter Hinweis auf die parallelen Vorschriften von §§ 125 II, 130 a VwGO). Damit können **aussichtslose Berufungen rasch und ohne besonderen Verfahrensaufwand erledigt** werden. Das Wiederaufnahmeverfahren bezweckt schließlich nichts Anderes als die Fortsetzung des abgeschlossenen Berufungsverfahrens und die Ersetzung der rechtskräftigen Entscheidung (vgl. OVG Bremen NJW 1990, 2337).

Dieser **gesetzgeberischen Zielrichtung** entspricht es, unzulässige Wiederaufnahmeklagen nach Anhörung der Bet. durch Beschluss in entsprechender Anwendung von § 158 S. 1 und 2 SGG zu verwerfen. Hätte hingegen die Entscheidung über die unzulässige Wiederaufnahmeklage zwingend in Form eines Urteils zu ergehen, widerspräche dies dem aufgezeigten Gesetzeszweck gerade in den Fällen, in denen die Wiederaufnahme eines Verfahrens begehrt wird, über das durch Beschluss (§ 153 IV 1 SGG) entschieden wurde. Die **Ablehnung eines unzulässigen Wiederaufnahmeantrags rechtfertigt kein aufwändigeres Verfahren als die Entscheidung über die Berufung selbst**. Zudem existiert kein prozessualer Rechtssatz, wonach über die Wiederaufnahmeklage immer in jener Form zu entscheiden wäre, die das BerGer. für die Entscheidung im vorausgegangen Berufungsverfahren gewählt hat.“ (BSG aaO)

---

ZPO  
§ 850a Nr. 3

**Pfändungsschutz**  
Aufwandsentschädigung für Kommunalabgeordneten  
(LG Dessau-Roßlau in NVwZ-RR 2013, 565; Beschluss vom 17.07.2012 – 1 T 161/12)

ZPO

**Aufwandsentschädigungen von Kommunalabgeordneten genießen Pfändungsschutz nach § 850 a Nr. 3 ZPO.**

„Fraglich ist zwar bereits, ob die an die Kreistagsabgeordneten Aufwandsentschädigungen überhaupt § 850 a Nr. 3 ZPO entfallen. Denn sie haben **keinen Entgeltcharakter wie Arbeitslohn**, sondern sie sollen einen **Ausgleich für den ehrenamtlich Tätigenden** dafür schaffen, dass er **Sonderausgaben wegen seiner Repräsentations- – (z. B. Kleidung) und Mitwirkungsfunktion** hat (vgl. BezG Frankfurt/Oder Rpfleger 1993, 457). Gleichwohl sieht die wohl h. M. dies anders (vgl. MüKo-ZPO/Smid, § 850 a ZPO Rn 7). Wenn aber § 850 a Nr. 3 ZPO Anwendung findet, ist entsprechend dieser Vorschrift a. E. auch die darin formulierte partielle Pfändbarkeit zu berücksichtigen, nämlich dahingehend, inwieweit die Aufwandsentschädigung den Rahmen des „Üblichen“ i. S. dieser Vorschrift überschreitet, denn nur unterhalb dieser Schwelle liegt Unpfändbarkeit vor, während die darüber hinaus gehenden Beträge pfändbar sind (vgl. MüKo-ZPO/Smid, § 850 a ZPO Rn 7). Ggf. hat auch eine Zusammenrechnung mit mehreren Entschädigungen oder gar Einkommen stattzufinden (vgl. BezG Frankfurt/Oder Rpfleger 1993, 457).

Die Ermittlung der sich hieraus ergebenden Beträge wird von Gesetzes wegen generell dem Drittschuldner aufgebürdet (vgl. MüKo-ZPO/Smid, § 850 ZPO Rn 6). Ob die Pfändung somit letztlich ins Leere läuft, ergibt sich erst nach Ermittlung der entsprechenden Beträge.

Zur Ermittlung des Üblichen ist dem Drittschuldner jedoch i. S. des Bestimmtheitsgebots – bei Vorliegen der entsprechenden Angaben – seitens des Vollstreckungsgerichts eine Richtschnur an die Hand zu geben: Auf jeden Fall üblich sind diejenigen Grenzen, die seitens des Fiskus vorgegeben werden. Vorliegend sind dies zumindest derzeit die Beträge entsprechend lit. B Nr. I des Erlasses des SachsAnhMin. der Finanzen vom 9. 11. 2010 (42 – S 2121 – 10 lit. b I). Da lit. C des Erlasses jedoch den Nachweis von höheren Aufwendungen zulässt, sind darüber hinaus aber als Rahmen des Üblichen die Vorgaben des SachsAnInnenministeriums zur „Aufwandsentschädigung für ehrenamtlich tätige Bürger und ehrenamtliche Bürgermeister“ in der jeweiligen Fassung heranzuziehen, denn insoweit akzeptiert die Kommunalaufsicht bestimmte Grenzen als wirtschaftlich, so dass insoweit auch parallel – auf den Abgeordneten bezogen – die **Entschädigung nur als angemessen beurteilt** werden kann. Ferner sind die von dem Bf. angegebene Mehrfachfunktionen des Schuldners zu berücksichtigen, die ihrerseits aber auch wieder zur Folge haben können, dass bspw. der Bekleidungsmehraufwand nicht mehrfach angesetzt werden kann, da quasi derselbe Anzug in mehreren Sitzungen getragen werden kann (vgl. BezG Frankfurt/Oder Rpfleger 1993, 457; MüKo-ZPO/Smid, § 850 a ZPO Rn 10). Entsprechend ist gem. Teil 2 Nrn. 2.1., 2.4. des Rundschreibens des BMI i. d. F. vom 30.10.2009 (SachsAnhMBI 2008, 874), eine **Mehrfachberücksichtigung der Funktion als Ausschussmitglied-vorstand und Fraktionsvorsitzender** in den Grenzen der Nr. 2.4 durch **Verdoppelung der Beträge zulässig** (mit der von der Rspr. gesetzten Einschränkung der Kürzung um den mehrfachen Nutzen eines Sachaufwands für mehrere Funktionen).“ (LG Dessau-Roßlau aaO)

---

StPO  
§ 53 I 1 Nr. 5

**Zeugnisverweigerungsrecht**  
Betreiber eines Internetdienstes

StPO

(LG Duisburg in MMR 2013, 334 = NStZ-RR 2013, 215; Beschluss vom 06.11.2012 – 32 Qs-245 UJs 89/11-49/12)

Dem Betreiber eines Internetdienstes steht kein Zeugnisverweigerungsrecht nach § 53 I 1 Nr. 5, 2 StGB bzgl. der Angabe des Urhebers eines Beitrags zu, wenn sich seine Tätigkeit in dem bloßen Einstellen fremder Texte in das Portal erschöpft und eine Kontrolle der Texte durch ihn allenfalls nach deren Veröffentlichung erfolgt. Dies gilt auch dann, wenn er dem Urheber Vertraulichkeit und Übernahme der vollen Verantwortung für den Inhalt des Beitrags zugesichert hat.

- I. Nach § 53 I 1 Nr. 5 StPO sind zur Verweigerung des Zeugnisses berechtigt Personen, die bei der Vorbereitung, Herstellung oder Verbreitung von Druckwerken, Rundfunksendungen, Filmberichten oder der Unterrichtung oder Meinungsbildung dienenden Informations- und Kommunikationsdiensten berufsmäßig mitwirken oder mitgewirkt haben.

§ 53 I 2 StPO ordnet dazu weiter an, dass sich das Zeugnisverweigerungsrecht bezieht auf die Person des Verfassers oder Einsenders von Beiträgen und Unterlagen oder des sonstigen Informanten sowie auf Mitteilungen, welche der Zeuge im Hinblick auf seine Tätigkeit erhalten hat, und auf den Inhalt selbst erarbeiteter Materialien und auf berufsbezogene Wahrnehmungen.

§ 53 I 3 StPO stellt dabei klar, dass das Zeugnisverweigerungsrecht nur gilt, soweit es sich um Beiträge, Unterlagen, Mitteilungen für den redaktionellen Teil oder redaktionell aufbereitete Informations- und Kommunikationsdienste handelt.

- II. Der Betreiber eines Internetdienstes wirkt berufsmäßig bei einem der Unterrichtung oder Meinungsbildung dienenden Informationsdienst mit, ist jedoch gleichwohl nicht dazu berechtigt, das Zeugnis zu verweigern.

„[Hier geht es zwar] um die Person des Verfassers eines Beitrags. Es handelt sich indes nicht um einen Beitrag zum redaktionellen Teil des Informationsdienstes, weshalb ein Zeugnisverweigerungsrecht nach § 53 I 3 StPO ausgeschlossen ist.

*Die vom Bf. herangezogene Parallele zu Leserbriefen verfängt nicht: Es ist allgemein anerkannt, dass Leserbriefe zum redaktionellen Teil einer Zeitung gehören (vgl. Meyer-Goßner, StPO, 53. Aufl., § 53 Rn 40; KG NJW 1984, 1133; LG Oldenburg NSTZ 2011, 655) und ihre Verfasser nicht namhaft gemacht werden müssen. Denn auch die in solchen Leserbriefen dargestellten Meinungen und Tatsachen tragen zur Funktion der Presse bei, die öffentliche Gewalt zu kontrollieren und an der öffentlichen Meinungsbildung mitzuwirken (vgl. BVerfGE 36, 193 = NJW 1974, 356). Hintergrund hierfür ist jedoch, dass Leserbriefe immer nur nach redaktioneller Prüfung veröffentlicht werden. Entscheidend ist, dass eine Informationsverarbeitung durch den jeweiligen Pressedienst erfolgt und sich die Tätigkeit bis zur Veröffentlichung nicht in der bloßen Einstellung eines fremden Textes erschöpft (vgl. Senge, KK-StPO, 6. Aufl., § 53 Rn 34). So liegt der Fall aber hier: Die Bewertung wird vom Nutzer eingestellt und sodann ohne weitere Bearbeitung veröffentlicht.*

*Dabei kann sich der Zeuge nicht darauf berufen, dass die Nutzer des Internetdienstes bei der Einstellung ihrer Bewertungen Regeln zu beachten haben, die vom Bewertungsportalbetreiber aufgestellt worden sind. Denn ein Sicherungsmechanismus, der verhindert, dass überhaupt regelwidrige Bewertungen veröffentlicht werden, ist nicht gegeben. Die vom Zeugen durchgeführte Kontrolle erfolgt nämlich erst nachgängig, also nach Veröffentlichung.“ (LG Duisburg aaO)*

- III. An diesem Ergebnis ändert es auch nichts, wenn den Nutzern zugesichert wird, dass ihre Daten nicht weitergegeben werden, und dass der Internetdienst in den von ihm aufgestellten Regeln geltend macht, die volle Verantwortung für die Beiträge zu übernehmen.

„Es liegt nämlich nicht im Rahmen der rechtlichen Möglichkeiten des Internetportals, den Nutzern eine Vertraulichkeit zuzusichern, welche er mangels presseartiger Verarbeitung der Beiträge gar nicht leisten kann. Entsprechendes gilt für die vom Internetdienst ausgesprochene Verantwortungsübernahme. Denn Äußerungsdelikte kann nur begehen, wer eine konkrete Vorstellung von einer verbotenen Äußerung hat. Dazu muss er sie jedoch – wenn er Verantwortung für sie übernehmen will – zunächst selbst zur Kenntnis nehmen. Dies ist bei ungeprüft zur Veröffentlichung gelangten Beiträgen nicht der Fall.“ (LG Duisburg aaO)

StPO  
§ 147 I, IV 2

**Akteneinsichtsrecht des Verteidigers**  
Rechtsmittel gegen Entscheidungen über Art u. Weise der Akteneinsicht  
(OLG Stuttgart in NSTZ-RR 2013, 217; Beschluss vom 03.12.2012 – 2 Ws 295/12)

StPO

**Entscheidungen über die Art und Weise**, in der das **Recht zur Besichtigung von Beweisstücken** (hier: Abhören der Aufzeichnungen von Telefonüberwachungsmaßnahmen) **gewährt wird**, sind gem. § 147 IV 2 StPO **nicht anfechtbar**.

„Nach § 147 IV 1 StPO sollen Akten dem Verteidiger auf Antrag mitgegeben werden. Ausgenommen davon sind die Beweisstücke, die einem **Mitgabeverbot** unterliegen. Diese Bestimmung behandelt schon sprachlich die **Beweisstücke als Teil der Akten**, der aber von der Regelung ausgenommen wird. Auch **sachlich regelt die StPO das Akteneinsichtsrecht und das Besichtigungsrecht einheitlich**, der einzige Unterschied liegt in dem Mitgabeverbot für Beweisstücke (dazu eingehend Peter Rieß, FS Karl Peters, 1984). Auf diese Regelung bezieht sich der Anfechtungsausschluss des § 147 IV 2 StPO. Dieser ist deshalb dahin zu verstehen, dass alle Entscheidungen nach § 147 IV 1 StPO über die Art und Weise der Akteneinsicht unanfechtbar sind (Graf, StPO, 2. Aufl., § 147 Rn 29). Unanfechtbar sind deshalb auch Entscheidungen über die Art und Weise, in der das Besichtigungsrecht gewährt wird.

*Etwas anderes ergibt sich auch nicht daraus, dass das **Besichtigungsrecht in bestimmten Konstellationen den Anspruch auf die Überlassung von Kopien umfassen kann**. Dieser Anspruch kann als modifiziertes Recht auf Überlassung der Akten in die Geschäftsräume des Verteidigers verstanden werden, der auch derselben Beschränkung durch einen etwa entgegenstehenden wichtigen Grund unterliegt (so Rieß, S. 127). Gerade darin zeigt sich, dass die **Entscheidung über die Art und Weise der Besichtigung letztlich dieselbe Rechtsgrundlage hat wie die über die Art und Weise der Akteneinsicht**. Beide sind durch § 147 IV 2 StPO **der Anfechtung entzogen**. Die Ausgestaltung soll dem verantwortlichen Staatsanwalt oder Richter überlassen bleiben. Dass diese Regelung gerade dann auch zweckmäßig ist, wenn, wie im vorliegenden Fall, eine Entscheidung in laufender Hauptverhandlung angefochten werden soll, bedarf keiner weiteren Begründung.“ (OLG Stuttgart aaO)*

StPO  
§§ 202a

**Verfahrensfördernde Gespräche**  
Erörterung des Verfahrensstands  
(BGH in StV 2013, 432; Beschluss vom 21.11.2012 – 1 StR 391/12)

StPO

§ 202a StPO begründet für das Gericht weder eine **Pflicht, verfahrensfördernde Gespräche zu führen**, noch eine solche, **bei einem Gespräch bzgl. der Straferwartung zu schweigen**. Eine **Bindungswirkung entfaltet die Erörterung des Verfahrensstands** nach § 202a StPO **nicht**.

„§ 202a StPO sieht jedoch gerade vor, dass das Gericht – nach seinem Ermessen – den Stand des Verfahrens mit den Verfahrensbeteiligten erörtern kann, was neben einer **bloßen Strukturierung des weiteren Verfahrens** auch die **Vorbereitung einer verfahrensbeendenden Absprache** umfasst (vgl. Meyer-Goßner, StPO, 55. Aufl., § 202a Rn 2; Ritscher, BeckOK-StPO, § 202a Rn 4; Radtke/Hohmann, StPO, § 202a Rn 3). Hierbei kann auch eine Strafober- und eine Strafuntergrenze angegeben werden (vgl. § 257c StPO). § 202a StPO begründet für das Gericht weder eine Pflicht, verfahrensfördernde Gespräche zu führen, noch eine solche, bei einem Gespräch bzgl. der Straferwartung zu schweigen. Eine Bindungswirkung entfaltet die Erörterung des Verfahrensstandes nach § 202a StPO nicht (BGH NStZ-RR 2012, 148), gleich ob der Verfahrensstand mündlich besprochen wurde oder dieser Eingang in eine schriftliche Ausarbeitung gefunden hat, die zum Gegenstand eines Gesprächs mit den Verfahrensbeteiligten gemacht wurde. Nach § 202a S. 2 StPO ist der Inhalt geführter Erörterungen ohnedies zu dokumentieren (vgl. BGH NStZ 2011, 592).“ (BGH aaO)

StPO  
§§ 2 II, 305

**Verfahrensabtrennung**  
Unzulässigkeit der Beschwerde gegen Abtrennungsentscheidung  
(KG in NStZ-RR 2013, 218; Beschluss vom 10.05.2012 – 4 Ws 42/12)

StPO

**Abtrennungsbeschlüsse sind nur dann anfechtbar, wenn**

- die **Rechtswidrigkeit** der Anordnung infolge fehlerhafter Ermessensausübung **evident** ist und
- **dadurch** für den Verfahrensbeteiligten eine **besondere selbstständige Beschwer** bewirkt oder
- sich die Abtrennung **ausschließlich hemmend oder verzögernd auf das Verfahren** auswirkt.

