



# PRAKTIKER-REPORT (PR)

Monatsschrift für den praktisch tätigen Juristen

---

35. Jahrg.

November 2010

Heft 11

---

Aus dem Inhalt:

- BGH:** Rückforderung von Zuwendungen durch Schwiegereltern
- BGH:** Verbotene Eigenmacht durch unbefugtes Parken
- BGH:** Strafrechtliche Haftung des Arztes bei Brechmitteleinsatz
- OVG Koblenz:** Nutzungsuntersagung wegen Wohnungsprostitution
- OVG Bln/Bbg:** Kein Anspruch auf Vornahme religiöser Handlungen in der Schule
- BGH:** Verjährungshemmung durch Prozesskostenhilfeantrag
- BGH:** Zulässigkeit verdeckter Ermittlungen in der JVA



#### **Impressum:**

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

Juristischer Verlag Juridicus  
Hiberniastraße 6  
45879 Gelsenkirchen

Tel.: 0209 / 945 806 - 35

Fax: 0209 / 945 806 - 50

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

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

##### **Verantwortliche Redakteure:**

Silke Wollburg, Hiberniastraße 6, 45879 Gelsenkirchen

Britta Wegner, Hiberniastraße 6, 45879 Gelsenkirchen

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

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

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

**Erscheinungsweise:** monatlich

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

Zahlung quartalsweise im Voraus

## Inhalt

### Aus der Gesetzgebung

Gesetz zur europaweiten Vollstreckung von Geldstrafen und Geldbußen.....	1
Änderung der Passverordnung.....	2

### Brandaktuell

BGH:           Widerruf eines Fernabsatzvertrages (zur Wertersatzpflicht des Käufers).....	4
---	---

### Entscheidungen materielles Recht

#### Zivilrecht

BGH:           Zuwendung durch Schwiegereltern (Rückforderung nach Trennung oder Scheidung).....	5
BGH:           unbefugtes Parken auf privatem Grund (Ersatzanspruch wegen verbotener Eigenmacht).....	9

#### Strafrecht

BGH:           Brechmitteleinsatz (strafrechtliche Haftung des Arztes).....	12
BGH:           Bankrott (unerlaubter Geldtransfer).....	14

#### öffentl. Recht

OVG Koblenz: Nutzungsuntersagung wegen Wohnungsprostitution (auch gegen Eigentümer als Vermieter zulässig).....	17
OVG Bln/Bbg: Religiöse Handlungen in der Schule (zum Anspruch auf ein rituelles islamisch Gebet).....	20

#### Kurzauslese I

BGH:           Fristberechnung (Sonnabend ist kein Werktag).....	24
BGH :           verbotene Eigenmacht (eigenmächtige Vermieteräumung).....	25
OLG Hamm:   Sachmängelhaftung (trotz Vereinbarung eines Gewährleistungsausschlusses).....	25
LG München: Leistungsaufforderung (Wirksamkeitsvoraussetzungen).....	26
BGH:           räuberische Erpressung (Rückforderung eines gezahlten „Freikaufpreises“).....	26
BGH:           schwere räuberische Erpressung (erzwungene Ausstellung eines Schuldscheins).....	26
BGH:           schwere Brandstiftung (Wohnmobil als taugliches Tatobjekt).....	27
BGH:           Rechtsbeugung durch Amtsrichter (Unvertretbarkeit der Entscheidung).....	27
OVG Magdeburg: Rundfunkgebühren (Verjährung bei Wohnungswechsel).....	27
VGH München: Widerruf eines begünstigenden Verwaltungsakts (Änderung einer Straßenbenennung).....	28
LG Hannover: Versammlungsfreiheit (Vermummungsverbot).....	28

## Entscheidungen Verfahrensrecht

### Zivilrecht

BVerfG:	Verjährungshemmung durch Antrag auf PKH (Anforderungen an die Veranlassung der Bekanntgabe).....	29
OLG Celle:	Titelumschreibung auf den Rechtsnachfolger (Verhältnis zwischen Zwangsverwalter und Ersteigerer eines Grundstücks).....	33

### Strafrecht

BGH:	verdeckte Ermittlungen in der JVA (Zulässigkeit).....	35
------	--	----

### öffentl. Recht

OVG Münster:	Erhebung von Zwangsgeld bei Unterlassungsverfügung (Wiederholungsgefahr nicht erforderlich).....	38
OVG Lüneburg:	Aussetzungsantrag an Behörde (strenger Maßstab an Entbehrlichkeit).....	41

### Kurzauslese II

OLG Köln:	fristwahrende Zustellung (Einwurf in Postfächer des Kurierdienstes eines Anwaltsvereins).....	44
BGH:	Klageerweiterung (Zulässigkeit in der Berufungsinstanz).....	44
OLG Koblenz:	Aufrechnung (Zulässigkeit in der Berufungsinstanz).....	44
BGH:	eingeschränkte Schuldfähigkeit (Pädophilie).....	45
AG Bonn:	Schweigepflichtentbindung (Anforderungen).....	45
BGH:	Urteil (fehlende richterliche Unterschrift).....	46
OVG Münster:	Verwaltungsrechtsweg (arbeitsrechtliche Streitigkeit).....	46
VG Berlin:	Hausverbot für JobCenter (Rechtsweg).....	46
OVG Koblenz:	verwaltungsgerichtliche Entscheidung (Umfang der materiellen Rechtskraft).....	47
OVG Berlin-Bbg:	Zwangsmittelandrohung (zulässige Verbindung mit Gebührenfestsetzung).....	47

## Speziell für Rechtsanwälte und Notare

### Gebühren und Kosten

OLG Düsseldorf:	einheitliche Auftragserteilung (neuer Auftrag / dieselbe Angelegenheit).....	48
OLG Naumburg:	Erhöhungsgebühr (auch im Rahmen der Beratungshilfe).....	48
OLG Nürnberg:	Geschäftsgebühr (Entwurf eines Mahnschreibens).....	48
BGH:	Terminsgebühr (Teilnahme an außergerichtlicher Besprechung).....	50
OLG Nürnberg:	Kostenerstattungsanspruch (selbstständiges Beweisverfahren).....	50
OLG Hamm:	Abstammungsverfahren (Erforderlichkeit der Anwaltsbeordnung).....	51
BGH:	Rechtsbeschwerde (in Verfahrenskostenhilfesachen).....	51

## Inhaltsverzeichnis

---

OLG Celle:	deklaratorisches Schuldanerkenntnis (Deckungszusage eines Rechtsschutzversicherers).....	51
BGH:	Verfahrenskostenhilfe (für Rechtsbeschwerdeverfahren in Freiheitsentziehungssachen).....	52
<b>Aus der Praxis</b>		
OLG Frankfurt a.M.:	Herausgabe von Handakten (keine berufsrechtliche, sanktionierbare Pflicht des Rechtsanwalts).....	53
OLG Köln:	Schadensersatz (Unterbrechung des Telefonanschlusses einer Anwaltskanzlei).....	53
BGH:	Berufungsverfahren (Zulässigkeit bei Parteiunfähigkeit).....	54
BGH:	Prozesskostenhilfe (zumutbare Verwertung einer Lebensversicherung).....	55
OLG Hamm:	Beginn der Verzinsung (Urteilsverkündung).....	56
BAG:	Prozesskostenhilfeantrag (Begründungsanforderungen).....	56
<b>Steuern</b>		
BFH:	private Nutzung eines Dienstwagens (Reichweite des Anscheinsbeweises).....	57
BFH:	Berufsbetreuer und Verfahrenspfleger (keine Einkünfte aus Gewerbebetrieb).....	58
BFH:	haushaltsnahe Dienstleistungen (Abgrenzung zu Handwerkerleistungen).....	59
BFH:	Festsetzungsverjährung (Hemmung nach „gestufter“ Selbstanzeige).....	60
<b>Weitere Schrifttumsnachweise</b> .....		62
<b>Mandantenbrief</b> .....		65



## Aus der Gesetzgebung

### A. Gesetz zur europaweiten Vollstreckung von Geldstrafen und Geldbußen

Gesetz zur Anwendung des Grundsatzes der gegenseitigen Anerkennung von Geldstrafen und Geldbußen (EuGeldG) vom 18.10.2010 – In-Kraft-Treten am 28.10.2010 (BGBl. I, S. 1408)

#### I. Allgemeines

Mit dem EuGeldG wurde der **europäische Rahmenbeschluss** über die Anwendung des Grundsatzes der gegenseitigen Anerkennung von Geldstrafen und Geldbußen in Deutschland **umgesetzt**. Die Umsetzung erfolgt durch Regelungen im Gesetz über die internationale Rechtshilfe in Strafsachen (IRG). Ziel ist die grenzüberschreitende Vollstreckung von Geldstrafen und Geldbußen in der Europäischen Union. Das gilt für Geldsanktionen, die in Deutschland verhängt werden, ebenso wie für ausländische Sanktionen. D. h.: **Entscheidungen anderer EU-Mitgliedstaaten über die Verhängung von Geldstrafen und Geldbußen** einschließlich Verfahrenskosten, Entschädigungen für das Opfer und Geldauflagen für Opferunterstützungsorganisationen **sind jetzt grds. anzuerkennen und in Deutschland zu vollstrecken**. Dies gilt für gerichtliche und behördliche Entscheidungen, für letztere allerdings nur, wenn sie vor einem auch für Strafsachen zuständigen Gericht angefochten werden können. Die Sanktionen können sich sowohl gegen natürliche als auch juristische Personen wie etwa Unternehmen richten.

#### II. Die wesentlichen Regelungen im Überblick

1. Für die Bewilligung und Vollstreckung ausländischer Geldsanktionen im Inland ist das **Bundesamt für Justiz (BfJ)** in Bonn für die Prüfung der Zulässigkeit, die Bewilligung und die Vollstreckung der Geldsanktionen **zuständig**. Etwas anderes gilt dann, wenn eine Geldstrafe gegen Jugendliche oder gleichgestellte Heranwachsende vollstreckt werden soll. Auf Antrag des BfJ entscheidet in diesen Fällen das zuständige Amtsgericht über die Zulässigkeit der Vollstreckung.

Auch die Vollstreckung von Geldsanktionen gegen juristische Personen und zur Opferentschädigung muss auf Antrag des BfJ **durch ein Gericht für zulässig erklärt** werden. Erhebt die betroffene Person Einspruch gegen den Bewilligungsbescheid, entscheidet ebenfalls das Amtsgericht.

2. Das Bundesamt für Justiz (BfJ) muss die **Vollstreckung** insbes. **ablehnen**, wenn
  - die verhängte Geldsanktion einen **Betrag von 70 € nicht erreicht**,
  - die **betroffene Person wegen der Tat im Inland verfolgt** und gegen sie bereits eine verfahrensabschließende Entscheidung ergangen ist ("ne bis in idem"),
  - für die der Entscheidung zugrundeliegende Tat auch die **deutsche Gerichtsbarkeit** gegeben ist und die **Vollstreckung nach deutschem Recht bereits verjährt** ist,
  - die betroffene Person nach deutschem Recht aufgrund ihres Alters strafrechtlich nicht verantwortlich handelte (**Strafunmündigkeit**) oder **strafrechtliche Immunität** genießt,
  - im Falle eines schriftlichen Verfahrens die betroffene Person **nicht über ihre Möglichkeiten zur Anfechtung und bestehende Fristen informiert** wurde,
  - im Falle von Abwesenheitsurteilen die betroffene Person **nicht die Möglichkeit hatte, sich in einem mündlichen Termin zu äußern**,
  - die betroffene Person in dem ausländischen Verfahren **keine Gelegenheit hatte einzuwenden**, für die der Entscheidung zugrunde liegende Handlung **nicht**

**verantwortlich zu sein**, und sie dies gegenüber der Bewilligungsbehörde (also ggü. dem BfJ) geltend macht.

3. Die **Vollstreckung** einer ausländischen Entscheidung ist **grds. zulässig, solange sie nach dem Recht des ersuchenden Staates nicht verjährt** ist.

Die Verjährung nach deutschem Recht spielt nur dann eine Rolle, wenn auch eine inländische Gerichtsbarkeit gegeben ist. Dies ist z.B. dann der Fall, wenn die in Frage stehende Tat sowohl im Ausland als auch im Inland begangen wurde (z. B. grenzüberschreitender Verkehrsverstoß).

4. Damit sichergestellt ist, dass betroffene Personen von der Vollstreckung ausländischer Entscheidungen nach Inkrafttreten des Gesetzes nicht überrascht werden ist eine **Stichtagsregelung** vorgesehen, die auf das Datum vom **27.10.2010** abstellt. Die Stichtagsregelung ist bedeutsam für den **Zeitpunkt des Erlasses der ausländischen behördlichen Entscheidung bzw. den Eintritt der Rechtskraft einer gerichtlichen Entscheidung**. Ausländische behördliche Entscheidungen dürfen danach nur vollstreckt werden, wenn sie nach dem 27.10.2010 erlassen wurden, bzw. - bei gerichtlichen Entscheidungen - nach diesem Zeitpunkt rechtskräftig wurden.

5. **Gegen den Bewilligungsbescheid können Betroffene innerhalb einer Frist von 2 Wochen Einspruch einlegen**. Das Verfahren wird dann, sofern das BfJ nicht abhilft, an das für den Wohnsitz der betroffenen Person zuständige Amtsgericht abgegeben. Das Gericht prüft zunächst die Zulässigkeit des Einspruchs (Form und Frist). Hält es den Einspruch für unzulässig, verwirft es ihn durch Beschluss. Dieser Beschluss ist unanfechtbar. Andernfalls überprüft das Gericht die Bewilligungsentscheidung im Hinblick auf die Zulässigkeit und die Bewilligungsfähigkeit des Ersuchens. Die Richtigkeit der zu vollstreckenden ausländischen Entscheidung wird dabei nicht überprüft. Hält das Gericht den Einspruch zwar für zulässig, aber für unbegründet, weist es den Einspruch zurück. Hiergegen kann die betroffene Person **Rechtsbeschwerde vor dem Oberlandesgericht** einlegen. Die Rechtsbeschwerde wird zugelassen, wenn die Überprüfung zur Fortbildung des Rechts oder zur Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung geboten oder wenn der amtsgerichtliche Beschluss wegen Versagung des rechtlichen Gehörs aufzuheben ist.

Vor einer Bewilligungsentscheidung hört das BfJ die betroffene Person an und gibt ihr Gelegenheit, binnen zwei Wochen nach Zugang des Anhörungsschreibens Stellung zu nehmen.

## B. Änderung der Passverordnung

Verordnung über Personalausweise und den elektronischen Identitätsnachweis vom 01.11.2010 – Inkraft-Treten am 01.11.2010 (BGBl. I, S. 1460)

### I. Allgemeines

**Seit dem 01.11.2010** gibt es in Deutschland den **neuen Personalausweis**. Dieser wird zur wichtigsten Karte: Mit dem neuen Ausweis kann man sich **digital** ausweisen. Das ermöglicht sichere Geschäfte im Internet. Persönliche Daten sind besser geschützt als bei vielen anderen Anmeldeverfahren mit Passwörtern oder Geheimnummern. Internetnutzer müssen weniger Daten über sich offen legen, wenn sie mit ihrem neuen Personalausweis im Internet unterwegs sind.

Der neue Personalausweis ist so groß wie eine **Kreditkarte**. Er trägt einen **Chip, auf dem persönliche Daten und Foto digital gespeichert sind**. Sofern gewünscht, können auch zwei **Fingerabdrücke** auf dem Chip gespeichert werden.

Neu ist außerdem eine **Unterschriftsfunktion**: Sie wirkt wie eine persönliche, dabei aber digitale Unterschrift. Wer diese Funktion nutzen will, kann einfach und bequem online Verträge, Anträge und Urkunden unterzeichnen, die sonst nur per Schriftform rechtsverbindlich wären. Papiausdrucke mit handschriftlicher Unterschrift und der anschließende Versand per Post sind nicht mehr nötig. Auch digitale Dokumente können so "unterschrieben" werden.

Alte Ausweise müssen nicht umgetauscht werden. Sie behalten bis zu ihrem Ablaufdatum ihre Gültigkeit. Der alte Ausweis kann aber schon vorher gegen einen neuen Ausweis ausgetauscht werden.

Um die Einheitlichkeit zwischen Pass- und Personalausweisrecht aufrecht zu erhalten und den Verwaltungsaufwand sowie die Kosten für die Passbehörden möglichst gering zu halten, soll für die Übermittlung der Passdaten zwischen Passbehörde und Passhersteller das gleiche Datenaustauschformat verwendet werden wie im Personalausweiswesen. Zudem soll, wie im Personalausweisrecht, eine dynamische Verweisnorm auf die Technischen Richtlinien des Bundesamtes für Sicherheit in der Informationstechnik aufgenommen werden.

## II. Gebühren

Für die **erstmalige Beantragung des neuen Ausweises** fällt eine Gebühr in Höhe von **28,80 €** an. Für unter 24-Jährige beträgt die Gebühr für die Ausstellung des neuen Personalausweises 22,80 €. Ausweispflichtige zwischen 16 und 18 Jahren, die erstmals einen Personalausweis beantragen, müssen ebenfalls 22,80 € entrichten. Auf eine Gebührenbefreiung bzw. Ermäßigung bei Bedürftigkeit für Gebühren im Zusammenhang mit der Online-Ausweisfunktion wurde verzichtet. Die **Gebühr für das nachträgliche Aktivieren der Online-Ausweisfunktion, das Ändern der PIN im Bürgeramt und das Entsperren der Online-Ausweisfunktion** beträgt für alle Bürgerinnen und Bürger **6 €**.

## Brandaktuell

BGB  
§ 357

### Widerruf eines Fernabsatzvertrages zur Wertersatzpflicht des Käufers

BGB

(BGH in Pressemitteilung Nr. 2010/2010– Urteil vom 03.11.2010, Az.: VIII ZR 337/09)

**Fall:** Im August 2008 schlossen die Parteien per E-Mail einen Kaufvertrag über ein Wasserbett zum Preis von 1.265 €. Das Angebot des Beklagten, der die Wasserbetten über das Internet zum Verkauf anbietet, war dem Kläger per E-Mail als angehängte PDF-Datei übersandt worden. Der Text der E-Mail enthält eine Widerrufsbelehrung. Im weiteren Text der E-Mail heißt es:

"Im Hinblick auf die o.g. Widerrufsbelehrung weisen wir ergänzend darauf hin, dass durch das Befüllen der Matratze des Wasserbettes regelmäßig eine Verschlechterung eintritt, da das Bett nicht mehr als neuwertig zu veräußern ist."

Das Wasserbett wurde gegen Barzahlung beim Käufer angeliefert. Der Käufer baute das Wasserbett auf und befüllte die Matratze mit Wasser. Anschließend übte er sein Widerrufsrecht aus. Nach Abholung des Wasserbetts forderte er den Verkäufer zur Rückzahlung des Kaufpreises auf. Der Verkäufer erstattete lediglich einen Betrag von 258 € und machte geltend, dass das Bett nicht mehr verkäuflich sei; lediglich die Heizung mit einem Wert von 258 € sei wieder verwertbar.

Der Kläger hat grundsätzlich einen Anspruch auf Rückzahlung des Kaufpreises nach §§ 357 I 1, 346 I BGB haben.

Allerdings könnte dem Beklagten seinerseits ein Anspruch auf **Wertersatz nach §§ 357, 346 II Nr. 3 BGB** zustehen und er so durch Aufrechnung den Rückzahlungsanspruch des Klägers gemindert haben. Dabei muss der Verbraucher nach § 357 III 1 auch Wertersatz für eine durch die bestimmungsgemäße **Ingebrauchnahme entstandene Verschlechterung** leisten, wenn er spätestens bei Vertragsschluss in Textform auf diese Rechtsfolge und eine Möglichkeit hingewiesen worden ist, sie zu vermeiden. Die Wertersatzpflicht besteht jedoch nach § 357 III 3 BGB dann **nicht**, wenn die Verschlechterung ausschließlich auf die **Prüfung der Sache** zurückzuführen ist.

*„Der Verbraucher soll nach Art. 6 der Richtlinie 97/7/EG (Fernabsatzrichtlinie) und der sie umsetzenden deutschen Regelung **grundsätzlich Gelegenheit haben**, die durch Vertragsabschluss im Fernabsatz gekaufte **Ware zu prüfen und auszuprobieren**, weil er die Ware vor Abschluss des Vertrags nicht sehen konnte. Dies schließt die Ingebrauchnahme ein, soweit sie zu Prüfzwecken erforderlich ist, selbst wenn sie zu einer Wertminderung der Ware führt.*

*Der Aufbau des Betts und die Befüllung der Matratze mit Wasser stellen lediglich eine Prüfung der Sache dar.“* (BGH aaO)

Eine Wertersatzpflicht des Klägers besteht demnach nicht, so dass sein Rückzahlungsanspruch nicht durch eine Aufrechnung des Beklagten gemindert werden konnte. Er hat daher einen Anspruch auf Rückzahlung des Restkaufpreises.

#### **Art. 6 der Richtlinie 97/7 (Fernabsatz-Richtlinie): Widerrufsrecht**

(1) Der Verbraucher kann jeden Vertragsabschluß im Fernabsatz innerhalb einer Frist von mindestens sieben Werktagen ohne Angabe von Gründen und ohne Strafzahlung widerrufen. Die einzigen Kosten, die dem Verbraucher infolge der Ausübung seines Widerrufsrechts auferlegt werden können, sind die unmittelbaren Kosten der Rücksendung der Waren.

...

(2) Übt der Verbraucher das Recht auf Widerruf gemäß diesem Artikel aus, so hat der Lieferer die vom Verbraucher geleisteten Zahlungen kostenlos zu erstatten. Die einzigen Kosten, die dem Verbraucher infolge der Ausübung seines Widerrufsrechts auferlegt werden können, sind die unmittelbaren Kosten der Rücksendung der Waren. ...

## Entscheidungen materielles Recht

BGB  
§§ 516, 812

### Zuwendung durch Schwiegereltern Rückforderung nach Trennung oder Scheidung (BGH in NJW 2010, 2884; Urteil vom 21.07.2010 – XII ZR 180/09)

BGB

1. Die **Grundsätze des Wegfalls der Geschäftsgrundlage** sind auch **bei Schenkungen** trotz der spezielleren Regelungen der §§ 527, 528, 530 BGB **anwendbar**.
2. **Schwiegerelterliche Zuwendungen** erfüllen auch dann den Tatbestand einer **Schenkung**, wenn sie **um der Ehe willen** und in der Vorstellung erfolgen, dass das eigene **Kind** an der Vermögenszuwendung **partizipieren** wird.
3. Geschäftsgrundlage sind die **nicht zum eigentlichen Vertragsinhalt** erhobenen, bei Vertragsschluss aber zutage getretenen **gemeinsamen Vorstellungen beider Vertragsparteien**.
4. Handeln die Eltern in der Vorstellung die **eheliche Lebensgemeinschaft** des von ihnen beschenkten Schwiegenerkindes mit ihrem Kind werde **Bestand haben** und ihre **Schenkung** demgemäß **dem eigenen Kind dauerhaft zugute** kommen, so bestimmt sich bei Scheitern der Ehe eine **Rückabwicklung der Schenkung nach den Grundsätzen über den Wegfall der Geschäftsgrundlage**.
5. Ein Anspruch nach § 812 I 2 Alt. 2 BGB wegen Zweckverfehlung ist möglich, setzt jedoch **positive Kenntnis** des anderen **von der Zweckvorstellung** voraus. Im temporären Bestand der Ehe kann jedenfalls keine Zweckerreichung gesehen werden.

**Fall:** Die Kl. ist die Schwiegermutter des Bekl. Sie verlangt die Erstattung von Geldbeträgen, die sie für die Errichtung eines Einfamilienhauses auf dem Grundstück des Bekl. aufgewandt hat. Der Bekl. heiratete 1989 die Tochter der Kl. 2001 übertrug ihm sein Vater ein unbebautes Grundstück, auf dem er ein Einfamilienhaus errichtete. Die Kl. leistete zum Hausbau finanzielle Beiträge in Höhe von jedenfalls 128.101,14 Euro. Im Dezember 2001 war das Haus fertig gestellt und wurde vom Bekl., der Tochter der Kl. und den gemeinsamen Kindern bezogen. Im September 2003 zog die Tochter der Kl. mit einem der Kinder aus dem Haus aus und lebte seitdem vom Bekl. getrennt. 2005 wurde die Ehe geschieden. In einem seit 2008 anhängigen Verfahren hat die Tochter der Kl. gegen den Bekl. Zugewinnausgleich in Höhe von rund 63.000 Euro geltend gemacht, der sich im Wesentlichen aus der Wertsteigerung des nunmehr bebauten Grundstücks ergeben soll. Der Bekl. hat in jenem Verfahren geltend gemacht, keinen Zugewinn erzielt zu haben. Der Wert des Grundstücks sei geringer als die Tochter der Kl. behauptete; außerdem sei von seinem Endvermögen der im vorliegenden Verfahren geltend gemachte Rückforderungsanspruch der Kl. abzusetzen. Das FamG hat im Hinblick auf die Vorgefährlichkeit des vorliegenden Rechtsstreits das Ruhen des Zugewinnausgleichsverfahrens angeordnet.

Hat die Kl. gegen den Beklagten einen Anspruch auf Rückgewähr des Zuwendungsbetrages?

**I. Die Kl. könnte gegen den Beklagten einen Anspruch auf Rückgewähr des Zuwendungsbetrages nach §§ 527, 528, 530 BGB haben.**

Es handelt sich hier jedoch weder darum, dass mit der Zuwendung der Kl. eine Auflage verbunden gewesen wäre, die nicht erfüllt wurde noch ist die Kl. verarmt. Auch stellt das Scheitern der Ehe keinen groben Undank dar, so dass eine Rückforderung nach §§ 527, 528, 530 BGB nicht in Betracht kommt.

**II. Die Kl. könnte gegen den Beklagten einen Anspruch auf Rückgewähr des Zuwendungsbetrages nach §§ 516 I, 313 BGB wegen Wegfalls der Geschäftsgrundlage haben.**

**1. Vorliegen einer Schenkung nach § 516 I BGB**

Eine Schenkung setzt den erkennbaren Willen des Zuwendenden voraus, dass die Leistung zu einer den Empfänger einseitig begünstigenden und frei disponiblen Bereicherung führen soll.

*„Wie der Senat - nach Erlass der angefochtenen Entscheidung und in Abkehr von seiner bisherigen Rechtsprechung - im einzelnen ausgeführt hat, erfüllen **schwiegerelterliche Zuwendungen** auch dann **sämtli-***

*che tatbestandlichen Voraussetzungen des § 516 I BGB, wenn sie um der Ehe des eigenen Kindes willen erfolgen (Senatsurteil vom 03.02.2010, FamRZ 2010, 958 Tz. 19 ff.; vgl. hierzu Schlecht FamRZ 2010, 1021; kritisch Wever FamRZ 2010, 1047 und Schulz FF 2010, Heft 7+8). Insbesondere fehlt es im Falle schwiegerelterlicher Zuwendungen nicht an einer mit der Zuwendung einhergehenden dauerhaften Vermögensminderung beim Zuwendenden, wie sie § 516 I BGB voraussetzt (vgl. MüKo-BGB/Koch 5. Aufl. § 516 Rn 5 f.). Insoweit unterscheidet sich die Situation von der Vermögenslage, die durch unbenannte Zuwendungen unter Ehegatten entsteht, grundlegend. Dort ist eine Schenkung regelmäßig deshalb zu verneinen, weil der zuwendende Ehegatte die Vorstellung hat, der zugewendete Gegenstand werde ihm letztlich nicht verloren gehen, sondern der ehelichen Lebensgemeinschaft und damit auch ihm selbst zugute kommen (so Senatsurteile BGHZ 177, 193 [198], BGH FamRZ 1990, 600 [603]; Wagenitz in Schwab/Hahne Familienrecht im Brennpunkt FamRZ-Buch Bd. 20 S. 167). Demgegenüber übertragen **Schwiegereltern** den zuzuwendenden Gegenstand regelmäßig in dem Bewusstsein auf das Schwiegerkind, **künftig an dem Gegenstand nicht mehr selbst zu partizipieren** (vgl. Schwab in Festschrift für Werner 2009 S. 459, 462 f.; Staudinger/Thiele BGB [2007] § 1363 Rn 27). Die Zuwendung aus ihrem Vermögen hat also eine **dauerhafte Verminderung** desselben zur Folge (kritisch Wever FamRZ 2010, 1047 [1048]).“ (BGH aaO)*

## 2. Anwendbarkeit des § 313 BGB auf Schenkungen

Gegen die Anwendbarkeit des § 313 BGB auf Schenkungen könnte sprechen, dass die im Schenkungsrecht ausdrücklich vorgesehenen Anspruchsgrundlagen für die **Rückforderung von Geschenken** wegen Nichterfüllung einer Auflage, wegen Verarmung und wegen groben Undanks des Beschenkten (**§§ 527, 528, 530 BGB**) **Sonderfälle des Wegfalls der Geschäftsgrundlage** und damit den allgemeinen Grundsätzen gegenüber speziell ist.

*„Vielmehr ist in der Rechtsprechung anerkannt, dass das **allgemeine Rechtsinstitut des Wegfalls der Geschäftsgrundlage** anwendbar ist, soweit der **Sachverhalt außerhalb** des Bereichs der **speziellen Herausgabeansprüche des Schenkers** liegt (BGH FamRZ 2006, 473 [475]; FamRZ 1990, 600 [602] m.w.N.). Um einen Sachverhalt außerhalb des Bereichs der Sondervorschriften handelt es sich indes auch bei dem Scheitern der Ehe (BGH FamRZ 1990, 600 [602]). Auch wenn die Zuwendungen der Schwiegermutter somit **nicht als unbenannte Zuwendung**, sondern als Schenkung zu werten sind, sind auf sie dennoch die **Grundsätze des Wegfalls der Geschäftsgrundlage** anwendbar (Senatsurteil vom 03.02.2010, FamRZ 2010, 958 Tz. 25 ff.; vgl. ferner BGH FamRZ 2003, 223, FamRZ 1999, 705 [707]).“ (BGH aaO)*

Die Grundsätze des Wegfalls der Geschäftsgrundlage sind daher hier anwendbar.

## 3. Vorliegen der Voraussetzungen des § 313 BGB

### a) Begriff der Geschäftsgrundlage

Nach ständiger Rechtsprechung sind Geschäftsgrundlage die **nicht zum eigentlichen Vertragsinhalt** erhobenen, bei Vertragsschluss aber zutage getretenen **gemeinsamen Vorstellungen beider Vertragsparteien** sowie die der einen Vertragspartei erkennbaren und von ihr nicht beanstandeten Vorstellungen der anderen vom Vorhandensein oder dem künftigen Eintritt gewisser Umstände, sofern der Geschäftswille der Parteien auf diesen Vorstellungen aufbaut (BGH NZBau 2009, 771 [774] m.w.N.).

*„Ist dies hinsichtlich der **Vorstellung der Eltern**, die **eheliche Lebensgemeinschaft** des von ihnen beschenkten Schwiegerkindes mit ihrem Kind werde **Bestand haben** und ihre **Schenkung** demgemäß **dem eigenen Kind dauerhaft zugute** kommen, der Fall, so bestimmt sich bei Scheitern der Ehe eine **Rückabwicklung der Schenkung nach den Grundsätzen über den Wegfall der Geschäftsgrundlage**.“ (BGH aaO)*

### b) Fortbestand der Ehe als Geschäftsgrundlage der Zuwendung

Im vorliegenden Fall könnte die Vorstellung vom Fortbestand der Ehe Geschäftsgrundlage der Zuwendung an den Bekl. gewesen sein.

*„Nach den **tatrichterlichen Feststellungen**, von denen - weil für die Revisionsklägerin **günstig** - **revisionsrechtlich** auszugehen ist, war die **Geschäftsgrundlage der Schenkungen** der Klägerin deren für den Beklagten erkennbare Erwartung, dessen **Ehe mit der Tochter** der Klägerin werde **Bestand haben**; mit der Schenkung werde zur Schaffung einer **Familienwohnung** beigetragen, die der Tochter auf Dauer zugute komme. Diese Geschäftsgrundlage ist - wie das Berufungsgericht zutreffend erkennt - **mit dem Auszug der Tochter** aus dem im Alleineigentum des Beklagten stehenden Haus und der Scheidung ihrer Ehe **entfallen**.“ (BGH aaO)*

### c) Zumutbarkeit des Festhaltens an der Schenkung

Möglicherweise ist der Kl. jedoch das Festhalten am Vertrag zuzumuten. Die Vorstellung der Kl., die Zuwendung werde letztlich dauerhaft auch ihrer Tochter zugute kommen, könnte nach wie vor dadurch realisiert werden, dass im Rahmen der Scheidung ein Zugewinnausgleichsverfahren stattzufinden hat und die Tochter insofern an der Zuwendung nach wie vor partizipieren könnte.

*„Wie der Senat in seinem Urteil vom 03.02.2010 (FamRZ 2010, 958 Tz. 28 ff.) - ebenfalls in Abkehr von seiner bisherigen Rechtsprechung - entschieden hat, wird der **Rückforderungsanspruch** der Schwiegereltern **nicht durch den Umstand gehindert**, dass die Schenkung an das Schwiegerkind **über den Zugewinnausgleich** teilweise auch dem **eigenen Kind zugute kommen** könnte. Dieser Gedanke ist zu Zuwendungen unter Eheleuten entwickelt worden. Er kann auf schwiegerelterliche Schenkungen nicht übertragen werden. Das ergibt sich, wie der Senat näher dargelegt hat (BGH FamRZ 2010, 958 Tz. 32 ff.), bereits aus einer vergleichenden Betrachtung der Auswirkungen des Zugewinnausgleichs auf schwiegerelterliche Schenkungen einerseits und auf Zuwendungen unter Eheleuten andererseits.*

*Ein Rückforderungsanspruch der Schwiegereltern ist, wie der Senat im einzelnen dargelegt hat (BGH FamRZ 2010, 958 Tz. 38 ff.), auch nicht deshalb regelmäßig zu verneinen, weil ansonsten die **Gefahr einer doppelten Inanspruchnahme des Beschenkten** - einerseits im Wege des Zugewinnausgleichs von Seiten seines Ehegatten, andererseits nach den Grundsätzen über den Wegfall der Geschäftsgrundlage von Seiten seiner Schwiegereltern - bestünde (vgl. dazu BGHZ 129, 259 [265]).*

*Das Schwiegerkind braucht regelmäßig eine **Inanspruchnahme im Wege des Zugewinnausgleichs nicht zu befürchten**. Dies ergibt sich bereits daraus, dass schwiegerelterliche Schenkungen nicht nur im End-, sondern auch **im Anfangsvermögen des Schwiegerkindes zu berücksichtigen** sind und sich somit im Zugewinnausgleich nicht auswirken. Während auf der Grundlage der bisherigen Senatsrechtsprechung unbenannte Zuwendungen der Schwiegereltern nicht gemäß § 1374 II BGB dem Anfangsvermögen hinzuzurechnen waren (BGHZ 129, 259 [263]), können die nunmehr als Schenkung zu wertenden schwiegerelterlichen Zuwendungen auch dann unter § 1374 II BGB subsumiert werden, wenn sie **um der Ehe des eigenen Kindes Willen** erfolgt sind (vgl. Soergel/Mühl/Teichmann BGB 12. Aufl. § 516 Rn 36).“ (BGH aaO)*

Eine Privilegierung schwiegerelterlicher Schenkungen gemäß § 1374 II BGB ist auch nicht deshalb abzulehnen, weil dies **unangemessene Konsequenzen für den Zugewinnausgleich** nach sich ziehen könnte.

*„Zwar ist die Gefahr unbilliger Ergebnisse im Zugewinnausgleichsverfahren nicht von vornherein von der Hand zu weisen. Denn nach der Rechtsprechung des Senats (BGH FamRZ 2007, 877 [878]) entstehen etwaige Rückforderungsansprüche der Schwiegereltern vor dem für den Zugewinnausgleich maßgeblichen Stichtag (vgl. § 1384 BGB). Demgemäß sind sie im Endvermögen des Beschenkten zu berücksichtigen (vgl. BGH FamRZ 1998, 669 [670]). Dieser Umstand kann im Ausgangspunkt zur Folge haben, dass dem **eigenen Kind** der schenkenden Schwiegereltern nicht nur gemäß § 1374 II BGB die Schenkung selbst nicht zugute kommt, sondern es **im ungünstigsten Fall den Rückforderungsanspruch** über den Zugewinnausgleich **hälftig mitzutragen** hat.*

*Jedoch können derartige **unbillige Ergebnisse** dadurch **vermieden werden**, dass die privilegierte schwiegerelterliche Schenkung lediglich in einer **um den Rückforderungsanspruch verminderten Höhe in das Anfangsvermögen** des Schwiegerkindes **eingestellt** wird. Denn der Beschenkte hat den zugewendeten Gegenstand nur mit der Belastung erworben, die Schenkung im Falle des späteren Scheiterns der Ehe schuldrechtlich ausgleichen zu müssen. Zwar steht bei Eingehen der Ehe noch nicht fest, ob und in welcher Höhe der Rückforderungsanspruch entstehen wird, es handelt sich also um eine **ungewisse Forderung**. Allerdings besteht in der Regel nur **Veranlassung**, das Anfangsvermögen zu ermitteln, wenn die **Ehe gescheitert** ist. Dann steht aber auch fest, dass und in welcher Höhe die Forderung entstanden ist. Daher kann sie mit ihrem vollen Wert in das Anfangsvermögen des Beschenkten eingestellt werden (Haußleiter/ Schulz Kap. 6 Rn 154; Tiedtke JZ 1992, 1025 [1027]). Dem steht nicht entgegen, dass künftige Verbindlichkeiten grundsätzlich in der Zugewinnausgleichsbilanz nicht berücksichtigt werden (vgl. Palandt/Brudermüller BGB 68. Aufl. § 1375 Rn 15, § 1374 Rn 4; kritisch Schulz FF 2010, Heft 7+8 unter Hinweis auf das Prinzip einer stichtagsbezogenen Bewertung). Denn die hier interessierende künftige Verbindlichkeit hängt eng mit einem Gegenstand des Anfangsvermögens und mit der Ehe der Parteien zusammen, über deren künftigen Bestand aus der Sicht des Zuwendungszeitpunktes zu spekulieren nicht möglich, jedenfalls aber nicht sachgerecht ist. Dies rechtfertigt eine abweichende Beurteilung.*

*Ist demgemäß **nicht nur die Schenkung selbst**, sondern auch der **Rückforderungsanspruch** der Schwiegereltern **sowohl im End- als auch im Anfangsvermögen des Schwiegerkindes zu berücksichtigen**, folgt hieraus zugleich, dass die Schenkung der Schwiegereltern regelmäßig im Zugewinnausgleichsverfahren vollständig unberücksichtigt bleiben kann.“ (BGH aaO)*

Im Ergebnis können folglich schwiegerelterliche Rückforderungsansprüche **nicht** mit der Begründung verneint werden, dass das beschenkte Schwiegerkind mit dem eigenen Kind der Schwiegereltern in gesetzlichem Güterstand gelebt hat und das eigene Kind daher über den Zugewinnausgleich teilweise von der Schenkung profitiert.

### III. Die Kl. könnte gegen den Bekl. einen Anspruch auf Rückgewähr der Zuwendungen nach § 812 I 2 Alt. 2 BGB haben.

#### 1. Anwendbarkeit

*„Solche Ansprüche können jedenfalls nicht mehr mit der vom Oberlandesgericht angeführten Erwägung abgelehnt werden, es liege keine Schenkung vor, sondern eine unbenannte Zuwendung, die ausschließlich nach den Grundsätzen über den Wegfall der Geschäftsgrundlage abzuwickeln sei und die Anwendung bereicherungsrechtlicher Grundsätze auch dann ausschliesse, wenn deren tatbestandliche Voraussetzungen gegeben seien.*

*In seiner bisherigen Rechtsprechung hat der Senat es zwar abgelehnt, allein um der Ehe des eigenen Kindes Willen erfolgte schwiegerelterliche Zuwendungen auf der Grundlage von Bereicherungsansprüchen wegen Zweckverfehlung rückabzuwickeln (BGHZ 129, 259 [264]). Eine Rückabwicklung nach § 812 I 2 Alt. 2 BGB kam danach nur in Betracht, wenn zwischen Zuwendungsempfänger und Zuwendendem eine **Willensübereinstimmung** bezüglich eines **über die bloße Verwirklichung der ehelichen Gemeinschaft hinausgehenden Zweckes** erzielt wurde, beispielsweise über den künftigen Miteigentumserwerb durch das eigene Kind des Zuwendenden (vgl. Senatsurteil BGHZ 115, 261 [262 f.]). Insoweit galt also nichts anderes als in Ansehung der bereicherungsrechtlichen Rückabwicklung ehebedingter Zuwendungen unter Ehegatten (BGHZ 115, 261 [262] m.w.N.).*

*Auch an dieser Rechtsprechung hat der Senat indes - nach Erlass der angefochtenen Entscheidung - nicht festgehalten (BGH FamRZ 2010, 958 Tz. 47 ff.; zu Zuwendungen unter den Partnern einer nichtehelichen Lebensgemeinschaft vgl. bereits BGH FamRZ 2009, 849 [850]; BGHZ 177, 193 [266 ff.]).*

*Allein der Aspekt der **größeren Flexibilität einer Abwicklung nach den Grundsätzen des Wegfalls der Geschäftsgrundlage** vermag nicht zu rechtfertigen, warum stattdessen nicht auch Bereicherungsansprüche wegen Zweckverfehlung gegeben sein können, sofern deren tatbestandliche Voraussetzungen vorliegen. Auch sind Fälle denkbar, in denen Schwiegereltern mit ihrer Schenkung **ehebezogene Zwecke** verfolgen und hierüber mit dem Empfänger der Leistung eine **Willensübereinstimmung erzielen**, in denen dieser Zweck aber infolge des Scheiterns der Ehe nicht erreicht wird. Insbesondere kann der verfolgte Zweck im Sinne des § 812 I 2 Alt. 2 BGB darin bestehen, dass der Zuwendungsgegenstand dem eigenen Kind der Schwiegereltern dauerhaft zugute kommen soll, indem dessen Ehe fortbesteht (vgl. OLG Köln FamRZ 1994, 1242 [1244]; OLG Hamm FamRZ 1990, 1232; vgl. auch Joost JZ 1985, 10 [17] zur unbenannten Zuwendung unter Ehegatten). Allein dadurch, dass die Ehe eine gewisse Zeit Bestand hatte und das eigene Kind der Schwiegereltern in dieser Zeit von der Schenkung profitierte, wird ein derartiger **Zweck** in solchen Fällen **noch nicht vollständig** erreicht, so dass Ansprüche aus Bereicherungsrecht **nicht stets unter Hinweis auf die Zweckerreichung abgelehnt** werden können (vgl. BGHZ 115, 261 [264]; BGHZ 84, 361 [363], jeweils zum Zweck der Schaffung eines Familienheims).“ (BGH aaO)*

#### 2. Anforderungen an die Zweckvereinbarung

Eine **Zweckabrede** im Sinne des § 812 I 2 Alt. 2 BGB setzt **positive Kenntnis von der Zweckvorstellung des anderen Teils** voraus, ein bloßes Kennenmüssen genügt nicht (BGHZ 115, 261 [263]).

*„Hinzu kommt, dass die Beteiligten im Zeitpunkt der Schenkung nicht selten die Möglichkeit eines späteren Scheiterns der Ehe nicht in ihre Überlegungen aufnehmen. In diesen Fällen mag zwar dennoch eine **gemeinsame Vorstellung** vom Fortbestand der ehelichen Lebensgemeinschaft vorliegen, welche die **Geschäftsgrundlage** der Schenkung bildet; eine entsprechende **Zweckvereinbarung** kommt jedoch von vornherein **nicht in Betracht** (vgl. Hausmann/Hohloch Das Recht der nichtehelichen Lebensgemeinschaft 2. Aufl. 4. Kap. Rn 142; Kühne FamRZ 1968, 356 [358]).“ (BGH aaO)*

### IV. Ergebnis

Die Sache wurde zur weiteren Sachaufklärung zurückverwiesen.

*„Der Senat vermag in der Sache nicht abschließend zu entscheiden. Zwar hat das Berufungsgericht **Feststellungen zur Geschäftsgrundlage der Schenkung** und zu deren Wegfall getroffen. Allerdings fehlt es an hinreichenden Feststellungen, um dem Senat eine eigene Billigkeitsabwägung nach den Regeln über den Wegfall der Geschäftsgrundlage zu ermöglichen. Ebenso wenig kann auf der Grundlage der bisherigen Feststellungen beurteilt werden, ob zwischen der Klägerin und dem Beklagten eine **Zweckvereinbarung** im Sinne des § 812 I 2 Alt. 2 BGB **zustande gekommen** ist. Außerdem ist ungeklärt, ob und in welchem Umfang die Klägerin dem Beklagten Geldleistungen zugewandt hat, die den zwischen den Parteien unstreitigen Betrag von jedenfalls 128.101,14 € übersteigen. Das angefochtene Urteil war deshalb aufzuheben und die Sache an das Berufungsgericht zurückzuverweisen.“ (BGH aaO)*

BGB  
§§ 823 II, 858, 859

**unbefugtes Parken auf privatem Grund**  
**Ersatzanspruch wegen verbotener Eigenmacht**  
 (BGH in r+s 2010, 342; Urteil vom 05.06.2010 – V ZR 144/08)

BGB

1. Das **unbefugte Abstellen** eines Fahrzeugs auf einem **fremden Grundstück** stellt eine **verbotene Eigenmacht** nach § 858 I BGB dar, derer sich der Eigentümer nach § 859 BGB mit Selbsthilfe erwehren darf.
2. Die Ausübung des **Selbsthilferecht** ist **an das Verhältnismäßigkeitsprinzip gebunden**, so dass die am wenigsten eingreifende Sanktion gewählt werden muss.
3. Das Abschleppen eines unbefugt geparkten Fahrzeugs im Rahmen der Selbsthilfe ist **nicht** vom Vorliegen einer **konkreten Behinderung** abhängig.
4. Die **Abschleppkosten** stellen einen **adäquat kausal entstandenen Schaden** des die Selbsthilfe ausübenden Grundstückseigentümers nach §§ 823 II, 858 I BGB dar.
5. Dieser **Kausalzusammenhang** besteht allerdings **nicht für** die durch Einschaltung eines **Inkassounternehmens** entstehenden Kosten.

**Fall:** Dem B gehört ein Grundstück, welches als Parkplatz mehrerer Einkaufsmärkte genutzt wird. Dort steht ein großes, gut sichtbares Schild mit folgenden Hinweisen:

„Mo.-Sa. 6.00-21.00 Uhr nur für Kunden und Mitarbeiter des Nahversorgungszentrums Parken nur mit Parkuhr, Parkzeit 1,5 h (daneben ist eine Parkscheibe abgebildet)

Parken nur innerhalb der gekennzeichneten Flächen! Widerrechtlich abgestellte Fahrzeuge werden kostenpflichtig abgeschleppt (daneben ist ein Abschlepp-Piktogramm abgebildet)“

Am 06.03.2007 schloss B mit einem Abschleppunternehmen und einem Inkassounternehmen eine Vereinbarung, in der es u.a. heißt:

2. Der Eigentümer beauftragt das Abschleppunternehmen, unberechtigt parkende oder versperrend abgestellte Fahrzeuge von dem ... Grundstück abzuschleppen und zu entfernen.
3. Die Durchführung des Abschleppvorgangs setzt voraus, dass sich das Abschleppunternehmen zuvor darüber vergewissert, dass dieses Fahrzeug nicht über eine Parkberechtigung verfügt bzw. sich der Fahrzeugführer nicht in unmittelbarer Nähe zum Fahrzeug aufhält oder dieser der Aufforderung zum Entfernen bzw. zum ordnungsgemäßen Abparken des Fahrzeugs nicht sofort nachkommt.“

Das Inkassounternehmen beauftragte B mit der Einziehung der Abschleppkosten. Am 20.04.2007 stellte K seinen Pkw unbefugt auf dem Parkplatz ab. Zwischen 19.00 Uhr und 19.15 Uhr wurde das Fahrzeug abgeschleppt und auf das Gelände des Abschleppunternehmens verbracht. Dort löste es der K am späten Abend gegen Zahlung von 150 € Abschleppkosten und 15 € Inkassogebühren aus. Den Betrag von 165 € nebst Zinsen verlangt er vom B zurück.

Hat er hierauf einen Anspruch?

Ein Anspruch des K gegen B könnte sich aus § 812 I 1 Alt. 1 BGB ergeben.

### I. durch Leistung des K etwas erlangt

„Der Kl. hat den für das Abschleppen seines Fahrzeugs in Rechnung gestellten Betrag zwar **nicht an den B, sondern an das Abschleppunternehmen bzw. für dieses an das Inkassounternehmen gezahlt**. Bereicherungsrechtlich hat er damit aber nicht diesen gegenüber eine Leistung erbracht, sondern gegenüber dem B Denn der **Zweck der Zahlung** bestand darin, eine **von dem B geltend gemachte Forderung zu erfüllen**, nämlich einen Schadenersatzanspruch in Höhe der Abschleppkosten, deren Begleichung der B auf Grund des Vertrages mit dem Abschleppunternehmen diesem schuldete. Das **Abschlepp- und das Inkassounternehmen waren nur Zahlstelle**. Ihnen gegenüber verfolgte der Kl. keinen Zweck. Folglich kann der Kl. von dem B kondizieren, wenn der Schadenersatzanspruch nicht besteht.“ (BGH aaO)

### II. ohne Rechtsgrund

Der Rechtsgrund könnte in einem Anspruch aus §§ 823 II, 858 BGB liegen.

#### 1. Verletzung des § 858 BGB als Schutzgesetzes

„Dass § 858 I BGB ein **Schutzgesetz i.S.v. § 823 II BGB** zugunsten des unmittelbaren Besitzers ist (s. nur BGHZ 114, 305 m.w.N.), hat das BG **rechtsfehlerfrei angenommen**.“ (BGH aaO)

K müsste durch das unbefugte Abstellen des Fahrzeugs auf dem Parkplatz des B dessen unmittelbaren Besitz ohne dessen Willen widerrechtlich beeinträchtigt haben.

##### a) B als unmittelbarer Besitzer

„Entgegen der in der Revisionsbegründung vertretenen Ansicht hat das BG zutreffend den B als **unmittelbaren Besitzer des Parkplatzes** und damit als **denjenigen angesehen, gegen den sich die verbotene**

Eigenmacht richtete. Denn weder hat der Kl. **Umstände vorgetragen**, die gegen den unmittelbaren Besitz des B sprechen, **noch** ergeben sich aus dessen Vortrag **Anhaltspunkte dafür**, dass er **mittelbarer Besitzer** war. Für einen mittelbaren Besitz spricht insb. nicht der von der Revision hervorgehobene Vortrag des B, dass der Parkplatz tagsüber ausschließlich für die Kunden des Supermarktes vorgesehen sei. Dem ist nichts zu den Besitzverhältnissen zu entnehmen; selbst wenn der B die Fläche für den Supermarkt an einen Betreiber vermietet oder verpachtet hat, bedeutet das nicht zwingend, dass auch die Parkplatzfläche vermietet oder verpachtet ist. Schließlich ist die Annahme von mittelbarem Besitz nicht damit zu vereinbaren, dass nach der Feststellung des BG nicht nur den Kunden des Supermarktes, sondern den **Kunden aller angrenzenden Einkaufsmärkte** das Parken auf dem Parkplatz des B gestattet ist. Falls nach alledem gleichwohl noch Zweifel an dem unmittelbaren Besitz des B bestehen, geht das zu Lasten des K; denn ihm obliegt es, den von dem B angeführten Rechtsgrund für die Zahlung der Abschleppkosten zu widerlegen (BGH, Ur. v. 14.07.2003, NJW-RR 04, 556). Das hat der Kl. nicht getan.“ (BGH aaO)

#### b) Besitzbeeinträchtigung

Das unbefugte Parken könnte **teilweise Besitzentziehung** anzusehen sein, es ist aber jedenfalls als sonstiger Eingriff in die tatsächliche Gewalt eine **Besitzstörung**.

#### c) Ohne den Willen des Besitzers

Zwar hat B grundsätzlich die **Benutzung** seines Grundstücks **zu Zwecken des Parkens gestattet**, hierfür aber bestimmte **Regeln aufgestellt**. Dadurch, dass K sich an diese Regeln nicht gehalten hat, war sein Verhalten von der Gestattung nicht gedeckt und die Nutzung ist ohne den Willen des B erfolgt.

#### d) Widerrechtlichkeit

Eine sonstige Befugnis des K zur Nutzung des Parkplatzes außerhalb der von B aufgestellten Benutzungsregeln ist nicht ersichtlich.

K hat daher durch das unbefugte Abstellen des Fahrzeugs auf dem Grundstück des B eine verbotene Eigenmacht begangen.

vgl. OLG Karlsruhe DJ 1978, 71; LG Frankfurt a.M. MDR 2003, 388; AG Augsburg DAR 2008, 91; AG Essen DAR 2002, 131; Bamberger/Roth/Fritzsche, BGB, 2. Aufl., § 858 Rn 10; MüKo-BGB/ Joost, 4. Aufl., § 858 Rn 5, 11; Palandt/Bassenge, BGB, 68. Aufl., § 858 Rn 3; Staudinger/Bund, BGB [2007], § 858 Rn 49; Schwarz/Ernst, NJW 97, 2550

## 2. Eintritt eines kausal entstandenen Schadens

### a) Befugnis zum Abschleppen als Selbsthilferecht

„Dieses hat seine Grundlage in der Vorschrift des § 859 I BGB, wenn man das unbefugte Parken als Besitzstörung ansieht; nimmt man eine teilweise Entziehung des Besitzes an, folgt es aus der Vorschrift des § 859 III BGB.“ (BGH aaO)

### b) Einhaltung des Verhältnismäßigkeitsprinzips

#### aa) Geltung des Verhältnismäßigkeitsprinzips beim Selbsthilferecht

Das Verhältnismäßigkeitsprinzip gilt grundsätzlich auch bei der Ausübung des Selbsthilferechts.

„Zwar kann dem BG nicht darin gefolgt werden, dass die Selbsthilfe des unmittelbaren Besitzers nach § 859 I und III BGB unabhängig davon rechtmäßig sei, ob sie notwendig, geboten oder angemessen sei. Diese Ansicht ist mit dem die Rechtsordnung beherrschenden Grundsatz von Treu und Glauben (§ 242 BGB) nicht vereinbar.“ (BGH aaO)

#### bb) Wahrung des Verhältnismäßigkeitsprinzips/Mittel-Zweck-Relation

„Die Ausübung eines Rechts ist unter diesem Gesichtspunkt dann unzulässig, wenn sie der Gegenseite **unverhältnismäßig große Nachteile** zufügt und andere, weniger schwer wiegende Maßnahmen möglich gewesen wären, die den Interessen des Berechtigten ebenso gut Rechnung getragen hätten oder ihm zumindest zumutbar gewesen wären (MüKo-BGB/Roth, 5. Aufl., § 242 Rn 380); es gilt das **Gebot der schonendsten Sanktion** (Staudinger/Looschelder, BGB [2005], § 242 Rn 280). Danach war das Abschleppen des Fahrzeugs nicht unverhältnismäßig. Es ist weder von den Parteien vorgetragen noch sonst ersichtlich, dass der B in anderer Weise von seinem Selbsthilferecht hätte Gebrauch machen können.“ (BGH aaO)

#### cc) Kein Gebot konkreter Behinderung

„Zwar kann die Ausübung des Selbsthilferechts nach § 859 BGB, **auch wenn es verhältnismäßig ist, unter dem allgemeinen Gesichtspunkt von Treu und Glauben unzulässig sein**. Dies ist aber dann nicht der Fall, wenn die Selbsthilfe eine verbotene Eigenmacht beseitigt, die nur einen **örtlich abgegrenzten Teil des Grundstücks** betrifft und die übrige Grundstücksfläche unberührt lässt, so dass diese ohne Einschränkung genutzt werden kann. Denn wie der Eigentümer

andere von jeder Einwirkung ausschließen kann (§ 903 S. 1 Alt. 2 BGB), auch wenn dies ihn nur teilweise in dem Gebrauch seiner Sache beeinträchtigt, kann sich der unmittelbare Besitzer **verbotener Eigenmacht** durch Selbsthilfe **unabhängig davon erwehren, welches räumliche Ausmaß** sie hat und ob sie die Nutzungsmöglichkeit von ihr nicht betroffener Grundstücksteile unberührt lässt (Lorenz, NJW 2009, 1025 [1026]). Deshalb darf z.B. ein **unbefugt auf einem fremden Grundstück abgestelltes Fahrzeug auch ohne konkrete Behinderung entfernt werden** (Erman/Lorenz, BGB, 12. Aufl. § 858 Rn 3).“ (BGH aaO)

### c) keine Notwendigkeit eigener Einzelfallentscheidung

„Ohne Erfolg macht die Revision Bedenken gegen die Rechtmäßigkeit des Abschleppens unter dem Gesichtspunkt geltend, dass weder der Bekl. selbst noch ein Vertreter den Abschleppauftrag erteilt habe, sondern der Bekl. dem **Abschleppunternehmen die Entscheidung darüber überlassen habe**, wann die **Voraussetzungen für ein rechtmäßiges Abschleppen** vorlägen. Dies lässt zum einen nicht den rechtlichen Ansatz erkennen, der zur Rechtswidrigkeit des Abschleppens führen soll; denn B durfte einen **Dritten mit der Überwachung seines Grundstücks im Hinblick auf unberechtigtes Parken beauftragen** durfte (vgl. nur MüKo-BGB/Joost, aaO, § 859 Rn 1).

Zum anderen sind in der **Vereinbarung vom 06.03.2007** die Voraussetzungen festgelegt, unter denen Fahrzeuge abgeschleppt werden dürfen; sie sind von dem Bestreben gekennzeichnet, **rechtsmissbräuchliche Abschleppvorgänge**, die z.B. auf bloßer Gewinnsucht des Abschleppunternehmens beruhen, zu verhindern. Falls sich das **Abschleppunternehmen nicht an die Vorgaben hält**, macht es sich gegenüber B schadenersatzpflichtig mit der Folge, dass er die Abschleppkosten nicht bezahlen muss. In diesem Fall fehlt es an einem Schaden des B, den er von dem **Fahrzeughalter oder -führer** ersetzt verlangen kann. Dieser ist somit **ausreichend vor einem eventuellen Missbrauch** geschützt. Deshalb bestehen auch keine rechtlichen Bedenken dagegen, dass die Höhe des Entgelts für den Beauftragten nach der Anzahl der Abschleppvorgänge bestimmt wird.“ (BGH aaO)

## 3. Höhe des Schadens

B kann den Schaden jedoch nur in der Höhe ersetzt verlangen, die adäquat kausal auf das Schadenereignis zurückzuführen ist.

### a) Abschleppkosten

„B war auf Grund der Vereinbarung vom 06.03.2007 verpflichtet, die Kosten an das Abschleppunternehmen zu zahlen. Das steht in **adäquatem Zusammenhang** (s. dazu nur BGHZ 3, 261; 57, 25; Deutsch/Ahrens, Deliktsrecht, 4. Aufl., Rn 52ff.) mit der von dem Kl. verübten verbotenen Eigenmacht. Denn dass unbefugt auf dem Grundstück des Bekl. abgestellte Fahrzeuge kostenpflichtig abgeschleppt werden, stellt **keine überraschende oder fern liegende Reaktion** des unmittelbaren Besitzers dar, sondern die Verwirklichung der **deutlich sichtbaren Ankündigung** auf dem aufgestellten Schild.

Das reicht indes noch nicht aus, die Schadenersatzpflicht des K zu bejahen. Nach der Rspr. des BGH kann nämlich nur für solche Schadensfolgen Ersatz verlangt werden, die **innerhalb des Schutzbereichs der verletzten Norm** liegen; es muss sich um Folgen handeln, die in den Bereich der Gefahren fallen, um deren Vermeidung die Rechtsnorm erlassen wurde, und es muss ein **innerer Zusammenhang zwischen der Pflicht- oder Normverletzung und dem Schaden**, nicht nur eine mehr oder weniger zufällige äußere Verbindung bestehen (BGHZ 164, 50 m.w.N.).

Auch diese Voraussetzung liegt hier vor. Indem das Gesetz dem unmittelbaren Besitzer als spontane Reaktion auf eine verbotene Eigenmacht (Baur/Stürner, Sachenrecht, 17. Aufl., § 9 Rn 10) das **Selbsthilferecht** (§ 859 BGB) **zubilligt**, dessen Ausübung **mit Kosten verbunden** sein kann, stellt es selbst den notwendigen Zusammenhang zwischen der Verletzung des Schutzgesetzes (§ 858 I BGB) und der Schadenfolge her. Auch entfällt die Schadenersatzpflicht des K nicht deshalb, weil **B selbst** durch die Beauftragung des Abschleppunternehmens die **letzte Ursache** für die Herbeiführung des Schadens gesetzt hat. Denn die Schadenfolge beruht nicht auf einem selbständigen oder freien Entschluss des B, sondern auf seiner **vom Gesetz (§ 859 BGB) gebilligten Reaktion**, die durch das Verhalten des K herausgefordert wurde. Dies lässt die Ersatzpflicht des K unberührt (vgl. nur BGHZ 57, 25 [63]; 189; 132 [164] = r+s 96, 438).“ (BGH aaO)

### b) Inkassokosten

Fraglich ist, ob die geltend gemachten Inkassokosten vom Schadensersatz nach §§ 823 II, 858 I BGB umfasst sind.

„Die Inkassokosten sind als **Folgeschaden** anzusehen, der dem Kl. nicht zuzurechnen ist. Die **Beauftragung** des Inkassounternehmens diente **nicht der Schadenbeseitigung oder Schadenverhütung**, die den Schädiger unter bestimmten Umständen nicht entlastet (s. nur BGHZ 75, 230), sondern **ausschließlich der Bearbeitung und außergerichtlichen Abwicklung** des Schadenersatzanspruchs des Bekl.. Solche Aufwendungen kann der Geschädigte von dem Schädiger **regelmäßig nicht ersetzt verlangen** (BGHZ 66, 112). Dass hier eine Ausnahme von diesem Grundsatz zum Tragen kommt, ist nicht ersichtlich.“ (BGH aaO)

**Ergebnis:** K hat lediglich einen Anspruch auf Rückzahlung der Inkassokosten nach § 823 I 1 Alt.1 BGB. Ein darüber hinausgehender Rückzahlungsanspruch besteht nicht.

StGB  
§§ 222, 227

**Brechmitteleinsatz**  
**strafrechtliche Haftung des Arztes**

StGB

(BGH in NJW 2010, 2595; Urteil vom 29.04.2010 – 5 StR 18/10)

1. Ein **fahrlässig schuldhaftes Handeln** kommt unter dem Aspekt eines **Übernahmeverschuldens** bei demjenigen **Arzt** in Betracht, der eine Tätigkeit vornimmt, **obwohl er weiß oder erkennen kann, dass ihm die dafür erforderlichen Kenntnisse fehlen**.
2. Die Anerkennung von Übernahmeverschulden beruht auf der **besonderen Schutzpflicht des ausgebildeten Arztes** für die Unversehrtheit der Gesundheit des Patienten. Die dadurch begründete **Eigenverantwortlichkeit** wird durch auch von Dritten – i.S. eines Organisationsverschuldens – zu verantwortende Überforderung des Arztes nicht beseitigt.

**Fall:** Der Angekl. hatte als angestellter Arzt in ärztlichem Beweissicherungsdienst auf polizeiliche Anordnung hin einem mutmaßlichen Drogendealer ein Brechmittel verabreicht, um so zuvor verschluckte Kokainkügelchen her vorzubefördern. Dabei wurde dem gefesselten Betroffenen, der unerkannt am Herzen vorgeschädigt war, zwangsweise eine Sonde durch die Nase in den Magen eingeführt, durch die sodann Brechmittel und Wasser verabreicht wurden. Entgegen den Erwartungen des Angekl. erfolgte das Erbrechen jedoch nicht schlagartig im Schwall. Stattdessen gelang es dem Betr. immer wieder das Erbrochene im Mund zu behalten und zu schlucken. Der Angekl. reagierte darauf, indem er weiteres Wasser zuführte. Dies führte dazu, dass Wasser und Erbrochenes in die Luftröhre des Betroffenen gerieten. Dieser fiel schließlich in ein Koma und verstarb an einer infolge eingeatmeten Wassers eingetretenen Sauerstoffunterversorgung des Gehirns wenig später im Krankenhaus.

Der Angekl. könnte sich wegen einer **Körperverletzung mit Todesfolge nach §§ 222, 227 StGB** strafbar gemacht haben.

- I. Ein **Verstoß gegen berufliche Sorgfaltspflichten** könnte darin liegen, dass der Angekl. es unterlassen hat, die Zulässigkeit der unter Inanspruchnahme der Eilkompetenz gem. § 81a StPO angeordneten Exkorporation unter Anwendung von Zwang in Zweifel zu ziehen.

vgl. Kühne, StrafprozessR, 6. Aufl. 2003, Rn 475; Löwe/Rosenberg, StPO, 25. Aufl. 2003, § 81a Rn 52; Meyer-Goßner, StPO, 45. Aufl. 2001, § 81a Rn 22; 46. Aufl., 2003, § 81a Rn 2; 47. Aufl., 2004, § 81a Rn 22; Hackethal JR 2001, 164; Zaczyk StV 2002, 125; Binder/Seemann NSTZ 2002, 234

*„Der Angekl. war als die Zwangsmaßnahme ausführende Arzt zu einer **verantwortlichen Prüfung der rechtlichen Eingriffsvoraussetzungen** jenseits der Beurteilung der medizinischen Risiken allenfalls in dem Maße verpflichtet, als er an einer erkennbar willkürlich angeordneten Zwangsmaßnahme nicht teilnehmen durfte (vgl. Birkholz/Kropp/Bleich/Klatt/Ritter, Kriminalistik 1997, 277).*

*Diese Grenze wurde auch noch nicht allein dadurch überschritten, dass der Angekl. nach Bergung der ersten Kokainkugel weitergehandelt hat, obwohl nunmehr die Straftat des unerlaubten Handelns mit Betäubungsmitteln gem. § 29 I 1 Nr. 1 BtMG – zumal bei Kenntnis der Polizeibeamten von der Anzahl der Schluckbewegungen des Verdächtigen C – aufgeklärt war; schon deshalb lagen die Voraussetzungen für eine weitere Inanspruchnahme der Eilkompetenz offensichtlich nicht mehr vor, und die Maßnahme war ab diesem Zeitpunkt wegen leicht erkennbarer Unverhältnismäßigkeit unzulässig.“ (BGH aaO)*

- II. Anderes ergibt sich, soweit den **Angekl. verpflichtet** war, **den Betroffenen über medizinische Risiken** der Zwangsexkorporation **aufzuklären**.

*„Zwar sah solches die von dem Betreiber des ärztlichen Beweissicherungsdienstes erlassene und für den Angekl. verbindliche **Dienstanweisung** nicht vor. Diese Anweisung regelte die Pflichten des Angekl. aber nicht abschließend. Die für die ärztliche Berufsausübung wesentliche **Aufklärungspflicht** (§ 8 BOF. Ärztinnen u. Ärzte des Landes Bremen, BremABI, S. 479) ist **auch von dem Arzt zu erfüllen, der eine Zwangsmaßnahme gem. § 81a StPO vorzunehmen hat** (Kohlhaas NJW 1968, 2277), falls der Betroffene hierdurch in die Lage versetzt wird, den hinzunehmenden Eingriff schonender zu gestalten. So lag es hier:*

*Der Angekl. ist von einem Eingriff mit medizinischen Risiken ausgegangen. Nur mit einer solchen Wertung kann in Einklang gebracht werden, dass der Angekl. dem Betroffenen eine Venenverweilkanüle zur Infusion von Medikamenten legte, was die Annahme drohender Gesundheitsgefahren voraussetzte. Hinzu tritt, dass der Angekl. in Erfüllung der ihm obliegenden Fortbildungspflicht (§ 4 BO; vgl. auch BGHSt 43, 306 = NJW 1998, 1802 = NSTZ 1999, 132) gehalten war, nach Erlass der Dienstanweisung erschienene Expertisen zur Kenntnis zu nehmen, die eine Exkorporation unter Zwangsanwendung als medizinisch unbeherrschbar bewertet hatten (vgl. KG StV 2002, 122; Binder/Seemann NSTZ 2002, 234; vgl. auch EGMR NJW 2006, 3117 zur Bewertung des medizinischen Risikos in Deutschland ab 1996).*

*Es kann nicht ausgeschlossen werden, dass sich C nach Kenntnisnahme medizinischer Risiken einer Exkorporation unter Zwang durch Vornahme freiwillig herbeigeführten Erbrechens entzogen hätte. **Weder Verständigungsprobleme mit C noch eine angenommene Eilsituation durften den Angekl. veranlassen, den Eingriff ohne die gebotene Aufklärung vorzunehmen** (vgl. Kohlhaas NJW 1968, 2278).“ (BGH aaO)*

- III. **Fahrlässig schuldhaftes Handeln** kommt unter Gesichtspunkt eines **Übernahmeverschuldens** bei demjenigen Arzt in Betracht, der eine Tätigkeit vornimmt, obwohl er weiß

(bewusste Fahrlässigkeit) oder erkennen kann (unbewusste Fahrlässigkeit), dass ihm die dafür erforderlichen Kenntnisse fehlen.

BGHSt 43, 306 = NJW 1998, 1802 = NSTz 1999, 132; BGH JR 1986, 248; BGH NJW 1979, 1258

„Hierzu [sind] zahlreiche Umstände festzustellen: Unzureichende Anamnese und Untersuchung zu Beginn der Exkorporation, unzureichende Gerätekenntnis, fehlende Grundkenntnisse über die Behandlung ohnmächtiger Patienten, vorurteilsbedingtes Unterlassen der gebotenen Untersuchung vor Fortsetzung der Exkorporation (vgl. BGHSt 3, 91 = NJW 1952, 1102) unter Vernachlässigung fast jeder Dokumentation. Hinzu treten fehlende Aufklärung und der Umstand der Vornahme einer Körperverletzung gegen Ende des Tatgeschehens durch Herbeiführung des Brechreizes mit Aspiration von Wasser mittels einer Pinzette und eines Spatels; der Angekl. hat hierbei die aus seiner und der Sichtweise der Dienstanweisung bestehende Grenze für eine zulässige Gewaltanwendung überschritten. Bei der hiernach für erlaubt gehaltenen Methode der Exkorporation war lediglich Gewalt durch Fixierung des Betroffenen bei Einführung der Nasensonde bis zum Erbrechen erlaubt, aber keine darüber hinausgehende Gewalteinwirkung zur Auslösung des Brechreizes auf andere Weise. Solches stellt eine – **durch § 81a StPO nicht mehr gerechtfertigte – Körperverletzung** dar (vgl. zum Vorliegen einer Körperverletzung OLG Köln NJW 1997, 2191 mwN.; vgl. auch EGMR NJW 2006, 3117). Diese war schon wegen fehlender Gewalt oder Drohung i.S. des § 113 I StGB von Seiten des C auch nicht etwa durch Notwehr (§ 32 StGB) gerechtfertigt.“ (BGH aaO)

1. Die Anerkennung eines Übernahmeverschuldens beruht auf der **besonderen Schutzpflicht des – durch die Approbation nachgewiesen – ausgebildeten Arztes** für das ihm anvertraute **Rechtsgut, die Unversehrtheit der Gesundheit seiner Patienten.**

„Einer solchen Pflicht unterliegt, weil er gem. § 81a I StPO die **Regeln der ärztlichen Kunst einzuhalten** hat, auch ein nach dieser Vorschrift handelnder Arzt. Hierdurch bestand auch für den Angekl. eine normativ begründete Eigenverantwortlichkeit für die Gesundheit des vom Eingriff des Angekl. betroffenen C, die durch auch von Dritten zu verantwortende Überforderung des Angekl. nicht beseitigt werden konnte.

Das **Organisationsverschulden** derjenigen, die den überforderten Angekl. auch mit der riskanten Zwangsexkorporation beauftragt hatten, vermag dessen Verantwortlichkeit deshalb schon im Grundsatz nicht zu beseitigen. In dem für den Erfolg ebenfalls kausalen pflichtwidrigen Verhalten Dritter hat sich zudem gerade das Risiko der Pflichtwidrigkeit des Angekl. als Täter verwirklicht, weshalb zwischen dem Angekl. und den seinen Einsatz organisierenden Dritten Nebentäterschaft gegeben ist (vgl. OLG Bamberg NSTz-RR 2008, 10; Fischer, StGB, 57. Aufl., § 15 Rn 16c).

Nichts anderes gilt, soweit aus der **Pflichtenstellung des Notarztes** eine Pflicht [abgeleitet wird], den Angekl. anzuweisen, die weitere Exkorporation zu unterlassen. Ein solches **Versagen des Notarztes beseitigte die Schutzpflicht des Angekl. für das Leben des C nicht**: Der Angekl. verfügte auch bei der Fortsetzung der Exkorporation als aktiv Handelnder weiter über die Gefährdungsherrschaft (vgl. BGH NJW 2003, 2326 = NSTz 2003, 537; BGHSt 53, 53 = NJW 2009, 1155 = NSTz 2009, 148). Eine den Angekl. möglicherweise entlastende Risikübernahme (vgl. Roxin, StrafR AT I, 4. Aufl., S. 418 Rn 138) hat nicht stattgefunden. Der Angekl. war nach dem Inhalt seines Anstellungsvertrags ersichtlich nicht befugt, das medizinische Risiko des von ihm vorzunehmenden Eingriffs auf einen Arzt außerhalb des Beweissicherungsdienstes zu übertragen. Der Notarzt war angesichts seines beschränkten Auftrags ebenso wenig berechtigt, dieses Risiko zu übernehmen. Er hat sich dessen auch nicht angemaßt. Das auf grundsätzliches Desinteresse gegründete Untätigbleiben des Notarztes läge auch nicht so weit außerhalb jeder Lebenserfahrung, dass der für den Angekl. bestehende Zurechnungszusammenhang entfielen (vgl. Fischer, § 15 Rn 16c).“ (BGH aaO)

2. Außerdem ergibt sich aus der **erfolgreichen Bergung des ersten Kokainkügelchens ein Verbot der Fortsetzung der Exkorporation wegen Verstoßes des Angekl. gegen das Gebot der Wahrung der Menschenwürde.**

„Das sich aus § 7 I BO ergebende Gebot gilt für „jede medizinische Behandlung“ und umfasst demnach auch die von Ärzten ausgeführten Zwangsmaßnahmen gem. § 81a I StPO. Soweit Ärzte als Ermittlungshelfen zu betrachten wären, würde im Blick auf die sich wegen eines Verstoßes gegen Art. 1 I GG, Art. 3 EMRK ergebenden Unzulässigkeit des Eingriffs nichts anderes gelten (vgl. Rogall NSTz 1998, 66 mwN.; EGMR NJW 2006, 3117; für Zwangsexkorporationen allg. Amelung/Wirth StV 2002, 161; Dallmeyer StV 1997, 606; Kühne, StrafprozessR, 7. Aufl., Rn 475; Zaczyk StV 2002, 125).

Ein solcher Verstoß lag hier auf Grund der vorzunehmenden Gesamtschau der den Betroffenen C beeinträchtigenden Umstände auf der Hand (vgl. BVerfGE 30, 1 = NJW 1971, 275; EGMR NJW 2006, 3117; vgl. auch OLG Frankfurt a. M. NJW 1997, 1647; Bachmann/Püschel/Sonnen, Kriminalistik 2004, 678): Das Bedürfnis nach **Fortsetzung der Exkorporation war nach Bergen des ersten Kokainkügelchens** zum Nachweis eines vom Betroffenen begangenen Vergehens stark herabgesetzt, das Fortfahren jedenfalls **unverhältnismäßig**. Bereits die erste Exkorporationsphase führte zur Ohnmacht des gefesselt gebliebenen Betroffenen und beinhaltete schon ein zweites Legen der Sonde, wodurch ein Scheitern der Maßnahme indiziert gewesen ist. Hinzu tritt, dass das Ziel des Eingriffs, ein schwallartiges Erbrechen, niemals erreicht worden ist. Die Fortsetzung erfolgte 50 Minuten nach Beginn der Maßnahme, ohne die Ursache der zuvor eingetretenen Ohnmacht aufzuklären, und dauerte weitere 30 Minuten. Sie war gegen einen in seiner mentalen Reaktionsfähigkeit eingeschränkten und im Bewusstsein eingetrübten Betroffenen gerichtet, der ersichtlich keine Chance mehr hatte, durch Kooperation ein Ende der Zwangsmaßnahme herbeizuführen, die dann zudem am Schluss eine rechtswidrige Körperverletzung durch den Angekl. umfasste. Die Verantwortung dieser Umstände lag allein beim Angekl.“ (BGH aaO)

(BGH in NJW 2010, 2894NJW 998; Urteil vom 29.04.2010 25.11.2009 – 3 StR 314/09 XII ZR 92/06)

Ein **Beiseiteschaffen i.S. des § 283 I Nr.1 StGB** liegt nur dann vor, wenn der **Zugriff auf den weggegebenen Vermögensbestandteil für einen Insolvenzverwalter** im Rahmen der Gesamtvollstreckung (Insolvenz) **wesentlich erschwert** wird.

**Fall:** Der Angekl. nahm zur Finanzierung eines Bauvorhabens bei der Sachsen LB einen Kredit in Höhe von 100 Mio. € auf. Bestandteil des Darlehensvertrags waren neben den AGB der Sachsen LB deren „Bedingungen für private Finanzierungen“, die eine Regelung zur fristlosen Kündigung (Nr. 10.2) enthielten. Als Sicherheit für den Darlehensrückzahlungsanspruch verpfändete der Angekl. an die Sachsen LB ein ihm gehörendes Depot mit Aktien des Mobilfunkbetreibers MobilCom-AG. Zu diesem Zeitpunkt betrug der amtliche Kurs 83 € je Aktie. Weitere 16.552.340 Stück Aktien der MobilCom-AG hatte der Angekl. an drei andere Geldinstitute für ausgereichte Kredite in der Gesamthöhe von ca. 143,9 Mio. € verpfändet. Das Darlehen der Sachsen LB wurde an den Angekl. ausbezahlt, der von der ihm eingeräumten Möglichkeit einer Zwischenanlage in Aktien der MobilCom-AG Gebrauch machte, um deren Kurs zu stützen.

Da in der Folgezeit der Kurs der Aktien der MobilCom-AG immer mehr verfiel, trafen die Sachsen LB und der Angekl. eine neue Vereinbarung über die zu stellenden Sicherheiten. Vereinbarungsgemäß bestellte der Angekl. daraufhin der Sachsen LB zunächst eine Grundschuld über 19,5 Mio. € an einem Grundstück, die nach einer Teilung in drei Teilflächen (Bauteile A, B und C) auf diese mit jeweils 6,5 Mio. € nebst Zinsen aufgeteilt wurde. In den folgenden Monaten verlangte die Sachsen LB vom Angekl. entsprechend dem jeweiligen Aktienkurs erfolglos eine Erhöhung der Sicherheiten durch die Nachlieferung weiterer Aktien. Nach einer Verlängerung der gesetzten Frist erklärte die Sachsen LB die fristlose Kündigung des Darlehensvertrags, stellte das Darlehen zur Zahlung fällig und kündigte die Verwertung der Sicherheiten sowie die Einleitung von Zwangsvollstreckungsmaßnahmen an. Das AG Leipzig erließ sodann einen Mahnbescheid über 5 Mio. € nebst Zinsen, gegen den der Angekl. Widerspruch einlegte. Daraufhin erhob die Sachsen LB gegen den Angekl. beim LG Klage auf Zahlung von 20 Mio. €.

Kurz vor Klageerhebung wies der Angekl. die I-Bank an, von seinem bei ihr geführten Konto 500.000 € auf sein Konto bei der VP-Bank in Liechtenstein zu überweisen (Tat 1). Danach beauftragte er dieselbe Bank, weitere 240.000 € auf sein Konto in Liechtenstein zu transferieren und alle in seinem Depot vorhandenen Aktien der MobilCom-AG auf das bei derselben Bank in Vaduz geführte Wertpapierdepot zu übertragen. Hinsichtlich des in Liechtenstein geführten Depots gibt es eine Vereinbarung, mit der der Angekl. die Wertpapiere an seine Ehefrau abtrat. Außerdem erwarb der Angekl. während des anhängigen Rechtsstreits mit Geld von seinem Konto bei der VP-Bank für etwa 660.000 € Aktien der MobilCom-AG, die er in das bei dieser Bank geführte Wertpapierdepot einbuchen ließ.

Durch Urteil des LG Flensburg wurde der Angekl. schließlich verurteilt, an die Sachsen LB 20 Mio. € zu zahlen. Gegen dieses Urteil legte der Angekl. Berufung ein und übertrug zeitgleich seine Geschäftsanteile an drei Handelsgesellschaften auf den B-Trust Reg. aus Vaduz, dessen Gesellschafterin die Ehefrau des Angekl. war, zum Kaufpreis von 500.000 €, wobei zumindest die Anteile an der M-GmbH in Höhe des Kaufpreises werthaltig waren. Als Gegenleistung hatte die Ehefrau die 500.000 € auf das Konto eines Rechtsanwalts und Notars überwiesen, die dieser auf das Konto des Angekl. bei der VP-Bank in Vaduz transferierte.

In der Folgezeit kam es zu einer Vielzahl von Zwangsvollstreckungsmaßnahmen seitens der Sachsen LB gegen den Angekl., die zu einem erheblichen Teil erfolglos blieben. Die Versuche der Sachsen LB, im Wege der Zwangsvollstreckung auf das Konto des Angekl. bei der VP-Bank in Liechtenstein zuzugreifen, scheiterten. Die VP-Bank teilte der Sachsen LB mit, sie müsse vor der Durchführung der Zwangsvollstreckung zunächst den ordentlichen Rechtsweg über das Fürstliche LG in Liechtenstein beschreiten. Der Angekl. stellte schließlich beim AG einen Eigeninsolvenzantrag, den er mit drohender Zahlungsunfähigkeit begründete, woraufhin auch das Insolvenzverfahren über sein Vermögen eröffnet wurde.

Der Angekl. könnte sich wegen **Bankrotts nach § 283 StGB** strafbar gemacht haben.

Dann müsste er **Vermögensgegenstände**, die im Falle der Eröffnung des Insolvenzverfahrens zur Insolvenzmasse gehören, i.S. des § 283 I Nr. 1 StGB **beiseite geschafft** haben.

I. Ein **Beiseiteschaffen i.S. des § 283 I Nr. 1 StGB** liegt vor, wenn

- ein **Schuldner einen** zu seinem Vermögen gehörenden **Gegenstand dem alsbaldigen Gläubigerzugriff entzieht** oder
- den **Zugriff zumindest wesentlich erschwert**. Dies kann entweder durch eine Änderung der rechtlichen Zuordnung des Vermögensgegenstands oder eine Zugriffserschwerung auf Grund tatsächlicher Umstände geschehen.

BGHSt 34, 309 = NJW 1987, 2242; RGSt 66, 130; OLG Frankfurt a. M. NSTz 1997, 551; Tiedemann, LK-StGB, 12. Aufl., § 283 Rn 25; Hoyer, SK-StGB, § 283 Rn 30f.; Schönke/Schröder, StGB, 27. Aufl., § 283 Rn 49; Fischer, StGB, 57. Aufl., § 283 Rn 4

1. Eine **Vereitelung des Gläubigerzugriffs durch eine Änderung der rechtlichen Zuordnung** ist etwa zu bejahen bei der Übereignung eines Gegenstands, der Abtretung einer Forderung oder einer Verpfändung, wenn dies ohne adäquate Gegenleistung geschieht. Dasselbe gilt für die Überweisung eines Geldbetrags auf ein fremdes Konto mit der Folge, dass der überwiesene Geldbetrag nicht mehr zum Vermögen des Schuldners gehört (Tiedemann, LK-StGB, § 283 Rn 25; Hoyer, SK-StGB, § 283 Rn 30; Fischer, § 283 Rn 4).

Die Rspr. hat daher Fälle, in denen der Schuldner eine ihm zustehende Forderung von einer anderen Person über deren Konto, über das er nicht Verfügungsberechtigt war, einziehen ließ (BGHSt 34, 309 = NJW 1987, 2242) oder Geld auf Konten von ihm beherrscher, aber rechtlich selbstständiger Gesellschaften übertrug (OLG Frankfurt a. M. NSTz 1997, 551), als ein Beiseiteschaffen eines Vermögensbestandteils aus rechtlichen Gründen angesehen.

2. Ein **Beiseiteschaffen in tatsächlicher Hinsicht** ist gegeben, wenn
  - der Schuldner einen **Vermögensgegenstand an einen anderen Ort verbringt oder verbringen lässt** und
  - **dadurch** – ohne eine Änderung der rechtlichen Zuordnung – den **Zugriff der Gläubiger** auf diesen **objektiv unmöglich** macht **oder** zumindest **wesentlich erschwert**, etwa indem er ihn verbirgt oder in eine Lage bringt, die ein Zugreifen der Gläubiger zumindest deutlich schwieriger macht, als dies zuvor der Fall war.

Dies gilt selbst bei einer späteren Kenntniserlangung des Insolvenzverwalters von der Vermögensverlagerung.

Daher kann ein Beiseiteschaffen aus tatsächlichen Gründen vorliegen, wenn der Schuldner in der wirtschaftlichen Krise Geld von einem Girokonto in bar abhebt und auf ein eigenes, nur ihm bekanntes Konto im In- oder Ausland einzahlt (vgl. Pelz, StrafR in Krise u. Insolvenz, Rn 242).

3. Schon nach diesen Maßstäben ist hier ein **Beiseiteschaffen von Vermögensgegenständen durch den dreimaligen Geldtransfer nach Liechtenstein** nicht belegt.

Es kommt daher nicht darauf an, dass nach allgemeiner Ansicht das Tatbestandsmerkmal des Beiseiteschaffens in teleologischer Reduktion des § 283 I Nr. 1 StGB nur solche Vermögensverschiebungen erfasst, die den Anforderungen eines ordnungsgemäßen Wirtschaftens grob widersprechen (BGHSt 34, 309 = NJW 1987, 2242; BGH NJW 1952, 898; Tiedemann, LK-StGB, § 283 Rn 27 mwN.; Hoyer, SK-StGB, § 283 Rn 30f.; Schönke/Schröder, § 283 Rn 4; Fischer, StGB, § 283 Rn 4a) und eine weitergehende Ansicht zusätzlich voraussetzt, dass das Vorgehen des Täters subjektiv auf eine Benachteiligung seiner Gläubiger ausgerichtet ist (Tiedemann, LK-StGB, § 283 Rn 28f.).

- a) Nach dem **Wortlaut des § 283 I Nr. 1 StGB** sind **Tatobjekt Bestandteile des Schuldnervermögens**, die im Falle der Eröffnung des Insolvenzverfahrens zur Insolvenzmasse gehören.

Außerdem ist gem. § 283 VI StGB eine **Bankrotthandlung nur strafbar, wenn der Schuldner seine Zahlungen eingestellt hat** oder über sein Vermögen das Insolvenzverfahren eröffnet oder der Eröffnungsantrag mangels Masse abgewiesen worden ist.

**Rechtsgut des § 283 StGB** ist neben dem **Schutz des gesamtwirtschaftlichen Systems** vor allem der **Schutz der etwaigen Insolvenzmasse vor einer unwirtschaftlichen Verringerung** zum Nachteil der Gesamtheit der Gläubiger.

*„Im Gegensatz zu § 288 StGB (Vereitelung der Zwangsvollstreckung), der das Recht des einzelnen Gläubigers auf Einzelbefriedigung aus dem Schuldnervermögen (BGHSt 16, 330 = NJW 1962, 356; Fischer, § 288 Rn 1) schützt, dient § 283 StGB somit dem **Schutz der Gesamtvollstreckung** (Insolvenz). Da im Falle der Insolvenz der Insolvenzverwalter die **Interessen der Gläubigergesamtheit** wahrnimmt, ist daher die Prüfung bezogen auf die rechtlichen und tatsächlichen Zugriffsmöglichkeiten eines (gedachten) Insolvenzverwalters unter Berücksichtigung seiner Auskunftsrechte gegenüber dem Schuldner (§ 97 InsO) unmittelbar nach der Tathandlung durchzuführen. Ob für einen einzelnen Gläubiger die Zwangsvollstreckung schwieriger geworden ist als vor dem Vermögenstransfer ist demgegenüber nur für § 288 StGB relevant, dessen Anwendung hier jedoch infolge der Zurücknahme des Strafantrags durch die Sachsen LB ausscheidet. Ebenso ist ohne Bedeutung, ob der Insolvenzverwalter nach der tatsächlichen Insolvenzeröffnung den Transfer durch eine Insolvenzanfechtung rückgängig machen kann.“ (BGH aaO)*

- b) Das Tatbestandsmerkmal des Beiseiteschaffens ist daher nicht schon dann erfüllt, wenn einzelne oder alle Gläubiger ein Konto des Schuldners im In- oder Ausland, auf das dieser Geld überwiesen hat, nicht kannten oder nicht kennen konnten.

„Zum einen besteht für den Schuldner keine generelle Pflicht, während der wirtschaftlichen Krise den Gläubigern alle seine Konten offenzulegen. Zum anderen verschlechtert sich durch eine solche Überweisung objektiv die Vollstreckungssituation für die Gläubigersamtheit nicht wesentlich, wenn – wie hier – der Vermögenstransfer anhand der Kontounterlagen nachzuvollziehen ist, die dem Insolvenzverwalter regelmäßig zur Verfügung stehen. Die Überprüfung von Überweisungen anhand der Kontounterlagen gehört zu den üblichen Aufgaben eines Insolvenzverwalters, dem der Schuldner bei Unklarheiten gem. § 97 InsO Auskunft erteilen muss.

Jedenfalls bei einer aus den Kontounterlagen nachvollziehbaren Überweisung auf ein ausländisches Konto – unabhängig davon, ob sich dieses auf dem Gebiet der Europäischen Union befindet oder nicht (a.A. Bittmann, InsolvenzstrafR, § 12 Rn 103) – kann das Tatbestandsmerkmal des Beiseiteschaffens nur bejaht werden, wenn für einen (gedachten) Insolvenzverwalter Schwierigkeiten von Gewicht bestehen, auf den überwiesenen Geldbetrag in angemessener Zeit zum Zwecke der Befriedigung der Gläubigersamtheit zuzugreifen (RGSt 35, 62; RGSt 61, 107). Dass nicht jede Erschwerung des Zugriffs ausreichend ist, sondern diese erheblich sein muss, ergibt sich aus dem Begriff des Beiseiteschaffens, der Gleichstellung der Zugriffserschwerung mit der Zugriffsvereitelung, dem Schutzzweck des § 283 StGB und dem Grundsatz der „ultima ratio“ des Strafrechts. Außerdem besteht für eine Einschränkung der wirtschaftlichen Handlungsfreiheit des Schuldners in der Krise nur insoweit ein Bedürfnis, als dies im Befriedigungsinteresse der Gläubigersamtheit erforderlich ist. Deshalb führt nicht bereits die Überweisung auf ein ausländisches Konto für sich schon zu einer wesentlichen zukünftigen Erschwerung. Vielmehr ist darauf abzustellen, welche rechtlichen Hindernisse oder tatsächlichen Schwierigkeiten im Einzelfall beim Zugriff auf das ausländische Konto für einen Insolvenzverwalter zu überwinden sind. Eine wesentliche Erschwerung kann sich insbes. ergeben aus erheblichen zeitlichen Verzögerungen oder der Notwendigkeit hoher finanzieller Aufwendungen für die Rechtsverfolgung im Ausland.