Dabei kommt es auf eine **Verzögerung des Verfahrens in seiner Gesamtheit** und nicht nur des abgetrennten Verfahrensteils an.

„Nach § 305 S. 1 StPO unterliegen Entscheidungen des erkennenden Gerichts, die der Urteilsfällung vorausgehen und – wie hier – nicht dem Anwendungsbereich des § 305 S. 2 StPO unterfallen – nicht der Beschwerde. Dabei handelt es sich um Entscheidungen, die in einem **inneren Zusammenhang mit dem Urteil** stehen, **ausschließlich seiner Vorbereitung dienen** und **keine weiteren Verfahrenswirkungen erzeugen** (vgl. Meyer-Goßner, StPO 55. Aufl., § 305 Rn 4). Diese Voraussetzungen liegen nicht nur bei Maßnahmen vor, die unmittelbar Grundlagen für die Entscheidung in der Sache selbst schaffen sollen; auch Anordnungen, die darauf abzielen, die Abwicklung des Verfahrens in sonstiger Weise zu fördern und es der abschließenden Sachentscheidung näher zu bringen, weisen einen inneren Zusammenhang mit der Urteilsfällung auf, der zum Ausschluss der Anfechtbarkeit führt. Abtrennungsbeschlüsse sind danach ausnahmsweise nur dann anfechtbar, wenn die Rechtswidrigkeit der Anordnung infolge fehlerhafter Ermessensausübung evident ist und dadurch für den Verfahrensbeteiligten eine besondere selbstständige Beschwer bewirkt oder sich die Abtrennung **ausschließlich hemmend oder verzögernd auf das Verfahren** auswirkt (vgl. KG Beschluss v. 27.03.2009 – 4 Ws 17/09; OLG Brandenburg Beschluss v. 02.07.2008 – 1 Ws 107/08; OLG Köln, Beschluss v. 15.07.2005 – 2 Ws 223/05; Engelhardt, KK-StPO, 6. Aufl., § 305 Rn 9). Dabei kommt es auf eine **Verzögerung des Verfahrens in seiner Gesamtheit** und nicht nur des abgetrennten Verfahrensteils an (vgl. OLG Köln, Beschluss v. 15.07.2005 – 2 Ws 223–224 + 232/05).“ (KG aaO)

VwGO  
§ 47 VI

**Normenkontrollverfahren**  
Erlass einer einstweiligen Anordnung  
(VGH München in NVwZ-RR 2013, 392; Beschluss vom 03.01.2013 – 1 NE 12.2151)

VwGO

- I. Die **Rechtsschutzmöglichkeiten des § 47 VI VwGO** einerseits und des **Individualrechtsschutzes nach § 123 VwGO oder §§ 80 V, 80a VwGO** andererseits können **grds. nebeneinander** in Anspruch genommen werden.

„Insoweit **gilt nichts Anderes wie im Hauptsacheverfahren** zwischen dem Normenkontrollverfahren nach § 47 VwGO einerseits und den Verfahren des Individualrechtsschutzes andererseits. Wegen des **unterschiedlichen Streitgegenstands** und des sich daraus ergebenden **unterschiedlichen gerichtlichen Prüfungsprogramms** besteht **kein Konkurrenzverhältnis** und daher auch **keine allgemeine Subsidiarität**. Vielmehr handelt es sich um **unterschiedliche Rechtsschutzformen**, die **gleichberechtigt nebeneinander stehen** und grds. parallel in Anspruch genommen werden können.“ (VGH München aaO)

- II. Der **Erlass einer einstweiligen Anordnung** ist i. S. von § 47 VI VwGO dringend geboten, **wenn ein Erfolg des Normenkontrollantrags absehbar** ist und bei einem Vollzug der angegriffenen Norm Fakten geschaffen würden, die nicht oder nur schwer rückgängig gemacht werden könnten.

„Da die begehrte Anordnung im Vorgriff auf die nachfolgende Normenkontrollentscheidung ergeht, kommt es in erster Linie darauf an, ob nach der **summarischen Prüfung** im Eilverfahren ein Erfolg des Normenkontrollantrags absehbar ist (vgl. OVG Lüneburg BeckRS 2006, 20950). Nach derzeitigem Erkenntnisstand [wird] der Normenkontrollantrag des Ast. voraussichtlich zur Feststellung der Unwirksamkeit des Bebauungsplans führen.“

Darüber hinaus bedarf der Erlass einer einstweiligen Anordnung der für den vorläufigen Rechtsschutz **typischen Dringlichkeit**. Davon ist auszugehen, wenn der Vollzug der Norm vor einer Entscheidung in der Hauptsache Auswirkungen befürchten lässt, die unter Berücksichtigung der Belange des Ast., betr. Dritter oder der Allgemeinheit so gewichtig sind, dass eine vorläufige Regelung mit Blick auf die Wirksamkeit und Umsetzbarkeit einer für den Ast. günstigen Hauptsacheentscheidung geboten ist (vgl. Schoch/Schneider/Bier, VwGO, Stand: Juli 2005, § 47 Rn 164 ff.). Insbes. das Interesse, irreversible Fakten mit erheblichen Folgen für öffentliche oder private Belange zu verhindern, die auf der Grundlage einer voraussichtlich unwirksamen Rechtsvorschrift geschaffen würden, stellt einen wichtigen Grund für den Erlass einer einstweiligen Anordnung dar, ohne dass es angesichts des objektiven Charakters des Verfahrens nach § 47 VwGO darauf ankommt, ob durch die angegriffene Norm Belange des Ast. beeinträchtigt werden (vgl. Sodan/Ziekow, VwGO, 3. Aufl. 2010, § 47 Rn 393; Finkelnburg/Dombert/Külpmann, Vorläufiger Rechtsschutz im Verwaltungsstreitverfahren, 6. Aufl. 2011, Rn 604). Im vorliegenden Fall würden mit dem Vollzug des angegriffenen Bebauungsplans bauliche Anlagen sowie Erschließungsstraßen und damit Tatsachen geschaffen, die nur schwer rückgängig gemacht werden könnten.“ (VGH München aaO)

VwGO  
§ 86 I

**Urkundenbeweis**  
Sachverständigengutachten

VwGO

(VGH Mannheim in VBIBW 2013, 271; Beschluss vom 25.02.2013 – 2 S 2385/12)

**Sachverständigengutachten, die in den beigezogenen und zum Gegenstand der mündlichen Verhandlung gemachten Verwaltungsakten enthalten sind oder welche die Behörde in das Verfahren eingeführt hat, können im Wege des Urkundenbeweises als Urteilsgrundlage verwertet werden.**

„Das Verwaltungsgericht bestimmt gem. § 86 I VwGO im Rahmen seiner **Aufklärungspflicht** den Umfang der Beweisaufnahme und die Art der Beweismittel grds. nach eigenem Ermessen. Es ist dabei nicht gehindert, die Feststellung entscheidungserheblicher Tatsachen auf den Inhalt der ihm vorliegenden und zum Gegenstand der mündlichen Verhandlung gemachten Akten zu stützen, sofern es diese als ausreichend erachtet, um sich von der Richtigkeit der entscheidungserheblichen Tatsachen zu überzeugen, und die Beteiligten keine weiteren Beweiserhebungen förmlich beantragen. Insbes. kann es auch **ohne Verstoß gegen die Vorschriften über die Beweisaufnahme und die Beweiswürdigung** (§§ 96 ff., 108 VwGO) Sachverständigengutachten, die in den beigezogenen und zum Gegenstand der mündlichen Verhandlung gemachten Verwaltungsakten enthalten sind oder welche die Behörde in das Verfahren eingeführt hat, im Wege des Urkundenbeweises als Urteilsgrundlage verwerten. Sieht es von der Einholung weiterer Gutachten ab, so liegt darin nur dann ein Verfahrensmangel, wenn sich dem Gericht eine weitere Beweisaufnahme aufdrängen musste. Das ist nicht schon dann der Fall, wenn ein Verfahrensbeteiligter ein vorliegendes Gutachten für unrichtig hält oder wenn andere Sachverständige zu widersprechenden Ergebnissen gekommen sind. Was den zuletzt genannten Fall einander widersprechender Äußerungen mehrerer Sachverständiger betrifft, folgt dies schon daraus, dass auch die Einholung eines weiteren Gutachtens nicht in der Lage ist, die sich aus den bereits vorliegenden Gutachten ergebenden Widersprüche zu beseitigen, sondern nur bewirkt, dass zu den vorliegenden gutachterlichen Äußerungen eine weitere Meinung tritt, deren Würdigung ebenso wie die Würdigung der bereits vorliegenden Gutachten allein dem Gericht vorbehalten ist.“ (VGH Mannheim aaO)

---

VwGO  
§ 121

**Beschwer des Klägers**  
Trotz antragsgemäßer Entscheidung

VwGO

(OVG Münster in NNVBI 2013, 287; Urteil vom 22.01.2013 – 6 A 1171/11)

Eine **Beschwer des Kl. als Rechtsmittelführer** kann auch dann vorliegen, wenn das VG - insoweit antragsgemäß - die **Verpflichtung des Bekl. ausgesprochen hat, den Antrag des Kl. unter Beachtung der Rechtsauffassung des Gerichts erneut zu bescheiden.**

„Eine Beschwerde des Rechtsmittelführers, die Voraussetzung für die Zulässigkeit des Rechtsmittels ist, liegt dann vor, wenn die **angefochtene Entscheidung**, soweit sie für die Beteiligten verbindlich werden kann, **hinter seinem Begehren zurückbleibt**. Verbindlich werden kann sie, soweit sie der materiellen Rechtskraft fähig ist (§ 121 VwGO). Zur Bestimmung des **sachlichen Umfangs der Bindungswirkung** ist von der **Urteilsformel** auszugehen. Wenn sie, wie etwa bei einer Klageabweisung, nicht ausreicht, sind zur Bestimmung ihrer inhaltlichen Tragweite die **Entscheidungsgründe** heranzuziehen. Bei Bescheidungsurteilen ist es die Regel, dass Teile der Entscheidungsbegründung rechtskraftfähig sind. Denn die Rechtsauffassung, zu deren Beachtung das Gericht die Behörde verpflichtet, lässt sich regelmäßig nicht in der Urteilsformel darstellen. In diesen Fällen bestimmt sich der Umfang der **materiellen Rechtskraft** und damit der Bindungswirkung nach den **die maßgebliche Rechtsauffassung des Gerichts wiedergebenden Entscheidungsgründen**. Ein einem Bescheidungsantrag stattgebendes Bescheidungsurteil beschwert daher den Kl., wenn sich die vom Gericht für verbindlich erklärte Rechtsauffassung nicht mit seiner eigenen deckt und jene für ihn ungünstiger ist als diese, wenn also bei Anwendung der Rechtsauffassung des Gerichts durch die Behörde eher mit einem ihm ungünstigen Ergebnis zu rechnen ist als bei Anwendung seiner eigenen Rechtsauffassung (BVerwG DVBl. 1982, 447; BVerwG NJW 1996, 737). Maßgeblich für den Umfang der materiellen Rechtskraft ist in diesen Fällen demnach nicht allein, aus welchen Gründen das Gericht den Verwaltungsakt aufgehoben hat, sondern **welche Rechtsauffassung es der Behörde zur Beachtung bei Erlass des neuen Verwaltungsakts vorschreibt** (BVerwG Buchholz 310 § 121 VwGO Nr. 54).“ (OVG Münster aaO)

---

VwGO  
§ 124

**Berufungsschrift**  
Unzulässigkeit der Umdeutung in Zulassungsantrag

VwGO

(VGH München in BayVBI 2013, 379; Beschluss vom 10.01.2013 – 19 ZB 12.2692)

Eine innerhalb der Antragsfrist **durch einen Rechtsanwalt eingelegte Berufung kann nicht in einen Zulassungsantrag umgedeutet werden.**

„Eine Umdeutung der Berufung des anwaltlich vertretenen Klägers in einen Antrag auf Zulassung der Berufung scheidet wegen der **unterschiedlichen prozessualen Voraussetzungen und des andersartigen Zieles der beiden Rechtsmittel** aus (vgl. Kopp/Schenke, Komm. zur VwGO, 17. Aufl. 2011, Rn 14 zu Vorbem. § 124 und § 124 a Rn 46; Eyermann, Komm. zur VwGO, 13. Aufl. 2010, § 124 a Rn 33 jew. m. w. Nachw.).“ (VGH München aaO)

## Speziell für Rechtsanwälte und Notare

### Gebühren und Kosten

RVG  
§ 15 V 2

#### Anwaltlicher Vergütungsanspruch Nichtbetreiben eines Scheidungsverfahrens

RVG

(OLG Schleswig in NJOZ 2013, 1143; Beschluss vom 10.01.2013 – 19 ZB 12.2692)

Wird ein **Ehescheidungsverfahren** von beiden Beteiligten **nicht betrieben** und **hat der beigeordnete Verfahrensbevollmächtigte bereits eine Vergütung erhalten, erhält er dieselbe Vergütung nicht noch einmal**, wenn das Verfahren mehrere Jahre später fortgeführt wird; die Ausnahmeregelung des § 15 V 2 RVG findet keine Anwendung.

- I. Der **BGH** (NJW 2006, 1525) hat zum damals geltenden entsprechenden § 13 V 2 BRAGO ausgeführt, dass die Vorschrift bei einer Verfahrensunterbrechung nur anwendbar sei, wenn einem Rechtsanwalt nach Erledigung eines früheren Auftrags ein weiterer Auftrag erteilt worden sei. Nach dem Ende der Aussetzung des Verfahrens sei ein solcher Auftrag aber zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung nicht notwendig. Der BGH hat ferner entschieden, dass die Vorschrift nicht an die Fälligkeit der Vergütung des Rechtsanwalts für den bisherigen Auftrag anknüpfe und damit nicht den Fall regelt, dass weder ein neuer Auftrag erteilt noch ein früherer Auftrag erledigt, aber die Angelegenheit mehr als zwei Kalenderjahre von dem Rechtsanwalt nicht bearbeitet worden sei.
- II. An dieser rechtlichen Würdigung hat sich nach Auffassung des **OLG Schleswig aaO** durch die weitgehend unveränderte Nachfolgeregelung des § 15 RVG nichts geändert.

*„Demnach kann auch bei einem bloßen Nichtbetreiben des Verfahrens nach Ablauf von zwei Kalenderjahren allein eine weitere Tätigkeit des Rechtsanwalts nicht schon zu einer **neuen Angelegenheit i. S. des § 15 V 2 RVG** führen. Die mangelnde Mitwirkung beider Eheleute im Versorgungsausgleichsverfahren, das Weglegen der Akten wegen Nichtbetreibens des Verfahrens und der Antrag des Bf., das Verfahren fortzusetzen, machen die Sache nicht zu einer neuen Angelegenheit. Das **Weglegen der Akten** beruht auf entsprechenden Vorschriften in der Aktenordnung und **hat ausschließlich gerichtsinterne Bedeutung**. Der **Rechtsanwalt bleibt** in Fällen des Ruhens, der Aussetzung oder der Unterbrechung des Verfahrens **beauftragt**, die **Angelegenheit ist nicht erledigt**. Denn er muss regelmäßig prüfen, ob die Voraussetzungen der Unterbrechung, der Aussetzung und des Ruhens noch gegeben sind (Schneider, AnwK-RVG, 6. Aufl. 2012, Rn 287). Das gilt auch für den Fall des Nichtbetreibens des Verfahrens, dessen Gründe dem Gericht verborgen bleiben. Es ist zudem nicht vorgetragen und nicht ersichtlich, dass der Ast. seinerzeit das Mandat mit dem Bf. formal beendet und ihm 2011 einen neuen Auftrag erteilt hat.“ (OLG Schleswig aaO)*

- III. Dieses **Ergebnis** ist für den betroffenen Rechtsanwalt auch **nicht unbillig**.