Die Frage, ob für den Insolvenzverwalter der Zugriff auf vom Schuldner ins Ausland transferiertes Geld wesentlich erschwert worden ist, richtet sich – außerhalb des Anwendungsbereichs der Verordnung (EG) Nr. 1346/2000 des Rates vom 29. 5. 2000 über Insolvenzverfahren (EuInsVO; ABIEG Nr. L 160, S. 1) oder bilateraler Abkommen – allein nach dem Insolvenz-(Konkurs-)recht sowohl des ausländischen Staates, in dessen Hoheitsgebiet das Konto geführt wird, und den daraus resultierenden rechtlichen und tatsächlichen Erschwernissen, als auch nach deutschem Insolvenzrecht. Dabei ist in den Blick zu nehmen, dass für den Schuldner die nach § 98 InsO erzwingbaren Auskunftspflicht und Mitwirkungspflichten gem. § 97 InsO die Erteilung einer sog. Auslandsvollmacht umfassen, wenn Anhaltspunkte für Vermögen des Schuldners im Ausland bestehen und die Befugnisse des Insolvenzverwalters im Ausland nicht ohne Weiteres anerkannt werden (BGH NJW-RR 2004, 134 = NZI 2004, 21).“ (BGH aaO)

- II. Nach diesen Maßstäben ist hier nicht belegt, dass der Angekl. das auf sein Konto bei der VP-Bank in Liechtenstein überwiesene Geld i.S. des § 283 I Nr. 1 StGB beiseite geschafft hat.

„Durch die Vermögenstransfers auf das unter dem Namen des Angekl. geführte Konto in Liechtenstein wurde objektiv dessen Vermögen nicht zum Nachteil der Gesamtheit der Gläubiger verringert. Bei den zwei Überweisungen in Höhe von 500.000 € und 240.000 € wurden lediglich die Ansprüche gegen die I-Bank durch Forderungen in gleicher Höhe gegen die VP-Bank ersetzt, so dass der Wert des Vermögens unverändert blieb. Durch die Übertragung der Geschäftsanteile auf den B-Trust Reg. wurde das Vermögen des Angekl. zwar einerseits um deren objektiven Wert verringert, aber andererseits um den auf das Konto bei der VP-Bank geflossenen Kaufpreis in Höhe von 500.000 € erhöht. Fließt als Gegenleistung für die Weggabe eines Vermögensbestandteils ein wirtschaftlich äquivalenter Wert in das Vermögen des Schuldners, entspricht dies den Anforderungen einer ordnungsgemäßen Wirtschaft, weil das Vermögen insgesamt nicht verringert, sondern lediglich in seiner Zusammensetzung verändert wird (RGSt 66, 130; Tiedemann, LK-StGB, § 283 Rn 30; Hoyer, SK-StGB, § 283 Rn 33; Pelz, Rn 255). Da der Kaufpreis dem tatsächlichen Wert der Geschäftsanteile entsprach, lag ein wirtschaftlich neutraler Austausch von Vermögensbestandteilen ohne nachteilige Auswirkungen auf das Vermögen des Angekl. vor.

Eine wesentliche Erschwernis des Zugriffs in tatsächlicher Hinsicht ergab sich nicht schon daraus, dass der Sachsen LB und zunächst auch dem Insolvenzverwalter das Konto des Angekl. bei der VP-Bank nicht bekannt war und nicht ohne Weiteres bekannt sein konnte. Die Überweisungen wurden offen von einem Girokonto vorgenommen, das der Angekl. regelmäßig für Zahlungen an seine Gläubiger nutzte. Daher ergaben sich sowohl die Existenz des ausländischen Kontos als auch die Überweisungen bei der Durchsicht der Kontounterlagen, die einem Insolvenzverwalter zur Verfügung stehen. Die Überweisung der 500.000 € auf das Konto in Liechtenstein als Gegenleistung für die Übertragung der Geschäftsanteile auf den B-Trust Reg. war für einen Insolvenzverwalter aus dem Inhalt des notariellen Kauf- und Abtretungsvertrags in Verbindung mit den Unterlagen betreffend die Konten bei der I-Bank und der VP-Bank ebenfalls nachvollziehbar.“ (BGH aaO)

RhIPfBauO  
§§ 54, 81**Nutzungsuntersagung bei Wohnungsprostitution  
auch gegen Eigentümer als Vermieter zulässig**

BauR

(OVG Koblenz in NVwZ-RR 2010, 825; Beschluss vom 13.07.2010 – 8 A 10623/10)

1. Die **an den Eigentümer** der Wohnung **adressierte Nutzungsuntersagung** beinhaltet zum einen das Unterlassungsgebot, die untersagte Nutzung nicht fortzuführen oder durch Dritte fortführen zu lassen, zum anderen das Handlungsgebot, die ihm **zivilrechtlich zur Verfügung stehenden Möglichkeiten** zu ergreifen, um die aktuelle baurechtswidrige Nutzung zu beenden.
2. Die Nutzungsuntersagung wird nicht bereits dann ohne Weiteres unverhältnismäßig, wenn die beanstandete baurechtswidrige Nutzung (vorübergehend) eingestellt wird.
3. Erweist sich eine bauliche Anlage oder deren **Nutzung als baurechtswidrig**, so hat sich die **Störerauswahl** in erster Linie daran zu orientieren, wie die **Gefahr am effektivsten** abzuwehren.
4. Die **Inanspruchnahme des Wohnungseigentümers** an Stelle oder neben dem unmittelbar Nutzungsberechtigten kann **geeignetes Mittel** sein, um die baurechtswidrige Nutzung **dauerhaft zu unterbinden**.

**Fall:** Der Kl. ist Eigentümer eines zu Wohnzwecken genehmigten Anwesens in der S.-Straße in L. Das 1. OG ist an C vermietet, die dort unter dem Namen „C“ der gewerblichen Prostitution nachging. Dies ist aktenkundig. Die gewerbliche Nutzung zu diesen Zwecken erfolgte ohne baurechtliche Genehmigung. Das Anwesen liegt im unbeplanten Innenbereich in einem faktischen allgemeinen Wohngebiet. Bei einer weiteren Kontrolle vor Ort konnte die Fortführung der gewerblichen Prostitution nicht festgestellt werden. Die Tätigkeit wird jedoch unter derselben Anschrift weiterhin beworben und auch Telefonanrufe werden entgegen genommen. Nach Auskunft des Kl. wurde die entsprechende Nutzung eingestellt. Gleichwohl erging am 30.10.2008 gegen den Kl. als Eigentümer und Vermieter formell ordnungsgemäß eine Nutzungsuntersagungsverfügung. Ist die hiergegen gerichtete, zulässige Anfechtungsklage des Kl. begründet?

Die Klage ist nach § 113 I 1 VwGO begründet, wenn die Untersagungsverfügung rechtmäßig ist und den Kl. in seinen Rechten verletzt.

Die Untersagungsverfügung auf der Grundlage von § 81 S. 1 RhIPfBauO ist formell rechtmäßig, sie könnte aber materiell rechtswidrig sein, wenn die Tatbestandsvoraussetzungen der Ermächtigungsgrundlage nicht vorliegen oder die ergriffenen Rechtsfolgen von der Norm nicht gedeckt sind.

### I. Vorliegen der Tatbestandsvoraussetzungen

Nach § 81 RhIPfBauO kann die Behörde die **Benutzung von Anlagen untersagen**, wenn diese gegen baurechtliche oder sonstige öffentlich-rechtliche Vorschriften über die Errichtung, die Änderung, die Instandhaltung oder die Nutzungsänderung dieser Anlagen verstoßen, wenn nicht auf andere Weise rechtmäßige Zustände hergestellt werden können. Es kann auch verlangt werden, dass ein Bauantrag gestellt wird.

Das Anwesen des Kl. ist nur für die Nutzung **zu Wohnzwecken genehmigt**. Das Betreiben der gewerblichen Wohnungsprostitution stellt insofern eine andere Nutzungsart dar. Nach § 61 RhIPfBauO bedarf eine solche Nutzungsänderung der Baugenehmigung. Diese fehlt hier, so dass wegen der **formellen Baurechtswidrigkeit** der Nutzung schon ein Verstoß gegen baurechtliche Vorschriften vorliegt und die Tatbestandsvoraussetzungen des § 81 RhIPfBauO gegeben sind.

### II. Ermessen hinsichtlich der Maßnahme selbst

Der Ausspruch einer Nutzungsuntersagung liegt jedoch im Ermessen der Behörde. Zur ordnungsgemäßen Ermessensausübung gehört insbesondere die Einhaltung des **Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes**, d.h. die Nutzungsuntersagung mit geeignet, erforderlich und angemessen sein, den baurechtswidrigen Zustand zu beseitigen.

#### 1. Geeignetheit

Die Nutzungsuntersagung ist ohne weiteres geeignet, den durch die ungenehmigte Nutzung erfolgten Verstoß gegen Baurecht zu beenden.

## 2. Erforderlichkeit

Die Nutzungsuntersagung muss aber auch erforderlich sein. Dies ist sie nur, wenn **kein milderes Mittel** zur Verfügung steht, dass **in gleicher Weise geeignet** ist, den baurechtswidrigen Zustand zu beseitigen.

### a) Aufforderung zum Bauantrag

Bei kommt formeller Baurechtswidrigkeit grundsätzlich die Aufforderung zur Stellung eines Bauantrags nach § 81 S. 2 RhIPfBauO in Betracht. Dieses mildere Mittel ist jedoch **nur gleich geeignet**, wenn die bislang ungenehmigte Nutzung überhaupt **genehmigungsfähig** ist.

Fraglich ist daher, ob eine Nutzung zur Wohnungsprostitution **bauplanungsrechtlich zulässig** ist. Die Zulässigkeit von Vorhaben im unbeplanten Innenbereich beurteilt sich nach § 34 BauGB. Es kommt nach § 34 I BauGB darauf an, ob sich das Vorhaben **in die nähere Umgebung einfügt**. Entspricht der vorhandene Bebauungszusammenhang einem der Baugebiete, wie die BauNVO sie vorsieht, so bestimmt sich dies gem. § 34 II BauGB danach, welche **Nutzungen in einem betreffenden Baugebiet zulässig** sind.

Hier entspricht der Bebauungszusammenhang einem allgemeinen Wohngebiet. In allgemeinen Wohngebieten sind nach § 4 BauNVO neben Wohngebäude nur der Versorgung des Gebiets dienende Läden, Schank- und Speisewirtschaften sowie nicht störenden Handwerksbetriebe zulässig. Zudem können auch Anlagen für kirchliche, kulturelle, soziale, gesundheitliche und sportliche Zwecke errichtet werden.

Über §§ 34 II 2. HS, 31 I BauGB können nach § 4 III BauNVO zudem ausnahmsweise Betriebe des Beherbergungsgewerbes, sonstige nicht störende Gewerbebetriebe, Anlagen für Verwaltungen, Gartenbaubetriebe und Tankstellen zugelassen werden.

*„Im vorliegenden Fall hat eine baurechtswidrige Nutzung der **lediglich zu Wohnzwecken genehmigten** Wohnung im 1. Obergeschoss des Anwesens des Kl. durch deren Umnutzung zu Zwecken der gewerblichen Prostitution stattgefunden. Für diese Nutzungsänderung fehlt es an der erforderlichen Baugenehmigung; darüber hinaus ist eine **solche Nutzung in einem (faktischen) allgemeinen Wohngebiet auch nicht genehmigungsfähig** (vgl. OVG Koblenz, DÖV 2004, 395 = BauR 2004, 644 = BRS 67 Nr. 72; NJOZ 2007, 1905 = NVwZ-RR 2007, 308 L = BRS 71 Nr. 191).“* (OVG Koblenz aaO)

Da die Nutzung insofern auch nicht genehmigungsfähig ist, stellt die Aufforderung zur Stellung eines Bauantrags kein geeignetes Mittel zur Beseitigung der Baurechtswidrigkeit dar, so dass die Nutzungsuntersagung auf erforderlich ist.

### b) Einstellung der gewerblichen Prostitution

Die Erforderlichkeit könnte aber fehlen, weil die Nutzung zu Zwecken der gewerblichen Prostitution **zwischenzeitlich eingestellt** ist.

*„Die Nutzungsuntersagung beinhaltet in erster Linie ein **Unterlassungsgebot**, nämlich die Verpflichtung des Adressaten, die untersagte Nutzung nicht fortzuführen oder durch Dritte fortführen zu lassen. Richtet sich die **Verfügung nicht gegen** den unmittelbaren Nutzer des Anwesens, sondern gegen den **Eigentümer**, so enthält sie darüber hinaus noch ein **Handlungsgebot zum aktiven Tätigwerden**, die zur Verfügung stehenden eigentumsrechtlichen oder mietvertraglichen Möglichkeiten zu ergreifen, um die rechtswidrige Nutzung abzustellen (vgl. OVG Koblenz, Beschl. v. 05.11.2008 – 8 B 11031/08; v. 23.03.2009 – 8 B 10183/09; auch: OVG Koblenz, BeckRS 2010, 50492; Decker, in: Simon/Busse, BayBauO, 2008, Art. 76 Rn 270-272).“*

*Hat die Nutzungsuntersagung aber gerade zum Ziel, die verantwortlichen Personen zu verpflichten, die beanstandete **Nutzung nicht nur kurzfristig aufzugeben**, sondern **dauerhaft zu unterlassen**, so entfällt die Notwendigkeit eines Einschreitens nicht bereits bei einer bloß vorübergehenden Nutzungsunterbrechung. Fehlt es an hinreichenden Anhaltspunkten für eine **endgültige Aufgabe** der baurechtswidrigen Nutzung, erweist sich die Aufrechterhaltung des Unterlassungsgebots weiterhin als erforderlich. Dies gilt insbesondere dann, wenn die beanstandete Nutzung bis zum Beginn des behördlichen Tätigwerdens ausgeübt wurde und bei Würdigung aller Umstände die **begründete Sorge** besteht, sie werde **erneut wieder aufgenommen** (vgl. OVG Koblenz,*

NJOZ 2007, 1905 = LKRZ 2007, 193 = NVwZ-RR 2007, 308 L = BRS 71 Nr. 191). So liegt der Fall hier. [wird ausgeführt].“ (OVG Koblenz aaO)

### 3. Angemessenheit

Die Nutzungsuntersagung müsste auch angemessen sein. Dies ist der Fall, wenn das verfolgte Ziel der **Sicherung der Einhaltung von Baurecht** in einem angemessenen Verhältnis zu der für den Kl. eintretenden Beeinträchtigung steht. Kl. wird hier in seinen Eigentümerrechten betroffen. **Inhalt und Schranken des Eigentums** werden jedoch gem. Art. 14 I GG vom Gesetzgeber bestimmt. Die Nutzung des Eigentums wird daher von vornherein durch die baurechtlichen Vorgaben beschränkt, so dass sich der Kl. gegenüber der Untersagung der baurechtswidrigen Nutzung nicht auf sein Eigentumsrecht berufen kann. Die Unterlassungsverfügung ist damit auch angemessen.

### III. Störerauswahlermessung

Fraglich ist jedoch, ob der Umstand, dass gerade **der Kl. als Adressat** ausgewählt und die Nutzungsuntersagung nicht gegenüber denjenigen ausgesprochen wurde, welche die Wohnungsprostitution betreiben, eine Überprüfung standhält.

Grundsätzlich ist Baurecht **grundstücks- und eigentümerbezogen**. Allerdings trifft die baurechtliche Verantwortung trifft nach § 54 II 3 RhIPfBauO auch die **Inhaber der tatsächlichen Gewalt**, also etwa die Mieter oder Untermieter einer Wohnung.

*„Erweist sich eine bauliche Anlage oder deren **Nutzung** als **baurechtswidrig**, so hat sich die **Störerauswahl** in erster Linie daran zu orientieren, wie die **Gefahr am effektivsten** abzuwehren ist. Im Fall der baurechtswidrigen Nutzung einer Wohnung kommt als Adressat einer Verfügung deshalb immer **auch der unmittelbare Nutzer in Betracht**. Ist nach den Umständen des Falls damit zu rechnen, dass den baurechtswidrigen Zuständen mit einem Vorgehen gegen den unmittelbaren Nutzer dauerhaft begegnet werden kann, dürfte er vorrangig in Anspruch zu nehmen sein (vgl. in diesem Sinne: OVG Koblenz, Beschl. v. 23.06.2006 – 1 B 10586/06 – Verstoß gegen Zweiwohnungsklausel im Bebauungsplan). Ist hingegen – etwa wegen **häufig wechselnder Nutzungsverhältnisse** – nicht hinreichend sicher, ob allein durch die Inanspruchnahme der Nutzungsberechtigten **dauerhaft baurechtmäßige Zustände** hergestellt werden können, so bleibt nur die Inanspruchnahme des Grundstückseigentümers, da nur er es in der Hand hat, zukünftig für eine ordnungsgemäße Nutzung der Räumlichkeiten zu sorgen (vgl. zum Vorstehenden insgesamt: OVG Koblenz, NJOZ 2007, 1905 = NVwZ-RR 2007, 308 L = BRS 71 Nr. 191; v. 05.11.2008 – 8 B 11031/08; auch: Beschl. v. 23.06.2006 – 1 B 10586/06; v. 03.12.2002 – 1 B 11653/02 – Hostessenräume; ferner: OVG Hamburg, NVwZ-RR 2006, 169).“* (OVG Koblenz aaO)

Nach dem Vorbringen des Kl. soll die Prostitutionsnutzung in seinem Anwesen inzwischen bereits beendet worden sein, so dass von ihm allein verlangt wird, das **Vertragsverhältnis** mit seiner Mieterin **dauerhaft so zu gestalten**, dass eine Wiederaufnahme der rechtswidrigen Nutzung untersagt ist.

*„Aber selbst wenn die Mieterin seines Anwesens inzwischen den bordellartigen Betrieb im 1. Obergeschoss der S.-Straße wieder aufgenommen hätte, wäre die Inanspruchnahme des Kl. auch zum Zwecke der Beendigung dieser Nutzung nicht ungeeignet. Wie bereits ausgeführt, beinhaltet die an den Eigentümer adressierte **Nutzungsuntersagung** auch das **Handlungsgebot**, die ihm zur Verfügung stehenden **zivilrechtlichen Einflussmöglichkeiten** zu nutzen, um die beanstandete Nutzung zu beenden. Besteht die Baurechtswidrigkeit lediglich in der Art und Weise der Nutzung einer Wohnung – wie hier –, so stehen dem Eigentümer und Vermieter als **zivilrechtliche Einwirkungsmöglichkeiten** etwa eine **Abmahnung** oder eine **Unterlassungsklage** nach § 541 BGB zur Verfügung (vgl. OVG Koblenz, Beschl. v. 05.11.2008 – 8 B 11031/08).*

*Die **Inanspruchnahme des Eigentümers** erweist sich jedenfalls dann als **geeignetes und verhältnismäßiges Mittel der Gefahrenabwehr**, wenn er zuvor bereits zu erkennen gegeben hat, selbst an der Einstellung der rechtswidrigen Nutzung interessiert zu sein und über die faktischen Möglichkeiten zu deren Durchsetzung zu verfügen. Letzteres ist hier durch die Einlassung des Verfahrensbevollmächtigten des Kl. gegenüber der Bekl. geschehen. So wurde der Behörde im Schriftsatz vom 28. 7. 2008 und in einem Telefonat vom 28.08.2008 bedeutet, der Kl. habe die baurechtswidrigen Zustände durch eigenes Zutun bis Ende August 2008 behoben.“* (OVG Koblenz aaO)

Auch das Störerauswahlermessung wurde demnach ordnungsgemäß ausgeübt.

**Ergebnis:** Die Voraussetzungen für die Nutzungsuntersagung lagen vor und die Inanspruchnahme des Eigentümers war auch ermessensgerecht, so dass der Verwaltungsakt rechtmäßig ist. Die Anfechtungsklage ist demnach unbegründet.

GG  
Art. 4, 6, 7

## Religiöse Handlungen in der Schule zum Anspruch auf ein rituelles islamisch Gebet

VerfR

(OVG Bln/Bbg in NVwZ 2010, 1310; Urteil vom 27.05.2010 - 3 B 29/09 )

1. Das Begehren eines Schülers, ein Gebet in der Schule zu verrichten, ist **vom Schutzbereich des Art. 4 GG umfasst**, unterliegt jedoch den sich aus der Glaubensfreiheit anders- oder nichtgläubiger Schüler, dem Erziehungsrecht der Eltern, dem staatlichen Unterrichts- und Erziehungsauftrag und der staatlichen weltanschaulich-religiösen Neutralitätspflicht ergebenden **verfassungsimmanenten Schranken**.
2. An einer Schule mit religiös ausgeprägt heterogener Schülerschaft und einem den Schulfrieden gefährdenden hohen Konfliktpotenzial erfordert die Ermöglichung ritueller Gebets-handlungen **flankierende organisatorische Vorkehrungen**, auf die von Verfassungen wegen **kein Anspruch** besteht.

**Fall:** Der 1993 geborene Kl. ist muslimischen Glaubens. Seit dem Schuljahr 2006/2007 besucht er das D.-Gymnasium in B. Am 01.11.2007 betete er in der Schulpause nach der sechsten Unterrichtsstunde gemeinsam mit sieben Mitschülern etwa zehn Minuten lang in einem Flur des Schulgebäudes. Dabei knieten sie auf ihren Jacken, um das rituelle islamische Gebet zu verrichten. Der Vorgang wurde von anderen Schülern und einem Lehrer beobachtet, der daraufhin die Schulleiterin informierte. Diese teilte den betreffenden Schülern am folgenden Tag mündlich mit, dass das Beten auf dem Schulgelände nicht geduldet werde, und wies die Eltern des Kl. mit Schreiben vom 02.11.2007 darauf hin, dass an der Schule politische und religiöse Bekundungen, zu denen insbesondere Gebete gehörten, nicht erlaubt seien. In einer schriftlichen Stellungnahme führte die Schulleiterin unter anderem aus: Dem Kl. sei seine Religionsausübung nicht verwehrt bzw. unmöglich gemacht worden, sondern vielmehr die Demonstration religiöser Riten, die in Gruppen praktiziert worden sei. Zur Begründung seiner im Dezember 2007 erhobenen Klage hat der Kl. unter anderem ausgeführt: Er praktiziere, wie es für ihn verbindlich sei, fünfmal täglich das rituelle islamische Gebet, das so genannte As-Salat. Dabei knie er auf einem Gebetsteppich, der Richtung Mekka ausgerichtet sei, und rufe sich die wichtigsten Aussagen seines Glaubens in Erinnerung. Die Gebetszeiten richteten sich nach dem jahreszeitlich bedingten Stand der Sonne und würden dem Gebetskalender entnommen. Er habe dafür Sorge zu tragen, dass das Gebet auf die richtige Weise und zur vorgeschriebenen Zeit eingehalten werde. Das Nachholen des Gebets habe nach dem islamischen Glauben nicht den gleichen Wert wie das zeitnahe Gebet. Wird die Klage Erfolg haben?

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

### A. Zulässigkeit der Klage

Die Klage ist zulässig, wenn die allgemeinen und besonderen Sachentscheidungsvoraussetzungen vorliegen.

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

Der Streit um die Religionsausübung in einer öffentlichen Schule stellt ohne Weiteres einen öffentlich-rechtlichen Streitigkeit dar, für die der Verwaltungsrechtsweg nach § 40 I 1 VwGO eröffnet ist.

#### II. Prozessfähigkeit des Klägers, § 62 VwGO

Der Kl. müsste auch prozessfähig sein. Als **Minderjähriger** über 7 Jahre ist er nach § 106 BGB **beschränkt geschäftsfähig** und daher nach § 62 I Nr. 2 VwGO nur prozessfähig, soweit er durch Vorschriften des bürgerlichen oder öffentlichen Rechts für den Gegenstand des Verfahrens als geschäftsfähig anerkannt ist.

*„Das ist hier der Fall. Gemäß § 5 S. 1 des Gesetzes über die religiöse Kindererziehung (RGG 1921, 939), zuletzt geändert durch Gesetz vom 17.12.2008 (BGBl I, 2586), steht **Minderjährigen nach Vollendung des vierzehnten Lebensjahres die Entscheidung darüber zu, zu welchem religiösen Bekenntnis sie sich halten wollen. Da die in Art. 4 GG verbürgte Glaubensfreiheit auch den Anspruch umfasst, nach eigenen Glaubensüberzeugungen leben und handeln zu dürfen (vgl. BVerfG, NJW 2009, 3151), ist für dessen gerichtliche Geltendmachung von der Prozessfähigkeit des religionsmündigen Minderjährigen auszugehen (vgl. zur Teilnahme am Religionsunterricht Bier, in: Schoch/Schmidt-Aßmann/Pietzner, VwGO, Stand: Feb. 1996, § 62 Rn 10; Kopp/Schenke, VwGO, 16. Aufl. [2009], § 62 Rn 5; vgl. auch BVerwG, NJW 1983, 2585).“***  
(OVG Bln/Bbg aaO)

#### III. statthafte Klageart

Es könnte eine Feststellungsklage einschlägig sein, mit der um das Bestehen oder Nichtbestehen eines Rechtsverhältnisses gestritten werden kann.

„Der Kl. begehrt die Feststellung eines **gegenwärtigen konkreten streitigen Rechtsverhältnisses**, nämlich seiner **Berechtigung**, während des Besuchs des D.-Gymnasiums **außerhalb der Unterrichtszeit einmal täglich sein rituelles islamisches Gebet zu verrichten**. Dem Kl. geht es gerade um die **Verrichtung des rituellen islamischen Gebets (as-salat)** und – insoweit weiter konkretisierend – nur um das **Mittagsgebet**. Ferner ist klarstellend festzuhalten, dass mit der streitigen Berechtigung des Kl. eine entsprechende **Duldungspflicht des Bekl.** korrespondiert, dass also zwischen den Bet. spiegelbildlich auch die Berechtigung des Bekl. **streitig ist**, dem Kl. die Verrichtung des islamischen Ritualgebets am D.-Gymnasium zu untersagen. Denn es liegt nicht im Interesse des Kl., den Feststellungstenor des VG dahin zu verstehen, dass ihm die Gebetsverrichtung erlaubt ist, solange sie der Bekl. nicht untersagt.“ (OVG Bln/Bbg aaO)

Statthafte Klageart ist daher eine Feststellungsklage nach § 43 VwGO.

#### IV. sonstige Sachentscheidungs Voraussetzungen

„Die übrigen Zulässigkeitsvoraussetzungen der Feststellungsklage sind ebenfalls erfüllt. Es kann nicht in Abrede gestellt werden, dass der Kl. ein **berechtigtes (ideelles) Interesse an der begehrten Feststellung** hat. Auch ist die Feststellungsklage wegen der mit ihr erreichbaren, über den bloßen Einzelfall hinausreichenden Klärung **ausnahmsweise nicht gegenüber Leistungs- oder Gestaltungs klagen subsidiär** (§ 43 II VwGO).“ (OVG Bln/Bbg. aaO)

### B. Begründetheit der Klage

Die Feststellungsklage ist begründet, wenn es dem Kl. gestattet ist, auf dem Schulgelände ein rituelles islamisches Gebet vorzunehmen. Ein Anspruch des Kl. auf Durchführung des rituellen islamischen Gebetes könnte sich aus Art. 4 GG I, II GG ergeben.

#### I. Schutzbereich

Die Durchführung eines rituellen islamischen Gebetes müsste vom Schutzbereich des Art. 4 umfasst sein.

„Art. 4 GG garantiert in Absatz 1 die Freiheit des Glaubens, des Gewissens und des religiösen und weltanschaulichen Bekenntnisses, in Absatz 2 das Recht der ungestörten Religionsausübung. Beide Absätze des Art. 4 GG enthalten ein **umfassend zu verstehendes einheitliches Grundrecht**. Es erstreckt sich nicht nur auf die innere Freiheit, zu glauben oder nicht zu glauben, sondern auch auf die **äußere Freiheit, den Glauben zu bekunden** und zu verbreiten. Dazu gehört auch das Recht des Einzelnen, sein gesamtes Verhalten an den Lehren seines Glaubens auszurichten und seiner inneren Glaubensüberzeugung gemäß zu handeln (vgl. BVerfGE 108,282 = NJW 2003, 3111). Insbesondere gewährleistet die Glaubensfreiheit die **Teilnahme an den kultischen Handlungen**, die ein Glaube vorschreibt oder in denen er Ausdruck findet (vgl. BVerfGE 93, 1 = NJW 1995, 2477). Damit gehört auch die **Verrichtung von Gebeten** zur durch Art. 4 GG grundsätzlich geschützten Religionsausübung (vgl. BVerfGE 24, 236 = NJW 1969, 31).

Allerdings ist hierfür nicht entscheidend, ob die vom Kl. als verpflichtend bezeichnete **Einhaltung der Gebetszeiten** nach den von dem Sachverständigen Prof. N zitierten Quellen des islamischen Glaubens „**zwingend**“ ist. Denn auch nach diesem Gutachten ist davon auszugehen, dass die Einhaltung der Gebetszeiten den **Lehren des Islam jedenfalls nicht widerspricht**. Damit ist dem Kl. zuzugestehen, dass deren Beachtung sich nach Gehalt und Erscheinung als islamisch-religiös **begründete Glaubensregel** dem **Schutzbereich** des Art. 4 I, II GG **hinreichend plausibel zuordnen lässt**. Mithin fällt das Begehren des Kl. entgegen der Auffassung des Bekl. auch dann nicht aus dem Schutzbereich der Religionsfreiheit, wenn es ihm nach den Regeln seiner Religion gestattet wäre, das rituelle Mittagsgebet nach Beendigung der Schulzeit zu verrichten.“ (OVG Bln/Bbg. aaO)

#### II. Eingriff

Ein Eingriff ist in jedem hoheitlichen Verhalten zu sehen, dass die Betätigung im grundrechtlich geschützten Bereich unmittelbar oder mittelbar unmöglich macht oder erschwert. Die Untersagung der Durchführung des rituellen islamischen Gebetes würde demgemäß einen Eingriff darstellen.

#### III. Rechtfertigung

Fraglich ist, ob dieser Eingriff gerechtfertigt ist.

##### 1. Einschränkung

Dies setzt zunächst voraus, dass das Grundrecht überhaupt beschränkbar ist.

„Die in Art. 4 I, II GG verbürgte Glaubensfreiheit ist zwar **vorbehaltlos gewährleistet**. Einschränkungen können sich jedoch **aus der Verfassung selbst** ergeben.

Hierzu zählen die **Grundrechte Dritter** sowie **Gemeinschaftswerte von Verfassungsrang**. Ein Konflikt zwischen verschiedenen Trägern eines vorbehaltlos gewährleisteten Grundrechts sowie zwischen diesem Grundrecht und anderen verfassungsrechtlich geschützten Gütern ist nach dem **Grundsatz**

**praktischer Konkordanz** zu lösen, der fordert, dass nicht eine der widerstreitenden Rechtspositionen bevorzugt und maximal behauptet wird, sondern alle einen **möglichst schonenden Ausgleich** erfahren (vgl. BVerfGE 52, 223 = NJW 1980, 575). Überdies bedarf die Einschränkung der vorbehaltlos gewährleisteten Glaubensfreiheit einer hinreichend bestimmten gesetzlichen Grundlage (vgl. BVerfGE 108, 282 = NJW 2003, 3111).“ (OVG Bln/Bbg. aaO)

## 2. praktische Konkordanz

### a) Bestimmung der relevanten anderen Grundrechtsgüter

Die vom Kl. in Anspruch genommene Freiheit der Betätigung seiner Glaubensüberzeugung durch die Verrichtung des rituellen islamischen Mittagsgebets in der Schule trifft auf die von Art. 4 I, II GG gleichermaßen geschützte **negative Glaubensfreiheit der nicht- oder andersgläubigen Schülerinnen** und Schüler. Ebenfalls betroffen ist das **Erziehungsrecht** jedenfalls der Eltern derjenigen **Schüler, die das vierzehnte Lebensjahr noch nicht vollendet** haben.

„Art. 6 II 1 GG garantiert den Eltern die Pflege und Erziehung ihrer Kinder als natürliches Recht und umfasst zusammen mit Art. 4 I GG auch das Recht zur **Kindererziehung in religiöser und weltanschaulicher Hinsicht**; daher ist es zuvörderst Sache der Eltern, ihren Kindern diejenigen Überzeugungen in Glaubens- und Weltanschauungsfragen zu vermitteln, die sie für richtig halten. Dem entspricht das Recht, die **Kinder von Glaubensüberzeugungen fernzuhalten**, die den Eltern als falsch oder schädlich erscheinen (vgl. BVerfGE 108, 282 = NJW 2003, 3111).

Ferner stößt die vom Kl. in Anspruch genommene Verwirklichung seiner Religionsfreiheit auf den aus Art. 7 I GG folgenden **staatlichen Unterrichts- und Erziehungsauftrag**, der es beinhaltet, den **Schulfrieden** zu gewährleisten. Schließlich berührt die Religionsausübung des Kl. in der Schule das Gebot **weltanschaulich-religiöser Neutralität des Staates**. Zwar ist dieses Gebot nicht als eine distanzierende Haltung im Sinne einer strikten Trennung von Staat und Kirche, sondern als eine offene und übergreifende, die Glaubensfreiheit für alle Bekenntnisse gleichermaßen fördernde zu verstehen. Die Offenheit für ein breites Spektrum von Meinungen und Auffassungen ist **konstitutive Voraussetzung einer öffentlichen Schule in einem freiheitlich-demokratisch ausgestalteten Gemeinwesen** (vgl. BVerfG, FamRZ 2006, 1094 = BeckRS 2009, 38783). Die staatliche Pflicht zu weltanschaulich-religiöser Neutralität **untersagt jedoch die Privilegierung bestimmter Bekenntnisse** ebenso wie die **Ausgrenzung Andersgläubiger** (vgl. BVerfGE 108, 282 = NJW 2003, 3111). Auch verwehrt es der Grundsatz religiös-weltanschaulicher Neutralität dem Staat, Glauben und Lehre einer Religionsgemeinschaft als solche zu bewerten. Diese Verpflichtung stellt bei strikter Beachtung sicher, dass unzumutbare Glaubens- und Gewissenskonflikte nicht entstehen (vgl. BVerfG, NJW 2009, 3151).“ (OVG Bln/Bbg. aaO)

### b) Schaffung eines Ausgleichs

„Wenngleich der Einzelne in einer Gesellschaft, die unterschiedlichen Glaubensüberzeugungen Raum gibt, **kein Recht darauf hat**, von fremden Glaubensbekundungen, kultischen Handlungen und religiösen Symbolen **verschont zu bleiben** (vgl. BVerfGE 108, 282 = NJW 2003, 3111), muss in Rechnung gestellt werden, dass sich in der Schule eine Vielzahl von Schülern zwangsweise auf relativ engem Raum aufhält und die Ausweichmöglichkeiten naturgemäß begrenzt sind.

Gleichzeitig birgt eine **ausgeprägte religiöse Heterogenität** an der Schule auch ein größeres Potenzial für Konflikte (vgl. BVerfGE 108, 282 = NJW 2003, 3111). Dabei ist zu berücksichtigen, dass sich **minderjährige Schüler** in einem **geistig-moralischen Entwicklungsprozess** befinden und ihre Persönlichkeitsentwicklung noch nicht abgeschlossen ist.“ (OVG Bln/Bbg. aaO)

So kam es bei der Bekl. auch schon häufig zu religiös motivierten Beleidigungen und sonstigen Auseinandersetzungen.

„Zwar rechtfertigt das **störende Verhalten Dritter** nicht ohne Weiteres eine Einschränkung der Religionsausübung. Denn Art. 4 I, II GG **beschränkt sich nicht auf die klassische Funktion eines Abwehrrechts**, sondern erlegt dem Staat auch die Pflicht auf, den Einzelnen und religiöse Gemeinschaften **vor Angriffen** oder Behinderungen von Anhängern anderer Glaubensrichtungen oder konkurrierender Religionsgruppen **zu schützen** (vgl. BVerfG, NVwZ 2001, 908). Aus einer solchen grundrechtlichen Schutzpflicht folgt in der Regel indessen **keine bestimmte Handlungsvorgabe**. Die zuständigen staatlichen Organe, insbesondere der Gesetzgeber, haben vielmehr zunächst **in eigener Verantwortung** zu entscheiden, wie sie ihre Schutzpflichten erfüllen. Es ist grundsätzlich Sache des Gesetzgebers, ein Schutzkonzept aufzustellen und normativ umzusetzen. Dabei kommt ihm ein **weiter Einschätzungs-, Wertungs- und Gestaltungsspielraum** zu. Die Verletzung einer solchen Schutzpflicht ist nur festzustellen, wenn **Schutzvorkehrungen** entweder **überhaupt nicht getroffen** sind, wenn die getroffenen Regelungen und Maßnahmen offensichtlich ungeeignet oder **völlig unzulänglich** sind, das gebotene Schutzziel zu er-

reichen, oder wenn sie erheblich hinter dem Schutzziel zurückbleiben (vgl. BVerfG, NVwZ 2010, 570 = LKV 2009, 557).“ (OVG Bln/Bbg. aaO)

Die Schulleitung des D.-Gymnasiums könnte daher verpflichtet sein, dem Kl. für die Verrichtung seines rituellen Mittagsgebets einen abgeschlossenen Raum zur Verfügung zu stellen, um so dessen kultischen Handlungen den Blicken seiner Mitschüler mit der Folge zu entziehen, dass er selbst vor Beeinträchtigungen während der Verrichtung des Gebets geschützt und gleichzeitig die Möglichkeit einer eventuellen Einflussnahme auf andere Mitschüler verhindert oder zumindest verringert wird.

„Daraus ergibt sich, dass der **Wahrung des Schulfriedens** dienende schulorganisatorische Maßnahmen, wie die Gestellung eines Raumes zur Verrichtung des Ritualgebets, von der Ermöglichung dieses Gebets letztlich nicht zu trennen sind. Damit setzt die vom Kl. **angestrebte religiöse Betätigung notwendig flankierende organisatorische Maßnahmen** der Schulleitung voraus. Das führt dazu, dass es dem Kl. nicht nur darum geht, Eingriffe in seine Religionsfreiheit abzuwehren, sondern dass er notwendigerweise gleichzeitig von dem Bekl. eine **sächlich-organisatorische Leistung** erstrebt, die in den einfachgesetzlichen Vorschriften des Schulgesetzes, dem die Konzeption des Einsatzes erzieherischer Mittel zu Grunde liegt, **nicht vorgesehen** ist, und auch nicht unmittelbar auf verfassungsrechtliche Schutzpflichten zu Gunsten der Religionsfreiheit gestützt werden kann. Zwar beschränkt sich Art. 4 I GG, wie dargelegt, nicht darauf, dem Staat eine Einmischung in die Glaubensüberzeugungen, -handlungen und -darstellungen Einzelner oder religiöser Gemeinschaften zu verwehren. Er erlegt ihm vielmehr auch die **Pflicht** auf, ihnen einen **Betätigungsraum zu sichern**, in dem sich die Persönlichkeit auf weltanschaulich-religiösem Gebiet entfalten kann. Art. 4 I GG verleiht dem Einzelnen und den religiösen Gemeinschaften aber **grundsätzlich keinen Anspruch** darauf, ihrer **Glaubensüberzeugung mit staatlicher Unterstützung Ausdruck zu verleihen** (vgl. BVerfGE 93, 1 = NJW 1995, 2477).

Es kommt hinzu, dass der Bekl. verpflichtet wäre, auch **Schülerinnen und Schülern anderer Religionen oder Glaubensrichtungen** entsprechende Unterstützung zur Ausübung ihrer Religion zukommen zu lassen. Der Staat hat auf eine **am Gleichheitssatz orientierte Behandlung** der verschiedenen Religions- und Weltanschauungsgemeinschaften zu achten und kann die friedliche Koexistenz unterschiedlicher oder gar gegensätzlicher religiöser und weltanschaulicher Überzeugungen nur gewährleisten, wenn er selber in **Glaubensfragen Neutralität** bewahrt (vgl. BVerfGE 93, 1 = NJW 1995, 2477).“ (OVG Bln/Bbg. aaO)

### c) Verhältnismäßigkeit

Die im Interesse des Schulfriedens erfolgende Einschränkung der Religionsfreiheit des Kl. dürfte diesen nicht unverhältnismäßig treffen.

„Sowohl der nur bei Wahrung des Schulfriedens zu realisierende **staatliche Unterrichts- und Erziehungsauftrag** als auch die **religiös-weltanschauliche Neutralitätspflicht** des Staates als auch die **negative Religionsfreiheit** anderer und nichtgläubiger Schülerinnen und Schüler besitzen ebenso wie die Religionsfreiheit des Kl. **Verfassungsrang**. Dabei geht es vorliegend nicht nur um eine abstrakte, sondern angesichts der vom Bekl. beispielhaft aufgeführten Vorfälle um eine **durchaus konkrete Gefahr der Störung des Schulfriedens**, der begegnet werden soll.

Hieraus folgt, dass dem geltend gemachten Anspruch die **verfassungsimmanenten Schranken der Religionsfreiheit** entgegenstehen und der Bekl. aus den genannten Gründen berechtigt ist, dem Kl. die Verrichtung seines islamischen rituellen Mittagsgebets auf dem Schulgelände zu untersagen. **§ 46 II 3 BerlSchulG**, wonach die Schülerinnen und Schülern an die Vorgaben gebunden sind, die dazu bestimmt sind, das Bildungs- und Erziehungsziel der Schule zu erreichen sowie das Zusammenleben und die Ordnung in der Schule aufrechtzuerhalten, bietet hierfür eine **hinreichend bestimmte gesetzliche Grundlage**. Zwar verpflichten Rechtsstaatsgebot und Demokratieprinzip des Grundgesetzes insbesondere im Schulwesen den Gesetzgeber, die **wesentlichen Entscheidungen selbst zu treffen** und nicht der Schulverwaltung zu überlassen. Eine solche Entscheidung hat erhebliche Bedeutung für die Verwirklichung von Grundrechten im Verhältnis zwischen Lehrern, Eltern und Kindern sowie dem Staat (vgl. BVerfGE 108, 282 = NJW 2003, 3111). **§ 46 II 3 BerlSchulG** bietet jedoch eine in diesem Sinne geeignete gesetzliche Grundlage. Die Norm enthält eine klare Bestimmung des Ziels, das Zusammenleben und die Ordnung in der Schule aufrechtzuerhalten.“ (OVG Bln/Bbg. aaO)

**Ergebnis:** Die Feststellungsklage ist nicht begründet, da der Kl. keinen Anspruch auf Durchführung eines rituellen islamischen Gebetes in der Schule hat.

## 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  
§ 556b I

### Fristberechnung Sonnabend ist kein Werktag

BGB

(BGH in MDR 2010, 1040; Urteil vom 13.07.2010 – VIII ZR 129/09)

Bei der **Berechnung der Zahlungsfrist** von drei Werktagen, die ein vorleistungspflichtiger Mieter nach § 556b I BGB oder entsprechenden Vertragsklauseln einzuhalten hat, ist der **Sonnabend nicht als Werktag mitzuzählen**.

I. **Im Schrifttum und in der Rspr. wird die Frage**, ob der Sonnabend im Rahmen des § 556b I BGB oder bei einer ihm entsprechenden vertraglichen Fälligkeitsregelung als Werktag zu gelten hat, **unterschiedlich beantwortet**.

1. **Teilweise** wird der **Sonnabend in diesem Kontext nicht als Werktag** angesehen. Zur Begründung wird angeführt, beim Sonnabend handele es sich **nicht** um einen **Bankgeschäftstag**, weswegen im Falle der Berücksichtigung des Sonnabends die **Zahlungsfrist des Mieters unangemessen verkürzt** werde.

Schmidt-Futterer, MietR, 9. Aufl., § 556b BGB Rn 4; Sternel, MietR aktuell, 4. Aufl., Rn III 87; Kinne/Schach/Bieber, Miet- und MietprozessR, 5. Aufl., § 556b Rn 4; Gramlich, MietR, 10. Aufl., § 556b BGB Anm. 1; Herrlein/Kandelhard, MietR, 3. Aufl., § 556b Rn 6; Bottenberg/Kühnemund ZMR 1999, 221; LG Hamburg WuM 1981, 181; LG Berlin GE 2009, 198; BGH NJW 2010, 2208 = MM 2008, 334; BGH NJW 2010, 2882

2. Die **gegenteilige Auffassung** sieht den Sonnabend auch in diesem Zusammenhang als Werktag an. Sie stützt sich auf den **allgemeinen Sprachgebrauch**, der auch den Sonnabend zu den Werktagen zähle, und hält zudem die Erwägungen des BGH (NJW 2005, 2154 = NZM 2005, 532) zur dreitägigen Karenzzeit bei einer Kündigung (§ 565 II 1 BGB a.F., § 573 c I 1 BGB) auch auf die in § 556b I BGB und in gleich lautenden Mietvertragsklauseln auf drei Werktage bemessenen Zahlungsfrist für anwendbar.

Palandt/Weidenkaff, § 556b Rn 4; Blank/Börstinghaus, Miete, 3. Aufl., § 556b Rn 5; Staudinger/Weitemeyer, BGB, Neubearb. 2006, § 556b Rn 14; MüKo-BGB/Artz, 5. Aufl., § 556b Rn 6; Bamberger/Roth, BGB, 2. Aufl., § 556b Rn 9; Lamme, WohnraummietR, 3. Aufl., § 556b Rn 6 (anders für den auf das Fristende fallenden Sonnabend); Emmerich/Sonnenschein/Weitemeyer, Miete, 9. Aufl., § 556b Rn 6; Riecke/Schmid, Mietrechtskomm., § 556b BGB Rn 6; Meist ZMR 1999, 801; LG München I WuM 1995, 103; LG Wuppertal NJW-RR 1993, 1232 = WuM 1993, 450

II. Nach **BGH aaO** gebietet es der **Schutzzweck der in § 556b I 1 BGB geregelten Karenzzeit** von drei Werktagen, den Sonnabend bei der Berechnung der Zahlungsfrist für die Entrichtung der Miete nicht mitzuzählen.

1. Im **allgemeinen Sprachgebrauch gilt der Sonnabend weiterhin als Werktag**; auch nach dem **Sprachgebrauch des Gesetzes** ist der Sonnabend grds. als Werktag einzuordnen.