*„Wenn man berücksichtigt, dass die Vorschrift **den für eine völlige Neueinbearbeitung erforderlichen Aufwand** des Rechtsanwalts **vergüten** soll, war eine solche hier nicht erforderlich. Denn die konkreten Scheidungsvoraussetzungen bedurften keiner Einarbeitung, und 2007 lagen Auskünfte im Versorgungsausgleich nicht vor, so dass die entsprechende Arbeit erst mit der Fortsetzung des Verfahrens begann.“ (OLG Schleswig aaO)*

RVG  
§ 48 V

#### Gebührenanspruch des Verteidigers Verbundene Verfahren

RVG

(OLG Bremen in NJOZ 2013, 1138; Beschluss vom 07.08.2012 – Ws 137/11)

Die **kostenrechtliche Rückwirkung gem. § 48 V 1 RVG** erfasst die **Tätigkeit als Wahlverteidiger in allen Verfahren, die vor der Beiordnung verbunden** worden sind. Einer **zusätzlichen Anordnung der Erstreckung** auf verbundene Verfahren gem. § 48 V 3 RVG **bedarf es** in diesen Fällen **nicht**. Der **Anwendungsbereich des S. 3** ist auf diejenigen Konstellationen **beschränkt**, in denen vor der Verbindung der Verfahren bereits eine Bestellung zum Verteidiger erfolgt ist.

- I. Die **Beiordnung eines Rechtsanwalts** als Verteidiger **wirkt auch kostenrechtlich** zunächst **allein in die Zukunft**. Von diesem Grundsatz macht § 48 V RVG **drei Ausnahmen**:
  - S. 1 für die **Tätigkeit des Rechtsanwalts vor der Bestellung** im ersten Rechtszug,
  - S. 2 für den Fall der **Bestellung in einem späteren Rechtszug** und
  - S. 3 für den Fall der **Verbindung eines Verfahrens zu einem Verfahren, in dem der Rechtsanwalt bereits zum Verteidiger bestellt** war.

*„Dem **Wortlaut dieser Vorschrift** lässt sich kein Hinweis entnehmen, dass es einer **Erstreckungsanordnung gem. § 48 V 3 RVG** auch bei einer Verbindung der Verfahren vor der Beiordnungsentscheidung des § 48 V 1 RVG bedarf. S. 3 setzt ersichtlich voraus, dass die Verbindung zu einem Verfahren erfolgt, in dem bereits eine Beiordnungsentscheidung getroffen worden ist. Es handelt sich mithin um **drei selbstständige und voneinander unabhängige Erstreckungstatbestände**. Erfolgt die Beiordnung im ersten Rechtszug nach der Verbindung von zuvor selbstständig geführten Verfahren, so erwachsen dem*

Rechtsanwalt Vergütungsansprüche für alle verbundenen Verfahren, soweit er in diesen vor der Verbindung tätig geworden ist (so auch: KG StRR 2012, 78; KG NStZ-RR, 2009, 360; OLG Jena NStZ-RR 2009, 160 = RPfleger 2009, 171; OLG Hamm NStZ-RR 2005, 285; Gerold/Schmidt, RVG, 20. Aufl. 2012, § 48 Rn 148; a. A.: OLG Koblenz, Beschluss v. 30.05.2012; OLG Oldenburg, Beschluss v. 27.12.2010; OLG Celle, Beschluss v. 02.01.2007).“ (OLG Bremen aaO)

- II. Die **gegenteilige Auffassung** ist nach OLG Bremen aaO abzulehnen, weil sie **in der Praxis schwer zu überwindende Anwendungshindernisse, kaum begründbare Zufallsergebnisse** und zudem einen **erheblichen Mehraufwand der Gerichte im Beordnungs- und Kostenfestsetzungsverfahren** besorgen lässt.

„Dies gilt vor allem bei Verfahren, die bereits durch die StA im Ermittlungsverfahren verbunden werden. Bei Sammelverfahren oder der Zusammenfassung einer großen Anzahl von Straftaten von Intensivtätern im Ermittlungsverfahren müsste im Zeitpunkt der Beordnungsentscheidung für jedes einzelne Verfahren geprüft werden, ob eine Erstreckung erfolgen soll oder nicht. Im Bereich der Beschaffungskriminalität von Drogenabhängigen etwa werden nicht selten 30 oder mehr Tatvorwürfe in einer Anklageschrift zusammengefasst. Im Rahmen der Beordnungsentscheidung müsste dann Fall für Fall untersucht werden, ob eine Erstreckung angeordnet werden soll. Eine solche Entscheidung wird weiter erschwert, wenn erst die Verbindung mehrerer Verfahren die Beordnung eines Verteidigers notwendig macht, jedes Verfahren für sich betrachtet dazu aber nicht ausgereicht hätte. Folgt man der Ansicht, dass der Erstreckungsantrag auch noch nach dem rechtskräftigen Abschluss des Erkenntnisverfahrens gestellt werden kann (KG StRR 2012, 78 m. w. Nachw.), müsste ggf. noch im Kostenfestsetzungsverfahren entschieden werden, auf welche der Jahre zuvor im Stadium des Ermittlungsverfahrens verbundenen Verfahren die Vergütung erstreckt werden soll. Welches der verbundenen Verfahren zum führenden erklärt wird, ist häufig von Zufällen abhängig, wie das vorliegende Verfahren zeigt. Es ist nicht das Verfahren mit dem gewichtigsten Vorwurf sondern als erstes zur Anklage gekommen und in der Hauptverhandlung eingestellt worden. Es ist der Sache nach kaum begründbar, dass der Verteidiger für seine Tätigkeit vor der Beordnung in diesem Verfahren vergütet werden soll, bei den gewichtigeren verbundenen Verfahren aber nicht.“ (OLG Bremen aaO)

- III. Eine **Erstreckungsanordnung** gem. § 48 V 3 RVG ist mithin **nur veranlasst, wenn die Verbindung der Verfahren nach der Beordnung des Verteidigers erfolgt**. Diese Verbindungen werden in aller Regel durch die Gerichte der Hauptsache zu einem Zeitpunkt vorgenommen, zu dem sich die Frage problemlos beantworten lässt, ob auch in dem hinzuzuverbindenden Verfahren eine Verteidigerbestellung notwendig wäre und deshalb eine Erstreckung der Wirkungen des § 48 V 1 RVG anzuordnen ist.

„Aus den vorstehenden Gründen bedurfte es in der Beordnungsentscheidung nicht der Erklärung, die Pflichtverteidigerbeordnung werde auf die gesamten, bereits zuvor verbundenen Strafverfahren gegen den Verurteilten erstreckt. Diese Wirkung ist bereits durch die Beordnung i. V. mit § 48 V 1 RVG eingetreten. Eine Beordnung allein für das führende Verfahren konnte angesichts der zuvor bereits vorgenommenen **Verfahrensverbindung** nicht mehr erfolgen. Der bestellte Verteidiger hat in den verbundenen Verfahren Gebührenansprüche dadurch erlangt, dass er **vor der Verbindungsentscheidung in den jeweiligen Verfahren als Wahlverteidiger tätig** geworden ist. Diese Ansprüche richten sich nach der erfolgten Beordnung gem. § 48 V 1 RVG gegen die Staatskasse.“ (OLG Bremen aaO)

VV RVG  
Nr. 3104, 3202

**Terminsgebühr**  
Mitwirkung an außergerichtlichen Verhandlungen  
(OLG Köln in BeckRS 2012, 22636; Beschluss vom 05.06.2012 – 27 WF 21/12)

RVG

Die Bewilligung der **Verfahrenskostenhilfe umfasst auch die Termingsgebühr, wenn der Prozessbevollmächtigte an Verhandlungen zur außergerichtlichen Erledigung des Verfahrens mitgewirkt hat.**

„Die Termingsgebühr entsteht gem. § 2 II RVG, Teil 3 Vorbem. 3 III Nr. 3202 VV (bzw. Nr. 3104 VV RVG) durch die Mitwirkung an einer auf die Erledigung des Verfahrens gerichteten Besprechung ohne Beteiligung des Gerichts, wofür auch eine **fernmündliche Unterredung** ausreicht. Auch kann durchaus eine **Besprechung mit einer Behörde** genügen (Hartmann, Nr. 3104 VV RVG Rn 14). Jedenfalls hat der Rechtsanwalt auch mit dem Ag. persönlich über den verfahrensgegenständlichen Anspruch mit dem Ziel verhandelt, zu einer kostengünstigen Lösung (Jugendamtsurkunde) ohne Durchführung des bereits anberaumten Termins zu gelangen.

Der BGH [hat] folgendes ausgeführt:

„Der Senat ist der Auffassung, dass der **beigeordnete Rechtsanwalt** für seine Mitwirkung an einem außergerichtlichen Vergleich eine Vergütung aus der Staatskasse zu beanspruchen hat. Er ist **zur Geltendmachung eines bestimmten Anspruchs oder zur Rechtsverteidigung** gegen einen bestimmten Anspruch **für eine Instanz beigeordnet. Wird über diesen Anspruch innerhalb des Rechtszuges unter Mitwirkung des beigeordneten Rechtsanwalts ein außergerichtlicher Vergleich geschlossen, so erhält der Anwalt nach § 121 BRAGO die gesetzliche Vergütung** für ein Verfahren vor Gerichten des Bundes oder eines Landes, soweit in diesem Abschnitt der BRAGO nichts anderes bestimmt ist. Zu dieser gesetzlichen Vergütung gehört nach § 23 I BRAGO auch die Gebühr für die Mitwirkung beim Abschluss eines gerichtlichen oder außergerichtlichen Vergleichs. **Dass für den im Wege der Prozesskostenhilfe beigeordneten Rechtsanwalt etwas anderes gelten sollte, ist im 13. Abschnitt der BRAGO nicht angeordnet.** Mit diesem Verständnis des § 121 BRAGO wird dem **Gebot einer möglichst weitgehenden Waffengleichheit** Rechnung getragen. Erfahrungsgemäß besteht in manchen Fällen - zumal in der Rechtsmittelinstanz - zwar die Bereitschaft zum Abschluss eines - nicht selten kostengünstigeren - außergerichtlichen Vergleichs, nicht aber zu einer vergleichsweisen Regelung unter Mitwirkung des Gerichts. Der armen Partei eine solche - oft zweckmäßige - Regelung durch Versagung einer Vergütung aus der Staatskasse zu erschweren, würde der Zielsetzung der Neuregelung der Prozesskostenhilfe nicht entsprechen. Die vom OLG Hamm (Rpfl. 1987, 82) erörterte Möglichkeit einer Beratung nach dem Beratungshilfegesetz bietet keinen sachgerechten Ersatz. Es ist nicht einzusehen, weshalb die Partei nach der dargestellten Gesetzeslage noch das besondere Verfahren nach dem Beratungshilfegesetz durchlaufen soll. Dass dem Gericht die Möglichkeit der Einflussnahme auf Gegenstand und Art der Regelung erhalten bleiben müsste (so: OLG Düsseldorf aaO), trifft in dieser Form nicht zu. Das Gericht hat zwar im Rahmen seiner allgemeinen Fürsorgepflicht auf eine gütliche Einigung hinzuwirken und bei einer gütlichen Einigung mitzuwirken. Das betrifft jedoch arme wie reiche Parteien gleichermaßen. Wünschen die Parteien aber bei einer Einigung die gerichtliche Mitwirkung nicht, so hat das Gericht sich ihrer zu enthalten und es geht nicht an, die arme Partei hier anders zu behandeln.“

Dieser Entscheidung ist auch der erkennende Senat gefolgt (AGS 2006, 138; vgl. auch Mayer/Kroiß, § 48 RVG Rn 37). **Für die Termingsgebühr kann kaum etwas anderes gelten.**“ (OLG Köln aaO)

(OLG Koblenz in FamRZ 2013, 1064 = NJOZ 2013, 827; Beschluss vom 04.04.2012 – 14 W 171/12)

Die **Verfahrensgebühr nach Nr. 3201 VV RVG** entsteht auch dann, wenn noch vor der Bestellung eines Prozessbevollmächtigten für den Berufungsbeklagten die Berufung vor ihrer Begründung zurückgenommen wird.

*„Die Verfahrensgebühr ist entstanden und nach § 91 I ZPO auch erstattungsfähig, denn es handelt sich um **notwendige Kosten der Rechtsverfolgung**. Nach Einlegung der Berufung durch den Prozessgegner kann eine **Partei regelmäßig nicht selbst beurteilen, was zu ihrer Rechtsverteidigung erforderlich und sachgerecht zu veranlassen ist. Ihr kann nicht zugemutet werden, zunächst die Entscheidung des anwaltlich vertretenen Berufungsführers abzuwarten, ob das Berufungsverfahren tatsächlich durchgeführt wird** (BGH NJW 2003, 765).*

*Ob etwas Anderes gilt, wenn der Bevollmächtigte des Berufungsführers die Berufungsgegner unmittelbar und vor Beauftragung des Bevollmächtigten durch diese darüber informiert hat, dass die Berufung lediglich zur Fristwahrung eingelegt wurde, bedarf vorliegend keiner Entscheidung, weil ein solcher Sachverhalt nicht behauptet wird. Eines **nach außen erkennbaren Tätigwerdens des beauftragten Rechtsanwalts bedarf es nicht**; die Verfahrensgebühr gem. Nr. 3201 VV RVG entsteht vielmehr bereits für das Betreiben des Geschäfts einschließlich der Information der Partei.*

*Der Senat hat bereits entschieden (NJOZ 2008, 1471), dass die streitige **Gebühr grds. bereits dadurch entsteht, dass der Bevollmächtigte die Berufungsschrift entgegennimmt, die Zulässigkeit des Rechtsmittels prüft und die Bekl. dann davon unterrichtet** (vgl. BGH NJW 2005, 2233 = MDR 2005, 1016 = BGH-Report 2005, 1150; Gerold/Schmidt/Müller-Rabe, RVG, 19. Aufl., Nr. 3200 VV RVG Rn 21). Allerdings bedurfte es zusätzlich eines entsprechenden **Prozessauftrags**, dessen Erteilung der Kl. vorliegend aber nicht in Abrede stellt. Ein derartiger Auftrag erschließt sich ungeachtet dessen aus den Umständen. Er **wird vermutet, wenn der Bevollmächtigte bereits erstinstanzlich mit der Prozessvertretung der Bekl. beauftragt war** (vgl. BGH NJW 2005, 2233 = MDR 2005, 1016 = BGH-Report 2005, 1150) und das **Berufungsverfahren eine erneute anwaltliche Vertretung gebot**.“ (OLG Koblenz aaO)*

(BGH in NJW 2013, 1823; Beschluss vom 26.02.2013 – VI ZB 59/12)

Die **Kosten eines nach Klagezustellung eingeholten Sachverständigengutachtens** durch die Bekl. sind auch dann **erstattungsfähig, wenn**

- die Bekl. das **Gutachten weder im Rechtsstreit noch im Kostenfestsetzungsverfahren vorlegt** und
  - offensichtlich ist, dass die **Kosten tatsächlich entstanden** sind.
- I. Nach § 91 I 1 ZPO hat die unterliegende Partei die Kosten des Rechtsstreits zu tragen, insbes. die dem Gegner erwachsenen Kosten zu erstatten, soweit sie zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung oder Rechtsverteidigung notwendig waren. Dazu können nach der st. BGH-Rspr. auch die Kosten für die Einholung eines Privat-sachverständigengutachtens gehören, wenn sie unmittelbar prozessbezogen sind (vgl. BGHZ 153, 235 = NJW 2003, 1398; BGHZ 192, 140 = NJW 2012, 1370; BGH NJW 2006, 2415 = VersR 2006, 1236; BGH NJW 2008, 1597 = VersR 2008, 801; BGH VersR 2009, 563).
- „Dies ist hier der Fall, denn das Privatgutachten ist von der Bekl. am Tag nach der Klagezustellung in Auftrag gegeben worden. Die Prozessbezogenheit kann nicht mit der Begründung verneint werden, die Bekl. habe schon vor Klageerhebung geltend gemacht, sie könne beweisen, dass nicht sämtliche Schäden auf den Verkehrsunfall zurückzuführen seien. Aus diesem Vorbringen kann insbes. nicht geschlossen werden, dass ihr das DEKRA-Gutachten schon damals vorlag.“ (BGH aaO)*
- II. **Zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendig** ist die Einholung eines Privatgutachtens, wenn eine verständige und wirtschaftlich vernünftig denkende Partei die Kosten auslösende Maßnahme ex ante als sachdienlich ansehen durfte. Dabei darf die Partei die zur vollen Wahrnehmung ihrer Belange erforderlichen Schritte ergreifen (vgl. BGH NJW 2012, 1370 m. w. Nachw.).
- „Da nach dem Klagevorbringen im Streitfall Anhaltspunkte für den Verdacht eines versuchten Versicherungsbetrugs vorlagen, durfte die Bekl. die Einholung eines Sachverständigengutachtens zur Klärung der Frage einer möglicherweise gegebenen Unfallmanipulation als sachdienlich erachten. Dies gilt unabhängig davon, wie die Bekl. die Beweissituation vor Klageerhebung eingeschätzt hat.“ (BGH aaO)*
- III. Einer Erstattungsfähigkeit der durch die Einholung des Privatgutachtens entstandenen Kosten steht auch nicht entgegen, dass die Bekl. das **Gutachten weder im Rechtsstreit noch im Kostenfestsetzungsverfahren vorgelegt** hat.
1. Die **Frage**, ob die Erstattungsfähigkeit der durch die Einholung eines schriftlichen Privatgutachtens entstandenen Kosten voraussetzt, dass das Gutachten zur Gerichtsakte gereicht wird, **wird in der Rspr. unterschiedlich beantwortet**.
    - Der **früher teilweise vertretenen Auffassung**, die Vorlage des Gutachtens sei schon deshalb erforderlich, weil die Kosten nur dann erstattungsfähig seien, wenn das Gutachten den Verlauf des Rechtsstreits zu Gunsten der das Privatgutachten vorlegenden Partei beeinflusst habe (vgl. etwa OLG Bamberg JurBüro 1990, 732; OLG Frankfurt a. M. JurBüro 1984, 1083), ist der BGH entgegengetreten und hat klargestellt, dass für die Beurteilung der Erstattungsfähigkeit maßgebend sei, ob die Partei die Einholung des Gutachtens ex ante als sachdienlich ansehen durfte (BGH NJW 2012, 1370 m. w. Nachw.).

- Auch soweit die Vorlage des Gutachtens im Rechtsstreit mit der Begründung verlangt wird, dass die Notwendigkeit eines Privatgutachtens zu verneinen sei, wenn dieses nicht in den Rechtsstreit eingeführt werde und deshalb weder vom Gericht noch von dem Gegner überprüfbar sei (OLG München NJW-RR 1995, 1470), kann demnach Auffassung des BGH aaO nicht gefolgt werden.

*„Da für die Beurteilung der Notwendigkeit auf den Zeitpunkt abzustellen ist, in dem die Kosten auslösende Maßnahme veranlasst wurde (vgl. BGHZ 153, 235 = NJW 2003, 1398; BGH NJW 2006, 2415; BGH NJW 2012, 1370; BGH NJW 2009, 2220; BGH BPatGE 51, 114), kann die Erstattungsfähigkeit weder von dem Ergebnis der Begutachtung noch von deren Überzeugungskraft abhängig gemacht werden. Deshalb kann auch nicht verlangt werden, dass die Partei den Inhalt des Privatgutachtens durch entsprechenden Vortrag in den Rechtsstreit einführt oder das Gutachten selbst im Laufe des Rechtsstreits vorlegt.“ (BGH aaO)*

2. Eine andere Frage ist, ob für die Erstattungsfähigkeit der Kosten eines Privatgutachtens dessen Vorlage im Kostenfestsetzungsverfahren erforderlich ist. Das könnte dann der Fall sein, wenn nur auf diese Weise nachgewiesen werden könnte, dass der Partei die dafür erstattet verlangten Kosten tatsächlich entstanden sind. Daran dürfte es aber regelmäßig dann fehlen, wenn die Partei die Rechnung des Gutachters einreicht und die Entstehung der Kosten anwaltlich versichert wird.

*„Nach diesen Grundsätzen hat das BeschwGer. die Erstattungsfähigkeit der Kosten des von der Bekl. in Auftrag gegebenen DEKRA-Gutachtens mit Recht bejaht. Da es dafür auf das Ergebnis des Gutachtens nicht ankommt, steht der Erstattungsfähigkeit der Kosten nicht entgegen, dass die Bekl. das „zur Plausibilität von Schadenabläufen“ des betreffenden Unfalls eingeholte Gutachten im Rechtsstreit nicht vorgelegt hat. Dass die in Ansatz gebrachten Kosten tatsächlich entstanden sind, hat das BeschwGer. auf Grund der von der Bekl. eingereichten Rechnung des Sachverständigenbüros und der anwaltlichen Erklärung ihres Prozessbevollmächtigten ersichtlich für glaubhaft gemacht erachtet (§ 294 i. V. mit § 104 II 1 ZPO). Im Hinblick darauf bedurfte es auch im Kostenfestsetzungsverfahren nicht der Vorlage des Gutachtens.“ (BGH aaO)*

ZPO  
§§ 269 III 3, IV

### Erledigung vor Rechtshängigkeit Zulässigkeit einer Kostenerstattungsklage

ZPO

(BGH in BeckRS 2013, 08575; Urteil vom 18.04.2013 – III ZR 156/12)

- I. Im Falle der Erledigung des Rechtsstreits vor Rechtshängigkeit hindert die Möglichkeit des Kostenantrags nach § 269 III 3, IV ZPO eine Kostenerstattungsklage nicht.

1. Der Weg des Kostenantrags nach § 269 III 3, IV ZPO ist gegenüber der Kostenerstattungsklage weder notwendig einfacher und billiger noch vergleichbar sicher und wirkungsvoll, um den materiell-rechtlichen Kostenerstattungsanspruch des Kl. zur Durchsetzung zu bringen.

*„Ist die zurückgenommene Klage - wie hier - noch nicht rechtshängig geworden und stellt der Kl. keinen Kostenantrag nach § 269 III 3, IV ZPO, so verbleibt es bei der Abrechnung der bislang angefallenen Anwalts- und Gerichtskosten unter Berücksichtigung der Gebührenermäßigung nach Nr. 1211 Nr. KV GKG (eine Gerichtsgebühr statt drei Gerichtsgebühren). Diese Kosten bestimmen den Betrag der Klageforderung (und mithin auch den Streitwert) in dem nachfolgenden Kostenerstattungsprozess, in dem der vom Kl. geltend gemachte materiell-rechtliche Kostenerstattungsanspruch in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht vollumfänglich überprüft wird.“*

*Entscheidet sich der Kl. hingegen für einen Kostenantrag gem. § 269 III 3, IV ZPO, so geht die Gebührenermäßigung nach Nr. 1211 Nr. 1 KV GKG verloren (s. auch Deckenbrock/Dötsch, S. 1218; Stein/Jonas/Roth, § 269 Rn 55). Es hat nun zwar eine sachliche Prüfung nicht nur der ursprünglichen Erfolgsaussicht der erledigten Klage, sondern auch des behaupteten erledigenden Ereignisses und ggf. eines materiell-rechtlichen Kostenerstattungsanspruchs zu erfolgen (BGH NJW-RR 2005, 1662). Der Kl. muss darlegen und beweisen, dass seine Belastung mit Kosten billigem Ermessen widerspricht, und die beklagte Partei hat ihrerseits Anspruch auf rechtliches Gehör mit der Möglichkeit, Tatsachen vorzutragen und Beweismittel anzubieten (BGH NJW 2006, 775). Allerdings ist die Kostenregelung in § 269 III 3 ZPO der Regelung in § 91a I 1 ZPO insofern nachgebildet, als in beiden Fällen über die Kostentragungspflicht unter Berücksichtigung des bisherigen Sach- und Streitstands nach billigem Ermessen zu bestimmen ist (s. Gesetzentwurf der Bundesregierung zur Reform des Zivilprozesses, BT-Drucks. 14/4722 S. 81; vgl. ferner BGH NJW 2004, 223; OLG Braunschweig BeckRS 2012, 04765; Wiczorek/Schütze/Assmann, § 269 Rn 95; Zöller/Vollkommer, § 91a Rn 31, 33). Ob sich das Gericht im Verfahren nach § 269 III 3, IV ZPO hinsichtlich der Tatsachenfeststellung deshalb mit einem bloßen Wahrscheinlichkeitsurteil begnügen darf, (so Stein/Jonas/Roth, § 269 Rn 56), braucht hier nicht entschieden zu werden. Jedenfalls findet im Verfahren der Kostenentscheidung nach § 91a ZPO in rechtlicher Hinsicht lediglich eine summarische Prüfung statt, bei der das Gericht grds. davon absehen kann, in einer rechtlich schwierigen Sache alle bedeutsamen Rechtsfragen zu klären (s. etwa BGH NJW-RR 2009, 422; BGH BeckRS 2012, 16688 m. w. Nachw.). Dies gilt in gleicher Weise für die § 91a I ZPO nachgebildete Kostenentscheidung gem. § 269 III 3 ZPO (vgl. OLG Braunschweig aaO; Deckenbrock/Dötsch, S. 1216, 1217; Wiczorek/Schütze/Assmann, § 269 Rn 103; Stein/Jonas/Roth, § 269 Rn 57; s. auch Baumbach/Hartmann, § 269 Rn 41: "weiter Entscheidungsspielraum" des Richters).*

*Hiernach gestaltet sich das Verfahren nach § 269 III 3, IV 4 ZPO möglicherweise teurer (keine Gebührenermäßigung nach Nr. 1211 Nr. 1 KV GKG) und nicht notwendig einfacher als eine Kostenerstattungsklage. Vor allem aber darf im ersterwähnten Verfahren eine umfassende rechtliche Überprüfung unterbleiben, so dass dieser Weg für den materiell-rechtlichen Kostenerstattungsanspruch des Kl. nicht in vergleichbarer Weise sicher und wirkungsvoll ist.“ (BGH aaO)*

2. Ein allgemeiner Vorrang des Verfahrens nach § 269 III 3, IV ZPO gegenüber einer Kostenerstattungsklage ergibt sich nicht aus Gründen der Rechtssicherheit und der Vermeidung einander widersprechender Entscheidungen.

*„In der Rspr. des BGH ist es anerkannt, dass eine prozessuale Kostenentscheidung grds. nicht erschöpfend ist, sondern Raum lässt für die Durchsetzung materiell-rechtlicher Ansprüche auf Kostenerstattung etwa aus Vertrag, Verzug oder unerlaubter Handlung (vgl. BGHZ 45, 251; BGH NJW-RR 1995, 495; BGH NJW 2002, 680; BGH NJW 2007, 1458;“*

BGH NJW 2011, 2368; BGH NJW 2012, 1291). Ein materiell-rechtlicher Anspruch kann danach je nach Sachlage neben die prozessuale Kostenregelung treten, er kann ihr sogar entgegengerichtet sein, sofern zusätzliche Umstände hinzukommen, die bei der prozessualen Kostenentscheidung nicht berücksichtigt werden konnten. Bleibt hingegen der Sachverhalt, der zu einer abschließenden prozessualen Kostenentscheidung geführt hat, unverändert, geht es nicht an, ihn erneut zur Nachprüfung zu stellen und in seinen kostenrechtlichen Auswirkungen materiell-rechtlich entgegengesetzt zu beurteilen. Dies dient dazu, Unterschiede zwischen auf gleichem Sachverhalt beruhenden Entscheidungen über den materiell-rechtlichen Anspruch einerseits und den prozessualen Kostenerstattungsanspruch andererseits zu vermeiden (vgl. BGH NJW 2008, 3558; BGH NJW-RR 2010, 674). Der mit der Entscheidung über den Kostenerstattungsanspruch eingetretene Rechtsfriede darf nicht nachträglich wieder mit der Begründung beseitigt werden, die Kostenentscheidung sei nach sachlichem Recht eigentlich ungerechtfertigt, sofern nicht die gesetzliche Regelung ihrerseits Korrekturmöglichkeiten vorsieht.“ (BGH aaO).

II. Die **klagende Partei** hat in dem Fall, dass ihre Klage vor Rechtshängigkeit zur Erledigung kommt und daraufhin zurückgenommen wird, **die Wahl, ob** sie den von ihr geltend gemachten materiell-rechtlichen Kostenerstattungsanspruch im Wege des **Kostenantrags** nach § 269 III 3, IV ZPO verfolgen **oder** deswegen eine **Kostenerstattungsklage** erheben will.

1. Demzufolge ist es dem Kl., der seine Klage zurücknimmt, einen Kostenantrag nach § 269 III 3, IV ZPO stellt und hierüber eine ihm ungünstige Entscheidung erhält, versagt, seinen Kostenerstattungsanspruch in einem neuen Prozess geltend zu machen, sofern keine zusätzlichen, bei der Kostenentscheidung nach § 269 IV ZPO nicht berücksichtigten Umstände hinzutreten. Es ist dem Kl. aber nicht verwehrt, von einem Kostenantrag nach § 269 III 3, IV ZPO abzusehen und stattdessen den Weg einer Kostenerstattungsklage zu beschreiten. Entscheidet sich der Kl. nach Rücknahme seiner - vor Rechtshängigkeit erledigten - Klage für die Erhebung einer Kostenerstattungsklage und gelangt er hiermit nicht zum Erfolg, so steht die bindende Entscheidung des Gerichts über den mit dieser Klage geltend gemachten materiell-rechtlichen Kostenerstattungsanspruch einer erneuten Entscheidung über den Kostenerstattungsanspruch in einem Verfahren nach § 269 III 3, IV ZPO entgegen. Sonach werden einander widersprechende Entscheidungen auch dann abgewendet, wenn dem Kl. eine Wahlfreiheit zugebilligt wird.
2. Letztlich läuft das Wahlrecht des Kl., ob er einen Kostenantrag nach § 269 III 3, IV ZPO stellt oder eine Kostenerstattungsklage erhebt, auch nicht dem **Zweck des § 269 III 3 ZPO** zuwider.

„§ 269 III 3, IV ZPO soll dem Kl. die **Möglichkeit** geben, **unter Mitberücksichtigung eines materiell-rechtlichen Kostenerstattungsanspruchs** eine ihm **günstige Kostentragungsregelung zu erreichen**, ohne dass hierfür ein neues Verfahren erforderlich wird, und auf diese Weise der **Prozessökonomie** dienen (s. Gesetzentwurf der Bundesregierung zur Reform des Zivilprozesses, BT-Drucks. 14/4722 S. 81; s. auch Gesetzentwurf der Bundesregierung zum Justizmodernisierungsgesetz, BT-Drucks. 15/1508 S. 18; BGH NJW-RR 2005, 217). Ist das den Rechtsstreit erledigende Ereignis vor Rechtshängigkeit eingetreten, so war der Kl. vor Schaffung des (in seiner Ursprungsfassung am 01.01.2002 in Kraft getretenen und mit Wirkung vom 01.09.2004 geänderten) § 269 III 3 ZPO häufig darauf verwiesen, zur Durchsetzung seines materiell-rechtlichen Kostenerstattungsanspruchs einen Folgeprozess zu führen. Erklärt er nämlich die Erledigung des Rechtsstreits in der Hauptsache und schließt sich der Bekl. der Erledigungserklärung nicht an (vgl. § 91a I ZPO), so ist die als Feststellungsklage zu behandelnde Klage mit der Kostenfolge des § 91 ZPO abzuweisen, da die durch Urteil festzustellende Erledigung der Hauptsache voraussetzt, dass die Klage nach Eintritt der Rechtshängigkeit unzulässig oder unbegründet geworden ist (BT-Drucks. 14/4722 aaO; s. BGHZ 83, 12; BGH NJW-RR 1988, 1151; BGH NJW 2003, 3134 m. w. Nachw.).

Demnach verfolgt § 269 III 3 ZPO das Ziel, den Kl. in den betreffenden Fallgestaltungen von einem "Zwang" zur Kostenerstattungsklage zu befreien. Es ist jedoch nicht ersichtlich, dass er hierzu fortan nicht mehr befugt und zur Durchsetzung seines materiell-rechtlichen Kostenerstattungsanspruchs auf den Kostenantrag nach § 269 III 3, IV ZPO beschränkt sein sollte. Der Weg des **Kostenantrags** nach § 269 III 3, IV ZPO wird sich insbes. **in einfach gelagerten Fällen** empfehlen, in denen etwa der in Verzug befindliche Bekl. seine Zahlungspflicht erst zwischen der Einreichung und der Zustellung der Klage erfüllt, ohne dass sich eine einvernehmliche Kostenregelung zwischen den Parteien erzielen lässt. Geht es hingegen um schwierige Rechtsfragen oder klaffen die Streitwerte der zurückgenommenen Klage und einer Kostenerstattungsklage sehr weit auseinander (so dass der Wegfall der Gebührenermäßigung nach Nr. 1211 Nr. 1 KV GKG ganz erheblich ins Gewicht fällt), so kann eine Kostenerstattungsklage vorzugswürdig sein.“ (BGH aaO)

FamFG  
§ 243

### Kostenentscheidung in Familiensachen Hauptsacheerledigung

FamFG

(OLG Köln in BeckRS 2012, 21340; Beschluss vom 30.08.2013 – 4 WF 102/12)

Gem. § 113 I 2 FamFG erfolgt die **Kostenentscheidung in Familienstreitsachen nach § 91a ZPO**, soweit die Verfahrensbeteiligten den **Rechtsstreit in der Hauptsache für erledigt erklärt** haben.