*„Die Auslegung des § 556b I 1 BGB und ihm entsprechender mietvertraglicher Regelungen darf jedoch nicht beim Wortlaut stehen bleiben. Der Schutzzweck der dem Mieter für die Entrichtung der Miete eingeräumten Karenzzeit von drei Tagen gebietet es, die Vorschrift des § 556b I 1 BGB im Wege teleologischer Reduktion einschränkend dahin auszulegen, dass der Sonnabend bei der Berechnung der Zahlungsfrist nicht als Werktag anzusehen ist.*

*Mit der Bestimmung des § 556b I 1 BGB sollte die Fälligkeit der Miete auf den Beginn des Monats vorverlegt (BT-Dr 14/4553, S. 52 = NZM 2000, 415) und eine Vorleistungspflicht des Mieters begründet werden. Bei der Schaffung dieser abweichenden Regelung ließ sich der Gesetzgeber von der Erwägung leiten, dass in der vertraglichen Praxis schon unter der Geltung des § 551 I BGB a. F. überwiegend eine Vorleistungspflicht des Mieters vereinbart, zugleich aber dem Mieter das Recht eingeräumt worden war, die Miete bis zum dritten Werktag des jeweils maßgeblichen Zeitabschnitts zu entrichten (BT-Dr 14/4553 aaO). Der Gesetzgeber hat damit das bereits in mietvertraglichen Vereinbarungen berücksichtigte Bedürfnis des vorleistungspflichtigen Mieters als schutzwürdig anerkannt, eine ausreichende Zeitspanne für die Bewirkung der Mietzahlung zu erhalten.*

*Die Einräumung einer Karenzzeit von drei Werktagen mildert im Interesse des Mieters die zu Gunsten des Vermieters begründete Vorleistungspflicht ab. Der Mieter soll nicht verpflichtet sein, die Miete bereits am ersten Werktag des Monats zu entrichten, sondern hierfür drei Werktage Zeit haben. An einer solchen „Schonfrist“ besteht schon deswegen ein besonderes Interesse des Mieters, weil unpünktliche Mietzahlungen eine ordentliche oder fristlose Kündigung des Mietverhältnisses nach §§ 573, 543 BGB auslösen können. Um dieser Interessenlage hinreichend Rechnung zu tragen, muss die Karenzzeit von drei Werktagen dem Mieter ungeschmälert zur Verfügung stehen. Dieser Gesichtspunkt ist für die Auslegung der Frage, ob der Sonnabend als Werktag i.S. des § 556b I 1 BGB zu gelten hat, von entscheidender Bedeutung.*

*Mietzahlungen erfolgen heutzutage üblicherweise nicht in bar, sondern werden über Bankinstitute abgewickelt. Würde der Sonnabend im Rahmen der Zahlungsfrist als Werktag mitgerechnet, wäre nicht gewährleistet, dass eine Überweisung den Empfänger rechtzeitig erreicht, die am letzten Tag des Vormonats, wenn weite Teile der Bevölkerung ihr Gehalt oder ihren Lohn erhalten haben, veranlasst worden ist.*

*Banküberweisungen werden nur an den Geschäftstagen der Banken ausgeführt und nehmen eine gewisse Zeit in Anspruch (§§ 675s I, 675n I 4 BGB). Bei der Schaffung des § 556b I 1 BGB waren nur die Tage von Montag bis Freitag Bankgeschäftstage (so die Legaldefinition in der am 14.08.1999 in Kraft getretenen und bis 31.10.2009 geltenden Regelung des § 676a II 2 BGB a. F.). Dementsprechend wurde eine Überweisung an einem Sonnabend – selbst bei geöffneten Bankfilialen oder bei online-Aufträgen – weder ausgeführt noch dem Empfänger gutgeschrieben. Dieser Umstand ist bei der Auslegung des § 556b I BGB zu berücksichtigen. Er bedeutet, dass sich die dem Mieter eingeräumte Schon-*

frist von drei Werktagen bei einer über das Wochenende auszuführenden Banküberweisung um einen Tag verkürzen würde, wenn der Sonnabend bei der Berechnung der Zahlungsfrist als Werktag mitzählte. Dies widerspräche dem Schutzzweck der Karenzzeit.“ (BGH aaO)

2. An dieser **Sachlage** hat sich **nichts Wesentliches geändert**: Zwischenzeitlich ist zwar im Zuge der Umsetzung Art. 4 Nr. 27 der EU-Richtlinie 2007/64/EG vom 13.11.2007 über Zahlungsdienste im Binnenmarkt (ABIEG Nr. L 319, S. 1) der bisher in § 676a II 2 BGB definierte Begriff „Bankgeschäftstag“ mit Wirkung zum 01.11.2009 durch den Begriff „Geschäftstag“ abgelöst worden, der entscheidend darauf abstellt, an welchen Tagen der an der Ausführung eines Zahlungsvorgangs jeweils beteiligte Zahlungsdienstleister einen hierfür erforderlichen Geschäftsbetrieb unterhält (BT-Dr 16/11643, S. 107f.; § 675n I 4 BGB).

„Maßgeblich für die Auslegung des § 556b I 1 BGB und an ihn angelehnter Mietvertragsklauseln sind aber die Verhältnisse zum Zeitpunkt der Einführung dieser gesetzlichen Bestimmung. Zudem sehen die **Geschäftsbedingungen der Banken** überwiegend vor, dass an Sonnabenden nach wie vor kein für die Ausführung von Zahlungsvorgängen erforderlicher Geschäftsbetrieb i.S. von § 675n I 4 BGB unterhalten wird. Der Sonnabend ist deshalb nicht als Werktag i.S. des § 556b I BGB und entsprechender mietvertraglicher Vereinbarungen anzusehen. Dies gilt im **Interesse einheitlicher Handhabung unabhängig von der Zahlungsweise**.“ (BGH aaO)

3. Einer Ausklammerung des Sonnabends bei der Zahlungsfrist steht auch nicht entgegen, dass der Gesetzgeber den Begriff des Werktags in § 556b I BGB nicht entsprechend eingegrenzt hat.

„Denn in seinem **Bestreben, die Gesetzeslage an die bestehende Vertragspraxis anzupassen**, hat er auf die damals üblichen vertraglichen Formulierungen zurückgegriffen. Die von ihm zum Vorbild genommenen Vertragsklauseln sind aber bei der gebotenen interessengerechten Auslegung ebenfalls dahin zu verstehen, dass der Sonnabend bei der Berechnung der Zahlungsfrist nicht als Werktag mitzählt (vgl. BGH NJW 2010, 2882).“ (BGH aaO)

BGB  
§§ 229, 231, 858

**verbotene Eigenmacht**  
**eigenmächtige Vermieterräumung**  
(BGH in MDR 2010, 1106; Urteil vom 14.07.2010 – VIII ZR 45/09)

BGB

Die **nicht durch einen gerichtlichen Titel gedeckte eigenmächtige Inbesitznahme einer Wohnung und deren eigenmächtiges Ausräumen** durch einen Vermieter stellt eine **unerlaubte Selbsthilfe** dar, für deren Folgen der Vermieter verschuldensunabhängig nach § 231 BGB haftet.

„Die nicht durch einen gerichtlichen Titel gedeckte eigenmächtige Inbesitznahme einer Wohnung und deren eigenmächtiges Ausräumen durch den Vermieter stellen jedenfalls solange, wie der Mieter seinen an der Wohnung bestehenden Besitz nicht erkennbar aufgegeben hat, eine **verbotene Eigenmacht i. S. von § 858 I BGB** und zugleich eine **unerlaubte Selbsthilfe i. S. von § 229 BGB** dar, für deren Folgen der Vermieter über die vom Amtsgericht herangezogenen Vorschriften hinaus sogar **verschuldensunabhängig nach § 231 BGB haftet** (BGH WuM 2003, 708; Sternel, Mietrecht Aktuell, 4. Aufl., Rn XIII 25; vgl. ferner OLG Köln NJW 1996, 472; Horst NZM 1998, 139; Herlein/Kandelhard, Mietrecht, 3. Aufl., § 546 Rn 34; Lehmann-Richter NZM 2009, 177). Das **gilt selbst dann, wenn der gegenwärtige Aufenthaltsort des Mieters unbekannt und/oder das Mietverhältnis wirksam gekündigt und dadurch ein vertragliches Besitzrecht des Mieters entfallen ist** (OLG Celle, WuM 1995, 188; Staudinger/Rolfs, BGB (2006), § 546 Rn 39; Bamberger/Roth/Ehlert, BGB, 2. Aufl., § 546 Rn 22). Vielmehr ist der Vermieter auch in diesen Fällen verpflichtet, sich – ggf. nach öffentlicher Zustellung der Räumungsklage – einen Räumungstitel zu beschaffen und zwecks rechtmäßiger Besitzverschaffung aus diesem vorzugehen.

Übt deshalb ein **Vermieter** im Wege einer sog. kalten Räumung durch eigenmächtige Inbesitznahme von Wohnung und Hausrat eine verbotene Selbsthilfe, ist er gem. § 231 BGB zum Ersatz des daraus entstehenden Schadens verpflichtet und **kann sich auch nicht darauf berufen, sich über die Voraussetzungen und den Umfang seines Selbsthilferechts geirrt zu haben**. Von der Ersatzpflicht erfasst wird insbes. eine eigenmächtige Entsorgung des hierbei in Besitz genommenen Hausrats und der sonst in der Wohnung vorgefundenen Gegenstände. Denn den Vermieter trifft mit seiner Inbesitznahme zugleich eine Obhutspflicht, welche einer Entsorgung grundsätzlich entgegensteht (vgl. BGH WM 1971, 943).“ (BGH aaO)

BGB  
§§ 249, 434

**Sachmängelhaftung**  
**trotz Vereinbarung eines Gewährleistungsausschlusses**  
(OLG Hamm in MDR 2010, 1174; Urteil vom 29.04.2009 – 22 U 127/09)

BGB

Die **unrichtige Angabe des Baujahrs eines verkauften Hauses** in einem Maklerexposé **begründet** unter dem Gesichtspunkt der **Beschaffenheitserwartung** gem. § 434 I 2 Nr. 2, S. 3 BGB einen **Sachmangel, für den der Verkäufer trotz vereinbarten Gewährleistungsausschlusses wegen Arglist haftet**, wenn er dem Makler die Information ohne tatsächliche Grundlage ("ins Blaue hinein") erteilt hatte.

- I. Das **veröffentlichte Exposé eines vom Verkäufer betrauten Maklers** stellt unter der Geltung des neuen Schuldrechts eine **öffentliche Äußerung eines Verkäufergehilfen i. S. d. § 434 I 3 BGB** dar mit der Folge, dass die in ihm enthaltenen Angaben eine zu erwartende **Sollbeschaffenheit gem. § 434 I 2 Nr. 2 BGB begründen** (vgl. OLG Hamm OLGR 2009, 161 m. w. N.; Palandt/Weidenkaff, BGB, 69. Aufl., § 434 Rn 69).

„Der durch das veröffentlichte Exposé begründeten Beschaffenheitserwartung stehen auch nicht die Vertragsklauseln entgegen, wonach das Objekt verkauft worden ist „wie es liegt und steht“ (§ 2 I 3) und keine „Garantien“ abgegeben wurden (§ 2 II 4).

Hierbei handelt es sich lediglich um **allgemein gehaltene Formulierungen, mit denen üblicherweise der Gewährleistungsausschluss und/oder das Fehlen von Beschaffenheitsvereinbarungen oder -garantien bekräftigt wird**. Um auch die durch eine öffentliche Äußerung begründete Beschaffenheitserwartung zu beseitigen, hätte es jedoch nach der ausdrücklichen Gesetzesvorschrift des § 434 I 3 a. E. BGB einer „Berichtigung in gleichwertiger Weise“ bedurft. Diese Qualität kommt den o. g.

Klauseln wegen ihres nicht hinreichend bestimmten Bezuges auf die im Exposé veröffentlichten Angaben nicht zu.“ (OLG Hamm aaO)

- II. **Auf einen Gewährleistungsausschluss kann sich ein Verkäufer gem. § 444 BGB nicht berufen, wenn er den Mangel arglistig verschwiegen hat.**

„Für die Bejahung von Arglist im Rechtssinne genügt es, wenn der Verkäufer die **Unrichtigkeit der von ihm gemachten Angabe i. S. bedingten Vorsatzes billigend in Kauf nimmt**. Das ist dann der Fall, wenn er die Angabe „ins Blaue hinein“ gemacht hat, d. h. ohne eine Tatsachengrundlage für sie zu haben (vgl. BGH NJW 1998, 302; BGH NJW 1981, 1441).

Schließlich ist Arglist auch nicht deshalb zu verneinen, weil es sich bei der „**ins Blaue hinein**“ bzw. **ohne Tatsachengrundlage gemachten Angabe** nicht um eine unmittelbar an den Vertragspartner gerichtete Erklärung gehandelt hat, sondern die Angabe nur mittelbar über die Veröffentlichung durch die Maklerfirma und die Vorschrift des § 434 I 3 BGB zu einem Sollbeschaffensmerkmal geworden ist. Der Umstand, dass die Maklerfirma die erhaltene Baujahresinformation in ihr Exposé aufnehmen und dieses sodann veröffentlichen würde, ist nämlich von den Bekl. ebenfalls zumindest billigend und damit bedingt vorsätzlich in Kauf genommen worden. Denn dies ist gerade der typische, auf der Hand liegende Zweck, zu dem sich ein Makler von einem Verkaufsinteressenten nähere Angaben zu dem Verkaufsobjekt machen lässt.“ (OLG Hamm aaO)

BGB  
§ 323 I

### Leistungsaufforderung Wirksamkeitsvoraussetzungen

BGB

(OLG München in BB 2010, 2268; Urteil vom 16.06.2010 – 7 U 4884/09)

Die **Fristsetzung nach § 323 I BGB** muss eine **bestimmte und eindeutige Aufforderung zur Leistung** enthalten und einen Endtermin für die Leistungserbringung angeben. Diesen Anforderungen **genügt** ein Schreiben des Gläubigers, in dem dieser den Schuldner **auffordert, binnen einer Frist den Liefertermin mitzuteilen, nicht**.

„Die Fristsetzung muss eine **bestimmte und eindeutige Aufforderung zur Leistung** enthalten und einen **Endtermin für die Erbringung der Leistung angeben**. Diesen Anforderungen genügt die E-Mail vom 08.07.2008 nicht. Darin hat die Kl. nur zum Ausdruck gebracht, dass sie bis zum 10.07. 2008 eine Erklärung der Bekl. auf ihre E-Mail erwartet und ihr von der Bekl. der genaue Liefertermin genannt wird. Eine eindeutige Fristsetzung der Kl. mit Endtermin, bis zu der sie selbst die Lieferung begehrt, fehlt. Insoweit handelt es sich bei der E-Mail um eine **bloße Aufforderung an die Schuldnerin, sich über ihre Leistungsbereitschaft zu erklären**. Dies **genügt der Nachfristsetzung jedoch nicht** (siehe auch BGH NJW 1999, 2884; MüKo-BGB/Ernst, 5. Aufl., 2007, § 323 Rn 59; Staudinger, BGB, Neubearb. 2009, § 323 Anm. B 52-54).“ (OLG München aaO)

StGB  
§§ 224, 232

### räuberische Erpressung

StGB

#### Rückforderung eines gezahlten „Freikaufpreises“

(BGH in StV 2010, 635; Beschluss vom 23.02.2010 – 4 StR 438/09)

Der **Tatbestand der (versuchten) schweren räuberischen Erpressung** ist **nicht gegeben, wenn der Täter nicht in der Absicht handelte, sich zu Unrecht zu bereichern** (hier: Rückforderung der Ablösesumme für eine Prostituierte).

„[Eine] Verurteilung wegen versuchter schwerer räuberischer Erpressung, da die Angekl. nicht in der Absicht handelten, sich (bzw. einen Dritten) zu Unrecht zu bereichern. Dem Angekl. W. stand vielmehr gegen M ein Anspruch auf Rückzahlung der 10.000 € zu.

Der Rückzahlungsanspruch ergibt sich aus § 812 I 1 Alt. 1 BGB. Die Zahlung war ohne rechtlichen Grund erfolgt, weil die Vereinbarung über den "Freikaufpreis" bereits nach ihrem Inhalt gegen die guten Sitten verstieß und deshalb gem. § 138 I BGB nichtig war. Der Vertrag behandelte die Zeugin Z als bloßes Objekt. Die Anerkennung ihrer persönlichen Freiheit durch M, insbes. ihrer Freiheit zur sexuellen Selbstbestimmung, war danach von einer Gegenleistung abhängig.

Der **Rückzahlungsanspruch ist auch weder nach § 814 Alt. 1 BGB noch nach § 817 S. 2 BGB ausgeschlossen**.

§ 814 Alt. 1 BGB, wonach die Leistung nicht zurückgefordert werden kann, wenn der Leistende gewusst hat, dass er zur Leistung nicht verpflichtet war, ist hier nicht anwendbar, weil der Angekl. W. **erkennbar nicht freiwillig gezahlt** hatte, sondern vielmehr unter Druck zur Vermeidung eines sonst drohenden Nachteils (BGH NJW 1995, 3052). M hatte schon in der Vergangenheit die Freiheit der Z in strafbarer Weise (§ 232 StGB) missachtet und er drohte sie ihr auch künftig streitig zu machen. Dies wollte der Angekl. W. durch die Zahlung des "Freikaufpreises" verhindern.

Auch der Konditionsausschluss nach § 817 S. 2 BGB greift nicht ein. Danach ist die Rückforderung der Leistung ausgeschlossen, wenn dem Leistenden ein Verstoß gegen die guten Sitten oder gegen ein gesetzliches Verbot zur Last fällt. Hier aber **stand der Zweck der Zahlung - die Wiedergewinnung der Freiheit der Zeugin Z - im Einklang mit der Rechtsordnung**.“ (BGH aaO)

StGB  
§ 250 II Nr. 1

### schwere räuberische Erpressung erzwungene Ausstellung eines Schuldscheins

StGB

(BGH in ZAP 2010,119 = BeckRS 2009, 89126; Beschluss vom 25.11.2009 – 2 StR 495/09)

**Fall:** Der Angekl. suchte gemeinsam mit dem Mitangekl. S. den Geschädigten D. auf, um eine tatsächlich nicht bestehende angebliche "Schadensersatz"-Forderung von 17.000 € geltend zu machen. Der Angekl. rechnete nicht damit, von D. eine Zahlung erlangen zu können. Der Mittäter S. nahm irrig an, die Forderung bestehe tatsächlich; auf Bitte des Angekl. führte er zur Einschüchterung des D. eine nicht geladene Pistole und einen Teleskopschlagstock mit sich.

In der Wohnung des D. wurde dieser vom Angekl. und S. bedroht und geschlagen: der Angekl. forderte die Zahlung von 20.000 €, wobei er wusste, dass ein solcher Anspruch gegen D. tatsächlich gar nicht bestand. Unter Drohungen erreichte er, dass D. ihm einen "Schuldschein" aushändigte und die Zahlung von monatlich 2.000 € zusagte. Hierbei nahm der Angekl. nicht an, dass D. sofort oder später zahlen (können) werde.

Die **Nötigung zur Erstellung des Schuldscheins** durch den Einsatz des Teleskopschlagstocks stellt **keine schwere räuberische Erpressung gem. § 250 II Nr. 1 StGB** dar.

„[Ein anderes Ergebnis wäre] schon deshalb unzutreffend, weil nach den Feststellungen des Landgerichts **mit einer Verwendung dieser Urkunde zur rechtlichen Durchsetzung der angeblichen Forderung nicht ernstlich zu rechnen war**; der Angekl. beabsichtigte solches auch nicht.“ (BGH aaO)

StGB  
§ 306a I Nr. 1

**schwere Brandstiftung**  
**Wohnmobil als taugliches Tatobjekt**

StGB

(BGH in NSTZ 2010, 519; Beschluss vom 01.04.2010 – 3 StR 456/09)

Ein **Wohnmobil** stellt eine „andere Räumlichkeit, die der Wohnung von Menschen dient“ i.S.v. **§ 306a I Nr. 1 StGB** dar, so dass es **taugliches Objekt einer schweren Brandstiftung** sein kann.

„Durch das 6. StRG ist der **Bereich der besonders geschützten Tatobjekte erweitert** worden. Er umfasst nicht mehr nur Gebäude, Schiffe und Hütten, sondern allgemein Räumlichkeiten, die der Wohnung von Menschen dienen. Damit **sollen auch ungewöhnliche Formen des Wohnens** etwa in Wohn- oder Künstlerwagen **geschützt** werden (vgl. BGHSt 48, 14 unter Hinweis auf die Gesetzesmaterialien, BT-Dr 13/8587, S. 68, 86, 88). Das **Wohnmobil dient seinem Nutzer** – wie schon seine Bezeichnung nahelegt – **zumindest vorübergehend als Mittelpunkt der (privaten) Lebensführung** und damit zur Wohnung (vgl. BGHR StGB § 306a I Nr. 1 Wohnung 5 mwN; Schönke/Schröder/Heine 27. Aufl., § 306a Rn 4). Es wird **nicht nur zur Fortbewegung, sondern** – ähnlich einem auch zu Wohnzwecken dienenden Schiff – **auch zum Aufenthalt** untertags, zur Zubereitung und Einnahme von Mahlzeiten sowie zum Schlafen benutzt. **Diese Eigenschaft verliert es nicht dadurch, dass es in der Regel nur für bestimmte Zeiträume – während einer Reise – als Wohnung genutzt und i. Ü. auch für u.U. längere Zeit abgestellt oder nur als Fortbewegungsmittel genutzt wird.** Insoweit kann für ein Wohnmobil nichts anderes gelten wie für ein nur zeitweise benutztes Ferienhaus (vgl. BGHR StGB § 306 Nr. 2 Wohnung 10). Ob für unverkaufte Wohnmobile auf dem Gelände eines Herstellers bzw. Händlers oder für solche Fahrzeuge, die zur Vermietung auf dem Gelände eines Unternehmens bereitstehen, etwas anderes zu gelten hätte, muss der Senat nicht entscheiden.“ (BGH aaO)

StGB  
§ 339

**Rechtsbeugung durch Amtsrichter**  
**Unvertretbarkeit der Entscheidung**

StGB

(BGH in NSTZ 2010, 310; Urteil vom 29.10.2009 – 4 StR 97/09)

**Rechtsbeugung** begeht nur der **Amtsträger, der sich bewusst und in schwer wiegender Weise von Recht und Gesetz entfernt**. Das **Tatbestandsmerkmal der „Beugung“** enthält insoweit ein **normatives Element**, wonach nur elementare Rechtsverstöße und offensichtliche Willkürakte erfasst werden. **Auf den Maßstab (bloßer) Unvertretbarkeit darf dabei nicht abgestellt werden**.

„Nach der Rspr. des BGH soll der Straftatbestand der Rechtsbeugung den Rechtsbruch als **elementaren Verstoß gegen die Rechtspflege** unter Strafe stellen. Da die Einordnung der Rechtsbeugung als Verbrechenstatbestand die Schwere des Unwerturteils indiziert und eine Verurteilung kraft Gesetzes (§ 24 I DRiG) zur Beendigung des Richterverhältnisses führt, ist es mit dieser **gesetzlichen Zweckbestimmung** nicht zu vereinbaren, jede unrichtige Rechtsanwendung und jeden Ermessensfehler in den Schutzbereich dieser Norm einzubeziehen. Rechtsbeugung begeht daher nur der Amtsträger, der sich bewusst und in schwer wiegender Weise von Recht und Gesetz entfernt. Das Tatbestandsmerkmal der „Beugung“ enthält insoweit ein normatives Element, wonach **nur elementare Rechtsverstöße und offensichtliche Willkürakte** erfasst werden sollen (st. Rspr.; vgl. nur BGHSt 38, 381; BGHSt 40, 272; BGHSt 47, 105). Auf den Maßstab (bloßer) Unvertretbarkeit darf dabei schon im **Interesse der Rechtssicherheit** nicht abgestellt werden (BGHSt 47, 105). Eine **Beugung des Rechts** kann auch durch die **Verletzung von Verfahrens- und Zuständigkeitsvorschriften** begangen werden und liegt etwa dann vor, wenn der entscheidende Richter aus sachfremden Erwägungen gegen Zuständigkeits- und Anhörungsvorschriften verstößt, um andere Beteiligten von der Mitwirkung am Verfahren auszuschließen, und er damit die konkrete Gefahr eines seinen Intentionen entsprechenden unrechtmäßigen Vor- oder Nachteils für eine Partei schafft, der bei Einhaltung der gesetzlichen Vorschriften voraussichtlich nicht zu erreichen gewesen wäre (BGHSt 42, 351).“ (BGH aaO)

RGebStV  
§ 3 I 1

**Rundfunkgebühren**  
**Verjährung bei Wohnungswechsel**

öfFR

(OVG Magdeburg in NVwZ-RR 2010, 709; Beschluss vom 19.03.2010 – 3 M 330/09)

Einem **Rundfunkgebührenschedner**, der einen **Wohnungswechsel** entgegen § 3 I 1 HS 2 RGebStV der Rundfunkanstalt **nicht anzeigt**, ist die **Berufung auf die Verjährung von Rundfunkgebühren als unzulässiger Rechtsausübung verwehrt**, wenn er damit der Behörde die Möglichkeit nimmt, die Gebühren festzusetzen. Das gilt jedoch nicht, wenn er der Meldebehörde ordnungsgemäß seine neue Anschrift angezeigt hat.

„Zwar kann es nach den **auch im öffentlichen Recht anwendbaren Grundsätzen von Treu und Glauben** grds. als unzulässige Rechtsausübung angesehen werden, wenn ein Abgabenschuldner auf Grund eines jedenfalls **objektiv pflichtwidrigen Unterlassens** der Behörde die Möglichkeit nimmt, die geschuldeten Rundfunkgebühren festzusetzen (vgl. zu Beiträgen zum Absatzfonds für Landwirte: BVerwG BeckRS 1984, 30435743). Das **pflichtwidrige Verhalten des Schuldners muss indes für den Eintritt der Verjährung ursächlich gewesen sein** (vgl. OVG Lüneburg NVwZ-RR 2007, 575). Die Verjährungseinrede stellt demnach nur dann eine unzulässige Rechtsausübung dar, wenn gerade die **objektiv pflichtwidrige Unterlassung die Ursache dafür setzt, dass der Behörde die Möglichkeit genommen ist, geschuldete Beiträge rechtzeitig festzusetzen**.

Zwar hat der Ast. der Landesrundfunkanstalt entgegen § 3 I 1 HS 2 RGebStV den Wohnungswechsel **objektiv pflichtwidrig nicht angezeigt**. Indes ist der Behörde mit diesem Unterlassen nicht die Möglichkeit genommen, die rückständigen Rundfunkgebühren festzusetzen.

So erscheint bereits fraglich, weshalb es dem Ag. nicht möglich gewesen sein sollte, dem Ast. den Festsetzungsbescheid öffentlich zuzustellen. Nach § 10 I 1 Nr. 1 VwZG kann die Zustellung durch öffentliche Bekanntmachung erfolgen, wenn der Aufenthaltsort des Empfängers unbekannt ist und eine Zustellung an einen Vertreter oder Zustellungsbevollmächtigten nicht möglich ist. Zwar sieht der Rundfunkgebührenstaatsvertrag nicht vor, dass Rundfunkgebührenbescheide zuzustellen sind. Indes erfolgt die Zustellung nach den Bestimmungen des Verwaltungszustellungsgesetzes des Bundes nach § 2 SachsAnhVwZG nicht nur, soweit dies durch Rechtsvorschrift vorgesehen, sondern auch dann, wenn es durch behördliche Anordnung bestimmt ist. Zwar bestimmt § 2 SachsAnhVwZG, dass die Bestimmungen des Verwaltungsverfahrensgesetzes des Landes Sachsen-Anhalt nicht für die Tätigkeit des Ag. gelten. Eine entsprechende Einschränkung hinsichtlich des persönlichen Anwendungsbereichs enthält indes § 1 SachsAnhVwZG nicht.

Das rechtfertigt es, anders als in den Fällen, in denen die Adressänderung nicht nur der Rundfunkanstalt gegenüber, sondern auch den Meldebehörden gegenüber nicht angezeigt wird, davon auszugehen, dass die **Einrede der Verjährung nicht rechtsmissbräuchlich** ist, weil das **Verhalten des Schuldners auch bei objektiver Betrachtungsweise nicht geeignet ist, der Behörde die Möglichkeit der Festsetzung der Abgabe innerhalb der Verjährungsfrist zu nehmen.**“ (OVG Magdeburg aaO)

---

BayVwVfG  
Art. 49

### Widerruf eines begünstigenden Verwaltungsakts Änderung einer Straßenbenennung

öffR

(VGH München in BayVBI 2010, 599; Urteil vom 02.03.2010 – 8 BV 08.3320)

- I. Die **Änderung einer Straßenbenennung unterfällt nicht den Regelungen über den Widerruf eines rechtmäßigen Verwaltungsakts** gem. Art. 49 BayVwVfG, denn bei Art. 52 I BayStrWG handelt es sich um eine Spezialregelung, die die Ermächtigung zur Änderung bestehender Regelungen wesensmäßig in sich trägt.
  - II. Nach der übereinstimmenden Rspr. des BVerwG und des BayVGH handelt es sich bei der **Straßenbenennung nicht um einen begünstigenden Verwaltungsakt**; sie **gewährt niemanden eine geschützte Rechtsposition**. Lediglich die Anlieger einer umzubenennenden Straße können verlangen, dass die Gemeinde deren adressenbezogenen Belange in ihre Ermessensentscheidung einstellt.
- 

VersammG  
§ 27 II Nr. 2

### Versammlungsfreiheit Vermummungsverbot

öffR

(LG Hannover in StV 2010, 640; Urteil vom 19.02.2009 – 62 c 69/08)

Nach dem **Sinn und Zweck des Vermummungsverbot**es gem. § 17a II Nr. 1 VersammIG ist es erforderlich, dass die **Identifizierung durch die Strafverfolgungsbehörden verhindert werden soll**. Diese **Absicht ist nicht nachzuweisen, wenn durch die Vermummung allein das Anfertigen von Fotos des jeweiligen politischen Gegners verhindert werden soll**, um späteren Repressalien zu entgehen.

„Es **fehlt an der nach § 27 II Nr. 2 VersammIG geforderten Absicht, die Feststellung der Identität zu verhindern**. Zwar ist dem Wortlaut des § 27 II Nr. 2 VersammIG nach nur allgemein gefordert, dass die Vermummung den Umständen nach darauf gerichtet ist, die Feststellung der Identität zu verhindern. Jedoch ist nach dem Sinn und Zweck des Vermummungsverbotes gem. § 17a II Nr. 1 VersammIG erforderlich, dass die **Identifizierung durch die Strafverfolgungsbehörden verhindert werden soll** (so auch AG Rothenburg/Wümme NSDZ 2006, 358).

Die Auslegung des § 27 II Nr. 2 VersammIG im o. g. Sinne ist aus verfassungsrechtlichen Gründen zwingend: Würde die Vorschrift nicht in dem genannten Sinne teleologisch reduziert werden, so würde die Strafvorschrift de facto zu einer **Bestrafung der Teilnahme an einer genehmigten Versammlung** und damit einem **Verstoß gegen das Grundrecht der Versammlungsfreiheit i. S. d. Art. 8 I GG** führen. Das systematische Hineinfotografieren in Demonstrationen des jeweiligen politischen Gegners würde so nämlich dazu führen, dass im Falle nachfolgender Repressalien mit Hilfe dieser Fotos die Demonstrationsteilnehmer vor der Alternative stünden, entweder **Repressalien seitens der politischen Gegner** hinzunehmen oder aber eine Bestrafung seitens der Strafverfolgungsbehörden wegen Verstoßes gegen das sog. Vermummungsverbot. Die **einzig noch verbleibende Alternative** bestünde in einem **Verzicht auf Teilnahme an einer solchen Demonstration**. Damit aber würde die **Gefahr bestehen, dass politische Demonstrationen linker und rechter Gruppierungen auf Dauer de facto durch das systematische Fotografieren in diese Demonstrationen hinein durch politische Gegner unterbunden würden**, gegen das es - so lange der Gesetzgeber das Fotografieren von Demonstrationen und einzelner Demonstrationsteilnehmer während der Demonstration sowie die Verwendung oder Weitergabe solcher Fotos nicht sanktioniert - keinen anderen Schutz als die Vermummung geben kann. Letztlich würde so die strafrechtliche Verfolgung von Vermummungen einzig mit dem Ziel, das Anfertigen von Fotos des jeweiligen politischen Gegners zu verhindern dazu führen, dass sich die **Strafverfolgungsbehörden unwillentlich zum Werkzeug der jeweiligen politischen Gegner machen, deren Ziel das Verhindern solcher Demonstrationen ist.**“ (LG Hannover aaO)

**Entscheidungen Verfahrensrecht****ZPO**  
**§ 114****Verjährungshemmung durch Antrag auf PKH**  
**Anforderungen an Veranlassung der Bekanntgabe****ZPO****BGB**  
**§ 204 I Nr. 14****(BGH in NJW 2010, 2664; Urteil vom 05.03.2010 – V ZR 106/09)**

1. Das **sozialstaatliche Gleichheitsprinzip** gebietet ist, bemittelten und unbemittelten Personen gleichwertige Rechtsschutzmöglichkeiten zu gewährleisten.
2. Damit ist es zu vereinbaren, wenn die Bewilligung von PKH von den Erfolgsaussichten des Verfahrens abhängig gemacht wird.
3. Das **Prozesskostenhilfverfahren** will den Rechtsschutz, den der Rechtsstaatsgrundsatz erfordert, **nicht selbst bieten, sondern zugänglich machen**. Die Anforderungen an die Erfolgsaussichten dürfen daher nicht überspannt werden.
4. Die Verjährungshemmung durch Einreichung eines PKH-Gesuchs nach § 204 I Nr. 14 BGB setzt voraus, dass die **Bekanntgabe an den Gegner demnächst** erfolgt.
5. Hierzu ist erforderlich, dass der Antragsteller **alles Zumutbare unternimmt**, um die baldige Bekanntgabe zu veranlassen.
6. Soll die Einreichung eines PKH-Gesuchs der **Verjährungshemmung** dienen, muss der Antragsteller das **Gericht hierauf hinweisen** und um umgehende Bekanntgabe an den Gegner ersuchen.

**Fall:** Im Juli 2002 erhob der Bf. Klage auf Zahlung von rund 56 000 Euro gegen die Bekl. Bereits in der Klageschrift fand sich ein Hinweis auf weitere Ansprüche über rund 1,7 Mio. Euro, die vollständig begründet wurden, deren Geltendmachung aber aus Kostengründen vorläufig zurückgestellt wurde. Mit Schriftsatz vom 30.12.2004 beantragte der Bf. für die erhobene Klage sowie die nunmehr beabsichtigte umfassende Klageerweiterung die Gewährung von Prozesskostenhilfe; der beigefügte Entwurf des Klageerweiterungsschriftsatzes beschränkte sich auf eine Bezugnahme auf die bereits in der Klageschrift enthaltenen Ausführungen zu den weitergehenden Ansprüchen. Der entsprechende Schriftsatz wurde bei dem LG zu einem Sonderheft Prozesskostenhilfe genommen und dort nicht weiter bearbeitet. Schriftliche Nachfragen des Bf. vom 24.03. und 29.08.2005 blieben unbeantwortet; auf telefonische Anfragen an die Geschäftsstelle vom 10.06. und 14.11.2005 wurde jeweils mitgeteilt, die Akten befänden sich beim Vorsitzenden. Auf eine erneute Sachstandsanfrage des Bf. vom 11.05.2007 bewilligte das LG mit Beschluss vom selben Tag rückwirkend Prozesskostenhilfe, wobei durch einen weiteren Beschluss vom 05.07.2007 klargestellt wurde, dass sich die Prozesskostenhilfebewilligung auch auf die Klageerweiterung erstrecke. Der Klageerweiterungsschriftsatz wurde der Bekl. am 25.07.2007, das Prozesskostenhilfegesuch erst nach dem 07.10.2008 zugestellt.

Mit Urteil vom 19.11.2008 verurteilte das LG – nach zwischenzeitlicher Neubesetzung des Spruchkörpers – die Bekl. zur Zahlung von 15.338,76 Euro und wies die Klage im Übrigen ab. Im Hinblick auf die Klageerweiterung führte es zur Begründung aus, dass die geltend gemachte Forderung Ende 2004 verjährt sei. Gegen dieses Urteil wandte sich der Bf. mit der Berufung und beantragte, ihm für das Berufungsverfahren Prozesskostenhilfe zu bewilligen. Durch seinen mit der Verfassungsbeschwerde angegriffenen Beschluss versagte das OLG die begehrte Prozesskostenhilfe, da die beabsichtigte Berufung keine hinreichende Aussicht auf Erfolg biete (§ 114 ZPO). Zur Begründung führte es aus, der Bf. habe es versäumt, in seinem ursprünglichen Antrag auf Bewilligung von Prozesskostenhilfe für die Klageerweiterung vom 30.12.2004 sowie in den nachfolgenden Sachstandsanfragen auf die drohende Verjährung der mit der Klageerweiterung geltend gemachten Ansprüche hinzuweisen. Ist die zulässige Verfassungsbeschwerde begründet?

Die Verfassungsbeschwerde ist begründet, wenn die angegriffene Entscheidung des OLG den Bf. in seinen Grundrechten oder grundrechtsgleichen Rechten verletzt. Er beruft sich darauf, dass ihm die PKH für das Berufungsverfahren zu Unrecht mit Hinweis darauf verwehrt wurde, dass die Berufung keine hinreichende Aussicht auf Erfolg biete.

**I. sozialstaatliches Gleichheitsprinzip**

Die Ablehnung der PKH könnte das vom Bundesverfassungsgericht entwickelte sozialstaatliche Gleichheitsprinzip betreffen.

*„Zutreffend geht der Bf. davon aus, dass das Grundgesetz eine weitgehende **Angleichung der Situation von Bemittelten und Unbemittelten bei der Verwirklichung des Rechtsschutzes** gebietet (vgl. BVerfGE 9, 124*

[131] = NJW 1959, 715; BVerfGE 10, 264 [270] = NJW 1960, 331; BVerfGE 22, 83 [86] = NJW 1967, 1267; BVerfGE 51, 295 [302] = NJW 1979, 2608; BVerfGE 63, 380 [394]; BVerfGE 67, 245 [248] = NJW 1985, 425; BVerfGE 78, 104 [117f.] = NJW 1988, 2231; BVerfGE 81, 347 [356] = NJW 1991, 413). Dies ergibt sich aus **Art. 3 I GG** in Verbindung mit dem Rechtsstaatsgrundsatz, der in **Art. 20 III GG** allgemein niedergelegt ist und für den Rechtsschutz gegen Akte der öffentlichen Gewalt in **Art. 19 IV GG** seinen besonderen Ausdruck findet.“ (BVerfG aaO)

## II. Sicherung durch Prozesskostenhilfe

Diesem sozialstaatlichen Gleichheitsprinzip könnte durch das Institut der Prozesskostenhilfe Genüge getan sein, wenn deren Gewährung den Anforderungen entsprechend ausgestaltet ist.

„Derartige Vorkehrungen sind im Institut der Prozesskostenhilfe (§§ 114ff. ZPO) getroffen (vgl. BVerfGE 9, 124 [131] = NJW 1959, 715). **Verfassungsrechtlich** ist es dabei **unbedenklich**, die **Gewährung** von Prozesskostenhilfe davon abhängig zu machen, dass die beabsichtigte Rechtsverfolgung oder Rechtsverteidigung **hinreichende Aussicht auf Erfolg** hat und **nicht mutwillig** erscheint.

Die Prüfung der Erfolgsaussicht soll jedoch nicht dazu dienen, die Rechtsverfolgung oder Rechtsverteidigung selbst in das Nebenverfahren der Prozesskostenhilfe vorzuverlagern und dieses an die Stelle des Hauptsacheverfahrens treten zu lassen. Das **Prozesskostenhilfeverfahren** will den Rechtsschutz, den der Rechtsstaatsgrundsatz erfordert, **nicht selbst bieten, sondern zugänglich machen**. Dem genügt das Gesetz in § 114 ZPO, indem es die Gewährung von Prozesskostenhilfe bereits dann vorsieht, wenn nur **hinreichende Erfolgsaussichten** für den beabsichtigten Rechtsstreit bestehen, ohne dass der Prozess Erfolg schon gewiss sein muss.“ (BVerfG aaO)

## III. Anforderungen an die hinreichenden Erfolgsaussichten.

„Die Anforderungen an die Erfolgsaussicht der beabsichtigten Rechtsverfolgung oder Rechtsverteidigung dürfen dabei **nicht überspannt** werden (vgl. BVerfGE 81, 347 [358f.] = NJW 1991, 413)“. (BVerfG aaO)

Als **Fallgruppe**, bei welcher regelmäßig von einer hinreichenden Aussicht auf Erfolg ausgegangen werden kann, hat die Rechtsprechung des BVerfG solche Sachlagen herausgearbeitet, bei denen die **Entscheidung in der Hauptsache von der Beantwortung einer schwierigen, bislang ungeklärten Rechtsfrage abhängt**.

„Danach muss Prozesskostenhilfe **nicht schon dann gewährt** werden, wenn die entscheidungserhebliche **Rechtsfrage** zwar noch **nicht höchstrichterlich geklärt** ist, ihre Beantwortung aber im Hinblick auf die einschlägige gesetzliche Regelung oder die durch die bereits vorliegende Rechtsprechung gewährten Auslegungshilfen nicht in dem genannten Sinne als „schwierig“ erscheint. Liegt diese Voraussetzung dagegen vor, so läuft es dem **Gebot der Rechtsschutzgleichheit** zuwider, dem Unbemittelten wegen fehlender Erfolgsaussicht seines Begehrens Prozesskostenhilfe vorzuenthalten. Das **Hauptsacheverfahren** eröffnet nämlich dem Unbemittelten – wie dem Gegner – **ungleich bessere Möglichkeiten der Entwicklung und Darstellung eines eigenen Rechtsstandpunkts**. Die vertiefte Erörterung im Hauptsacheverfahren wird nicht selten Anlass bieten, die Rechtsmeinung, die das Gericht sich zunächst bildet, zu überdenken (vgl. BVerfGE 81, 347 [358f.] = NJW 1991, 413)“. (BVerfG aaO)

## IV. Verstoß gegen diese Grundsätze

Fraglich ist, ob das OLG mit seiner Entscheidung diesen Grundsätzen genügt hat, indem es das Vorliegen einer **schwierigen Rechtsfrage** verneint hat.

In der Sache geht es um die **Hemmung der Verjährung durch das Prozesskostenhilfeprüfungsverfahren**. Diese Hemmung hängt nach § 204 I Nr. 14 BGB davon ab, dass der Bf. die Bekanntgabe des erstmaligen Antrags auf Gewährung von Prozesskostenhilfe veranlasst hat. Grundsätzlich ist daher der **Zeitpunkt der Bekanntgabe** maßgebend. Zu diesem Zeitpunkt war jedoch bereits die Verjährung der mit der Klageerweiterung geltend gemachten Ansprüche eingetreten. Allerdings wirkt die Verjährungshemmung dann auf den Zeitpunkt der **Einreichung des Antrags** zurück, wenn die Bekanntgabe an den Gegner „**demnächst**“ erfolgt. Dem allgemeinen Sprachgebrauch entsprechend ist eine Zustellung mehr als 3 Jahre nach Einreichung bei Gericht nicht mehr als „demnächst anzusehen“.

Allerdings ist im Rahmen des § 167 ZPO ist anerkannt, dass die Zustellung „demnächst“ erfolgt, wenn sie innerhalb einer den Umständen nach angemessenen, selbst längeren Frist stattfindet und die **Partei alles Zumutbare** für die alsbaldige Zustellung **getan hat**. Dies gilt auch für die Bekanntgabe des Prozesskostenhilfeantrags.

„Für das Hauptsacheverfahren kam es damit entscheidend auf die Frage an, ob eine solche nach zweieinhalbjähriger, grob fehlerhafter Untätigkeit ohne Weiteres bewilligte Prozesskostenhilfe mit nachfolgender – ebenfalls grob fehlerhaft nochmals um mehr als ein Jahr verzögerter – Bekanntgabe des Prozesskostenhilfesuchs noch

als „demnächst“ veranlasst i.S. des § 204 I Nr. 14 BGB angesehen werden kann. Im Hinblick auf dieses hier maßgebliche Tatbestandsmerkmal ist in der **Rechtsprechung des BGH** anerkannt, dass eine Bekanntgabe dann als „demnächst“ erfolgt gelten kann, wenn die Partei **alles ihr Zumutbare für eine alsbaldige Bekanntgabe getan hat und der Rückwirkung keine schutzwürdigen Belange des Gegners entgegenstehen** (vgl. BGH, NJW 1999, 3125; NJW 2008, 1939).“ (BVerfG aaO)

## 1. Ordnungsgemäße und vollständige Antragstellung

Zunächst ist der Antragsteller verpflichtet, den PKH-Antrag ordnungsgemäß und vollständig zu stellen.

„Der Verlauf des Ausgangsverfahrens legt nahe, dass der Bf. mit seinem **Schriftsatz vom 30.12.2004 sämtliche Voraussetzungen** für die Möglichkeit einer Bekanntgabe dieses Schriftsatzes an die Prozessgegnerin geschaffen hatte. Das LG hat nämlich – wenn auch erst zweieinhalb Jahre später –, ohne ergänzende Angaben vom Bf. zu fordern, dessen Prozesskostenhilfesuch entsprochen und im Nachgang hierzu die Bekanntgabe des Prozesskostenhilfesuchs an die Bekl. veranlasst.“ (BVerfG aaO)

## 2. alles Zumutbare getan

Der Bf. müsste auch alles Zumutbare getan haben. Möglicher Weise kann die klärungsbedürftige schwierige Rechtsfrage darin gesehen werden festzulegen, welche Anforderungen an die Anstrengungen des Antragstellers bei der PKH zu stellen sind. Immerhin hat der Bf. mehrfach nach dem Sachstand angefragt.

### a) Anforderungen an den Antragsteller

„In der **Rechtsprechung des BGH** war bereits vor der hier angegriffenen Entscheidung des OLG anerkannt, dass ein Antragsteller, der mit seinem Prozesskostenhilfesuch die **Hemmung einer laufenden Verjährungsfrist** nach § 204 I Nr. 14 BGB herbeizuführen beabsichtigt, das **Gericht hierauf hinweisen** und damit die **Bitte** verbinden könne, unabhängig von den Erfolgsaussichten des Prozesskostenhilfesuchs dessen **umgehende Bekanntmachung an die Gegenseite** zu veranlassen. Ein derartiges Vorgehen, zu dem bereits die Lektüre des Gesetzes Anlass gebe, sei ihm zuzumuten, zumal er durch die Bekanntgabe des Antrags selbst bei dessen späterer Ablehnung keine prozessualen Nachteile zu befürchten habe. Das **Gericht dürfe sich einem solchen Ersuchen nicht verschließen** (BGH, NJW 2008, 1939 [1940] Rn 17).