„Denn § 113 I 2 FamFG verweist darauf, dass für Familienstreitsachen die **Allgemeinen Vorschriften der Zivilprozessordnung gelten**. Das bezieht sich auch auf die **Kostenvorschriften der §§ 91 ff. ZPO**, wobei in materieller Hinsicht der § 243 FamFG für Unterhaltssachen *lex specialis* für die dort geregelten besonderen Fälle ist. Eine Regelung für die übereinstimmende Erledigungserklärung findet sich aber in § 243 ZPO nicht, so dass auf die allgemeinen Kostenvorschriften der ZPO, hier auf den § 91 a I ZPO zurückzugreifen ist. Danach entscheidet das Gericht über die Kosten des Verfahrens unter Berücksichtigung des bisherigen Sach- und Streitstandes nach billigem Ermessen durch Beschluss, wenn die Beteiligten nach Rechtshängigkeit den Rechtsstreit in der Hauptsache für erledigt erklärt haben.“ (OLG Köln aaO)

## Aus der Praxis

BGB  
§ 249

### Schadensersatzanspruch Nutzungsausfallentschädigung für 565 Tage

BGB

(LG Aachen in BeckRS 2013, 06451; Urteil vom 06.02.2013 – 11 O 189/12)

Dem Geschädigten kann ein **ungeschmälerter Anspruch auf Nutzungsausfallentschädigung** für 565 Tage zustehen, **wenn** er die **gegnerische Haftpflichtversicherung erfolglos zur Schadensregulierung** bzgl. seines nicht mehr verkehrssicheren Fahrzeugs mit wirtschaftlichem Totalschaden **aufgefordert und darauf hingewiesen hat, dass er zur Ersatzbeschaffung wirtschaftlich nicht in der Lage ist.**

„Durch die Beschädigung des Fahrzeuges wurde dem Kl. für diesen Zeitraum die **Nutzungsmöglichkeit entzogen**, weil die Begutachtung die fehlende Verkehrstauglichkeit ergeben hat. Der Kl. hatte auch den erforderlichen Nutzungswillen, der zugunsten eines Fahrzeughalters ohnehin vermutet werden kann. Soweit die Bekl. einwenden, dass die erst nach einem halben Jahr erfolgte Begutachtung das Vorliegen eines Nutzungswillens widerlege, ist dem zweierlei entgegenzuhalten: Die **Begründung, wirtschaftlich nicht zur Begutachtung in der Lage zu sein, war nachvollziehbar** und hat sich letztlich auch im Tätigwerden eines Gerichtsvollziehers realisiert. Der Kl. hat zudem Anstrengungen dargelegt, die Begutachtung im Kreditwege zu bewerkstelligen. Die bis zur Begutachtung gleichwohl erfolgte Nutzung sprach dann ganz im Gegenteil für den bestehenden Nutzungswillen ab dem Zeitpunkt der erforderlichen Nutzungsunterlassung.

Eine Kürzung wegen **Mitverschuldens**, § 254 BGB muss sich der Kl. nicht anrechnen lassen. Der geschädigte Kl. hat bei der Bekl. zu 2) **unverzüglich die Regulierung angemeldet und in der Folge auf das steigende Kostenrisiko wegen der Unmöglichkeit der Ersatzbeschaffung hingewiesen** (vgl. zum Ganzen Palandt/Grüneberg, § 254 Rn 43). Erhält der Geschädigte **trotz Mahnung keinen Vorschuss**, kann ihm die Verzögerung nicht zum Nachteil gereichen, wenn substantiiert dargelegt ist, dass eine erforderliche Ersatzbeschaffung weder aus Eigen- noch aus Fremdmitteln möglich war. Damit war hier zugrunde zu legen, dass eine Ersatzbeschaffung vollständig ausgeschlossen war.“ (LG Aachen aaO)

BGB  
§ 675

### Rechtsmittelrücknahme Umfang der Aufklärungspflicht des Berufungsanwalts

BGB

(BGH in ZAP 2013, 08618; Urteil vom 11.04.2013 – IX ZR 94/10)

- I. Der **Berufungsanwalt darf dem Anraten des Gerichts**, das Rechtsmittel zurückzunehmen, **nicht folgen, ohne** dass sein **Mandant über die Möglichkeiten der Prozessordnung**, gegen die vorläufige Auffassung des Gerichts sprechende tatsächliche und rechtliche Gesichtspunkte in der Instanz oder durch ein Rechtsmittel zur Geltung zu bringen, **so aufgeklärt worden ist**, dass er die wägbaren Prozessaussichten beurteilen kann.

„Den Mandatspflichten widerspricht die Annahme, der Rechtsanwalt dürfe der Anregung eines Kollegialgerichts zur Rechtsmittelrücknahme dann nicht folgen, wenn diese unvertretbar erscheine und der Rechtsweg noch nicht erschöpft sei. Ein solcher Rechtssatz findet sich in der Rspr. einzelner OLG im Zusammenhang mit der anwaltlichen Stellungnahme zu gerichtlichen Vergleichsvorschlägen (vgl. OLG Frankfurt NJW 1988, 3269) oder der gerichtlichen Empfehlung, die Berufung zurückzunehmen (vgl. OLG Oldenburg BRAK-Mitt. 2001, 290). Der **BGH hat einen solchen Grundsatz bisher weder aufgestellt noch gebilligt**. Er widerspricht vielmehr verschiedenen Aussagen seiner Rspr., an denen festzuhalten ist. Den **Berufungsanwalt trifft die Pflicht, eine vom Gericht im Verlauf der Instanz vertretene Rechtsansicht im Interesse seines Mandanten zu überprüfen**, selbst wenn sie durch Nachweise von Rspr. und Schrifttum belegt ist (BGH WM 2009, 324). Eine solche Rechtsansicht erscheint dann nicht unvertretbar, kann aber trotzdem von Haus aus unrichtig oder überholt sein.

Kommt ein solcher Fehler des Gerichts in Betracht, muss der Prozessanwalt die **Möglichkeiten der Verfahrensordnung nutzen**, um die zu Gunsten seines Mandanten sprechenden tatsächlichen und rechtlichen Gesichtspunkte so umfassend zur Geltung zu bringen, wie die Umstände es zulassen. Der **Schutz des Mandanten gebietet es**, dass diese Tatsachen und Argumente bei der gerichtlichen Entscheidung berücksichtigt werden können (vgl. BGH aaO). Unterbleibt eine solche Einwirkung auf das Gericht, weil der Mandant einer Rücknahme des Rechtsmittels zustimmt, so handelt der Prozessanwalt nur dann pflichtmäßig, wenn er zuvor den Mandanten zutreffend über die verbleibenden Möglichkeiten aufgeklärt hat, in der Instanz oder durch ein Rechtsmittel den Prozess zu einem günstigeren Ende zu bringen. Der Mandant muss gerade in einer solchen kritischen Lage die wägbaren Prozessaussichten beurteilen können.“ (BGH aaO)

- II. Der **Rechtsanwalt muss seinen Mandanten** angesichts einer empfohlenen Berufungsrücknahme über die wägbaren Prozessaussichten auch dann **uneingeschränkt aufklären, wenn die Empfehlung auf dem mitgeteilten Beratungsergebnis eines Kollegialgerichts beruht.**

„Es **entlastet den Rechtsanwalt in seiner Rechtsprüfung und Aufklärung des Mandanten auch nicht, dass ein mit drei Berufsrichtern besetztes Kollegialgericht die Erfolgsaussicht des eingelegten Rechtsmittels nach einer Beratung verneint hat**. Die **aus der Notarhaftung bekannten Grundsätze zur Entschuldigung eines Verhaltens, welches ein Kollegialgericht als objektiv rechtmäßig erachtet hat, können auf die Anwaltshaftung schon im Ansatz nicht übertragen werden**. Das ist **gesicherte Rspr. des BGH** (vgl. BGH WM 1986, 199; BGH WM 2003, 1146), von der abzurücken kein Anlass besteht.“ (BGH aaO)

ZPO  
§§ 114 ff

### Prozesskostenhilfe

ZPO

Erforderlichkeit der Beordnung eines Rechtsanwalts bei Zahlungsklage  
(LAG Hamm in ZAP 2013, 659; Beschluss vom 15.01.2013 – 14 Ta 498/12)

Auch bei einer **einfachen Zahlungsklage** ist die **Beordnung eines PKH-Rechtsanwalts erforderlich, wenn** dem Arbeitnehmer ein **rechtskundiger und prozess erfahrener Vertreter** eines Unternehmens **gegenübersteht**. In einem solchen Fall wird ein vernünftiger Rechtssuchender regelmäßig einen Rechtsanwalt einschalten, wenn er nicht aus-

nahmsweise selbst über ausreichende Kenntnisse und Fähigkeiten verfügt, um das Verfahren in jedem Stadium durch sachdienlichen Vortrag und Anträge effektiv fördern zu können.

„Die Voraussetzungen der Beordnung eines Rechtsanwalts beurteilen sich nicht nur nach **Umfang und Schwierigkeitsgrad** sowie **Bedeutung der Sache für den Betroffenen**, sondern auch nach seiner **Fähigkeit, seine Rechte selbst wahrzunehmen sowie sich mündlich oder schriftlich auszudrücken**. Dabei ist zu berücksichtigen, dass die Partei sich der Hilfe eines Urkundsbeamten der Geschäftsstelle (hier: der Rechtsantragsstelle eines Arbeitsgerichts) vergewissern kann (vgl. BAG NJW 2010, 2748). Allein die Möglichkeit, dass der Klagegegner Einwendungen erhebt, hat keine Auswirkungen auf die Beurteilung der Schwierigkeit einer Sache. Dies ist jedem Zivilprozess immanent. Das kann dazu führen, dass es der antragstellenden Partei zuzumuten ist, den Verlauf des arbeitsgerichtlichen Güdetermins abzuwarten. Das gilt jedoch dann nicht, wenn derartige Einwendungen nicht nur möglich, sondern auch konkret zu erwarten sind. Eine Beordnung ist weiter regelmäßig schon dann erforderlich, wenn **im Kenntnisstand und in den Fähigkeiten der Prozessparteien ein deutliches Ungleichgewicht besteht** (vgl. BVerfG NJW 2011, 2039) oder die bedürftige Partei nicht in der Lage ist, die Hilfe der Rechtsantragsstelle in Anspruch zu nehmen.

Bei Anwendung dieser Grundsätze im vorliegenden Fall ist die Beordnung eines Rechtsanwalts auch für die Zahlungsanträge erforderlich: Zwar hat die Kl. mit diesen beiden Anträgen lediglich das zwischen den Arbeitsvertragsparteien vereinbarte Festgehalt von 1.300 € brutto monatlich für die Monate April und Mai 2012 geltend gemacht. Die Schwierigkeit des Falles erforderte allein eine Beordnung daher nicht. Jedoch bestand ein deutliches Ungleichgewicht in Kenntnisstand und Fähigkeiten der Prozessparteien. Bei der Kl. handelt es sich um eine gewerbliche Mitarbeiterin im Versand der Bekl., [es] ist insoweit davon auszugehen, dass in der Erledigung von Korrespondenz ein geringeres Erfahrungsniveau als z. B. bei kaufmännisch beschäftigten Arbeitnehmern anzunehmen ist. Hinzu kommt, dass es sich bei der Bekl. um ein Unternehmen mit einer eigenen Personal- und Rechtsabteilung handelt, an deren Spitze ein offenbar als Rechtsanwalt zugelassener Jurist steht, der mit dieser Bezeichnung auch im Geschäftsverkehr auftritt. Ähnlich wie bei einer Behörde (vgl. dazu BVerfG NJW 2011, 2039) stand der Kl. damit ein rechtskundiger und prozessfähiger Vertreter eines Unternehmens gegenüber. In einem solchen Fall wird ein vernünftiger Rechtssuchender regelmäßig einen Rechtsanwalt einschalten, wenn er nicht ausnahmsweise selbst über ausreichende Kenntnisse und Fähigkeiten verfügt, um das Verfahren in jedem Stadium durch sachdienlichen Vortrag und Anträge effektiv fördern zu können (vgl. BVerfG aaO).

Danach war die Beordnung eines Rechtsanwalts auch für die Zahlungsanträge geboten.“ (LAG Hamm aaO)

---

ZPO  
§ 115 I 3 Nr. 4

**Verfahrens-/Prozesskostenhilfe**  
Berücksichtigung von VKH-/PKH-Raten aus anderen Verfahren  
(OLG Saarbrücken in BeckRS 2013, 01054; Beschluss vom 02.01.2013 – 6 WF 420/12)

ZPO

**Ratenzahlungen aus einer vorangegangenen VKH-/PKH-Bewilligung sind im aktuellen VKH-Verfahren als besondere Belastung im Rahmen der Ermittlung des einzusetzenden Einkommens zu berücksichtigen.** Eine Anordnung, dass die Ratenzahlung im aktuellen VKH-Verfahren (erst) nach vollständiger Leistung der Raten aus dem vorangegangenen Verfahren aufzunehmen ist, ist unzulässig.

„Dass das Familiengericht angeordnet hat, dass die Ratenzahlungen im vorliegenden Verfahren (erst) nach Leistung der letzten Rate im Verfahren ... von monatlich pp. EUR aufzunehmen sind, ist der Ast. günstig, soweit damit ein Zahlungsaufschub verbunden ist. Eine diesbzgl. Änderung des angefochtenen Beschlusses ist dem Senat daher ob des im Beschwerdeverfahren geltenden Verschlechterungsverbots (dazu Prütting/Gehrlein/Völker/Zempel, ZPO, 4. Aufl., § 127, Rn 35 m. w. Nachw.) verschlossen, obwohl die Handhabung des Familiengerichts durchgreifenden Rechtsbedenken begegnet. Denn die Raten in jenem Verfahren der jeweils vielmehr als **besondere Belastung** im Rahmen der Ermittlung des einzusetzenden Einkommens im vorliegenden Verfahren berücksichtigt werden müssen, in dem dann jedoch keine Stundung der Raten hätte gewährt werden dürfen (dazu OLG Stuttgart FamRZ 2009, 1163; Prütting/Gehrlein/Völker/Zempel aaO, § 115 Rn 31; Zöller/Geimer, ZPO, 29. Aufl., § 115 Rn 40 und 43 jew. m. w. Nachw.).“ (OLG Saarbrücken aaO)

---

ZPO  
§ 278 VI 1 Alt. 2

**Gerichtlicher Vergleichsvorschlag**  
Versäumung der Annahmefrist  
(LAG Berlin-Bbg in BB 2013, 1587; Urteil vom 10.05.2013 – 6 Sa 19/13)

ZPO

Hat das Gericht den **Prozessparteien eine Frist zur Mitteilung ihres Einverständnisses mit einem Vergleichsvorschlag gesetzt**, so schließt dies nicht aus, dass eine Partei erst **innerhalb** einer ihr eingeräumten **Nachfrist ihr Einverständnis erklärt**. Dies gilt aber **nur dann, wenn die andere Partei ihre innerhalb der ursprünglichen Frist erklärte Annahme nicht ihrerseits mit einer Annahmefrist nach § 148 BGB verbunden hat**.

„Bei einer solchen Frist handelt es sich um **keine Annahmefrist i. S. d. § 148 BGB**, da das **Gericht nicht Antragender des Vergleichs** ist, sondern **diesen bloß vermittelt** (Nungeßer NZA 2005, 1027; a. A. Musilak/Foerste, ZPO, 9. Aufl. 2012, § 278). Aufgabe des Gerichts ist es festzustellen, ob beide Parteien mit ihrer jeweiligen Annahme **übereinstimmende Willenserklärungen** abgegeben haben. Durch diese kommt der Vergleich gem. § 151 S. 1 BGB zustande, ohne dass die beiden Erklärungen der jeweils anderen Partei zugehen müssen (Knauer/Wolf NJW 2004, 2857). Diese Erklärungen sind auch **nicht als amtsempfangsbedürftig i. S. d. § 130 III BGB** anzusehen, auch wenn die sie durch Schriftsatz gegenüber dem Gericht erfolgen (a. A. Siemon NJW 2011, 426). Vielmehr verhält es sich wie bei einer Auffassung, die gem. § 925 S. 1 BGB vor einer zuständigen Stelle erklärt werden muss (ähnli. Lücke NJW 1994, 233). Anders als für diese wird lediglich auf die gleichzeitige Anwesenheit beider Teile verzichtet.

Die **vom Gericht gesetzte Frist soll lediglich den Ablauf des Verfahrens sichern**, indem bei ihrem fruchtlosen Ablauf vorbereitende Maßnahmen getroffen oder im Falle eines Verkündigungstermins eine Nachberatung durchgeführt und bei Entscheidungsreife ein zu verkündendes Urteil gem. §§ 60 IV 2, 69 I 2 ArbGG in vollständiger Form rechtzeitig abgesetzt werden kann. Dies erlaubt es, einer Partei, die von der Annahme der Gegenseite nach deren ihr gegenüber zunächst zum Ausdruck gebrachten Ablehnung überrascht worden ist, noch eine Nachfrist einzuräumen. Auch bleibt es einer Partei unbenommen, der Gegenseite eine Frist für deren Annahme zu setzen (Nungeßer NZA 2005, 1027), die durchaus auch kürzer als die vom Gericht gesetzte Mitteilungsfrist sein kann.“ (LAG Berlin-Bbg. aaO)

---

ZPO  
§ 766

## Aufhebung eines Pfändungs- und Überweisungsbeschlusses

ZPO

Keine Wiederherstellung im Rechtsmittelverfahren

(BGH in FamRZ 2013, 876; Beschluss vom 21.02.2013 – VII ZB 9/11)

Im Rechtsmittelverfahren kann ein durch richterlichen Beschluss aufgehobener Pfändungsbeschluss nicht wiederhergestellt werden, ein nur mit diesem Ziel eingelegtes Rechtsmittel ist unzulässig.

„[Die] **Aufhebung des Pfändungsbeschlusses** durch den richterlichen Beschluss ist ungeachtet der dagegen gerichteten sofortigen Beschwerde des Gläubigers **sofort wirksam** geworden. Der ursprüngliche Pfändungsbeschluss kann daher nicht wieder hergestellt werden. Eine Rechtsbeschwerde wäre nur mit dem Ziel zulässig, eine Vollstreckung mit neuem Rang zu ermöglichen (vgl. BGHZ 66, 394; KG OLGZ 1982, 75; OLG Koblenz Rpfleger 1986, 229; Stöber, Forderungspfändung, 15. Aufl., Rn 743).“ (BGH aaO)

ZVfV  
Anl. 2 zu § 2

## Beantragung eines Pfändungs- und Überweisungsbeschlusses

ZivilR

Verwendung eines farbigen Vordrucks

(LG Dortmund in BeckRS 2013, 07669; Beschluss vom 24.04.2013 – 9 T 116/13)

Ein Antrag auf Erlass eines Pfändungs- und Überweisungsbeschlusses kann nicht mit der Begründung abgelehnt werden, dass dieser nicht den farblichen Anforderungen der Anlage 2 zu § 2 ZVfV entspreche, denn die farbliche Gestaltung, wie sie die im Bundesgesetzblatt abgedruckten Formulare aufweisen (BGBl. 2012 I, 1821, 1822ff), ist nicht Bestandteil der gem. § 3 ZVfV zwingend einzuhaltenden Form.

- I. Allein die Tatsache, dass der **Abdruck im Bundesgesetzblatt** in einer bestimmten Form erfolgte, ist **nicht ausreichend für die Annahme**, dass auch die farbliche Gestaltung von der bindenden Form umfasst ist.

„Rückschlüsse aus Parallelen z. B. zu der Form der Veröffentlichung der Straßenverkehrsordnung im Bundesgesetzblatt sind nicht ohne Weiteres möglich. Die Verbindlichkeit der farbigen Gestaltung von Verkehrszeichen ergibt sich nicht unmittelbar aus der Straßenverkehrsordnung bzw. deren Art und Weise der Veröffentlichung im Bundesgesetzblatt. Hierzu ist vielmehr eine gesonderte und ausdrückliche Anordnung ergangen. Diese findet sich in der Verwaltungsvorschrift zur StVO (VwV-StVO) in den Anordnungen „zu §§ 39 bis 43 Allgemeines über Verkehrszeichen und Verkehrseinrichtungen III. Nr. 6“, wo es heißt: „Die Farben müssen den Bestimmungen und Abgrenzungen des Normblattes „Aufsichtsfarben für Verkehrszeichen - Farben und Farbgrößen“ DIN 6171 entsprechen“. Auch bzgl. der Gestaltung der Energieeffizienzplaketten ist in der entsprechenden Verordnung zur Änderung der Pkw-Energieverbrauchskennzeichnungsverordnung (BGBl. 2011 Teil I, S. 1753, 1756ff) eine genaue Erläuterung zur exakten farblichen Gestaltung enthalten - nicht eine bloße Abbildung. Nur so kann auch nach Auffassung der Kammer sichergestellt werden, dass die Farbe exakt eingehalten wird. Hier fehlt es an einer derartigen eindeutigen Anordnung, die Bindung entfalten könnte.“ (LG Dortmund aaO)

- II. Es liegt auch keinesfalls auf der Hand, dass die farbliche Gestaltung zwingend zu übernehmen ist. **Objektive Gründe erfordern dies nicht.**

„Das Zitat von der **Internet-Seite des Bundesministeriums für Justiz** spricht gegen die Annahme, die farbliche Gestaltung sei in jedem Fall bindend. Dort wird ausgeführt, dass es sich bei den farblichen Elementen um Gestaltungselemente handele, durch die insbes. den nichtprofessionellen Ast. eine Hilfestellung gegeben werden solle. Dieser Zweck wird jedoch bereits dadurch erreicht, dass der Nutzer/die Nutzerin das Formular auf dem Bildschirm - bevor er/sie es ausdruckt - farblich dargestellt bekommt und auch mithilfe des Computers ausfüllen kann (siehe Fechter Rpfleger 2013, 9). **Auch in einem schwarz-weißen Ausdruck unterscheiden sich zudem die im Abdruck im Bundesgesetzblatt grün dargestellten Elemente von den übrigen Elementen.** Der Antrag auf S. 1 wird auch durch eine schwarz-weiße Gestaltung allein aufgrund der Umrandung hervorgehoben; der auf S. 7 grün unterlegte Passus stellt sich dunkler dar, als die übrigen, in der farbigen Ansicht hellgrau unterlegten Passagen; zudem wird hier durch den durch Fettdruck hervorgehobenen Hinweis „Vom Gericht auszufüllen“ auch eine deutliche Abtrennung erreicht, unabhängig von der farblichen Darstellung.

Insbesondere aber der letzte Satz des Zitates von der Internet-Seite des Bundesministeriums der Justiz spricht gegen die Annahme des Amtsgerichts, da es dort heißt, dass keine Aussage dazu getroffen werden könne, wie Gerichte mit nicht-farbigen Ausdrucken umgehen werden. Auf einen Willen, auch die Farbwahl bindend zu gestalten, lässt dieses nach Auffassung der Kammer gerade nicht schließen.“ (LG Dortmund aaO)

- III. Der **Begründung zur Verordnung** (BR-Drucksache 326/12 vom 25.05.2012; Urheber: Bundesministerium der Justiz) und den dort formulierten Problemen, Zielen und Lösungen kann zu dieser Frage ebenfalls nichts entnommen werden, woraus sich schließen lässt, dass auch die farbliche Gestaltung des Antrages zwingend ist.

„Im Gegenteil ist formuliertes Ziel durch die Vereinfachung der Formulare deren Handhabung zu erleichtern (vgl. S. 26 zur BR-Drucksache 326/12; siehe auch Fechter aaO). Diese Vereinfachung erfordert jedoch weder für die Justiz noch für den Bürger/die Bürgerin die Verwendung farbiger Formulare. Gewollte Hervorhebungen werden auch im schwarz-weißen Ausdruck sichtbar (s.o.). Es ist nicht ersichtlich, aus welchem Grunde für die Bearbeitung durch die Justiz eine farbige Darstellung erforderlich sein könnte. Die Vereinfachung, die sich dadurch einstellt, dass bekannte Formulare zu bearbeiten sind, stellt sich unabhängig von der farblichen Darstellung allein aufgrund der übrigen Gestaltung des Formulars dar. Es ist auch nicht ersichtlich, dass eine etwa für die Zukunft geplante gänzlich elektronische Bearbeitung der Anträge eine Einreichung in farbiger Form erfordert.

Für den Bürger/die Bürgerin würde das Erfordernis des farbigen Ausdruckes bedeuten, dass er/sie, wenn er/sie nur über einen Schwarz-Weiß-Drucker verfügt, das Formular nicht selber ausdrucken und einreichen kann (jedenfalls derzeit ist nur eine papiergebundene Übersendung möglich (siehe hierzu Fechter aaO; Musielak, ZPO, 10. Auflage 2013, § 829, Rn 2)), da dann sein Antrag als unzulässig verworfen werden würde. Das Ziel der Vereinfachung würde dadurch konterkariert. Auch bei einem etwaigen Ausdruck durch die Rechtsantragsstelle dürfte ein farbiger Ausdruck in den seltensten Fällen möglich sein.“ (LG Dortmund aaO)

(VG Sigmaringen in NJOZ 2013, 1107; Beschluss vom 27.11.2012 – 4 K 3172/12)

**Politische Äußerungen eines Betroffenen** gegenüber Behörden können grds. keine Bedenken gegen seine körperliche oder geistige Fahreignung i. S. des § 11 II FeV begründen. Dies gilt auch dann, wenn die politischen Äußerungen unausgegoren, abwegig und abstrus erscheinen.

- I. Nach § 3 I StVG, § 46 III FeV hat die Fahrerlaubnisbehörde die Fahrerlaubnis zu entziehen, wenn sich jemand als ungeeignet zum Führen von Kraftfahrzeugen erweist. Werden **Tatsachen** bekannt, die Bedenken an der Eignung des Fahrerlaubnisinhabers zum Führen eines Kraftfahrzeugs begründen, hat die Fahrerlaubnisbehörde unter den in §§ 11–14 FeV genannten Voraussetzungen **durch die Anordnung der Vorlage von ärztlichen oder medizinisch-psychologischen Gutachten die Eignungszweifel aufzuklären** (§ 3 I 3 StVG, § 46 III FeV). Wenn sich der Betroffene weigert, sich untersuchen zu lassen, oder das von der Fahrerlaubnisbehörde geforderte Gutachten nicht fristgerecht beibringt, darf die Fahrerlaubnisbehörde bei ihrer Entscheidung auf die Nichteignung schließen (§ 11 VIII 1 FeV).
- II. Der **Schluss auf die Nichteignung** ist jedoch **nur zulässig, wenn die Anordnung des Gutachtens formell und materiell rechtmäßig**, insbes. anlassbezogen und verhältnismäßig ist (vgl. BVerwG NJW 2002, 78; BVerwG NJW 2005, 3081 = NZV 2005, 603; VGH Mannheim NJW 2011, 3257; VGH Mannheim NJW 2006, 480 = VBIBW 2002, 441 m. w. Nachw.).

In **formeller Hinsicht** muss die Aufforderung im Wesentlichen aus sich heraus verständlich sein, und der Betroffene muss ihr entnehmen können, was konkret ihr Anlass ist, und ob das in ihr Verlautbarte die behördlichen Zweifel an der Fahreignung zu rechtfertigen vermag.

*„Nur unter diesen Voraussetzungen ist es sachgerecht, bei einer unberechtigten Weigerung ohne weitere vertiefte Ermittlungen die Schlussfolgerung zu ziehen, der Betroffene habe „gute Gründe“ für seine Weigerung, weil eine Begutachtung seine bislang nur vermutete Ungeeignetheit aufdecken und belegen würde.“* (VG Sigmaringen aaO)

In **materieller Hinsicht** ist eine Gutachtensauforderung nur rechtmäßig, wenn – erstens – auf Grund konkreter tatsächlicher Anhaltspunkte berechnete Zweifel an der Kraftfahreignung des betroffenen Kraftfahrers bestehen und – zweitens – die angeordnete Überprüfung ein geeignetes und verhältnismäßiges Mittel ist, um gerade die konkret entstandenen Eignungszweifel aufzuklären.

*„Hiernach muss sich die Anforderung eines Gutachtens auf solche Mängel beziehen, die bei vernünftiger, lebensnaher Einschätzung die ernsthafte Besorgnis begründen, dass der Betroffene sich als Führer eines Kraftfahrzeugs nicht verkehrsgerecht und umsichtig verhalten werde, was es auf der anderen Seite ausschließt, jeden Umstand, der auf die entfernt liegende Möglichkeit eines Eignungsmangels hindeutet, als hinreichenden Grund für die Anforderung eines Gutachtens anzusehen (zum Ganzen BVerfGE 89, 69 = NJW 1993, 2365; BVerwG NJW 2002, 78).“* (VG Sigmaringen aaO)

- III. Stützt die Behörde eine Gutachtensauforderung ausschließlich auf **politische Erklärungen** des Betroffenen sind **keine konkreten tatsächlichen Anhaltspunkte** benannt, **aus denen sich** i. S. des § 11 II FeV berechnete, für den Betroffenen **nachvollziehbare Zweifel an seiner Kraftfahreignung ergeben**.

*„Die Anordnung bezieht sich auf politische Meinungsäußerungen und damit nicht auf Mängel, die bei vernünftiger, lebensnaher Einschätzung die ernsthafte Besorgnis begründen, dass der Betroffene sich als Führer eines Kraftfahrzeugs nicht verkehrsgerecht und umsichtig verhalten wird. Die zum Ausdruck gebrachten rechtlichen und politischen Ansichten geben auch **keinen hinreichenden Anlass zur Annahme, dass der Verfasser an einer seine Fahreignung ausschließenden Geisteskrankheit leidet oder aus sonstigen, insbes. charakterlichen Gründen nicht mehr zur Befolgung von Verkehrsregeln in der Lage sein könnte. Ein hinreichender Zusammenhang mit verkehrsrechtlichen Vorgängen, nach dem eine andere Beurteilung angezeigt sein könnte, liegt nach den dem Ast. in der Anordnung mitgeteilten und die Anordnung ausschließlich begründenden Umständen nicht vor. Die Einordnung der vom Ast. zu seiner Rechtsverteidigung vorgetragenen rechtlichen und politischen Ansichten erscheint schwierig. Die Ansichten können sowohl Ausdruck einer rechtsradikalen staatsfeindlichen Gesinnung sein (was der Ast. für sich bestreitet) als auch Ausdruck eines gestörten Verhältnisses zum Staat und seinen Einrichtungen und insofern lediglich argumentatives Mittel zum querulatorischen Zweck. Die Ansichten mögen unausgegoren, abwegig und abstrus erscheinen. Sie stellen aber ohne das Hinzutreten weiterer Anhaltspunkte kein hinreichendes Indiz für das Vorliegen hirnorganischer oder sonstiger psychiatrischer Störungen oder charakterlicher Mängel dar. Das gilt erst recht, wenn sich der Ast. die These von der angeblich „rechtlich nicht existenten BRD“ nur zu eigen macht, um sich in Verwaltungs- und Gerichtsverfahren lästigen (Zahlungs-)Pflichten zu entziehen, wofür hier einiges spricht.“*** (VG Sigmaringen aaO)

## Steuerrecht

EStG

§ 9 I 3 Nr. 5

### Doppelte Haushaltsführung

Aufwandsunabhängige Inanspruchnahme der Entfernungspauschale

SteuerR

(BFH in DB 2013, 1459; Urteil vom 18.04.2013 – VI R 29/12)

**Fall:** Der verheiratete Kl. erzielte im Streitjahr Einkünfte aus nichtselbständiger Arbeit. In seiner Einkommensteuererklärung für das Streitjahr (2007) machte er u.a. Mehraufwendungen für doppelte Haushaltsführung für 48 Heimfahrten in Höhe von 5.199 EUR (48 Fahrten x 361 Entfernungskilometer x 0,30 EUR = 5.198,40 EUR) geltend. Der Erklärung war eine tabellarische Aufstellung der durchgeführten Familienheimfahrten beigelegt. Danach hat der Kl. elf Familienheimfahrten mit dem Pkw durchgeführt, die das bekl. Finanzamt auch berücksichtigte. Die übrigen Familienheimfahrten mit der Bahn erkannte das FA hingegen nicht an. Für die Familienheimfahrten mit der Bahn seien dem Kl. keine Aufwendungen entstanden

Hiergegen erhob der Kl. Einspruch. Zugleich reichte er eine Abrechnungsbescheinigung seiner Arbeitgeberin für August 2007 ein, auf der für Familienheimfahrten ein steuerfrei belassener Betrag in Höhe von 2.025 EUR ausgewiesen war.