Auch wenn dieser Entscheidung des BGH eine Fallgestaltung zu Grunde lag, in welcher das Prozesskostenhilfesuch – anders als hier – zurückgewiesen worden war, lassen die Hinweise des BGH auf die Lektüre des Gesetzestextes sowie darauf, dass dem Ast. unabhängig vom Ergebnis seines Prozesskostenhilfesuchs mit einer solchen **ausdrücklichen Bekanntmachungsbitte keine prozessualen Nachteile** drohten, nur schwerlich einen anderen Rückschluss zu als jenen, dass ein **Antragsteller auch bei einem letztlich erfolgreichen Prozesskostenhilfesuch für die Veranlassung** von dessen rechtzeitiger Bekanntgabe **Sorge zu tragen** habe. Vor diesem Hintergrund begegnet die Rechtsauffassung des OLG keinen verfassungsrechtlichen Bedenken, dass der Bf. hier spätestens mit seiner zeitnahen Sachstandsanfrage **auf die Dringlichkeit einer demnächstigen Veranlassung** der Bekanntgabe **hätte hinweisen müssen**. Eine schwierige Rechtsfrage, deren Klärung dem eigentlichen Berufungsverfahren vorzubehalten gewesen wäre, kann hierin nicht gesehen werden.“ (BVerfG aaO)

### b) keine Prüfungspflicht des Gerichts bzgl. Verjährungsproblematik

Fraglich ist jedoch, ob nicht das Gericht gerade angesichts des Einreichungsdatums am 30.12.2004 hätte ohne gesonderten Hinweis erkennen müssen, dass die baldige Bekanntgabe des Gesuchs zur Hemmung der Verjährung erforderlich ist.

„Zwar legt das Datum der Einreichung nahe, dass durch Bekanntgabe oder Zustellung des Schriftsatzes die Hemmung einer Verjährung herbeigeführt werden sollte. Die oben dargestellte **Verpflichtung** des Bf., auf die drohende Verjährung hinzuweisen und eine **zeitnahe Veranlassung der Bekanntgabe des Gesuchs zu erbitten**, bestand hier schon unter Berücksichtigung der weitreichenden Folgen seiner beabsichtigten Klageerhöhung um nahezu 1,7 Mio. Euro. Der Bf. hat indes nur einen **nicht besonders gekennzeichneten Schriftsatz** bei Gericht eingereicht, mit dem er zunächst Prozesskostenhilfe für die bereits zugestellte, ursprüngliche Klage beantragte und dessen **klageerweiternder Teil** sich auf eine **schlichte Bezugnahme** auf einen anliegenden Schriftsatz beschränkte, der seinerseits in der Sache nur auf die bereits in der Klageschrift enthaltenen Ausführungen verwies. Die nachfolgenden **Sachstandsanfragen** enthielten ebenfalls **keinerlei Hinweis auf die Dringlichkeit der Angelegenheit**.“ (BVerfG aaO)

### c) Ungleichbehandlung bzgl. Sorgfaltsanforderungen zwischen Kläger und Antragsteller im Prozesskostenhilfe-Prüfungsverfahren

Ein Verstoß gegen das sozialstaatliche Gleichheitsprinzip könnte jedoch darin gesehen werden, dass hier der unbemittelten Partei höhere Hürden für die Erreichung

der Verjährungshemmung in den Weg gelegt werden als der bemittelten Partei. Dies ist indes nicht der Fall.

*„Zumindest in dem hier zu Grunde liegenden Ausgangsverfahren, in welchem der **Bf. selbst Rechtsanwalt** war und auch das Prozesskostenhilfegesuch durch einen anderen Rechtsanwalt angebracht wurde, stellt die vom OLG **geforderte Bitte um umgehende Bekanntgabe des Antrags an den Gegner** zum Zwecke der Hemmung der Verjährung im Rahmen eines Prozesskostenhilfegesuchs **keinen verfassungsrechtlich relevanten Nachteil gegenüber einem Klageverfahren** dar, welches ein bemittelter Kl. unmittelbar hätte einleiten können. Auch bei dem bemittelten Kl. hätte nämlich nicht die schlichte Einreichung der Klageschrift genügt, um eine Zustellung der Klage und die damit verbundene Hemmung der Verjährung herbeizuführen, sondern der Kl. hätte seinerseits dafür Sorge tragen müssen, dass dem Gericht **zeitnah der erforderliche Kostenvorschuss zur Verfügung gestellt** wird. Insoweit hätte er nicht nur einer Aufforderung des Gerichts zur Zahlung dieses Kostenvorschusses zügig nachkommen müssen, sondern er hätte – **sollte das Gericht eine solche Aufforderung versäumen – auf diese hinwirken** oder den Kostenvorschuss unaufgefordert erbringen müssen (vgl. BGHZ 69, 361 [364] = NJW 1978, 215; Staudinger/Peters, BGB, Neubearb. 2004, § 204 Rn 35). Diese Verpflichtungen eines bemittelten Kl. sind in ihrer **Belastungswirkung** mit der hier den Bf. treffenden Verpflichtung **vergleichbar**, in seinem Prozesskostenhilfegesuch einen isolierten Antrag auf Bekanntgabe an den Gegner zu stellen und erforderlichenfalls an die entsprechende Veranlassung durch das Gericht zu erinnern.*

*Gerade in der Anfangsphase eines Rechtsstreits, in welcher es darum geht, dass dem Gegner in verjährungshemmender Weise die Klage oder die Antragschrift „demnächst“ zugeht, sehen sich **bemittelte und unbemittelte Partei** somit **gleichartigen Anforderungen** ausgesetzt. Sie sind jeweils für den Fall, dass das Gericht die Eilbedürftigkeit eines solchen Zugangs beim Gegner nicht erkennen sollte, gehalten, hierauf – erforderlichenfalls durch zusätzliche Hinweise und Anträge – hinzuwirken.“(BVerfG aaO)*

**Ergebnis:** Die Erfolgsaussichten der Berufung hingen daher nicht von einer schwierigen, ungeklärten Rechtsfrage ab, so dass keine hinreichenden Erfolgsaussichten bestanden und das Prozesskostenhilfe-Gesuch für das Berufungsverfahren daher zu Recht abgelehnt wurde. Verstoß gegen Grundrechte ist hierin nicht zu sehen. Die Verfassungsbeschwerde ist unbegründet.

**Hinweis:**

**Nickel:** „Aktuelle Entwicklungen in der Rspr. zur Prozesskostenhilfe“ (MDR 2010, 1227)

ZPO	<b>Titelumerschreibung auf den Rechtsnachfolger</b>	ZPO
<u>§ 727</u>	<b>Verhältnis zwischen Zwangsverwalter und Ersteigerer eines Grundstücks</b>	
ZVG		
§ 93	<b>(OLG Celle in NZI 2010, 878; Beschluss vom 06.09.2010 - 4 W 137/10)</b>	

1. Der Ersteher eines Grundstücks, das nach vorangegangener Zwangsverwaltung zwangsversteigert wird, ist nicht Rechtsnachfolger des früheren Zwangsverwalters.
2. Der Zuschlagsbeschluss ist ein vollstreckbaren Titel und erfasst auch den besitzenden Dritten, soweit diesem kein Recht zum Besitz i.S. von § 986 BGB zusteht.

**Fall:** Die Schuldner wenden sich mit der sofortigen Beschwerde gegen die Erteilung einer vollstreckbaren Ausfertigung zu Gunsten der Ast. als Neugläubigerin aus einem Räumungstitel zu Gunsten des Altgläubigers als ehemaligem Zwangsverwalter.

Der Altgläubiger war Zwangsverwalter betreffend das Grundstück R in der Samtgemeinde E. Die Schuldner waren und sind Nutzer des Grundstücks durch Vermietung von Pferdeboxen sowie zu Pferdesportzwecken der Schuldnerin zu 2. Am 19.03.2009 hat der Altgläubiger als Zwangsverwalter im Wege des Versäumnisurteils die Verurteilung der Schuldner zur Räumung des Grundstücks erwirkt. Dieses Urteil hat das LG auf den Einspruch der Schuldner mit Urteil vom 27.11.2009 aufrechterhalten. Die hiergegen gerichtete Berufung der Schuldner hat der 2. Zivilsenat des OLG mit Beschluss vom 06.04.2010 gem. § 522 II ZPO zurückgewiesen.

Mit Beschluss vom 01.09.2009 erhielt die Neugläubigerin in dem Zwangsversteigerungsverfahren vor dem AG W den Zuschlag. Mit Beschluss vom 06.05.2010 hob das AG W einschränkungslos das Zwangsverwaltungsverfahren auf. Am 23.06.2010 erteilte das LG der Neugläubigerin auf deren Antrag eine Rechtsnachfolgeklausel zur Vollstreckung aus dem Versäumnisurteil vom 19.03.2009. Hiergegen haben die Schuldner Erinnerung eingelegt. Wird die Erinnerung Erfolg haben?

## I. Zulässigkeit der Erinnerung

### 1. Zuständigkeit

Nach § 732 I 1 ZPO ist das Gericht **zuständig**, welches die Vollstreckungsklausel erteilt hat.

### 2. Statthaftigkeit

Die Klauselerinnerung ist in allen Fällen der Klauselerteilung statthaft. Der Erinnerungsführer muss sich dabei auf einen formellen oder materiellen Fehler bei der Erteilung der Vollstreckungsklausel berufen. Die Schuldner machen hier geltend, dass die Ast. als Ersteherin nicht Rechtsnachfolgerin des Zwangsverwalters ist und es daher an den materiellen Voraussetzungen für die Erteilung einer Rechtsnachfolgeklausel nach § 727 BGB fehlt. Die Klauselerinnerung ist daher statthaft.

### 3. Beschwer

Die **Beschwer** des Schuldners ergibt sich bereits daraus, dass die Vollstreckungsklausel nach § 750 I 1 ZPO zwingende Voraussetzungen für die Einleitung einer gegen ihn gerichteten Zwangsvollstreckung ist und mit der Klauselerteilung diese auch droht.

## II. Begründetheit der Erinnerung

Die Erinnerung ist begründet, wenn die Klauselerteilung fehlerhaft erfolgt ist. Der Fehler kann hier darin bestehen, dass die Rechtsnachfolgeklausel des § 727 ZPO nur erteilt werden darf, wenn die Ast. als Ersteherin nachweist, Rechtsnachfolger des früheren Gläubigers, also des Zwangsverwalters zu sein.

### 1. originärer Rechtserwerb durch Hoheitsakt

Eine Rechtsnachfolge kommt dann in Betracht, wenn die Ast. ihre Rechte von dem Zwangsverwalter ableiten kann. Weder war dieser jedoch zuvor Eigentümer, noch hat die Ast. ihre Eigentumsposition durch derivativen Erwerb von ihm erlangt.

*„Der Eigentumserwerb der Ast. durch Zuschlagsbeschluss des AG W vom 01.09.2009 ist ein **originärer Rechtserwerb durch Hoheitsakt** gem. § 90 I ZVG. Die Rechtsstellung der Ast. als Ersteherin und Eigentümerin des Grundstücks leitet sich unter keinem rechtlichen Gesichtspunkt aus der zuvor innegehabten Stellung des Altgläubigers als Zwangsverwalter ab. Die Neugläubigerin als Ersteherin war bis zur Erteilung des Zuschlags nicht einmal beteiligt i.S. des § 9 ZVG. Sie hatte auch sonst keine Rechtsbeziehungen zum Altgläubiger als Zwangsverwalter. Die Zwangsverwaltung ist dagegen seit dem Beschluss des AG W – Vollstreckungsgericht – vom 06.05.2010 aufgehoben, und zwar ohne Einschränkung.“ (OLG Celle aaO)*

## 2. Rechtsnachfolge wegen Aufhebung der Amtsstellung des Zwangsverwalters

Der Zwangsverwalter als Partei kraft Amtes hatte eine Amtsstellung inne, kraft derer er für die ehemalige Schuldnerin P das Grundstück verwaltet hat. Wenn er nun in dieser Funktion einen Titel erwirkt hat, so könnte er P nach Aufhebung der Zwangsverwaltung Rechtsnachfolgerin hinsichtlich des titulierten Räumungsanspruchs geworden sein und deren Rechtsposition wiederum auf die Ast. übergegangen sein.

„Dass P als frühere Eigentümerin des Grundstücks als Rechtsnachfolgerin des Zwangsverwalters in Betracht kommen könnte (so OLG Düsseldorf, OLGZ 1977, 250; ebenso Zöller/Stöber, ZPO, 28. Aufl., § 727 Rn 12) mag zwar sein. Damit wird die Ast. als **Ersteherin** aber noch **nicht ihrerseits Rechtsnachfolgerin des Zwangsverwalters**. Auch der gesetzgeberische Zweck des § 727 ZPO, in Fällen der Rechtsnachfolge die Voraussetzungen für den Beginn der Zwangsvollstreckung für Fälle der Rechtsnachfolge zu erleichtern und insbesondere bei einem **Gläubigerwechsel** im Wege der Rechtsnachfolge dem Neugläubiger die **Erwirkung eines neuen Titels** auf ihn im Erkenntnisverfahren zu ersparen, hilft insoweit nicht weiter. Denn auch unter Berücksichtigung der ratio legis des § 727 ZPO ändert sich nichts daran, dass **§ 727 ZPO nur anwendbar** ist, wenn seine Voraussetzungen auch erfüllt sind, mithin das **Merkmal einer Rechtsnachfolge festgestellt** werden kann.“ (OLG Celle aaO)

## 3. Rechtsnachfolge wegen Eigentumserwerbs und Räumungsanspruchs

Fraglich ist daher, ob die Ast. aus sonstigen Gründen als Rechtsnachfolgerin des Zwangsverwalters angesehen werden kann. Dies ist umstritten. Das OLG Celle hat sich der Auffassung angeschlossen, dass dies abzulehnen ist.

„Der Senat folgt insoweit der auch vom LG Berlin in den in Kopie zur Akte gereichten Beschlüssen der 65. Zivilkammer vom 15. und 18.06.2010 (LG Berlin 65 T 183/09 und 65 T 177/09) vertretenen Auffassung. Diese **Rechtsansicht** wird im Übrigen, soweit ersichtlich, auch im **Schrifttum ganz überwiegend**, wenn nicht einhellig, und der **Rechtsprechung des BGH** vertreten (vgl. aus der Kommentarliteratur: Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann, ZPO, 66. Aufl., § 727 Rn 29; Stein/Jonas/Münzberg, ZPO, 22. Aufl., § 727 Rn 32 Fußn. 147; Wolfsteiner, in: MüKo-ZPO, 3. Aufl., § 727 Rn 33; nicht eindeutig: Prütting/Gehrlein, ZPO, 2010, § 727 Rn 11). Der BGH hat vor allem in der auch vom LG Berlin zitierten Entscheidung LM Nr. 2 zu § 265 ZPO ausdrücklich ausgesprochen, dass der **Erstehender des Grundstücks nicht kraft Gesetzes Rechtsnachfolger des Zwangsverwalters** wird (insoweit bestätigt in BGHZ 71, 216 [219] = NJW 1978, 1529). Diese Entscheidungen sind zwar im Rahmen der hier nicht unmittelbar einschlägigen Frage ergangen, ob der Ersterer gem. § 265 ZPO ohne Zustimmung des Gegners im Wege gewillkürten Parteiwechsels in einen Zivilprozess eintreten kann. Mit der Aussage, dass der Ersterer nicht Rechtsnachfolger i.S. von § 265 II 2 ZPO ist, ist aber auch gesagt, dass keine Rechtsnachfolge i.S. von § 7247 ZPO vorliegt. Denn dass der Begriff der Rechtsnachfolge in den §§ 265, 727 ZPO vom Gesetzgeber mit jeweils unterschiedlicher Bedeutung verwendet wird, ist nicht anzunehmen.“ (OLG Celle aaO)

Etwas anderes ergibt sich auch nicht daraus, dass es dem Ersterer eines zwangsversteigerten Grundstücks nicht zugemutet werden kann, Räumungsstreitigkeiten erneut zu führen, da der dies wegen des sich aus **§ 93 ZVG ergebenden Räumungsanspruchs**, der zugleich **im Zuschlagsbeschluss tituliert** ist, nicht notwendig ist.

„Nach § 93 I 2 ZVG soll der Ersterer die Zwangsvollstreckung nur dann nicht betreiben, wenn dadurch insbesondere in ein durch den Zuschlag nicht erloschenes Recht zum Besitz eingegriffen wird. Letztere Einschränkung greift im vorliegenden Fall jedoch nicht ein. Denn die **Schuldner** sind zwar noch im Besitz des Grundstücks, das sie weiter nutzen. Sie haben aber **kein Recht zum Besitz**. Das ist im Hinweisbeschluss des 2. Zivilsenats vom 12.03.2010 auf S. 2 ausdrücklich festgestellt. Denn es heißt in diesem Beschluss ausdrücklich, dass die damaligen Bekl. und nunmehrigen Schuldner Besitzer des streitgegenständlichen Objekts sind, ohne dass ihnen ein Besitzrecht i.S. von § 986 I BGB zustehe. Ein etwa **auf Grund eines Pachtvertrags begründetes Besitzrecht** sei jedenfalls **durch Kündigung** mit Schriftsatz des Zwangsverwalters vom 14.05.2009 inzwischen **erloschen**. Damit steht fest, dass der Ast. mit dem **Titel aus § 93 I ZVG ein vereinfachtes Klauselerteilungsverfahren** an Stelle des Verfahrens nach § 727 ZPO zur Verfügung steht. Sie hat, nachdem für die Schuldner die Einwendung aus § 986 BGB nicht mehr greift, einen **Herausgabeanspruch aus § 985 BGB** gegen diese und kann zur Vollstreckung dieses Anspruchs den Zuschlagsbeschluss als Titel benutzen. Denn in diesem Fall **erfasst der Zuschlagsbeschluss auch den Dritten** (vgl. OLG Hamm, RPflegler 89, 165 = BeckRS 2006, 11524; Böttcher, Komm. z. ZVG, 4. Aufl., § 93 Rn 7 m.w.N.). Die Ast. ist nach dem gegenwärtigen Sach- und Streitstand folglich auch **nicht darauf angewiesen**, in einem **Erkenntnisverfahren einen neuen eigenen Titel** zur Räumung gegen die Schuldner zu **erstreiten**. Ob damit der Ast. für einen Antrag auf Erteilung der Rechtsnachfolgeklausel nach § 727 ZPO nicht auch schon das **Rechtsschutzbedürfnis fehlt**, kann fraglich sein, braucht aber letztlich nicht entschieden zu werden.“ (OLG Celle aaO)

**Ergebnis:** Die Klausel wurde zu Unrecht erteilt, da die Voraussetzungen des § 727 ZPO nicht vorliegen. Die Erinnerung wird Erfolg haben.

(BGH in NStZ 2010, 527; Beschluss vom 18.05.2010 – 5 StR 51/10)

1. Die **Durchführung eines „verdeckten Verhørs“** in der JVA ist eine **grds. erlaubte kriminalistische List**.
2. Jedoch besteht ein **Verwertungsverbot für ein unter Zwangseinwirkung durchgeführtes verdecktes Verhör** eines inhaftierten Beschuldigten **durch einen als Besucher getarnten nicht offen ermittelnden Polizeibeamten**.

**Fall:** Der Angekl. wurde wegen der Annahme des Erbietens zur Begehung eines Mordes verurteilt. Den Urteilsfeststellungen zufolge hatte er das Angebot eines Mithäftlings angenommen, seine Ehefrau durch Mittelsmänner töten zu lassen. Den Beweis der Ernsthaftigkeit dieser Vereinbarung hat das Gericht u.a. in der Aussage eines nicht offen ermittelnden Polizeibeamten gefunden, der den Angekl. als angeblicher Auftragsmörder in der Haft aufgesucht hatte. Unter dem Vorwand, es bestünden Probleme bei der Identifizierung der zu tötenden Person, hatte er Lichtbilder der Ehefrau und einer anderen Frau vorgelegt und den Angekl. aufgefordert, seine Wahl zu treffen, notfalls würden beide Frauen getötet. Daraufhin bestätigte der Angekl., dass es ihm um die Tötung seiner Ehefrau ging.

Zu prüfen ist, ob es sich bei der Zeugenaussage des verdeckten Ermittlers um den **Inhalt eines verdeckten Verhørs eines Beschuldigten durch einen nicht offen ermittelnden Polizeibeamten** (vgl. KK-Nack, 6. Aufl., § 110a Rn 6 und § 110c Rn 18ff.) mit dem Ziel, eine selbstbelastende Äußerung des noch nicht förmlich vernommenen Beschuldigten herbeizuführen, handelt und ob diese **Ermittlungsmaßnahme in ihrer konkreten Ausgestaltung rechtmäßig** war.

- I. Die **Rechtswidrigkeit** könnte aus den Umständen zur Verschaffung der Gelegenheit zur Durchführung des verdeckten Verhørs folgen.

Auch wenn der Ermittlungsbeamte über kein Zugangsrecht zu dem Angekl. verfügte, stellte der von den Vollzugsbeamten **verschwiegene Umstand, dass kein Privatmann, sondern ein (nicht offen ermittelnder) Polizeibeamter Besucher sei**, im Rahmen einer kriminalistischen List noch **keinen relevanten Eingriff in Rechte des Angekl.** dar.

vgl. BGHSt 53, 294; vgl. Schwind/Böhm/Jehle/Laubenthal, StVollzG, 5. Aufl., § 24 Rn 3; Feest, StVollzG, 5. Aufl., § 24 Rn 2; Calliess/Müller-Dietz, StVollzG, 11. Aufl., § 24 Rn 3

*„In das **Grundrecht der Unverletzlichkeit der Wohnung des Angekl. wurde nicht eingegriffen**; der Besucherraum der JVA unterfällt nicht dem Schutzbereich des Art. 13 I GG (BGHSt 44, 138; BGHSt 53, 294). Auch die geschützte **Privatsphäre des Angekl.** (vgl. BGHSt 50, 234) wurde noch **nicht tangiert**.“* (BGH aaO)

- II. Ein Rechtsverstoß und ein daraus folgendes Verwertungsverbot ergeben sich auch nicht aus dem Umstand, dass eine **Belehrung des Angekl. als Beschuldigter gem. § 136 I 2 StPO unterblieben** ist (vgl. dazu BGHSt 42, 139).

*„Diese **Vorschrift ist nur auf „offene“ Vernehmungen anwendbar** und will (lediglich) sicherstellen, dass der **Besch. vor der irrtümlichen Annahme einer Aussagepflicht bewahrt wird**, zu der er möglicherweise eben durch die Konfrontation mit dem amtlichen Auskunftsverlangen veranlasst werden könnte. Deshalb scheidet auch eine entsprechende Anwendung und die Annahme einer Umgehung der Vorschrift aus.“* (BGH aaO)

- III. Inwieweit das verdeckte Verhör schon im Ansatz ohne Rechtsgrundlage erfolgte und ob allein hieraus ein Beweisverwertungsverbot erwüchse, kann hier dahinstehen.

1. Es ist schon zweifelhaft, ob als **Rechtsgrundlage** die **Generalklausel aus §§ 161 I, 163 I 2 StPO** ausreichte, die eine Ermächtigungsgrundlage für Ermittlungshandlungen – auch mit „weniger intensiven“ Grundrechtseingriffen – bietet.

vgl. BGHSt 51, 211; BVerfG NJW 2009, 1405; Meyer-Goßner, 52. Aufl., § 161 Rn 1; vgl. für nicht offen ermittelnde Polizeibeamten als Scheinaufkäufer im Rahmen eines illegalen Rauschgiftankaufs BGHSt 41, 64

*„Ein verdecktes Verhör mit dem Ziel, eine selbstbelastende Äußerung eines noch nicht förmlich vernommenen Beschuldigten herbeizuführen, erscheint als **Ermittlungshandlung von nicht unerheblicher Eingriffsintensität**. Sie wird auch **nicht zu den eigentlichen Aufgaben eines nicht offen ermittelnden Polizeibeamten gerechnet** (vgl. KK-Nack aaO, § 110a Rn 6).*

Das **verdeckte Verhör wurde nicht etwa zur Gefahrenabwehr eingesetzt** und hatte zudem **kaum gefahrabwehrende Funktion**, da tatsächlich gar keine Gefahr für das Leben der Ehefrau des Angekl. mangels – von vornherein fehlender – Tatbereitschaft zu dem initiierten vorgetäuschten Tatplan bestanden hatte. Das Vorgehen war allein auf Ermittlung gegen den Angekl. als bestimmten Beschuldigten gerichtet.“ (BGH aaO)

2. Auch unter der Voraussetzung fehlender Rechtsgrundlage wäre indes **zweifelhaft, ob das verdeckte Verhör verwertbar** gewesen wäre (vgl. BGH NStZ 1997, 294; allg. BGHSt 51, 285 mwN). Da selbst einem Verdeckten Ermittler ein verdecktes Verhör nicht gestattet gewesen wäre, liegt der Fall hier jedenfalls eindeutig anders.

Das **Vorgehen verstieß nämlich gegen das Recht des Angekl. auf ein faires Verfahren** (Art. 2 I EMRK i.V.m. Art. 20 III GG) unter besonderer Berücksichtigung des Grundsatzes, dass niemand verpflichtet ist, zu seiner eigenen Überführung beizutragen, insbes. sich selbst zu belasten („nemo tenetur se ipsum accusare“).

„Dabei schließt sich der Senat – wie bereits der Sache nach der 4. Strafsenat (StV 2009, 225) – den Darlegungen des 3. Strafsenats des BGH (BGHSt 52, 11) zur Genese, Verankerung und Bedeutung dieses Grundsatzes an (vgl. auch BGHSt 53, 294). Da der **Beamte sogar eindeutig die Kompetenzen überschritten** hat, die einem Verdeckten Ermittler zugestanden hätten, stünden einem noch nicht formal als unzulässig bewerteten entsprechenden Vorgehen als nicht offen ermittelnder Polizeibeamter identische durchgreifende Bedenken – erst recht – entgegen (vgl. Roxin StV 1998, 43; Meyer-Goßner aaO, § 110a Rn 4; BT-Dr 14/1484, S. 24).“ (BGH aaO)

3. Die **Aushorchung des Angekl. unter Ausnutzung der besonderen Situation seiner Inhaftierung begründet von vornherein Bedenken gegen die Zulässigkeit der heimlichen Ermittlungsmaßnahme.**

„Nicht weniger als in anderen von der Rspr. des BGH beanstandeten Fällen **heimlicher Informationsgewinnung unter Ausnutzung begleitender belastender Haftsituationen** (vgl. BGHSt 34, 362; BGHSt 44, 129; BGHSt 52, 11; BGHSt 53, 294) liegen auch hier Umstände vor, die zur Bewertung des Vorgehens als unfaire Vernachlässigung der zu achtenden Selbstbelastungsfreiheit führt:

Im Einklang mit der Auffassung des Gr. Senats für Strafsachen (BGHSt 42, 139; vgl. auch BGHSt 49, 56) und in Übereinstimmung mit der die **Selbstbelastungsfreiheit** auf Art. 6 I EMRK stützenden Rspr. des EGMR (StV 2003, 257; NJW 2008, 3549; NJW 2010, 213) sieht der Senat durch die Anwendung von Zwang den Kernbereich der Selbstbelastungsfreiheit des Angekl. als **verletzt an. Zwar sind Verdeckte Ermittler berechtigt**, unter Nutzung einer Legende **selbstbelastende Äußerungen eines Besch. entgegenzunehmen und an die Ermittlungsbehörden weiterzuleiten**. Sie sind aber **nicht befugt, in diesem Rahmen den Besch. zu selbstbelastenden Äußerungen zu drängen** (BGHSt 52, 11; vgl. auch BGH StV 2009, 225).

Dem Angekl. wurde ein Bild seiner Ehefrau beim Einsteigen in deren Pkw und ein Bild, eine ähnliche Frau in gleicher Position an einem ähnlichen Pkw zeigend, vorgelegt, um ihn eine Auswahl der zu tötenden Frau mittels der durch die beiden Bilder aufgebauten Alternative vornehmen zu lassen. Aufgrund des nachfolgenden Hinweises, falls der Angekl. diese Auswahl nicht treffen wolle, würden „notfalls“ beide Frauen, vor deren Häusern zur Tötung bereite Täter stünden, getötet, ist der Angekl. in einen **Aussagezwang** hinsichtlich der Benennung der zu tötenden Frau versetzt worden. Dies ist mittels eines als Nötigung mit einem empfindlichen Übel i.S.d. § 240 I StGB zu qualifizierenden Eingriffs in die Freiheit der Willensentschließung und Willensbetätigung geschehen.

Solches setzt voraus, dass der **Täter dem Opfer ein bestimmtes Verhalten aufzwingt**, ihn also gegen seinen Willen dazu veranlasst (Fischer, 57. Aufl., § 240 Rn 4). Der Angekl. war entgegenstehenden Willens; er hatte in dem Gespräch sofort erklärt, über das Thema nicht sprechen zu wollen, nach Ausflüchten gesucht und sich in seinen Äußerungen nicht festgelegt. Der Hinweis, eine unbeteiligte Dritte könnte zu Tode kommen, stellte eine Drohung i.S.d. § 240 I StGB gegenüber dem Angekl. mit einem empfindlichen Übel dar (vgl. BGH NStZ 1987, 222). Auf dessen Verwirklichung für den Fall des Bedingungsseintritts, der Nichtäußerung, schrieb POK H sich den erforderlichen Einfluss zu (vgl. BGHSt 16, 386; Fischer aaO, § 240 Rn 31). Es liegt auf der Hand, dass – bei fortgesetzter Weigerung der Identifizierung des „Tatopfers“ – eine dem Angekl. bevorstehende Verantwortlichkeit für ein zweites, nicht gewolltes Tötungsverbrechen diesem als ein gewichtiger Nachteil erscheinen musste.“ (BGH aaO)

4. Ein gewisses Indiz für eigene polizeiinterne Bedenken gegen das hier zu beanstandende Vorgehen liegt i. Ü. im **Unterlassen des Einholens einer richterlichen Anordnung** der beweissichernden akustischen Überwachung des Besuchsgesprächs **nach § 100f StPO.**

„Es ist schwer nachvollziehbar, dass eine solche – im Gegensatz zu dem Gespräch des gleichsam selbsternannten „agent provocateur“ H mit dem Angekl. auf dem Gefangenenhofgang, dessen Verwertung der Bf. nicht widersprochen hat – nicht erfolgt ist. Entsprechend kam es auch vorhersehbar zum Dissens über den Inhalt des nicht aufgezeichneten verdeckten Verhörs.“ (BGH aaO)

5. Die **Beeinträchtigungen der Rechte des Angekl. gebieten** die Annahme eines **Beweisverwertungsverbots**.

*„In Fällen von Aussagezwang wird in den Kernbereich der grundrechtlich und konventionsrechtlich geschützten Selbstbelastungsfreiheit eines Besch. ohne Rechtsgrundlage eingegriffen (vgl. BGHSt 52, 11 mwN.; EGMR StV 2003, 257). Der gravierende Rechtsverstoß kann nicht anders als durch Nichtverwertung des hierdurch gewonnenen Beweismittels geheilt werden (vgl. auch BGHSt 51, 285; BGHSt 52, 11; BGHSt 53, 294; Amelung in FS Claus Roxin, 2001, S. 1259).*

*Der hier vorliegende Zwang zur Abgabe selbstbelastender Äußerungen im Rahmen eines verdeckten Verhörs wiegt nicht leichter als das Entlocken solcher Äußerungen unter Ausnutzung einer Vertrauensstellung nach angekündigter Inanspruchnahme des Schweigerechts (vgl. BGHSt 52, 11; BGH StV 2009, 225) oder die Verlegung eines Aushorchers in die Zelle eines Untersuchungsgefangenen (BGHSt 34, 362). Sie übertrifft sogar die Eingriffsintensität im Vergleich mit zielgerichtet für erwartete Selbstbelastungen geschaffene – von der Rspr. des BGH mit einem Beweisverwertungsverbot belegte – andere Ermittlungssituationen (BGHSt 53, 294; vgl. auch BGHSt 40, 66)“ (BGH aaO)*

(OVG Münster in DVBl. 2010, 1254; Beschluss vom 02.06.2010 – 13 B 191/10)

1. Ein **Zwangsgeld** hat seinen **Zweck erreicht**, wenn es die **Befolgung** des Verwaltungsakts herbeiführt, dessen Durchsetzung es dient.
2. Die Androhung als Beugemittel ist nur dann geeignet, den von Anfang an zur Einwirkung auf den Pflichtigen **notwendigen Druck** auszuüben, wenn diesem bewusst ist, dass jede Verbotsübertretung zu einer Festsetzung und Beitreibung des Zwangsgeldes führt.
3. **Jede Zuwiderhandlung** gegen ein Unterlassungsgebot nach der Androhung und während der Zeit, in der die vollziehbare Ordnungsverfügung (noch) gilt, **zieht** daher die **Festsetzung** sowie auch die **Betreibung von Zwangsgeld nach sich** und zwar unabhängig davon, ob gegen eine dauerhaft oder nur befristet geltende Unterlassungspflicht verstoßen wird.
4. Der Gesetzgeber hat die **weitere Beitreibung** des Zwangsgeldes insbesondere **nicht an das Vorliegen einer Wiederholungsgefahr** geknüpft.

**Fall:** Der Antragsteller vermittelte und bewarb über das Internet auf seiner Seite www.b...de Glücksspiele. Die Werbung konnte (auch) in Nordrhein-Westfalen abgerufen werden.

Daraufhin untersagte die Ag. dem Ast. mit Bescheid vom 14.08.2009, mit den unter der Domain www.b...de aufrufbaren Angeboten im Internet öffentliches Glücksspiel i.S.d. § 3 des Glücksspielstaatsvertrags (GlüStV) in Nordrhein-Westfalen zu vermitteln und hierfür zu werben (Ziffer 1). Diese Anordnung sei innerhalb von 3 Tagen nach Bekanntgabe dieses Bescheids zu erfüllen (Ziffer 2). Für jeden Fall der Zuwiderhandlung gegen Ziffer 2 wurde ein Zwangsgeld i.H.v. 100.000,- Euro angedroht (Ziffer 3). Die Zustellung erfolgte am 15.08.2009. Als das Portal nicht binnen dieser Frist geschlossen wurde, wurde durch Ordnungsverfügung der Ag. vom 20.08.2009 gegen den Ag. ein Zwangsgeld in Höhe von 100.000,00 Euro festgesetzt.

Daraufhin hat die Ag. zur Beitreibung des Zwangsgeldes am 31.08.2009 eine Pfändungs- und Einziehungsverfügung erlassen, mit der in die Ansprüche des Ast. gegen seine Bank die Vollstreckung betreiben wollte. Hiergegen hat der Ast. Klage eingereicht und die Anordnung der aufschiebenden Wirkung beim VG beantragt. Wird der zulässige Antrag Erfolg haben.

Der nach § 80 V VwGO zulässige Antrag wird Erfolg haben, wenn er begründet ist. Die **aufschiebende Wirkung** der Klage gegen die Pfändungs- und Einziehungsverfügung **entfällt kraft gesetzlicher Anordnung** nach § 80 II 1 Nr. 3 VwGO i.V.m. § 8 NW AGVwGO. Das VG wird die aufschiebende Wirkung daher anordnen, wenn der Ag. hieran ein besonderes Interesse hat, sein **Aufschubinteresse** also das gesetzlich verankerte **Interesse an einer sofortigen Vollziehbarkeit überwiegt**. Für die Interessenabwägung kommt es zunächst auf die Erfolgsaussichten in der Hauptsache an. Fraglich ist also, ob die Pfändungs- und Einziehungsverfügung nach der im einstweiligen Rechtsschutzverfahren gebotenen summarischen Prüfung offensichtlich rechtswidrig ist.

### I. Rechtsgrundlage

Rechtsgrundlage der Pfändungs- und Einziehungsverfügung sind die §§ 6, 40, 44 NWVwVG.

### II. formelle Rechtmäßigkeit der Pfändungs- und Einziehungsverfügung

Im Fall der Pfändung einer Geldforderung hat die Vollstreckungsbehörde nach § 40 I 1 NWVwVG dem **Drittschuldner schriftlich zu verbieten**, an den Schuldner zu zahlen, und dem Schuldner schriftlich zu gebieten, sich jeder Verfügung über die Forderung, insbesondere ihrer Einziehung, zu enthalten. In der Verfügung ist auszusprechen, dass der **Vollstreckungsgläubiger**, für den gepfändet ist, die **Forderung einziehen** kann (§ 40 I 2 NWVwVG). Die Pfändung ist **bewirkt**, wenn die Verfügung dem **Drittschuldner zugestellt** ist (§ 40 I 3 NWVwVG). Die Zustellung ist dem Schuldner mitzuteilen (§ 40 I 4 NWVwVG). Die an den Drittschuldner zuzustellende Pfändungsverfügung soll den **beizutreibenden Geldbetrag in einer Summe** ohne Angabe des Schuldgrundes bezeichnen (§ 40 I 5 NWVwVG). Die Pfändung und die Erklärung, dass der Vollstreckungsgläubiger die Forderung einziehen könne, ersetzen nach § 44 I 1 NWVwVG die förmlichen Erklärungen des

Schuldners, von denen nach dem bürgerlichen Recht die Berechtigung zur Einziehung abhängt. Diesen Vorgaben genügt die Pfändungs- und Einziehungsverfügung der Ag. Die Zuständigkeit der Ag. als Vollstreckungsbehörde ergibt sich aus § 2 I Nr. 1 NWVwVG.

Die Pfändungs- und Einziehungsverfügung entspricht in ihren Wirkungen insofern dem Pfändungs- und Überweisungsbeschluss nach §§ 829, 835 ZPO.

### III. materielle Rechtmäßigkeit der Pfändungs- und Einziehungsverfügung

#### 1. Vorliegen der Voraussetzungen des § 6 NWVwVG

Die Voraussetzungen für die Vollstreckung von Geldforderungen sind in § 6 NWVwVG geregelt.

##### a) Vorliegen eines Leistungsbescheides, § 6 I Nr. 1 NWVwVG

Es müsste ein **Leistungsbescheid** vorliegen, durch den der Schuldner zur Leistung aufgefordert worden ist.

Gegen den Ag. ist eine **Unterlassungsverfügung** unter Anordnung der sofortigen Vollziehung ergangen. Zugleich wurde ihm für den Fall, dass er die Gewinnspielvermittlung nicht binnen 3 Tagen einstellt ein **Zwangsgeld** in Höhe von 100.000 € **angedroht**. Als das Portal nicht binnen dieser Frist geschlossen wurde, wurde ein **Zwangsgeld** gegen den Ag. **festgesetzt**. Die hiergegen gerichtete Klage hat keine aufschiebende Wirkung. Es liegt daher ein vollstreckbarer Leistungsbescheid vor.

##### b) Fälligkeit der Leistung, § 6 I Nr. 2 NWVwVG

Das Zwangsgeld ist auch fällig.

##### c) Fristablauf, § 6 I Nr. 3 NWVwVG und Mahnung, § 6 III NWVwVG

Zwischen der Bekanntgabe des Leistungsbescheides und der Vollstreckung oder dem Eintritt der Fälligkeit und der Vollstreckung muss grundsätzlich eine Woche liegen. Der Einhaltung dieser Schonfrist und einer Mahnung bedurfte es nach § 6 IV Ziff. a) NWVwVG bei der Beitreibung des Zwangsgeldes nicht.

#### 2. Einstellung/Beschränkung der Vollstreckung

Gründe zur Einstellung- oder Beschränkung der Vollstreckung im Sinne des § 6a NWVwVG sind nicht gegeben.

#### 3. Unterbleiben der Beitreibung nach § 60 III 2 NWVwVG

Der Vollstreckung könnte jedoch § 60 III 2 1. HS NWVwVG entgegenstehen. Danach **unterbleibt die Beitreibung**, sobald der Betroffene die **gebotene Handlung ausführt** oder die **zu duldende Maßnahme gestattet**.

##### a) Unterbleiben nach § 60 III 2 1.HS NWVwVG

Der Beitreibung könnte insofern entgegenstehen, dass der Ast. das Gewinnspielvermittlungsportal am 25.08.2009 geschlossen hat.

Hierin könnte die Ausführung der gebotenen Handlung gesehen werden. Fraglich ist jedoch, ob der zugrundeliegende Bescheid dem Ast. eine **Handlung auferlegte** oder aber zu einer **Unterlassung aufforderte**. Bei Verstoß gegen eine Duldungs- oder Unterlassungspflicht wird das Zwangsgeld nämlich nach § 60 III 2 2. HS NWVwVG gleichwohl beigetrieben, selbst wenn die Pflicht zwischenzeitlich erfüllt wurde.

*„Dem Ast. war durch die Ziffer 1 der Ordnungsverfügung der Ag. keine Handlungs- oder Duldungspflicht auferlegt worden. Der Senat hat im Beschluss vom 05.11.2009 - 13 B 1148/09 [=BeckRS 2009, 41875], ausführlich dargelegt, dass es sich bei dieser Verfügung um eine **Untersagungsverfügung** handelt und dem Antragsteller gerade nicht - wie er meint - ein aktives Tun auferlegt worden ist. An dieser Auffassung hält der Senat fest.“* (OVG Münster aaO)

Die Beitreibung des Zwangsgeldes hat demnach nicht nach § 60 III 2 1. HS. zu unterbleiben.

## b) Unterbleiben trotz § 60 III 2 2. HS NWVwVG wegen Zweckerreichung

Die Beitreibung könnte jedoch deshalb rechtswidrig sein, weil der mit dem Zwangsgeld verfolgte Zweck durch die zwischenzeitliche Einstellung des Portals erreicht wurde.

„Nach dem Wortlaut des § 60 III 2 2. HS NWVwVG sind **Verstöße gegen Unterlassungspflichten** auch dann noch zu sanktionieren, wenn ein weiterer Verstoß nicht mehr zu besorgen ist. Der nordrhein-westfälische Gesetzgeber hat mit dieser Regelung vorgegeben, dass **jede Zuwiderhandlung** gegen ein Unterlassungsgebot nach der Androhung und während der Zeit, in der die vollziehbare Ordnungsverfügung (noch) gilt, die **Festsetzung** sowie auch die **Betreibung von Zwangsgeld nach sich zieht** und zwar unabhängig davon, ob gegen eine dauerhaft oder nur befristet geltende Unterlassungspflicht verstoßen wird. Der Gesetzgeber hat die **weitere Beitreibung** des Zwangsgeldes insbesondere **nicht an das Vorliegen einer Wiederholungsgefahr geknüpft**. Denn er geht davon aus, dass eine Androhung als Beugemittel nur dann geeignet ist, den von Anfang an zur Einwirkung auf den Pflichtigen **notwendigen Druck** auszuüben, wenn diesem bewusst ist, dass jede Verbotsübertretung zu einer Festsetzung und Beitreibung des Zwangsgeldes führt.

Vgl. hierzu LT-Drucks. 13/3192 S. 67, wonach die durch Gesetz vom 18. Dezember 2002 (GV. NRW. 2003 S. 24) in das VwVG aufgenommene Regelung der Klarstellung der nach dem Normzweck für die damalige Rechtslage vorgenommenen einschränkenden Auslegung von § 60 III 2 VwVG (der bis dahin nur aus dem ersten Teilsatz bestand) durch das OVG NRW, Urteil vom 21.12.1988 - 7 A 2555/87 -, DVBl. 1989, 889 ff. und Beschluss vom 10.10.1991 - 13 B 1522/91 -, NVwZ-RR 1992, 517 ff. dienen sollte.“ (OVG Münster aaO)

Ausgehend hiervon hat die Beitreibung des Zwangsgeldes nicht zu unterbleiben. Der Ast. hatte nach der Androhung sowie auch noch **nach** der unter dem 20.08.2009 erfolgten **Festsetzung** des Zwangsgeldes und damit während der Zeit, in der sich die vollziehbare Untersagungsverfügung noch nicht erledigt hatte, **gegen** die darin getroffene **Untersagungsanordnung verstoßen**.

„Dem kann der Ast. nicht mit Erfolg entgegenhalten, mit dem Zweck des Zwangsgeldes als Beugemittel und insbesondere dem Übermaßverbot sei es nicht zu vereinbaren, die Beitreibung bei **nicht termingebundenen, dauerhaft wirksamen Unterlassungsverfügungen** nach deren Erledigung und ohne Bestehen einer Wiederholungsgefahr noch weiter zuzulassen. Schließlich sei der Zweck der Anwendung von Zwangsgeld erreicht, wenn der Vollstreckungsschuldner - wie er - die Unterlassungspflicht erfüllt habe mit der Folge, dass die anschließende Beitreibung über das Notwendige hinausgehe und durch den Zweck des Vollzugs nicht mehr gerechtfertigt werden könne. Der Ast. erkennt, dass eine **Zweckerreichung** des ihm mit Verfügung vom 14.08.2009 angedrohten Zwangsmittels bereits **durch** die gegen die Untersagungsverfügung in der Zeit vom 19. bis 24.08.2009 erfolgten **Zuwiderhandlungen nicht mehr möglich** gewesen ist.