Nachdem der Einspruch zurückgewiesen worden war, erhob der Kl. Klage. Im Klageverfahren wurde ihm vom Finanzgericht (FG) gem. § 79b II FGO aufgegeben, Nachweise für die Aufwendungen vorzulegen, die ihm im Zusammenhang mit der Nutzung der Bahn entstanden seien, und einen Ansprechpartner seiner Arbeitgeberin zu benennen, der Auskunft insbesondere auch zu den bescheinigten steuerfreien Zuschlägen geben könne. Nach fruchtlosem Fristablauf wies das FG die Klage ab. Mangels entstandener Aufwendungen seien die vom Kl. geltend gemachten Werbungskosten für Familienheimfahrten mit der Bahn nicht zu berücksichtigen

I. Die **Entfernungspauschale für eine wöchentliche Familienheimfahrt im Rahmen einer doppelten Haushaltsführung kann aufwandsunabhängig in Anspruch genommen werden.**

Nach **§ 9 I 3 Nr. 5 S. 3** der im Streitjahr geltenden Fassung des EStG können im Rahmen einer doppelten Haushaltsführung Aufwendungen für die Wege vom Beschäftigungsort zum Ort des eigenen Hausstands und zurück (Familienheimfahrten) jeweils für eine Familienheimfahrt wöchentlich als Werbungskosten abgezogen werden

1. Zur Abgeltung der Aufwendungen für eine Familienheimfahrt ist eine **Entfernungspauschale von 0,30 € für jeden vollen Kilometer** der Entfernung zwischen dem Ort des eigenen Hausstands und dem Beschäftigungsort anzusetzen (§ 9 I 3 Nr. 5 S. 4 EStG). Die danach zu berücksichtigenden Beträge sind **um steuerfreie Sachbezüge** (§ 8 III EStG) **zu mindern**; ist der Arbeitgeber selbst der Verkehrsträger, ist der Preis anzusetzen, den ein dritter Arbeitgeber an den Verkehrsträger zu entrichten hätte (§ 9 I 3 Nr. 5 S. 5 i.V.m. Nr. 4 S. 5 EStG)
2. Die **Entfernungspauschale gilt unabhängig davon, ob die Familienheimfahrten zu Fuß, mit dem Fahrrad, dem eigenen Pkw oder öffentlichen Verkehrsmitteln durchgeführt werden und ob dem Steuerpflichtigen überhaupt Kosten für diese Wege entstanden sind.**

vgl. Schmidt/Loschelder, EStG, 31. Aufl., § 9 Rn 109, 155; Kirchhof/Söhn/Mellinghoff, EStG, § 9 Rn F 82; Herrmann/Heuer/Raupach --HHR--, § 9 EStG Rn 442, 450, 457; Kirchhof, EStG, 11. Aufl., § 9 Rn 53, 90; Littmann/Bitz/Pust, Das Einkommensteuerrecht, Kommentar, § 9 Rn 16; Littmann/Bitz/Pust, aaO, § 9 Rn 820 ff.; Blümich/Thürmer, § 9 EStG Rn 282; Hartz/Meeßen/Wolf, ABC-Führer Lohnsteuer, "Entfernungspauschale" Rn 16; Frotscher, EStG, Freiburg 2011, § 9 Rn 136; Lademann, EStG, § 9 EStG Rn 55 m. w. Nachw.; a.A. Söhn Finanz-Rundschau 2001, 950

*„Zwar setzt die Regelung nach ihrem Wortlaut Aufwendungen des Arbeitnehmers für die Wege vom Beschäftigungsort zum Ort des eigenen Hausstands und zurück (Familienheimfahrten) voraus, doch wird das Entstehen der Aufwendungen mit der Formulierung "Zur Abgeltung der Aufwendungen" aus Vereinfachungsgründen gesetzlich unterstellt (Schmidt/Loschelder aaO, § 9 Rn 109; Kirchhof aaO, § 9 Rn 53). Deshalb ist die Entfernungspauschale für Familienheimfahrten bspw. auch dann zu gewähren, wenn der Arbeitnehmer (kostenfrei) von Verwandten abgeholt wird (Schmidt/Loschelder aaO, § 9 Rn 155) oder als Mitfahrer einer Fahrgemeinschaft keine Aufwendungen hat (HHR/Bergkemper, § 9 EStG Rn 521; Schmidt/Loschelder aaO, § 9 Rn 155; Littmann/Bitz/Pust aaO, § 9 Rn 820 ff.).“ (BFH aaO)*

3. Zwar vermittelt die Entfernungspauschale insoweit eine **systemwidrige Begünstigung**, denn üblicherweise setzt der Werbungskostenabzug nach § 9 EStG Aufwendungen und damit eine Vermögensminderung beim Steuerpflichtigen voraus (vgl. HHR/Bergkemper, § 9 Rn 442; Kirchhof aaO, § 9 Rn 45 f.), jedoch ist die Entfernungspauschale, soweit sie - in Abweichung vom objektiven Nettoprinzip - noch als entfernungsabhängige Subvention wirkt, **durch umwelt- und verkehrspolitische Lenkungsziele sowie aus Gründen der Steuervereinfachung gerechtfertigt** (vgl. BFHE 209, 508; BFHE 224, 448; Kirchhof aaO, § 9 Rn 45 f.; Frotscher aaO, § 9 Rn 136; a.A. HHR/Bergkemper, § 9 EStG Rn 442)

*„Der Steuergesetzgeber ist grds. nicht gehindert, außerfiskalische Förderungs- und Lenkungsziele aus Gründen des Gemeinwohls zu verfolgen. Er darf nicht nur durch Ge- und Verbote, sondern ebenso durch mittelbare Verhaltenssteuerung auf Wirtschaft und Gesellschaft gestaltend Einfluss nehmen. Der Bürger wird dann nicht rechtsverbindlich zu einem bestimmten Verhalten verpflichtet, erhält aber durch Sonderbelastung eines unerwünschten Verhaltens oder durch steuerliche Verschönerung eines erwünschten Verhaltens ein Motiv, sich für ein bestimmtes Tun oder Unterlassen zu entscheiden. Nur dann jedoch, wenn solche Förderungs- und Lenkungsziele von erkennbaren gesetzgeberischen Entscheidungen getragen werden, sind sie auch geeignet, rechtfertigende Gründe für steuerliche Belastungen oder Entlastungen zu liefern. Weiterhin muss der Förderungs- und Lenkungsziel gleichheitsgerecht ausgestaltet sein und auch Vergünstigungstatbestände müssen jedenfalls ein Mindestmaß an zweckgerechter Ausgestaltung aufweisen (BVerfGE 122, 210 m. w. Nachw.).“ (BFH aaO)*

- a) Diesen verfassungs- wie einfachrechtlichen Maßstäben wird die Regelung des § 9 I 3 Nr. 5 EStG gerecht.

„Die Entscheidung des Gesetzgebers, § 9 I 3 Nr. 5 EStG in diesen Fällen so auszugestalten, dass die Vorschrift wie eine Steuervergünstigung wirkt, ist erkennbar von umwelt- und verkehrspolitischen Zielen getragen. Die Entfernungspauschale soll insbes. die **Chancengleichheit** zwischen den Verkehrsträgern erhöhen und die **Bildung von Fahrgemeinschaften honorieren** (BTDrucks 14/4242, S. 5; BTDrucks 14/4435, S. 9). Darüber hinaus dient sie der **Steuervereinfachung**. Denn sie erspart bspw. Nachforschungen, ob der Steuerpflichtige die Wegstrecke allein oder in einer Fahrgemeinschaft zurückgelegt hat (Kirchhof aaO, § 9 Rn 45). Dies war bis zur Einführung der verkehrsmittelunabhängigen Entfernungspauschale durch das Gesetz zur Einführung einer Entfernungspauschale vom 21.12.2000 (BGBl I 2000, 1918) notwendig. Denn bis zum Veranlagungszeitraum 2001 sind bei Fahrgemeinschaften bei dem einzelnen Mitglied Wegekosten nur insoweit berücksichtigt worden, als es sein eigenes Kraftfahrzeug eingesetzt hat. Bei Mitfahrern wurden mangels eigener Aufwendungen hingegen keine Fahrtkosten berücksichtigt, und zwar auch dann nicht, wenn sie für den Jahresschluss eine gegenseitige finanzielle Verrechnung vereinbart und durchgeführt hatten (BFHE 115, 52).

Die Vermutung des FG geht deshalb fehl, der Gesetzgeber habe sich bei der Einführung der verkehrsmittelunabhängigen Entfernungspauschale im Hinblick auf Fahrgemeinschaften davon leiten lassen, dass es in aller Regel so sei, dass entweder die Mitfahrer sich an den Kosten beteiligten oder aber die Fahrer sich abwechselten, den einzelnen Beteiligten jedenfalls Aufwendungen entstünden.“ (BFH aaO)

- b) Weiter sprechen auch **systematische Erwägungen** für eine aufwandsunabhängige Auslegung des § 9 I 3 Nr. 5 S. 4 EStG.

„Denn der Gesetzgeber trägt vermeintlich "aufwandslosen" Fallgruppen durch **gesetzliche Sonderregelungen** (§ 9 I 3 Nr. 5 S. 5 i.V.m. Nr. 4 S. 3 EStG <steuerfreie Sammelbeförderung>; § 9 I 3 Nr. 5 S. 5 i.V.m. Nr. 4 S. 5 EStG <nach § 8 III EStG steuerfreie Sachbezüge für Familienheimfahrten>; § 9 I 3 Nr. 5 S. 6 EStG <Aufwendungen für Familienheimfahrten mit einem dem Steuerpflichtigen im Rahmen einer Einkunftsart überlassenen Kraftfahrzeug>) Rechnung (BFH-Urteil vom 28. Februar 2013 VI R 33/11, zur amtlichen Veröffentlichung bestimmt), denen es nach der Lesart des FG nicht bedürfte.“ (BFH aaO)

II. **Steuerfrei geleistete Reisekostenvergütungen und steuerfrei gewährte Freifahrten sind jedoch mindernd auf die Entfernungspauschale anzurechnen.**

„Das FG wird Feststellungen zur Anzahl der Familienheimfahrten und Arbeitgeberleistungen zu treffen haben. Denn nach § 3 Nr. 16 EStG steuerfrei geleistete Reisekostenvergütungen (nach den bisherigen Feststellungen zumindest ein Betrag in Höhe von 2.025 EUR), aber auch nach § 8 III EStG steuerfreie Sachbezüge (etwa Freifahrten, wenn die Beförderungsleistung zur Lieferungs- und Leistungspalette des Arbeitgebers zählt), sind bspw. mindernd auf die Entfernungspauschale anzurechnen (HHR/Bergkemper, § 9 EStG Rn 521; Schmidt/Loschelder aaO, § 9 Rn 129, 155; Hartz/ Meeßen/Wolf aaO, "Entfernungspauschale" Rn 16, 72 ff.). Sofern der Kl. seiner Mitwirkungspflicht hierbei nicht genügt, ist das FG nach § 76 I FGO gehalten, entsprechende Auskünfte bei der Arbeitgeberin des Kl., ggf. durch Zeugenbeweis, einzuholen.“ (BFH aaO)

StPO  
§ 97 I Nr. 3

**Beschlagnahmeschutz**  
Durchsuchung der Kanzleiräume eines Steuerberaters  
(LG Saarbrücken in NSTZ-RR 2013, 183; Beschluss vom 12.03.2013 – 2 Qs 15/13)

SteuerR

- I. Der Umstand, dass ein Beschlagnahmeverbot gem. § 97 StPO nicht besteht, hindert die Anwendung des § 160a II StPO nicht.

„§ 160a StPO stellt allein auf das Bestehen eines Zeugnisverweigerungsrechts ab und erfordert eine Prognose dahingehend, ob durch die beabsichtigte Ermittlungsmaßnahme Erkenntnisse aus dem nach § 53 StPO geschützten Bereich zu erwarten sind (vgl. Griesbaum, KK-StPO, § 160a Rn 5f.). Bzgl. des Inhalts der beschlagnahmten Unterlagen hätte dem Bf. ein Zeugnisverweigerungsrecht gem. § 53 I 1 Nr. 3 StPO zugestanden. Der Beschlagnahmeschutz des § 97 StPO ist enger als das Zeugnisverweigerungsrecht des § 53 StPO (LS-Schäfer, § 97 Rn 75; vgl. auch LG Dresden NJW 2007, 2709), das nicht mit der Erledigung des Auftrages endet (Gercke, HK-StPO, 5. Aufl., § 53 Rn 8; Meyer-Goßner, § 53 Rn 10) und alle bekannt gewordenen Tatsachen umfasst, die der Berufsausübende von dem Besch. oder einem Dritten erfahren hat, ohne dass sie ihm anvertraut worden sind (Meyer-Goßner, § 53 Rn 9). Der Begriff des Bekanntwerdens ist dabei weit auszulegen (KK-Senge, § 53 Rn 16; Dölling/Duttge/Rössner, Gesamtes Strafrecht, 2. Aufl., § 53 StPO Rn 8). Der Berufsgeheimnisträger kann deshalb bereits die Beantwortung der Frage verweigern, ob mit einer bestimmten Person oder einem bestimmten Unternehmen überhaupt ein Mandatsverhältnis besteht (Radtke/Hohmann, StPO, § 53 Rn 17).“ (LG Saarbrücken aaO)

- II. Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit gebietet es, in jedem Stadium des Ermittlungsverfahrens das jeweils mildeste Mittel anzuwenden. Das gilt insbesondere für Durchsuchungsmaßnahmen bei Unverdächtigen. So ist vor Anordnung der Durchsuchung der Kanzleiräume eines Steuerberaters zu prüfen, ob zuvor ein Beschluss nach § 95 StPO in Betracht kommt.

## Weitere Schrifttumsnachweise

### I. Zivilrecht

1. **Ehmann:** Ermittlung von Schuldneranschriften – Unerwartete Möglichkeiten bei Meldebehörde und Gerichtsvollzieher (NJW 2013, 1862)

Eine Klage ist unzulässig, wenn keine **ladungsfähige Anschrift des Beklagten** angegeben ist; § 130 Nr. 1, aus dem dies abgeleitet wird, stellt zwar rein formal eine bloße Sollvorschrift dar, erweist sich aber im Ergebnis als **zwingende Regelung** (so schon BGHZ 102, 332 = NJW 1988, 2114); bei einem Mahnantrag, für den § 690 I Nr. 1 ZPO dem § 130 Nr. 1 ZPO entspricht, ist die aktuell gültige Anschrift noch bedeutsamer, weil das Gesetz für ihn – anders als für eine Klage (s. dort § 186 ZPO) – den Weg einer öffentlichen Zustellung nicht eröffnet; für eine Pfändung beim Schuldner (§ 808 ZPO) ist dessen aktuelle Anschrift in der Regel ebenfalls unentbehrlich. - Dazu, wie ein Gläubiger die ihm nicht bekannte Anschrift eines Schuldners ermitteln kann, schwieg die ZPO bisher, seit dem 01.01.2013 hat sich das für den Bereich der Zwangsvollstreckung geändert: Als Teilelement der umfassenden Reform der Sachaufklärung in der Zwangsvollstreckung (s. dazu Vollkommer NJW 2012, 3681) ist an diesem Tag die Regelung des § 755 ZPO („Ermittlung des Aufenthaltsorts des Schuldners“) in Kraft getreten, die die **Befugnisse des Gerichtsvollziehers** um einen völlig neuen Aspekt **erweitert** und der „auf Grund des Vollstreckungsauftrags und der Übergabe der vollstreckbaren Ausfertigung **zur Ermittlung des Aufenthaltsorts des Schuldners** bei der Meldebehörde die gegenwärtigen Anschriften sowie Angaben zur Haupt- und Nebenwohnung des Schuldners zu erheben“ hat, falls dessen „Wohnsitz oder gewöhnlicher Aufenthaltsort“ nicht bekannt ist (§ 755 I ZPO). - Durchführen darf der Gerichtsvollzieher eine solche Datenerhebung aber nur, wenn ihn der Gläubiger hierzu i. V. mit einem Vollstreckungsauftrag gesondert beauftragt; eine „**isolierte Anschriftenermittlung**“ **losgelöst von einem konkreten Vollstreckungsauftrag** wäre also **nicht statthaft**; der Gerichtsvollzieher wird durch § 755 I ZPO nicht zu einer Auskunft; andererseits muss vor der Datenerhebung nicht schon ein erfolgloser Vollstreckungsversuch stattgefunden haben (zutreffend Vollkommer NJW 2012, 3681); der **Zweck der Regelung** besteht darin, die **Vollstreckung** im konkreten Einzelfall zu **erleichtern**, indem sie unnötige Vollstreckungsversuche und die damit verbundenen Kosten möglichst vermeidet (Vollkommer NJW 2012, 3681); falls der Gerichtsvollzieher feststellt, dass der Schuldner unter der Adresse, die der Gläubiger mitgeteilt hat, nicht mehr wohnt, soll der Gerichtsvollzieher selbst die neue Anschrift unmittelbar ermitteln können, ohne dass es – wie bisher – einer zeitraubenden erneuten Einschaltung des Gläubigers bedarf, der dann die neue Anschrift selbst beschaffen müsste; ein entsprechender Auftrag an den Gerichtsvollzieher ist jedoch kein Muss: Alternativ kann ein Gläubiger (oder in seinem Auftrag ein Rechtsanwalt) erforderliche Daten weiterhin unmittelbar von der zuständigen Meldebehörde erhalten; dabei bietet das Melderecht hinsichtlich des Datenumfangs teils weitergehende Möglichkeiten, als sie dem Gerichtsvollzieher auf der Basis von § 755 I ZPO zur Verfügung stehen, doch müssen dann andererseits die besonderen Vorgaben des Melderechts eingehalten werden. - Das Melderecht ist bisher auf der Basis des **Melderechtsrahmengesetzes** (MRRG) in Landesmeldegesetzen geregelt; mit Wirkung zum 01.05.2015 tritt an die Stelle dieses Geflechts bundes- und landesrechtlicher Vorschriften das Bundesmeldegesetz (BMG) als bundeseinheitliche Regelung.