Ein **Zwangsgeld** hat seinen **Zweck erreicht**, wenn es die **Befolgung** des Verwaltungsakts herbeiführt, dessen Durchsetzung es dient. Das Zwangsmittel soll, entsprechend seinem Charakter als Beugemittel, **motivierend auf den Betroffenen** einwirken und ihn zur Befolgung des Verwaltungsakts veranlassen. Bei der Durchsetzung eines Verbots ist eine Zweckerreichung nur in der Weise denkbar, dass der Betroffene sich durch die Erwartung, eine Zuwiderhandlung gegen das angedrohte Zwangsgeld werde dessen Festsetzung und Beitreibung nach sich ziehen, von der Übertretung des Verbots abhalten lässt. **Übertritt der Pflichtige** aber - wie der Antragsteller - **das Verbot**, so ist eine **Zweckerreichung** des konkret angedrohten Zwangsmittels bereits durch die Übertretung des Verbots **ausgeschlossen** (vgl. OVG NRW, Urteile vom 21.12.1988 7 A 2555/87 -, aaO). Soweit der Antragsteller anderslautende obergerichtliche Rechtsprechung (etwa Nds. OVG, Beschluss vom 23. April 2009 11 ME 478/08 -, juris,) zitiert, sieht der Senat insbesondere in Anbetracht des vorliegenden nur vorläufigen Rechtsschutzverfahrens keine Veranlassung von der **ständigen Rechtsprechung des OVG NRW** zur Auslegung des § 60 III 2 NWVwVG (vgl. hierzu, Urteile vom 21.12.1988 7 A 2555/87 -, aaO und vom 30.09.1992 - 4 A 3840/91 -, DöV 1993, 398 sowie Beschlüsse vom 10.10.1991 - 13 B 1522/91 -, aaO, vom 10.11.2006 - 10 B 1941/06 -, vom 15.11.2007 7 A 272/07 -, vom 21.05.2008 - 20 B 479/08 - und vom 15.04.2009 10 A 2848/08 -, abzuweichen.“ (OVG Münster aaO)

**Ergebnis:** Die Voraussetzungen für die Vollstreckung wegen Geldforderungen liegen vor, die Pfändungs- und Einziehungsverfügung ist nach summarischer Prüfung rechtmäßig, so dass kein überwiegendes Interesse des Ast. an der Anordnung der aufschiebenden Wirkung besteht und der Antrag nach § 80 V VwGO unbegründet ist.

(OVG Lüneburg in DVBl. 2010, 1242; Beschluss vom 27.08.2010 – 4 ME 164/10)

1. **§ 80 VI 2 Nr. 2 VwGO** regelt ebenso wie § 80 VI 1 VwGO eine **Zugangsvoraussetzung**, deren Fehlen den Antrag unzulässig macht.
2. Die erfolglose vorherige Stellung eines Aussetzungsantrages bei der Behörde nach § 80 VI 1 VwGO ist daher nur dann gemäß § 80 VI 2 Nr. 2 VwGO entbehrlich, wenn eine Vollstreckung **bereits zum Zeitpunkt der Antragstellung** beim Verwaltungsgericht droht.

**Fall:** Der Antragsteller hat von dem Antragsgegner am 02.01.2010 einen Rundfunkgebührenbescheid erhalten, deren Rechtmäßigkeit er anzweifelt. Er hat daher erfolglos Widerspruch gegen den Bescheid eingelegt. Der Antragsgegner hatte daraufhin am 01.04.2010 die Zahlung angemahnt und für den Fall, dass die Zahlung nicht binnen vier Wochen erfolge, angekündigt, dass die Vollstreckungsbehörden eingeschaltet werden. Gegen den ablehnenden Widerspruchsbescheid vom 04.03.2010 hat der Antragsteller Klage eingereicht und beim Verwaltungsgericht am 28.04.2010 die Anordnung der aufschiebenden Wirkung seiner Klage beantragt. Mit Schreiben vom 01.05.2010 hat der Antragsgegner kann konkrete Vollstreckungsmaßnahmen angekündigt. Ein vorheriger Aussetzungsantrag ist nicht an den Antragsgegner gerichtet worden. Ist der Antrag zulässig?

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

Es wird um eine Rundfunkgebühr gestritten, die nach dem Rundfunkgebührengesetz zu beurteilen ist, so dass öffentliches Recht streitentscheidend ist. Da auch keine Verfassungsorgane um Verfassungsrecht streiten, ist der Verwaltungsrechtsweg nach § 40 I 1 VwGO eröffnet

#### **II. Statthaftigkeit des Antrags nach § 80 V VwGO**

Das Verfahren nach § 80 V VwGO hat nach § 123 V VwGO Vorrang vor dem Verfahren nach § 123 I VwGO. Es ist einschlägig, wenn in der Hauptsache eine Anfechtungsklage zu erheben ist und um den Suspensiveffekt gestritten wird.

Der Gebührenbescheid ist ein belastender Verwaltungsakt, so dass in der Hauptsache die Anfechtungsklage nach § 42 I 1. Alt VwGO einschlägig ist. Nach § 80 II 1 Nr. 1 VwGO entfällt zu dem bei öffentlichen Abgaben, zu denen auch Gebühren zählen, der Suspensiveffekt. Antrag nach § 80 V VwGO ist daher statthaft.

#### **III. Antragsbefugnis, § 42 II analog**

Die analog § 42 II VwGO erforderliche Antragsbefugnis ergibt sich nach der Adressatentheorie daraus, dass K als Adressat eines ihn belastenden Verwaltungsaktes jedenfalls in seinem Grundrecht aus Art. 2 I GG verletzt sein kann.

#### **IV. richtiger Antragsgegner, § 78 VwGO analog**

Der Antrag ist nach § 78 I Nr. 2 VwGO i.V.m. den jeweiligen Ausführungsgesetzen gegen die Behörde zu stellen, welche den sofort vollziehbaren Verwaltungsakt erlassen ist, hier also gegen den Oberbürgermeister der Stadt M.

#### **V. Rechtsschutzbedürfnis**

K muss auch ein schutzwürdiges Interesse an der Anrufung des Gerichts haben.

##### **1. vorherige Einlegung des Hauptsacherechtsbehelfs**

Der Streit, ob zunächst vor Einleitung des Verfahrens nach § 80 V VwGO in der Hauptsache ein Rechtsbehelf eingelegt sein muss, kann dahinstehen, da K hier zuvor schon Klage eingelegt hatte. Diese ist auch nicht offensichtlich unzulässig.

##### **2. erfolgloser Aussetzungsantrag an die Behörde**

Fraglich ist allerdings, ob K nicht nach § 80 VI VwGO zuvor erfolglos bei der Behörde um Aussetzung der Vollziehung hätte ersuchen müssen.

### a) Erforderlichkeit eines Aussetzungsantrags

Nach § 80 VI 1 VwGO ist der Antrag nach § 80 V VwGO in den Fällen der Anforderung von öffentlichen Abgaben und Kosten nach § 80 II 1 Nr. 1 VwGO, zu denen die Anforderung von Rundfunkgebühren gehört, nur zulässig, wenn die Behörde zuvor einen Antrag auf Aussetzung der Vollziehung ganz oder teilweise abgelehnt hat.

*„Diese nach Stellung des Antrages auf Gewährung vorläufigen Rechtsschutzes bei Gericht **nicht mehr nachholbare Zugangsvoraussetzung** (Schoch/Schmidt-Aßmann/Pietzner, VwGO, Stand: November 2009, § 80 Rn. 343 f.; Kopp/Schenke, VwGO, 16. Aufl. 2009, § 80 Rn. 185 m.w.N.) ist hier nicht erfüllt, weil der Antragsteller vor der Stellung des Antrags nach § 80 V VwGO beim Verwaltungsgericht keinen Antrag auf Aussetzung der Vollziehung beim Antragsgegner gestellt hat.“ (OVG Lüneburg aaO)*

### b) Entbehrlichkeit eines Aussetzungsantrags

Allerdings könnte ein vorheriger Aussetzungsantrag ausnahmsweise entbehrlich gewesen sein. Die Ablehnung eines solchen Aussetzungsantrags ist nach § 80 VI 2 VwGO nur dann entbehrlich, wenn

- die Behörde über den Antrag ohne Mitteilung eines zureichenden Grundes in angemessener Frist sachlich nicht entschieden hat (Nr. 1) oder
- eine Vollstreckung droht (Nr. 2).

Hier kommt in Betracht, dass ohne die Anordnung der aufschiebenden Wirkung während des Klageverfahrens die Vollstreckung der Gebührenforderung droht.

#### aa) Vollstreckung muss konkret und nicht im Allgemeinen drohen

*„Im Hinblick auf den **Zweck** des nach § 80 VI 1 VwGO vorgeschriebenen **behördlichen Aussetzungsverfahrens**, die verwaltungsinterne Kontrolle zu stärken und die Gerichte von Aussetzungsanträgen zu entlasten (so ausdrücklich die Begründung des Gesetzentwurfs der Bundesregierung zum 4. VwGOÄndG vom 27.4.1990, BT-Drucks. 11/7030, Seite 24), ist bei der **Auslegung der Ausnahmeregelung** des § 80 VI 2 Nr. 2 VwGO ein **strenger Maßstab** anzulegen (vgl. OVG Berlin-Brandenburg, Beschluss vom 3.8.2006 - 9 S 4.06 -). Denn bei einer weiten Auslegung dieser Regelung könnte dieses Ziel nicht mehr erreicht werden und würde sie ihren Charakter als Ausnahmeregelung verlieren. In einem weiten Sinne „droht“ nämlich nahezu bei jedem auf die Anforderung von öffentlichen Abgaben und Kosten gerichteten Verwaltungsakt im Falle der Nichtbefolgung der Zahlungsaufforderung die Vollstreckung.“*

*Eine **Vollstreckung droht** im Sinne des § 80 VI 2 VwGO daher erst dann, wenn der **Beginn konkreter Vollstreckungsmaßnahmen** von der Behörde für einen unmittelbar bevorstehenden Termin **angekündigt** worden ist, **konkrete Vorbereitungen** der Behörde für eine alsbaldige Vollstreckung getroffen worden sind oder die **Vollstreckung bereits begonnen** hat (ständige Rechtsprechung des Senats: u. a. Beschlüsse vom 09.07.2009 - 4 ME 163/09 -, vom 23.09.2008 - 4 ME 279/08 -, vom 04.09.2008 - 4 ME 278/08 -, vom 27.08.2008 - 4 ME 252/08 - und vom 10.11.2006 - 4 ME 188/06 -; ebenso OVG Berlin-Brandenburg, Beschluss vom 03.08.2006 - 9 S 4.06 -; OVG Saarlouis, Beschluss vom 22.06.1992 - 1 W 29/92 -, NVwZ 1993, 490; Kopp/Schenke, aaO, § 80 Rn. 186).“ (OVG Lüneburg aaO)*

#### bb) Anwendung auf den Fall

##### (1) konkrete Vorbereitungen durch Mahnschreiben vom 01.04.2010

*„Der Antragsgegner hat zwar in dem **Mahnungsschreiben** vom 01.04.2010, das **selbst noch keine Vollstreckungsmaßnahme** ist (vgl. OVG Nordrhein-Westfalen, Beschluss vom 21.05.2010 - 7 B 356/10 - m.w.N.), erklärt, dass sofern der angeforderte Gebührenbetrag **nicht innerhalb der nächsten vier Wochen** bei ihm eingehe, er bei der für den Wohnsitz des Antragstellers zuständigen Vollstreckungsbehörde **Vollstreckungsmaßnahmen beantragen werde**, und ferner angekündigt, dass die Kosten der Beitreibung seiner Forderungen durch den Gerichtsvollzieher zu Lasten des Antragstellers gingen. Damit hat er aber **keine konkrete Maßnahme zur zwangsweisen Beitreibung** des festgesetzten Rundfunkgebührenbetrages für einen unmittelbar bevorstehenden Termin angekündigt, da er dem Antragsteller zum einen eine relativ lange Frist von vier Wochen eingeräumt und zum anderen nach deren Ablauf lediglich **allgemein die Einleitung der Vollstreckung**, deren Kosten der Antragsteller zu tragen habe, angekündigt hat, ohne bereits eine konkrete Vollstreckungsmaßnahme anzudrohen. Auch ergeben sich aus dem genannten Schreiben des Antragsgegners keine konkreten Vorbereitungen für eine alsbaldige Vollstreckung.“ (OVG Lüneburg aaO)*

**(2) Ankündigung der Zwangsvollstreckung vom 01.05.2010**

Erst mit der „Ankündigung der Zwangsvollstreckung“ vom 01.05.2010 hat der Antragsgegner für einen unmittelbar bevorstehenden Termin, nämlich „in Kürze“, konkrete Vollstreckungsmaßnahmen, nämlich die Beauftragung des Gerichtsvollziehers mit der Eintreibung des gemahnten Betrages im Wege der Kontopfändung oder der Vorladung zur Abgabe der eidesstattlichen Versicherung, angekündigt.

Fraglich ist, ob dieses Schreiben zur Begründung des Drohens einer Vollstreckung im Sinne des § 80 VI 2 Nr. 2 VwGO herangezogen werden kann, obwohl der Antrag nach § 80 V VwGO zu diesem Zeitpunkt bereits eingereicht war.

*„§ 80 VI 2 Nr. 2 VwGO regelt eine Zugangsvoraussetzung, die bereits zum Zeitpunkt der Antragstellung beim Verwaltungsgericht am 28.04.2010 hätte erfüllt sein müssen.“*

*Anhaltspunkte, die eine unterschiedliche rechtliche Bewertung der Sätze 1 und 2 des § 80 VI VwGO rechtfertigen könnten, sind nicht ersichtlich. Der Satz 2 des § 80 VI VwGO eröffnet **Ausnahmen von dem Erfordernis** der vorherigen erfolglosen Antragstellung bei der Behörde **nach Satz 1** und **teilt daher dessen rechtliche Einordnung** (Schoch/Schmidt-Aßmann/Pietzner, aaO., § 80 Rn. 350; a.A. Redeker/v. Oertzen, VwGO, 15. Aufl. 2010, § 80 Rn. 43; offen gelassen von VGH Baden-Württemberg, Beschluss vom 09.03.1992 - 2 S 3215/91 -, VBIBW 1992, 374). Da **§ 80 VI 1 VwGO eine Zugangsvoraussetzung** regelt, sind mithin auch die in § 80 Abs. 6 Satz 2 VwGO geregelten **Ausnahmen** hiervon Zugangsvoraussetzungen, die bereits **zum Zeitpunkt der Antragstellung** bei Gericht vorliegen müssen und **nicht nachholbar** sind.*

*Auch der nach dem oben Gesagten eine enge Auslegung fordernde **Zweck** des behördlichen Aussetzungsverfahrens nach § 80 VI 1 VwGO, die **verwaltunginterne Kontrolle zu stärken** und die Gerichte von Aussetzungsanträgen zu entlasten, spricht dafür, nicht nur in Satz 1 des § 80 VI VwGO, sondern auch in dessen Satz 2 die Regelung einer Zugangsvoraussetzung zu sehen. Denn könnte die Ausnahme von dem Erfordernis der vorherigen erfolglosen Antragstellung bei der Behörde nach § 80 VI 2 Nr. 2 VwGO auch noch nach der Antragstellung bei Gericht eingreifen, **liefe das Antragsersfordernis** des § 80 VI 1 VwGO **vielfach leer**, da die Behörden im Falle einer fortgesetzten Zahlungsverweigerung in der Regel „**irgendwann**“ **Vollstreckungsmaßnahmen** durchführen, mit der Folge, dass in all diesen Fällen das Erfordernis einer vorherigen Antragstellung bei der Behörde nachträglich auch dann entfielen, wenn der Betroffene **zum Zeitpunkt der Antragstellung** bei Gericht einer **drohenden Vollstreckung noch nicht ausgesetzt** gewesen ist und hinreichend Zeit gehabt hat, zuvor einen Aussetzungsantrag bei der Behörde zu stellen. Dies würde dem genannten Zweck des behördlichen Aussetzungsverfahrens ersichtlich zuwider laufen. Zwar ist es dem Betroffenen auch nach der vom Senat für richtig gehaltenen rechtlichen Einordnung des § 80 VI 2 VwGO im Falle des **nachträglichen Drohens** der Vollstreckung **nicht verwehrt**, nach Ablehnung seines ersten Antrags auf Gewährung vorläufigen Rechtsschutzes einen aufgrund der **zwischenzeitlichen Änderung der Sachlage** zulässigen **neuen Antrag bei Gericht zu stellen**, doch bliebe der Verstoß gegen das Erfordernis einer vorherigen erfolglosen Antragstellung bei der Behörde nach § 80 VI 1 VwGO in Übereinstimmung mit dem genannten Gesetzeszweck nicht ohne eine Sanktion, da der „**übereilt**“ beim Gericht gestellte erste Antrag wegen des Fehlens der Zugangsvoraussetzungen des § 80 VI VwGO abgelehnt würde.“ (OVG Lüneburg aaO)*

**Ergebnis:** Der Antrag des Antragstellers auf Anordnung der gemäß § 80 II 1 Nr. 1 VwGO entfallenden aufschiebenden Wirkung seiner Klage nach § 80 V 1 VwGO ist unzulässig.

## Kurzauslese II

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

ZPO ZPO  
 § 85 II **fristwahrende Zustellung**  
**Einwurf in Postfächer des Kurierdienstes eines Anwaltsvereins**  
 (OLG Köln in NJOZ 2010, 1938; Beschluss vom 04.01.2010 – 9 U 128/09)

Die von dem Kurierdienst eines Anwaltsvereins bereit gehaltenen Postfächer für Gerichte sind keine Empfangseinrichtungen der jeweiligen Postfachadressaten. Die Einlegung von Schriftstücken in die Postfächer des privaten Kurierdienstes am Tag des Fristablaufs ist daher ohne Hinzutreten besonderer, das Vertrauen auf eine noch an diesem Tag erfolgende Verbringung zu dem Empfangsgericht rechtfertigender Umstände **nicht fristwährend**.

„Zwar kann durch das Einlegen eines Schriftstücks in ein von der Justizverwaltung in der Wachtmeisterei eines Gerichts u. a. für andere Instanzgerichte bereit gehaltenes Postfach die Verfügungsgewalt des Empfängergerichts bewirkt werden, weil es sich bei den fraglichen Postfächern um Empfangseinrichtungen der jeweiligen Postfachadressaten handelt und der Vorgang der Verbringung des Fachinhalts zu den anderen Gerichten dem einlegenden Absender entzogen und als behördeninterner Geschäftsgang organisiert ist (vgl. BGH NJW-RR 1989, 1214).

So liegt die Sache hier aber nicht: Denn bei den Postfächern, welche der Kölner Anwaltsverein in seinen Räumlichkeiten zur Erleichterung des Schriftverkehrs der ihm angeschlossenen Rechtsanwälte mit u. a. dem hiesigen AG, LG und OLG unterhält, handelt es sich nicht um Empfangseinrichtungen derjenigen Gerichte, welchen die Postfächer namentlich zugeordnet sind. Die Fächer werden vielmehr allein im Zuge eines privaten Kurierdienstes des Anwaltsvereins unterhalten, ohne dass organisatorische oder sonstige Bezüge zur Justizverwaltung bestünden.

Der mit der Verbringung des Verlängerungsantrags zum OLG beauftragte Vertreter des Prozessbevollmächtigten der Bekl. durfte nicht darauf vertrauen, dass der am späten Vormittag in das Postfach des OLG beim Anwaltsverein eingelegte Schriftsatz fristwährend noch am gleichen Tage zum OLG verbracht würde.

Nach **st. Rspr. des BVerfG** (NJW 1999, 3701; NJW 2000, 2657 und NJW-RR 2002, 1005) **und des BGH** (NJW-RR 2008, 930 = MDR 2008, 583 m. zahlr. w. Nachw.) dürfen einem Prozessbeteiligten Verzögerungen der Briefbeförderung oder Briefzustellung nicht als Verschulden angerechnet werden. Er darf vielmehr darauf vertrauen, dass die Postlaufzeiten eingehalten werden, die seitens der Deutschen Post-AG für den Normalfall festgelegt werden. In seinem Verantwortungsbereich liegt es allein, das Schriftstück so rechtzeitig und ordnungsgemäß abzugeben, dass es nach den organisatorischen und betrieblichen Vorkehrungen der Deutschen Post-AG den Empfänger fristgerecht erreichen kann. Anders liegt es nur, wenn konkrete Anhaltspunkte dafür vorliegen, dass im Einzelfall mit längeren Postlaufzeiten zu rechnen ist (BGH NJW-RR 2008, 930 = MDR 2008, 583).

Diese Grundsätze gelten auch für die Nutzung privater Kurierdienste wie die eines Anwaltsvereins (BVerfG NJW 2000, 2657 und NJW-RR 2002, 1005; BGH NJW-RR 2008, 930 = MDR 2008, 583).“ (OLG Köln aaO)

ZPO ZPO  
 § 264 Nr. 2 **Klageerweiterung**  
**Zulässigkeit in der Berufungsinstanz**  
 (BGH in MDR 2010, 1011; Urteil vom 22.04.2010 – IX ZR 160/09)

Da die **Klageerweiterung** (hier: Erhöhung des Klagebetrags) nach § 264 Nr. 2 ZPO **nicht als Änderung der Klage gem. § 533 ZPO anzusehen** ist, ist sie **auch in der Berufungsinstanz zulässig**.

„Zu Unrecht hält das BerGer. die Klageerweiterung für unzulässig. Bei prozessordnungsgemäßer Behandlung hätte das Gericht über diesen Teil der Klageforderung sachlich entscheiden müssen, weil die **Erhöhung des Klagebetrags** nach § 264 Nr. 2 ZPO **nicht als Änderung der Klage anzusehen** ist. Es liegt daher **kein Fall des § 263 ZPO** vor. Nur auf diese Vorschrift bezieht sich § 533 ZPO, der die Zulässigkeit einer Klageänderung in der Berufungsinstanz einschränkt (BGHZ 158, 295 = NJW 2004, 2152; BGH NZBau 2006, 254 = VersR 2006, 1361; NJW 2007, 3127 = ZIP 2007, 718). Die **unbeschränkte Zulässigkeit einer Modifizierung des Klageantrags** gem. § 264 Nr. 2, 3 ZPO **auch in der Berufungsinstanz entspricht dem Zweck der Vorschrift**, der die **prozessökonomische und endgültige Erledigung des Rechtsstreits** zwischen den Parteien fördern will. Demgegenüber verkehrt das BerGer. den Gesichtspunkt der Prozesswirtschaftlichkeit in sein Gegenteil, indem es den Kl. auf die Möglichkeit einer neuen Klage verweist. Der BGH hat in seiner Leitentscheidung eingehend dargelegt, dass auch der Sinn und Zweck des § 533 ZPO dessen Anwendung auf § 264 ZPO im Berufungsverfahren nicht fordert (BGHZ 158, 295 = NJW 2004, 2152).“ (BGH aaO)

ZPO ZPO  
 § 533 **Aufrechnung**  
**Zulässigkeit in der Berufungsinstanz**  
 (OLG Koblenz in ZMR 2010, 759; Urteil vom 12.11.2009 – 5 U 1256/09)

Begegnet der Beklagte einer Klageerweiterung im Berufungsverfahren seinerseits mit einer **Aufrechnung**, richtet sich deren **Zulässigkeit** auch dann nach **§ 533 ZPO**, wenn das Berufungsgericht die Klageerweiterung zulässt. Dass die **Klageänderung als sachdienlich** angesehen wird, **zwingt jedoch nicht dazu, auch die Sachdienlichkeit der Aufrechnung zu bejahen**.

I. Die **Aufrechnung scheidet nicht an §§ 533 Nr. 2, 529 I, 531 II ZPO**.

„Die erstmals in zweiter Instanz erklärte Aufrechnung ist kein Angriffs- oder Verteidigungsmittel i. S. von § 531 II ZPO, sondern der Angriff selbst. Es trifft auch zu, dass dem Aufrechnenden in einem derartigen Fall nicht vorgehalten werden kann, die Gestaltungserklärung habe schon in erster Instanz abgegeben werden können. Denn dort war die Klageerweiterung noch nicht Prozessgegenstand. Daher wird in der Lit. (Stein/ Jonas/ Grunsky, ZPO 21. Aufl., § 530 Rn 20) die Ansicht vertreten, dass die Aufrechnung gegenüber einer in der Berufungsinstanz erfolgten Erweiterung der Klageforderung „in aller Regel“ zur Bejahung der Sachdienlichkeit führen müsse. Dagegen meint Rimmelpacher (MüKo-ZPO, ZPO 3. Auflage, § 533 Rn 30), maßgeblich sei allein, ob ein tatsächlicher Zusammenhang zwischen den beiden Forderungen bestehe.

Nach Auffassung des Senats sind Inhalt und Tragweite des in § 533 ZPO gebrauchten Begriffs „sachdienlich“ maßgeblich. Die Sache, der die Zulassung der Aufrechnung dienen muss, ist der Rechtsstreit in der Lage nach Erklärung der Aufrechnung. Vom Standpunkt der Prozessökonomie ist zu fragen, ob die Zulassung zu einer sachgemäßen und endgültigen Erledigung der zwischen den Parteien bestehenden sowie aller mit der Aufrechnung neu eingeführten Streitpunkte führt. Dieser Gesichtspunkt erfordert im Anwendungsbereich des § 533 ZPO eine Berücksichtigung des Rechtsverhältnisses, auf das sich der Aufrechnungseinwand gründet. Handelt es sich bei der neu zur Aufrechnung gestellten Forderung um eine solche, die dem Bekl. vermeintlich schon seit geraumer Zeit zusteht ( hier: seit 1993 ) und hat er sich in einem langjährigen Prozess im Kern nur durch diverse Aufrechnungen verteidigt ( hier: insgesamt vier ), zu denen die zuletzt in das Berufungsverfahren eingeführte allerdings nicht gehörte, legt das den Verdacht nahe, dass durch Nachschieben immer neuer Aufrechnungen die abschließende Gerichtsentscheidung verzögert werden soll.“ (OLG Koblenz aaO)

- II. Dies ist nicht dadurch in Frage gestellt, dass §§ 525, 302 ZPO auch in zweiter Instanz ermöglichen, ein Vorbehaltsurteil zu erlassen.

„Damit wird lediglich eine innerprozessuale Abschtung vorgenommen, die endgültige Entscheidung jedoch hinausgeschoben. In zweiter Instanz ist der Weg zu einem Vorbehaltsurteil erst eröffnet, wenn die Aufrechnung die Zulässigkeitschürde des § 533 ZPO überwunden hat. Das ist hier nicht der Fall, weil der Senat es mit Blick auf die gebotene zügige und endgültige Erledigung des Verfahrens nicht für prozessökonomisch hält, sich nunmehr auch noch mit der insgesamt fünften Aufrechnung zu befassen, der wiederum ein neuer Tatsachenstoff zugrunde liegt.“ (OLG Koblenz aaO)

- III. Auch der Einwand, „Waffengleichheit“ sei nicht gegeben, wenn man die Klagerweiterung zweiter Instanz zulasse, eine dagegen gerichtete Aufrechnung aber nicht, verfängt nicht.

„Die Zulassung der Klageerweiterung einerseits und die Berücksichtigung der Aufrechnung andererseits sind unabhängig voneinander zu prüfen. Eine bei ihrer Einreichung sachdienliche und demzufolge zulässige Klageerweiterung, kann nicht dadurch unzulässig werden, dass der Bekl. sie zum Anlass nimmt, ihr seinerseits eine Aufrechnung entgegenzusetzen. Auch lässt sich nicht überzeugend begründen, warum eine sachdienliche Klageerweiterung zweiter Instanz jede ihr entgegengesetzte neue Aufrechnung sachdienlich machen soll, obwohl diese Aufrechnung - isoliert betrachtet - nicht sachdienlich wäre. Es kann auch nicht ernsthaft vertreten werden, das Berufungsgericht dürfe in derartigen Fällen die Sachdienlichkeit einer neuen Aufrechnung nur dann verneinen, wenn es zuvor auch die Klagerweiterung mangels Sachdienlichkeit nicht zugelassen habe. Derart dürfen die isoliert zu prüfenden Zulässigkeitsvoraussetzungen der beiderseits geführten Angriffe nicht miteinander verwoben werden.

Es trifft zwar zu, dass dem Gläubiger einer verjährten, aber wegen § 215 BGB mit Tilgungskraft versehenen Aufrechnungsforderung sein Recht endgültig aus der Hand geschlagen wird, wenn das Berufungsgericht die Aufrechnungsforderung nach § 533 ZPO nicht berücksichtigt. Diesen Rechtsverlust erleidet aber jeder Gläubiger, dessen zweitinstanzliche Aufrechnung mangels Sachdienlichkeit unberücksichtigt bleibt. Zu § 767 II ZPO ist i. Ü. anerkannt, dass die schon im Vorprozess bestehende Aufrechnungslage dem Gläubiger der Aufrechnungsforderung nicht hilft, wenn er sich erst nach Schluss der mündlichen Verhandlung zu einer Aufrechnungserklärung entschließt ( § 388 S. 1 BGB ). Auch dann kann der Gläubiger einer verjährten Aufrechnungsforderung diese anschließend nicht mehr durchsetzen. (OLG Koblenz aaO)

StGB  
§§ 20, 21

### eingeschränkte Schuldfähigkeit Pädophilie

StGB

(BGH in NSTZ-RR 2010, 304; Beschluss vom 06.07.2010 – 4 StR 283/10)

Steht für die Beurteilung der Schuldfähigkeit eine **von der Norm abweichende sexuelle Präferenz** im Vordergrund, muss **diese den Täter im Wesen seiner Persönlichkeit so verändert** haben, dass er zur Bekämpfung seiner Triebe **nicht die erforderlichen Hemmungen aufbringt**, sondern bei der Begehung der Sexualtaten aus einem starken, mehr oder weniger **unwiderstehlichen Zwang** heraus handelt.

„Steht für die Beurteilung der Schuldfähigkeit eine von der Norm abweichende sexuelle Präferenz im Vordergrund, muss diese den Täter im Wesen seiner Persönlichkeit so verändert haben, dass er zur Bekämpfung seiner Triebe nicht die erforderlichen Hemmungen aufbringt (vgl. BGH NSTZ-RR 2007, 337; StV 2005, 20). Daher ist **nicht jedes abweichende Sexualverhalten, auch nicht eine Devianz in Form einer Pädophilie** (zum Begriff: Internationale Klassifikation psychischer Störungen ICD-10 F 65.4; Venzlaff/Foerster, Psychiatrische Begutachtung, 5. Aufl., S. 343f.), die zwangsläufig nur unter Verletzung strafrechtlich geschützter Rechtsgüter verwirklicht werden kann, ohne Weiteres **gleichzusetzen mit einer schweren anderen seelischen Abartigkeit** i.S. der §§ 20, 21 StGB. Vielmehr kann auch nur eine gestörte sexuelle Entwicklung vorliegen, die als allgemeine Störung der Persönlichkeit, des Sexualverhaltens oder der Anpassung nicht den Schweregrad einer schweren anderen seelischen Abartigkeit i.S. des § 21 StGB erreicht. Hingegen kann die **Steuerungsfähigkeit** etwa dann **beeinträchtigt** sein, wenn abweichende Sexualpraktiken zu einer **eingeschliffenen Verhaltensschablone** geworden sind, die sich durch abnehmende Befriedigung, zunehmende Frequenz, durch Ausbau des Raffinements und durch gedankliche Einengung auf diese Praktiken auszeichnet (vgl. Nedopil, Forensische Psychiatrie, S. 204f.).“ (BGH aaO)

StPO  
§ 53 I Nr. 3, II 1

### Schweigepflichtentbindung Anforderungen

StPO

(AG Bonn in NSTZ 2010, 536; Beschluss vom 12.03.2010 – 51 GS 557/10)

Eine **Schweigepflichtentbindungserklärung** kann **nur derjenige wirksam abgeben, zu dessen Gunsten diese Pflicht gesetzlich begründet wurde**; sind mehrere geschützt, muss jeder einzelne von ihnen die Entbindungserklärung abgeben.

„Zwar war der **Beratungsvertrag zwischen der juristischen Person und dem Berufsgeheimnisträger** abgeschlossen, im Gegensatz dazu beinhaltet jedoch die Ausführung des Mandats eine tatsächliche, personal geprägte Verständigung zwischen dem Berater und den zu beratenden Personen, wobei dieses tatsächliche Verhältnis von den juristischen und insbesondere zivilvertraglichen Kategorien zu unterscheiden ist. Das Anvertrauen bestimmter Vorgänge und Meinungen ist dabei ein tatsächlicher und persönlicher Vorgang, der juristisch neutral ist. Der primäre Normzweck der Vorschrift des § 53 I Nr. 3 StPO besteht in dem **Schutz des Vertrauensverhältnisses zwischen dem Berufsgeheimnisträger und dem Ratsuchenden**. Dieses Vertrauensverhältnis wäre gestört, wenn die Entbindungserklärung der T-AG als ausreichend angesehen werden würde.“ (AG Bonn aaO)

StPO  
§ 275 I 2

**Urteil**  
**fehlende richterliche Unterschrift**  
(BGH in StV 2010, 618 Beschluss vom 01.04.2010 – 3 StR 30/410)

StPO

Ein **vollständiges schriftliches Urteil** liegt erst dann vor, wenn **sämtliche an ihm beteiligten Berufsrichter** seinen **Inhalt gebilligt und dies mit ihrer Unterschrift bestätigt** haben (BGHSt 26, 247; vgl. Gollwitzer, LR, 25. Aufl., § 275 Rn 36). Fehlt die Unterschrift eines beteiligten Richters und wurde diese auch nicht innerhalb der Frist des § 275 I 2 StPO nachgeholt, ist das Urteil nicht fristgerecht zur Akte gebracht worden.

„Daran ändert auch nichts, dass die Vorsitzende noch innerhalb der Frist des § 275 I 2 StPO **auf der Rückseite des Urteils die Ausfertigung des Urteils und dessen Zustellung an die Verfahrensbeteiligten angeordnet** und diese **Verfügung unterschrieben** hat. Das in § 275 II 1 StPO formulierte Gebot, dass das Urteil von den mitwirkenden Berufsrichtern zu unterschreiben ist, **lässt es nicht zu, dass die den Urteilstext abschließende Unterschrift durch eine an anderer Stelle der Akte befindliche Unterschrift des mitwirkenden Richters ersetzt** wird (vgl. OLG Düsseldorf NStE Nr. 1 zu § 275 StPO; vgl. für den nicht unterschriebenen Eröffnungsbeschluss OLG Hamm StV 2001, 331; OLG Frankfurt StV 1992, 58 f.). Durch die unter die Zustellverfügung gesetzte Unterschrift übernimmt die Richterin nicht zweifelsfrei die Verantwortung für den Inhalt des in der Akte befindlichen, an der vorgesehenen Stelle aber nicht von ihr unterschriebenen Urteils.“ (BGH aaO)

VwGO  
§ 40 I 1

**Verwaltungsrechtsweg**  
**arbeitsrechtliche Streitigkeit**  
(OVG Münster in NVwZ-RR 2010, 587; Beschluss vom 27.04.2010 – 1 E 406/10)

VwGO

**Begründet ein öffentlicher Arbeitgeber im Rahmen eines Besetzungsverfahrens**, welches eine für Beamte und Angestellte „offene“ Stelle betrifft, **einem Angestellten gegenüber dessen Nichtauswahl in der Handlungsform des Verwaltungsaktes (Widerspruchsbescheides)** und beruft er sich deshalb insoweit auf eine (vermeintliche) hoheitliche Befugnis, so liegt mit der **nachfolgenden Klage gegen diese Bescheide eine öffentlich-rechtliche, den Verwaltungsgerichten zugewiesene Streitigkeit** vor. Dies gilt unabhängig davon, dass dem öffentlichen Arbeitgeber eine entsprechende Regelungsbefugnis in dem mit dem Angestellten bestehenden arbeitsrechtlichen Rechtsverhältnis nicht zusteht bzw. die von ihm geregelte Materie arbeitsrechtlicher Natur ist.

„**Streitgegenstand** ist die **Rechtsbehauptung des Kl., durch einen jedenfalls mit Blick auf den Widerspruchsbescheid in der Handlungsform des Verwaltungsakts ergangenen belastenden Rechtsakt der Bekl. in eigenen subjektiv-öffentlichen Rechten verletzt zu sein** mit der Folge eines Anspruchs auf dessen Aufhebung zur Vermeidung des Eintritts der Bestandskraft. Für Streitigkeiten in Bezug auf Verwaltungsakte aber ist – vorbehaltlich hier nicht ersichtlicher spezieller Rechtswegzuweisungen – der Verwaltungsrechtsweg eröffnet. Der **öffentlich-rechtliche Charakter** einer solchen Streitigkeit folgt daraus, dass es sich bei Verwaltungsakten nach der ausschließlich Träger der öffentlichen Gewalt berechtigenden Vorschrift des § 35 S. 1 VwVfG um auf unmittelbare Rechtswirkung nach außen gerichtete Maßnahmen einer Behörde zur Regelung eines Einzelfalls auf dem Gebiet des öffentlichen Rechts handelt (vgl. Sodan/Ziekow, VwGO, 2. Aufl., 2006, § 40 Rn 385).

**Ohne Bedeutung** für die Qualifizierung der vorliegenden Streitigkeit als öffentlich-rechtlich ist hingegen die **Frage, ob der Bekl. eine entsprechende Regelungsbefugnis** (sog. VA-Befugnis) **zustand bzw. die von ihr durch Verwaltungsakt geregelte Materie öffentlich-rechtlicher Natur ist**. Denn für die Einordnung einer behördlichen Maßnahme als öffentlich-rechtlich ist es unmaßgeblich, wie der Staat hätte handeln müssen; **entscheidend ist vielmehr allein, wie er tatsächlich gehandelt hat**. Deshalb ist eine streitige Maßnahme auch dann als öffentlich-rechtlich einzustufen, wenn – wie hier – die Behörde zwar in privatrechtlicher Form hätte handeln müssen, tatsächlich aber eindeutig die öffentlich-rechtliche Handlungsform des Verwaltungsakts gewählt und sich deshalb auf eine (vermeintliche) hoheitliche Befugnis berufen hat. Ob eine solche Befugnis auch tatsächlich vorliegt, ist hingegen eine Frage der Begründetheit (vgl. Sodan, § 40 Rn 385, 382, mwN.; vgl. ferner: BVerwG NVwZ 1985, 264).“ (OVG Münster aaO)

VwGO  
§ 40 I 1

**Hausverbot für JobCenter**  
**Rechtsweg**  
(VG Berlin in NVwZ-RR 2010, 783; Beschluss vom 15.06.2010 – 13 E 201/10)

VwGO

Für **Streitigkeiten**, die ein **für Liegenschaften eines JobCenters bzw. einer sog. ARGE ausgesprochenes Hausverbot** betreffen, ist der **Verwaltungsrechtsweg eröffnet**.

„**Dem öffentlich-rechtlichen Bereich und nicht dem Privatrecht sind behördliche Hausverbote zuzuordnen, wenn sie – wie hier – angeordnet werden, um den störungsfreien Ablauf des Dienstbetriebs** und die gedeihliche Abwicklung der Dienstgeschäfte sicherzustellen (vgl. bereits: VG Berlin-Zehlendorf NJW 1950, 395). Dagegen gerichtete Klagen sind ohne Berücksichtigung der Art der betr. Dienstgeschäfte in jedem Fall bei den Verwaltungsgerichten anhängig zu machen; der **Rechtsweg zu den Sozial- oder Finanzgerichten ist nicht gegeben** (vgl. VG Neustadt a.d.W. BeckRS 2010, 46866; OVG Münster NVwZ-RR 1998, 595; Jutzi LKRZ 2009, 16; a.A. BSG BeckRS 2009, 62466).

**Bestimmend für den eröffneten Rechtsweg ist die Natur des Rechtsverhältnisses**, aus dem der Klageanspruch hergeleitet wird (vgl. GmS-OGB NJW 1974, 2087). Danach ist in Streitsachen der vorliegenden Art maßgebend darauf abzustellen, dass sich die

**behördliche Anordnung eines Hausverbots als Betätigung bzw. Ausübung des (allgemeinen) Hausrechts oder der (allgemeinen) Ordnungsgewalt** durch den jeweiligen Behördenleiter – hier des Geschäftsführers des JobCenters (vgl. § 44b II SGB II) – und nicht als eine einem (konkreten) Verwaltungsverfahren – hier der Leistungsgewährung nach dem SGB II – zuzuordnende Verfahrenshandlung darstellt (vgl. OVG Münster NVwZ-RR 1991, 35 = DVBl 1991, 495; Ronellenfitsch VerwArch 1973, 465 – zum Hausrecht der Behörden; a.A.: BSG BeckRS 2009, 62466).“ (VG Berlin aaO)

VwGO  
§ 121

**verwaltungsgerichtliche Entscheidung**  
**Umfang der materiellen Rechtskraft**

VwGO

(OVG Koblenz in NVwZ 2010, 1109; Beschluss vom 09.04.2010 – 10 A 11315/09)

Ist ein **Leistungsbescheid vom VerwG aus materiell-rechtlichen Gründen als rechtswidrig aufgehoben** worden, **verbietet es die materielle Rechtskraft dieser Entscheidung, die gleiche Forderung auf Grund einer anderen Anspruchsgrundlage erneut geltend zu machen.**

I. Die **materielle Rechtskraft besagt, dass rechtskräftige Urteile die Beteiligten binden, soweit über den Streitgegenstand entschieden worden ist.** Maßgeblich kommt es demnach auf die Bestimmung des Streitgegenstandes an. Dieser richtet sich nach der Art der Klage, über die das Urteil rechtskräftig entschieden hat.

„Vorliegend hatte der Kl. eine **Anfechtungsklage gegen einen Leistungsbescheid** erhoben. Bei der Anfechtungsklage ist Streitgegenstand die Rechtsbehauptung des Kl., durch den von ihm angefochtenen Verwaltungsakt in seinen Rechten verletzt zu sein (vgl. in diesem Sinne z.B.: Kopp/Schenke, VwGO, 16. Aufl., 2009, § 90 Rn 7ff. m. w. Nachw.).

Da ein solcher Leistungsbescheid – wie jeder Verwaltungsakt auch – aus formellen und auch aus materiellen Gründen rechtswidrig sein kann, kommt es bei der Bestimmung des Streitgegenstandes weiter darauf an, aus welchen Gründen das rechtskräftige Urteil der Anfechtungsklage stattgegeben hat. Insoweit erwachsen die Gründe des früheren Urteils ebenfalls in materielle Rechtskraft.

Bezogen auf den vorliegenden Fall ist insoweit festzustellen, dass die Kammer die Aufhebung des Leistungsbescheides und des dazu ergangenen Beschwerdebescheides in ihrem Urteil zunächst einmal auf deren formelle Rechtswidrigkeit wegen Fehlens der gem. § 39 I VwVfG erforderlichen Begründung gestützt hat. Überdies hat sie jedoch darauf abgestellt, dass sich ein Anspruch der Bekl. gegen den Kl. auf Herausgabe der von ihm vereinnahmten Honorare nicht aus den Vorschriften des BGB über die Herausgabe einer ungerechtfertigten Bereicherung ergebe. Dass es sich hierbei um mehr als einen bloßen Hinweis der Kammer handeln sollte, folgt bereits aus einem der Obersätze eingangs der Entscheidungsgründe, der feststellt, dass „die Bescheide ... sowohl in formeller wie auch in materieller Hinsicht der rechtlichen Überprüfung nicht stand(halten)“.

Diesen Ausführungen des VG schließt sich der beschließende Senat voll und ganz an. Sie geben den in den Entscheidungsgründen des Urteils deutlich erkennbaren Willen wieder, dass die Kammer den Leistungsbescheid nicht nur aus formellen Gründen – wegen der unzureichenden Begründung – sondern auch aus materiellen Gründen – weil kein bereicherungsrechtlicher Anspruch besteht – aufheben wollte.

Damit hat das VG in dem früheren Prozess rechtskräftig (auch) entschieden, dass der Kl. durch die „Abführung“ der Honorare in seinem Recht, diese behalten zu dürfen, verletzt wird – weil ein bereicherungsrechtlicher Anspruch der Bekl. nicht besteht.“ (OVG Koblenz aaO)

II. Nicht mehr folgen kann **OVG Koblenz aaO** der Auffassung, die Aufhebung des Leistungsbescheides aus materiell-rechtlichen Gründen schließe die erneute Geltendmachung des Abführungsverlangens nicht gänzlich aus, vielmehr sei noch Raum für die Prüfung und Bejahung eines Schadensersatzanspruchs gem. § 24 I SG.

„Hierbei übersieht die Vorinstanz, dass **bei einer Anfechtungsklage nicht nur der Entscheidungssatz sondern auch alle denkbaren Gründe, die ihn rechtfertigen können, Bestimmungselemente und damit Teil des Streitgegenstandes sind.** Dabei spielt es keine Rolle, ob sie für die Entscheidung der Verwaltung bedeutsam waren oder vom Kl. überhaupt geltend gemacht werden (h.M., vgl. z.B.: Kopp/Schenke, VwGO, 16. Aufl., 2009, § 90 Rn 14 m. w. Nachw.). Begründet wird dies damit, dass die **einzelnen Anspruchsgrundlagen Teile des Streitgegenstandes sind und als solche nicht vom Streitgegenstand getrennt und verselbstständigt werden können.**

Genauso liegt es hier: Der bereicherungsrechtliche Herausgabeanspruch und der Schadensersatzanspruch kennzeichnen nur unterschiedliche und unterschiedlich weitgehende Anspruchsgrundlagen für ein und dasselbe Begehren, nämlich das Abführungsverlangen der Bekl. für die Honorare, nicht aber trennbare Teile des Streitgegenstandes.

Die Richtigkeit dieses Ergebnisses wird auch daran deutlich, dass die Bekl. anderenfalls den Kl. immer wieder mit einem Leistungsbescheid überziehen könnte – wenn sie diesen nur erneut auf eine andere Anspruchsgrundlage stützen würde. Dass dies für den Kl. unerträglich ist und keinesfalls dem Rechtsfrieden dient, liegt dabei auf der Hand.“ (OVG Koblenz aaO)

BbgVwVG  
§ 23 II

**Zwangsmittelandrohung**  
**zulässige Verbindung mit Gebührenfestsetzung**

VwVG

(OVG Berlin-Bbg in NVwZ-RR 2010, 748; Urteil vom 22.04.2010 – 11 B 9/09)

**Grds. kann nach § 23 II BbgVwVG eine Zwangsmittelandrohung auch mit einem Verwaltungsakt verbunden werden, der nicht sofort vollziehbar ist.**

„Gem. § 23 II BbgVwVG kann die Androhung eines Zwangsmittels mit dem Verwaltungsakt verbunden werden, durch den die Handlung, Duldung oder Unterlassung aufgegeben wird. Sie soll mit ihm verbunden werden, wenn ein Rechtsmittel keine aufschiebende Wirkung hat. Dadurch, dass der Gesetzgeber in § 23 II 2 BbgVwVG eine **gesonderte Regelung für solche Verwaltungsakte getroffen hat, deren Vollziehbarkeit auch im Falle einer Rechtsmitteleinlegung nicht entfällt, hat er eindeutig zu erkennen gegeben, dass es für die in S. 1 zugelassene Verbindung der Zwangsmittelandrohung mit der Grundverfügung hierauf gerade nicht ankommen soll.** Andernfalls wäre die sich aus den beiden Sätzen des Abs. 2 ergebende Differenzierung sinnlos.“ (OVG Berlin-Bbg aaO)

## Speziell für Rechtsanwälte und Notare

### Gebühren und Kosten

RVG  
§ 15 II

#### einheitliche Auftragserteilung neuer Auftrag / dieselbe Angelegenheit

RVG

(OLG Düsseldorf in AnwBl 2010, 807; Beschluss vom 29.06.2010 – 24 U 212/09)

**Beauftragt** der Mandant den **Rechtsanwalt zunächst mit der Prüfung der Erfolgsaussichten einer bereits erhobenen Klage** und nimmt er dann, dem anwaltlichen Rat folgend, die Klage zurück, so handelt es sich um eine **neue Angelegenheit, wenn er den Rechtsanwalt anschließend damit beauftragt, außergerichtliche Vergleichsverhandlungen mit dem früheren Prozessgegner zu führen.**

„Bei den **anschließend geführten Vergleichsverhandlungen** handelte es sich **nicht um dieselbe Angelegenheit i. S. des § 15 II RVG.** Zur Bestimmung des Begriffs der Angelegenheit können als **Abgrenzungskriterien** herangezogen werden, ob es sich um einen **einheitlichen Auftrag** handelt, die **anwaltliche Tätigkeit in Inhalt und Zielsetzung übereinstimmt** und ein **innerer Zusammenhang der einzelnen Handlungen oder Gegenstände** der anwaltlichen Tätigkeit besteht (vgl. Hartung/Römermann/Schons. RVG., 2. Aufl., § 15 Rn 14; Riedel/Sußbauer, RVG, 9. Auflage, § 15 Rn 5 ff.); jedenfalls endet i. S. des Gebührenrechts die Angelegenheit mit dem Auftrag (vgl. Riedel/Sußbauer aaO, Rn 8). Mit der Prüfung der Erfolgsaussichten der Rechtsverfolgung und der erteilten Empfehlung, die Klage zurückzunehmen, war der der Kl. zunächst erteilte Auftrag erledigt; dementsprechend hat der Rechtsanwalt auch das Mandat in dem Rechtsstreit niedergelegt. Die Aufnahme der Vergleichsverhandlungen über die Erbauseinandersetzung insgesamt, mit denen die Kl. anschließend beauftragt wurde, beruhte auf einem neuen Auftrag, der auch eine neue Zielsetzung hatte, nämlich die außergerichtliche Bereinigung der Erbangelegenheit.“ (OLG Düsseldorf aaO)

VV RVG  
Nr. 1008

#### Erhöhungsgebühr auch im Rahmen der Beratungshilfe

RVG

(OLG Naumburg in Rpfleger 2010, 603; Beschluss vom 25.05.2010 – 2 Wx 4/10)

Einem Rechtsanwalt steht **auch im Rahmen der Beratungshilfe** die **Erhöhungsgebühr nach Nr. 1008 VV RVG** zu, wenn mehrere Personen in derselben Angelegenheit Auftraggeber sind.

„Die Erhöhungsgebühr nach Nr. 1008 VV RVG ist in Teil 1 des Vergütungsverzeichnisses geregelt, in dem die allgemeinen Gebühren aufgeführt sind. Die Gebühren für die außergerichtliche Tätigkeit bestimmen sich nach Teil 2 („Außergerichtliche Tätigkeiten“), wobei die im Rahmen der Beratungshilfe entstehenden Gebühren im Abschn. 5 geregelt sind. Aufgrund dieser **Gliederung und Systematik der Vergütungsvorschriften** kann aus der Vorbem. Nr. 2.5, wonach Gebühren im Rahmen der Beratungshilfe ausschließlich nach diesem Abschnitt entstehen, nicht der Schluss gezogen werden, dass die in Teil 1 geregelten allgemeinen Gebühren nicht zur Anwendung gelangen könnten. Vielmehr wird durch die Vorbem. Nr. 2.5 lediglich die Anwendung weiterer, in einem anderen Abschnitt des 2. Teils genannter Gebühren ausgeschlossen (vgl. OLG Düsseldorf RVGreport 2006, 225; OLG Oldenburg NJW-RR 2007, 431; KG Berlin Rpfleger 2007, 553).

Ferner beruht die Gebührenerhöhung auf dem **Grundsatz, dass eine Vertretung mehrerer Auftraggeber eine höhere Belastung für den Rechtsanwalt mit sich bringt** (vgl. OLG Oldenburg aaO). **Gründe dafür, dem Rechtsanwalt im Bereich der Beratungshilfe die Erhöhung der Geschäftsgebühr gem. Nr. 2503 VV RVG zu versagen, sind nicht ersichtlich.**“ (OLG Naumburg aaO)

VV RVG  
Nr. 2300

#### Geschäftsgebühr Entwurf eines Mahnschreibens

RVG

(OLG Nürnberg in AnwBl 2010, 805; Urteil vom 19.07.2010 – 14 U 220/10)

**Fertigt ein Rechtsanwalt** für seinen Mandanten ein **Mahnschreiben, ohne selbst nach außen in Erscheinung zu treten**, so fällt für diese Tätigkeit **keine Geschäftsgebühr nach Nr. 2300 VV RVG an, sondern allenfalls eine Beratungsgebühr nach § 34 RVG.**

- Die **Geschäftsgebühr nach Nr. 2300 VV RVG** entsteht für das **Betreiben des Geschäfts einschließlich der Information und für die Mitwirkung bei der Gestaltung eines Vertrags** (Vorbem. Nr. 2.3 III VV RVG). Sie entsteht nicht, soweit sich die **Tätigkeit des Anwalts auf die Erteilung eines Rats oder einer Auskunft beschränkt** (§ 34 RVG; vgl. Hartmann, Kostengesetze, 39. Aufl., Nr. 2300 Rn 10). § 34 genießt insoweit gegenüber Nr. 2300 VV RVG Vorrang (Gerold/Schmidt, RVG, 19. Aufl., Nr. 2300, 2301 Rn 2).

Letzteres ist der Fall, wenn der Rechtsanwalt auftragsgemäß nur im Innenverhältnis zum Mandanten beratend tätig wird, also kein anderes Geschäft, vor allem keine Vertretung des Mandanten mit der Beratung verbunden ist (OLG Düsseldorf MDR 2009, 1420).

„In der Formulierung „für das Betreiben des Geschäfts“ kommt demgegenüber zum Ausdruck, dass es sich um die Gebühr handelt, nach der grds. die außergerichtliche Vertretung abzurechnen ist (s. hierzu auch BGH NJW 2007, 2050); man spricht insoweit auch generell von der „Betriebsgebühr“ (Riedel/Sußbauer, RVG, 9. Aufl., W Teil 2 Rn 25; Göttlich/Mümmeler/Rehberg, RVG, 3. Aufl., „Geschäftsgebühr“ Anm. 2). Es kommt somit darauf an, ob der Rechtsanwalt auftragsgemäß auch nach außen wirken soll (AG Hamburg-Altona AGS 2008, 166).“ (OLG Nürnberg aaO)

- II. Ein solches **Wirken nach Außen** oder gar eine Vertretung liegt nicht vor, wenn der Rechtsanwalt auftragsgemäß lediglich ein vom Auftraggeber selbst zu unterzeichnendes Schreiben oder eine sonstige einseitige Erklärung entwirft.

„Nr. 2300 VV RVG fordert nach einhelliger Meinung ein Mehr gegenüber der Ratserteilung. Ein solches Mehr liegt nicht bereits dann vor, wenn der Rechtsanwalt ein Schreiben des Mandanten „vormuliert“. Dies stellt lediglich einen Rat an den Mandanten dar, ein Schreiben zu verfassen und welchen Inhalt dieses haben soll.

Eine solche Anwaltstätigkeit ist nicht - wie typischerweise bei einer Vertretung - nach außen gerichtet.“ (OLG Nürnberg aaO)

- III. Allerdings wird in der **Lit.** und teilweise auch in der **Rspr.** vertreten, Nr. 2300 VV RVG erfordere nicht, dass der Rechtsanwalt nach außen hervortritt oder der Auftrag dahin geht, nach außen tätig zu werden. Sobald es also zu einer Tätigkeit komme, die über einen mündlichen oder schriftlichen Rat oder eine Auskunft hinausgehe, entstehe eine Gebühr nach Nr. 2300 VV RVG (Hartmann aaO, Nr. 2300 Rn 7; Schneider aaO, W RVG Teil 2 Rn 27). Eine solche **über einen bloßen Rat hinausgehende Tätigkeit** liege bereits dann vor, wenn der Rechtsanwalt ein Schreiben des Mandanten an den Gegner entworfen hat, ohne selbst schon nach außen hervorzutreten:

so auch LG Mönchengladbach AGS 2009,163; Mayer aaO, Nr. 2300, 2301 VV RVG Rn 13; Mayer/Kroiß, RVG, 3. Aufl., Vorbem. 2.3. Rn 8; Schneider aaO, VV RVG Teil 2 Rn 27; wohl auch Göttlich/Mümmeler/Rehberg aaO, „Geschäftsgebühr“ Anm. 4.1,5.2

Obwohl diese Ansicht der Rechtslage vor Inkrafttreten des Rechtsanwaltsvergütungsgesetzes am 1. Juli 2004 entspricht, **folgt OLG Nürnberg aaO ihr nicht.**

„[Nach der] Regelung des § 118 I Nr. 1 BRAGO erhielt der Rechtsanwalt die Geschäftsgebühr für das Betreiben des Geschäfts einschließlich der Information, des Einreichens, Fertigens oder Unterzeichnens von Schriftsätzen oder Schreiben und des Entwerfens von Urkunden. Im Gegensatz hierzu enthält die Vorbem. 2.3 III VV RVG das Entwerfen einer Urkunde nicht mehr, sondern lässt die Geschäftsgebühr über das Betreiben des Geschäfts (einschließlich der Information) hinaus nur noch für die Mitwirkung bei der Gestaltung eines Vertrags entstehen. Um eine solche Tätigkeit handelt es sich beim Entwerfen eines Schriftsatzes zweifellos nicht.“ (OLG Nürnberg aaO)

1. Gleichwohl **bejaht die Lit.** auch für diesen Fall **das Entstehen der Geschäftsgebühr.**

Sie stützt sich teilweise darauf, dass der Gesetzesbegründung kein Hinweis zu entnehmen sei, dass nur dann RVG-W Nr. 2300 (in der früheren Fassung Nr. 2400) anwendbar sein soll, wenn die herzustellende Urkunde ein Vertrag ist, nicht aber eine einseitige Willenserklärung (so Mayer aaO, Nr. 2300, 2301 VV RVG Rn 13 unter Bezugnahme auf BT-Drucks. 15/1971, S. 206 f.).

„Diese Ansicht, wonach die alte Gesetzesfassung „stillschweigend“ weitergelten soll, **steht weder im Einklang mit dem Wortlaut und der Systematik des Gesetzes noch mit den gesetzgeberischen Motiven.** Der Vorschrift des § 118 I Nr. 1 BRAGO ließ sich entnehmen, dass das Entwerfen von Urkunden zum Betreiben des Geschäfts gehörte („einschließlich ... des Entwerfens von Urkunden“). Eine solche Formulierung enthält die an deren Stelle tretende Vorbem. 2.3 III VV RVG nicht mehr. Die dort enthaltene Tatbestandsalternative „und für die Mitwirkung bei der Gestaltung eines Vertrags“ ist enger als die frühere Regelung „einschließlich ... des Entwerfens von Urkunden“. Dass die Mitwirkung bei der Vertragsgestaltung zusätzlich („Betreiben ... und ... Mitwirken ...“) aufgenommen worden ist, liegt offenbar darin begründet, dass für diese Art der Tätigkeit ausnahmsweise eine Geschäftsgebühr anfallen soll, obgleich der Anwalt hierbei nicht unbedingt nach außen tätig werden muss. Sollte das „Betreiben des Geschäfts“ nach wie vor auch das Entwerfen von Urkunden umfassen, hätte es der gesonderten Aufnahme der engeren Tatbestandsalternative „für die Mitwirkung bei der Gestaltung eines Vertrags“ nicht bedurft. Deren grammatikalische Anfügung durch das Wort „und“ an die Tätigkeitsbeschreibung „Betreiben des Geschäfts“ spricht vielmehr dafür, dass es sich um etwas anderes, zusätzliches handelt. Andernfalls hätte sich eine Verknüpfung wie bei den Tätigkeitsbeispielen des § 118 I Nr. 1 BRAGO mittels des Wortes „einschließlich“ angeboten (vgl. auch AG Hamburg-Altona).

Hierbei ist auch zu berücksichtigen, dass § 118 I Nr. 1, 2. HS BRAGO in **negativer Abgrenzung** bestimmte, dass der Anwalt die Geschäftsgebühr nicht für einen Rat oder eine Auskunft erhält. Alles andere unterfiel dem Begriff „Betreiben des Geschäfts“. Die Vorbem. 2.3 III VV RVG enthält eine solche Negativabgrenzung nicht. Auch hieraus ist zu schließen, dass das RVG den Anfall einer Geschäftsgebühr nach Nr. 2300 VV RVG nur noch für diejenigen Fälle vorsteht, in denen der Anwalt nach außen tätig wird (so auch AG Hamburg-Altona aaO).

Diese Auslegung kann sich systematisch darauf stützen, dass die **Geschäftsgebühr ausdrücklich unter der Überschrift „Vertretung“ in Abschnitt 3 des VV RVG geregelt** ist. Sie wird schließlich historisch durch die Begründung des Regierungsentwurfs zum RVG bestätigt. Dort wird zur früheren Nr. 2400 VV RVG, die der Nr. 2300 VV RVG in der seit 01.07.2006 geltenden (durch Art. 5 I KostRMOG vom 05.05.2004, BGBl. I S. 718, geänderten) Fassung entspricht, ausgeführt: „Die vorgeschlagene Regelung soll an die Stelle des § 118 BRAGO treten, soweit dieser für die außergerichtliche Vertretung anwendbar ist.“ (BT-Drucks. 15/1971, S. 206). Demgemäß heißt es in der Gesetzesbegründung zu Teil 2, (damaliger) Abschnitt 4 des Vergütungsverzeichnisses: „In diesem Abschnitt sollen nahezu alle Fälle der außergerichtlichen Vertretung ... zusammengefasst werden.“ (BT-Drucks. 15/1971, S. 206). Die Gesetzesbegründung stellt damit ausdrücklich auf die außergerichtliche Vertretung ab. Eine solche liegt gerade dann nicht vor, wenn der Rechtsanwalt auftragsgemäß nicht nach außen auftreten soll, um die Gegenseite nicht dazu zu verleiten, ihrerseits einen Rechtsanwalt zu beauftragen.“ (OLG Nürnberg aaO)

2. Diese Auslegung steht im Einklang mit der **Neuordnung des Vergütungsrechts durch das RVG**, die u. a. zum **Wegfall der Besprechunggebühr** führte.

„Der Gesetzgeber sah diese als hinderlich für eine außergerichtliche Erledigung einer Angelegenheit an, da die Anspruchsgegner häufig den Griff zum Telefon scheuten, weil durch ein Telefonat mit dem Anwalt des Gegners die Gebühr

ausgelöst wurde (BT-Drucks. 15/1971, S. 207). Das **Entfallen der Besprechungsgebühr sollte durch die Geschäftsgebühr ausgeglichen** werden: „Die künftig allein anfallende Gebühr soll das Betreiben des Geschäfts einschließlich der Information und der Teilnahme an Besprechungen sowie das Mitwirken bei der Gestaltung eines Vertrages abgelden. Eine Besprechungsgebühr ist nicht mehr vorgesehen. ... Der erweiterte Abgeltungsbereich der Geschäftsgebühr erfordert eine andere Einordnung der unterschiedlichen außergerichtlichen Vertretungsfälle in den zur Verfügung stehenden größeren Gebührenrahmen.“ (BT-Drucks. 15/1971, S. 207).“ (OLG Nürnberg aaO)

- Schließlich wird in der **Gesetzesbegründung** die Geschäftsgebühr als außergerichtliche Verfahrensgebühr bezeichnet (BT-Drucks. 15/1971, S. 147), was ebenfalls dafür spricht, dass der gebührenausschüttende Auftrag an den Rechtsanwalt dahin gehen muss, dass dieser nach außen tätig wird.

„Dies stellt auch **keine unbillige Beeinträchtigung des Vergütungsinteresses des Rechtsanwalts** dar. Wenn dessen Tätigkeit auftragsgemäß intern bleibt, dennoch aber einen einer externen Tätigkeit vergleichbaren Aufwand erfordert (wie es beim Entwurf eines Schreibens für den Mandanten der Fall sein kann), bleibt - entsprechend der gesetzgeberischen Intention (vgl. BT-Drucks. 15/1971, S. 147) - dem Rechtsanwalt die Möglichkeit, hierfür mit dem Mandanten eine angemessene Gebühr gem. § 34 I 1 RVG zu vereinbaren.“ (OLG Nürnberg aaO)

RVG  
Nr. 3104

**Terminsgebühr**  
**Teilnahme an außergerichtlicher Besprechung**  
(BGH in BRAK-Mitt. 2010, 226; Urteil vom 01.07.2010 – IX ZR 198/09)

RVG

**Bespricht der Anwalt mit dem Anwalt der Gegenseite**, dem ein Klageauftrag erteilt ist, die Angelegenheit, um diese **außergerichtlich zu erledigen**, so verdient er damit die **Terminsgebühr** jedenfalls dann, wenn sein Auftrag die Rechtsverteidigung seines Mandanten in einem etwaigen Klageverfahren umfasst.

„Während ein bereits laufendes Verfahren erledigt wird, kann nur ein **Verfahren, das noch nicht begonnen hat, vermieden werden. Deshalb braucht der Anspruch, der Gegenstand der Besprechung ist, nicht bereits bei Gericht anhängig gemacht worden zu sein.** Vielmehr will der Gesetzgeber die außergerichtliche **Streiterledigung** dadurch fördern, dass die Terminsgebühr auch dann anfällt, wenn der Anwalt nach Erteilung des Klageauftrags an einer auf die Vermeidung des Verfahrens gerichteten Besprechung mitwirkt (BT-Drucks. 15/1971 S. 148; BGH NJW-RR 2007, 720). Voraussetzung für die zugunsten des Anwalts des Anspruchstellers anfallende Terminsgebühr ist danach lediglich die Erteilung eines unbedingten Klageauftrags, nicht jedoch die Einreichung der Klage.“ (BGH aaO)

ZPO  
§ 494 a II 1

**Kostenerstattungsanspruch**  
**selbstständiges Beweisverfahren**  
(OLG Nürnberg in MDR 2010, 889; Beschluss vom 01.03.2010 – 6 W 344/10)

ZPO

- Der **Ast. im selbstständigen Beweisverfahren wird durch einen Gegenantrag zugleich zum „Gegner“** i. S. des § 494 a II 1 ZPO.

„Durch den Gegenantrag der Ag. wurde nämlich auch der Ast. - in Bezug auf die Beweisanträge der AG: - zum Gegner (vgl. OLG Koblenz NJW-RR 1997, 1024; Werner/Pastor, Der Bauprozess, 11. Auflage, Rn 93, 94). Dies gilt zumindest, wenn - wie hier - der Gegenantrag nicht nur auf eine sachverständige Feststellung des bloßen Gegenteils der Behauptung des Antragstellers hinausläuft, sondern neue Beweisthemen betrifft (vgl. OLG Schleswig OLG R 2001, 236).“ (OLG Nürnberg aaO)

- Zu den** in einem solchen Fall dem jeweiligen Ast. aufzuerlegenden **Kosten des „Gegners“ gehören nur dessen in seiner Eigenschaft als „Gegner“ entstandenen (ggf. anteiligen) Kosten**, also weder dessen auf die eigene Antragstellung entfallenden Anwaltskosten noch die Gerichtskosten.

„§ 494a II 1 ZPO gibt nur eine Rechtsgrundlage dafür, dem Ast. die dem Gegner entstandenen Kosten aufzuerlegen.

Dem Ast. entstanden Anwaltskosten, möglicherweise weitere Kosten i. S. des § 91 I ZPO, außerdem leistete er einen Auslagenvorschuss von 1.500 € für das Gutachten. Als Veranlasser des Verfahrens kann er überdies zur Bezahlung der Gerichtsgebühr (Nr. 1610 KV GKG) und der von den Vorschüssen nicht gedeckten restlichen Gutachterkosten herangezogen werden (§ 22 II 1 GKG). Der Ast. kann über § 494a II 1 ZPO jedoch nur erreichen, dass der Ag. diejenigen Kosten auferlegt werden, die er als „Gegner“ hatte, nämlich als Gegner des von ihr gestellten Beweisantrags. Hierunter fallen nicht die Gerichtskosten einschließlich der Sachverständigenkosten.

Ähnlich verhält es sich bei der Ag.: Ihr entstanden ebenfalls Anwaltskosten, möglicherweise weitere Kosten i. S. des § 91 I ZPO, auch sie leistete einen Auslagenvorschuss von 1.500 € für das Sachverständigen Gutachten. Schließlich ist nicht ausgeschlossen, dass auch die Ag. wegen ihres Gegenantrags als Veranlasser der Gerichtskosten herangezogen wird. **Über § 494a II 1 ZPO kann die Ag. aber nur geltend machen, was sie zur Verteidigung gegen die Beweisanträge des Ast. aufwenden musste.** Der Auslagenvorschuss für die Begutachtung oder etwaige Gerichtskosten gehören nicht dazu, denn diese entstanden, weil die Ag. auch in die Antragstellerrolle schlüpfte.

Der Senat verkennt nicht, dass die zur Verteidigung gegen den jeweiligen Beweisantrag des anderen Verfahrensbeteiligten erforderlichen Anwaltskosten niedriger sind als die im selbstständigen Beweisverfahren auf jeder Seite angefallenen Gesamtkosten, weil der Gesamtgegenstandswert höher ist als der Wert der von jedem Bet. gestellten Beweisfragen. Diesem Umstand wurde jedoch bei der Kostenquote ausreichend Rechnung getragen.

**Soweit den Bet. Kosten nicht als Gegner, sondern in ihrer Rolle als Ast. entstanden, können diese nicht über § 494a II 1 ZPO der Gegenseite auferlegt werden.** Auch eine analoge Anwendung der Vorschrift scheidet aus (Musielak/Huber, ZPO, 6. Auflage, § 494a Rn 7). Dagegen spricht schon, dass § 494a II 1 ZPO eine Ausnahmenvorschrift darstellt (BGHZ 2, 237). Im Regelfall bilden die **Kosten des selbstständigen Beweisverfahrens nämlich einen Bestandteil der Kosten des nachfolgenden Hauptprozesses** (BGHZ 20, 4/15; Werner/Pastor aaO, Rn 123 m. w. N.). Dessen Kostenentscheidung gilt somit

auch für die Verteilung der Kosten des selbstständigen Beweisverfahrens. Kommt es nicht zu einem solchen Prozess, dann steht es dem jeweiligen) Ast. frei, einen materiellen Kostenerstattungsanspruch (gerichtlich) geltend zu machen.

Die **Voraussetzungen für eine Analogie** (vgl. Palandt/Sprau, BGB, 69. Auflage, Einl. 48) **liegen nicht vor**: Das Gesetz enthält insoweit keine planwidrige Regelungslücke. Der Gesetzgeber wollte mit § 494a ZPO nicht umfassend über die Pflicht zur Tragung der Kosten eines selbstständigen Beweisverfahrens entscheiden; er regelte nur den Sonderfall betreffend die Kosten des Gegners, wenn es nicht zu einem Hauptprozess kommt. Wer letztlich die Kosten des (jeweiligen) Ast. zu tragen hat, richtet sich nach der Kostenentscheidung im Hauptprozess oder nach den Anspruchsgrundlagen des bürgerlichen Rechts (vgl. KG NJW-RR 1996, 846).“ (OLG Nürnberg aaO)

FamFG  
§ 78 II

### Abstammungsverfahren Erforderlichkeit der Anwaltsbeordnung

FamFG

(OLG Hamm in FamRZ 2010, 1363; Beschluss vom 12.03.2010 – 12 WF 42/10)

In Abstammungsverfahren ist die **Beordnung eines Rechtsanwalts geboten**.

„Da in Abstammungsverfahren regelmäßig die Einholung eines Sachverständigengutachtens erforderlich sein wird und diese **Gutachten für den Nichtjuristen kaum verständlich und nachvollziehbar** sind, begründet allein dieser Umstand nach Auffassung des Senats eine **besondere Schwierigkeit i. S. d. § 78 II FamFG**, die eine anwaltliche Vertretung geboten erscheinen lässt (im Ergebnis ebenso: Prütting/Helms-Stöber, FamFG 2009, § 78 Rn 6; Schulte-Brunert/Weinreich-Keske, FamFG, 2. Aufl. 2010, § 78 Rn 4; Bork/Jacoby/Schwab-Müther, FamFG 2009, § 78 Rn 4).“ (OLG Hamm aaO)

FamFG  
§ 114 II

### Rechtsbeschwerde in Verfahrenskostenhilfesachen

FamFG

(BGH in MDR 2010, 1073 = NJW-RR 2010, 1297; Beschluss vom 23.06.2010 – XII ZB 82/10)

Auch die **Rechtsbeschwerde in Verfahrenskostenhilfesachen kann nach § 114 II FamFG wirksam nur durch einen beim BGH zugelassenen Rechtsanwalt eingelegt werden**.

„Nach § 114 II FamFG, der den Anwaltszwang in Familiensachen regelt und insoweit eine **Spezialregelung gegenüber der allgemeinen Vorschrift des § 10 IV FamFG** enthält (vgl. Prütting/Helms, FamFG, § 114 Rn 22), müssen sich die Beteiligten vor dem BGH grds. durch einen bei dem BGH zugelassenen Rechtsanwalt vertreten lassen. Soweit § 114 IV Nr. 5 FamFG im Einklang mit der allgemeinen Regelung des § 10 IV 1 FamFG davon eine **Ausnahme für das Verfahren über die Verfahrenskostenhilfe** vorsieht, gilt dies zunächst nur für das Verfahren über die Verfahrenskostenhilfe **innerhalb der jeweiligen Instanz**. Entsprechend der Regelung zur Prozesskostenhilfe kann auch die Verfahrenskostenhilfe für die jeweilige Instanz von der Partei persönlich beantragt werden, ohne dass sie sich durch einen an dem jeweiligen Gericht zugelassenen Rechtsanwalt vertreten lassen muss.

Darüber hinaus unterfällt auch die Beschwerde gegen einen Beschluss, der im Verfahrenskostenhilfverfahren ergangen ist, nicht dem Anwaltszwang: Nach § 76 II FamFG sind insoweit die Vorschriften über die sofortige Beschwerde nach den §§ 567 – 572, 127 II-IV ZPO entsprechend anwendbar. Gem. § 569 III Nr. 2 ZPO kann die Beschwerde – wie nach § 117 I 1 ZPO der Prozesskostenhilfeantrag – zu Protokoll der Geschäftsstelle erklärt werden. Nach § 78 III ZPO gilt für Prozesshandlungen, die vor dem Urkundsbeamten der Geschäftsstelle vorgenommen werden können, der Anwaltszwang nicht. Von dieser Regelung im Zivilprozess wollte der Gesetzgeber mit dem FGG-ReformG (BGBl I, 2586) nicht abweichen, was die ausdrückliche Verweisung in § 76 II FamFG verdeutlicht.

Die **Rechtsbeschwerde zum BGH kann auch in Prozesskostenhilfesachen** nach den Vorschriften der ZPO allerdings **wirksam nur durch einen beim BGH zugelassenen Rechtsanwalt eingelegt werden** (BGH NJW-RR 2005, 1237 = FamRZ 2005, 1164). Daran hat der Gesetzgeber mit der **Neuregelung des familiengerichtlichen Verfahrens durch das FamFG** nichts ändern wollen (vgl. BT-Dr 16/9733, S. 291). § 76 FamFG sieht deswegen für das Verfahren der Rechtsbeschwerde **keine Ausnahme von der allgemeinen Regelung für Familiensachen** vor. Soweit die Rechtsbeschwerde zu Fragen der Verfahrenskostenhilfe überhaupt wirksam zugelassen werden kann (vgl. zur Prozesskostenhilfe BGH NJW-RR 2004, 1662 = FamRZ 2004, 1633), richtet sich die Zulässigkeit also nach den Vorschriften der §§ 70 ff. FamFG. Die notwendige Vertretung durch einen beim BGH zugelassenen Rechtsanwalt ergibt sich ebenfalls aus der für alle Familiensachen geltenden Vorschrift des § 114 II FamFG.“ (BGH aaO)

ARB  
§§ 17, 18

### deklaratorisches Schuldanerkenntnis Deckungszusage eines Rechtsschutzversicherers

ARB

(OLG Celle in BRAK-Mitt. 2010, 210; Beschluss vom 05.07.2010 – 3 U 83/10)

**Ereilt ein Rechtsschutzversicherer** in Kenntnis der erstinstanzlichen Entscheidung sowie der Rechtsmittelbegründung eine **Deckungszusage für die Durchführung des Rechtsmittelverfahrens**, kann er, wenn das Rechtsmittel auf unveränderter Tatsachengrundlage zurückgewiesen wird, **den Prozessbevollmächtigten nicht** mit der Begründung, dieser hätte von der Durchführung des Rechtsmittelverfahrens wegen erkennbarer Aussichtslosigkeit abraten müssen, **auf Erstattung der entstandenen Gerichts- und Anwaltskosten in Anspruch nehmen**.

„Die von [der kl. Rechtsschutzversicherung] erteilte Deckungszusage stellt ein **deklaratorisches Schuldanerkenntnis** dar. Die Kl. ist aufgrund dieses Anerkenntnisses **mit Einreden und Einwendungen, die ihr bei Abgabe des Anerkenntnisses bekannt waren, ausgeschlossen** (vgl. OLG Düsseldorf NJW-RR 1996, 1371; OLG Köln r+s 2001, 248). Über die Erfolgsaussichten des Beschwerdeverfahrens war sie bei Erteilung der Deckungszusage informiert. Ihr lagen der vom Bekl. übermittelte Beschluss des AG sowie die Beschwerdebegründung, die der Bekl. beim LG eingereicht hatte, **abschriftlich vor**. Damit verfügte sie über alle Informationen, die erforderlich waren, um über die Voraussetzungen, nach denen sie vertragsgemäß Deckungsschutz erteilen oder verweigern konnte, zu entscheiden.

Unzutreffend ist der Einwand der Kl., sie sei nicht einmal berechtigt, die Erfolgsaussichten der Rechtsverfolgung, für die Deckungsschutz beantragt wird, zu prüfen. Aus den Lit. - und Rspr.-Nachweisen, auf die die Kl. in ihrer Berufungsbegründung verweist, lässt sich dies nicht entnehmen: Bei Harbauer (Rechtsschutzversicherung, 8. Auflage, § 1 ARB 2000, Rn 9, 18) ist lediglich ausgeführt, dass der Versicherer nicht berechtigt ist, die Rechtsangelegenheiten des VN zu besorgen. Für die hier maßgebliche Frage, ob der Versicherer – auch im eigenen Interesse – berechtigt ist, die Erfolgsaussichten der Rechtsverfolgung, deren Finanzierung ihm angetragen wird, zu prüfen, ergibt sich bereits aus der Zusammenschau der Vorschriften der §§ 17, 18 ARB, dass der Versicherer zu einer solchen Prüfung berechtigt ist. Nach § 18 Ib ARB kann der Versicherer Deckungsschutz verweigern, wenn die Wahrnehmung der rechtlichen Interessen durch den VN keine Aussicht auf Erfolg hat. Dies zu beurteilen, setzt eine rechtliche Prüfung zwangsläufig voraus. Versagt der Versicherer auf der Grundlage dieser Prüfung Deckungsschutz, kommt die Einholung eines Schiedsgutachtens oder ein – den Versicherer dann bindender – Stichentscheid in Betracht.

Vorliegend hat die Kl. von dieser Möglichkeit keinen Gebrauch gemacht, sondern Deckungsschutz erteilt. Damit ist auch zu Gunsten des Bekl. ein **Vertrauenstatbestand geschaffen**. Der Bekl. durfte berechtigterweise davon ausgehen, dass entstehende Kosten im Rahmen des Leistungsumfangs vom Versicherer übernommen werden.“ (OLG Celle aaO)

---

FamFG  
§ 70 III 2

**Verfahrenskostenhilfe**  
**für Rechtsbeschwerdeverfahren in Freiheitsentziehungssachen**  
(BGH in BRAK-Mitt. 2010, 211; Beschluss vom 04.03.2010 – V ZB 222/09)

FamFG

Die **Statthaftigkeit der Rechtsbeschwerde gegen die Verweigerung von Verfahrenskostenhilfe richtet sich** nicht nach § 70 FamFG, sondern **nach § 574 ZPO** und setzt auch in Freiheitsentziehungssachen die **Zulassung durch das Beschwerdegericht** voraus.

„Die Voraussetzungen für die Statthaftigkeit und die Zulässigkeit der Rechtsbeschwerde richten sich nach § 574 I 1 Nr. 2 ZPO und nicht nach §§ 70ff. FamFG. Das folgt daraus, dass die **Verweigerung von Verfahrenskostenhilfe nicht mit der Beschwerde nach § 58 FamFG, sondern gem. § 76 II FamFG mit der sofortigen Beschwerde** nach Maßgabe der ZPO **angreifbar** ist. Damit wollte der Gesetzgeber erreichen, dass sich nicht nur die Voraussetzungen für die Bewilligung der Verfahrenskostenhilfe nach der ZPO richten, sondern auch die Modalitäten der Anfechtung ihrer Verweigerung (Entwurfsbegründung in BT-Drucks. 16/6308, S. 214f. zu § 79 des Entwurfs). Das gilt auch für die Frage, ob die Zurückweisung einer Beschwerde mit der Rechtsbeschwerde angegriffen werden kann (Prütting/Helms/Abramenko, FamFG § 70 Rn 2 a.E., anders aber Stöber ebenda § 76 Rn 15).“ (BGH aaO)

## Aus der Praxis

BRAO  
§§ 43, 50

**Herausgabe von Handakten**  
keine berufsrechtliche, sanktionierbare Pflicht des Rechtsanwalts  
(OLG Frankfurt a.M. in BRAK-Mitt. 2010, 223; Urteil vom 17.03.2010 – IV AG 01/09)

RA/Nt

Es besteht weder aus § 50 BRAO, noch aus § 43 BRAO eine berufsrechtliche, sanktionierbare Verpflichtung des Rechtsanwalts, seine Handakten herauszugeben.

- I. **Teilweise** wird eine berufsrechtliche Herausgabepflicht aus § 50 BRAO hergeleitet (Kleine-Cosack, BRAO, 6. Auflage 2009 § 50 Rn 4 f.; Offermann-Burckart, Kammermitteilung RAK Düsseldorf 2008, 282).

Zwar enthalte § 50 BRAO nicht explizit eine Herausgabepflicht bezüglich der Handakten, eine solche ergebe sich aber aus Abs. 3, der in bestimmten Fällen ein Zurückbehaltungsrecht gewähre. Eine solche Regelung in der BRAO mache überhaupt nur dann Sinn, wenn man gleichzeitig im Normalfall von einer berufsrechtlichen Herausgabepflicht ausgehe (Offermann-Burckart aaO). Die Annahme einer Herausgabepflicht entspreche auch dem Willen des Gesetzgebers, der der amtlichen Begründung zu § 62 BRAO a. F. zu entnehmen sei (Offermann-Burckart aaO mit Bezug auf BT-Drucks. 120, S. 79).

- II. **OLG Frankfurt aaO** teilt die vorbezeichnete Rechtsauffassung nicht.

1. **Grundlage der anwaltlichen Tätigkeit ist ein auf Geschäftsbesorgung gerichteter Dienstvertrag** gem. § 675 BGB, auf den auch die §§ 666, 667 BGB Anwendung finden. Dementsprechend ist der **Rechtsanwalt verpflichtet, dem Auftraggeber alles was er zur Ausführung des Auftrages erhält oder durch die Geschäftsführung erlangt, herauszugeben**, wozu auch seine Handakten gehören (BGH NJW 1990, 510).

*„Es handelt sich hierbei um einen rein schuldrechtlichen Herausgabeanspruch (Henssler/Prütting-Stobbe, § 50 Rn 14), der keine berufsrechtliche Wirkung entfaltet. Eine berufsrechtliche Herausgabepflicht wird in der BRAO ausdrücklich nur für Fremdgeld (§ 43 a V BRAO) normiert. I. Ü. kennt die BRAO eine solche Pflicht nicht (Henssler/Prütting-Stobbe, § 50 Rn 19). Eine solche kann auch nicht aus § 50 BRAO hergeleitet werden. Hiergegen spricht schon der eindeutige Wortlaut der Norm, der eine Herausgabepflicht gerade nicht nennt. Soweit aus der Regelung des Zurückbehaltungsrechts in Abs. 3 auf das Bestehen einer berufsrechtlichen Herausgabepflicht geschlossen wird, wird damit die Rechtsstruktur der Norm verkannt. § 50 III BRAO schafft ein Sonderrecht für den Rechtsanwalt, das es ihm ermöglichen soll, berechnigte Ansprüche gegen den Mandanten außergerichtlich effektiv durchzusetzen. Es schließt das allgemeine Zurückbehaltungsrecht nach § 273 BGB nicht aus, sondern ergänzt dieses, in dem es teils weiter, teils enger gefasst ist. § 50 III BRAO geht § 273 BGB in seinem Anwendungsbereich vor (Henssler/Prütting-Stobbe, § 50 Rn 31-33). Insofern handelt es sich bei § 50 III BRAO um eine zivilrechtlich wirkende lex specialis zu § 273 BGB, die sich auf den schuldrechtlichen Herausgabeanspruch nach § 676 BGB bezieht, nicht aber selbst berufsrechtliche Herausgabepflichten statuieren will (AnwG Düsseldorf aaO). Auch der BGH versteht § 50 III BRAO in dem Sinne, dass sich die Norm auf die zivilrechtliche Anspruchsgrundlage der §§ 675, 667 BGB bezieht (BGH NJW 1990, 510). In der Kommentarlit. wird diese Entscheidung dahingehend interpretiert, dass § 50 BRAO die sich aus dem Anwaltsdienstvertrag ergebende schuldrechtliche Herausgabepflicht voraussetzt (Feuerich/Weyland, BRAO, 7. Auflage 2008, § 50 Rn 17).“ (OLG Frankfurt a.M. aaO)*

2. Ein **berufsrechtlicher Verstoß scheidet auch im Hinblick auf § 43 BRAO aus**.

*„Die Einordnung von § 43 BRAO als Generalklausel und Auffangtatbestand führt dazu, dass Berufspflichten aus ihr allein heraus nicht mehr konkretisiert werden können, sondern die Norm nur im Zusammenhang mit anderen gesetzlichen Regelungen außerhalb der BRAO oder der BORA, die vom Anwalt zu beachtende Pflichten statuieren, Grundlage einer anwaltsgerichtlich zu ahndenden Pflichtverletzung sein kann (Feuerich/Weyland § 43 Rn 7; a. A. Kleine-Cosack, § 43 Rn 9). § 43 BRAO überträgt die sich aus anderen gesetzlichen Regelungen ergebenden Pflichten in das Berufsrecht, soweit diese hierfür Relevanz haben (Henssler/Prütting-Prütting § 43 Rn 21; sog. Transformations- und Abschtungsfunktion). Das Zusammenwirken von § 43 BRAO mit anderen gesetzlichen Bestimmungen trägt demnach den im anwaltlichen Disziplinarrecht geltenden Bestimmtheitsgebot nach Art. 20 III GG Rechnung. § 43 BRAO allein wäre als Grundlage anwaltsgerichtlicher Maßnahmen zu unbestimmt (Feuerich/Weyland § 43 Rn 7). Werden, wie im vorliegenden Fall, rein zivilrechtliche Pflichten oder Normen verletzt, so können diese aber nicht über § 43 BRAO in das Berufsrecht transformiert werden (allg. Meinung AnwG Düsseldorf aaO; Feuerich/Weyland § 43 Rn 18, Kleine-Cosack § 43 Rn 16). Eine berufsrechtliche Kontrolle der sachlichen Richtigkeit und Zweckmäßigkeit der Tätigkeit des Rechtsanwalts ist unzulässig, weil sonst dessen persönliche und sachliche Unabhängigkeit beeinträchtigt wäre (Feuerich/Weyland § 43 Rn 18). Verstöße gegen vertragliche Pflichten, wie hier die Verletzung des Herausgabeanspruchs, haben deshalb nur zivilrechtliche aber nicht berufsrechtliche Folgen.“ (OLG Frankfurt a.M. aaO)*

BGB  
§ 280 I

**Schadensersatz**  
**Unterbrechung des Telefonanschlusses einer Anwaltskanzlei**  
(OLG Köln in NJOZ 2010, 2069; Beschluss vom 04.06.2010 – 1 W 8/10)

BGB

Für den **Schadensersatzanspruch durch die Unterbrechung des Telefon- und Telefaxanschlusses einer Anwaltskanzlei genügt es, dass** der Rechtsanwalt infolge der Unterbrechung des Anschlusses **Mandatsaufträge nicht entgegennehmen konnte**, die ihm möglicherweise per Telefon oder Telefax erteilt worden wären und ihm hierdurch Einkünfte entgangen sind.

- I. Nach der **BGH-Rspr.** liegt, sofern lediglich reine Vermögensschäden in Rede stehen, das für die Zulässigkeit einer Feststellungsklage erforderliche rechtliche Interesse vor, wenn der **Eintritt eines Schadens auf Grund der behaupteten Verletzungshandlung zumindest wahrscheinlich ist** (vgl. BGHZ 166, 84 = NJW 2006, 830 m. w.

Nachw.). Bei der Verletzung eines absoluten Rechtsguts **genügt** dagegen **bereits die Möglichkeit eines Schadenseintritts**, um das Feststellungsinteresse zu bejahen (vgl. BGH NJW-RR 2007, 601 = MDR 2007, 792; NJW 2001, 1432; NJW-RR 1988, 445).

- II. Die **Wahrscheinlichkeit eines Schadenseintritts** und damit das rechtliche Interesse an der Feststellung der Schadensersatzpflicht **kann jedoch nicht mit der Begründung verneint werden, dass sich im Nachhinein erwiesen habe, dass tatsächlich kein Schaden entstanden sei.**

*„Diese ist nach Auffassung des Senats nicht haltbar: Die **Wahrscheinlichkeit eines Schadenseintritts auf Grund der behaupteten Vertragsverletzung folgt hier, worauf der Kl. zutreffend hinweist, bereits daraus, dass der Kl. infolge der Unterbrechung des Telefonanschlusses Mandatsaufträge nicht entgegennehmen konnte, die ihm möglicherweise per Telefon oder Telefax erteilt worden wären, und ihm hierdurch Einkünfte entgangen sind.***

*Nach Auffassung des Senats ist zur Darlegung des rechtlichen Interesses in Form der **Wahrscheinlichkeit eines Schadenseintritts** in diesem Fall **nicht zu verlangen, dass der Rechtsanwalt darlegt und beweist, in welchem Umfang mit Mandatsaufträgen in dem fraglichen Zeitraum üblicherweise zu rechnen gewesen ist, oder er darlegt, dass er auf Grund konkreter Umstände mit der Übertragung eines Mandats rechnen durfte. Da die Kontaktaufnahme zu einem Rechtsanwalt in der Regel oder zumindest in einem Großteil der Fälle telefonisch erfolgt, ist die Beeinträchtigung des Telefonanschlusses einer Rechtsanwaltskanzlei grds. geeignet, einen Verdienstaufschlag des Rechtsanwalts nach sich zu ziehen, weil dieser an der Entgegennahme von Mandatsaufträgen gehindert ist. Von dem Verlust von Mandaten kann mit der für die Annahme der Wahrscheinlichkeit des Schadenseintritts zu fordernden Sicherheit jedenfalls dann ausgegangen werden, wenn der Rechtsanwalt seine Kanzlei mit voller Arbeitskraft betreibt. Ob sich letztlich die Gefahr eines Schadenseintritts konkretisiert oder nicht, ist für die Zulässigkeit der Feststellungsklage unerheblich.**“ (OLG Köln aaO)*

ZPO  
§ 50 I

### Berufungsverfahren Zulässigkeit bei Parteiunfähigkeit

ZPO

(BGH in MDR 2010, 1287 = NZG 2010, 875; Beschluss vom 31.05.2010 – II ZB 9/09)

Die **Berufung einer nicht existenten oder aus anderen Gründen parteiunfähigen Prozesspartei gegen ein in erster Instanz ergangenes Sachurteil** ist nicht nur **zulässig**, wenn die **Partei mit der Berufung das Fehlen der Parteifähigkeit geltend macht**, sondern auch dann, wenn sie das **Rechtsmittel mit dem Ziel eingelegt hat, ein anderes, ihrem Begehren entsprechendes Sachurteil zu erreichen.**

- I. In der **Rspr.** ist anerkannt, dass eine Prozesspartei, deren Parteifähigkeit in Streit steht, zur gerichtlichen Klärung dieser Frage als parteifähig zu behandeln ist; eine nicht existente oder aus anderen Gründen **parteiunfähige Partei kann Rechtsmittel einlegen, um ihre Nichtexistenz oder anderweitig fehlende Parteifähigkeit geltend zu machen** oder um zu rügen, dass ihre Parteifähigkeit vorinstanzlich zu Unrecht verneint worden ist.