2. **Wagner/Zenger:** Vertragsschluss bei eBay und Angebotsrücknahme - Besteht ein „Loslösungsrecht“ vom Vertrag contra legem? (MMR 2013, 343)

Die **Annahme eines Vertragsschlusses unter der auflösenden Bedingung** – der Abgabe eines höheren Angebots – **entspricht den tatsächlichen Gegebenheiten bei eBay** am besten; dass damit dem Verkäufer die Möglichkeit der Rücknahme jenseits der Anfechtung genommen wird, benachteiligt ihn, wie der **Vergleich mit den Rechtsfolgen bei Unmöglichkeit** zeigt, nicht über die Maßen. - Die seitens des **BGH** vorgenommene Auslegung führt dagegen zu einer **Privilegierung des Verkäufers**. - Ungeachtet der Kritik und unter Zugrundelegung der für die Praxis maßgeblichen Rspr. des BGH zum Vertragsschluss sollte eBay nach Auffassung des Autors, falls die Möglichkeit einer rechtlich wirksamen Angebotsrücknahme auch im Marktverhältnis geschaffen werden soll, zumindest die in den „Hilfeseiten zur Angebotsrücknahme“ aufgeführten Rücknahmegründe direkt in den eBay-AGB niederlegen; auf diese Weise könnte sich jeder eBay-Nutzer bei der Kontoeröffnung sogleich mit den Gründen vertraut machen, die zu einem zulässigen Abbruch der Auktion seitens des Verkäufers führen können; nur so kann eBay sicherstellen, dass ein jeder Nutzer, insbesondere auch der Bieter, von diesen Gründen zumindest Kenntnis hätte nehmen können.

### II. Strafrecht

1. **Swoboda:** Grenzen der Identifikationsgewinnung aus DNA-Identifikationsmustern bei molekulargenetischen Reihentests nach § 81h StPO (StV 2013, 461)

Bespr. der Entsch. BGH StV 2013, 427 = NJW 2013, 1827

2. **Ast:** Das Einverständnis als Vermögensverfügung – Der „Tankbetrug“ als Benzinunterschlagung (NStZ 2013, 305)

Das Tanken ohne Zahlungswillen ist nicht Diebstahl, weil man nicht akzeptiert, dass das **Einverständnis durch den Zahlungswillen bedingt** ist, um den **Diebstahl klar vom Betrug abzugrenzen**; es ist nach Ansicht des Autors u. a. deshalb nicht Betrug, weil das Unterlassen, das Betanken zu verhindern, **keine unmittelbar vermögensmindernde Wirkung** hat, wobei das Kriterium der Unmittelbarkeit die Abgrenzung zum Diebstahl ermöglichen soll; der eigentliche Grund dafür, dass der Betrug scheitert, ist aber, dass der Tankstelleninhaber über den Gewahrsam bereits verfügt hat, bevor der Kunde tankt und diese Verfügung nicht auf einer Täuschung beruht. - Für den Betrug ist die **Überlistung des Vermögensinhabers** wesentlich: Während der Dieb auf das Vermögen direkt zugreift, stehen beim Betrug der Vermögensinhaber oder ein anderer schützend vor dem Vermögen und geben es durch die Verfügung selbst preis. Der Tankstelleninhaber hat bei Selbstbedienung sein Geschäft aber so eingerichtet, dass er auf diesen möglichen Selbstschutz verzichtet; er gibt das Benzin von vornherein dem Zugriff preis; die – regelmäßig eher zufällige – Beobachtung des Geschehens hat lediglich repressiven Charakter, weil man erst nach dem Tanken die deliktische Absicht erkennen kann; eine **automatische Videoüberwachung** mag zwar potentielle Täter abhalten, dient aber zuvörderst der Identifizierung von Tätern und verfolgt somit Zwecke der Strafverfolgung und des Schadensersatzes. - Die Bewertung der Tat ändert sich erst, wenn der Tankstellenbetreiber das **Einverständnis mit dem Tanken individuell erteilt**; das ist bei **persönlicher Bedienung** der Fall, aber auch dann, wenn der Tankwart die **Tanksäule erst freischaltet**, wenn er bemerkt, dass ein Kunde tanken möchte, denn nur dann kann man zu Recht davon sprechen, dass der Tankende den Tankwart betrug; sein Einverständnis ist dann die für den Betrug konstitutive Vermögensverfügung. - Neben der Möglichkeit der zivilrechtlichen Rechtsverfolgung bleibt die Strafbarkeit wegen Unterschlagung: Diese knüpft zunächst an eine andere **Tathandlung** an, nämlich an das **Wegfahren ohne bezahlt zu haben**, denn erst dieses manifestiert zweifelsfrei den Willen rechtswidriger Zueignung; das Tanken selbst kann – bei gegebenem Vorsatz – bereits als Beginn des Versuchs der Unterschlagung angesehen werden; es steht mit der Tathandlung in unmittelbarem räumlich-zeitlichen Zusammenhang; beide Handlungen gehen nach dem Tatplan ohne wesentliche Zwischenschritte ineinander über; die Opfersphäre ist schon berührt und das Rechtsgut unmittelbar gefährdet; dass das Tanken verboten ist, ergibt sich auch bereits daraus, dass eine Einwilligung darin zu verneinen ist. - **Rechtspraktisch** ist die **Lösung über die Unterschlagung vorteilhaft**, weil **erst beim Wegfahren die deliktische Absicht des Täters offenbar** wird; im Strafprozess kommt es deshalb nicht auf den Nachweis an, ob er schon beim Tanken die Absicht hatte, nicht zu zahlen, oder ob er beobachtet wurde und sich beobachtet glaubte oder nicht; weniger praxisrelevant ist, dass mit der Annahme von Unterschlagung ein Rücktritt vom Versuch noch möglich ist, indem der Täter den Kaufpreis entrichtet, während Betrug und Diebstahl immer mit dem Tanken schon vollendet wären.

3. **Müller/Schmidt**: Aus der Rspr. zum Recht der Strafverteidigung 2012 (MMR 2013, 328)

### III. Öffentliches Recht

1. **Petersen**: Das Satzungsrecht von Körperschaften gegenüber Externen (NVwZ 2013, 841)

**Problemstellung**: Satzungen sind **Ausdruck der körperschaftlichen Autonomie öffentlich-rechtlicher Körperschaften** und beziehen ihre Legitimität aus der Repräsentation der Körperschaftsmitglieder im Satzungsgebungsprozess; oftmals richten sich Satzungen jedoch auch an Nicht-Mitglieder. - Traditionell wird die körperschaftliche Normgebung damit gerechtfertigt, dass sie den in der Körperschaft verfassten Mitgliedern erlaubt, Autonomie auszuüben; diese entscheiden selbstständig über eigene Angelegenheiten. - In der Praxis haben körperschaftliche Satzungen jedoch oft Auswirkungen auf Externe, auf Bürger, die nicht Mitglieder der Körperschaft sind; die verwaltungsrechtliche Dogmatik hat sich mit der Rechtfertigung dieser Praxis sehr schwer getan, da externe Satzungsgebung gerade nicht mehr auf **Autonomiegesichtspunkte** gestützt werden kann; allerdings ist Autonomie nur ein Grund, warum Körperschaften Satzungsrechte übertragen werden, denn teilweise stehen schlichte Effizienzerwägungen im Mittelpunkt: Die **Körperschaft hat** in bestimmten Materien oft einen **größeren Sachverstand als das Parlament oder die vom Parlament kontrollierte Ministerialverwaltung**; diese **Effizienzerwägungen** sind durchaus ein **legitimer Grund der Delegation der Rechtsetzungskompetenz**; allerdings muss dabei eine ausreichende Verantwortlichkeit des körperschaftlichen Entscheidungsgremiums sichergestellt sein. - Problematisch ist die externe Satzungsgebung insbes. dann, wenn die Körperschaftsmitglieder Anreize haben, persönliche Vorteile auf Kosten der betroffenen Externen zu erlangen; in diesen Fällen wird die Erstreckung einer Satzung auf Externe regelmäßig unzulässig sein; zudem unterliegen Satzungen mit Außenwirkung einem Gesetzesvorbehalt und der staatlichen Aufsicht, um zu verhindern dass körperschaftliche Partikularinteressen überbetont werden.

2. **Schmidt**: In dubio pro municipio? – Zur Aufgabenverteilung zwischen Landkreisen und Gemeinden (DÖV 2013, 509)

Die **Verfassungen garantieren den** im Schnittpunkt verschiedener Aufgabenträger stehenden **Landkreisen die überörtlichen Aufgaben sowie einen hinreichenden Bestand an weiteren Aufgaben**; die herkömmliche Aufteilung der Landkreisaufgaben in überörtliche, Ergänzungs- und Ausgleichsaufgaben ist kaum jedoch geeignet, über die Zuordnung einer Aufgabe zur Gemeinde- oder Kreisebene verbindlich zu entscheiden; vielmehr sind die **Aufgaben zwischen Gemeinden und Landkreisen nach Verhältnismäßigkeit und Subsidiarität zu verteilen**; im Zweifel sind die **Gemeinden zuständig**. – Nach diesen Regeln ist auch die Kompetenz-Kompetenz der Landkreise auszulegen: Ein eigenes Aufgabenfindungsrecht kommt den Landkreisen nur hinsichtlich der überörtlichen Aufgaben zu; werden Aufgaben auf den Landkreis verlagert, hat dies vor allem finanzielle Folgen, nämlich die Entlastung der Gemeinden von aufgabenbezogenen Aufwendungen einerseits, die Erhöhung der Kreisumlage andererseits.

3. **Becker:** Rechtsprobleme des Einsatzes von Drohnen zur Tötung von Menschen (DÖV 2013, 493)
4. **Knecht:** Aktuelle Rechtsprechung zum Prüfungsrecht (BayVBI 2013, 359)

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

1. **Mayer:** Entwicklungen zur Rechtsanwaltsvergütung 2012 (NJW 2013, 1782)
2. **Hager/Müller-Teckhof:** Die Entwicklung des Notarrechts in den Jahren 2012/2013
3. **Fromm:** Vergütung des Strafverteidigers für Bemühungen zur Schadenswiedergutmachung (NJW 2013, 1720)

Die Begleichung zivilrechtlicher Ausgleichsansprüche oder jedenfalls das Bemühen um eine Schadenswiedergutmachung kann sich für den Beschuldigten strafrechtlich in mehrfacher Hinsicht positiv auswirken: Der **Gesetzgeber belohnt** einen derartigen **Täter-Opfer-Ausgleich** nach §§ 46a StGB, 153b, 155a StPO mit Verfahrenseinstellungen, Absehen von Strafe oder Strafmilderungen. - Da der Gesetzgeber derartige Tätigkeiten des Verteidigers auch zum Zwecke der **Entlastung der Zivilgerichte** nach dem Rechtsanwaltsvergütungsrecht geregelt hat, sollte der Verteidiger diese Gebühren bei der Abrechnung des Falles gegenüber dem Mandanten oder der Staatskasse bei der notwendigen Verteidigung **§ 140 StPO nicht übersehen**. - Wird der Verteidiger zur Abwehr gegen den Angekl. gerichteter **Adhäsionsanträge** oder im Strafverfahren hinsichtlich des vermögensrechtlichen Anspruchs des Verletzten tätig, entsteht die **Verfahrensgebühr nach Nr. 4143 VV RVG**: Der Rechtsanwalt kann eine 2,0-Gebühr aus dem Streitwert neben den allgemeinen strafrechtlichen Gebühren nach Nrn. 4100 ff. VV RVG abrechnen. - **Einigt sich der anwaltlich vertretene Beschuldigte mit der Gegenseite über eine bestimmte Ausgleichszahlung, so fällt zusätzlich die Einigungsgebühr** (nach Nr. 1000 vorgerichtlich bzw. Nr. 1003 VV RVG im gerichtlichen Verfahren) an. - Der Pflichtverteidiger muss darauf eingestellt sein, dass der Bezirksrevisor sowohl die beantragte Verfahrensgebühr nach Nr. 4143 VV RVG als auch im Falle eines Vergleichs die Einigungsgebühr nach Nr. 1003 VV RVG absetzt, teilweise wird nämlich in Rspr. und Lit. die Auffassung vertreten, Nr. 4143 VV RVG könne nur im förmlichen Adhäsionsverfahren ausgelöst werden und die Bestellung/Beiordnung eines Rechtsanwalts zum Pflichtverteidiger beziehe sich nicht auf die Befugnis zur Vertretung des Angekl. im Adhäsionsverfahren; wird die Vergütung deshalb nicht antragsgemäß festgesetzt, so sollte der Verteidiger die Entscheidung durch entsprechende **Rechtsbehelfe gem. §§ 55 f. RVG** richterlich überprüfen lassen.

4. **Kollrus:** Verfassungskonforme Auslegung des Tätigkeitsverbots für Syndicusanwälte gem. § 46 BRAO (BRAK-Mitt. 2013, 98)

Nach dem **formaljuristischen Verständnis des EuGH** führt die **Doppelberufstheorie** jedenfalls für die **Frage, ob ein Beschäftigungsverhältnis die anwaltliche Unabhängigkeit gefährdet**, zu durchaus **interessengerechten Ergebnissen**; für die Abgrenzung zwischen der Tätigkeit eines freien Rechtsanwalts und der eines Syndicusanwalts kommt es für ihn primär nur auf die rein vertragsrechtliche Einflussmöglichkeit des (vormaligen) Dienstberechtigten bzw. Arbeitgebers an. - Bei konsequenter einheitlicher Anwendung dieses Abgrenzungsmaßstabs ist das **Tätigkeitsverbot des § 46 BRAO verfassungskonform restriktiv dahingehend auszulegen**, dass **von dem Beschäftigungsverhältnis keine Gefährdung der anwaltlichen Unabhängigkeit ausgeht, solange ein Dritter auf die anwaltliche Tätigkeit von Syndicusanwälten rein rechtlich keinen Einfluss nehmen kann**; diese Unabhängigkeit trifft im Regelfall für die Zeit nach Beendigung des Beschäftigungsverhältnisses zu; sie ist aber auch dann zu vermuten, wenn eine **Einflussnahme auf die anwaltlichen Tätigkeiten eines Syndicusanwalts dienst- oder arbeitsvertraglich ausgeschlossen** ist und darin kein **Gestaltungsmisbrauch** gesehen werden kann; in diesen Fällen müsste eine **konkrete Gefährdung der anwaltlichen Unabhängigkeit nachgewiesen** werden, um das Tatbestandsmerkmal eines „ständigen Dienst- oder ähnlichen Beschäftigungsverhältnisses“ i. S. v. § 46 BRAO noch zu erfüllen.

# Protokolle für die mündliche Prüfung

## Warum Prüfungsprotokolle?

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

## Wie läuft das ab?

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

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

## Was können Sie sonst noch tun?

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

1/3  
Protokollwissen

**Protokolle anfordern!**

**Prüfungsstoff im Mündlichen**  
1/3  
Zeitschriftenwissen der letzten Monate

**ZA lesen!**

1/3  
unbekannter Stoff

**Phantasie zeigen! ▀**