BGHZ 24, 91 = NJW 1957, 989; BGHZ 74, 212 = NJW 1979, 1592; BGH ZIP 2008, 2029 = BeckRS 2008, 12737; NJW 1993, 2943 = WM 1993, 1939; BGH NJW-RR 1986, 394 = WM 1986, 145; NJW 1982, 238 = WM 1981, 1387

- II. **Ob auch ein Rechtsmittel zulässig ist, mit welchem sich eine parteiunfähige Partei gegen ein in der Vorinstanz ergangenes Sachurteil mit dem Ziel wendet, ein anderes, ihrem Begehren entsprechendes Sachurteil zu erreichen, hat der BGH – anders als für die Prozessvoraussetzung der Prozessfähigkeit (BGHZ 143, 122 = NJW 2000, 289; BGH NZG 2005, 560 = ZIP 2005, 900; a.A. BGHZ 110, 294 = NJW 1990, 1734) – bislang nicht ausdrücklich entschieden.**

vermeidend OLG Köln NZG 1998, 181 = NJW-RR 1998, 1047 = VersR 1998, 207

In den Entscheidungen BGHZ 159, 94 = NZG 2004, 863 = NJW 2004, 2523 und BGH WM 1976, 686 ist er allerdings ohne Weiteres von der Zulässigkeit eines auf eine andere Sachentscheidung abzielenden Rechtsmittels der parteiunfähigen Prozesspartei ausgegangen.

Im **Schrifttum** wird bei der Frage der Zulässigkeit des Rechtsmittels einer möglicherweise parteiunfähigen Partei überwiegend **nicht** danach **differenziert**, ob mit dem Rechtsmittel ein Prozessurteil oder eine andere Sachentscheidung erstrebt wird.

Zöller/Vollkommer, ZPO, 28. Aufl., § 56 Rn 14; Wieczorek/Schütze/Hausmann, ZPO, 3. Aufl., § 50 Rn 83; Stein/Jonas/Bork, ZPO, 22. Aufl., § 56 Rn 16; MüKo-ZPO/Lindacher, 3. Aufl., § 50 Rn 60; Rosenberg/Schwab/Gottwald, ZivilprozessR, 17. Aufl., § 43 Rn 40; Schemmann, Parteifähigkeit im Zivilprozess, S. 134ff.; a.A. Prütting/Gehrlein, ZPO, § 50 Rn 9

- III. Nach **BGH aaO** besteht **kein Grund, die Zulässigkeit der Berufung einer nicht existenten oder aus anderen Gründen parteiunfähigen Prozesspartei ausnahmsweise zu verneinen.**

*„Die **rechtliche Existenz und damit die Parteifähigkeit jeder an einem Rechtsstreit beteiligten Partei ist eine Prozessvoraussetzung, die in jeder Lage des Verfahrens, auch in den Rechtsmittelinstanzen, von Amts wegen zu prüfen ist** (§ 56 I ZPO) und ohne die ein Sachurteil nicht ergehen darf (BGHZ 159, 94 = NZG 2004, 863 = NJW 2004, 2523; BGHZ 134, 116 = NJW 1997, 657). **Legt eine parteiunfähige Partei gegen ein vorinstanzlich ergangenes Sachurteil Rechtsmittel ein, stellt sich für das Rechtsmittelgericht die Frage der Parteifähigkeit gleichviel, ob der Rechtsmittelführer seine Parteifähigkeit geltend macht oder eine andere für ihn günstigere Sachentscheidung erstrebt. Dem mit dem Rechtsmittel verfolgten Rechtsschutzziel kommt insoweit keine Bedeutung zu, weil die Parteifähigkeit als Prozessvoraussetzung der Parteidisposition entzogen ist, die rechtsmittelführende Partei mithin den Erlass eines Sachurteils nicht mit rechtlicher Bindungswirkung hinnehmen kann (a.A. OLG Köln NZG 1998, 181 = NJW-RR 1998, 1047 = VersR 1998, 207). Ergeben sich in der Rechtsmittelinstanz Zweifel an der Parteifähigkeit, ist die Partei nach den allgemein anerkannten Grundsätzen für die Klärung der Zweifel als parteifähig zu behandeln, was die Zulässigkeit des Rechtsmittels zur Folge hat. Die Zuordnung der Entscheidung über die Parteifähigkeit zur Begründetheit des Rechtsmittels trägt dem Charakter der Parteifähigkeit als für den gesamten Rechtsstreit bedeutsamen Sachurteilsvoraussetzung Rechnung (vgl. Schemmann, S. 137; Bökelmann JR 1972, 236) und eröffnet einen **prozessual ein-*****

*fachen Weg zur Korrektur des in der Vorinstanz fehlerhaft ergangenen Sachurteils. Hierfür besteht auch dann ein Bedürfnis, wenn das Sachurteil für und gegen eine nicht existente Partei ergeht und deshalb keine Rechtswirkungen entfaltet (vgl. Wieczorek/Schütze/Hausmann, Vorb. § 50 Rn 24 mwN.). Aus diesem Grund ist anerkannt, dass auch solche wirkungslosen Urteile durch Rechtsmittel beseitigt werden können (BGH NJW-RR 1994, 1204 = WM 1994, 1212; NJW 1993, 2943 = WM 1993, 1939; OLG Hamburg MDR 1976, 845; Zöller/Vollkommer, Vorb. § 50 Rn 11 mwN.). Auf Erwägungen zur Schutzbedürftigkeit der parteiunfähigen Prozesspartei im Einzelfall kann es demgegenüber nicht entscheidend ankommen.“ (BGH aaO)*

ZPO  
§ 115 III

**Prozesskostenhilfe**  
**zumutbare Verwertung einer Lebensversicherung**  
(BGH in NJW 2010, 2887; Beschluss vom 09.06.2010 – XII ZB 120/08)

ZPO

**Grds. hat eine Prozesspartei vor Inanspruchnahme von Prozesskostenhilfe eine bestehende Kapital-Lebensversicherung für die Prozesskosten einzusetzen;** dabei kommt auch eine – teilweise – Verwertung durch Beleihung in Betracht.

I. **Die Frage, ob, in welcher Form** und inwieweit eine Lebensversicherung als Vermögen i.S. von § 115 III ZPO für die Kosten der Prozessführung einzusetzen ist, **ist in Rspr. und Lit. umstritten.**

- **Teilweise** wird vertreten, dass der Hilfsbedürftige generell nicht auf die Kündigung bzw. den Verkauf einer Lebensversicherung und die Verwendung des Rückkaufswerts für die Prozesskosten verwiesen werden darf. In Betracht komme in diesen Fällen jedoch ggf. eine Beleihung der Versicherungspolice.

OLG Naumburg NJOZ 2007, 156 = OLGR 2007, 43; Zöller/Geimer, ZPO, 28. Aufl., § 115 Rn 59; Stein/Jonas/Bork, ZPO, 22. Aufl., § 115 Rn 131; Schoret/Groß, Beratungshilfe, PKH, 9. Aufl., § 115 Rn 84; Kalthoener/Büttner/Wrobel-Sachs, Prozess- und Verfahrenskostenhilfe, Beratungshilfe, 5. Aufl., Rn 327; für kleine Lebensversicherungen auch Zimmermann, PKH, 3. Aufl., Rn 149

- Nach **anderer Auffassung** ist eine Lebensversicherung unabhängig davon, ob sie der Altersversorgung dienen soll, zur Deckung der Prozesskosten einzusetzen. Dies könne entweder im Wege der Beleihung oder durch die Realisierung des Rückkaufswerts geschehen.

OLG Brandenburg FamRZ 2006, 1045 = BeckRS 2006, 4790; KG FamRZ 2003, 1394 = BeckRS 2010, 20623; OLG Braunschweig FamRZ 2006, 135 = BeckRS 2008, 26038; LSG Sachsen SAR 2008, 52 = BeckRS 2009, 62556

- Nach einer **weiteren Auffassung** ist die **Frage**, ob der Einsatz einer Lebensversicherung unzumutbar ist und eine Härte i.S. von § 115 III ZPO i.V.m. § 90 III SGB XII darstellt, jeweils **anhand der Umstände des konkreten Einzelfalls zu beantworten.**

OLG Karlsruhe NJOZ 2005, 2559 = FamRZ 2005, 1917; OLG Stuttgart FamRZ 2008, 2290; FamRZ 2009, 1850; OLG Köln FamRZ 2004, 382; OLG Frankfurt a.M. NJOZ 2005, 4365 = FamRZ 2006, 135; OLG Zweibrücken FamRZ 2008, 524; OLG Hamburg FamRZ 2001, 925; OLG Celle FamRZ 2007, 913; OLG Koblenz OLGR 2005, 887; MüKo-ZPO/Motzer, 3. Aufl., § 115 Rn 65; Saenger, HandKomm. ZPO, 3. Aufl., § 115 Rn 36 u. 40; Prütting/Gehrlein, ZPO, 2. Aufl., § 115 Rn 41; Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann, ZPO, 67. Aufl., § 115 Rn 60; so auch BSG NJOZ 2010, 1077 = VersR 2010, 233

II. **BGH aaO schließt sich der letztgenannten Auffassung an.**

1. Die beiden erstgenannten Meinungen widersprechen sowohl dem **Gesetzeswortlaut** als auch **Sinn und Zweck der Regelungen.**

*„Abgesehen von bereits nach § 115 III 2 ZPO i.V.m. § 90 II Nr. 2 SGB XII geschütztem Kapital und seiner Erträge („Rieser-Rente“) ist eine Lebensversicherung grds. für die Prozesskosten zu verwerten, soweit ihr durch Kündigung, Verkauf oder Beleihung erzielbarer Wert das **Schonvermögen** nach § 90 II Nr. 9 SGB XII i.V.m. § 1 I 1 Nr. 1b der Verordnung zu § 90 II Nr. 9 SGB XII übersteigt.*

*Der **generelle Ausschluss der Verwertung von Lebensversicherungen** wird schon solchen **Fällen nicht gerecht, in denen bereits eine anderweitige angemessene Altersvorsorge vorhanden ist.***

*Die Rspr. des Senats zur unterhaltsrechtlichen Berücksichtigung von Beiträgen zur Altersvorsorge (vgl. zuletzt BGH NJW 2009, 2450 = FamRZ 2009, 1207 mwN.) findet im Prozesskostenhilferecht keine Anwendung (entgegen OLG Celle FamRZ 2007, 913; OLG Stuttgart NJOZ 2006, 3392 = FamRZ 2006, 1850, s. aber auch OLG Celle NJW-RR 2009, 1520; OLG Nürnberg NJOZ 2006, 2052 = FamRZ 2006, 1284), so dass auch daraus gebildetes Kapital einzusetzen ist. Denn die **Verpflichtung zur Unterhaltsleistung und die Pflicht zur Vermögensverwertung im Rahmen der Prozesskostenhilfe sind nicht vergleichbar.** Der Unterhalt ist als privatrechtliches Schuldverhältnis wesentlich verschieden von der Prozesskostenhilfe, die eine Form der Sozialhilfe im Bereich der Rechtspflege darstellt (vgl. BGH NJW 2005, 2393 = FamRZ 2005, 605). Daher ist bei der Entscheidung über die Gewährung von Prozesskostenhilfe entsprechend der gesetzlichen Anordnung in § 115 III ZPO von den – strengeren – sozialrechtlichen Maßstäben des § 90 SGB XII auszugehen. Der Bedürftige hat zunächst alle verfügbaren eigenen Mittel einzusetzen, bevor ihm staatliche Hilfe auf Kosten der Allgemeinheit bewilligt werden kann (OLG Stuttgart FamRZ 2008, 2290).“ (BGH aaO)*

2. Überdies entspricht es durchaus der **gesetzgeberischen Wertung**, dass Lebensversicherungen auch dann als Vermögensbestandteil für die Prozesskosten herangezogen werden können, wenn deren Beiträge nach Maßgabe des § 115 I 3 ZPO i.V.m. § 82 II Nr. 3 SGB XII vom Einkommen abziehbar sind.

*„Der Gesetzgeber hat diese Fallgruppen gesehen und in engen Grenzen im Rahmen des § 90 II Nr. 2 SGB XII geregelt. Die Aufzählung in § 90 II SGB XII ist abschließend (Schellhorn/Schellhorn/Hohm, SGB XII, 17. Aufl., § 90 Rn 27). Für die Anwendung des § 90 III SGB XII ist die Herkunft des Vermögens grds. unerheblich (Schellhorn/Schellhorn/Hohm, § 90*

Rn 77; Mergler/Zink, SGB XII, Stand: Jan. 2005, § 90 Rn 76). Zwar kann in Einzelfällen die Herkunft des Vermögens dieses so prägen, dass seine Verwertung eine Härte darstellen würde (vgl. z.B. BSG BeckRS 2008, 51227, „Blindengeld“; BVerwG NJW 1998, 397, „Erziehungsgeld“; BVerwGE 45, 135, „Grundrentennachzahlung“). Dabei handelt es sich jedoch um Fälle, in denen anrechnungsfreies Einkommen, das i. d. Regel aus öffentlichen Leistungen stammt und einem bestimmten Zweck dienen soll, angespart wurde oder entsprechende Nachzahlungen geleistet wurden. Die eigene Vermögensbildung in Form von Lebensversicherungen ist damit nicht vergleichbar.

Auch wird im Fall der Beleihung die **Altersvorsorge nicht aufgelöst, sondern lediglich verringert** und ist dies i. Ü. im Rahmen des § 90 III 2 SGB XII zu berücksichtigen. Mit dieser Vorschrift können atypische Fallkonstellationen im Einzelfall aufgefangen werden (Grube/Wahrendorf, SGB XII, 2. Aufl., § 90 Rn 41; zur Bedeutung der angemessenen Alterssicherung für die unterschiedlichen Formen der Sozialhilfe vgl. auch BVerwG NJW 2004, 3647; zu § 88 BSHG).“ (BGH aaO)

3. **Ebenso wenig ist eine pauschale Pflicht zur Verwertung von Lebensversicherungen zu bejahen.**

„Diese Auffassung übersieht, dass im Einzelfall eine Härte vorliegen kann, die es erforderlich macht, dem Hilfebedürftigen unter Zumutbarkeitsgesichtspunkten seine Versicherung zu belassen (§ 90 III SGB XII).“ (BGH aaO)

3. Richtig ist demnach, dass der **Einsatz einer Kapitallebensversicherung** für die Prozesskosten **anhand der gesetzlichen Kriterien nach § 115 III ZPO, § 90 SGB XII zu beurteilen** ist, die vom Grundsatz der Einsetzbarkeit des gesamten Vermögens ausgehen und den Schutz einzelner Vermögensbestandteile als Ausnahme besonders regeln. Wenn der einzelne Vermögensgegenstand nicht ausdrücklich vom Einsatz ausgenommen wird, kann sich eine Unverwertbarkeit ergeben, wenn die Verwertung eine Härte darstellen würde (BGH aaO).

ZPO  
§ 104 I 2

**Beginn der Verzinsung  
Urteilsverkündung**

ZPO

(OLG Hamm in FamRZ 2010, 1363; Beschluss vom 12.03.2010 – 12 WF 42/10)

Die **Verzinsung nach § 104 I 2 ZPO beginnt erst mit der Verkündung des neuen Urteils, wenn das ursprüngliche Urteil zurückverwiesen ist**; dies gilt selbst dann, wenn die Kostenentscheidungen identisch sind.

„Die **Verzinsung festgesetzter Kosten beginnt, unabhängig vom Eingang des Antrags, frühestens mit der Verkündung des Urteils, welches die Kostengrundentscheidung enthält** (vgl. § 104 I 2 i. V. m. § 105 III ZPO). Das ist hier das Urteil vom 22.04.2009, nicht schon dasjenige vom 15.03.2006. Das Urteil vom 15.03.2006 wurde vom BGH aufgehoben und verlor dadurch seine Eigenschaft als Kostengrundentscheidung. Insofern liegt es anders als in dem von der Kl. herausgestellten Fall der Abänderung einer Kostenentscheidung, in welchem es für die Verzinsung desjenigen Kostenanteils, der dem Ast. auch nach der Abänderung noch zu erstatten ist, bei der Maßgeblichkeit des ursprünglichen Urteils bleibt. **Bei der Aufhebung fällt demgegenüber die auflösend bedingte vorläufige Vollstreckbarkeit des Urteils ersatzlos weg, und ein darauf gestützter Kostenfestsetzungsantrag wird gegenstandslos** (vgl. BGH NJW 2006, 1140; MüKo-ZPO/Giebel, § 204 Rn 63).“ (OLG Hamm aaO)

ZPO  
§ 114 S. 1

**Prozesskostenhilfeantrag  
Begründungsanforderungen**

ZPO

(BAG in DB 2010, 2116; Beschluss vom 24.08.2010 – 3 AZB 13/10)

Ist ein **arbeitsgerichtliches Urteil nicht innerhalb von fünf Monaten nach seiner Verkündung vollständig abgefasst** zur Geschäftsstelle gelangt, bedarf **es zur Begründung eines Prozesskostenhilfeantrags für eine beabsichtigte Berufung keiner Darlegungen zur Erfolgsaussicht der Berufung.**

„Wird in einem solchen Fall für die Berufung Prozesskostenhilfe beantragt, kann von dem Ast. nicht verlangt werden, sich mit den mutmaßlichen Entscheidungsgründen des erstinstanzlichen Urteils auseinanderzusetzen und aufzuzeigen, weshalb das ArbG fehlerhaft entschieden haben soll. Anders als zur Begründung der Berufung ist zur Begründung des Prozesskostenhilfeantrags auch nicht erforderlich, dass der Antragsteller ausdrücklich rügt, das Urteil sei als solches ohne Gründe anzusehen. **Es genügt vielmehr, wenn sich aus der Antragsbegründung und den Verfahrensakten ergibt, dass das Urteil nicht innerhalb von fünf Monaten nach seiner Verkündung zur Geschäftsstelle gelangt ist.** Dann ist für das Berufungsgericht erkennbar, dass eine Auseinandersetzung mit den Gründen des erstinstanzlichen Urteils nicht erfolgen kann. Der Ast. ist auch nicht gehalten, nach § 117 I 2 ZPO das Streitverhältnis unter Angabe der Beweismittel nochmals darzustellen. Dies hat er als Kl. bereits durch die Klageschrift sowie ggf. weitere erstinstanzliche Schriftsätze oder einen in erster Instanz gestellten, ggf. positiv beschiedenen Prozesskostenhilfeantrag getan.“ (BAG aaO)

## Steuerrecht

ESTG  
§ 6 I Nr. 4

### private Nutzung eines Dienstwagens Reichweite des Anscheinsbeweises

SteuerR

(BFH in BB 2010, 2485 = NJW 2010, 27517; Urteil vom 21.04.2010 – VI R 46/08)

I. Die Anwendung der 1%-Regelung setzt voraus, dass der Arbeitgeber seinem Arbeitnehmer tatsächlich einen Dienstwagen zur privaten Nutzung überlassen hat.

1. Überlässt der Arbeitgeber seinem Arbeitnehmer unentgeltlich oder verbilligt einen Dienstwagen auch zur privaten Nutzung, begründet das nach der st. BFH-Rspr. **einen als Lohnzufluss zu erfassenden Nutzungsvorteil des Arbeitnehmers.**

BFHE 197, 142 = BStBl II 2002, 370 = NJW 2002, 1671; BFHE 215, 256 = BStBl II 2007, 116 = NJW 2007, 1166; BFHE 215, 252 = BStBl II 2007, 269 = NJW 2007, 1167; BFHE 221, 17 = BStBl II 2008, 890

- a) **Der Vorteil ist** nach § 8 II 2 – 5 EStG i.V.m. § 6 I Nr. 4 S. 2 EStG **entweder mit der 1%-Regelung oder mit der Fahrtenbuchmethode zu bewerten.** Nach der 1%-Regelung ist als Vorteil für jeden Kalendermonat 1% des inländischen Listenpreises im Zeitpunkt der Erstzulassung zzgl. der Kosten für Sonderausstattungen einschließlich der Umsatzsteuer anzusetzen.

Die Fahrtenbuchmethode bemisst den Vorteil mit dem auf die private Nutzung entfallenden Teil der gesamten Kraftfahrzeugaufwendungen, wenn die durch das Kraftfahrzeug insgesamt entstehenden Aufwendungen durch Belege und das Verhältnis der privaten Fahrten und der Fahrten zwischen Wohnung und Arbeitsstätte zu den übrigen Fahrten durch ein ordnungsgemäßes Fahrtenbuch nachgewiesen werden.

- b) Wird kein ordnungsgemäßes Fahrtenbuch geführt und **steht daher der tatsächliche Umfang der privaten Nutzung** des durch den Arbeitgeber überlassenen Dienstwagens durch dessen Arbeitnehmer **nicht fest, spricht** nach der bisherigen Rspr. des Senats auf Grund der allgemeinen Lebenserfahrung **der Beweis des ersten Anscheins** (Anscheinsbeweis) **für eine auch private Nutzung des überlassenen Dienstwagens.** Die Privatnutzung ist in diesem Fall **mit der 1%-Regelung anzusetzen.**

2. Die Anwendung der 1%-Regelung setzt indessen voraus, dass der Arbeitgeber seinem Arbeitnehmer **tatsächlich einen Dienstwagen zur privaten Nutzung überlassen hatte.**

*„Denn § 8 II 2 EStG begründet ebenso wenig wie § 6 I Nr. 4 S. 2 EStG originär einen steuerbaren Tatbestand, sondern bewertet lediglich der Höhe nach einen Vorteil, der dem Grunde nach feststehen muss. Dementsprechend bezeichnet die st. Rspr. des BFH die 1%-Regelung auch als eine grundsätzlich zwingende, stark typisierende und pauschalierende Bewertungsregelung, die nicht zur Anwendung kommt, wenn eine Privatnutzung ausscheidet (BFHE 201, 499 = BStBl II 2003, 472 = NJW 2003, 2046; BFHE 215, 256 = BStBl II 2007, 116 = NJW 2007, 1166 mwN.).*

*Der Ansatz eines lohnsteuerrechtlich erheblichen Vorteils rechtfertigt sich deshalb nur insoweit, als der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer auch gestattet, den Dienstwagen privat zu nutzen. Die unbefugte Privatnutzung des betrieblichen Pkw hat dagegen keinen Lohncharakter. Denn ein Vorteil, den der Arbeitnehmer gegen den Willen des Arbeitgebers erlangt, wird nicht „für“ eine Beschäftigung im öffentlichen oder privaten Dienst gewährt und zählt damit nicht zum Arbeitslohn nach § 19 I 1 Nr. 1 EStG i.V.m. § 8 I EStG (vgl. BFH BFH/NV 2010, 1016 = NJW 2010, 1488). Und wenn § 8 II 3 EStG voraussetzt, dass der Dienstwagen „auch“ genutzt werden „kann“, erfasst der Tatbestand damit offenbar nicht schon die tatsächliche, sondern erst die befugte Nutzung. Denn tatsächlich könnte das Kraftfahrzeug stets „auch“ für Fahrten zwischen Wohnung und Arbeitsstätte genutzt werden.*

*Weiter ist zu berücksichtigen, dass die für Arbeitnehmer anwendbare 1%-Regelung und der für ihre Anwendung streitende Anscheinsbeweis nach § 8 II 2 EStG auf der entsprechenden Anwendung des § 6 I Nr. 4 S. 2 EStG gründet und damit offenbar auf der Annahme beruht, dass der Arbeitnehmer in ähnlicher Weise über ein Fahrzeug verfügen kann, wie der Betriebsinhaber selbst über eines seiner eigenen dem Betriebsvermögen zugeordneten Fahrzeuge, derer er sich auch für private Zwecke bedient. Dem entspricht es, auch beim Arbeitnehmer nur die von Rechts wegen befugte, nämlich vom Arbeitgeber gestattete private Dienstwagennutzung der 1%-Regelung zu unterwerfen.“ (BFH aaO)*

- II. Grds. streitet der Anscheinsbeweis dafür, dass der Arbeitnehmer einen ihm vom Arbeitgeber zur privaten Nutzung überlassenen Dienstwagen auch tatsächlich privat nutzt, nicht aber dafür, dass der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer den Dienstwagen zur privaten Nutzung überlassen hat.

1. Allerdings kann der Anscheinsbeweis durch den Gegenbeweis entkräftet oder erschüttert werden; dazu bedarf es nicht des vollen Beweises des Gegenteils.

*„Der Anscheinsbeweis ist vielmehr schon dann entkräftet oder erschüttert, wenn ein Sachverhalt substantiiert dargelegt wird, der die ernstliche Möglichkeit eines anderen als des der allgemeinen Erfahrung entsprechenden Geschehensablaufs ergibt. Die bloße Behauptung des Steuerpflichtigen, das betriebliche Fahrzeug nicht für Privatfahrten genutzt oder Privatfahrten ausschließlich mit anderen Fahrzeugen durchgeführt zu haben, genügt allerdings nicht, um die Anwendung der 1%-Regelung auszuschließen (BFH BFH/NV 2010, 650; BFH/NV 2009, 1434 jew. mwN.).“ (BFH aaO)*

2. **Steht nicht fest, dass** der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer einen **Dienstwagen zur privaten Nutzung überlassen hat, kann auch der Beweis des ersten Anscheins diese fehlende Feststellung nicht ersetzen.**

*„Denn der Anscheinsbeweis streitet nur dafür, dass ein vom Arbeitgeber zur privaten Nutzung überlassener Dienstwagen auch tatsächlich privat genutzt wird. Der Anscheinsbeweis streitet aber weder dafür, dass dem Arbeitnehmer überhaupt ein Dienstwagen aus dem vom Arbeitgeber vorgehaltenen Fuhrpark zur Verfügung steht, noch dafür,*

dass er einen solchen unbefugt auch privat nutzt. Denn nach der allgemeinen Lebenserfahrung ist zwar typischerweise davon auszugehen, dass ein dem Arbeitnehmer auch zur privaten Nutzung überlassener Dienstwagen von ihm tatsächlich auch privat genutzt wird. Weiter reicht dieser allgemeine Erfahrungssatz aber nicht. Es gibt insbes. **keinen allgemeinen Erfahrungssatz des Inhalts, dass Fahrzeuge aus dem Fuhrpark des Arbeitgebers stets einem oder mehreren Arbeitnehmern zur privaten Nutzung zur Verfügung stehen und auch privat genutzt werden.**“ (BFH aaO)

3. Die **BFH-Rspr.** legt auch im betrieblichen Bereich bei unmittelbarer Anwendung des § 6 I Nr. 4 S. 2 EStG eine **beschränkte Reichweite des allgemeinen Erfahrungssatzes** zu Grunde, wenn sie zwar davon ausgeht, dass bestimmte Arten von eigenen Kraftfahrzeugen, insbesondere Pkw und Krafträder, typischerweise nicht nur vereinzelt und gelegentlich für private Zwecke genutzt werden, diesen allgemeinen Erfahrungssatz aber nicht auf Lkw, Zugmaschinen oder Werkstattwagen des Betriebsinhabers erstreckt.

BFHE 201, 499 = BStBl II 2003, 472 = NJW 2003, 2046; BFHE 224, 108 = BStBl II 2009, 381 = NJW 2009, 2480

„Für eine solche Überlassung eines Dienstwagens genügt es insbes. nicht, dass nur feststeht, dass Arbeitnehmer Kraftfahrzeuge aus dem Fuhrpark des Arbeitgebers für betriebliche Zwecke nutzen. Stehen Kraftfahrzeuge lediglich als Poolfahrzeuge zur Verfügung und sind diese auch nicht einem oder mehreren Arbeitnehmern konkret zugeordnet und ihnen (anteilig) auch zur privaten Nutzung überlassen, so kann nach den vorgenannten Rechtsgrundsätzen ein geldwerter Vorteil nicht auf § 8 II 2 EStG i.V.m. § 6 I Nr. 4 S. 2 EStG gestützt werden.“ (BFH aaO)

EStG  
§ 18 I Nr. 3

### Berufsbetreuer und Verfahrenspfleger keine Einkünfte aus Gewerbebetrieb

SteuerR

(BFH in DB 2010, 1796 = FamRZ 2010, 1731; Urteil vom 15.06.2010 – VIII R 14/09)

Eine **Volljuristin ohne anwaltliche Zulassung, die als Berufsbetreuerin und Verfahrenspflegerin tätig ist, erzielt keine Einkünfte aus Gewerbebetrieb**, sondern aus sonstiger selbständiger Arbeit i.S. des § 18 I Nr. 3 EStG

- I. Nach **§ 2 I 2 GewStG i.V.m. § 15 II EStG** unterliegen der Gewerbesteuer nur (inländische) gewerbliche Unternehmen i.S. des EStG; nicht gewerblich sind danach Unternehmen, deren Betätigung als Ausübung eines freien Berufs oder als eine selbständige Tätigkeit (§ 18 I Nr. 1 und Nr. 3 EStG) anzusehen ist.
1. **Berufsbetreuer übernehmen rechtliche Betreuungen** (§§ 1896 ff. des BGB), ohne dass dafür eine bestimmte Ausbildung oder ein Studium erforderlich ist. Deshalb nehmen nicht nur Juristen oder Steuerberater (vgl. BGH FamRZ 2010, 199; Zimmermann DStR 2007, 1322), sondern auch andere Berufsgruppen (wie Sozialarbeiter/-pädagogen, Alten- und Krankenpfleger sowie Erzieher, aber auch Verwaltungsfachkräfte und Kaufleute) diese Aufgabe wahr. Berufsbetreuer werden durch die Vormundschaftsgerichte (heute: Betreuungsgerichte) als Betreuer (§ 1836 I BGB, § 1897 VI BGB) bestellt; im Beststellungsbeschluss wird die Betreuung als beruflich geführt bezeichnet.
2. **Gegenstand des Berufsbilds der Berufsbetreuer** ist die Unterstützung und Beratung volljähriger Menschen, die in ihrer Entscheidungs- oder Handlungsfähigkeit eingeschränkt sind und deshalb nicht selbst für ihre Angelegenheiten sorgen können. Die Betreuer unterstützen die Betroffenen rechtlich oder handeln „stellvertretend für sie, zum Beispiel durch Regelung der Finanzen, Vertretung gegenüber Behörden, Organisation von pflegerischen Diensten oder Einwilligung in ärztliche Behandlungen“. Dabei gehört zur Betreuung insbes. auch die Vertretung in Vermögensangelegenheiten (vgl. BGH FamRZ 2008, 680; BGH NJW 2008, 2333; BGH FamRZ 2010, 199; Sonnenfeld FamRZ 2009, 1027; Wilde GmbH-Rundschau 2010, 123)
- II. **Ob diese** danach schon zu einem eigenen Berufsbild verdichtete **Tätigkeit als "Berufsbetreuer" den Einkünften aus selbständiger Arbeit zuzuordnen ist, ist streitig.**
1. Der **IV. Senat des BFH** (BFHE 208, 280) hat die Berufsbetreuertätigkeit als gewerbliche und nicht als sonstige selbständige Tätigkeit i.S. des § 18 I Nr. 3 EStG angesehen, weil diese Vorschrift nur vermögensverwaltende Tätigkeiten erfasse. Diese Voraussetzung erfülle die Tätigkeit eines berufsmäßigen Betreuers nicht, da sie nicht nur Vermögensfragen, sondern auch persönliche Angelegenheiten (z.B. Gesundheitsangelegenheiten, Wohnungsfragen, Bestimmung des Aufenthalts oder des Umgangs; vgl. etwa MüKo-BGB/Schwab, 5. Aufl., § 1896 Rn 62 ff.) umfasse.
2. Diese Auffassung wird auch in einer Vielzahl **erstinstanzlicher Entscheidungen** und von der **Finanzverwaltung** vertreten sowie im Schrifttum geteilt.  
FG Mecklenburg-Vorpommern EFG 1999, 1080; FG Köln EFG 2004, 119; FG Düsseldorf EFG 2004, 36; FG Münster EFG 2004, 1459 u. EFG 2008, 1729; FG Hamburg EFG 2009, 412; Verfügungen der OFD Koblenz DB 2007, 255; Bienwald FamRZ 2003, 1501; Zimmermann, Betreuungsrechtliche Praxis 1999, 133; ebenso Mann NJW 2008, 121
3. Davon abweichend hat das **FG Thüringen** (DStRE 2001, 965) unter Hinweis darauf, dass für die Zuordnung zum Anwendungsbereich des § 18 I Nr. 3 EStG eine Gruppenähnlichkeit zu den Tätigkeiten des Testamentsvollstreckers, Vermögensverwalters und Aufsichtsratsmitglieds genüge, auch für die Tätigkeit der Berufsbetreuer eine Anwendbarkeit der Nr. 3 bejaht, weil sie ebenso wie diese drei Regelbeispiele deren gemeinsames Leitbild der Fremdnützigkeit, der Tätigkeit in einem fremden Geschäftskreis und der weitestgehenden selbständigen Ausübung aufweise
- III. **Ob die Tätigkeit als Verfahrenspfleger zu Einkünften aus selbständiger Arbeit i.S. des § 18 EStG führt, ist höchstrichterlich bislang nicht entschieden.**
1. Bei der Bewertung dieser Tätigkeit ist jedoch zu berücksichtigen, dass ein **Verfahrenspfleger ähnlich wie ein Betreuer die (objektiven) Interessen des Betroffenen wahrzunehmen** und diese im jeweiligen Verfahren zu wahren **hat**.

Im Betreuungsverfahren z.B. kann es um die Besorgung aller Angelegenheiten des Betroffenen oder die Erweiterung des Aufgabenkreises hierauf gehen (vgl. § 276 I Nr. 2 FamFG) einschließlich der mit der Betreuung im Zusammenhang stehenden weiteren Verfahren, wie z.B. der Kostenentscheidungen und des Festsetzungsverfahrens gegen den Betroffenen (vgl. Schulte-Bunert/Weinreich aaO, § 276 Rn 2). Unterbringungssachen hingegen betreffen die zivilrechtliche Unterbringung Volljähriger gemäß § 1906 BGB, die Genehmigung freiheitsentziehender Maßnahmen nach § 1906 IV BGB bzw. die Anordnung der freiheitsentziehenden Unterbringung eines Volljährigen nach den Landesgesetzen über die Unterbringung psychisch Kranker (§ 312 FamFG). Im Freiheitsentziehungsverfahren nach § 415 FamFG, einem Verfahren, aufgrund dessen einer Person gegen ihren Willen oder im Zustand der Willenlosigkeit die Freiheit entzogen wird, hat der Verfahrenspfleger als Beteiligter in vollem Umfang die Belange des Betroffenen zu gewährleisten und diesen fachkundig zu beraten und zu vertreten. Auch wenn es im Unterbringungsverfahren wie im Verfahren der Freiheitsentziehung vornehmlich um Eingriffe in höchstpersönliche Angelegenheiten des Betroffenen, seine persönliche Freiheit, geht, hat das zwangsläufig Konsequenzen auch für dessen vermögensrechtliche Position.

Insgesamt **umfasst die Interessenwahrnehmung für den Betroffenen damit rechtliches wie tatsächliches Handeln** einschließlich der Wahrnehmung von Vermögensangelegenheiten; es handelt sich um eine selbständige fremdnützige Tätigkeit in einem fremden Geschäftskreis.

2. **BFH aaO** geht unter **Aufgabe der bisherigen BFH-Rspr.** (BFHE 208, 280 = BStBl II 2005, 288) nunmehr davon aus, dass die Einnahmen eines Berufsbetreuers ihrer Art nach nicht den Einkünften aus Gewerbebetrieb, sondern den Einkünften aus selbständiger Arbeit zuzuordnen sind. Das gilt gleichermaßen für den berufsmäßigen Verfahrenspfleger, der Kraft seiner speziellen Kenntnisse --wie hier die Klägerin-- insbesondere für Verfahren bestellt wird, die besondere Sachkunde erfordern

- a) Zu den **freiberuflichen Einkünften** gehören auch „**Einkünfte aus sonstiger selbständiger Arbeit**, z.B. Vergütungen für die Vollstreckung von Testamenten, für Vermögensverwaltung und für die Tätigkeit als Aufsichtsratsmitglied“.

*„Die Vorschrift [des § 18 EStG] enthält keinen abschließenden Katalog in Betracht kommender „Einkünfte aus sonstiger selbständiger Arbeit“, sondern lediglich die Auflistung der Regelbeispiele „Testamentsvollstreckervergütung“, „Vermögensverwaltung“, „Aufsichtsrats Tätigkeit“ (vgl. Herrmann/Heuer/Raupach, § 18 EStG Rn 251). Weitere Tätigkeiten fallen danach in den Anwendungsbereich der Regelung, wenn sie ihrer Art nach den Regelbeispielen des § 18 I Nr. 3 EStG ähnlich sind (Grundsatz der sog. Gruppenähnlichkeit; vgl. BFHE 196, 84 = BStBl II 2002, 338). Das ist z.B. der Fall, wenn die Tätigkeit die Betreuung fremder Vermögensinteressen umfasst, aber darüber hinaus auch dann, wenn es sich um eine selbständig ausgeübte fremdnützige Tätigkeit in einem fremden Geschäftskreis handelt (so FG Thüringen, Urteil in DStRE 2001, 965).*

*Auf dieser Grundlage ist die Tätigkeit eines Berufsbetreuers den Einkünften aus sonstiger selbständiger Arbeit zuzuordnen, weil sie ebenso wie die in § 18 I Nr. 3 EStG bezeichneten Regelbeispiele – berufsbildtypisch - durch eine selbständige fremdnützige Tätigkeit in einem fremden Geschäftskreis sowie durch Aufgaben der Vermögensverwaltung geprägt ist.“ (BFH aaO)*

- b) **An der Auffassung des IV. Senats** (BFHE 208, 280 = BStBl II 2005, 288), wonach eine Zuordnung der Betreuung zur sonstigen selbständigen Arbeit gem. § 18 I Nr. 3 EStG nicht in Betracht komme, weil die Betreuung durch den Umfang der Personensorge über die Vermögensverwaltung hinausreiche, **hält BFH aaO nicht mehr fest.**

*„Die in § 18 I Nr. 3 EStG aufgeführten Regelbeispiele erschöpfen sich nicht in der bloßen Vermögensverwaltung, sondern umfassen zusätzliche Aufgaben, wie etwa Leistung von Rechtsbeistand durch den Testamentsvollstrecker (Palandt/Edenhofer, BGB, 68. Aufl., § 2203 Rn 1; vgl. auch § 2209 S. 1 BGB) oder unternehmerische Kontrolle durch das Aufsichtsratsmitglied.*

*Hinzu kommt, dass bei einer umfassend angeordneten Betreuung eine Trennbarkeit der vermögensbetreuenden und sonstigen persönlichen Tätigkeiten in einer Vielzahl von Fällen kaum gegeben ist. So stellt die Entscheidung über eine mögliche Heilbehandlung zugleich - wegen der damit verbundenen Kosten für den Betreuten - stets auch eine vermögensrelevante Entscheidung dar. Im Hinblick darauf, dass vermögensrechtliche Aspekte werden in derartigen Fällen zumindest mittelbar mit berührt werden, steht der Zurechnung der Berufsbetreuertätigkeit zum Anwendungsbereich des § 18 I Nr. 3 EStG nichts entgegen, selbst wenn im Einzelfall die Betreuung in Vermögens- und sonstige persönliche Angelegenheiten aufgeteilt worden ist.“ (BFH aaO)*

3. Dies **gilt auch für die Tätigkeit eines Verfahrenspflegers**, der seine Tätigkeit ebenfalls fremdnützig und selbständig in einem fremden Geschäftskreis ausübt.

*„Für Betreuungsverfahren hat der Senat vorstehend bereits ausgeführt, dass eine **Trennbarkeit zwischen vermögensbetreuenden und sonstigen persönlichen Tätigkeiten in einer Vielzahl von Fällen kaum möglich ist. Das gilt naturgemäß auch für den für solche Verfahren bestellten Pfleger.** Z.B. bei Unterbringungssachen nach § 312 Nr. 3 FamFG, d.h. bei freiheitsentziehenden Unterbringungen Volljähriger nach den Landesgesetzen über die Unterbringung psychisch Kranker hat eine Entscheidung des Betreuungsgerichts für den Betroffenen nicht nur persönliche, sondern auch vermögensrechtliche Konsequenzen; vermögensrechtliche Aspekte werden in derartigen Fällen zumindest mittelbar mit berührt. Angesichts dieser Umstände unterfällt die Tätigkeit als Verfahrenspfleger ebenfalls dem Anwendungsbereich des § 18 I Nr. 3 EStG.“ (BFH aaO)*

EStG  
§ 35a II 1, 2

### haushaltsnahe Dienstleistungen Abgrenzung zu Handwerkerleistungen

SteuerR

(BFH in DStR 2010, 1717 = NJW 2010, 3326; Urteil vom 06.05.2010 – VI R 4/09)

Bei **Maler- und Tapezierarbeiten an Innenwänden und Decken** handelt es sich **nicht um hauswirtschaftliche Tätigkeiten**, die als haushaltsnahe Dienstleistungen i.S. des § 35a II 1, 2 EStG begünstigt sind, **sondern um handwerkliche Tätigkeiten**, welche die **Steuerbegünstigung für Handwerkerleistungen nach § 35a II 2 EStG** vermitteln.

I. Nach **§ 35a II 1 EStG** ermäßigt sich für die Inanspruchnahme von haushaltsnahen Dienstleistungen, die nicht Dienstleistungen nach Satz 2 sind und in einem inländischen Haushalt des Steuerpflichtigen erbracht werden, die tarifliche Einkommensteuer, vermindert um die sonstigen Steuerermäßigungen, auf Antrag um 20%, höchstens 600 €, der Aufwendungen des Steuerpflichtigen. Die Aufwendungen dürfen weder Betriebsausgaben, Werbungskosten oder Aufwendungen für eine geringfügige Beschäftigung i.S. des § 8 SGB IV darstellen noch als Sonderausgaben oder außergewöhnliche Belastung berücksichtigt worden sein.

II. Der **Begriff „haushaltsnahe Dienstleistung“** ist gesetzlich nicht näher bestimmt. Nach der BFH-Rspr. (BFHE 216, 526 = BStBl II 2007, 760 = NJW 2007, 1551 = NZM 2007, 456 und BFH/NV 2007, 900) müssen die Leistungen eine hinreichende Nähe zur Haushaltsführung aufweisen bzw. damit im Zusammenhang stehen.

1. Dazu gehören **Tätigkeiten, die gewöhnlich durch Mitglieder des privaten Haushalts oder entsprechend Beschäftigte erledigt werden und in regelmäßigen Abständen anfallen**. Der Begriff „haushaltsnah“ ist dabei als sinnverwandt mit dem Begriff „hauswirtschaftlich“ anzusehen.

*„Hauswirtschaftliche Tätigkeiten sind solche, die üblicherweise zur Versorgung der dort lebenden Familie in einem Privathaushalt erbracht werden. Dazu gehören u. a. Einkaufen von Verbrauchsgütern, Kochen, Wäschepflege, Reinigung und Pflege der Räume, des Gartens und auch Pflege, Versorgung und Betreuung von Kindern und kranken Haushaltsangehörigen (BFHE 216, 526 = BStBl II 2007, 760 = NJW 2007, 1551 = NZM 2007, 456). Verrichtungen, die zwar im Haushalt des Steuerpflichtigen ausgeübt werden, aber keinen Bezug zur Hauswirtschaft haben, zählen demnach nicht zu den haushaltsnahen Dienstleistungen.“ (BFH aaO)*

2. Auch **(einfache) handwerkliche Tätigkeiten in der zu eigenen Wohnzwecken genutzten Wohnung bzw. dem Haus des Steuerpflichtigen**, etwa Schönheitsreparaturen oder kleine Ausbesserungsarbeiten (so auch *FG München DStRE 2006, 80 = EFG 2005, 1612; FG Rheinland-Pfalz DStRE 2004, 1341 = EFG 2004, 1769*) **wurden zu den haushaltsnahen Dienstleistungen** i.S. von § 35a II 1 EStG in der bis einschließlich Veranlagungszeitraum 2005 geltenden Fassung **gezählt**. Ausbesserungs- und Erhaltungsmaßnahmen, die üblicherweise durch Mitglieder des privaten Haushalts oder entsprechende Beschäftigte, z.B. einen Hausmeister, erledigt werden und in regelmäßigen Abständen anfallen, haben eine **hinreichende Nähe zur Haushaltsführung bzw. stehen damit im Zusammenhang**. Derartige Tätigkeiten, nicht aber (qualifizierte) Handwerkerleistungen, die im Regelfall nur von Fachkräften durchgeführt werden, sind deshalb als haushaltsnahe Dienstleistungen steuermindernd berücksichtigt worden (BFHE 224, 255 = BStBl II 2010, 166 = NJW 2009, 1839).

3. Mit dem **Gesetz zur steuerlichen Förderung von Wachstum und Beschäftigung** (FördWachsG) hat der Gesetzgeber den Anwendungsbereich des § 35a EStG ab dem Jahr 2006 (§ 52 EStG) ausgeweitet. Nach § 35a II 2 EStG in der Fassung des FördWachsG **wird seither auch die Inanspruchnahme von Handwerkerleistungen für Renovierungs-, Erhaltungs- und Modernisierungsmaßnahmen steuerbegünstigt**.

*„Die neue Vorschrift erfasst zum einen die – bislang nicht nach § 35a II 1 EStG begünstigten – qualifizierten Handwerkerleistungen, also solche, die im Regelfall nur von Fachkräften durchgeführt werden. Ausweislich der Gesetzesbegründung soll § 35a II 2 EStG jedoch für **alle handwerklichen Tätigkeiten** gelten, unabhängig davon, ob es sich um regelmäßig vorzunehmende Renovierungsarbeiten oder um Erhaltungs- und Modernisierungsmaßnahmen handelt. Begünstigt werden handwerkliche Tätigkeiten, die von Mietern und Eigentümern für die zu eigenen Wohnzwecken genutzte Wohnung in Auftrag gegeben werden, z.B. das Streichen und Tapezieren von Innenwänden, die Beseitigung kleinerer Schäden, die Erneuerung eines Bodenbelags (Teppichboden, Parkett oder Fliesen), die Modernisierung des Badezimmers oder der Austausch von Fenstern. Hierzu gehören auch Aufwendungen für Renovierungs-, Erhaltungs- und Modernisierungsarbeiten auf dem Grundstück, z.B. Garten- und Wegebauarbeiten (BT-Dr 16/643, 10, und BT-Dr 16/753, 11).*

*Danach werden nunmehr sämtliche handwerkliche Tätigkeiten, also auch einfache handwerkliche Verrichtungen, etwa regelmäßige Ausbesserungs- und Erhaltungsmaßnahmen, die bislang durch die Rechtsprechung als haushaltsnahe Dienstleistungen unter § 35a II 2 EStG gefasst worden sind, von dem neuen S. 2 in der Fassung des FördWachsG erfasst. Folglich überschneiden sich die Anwendungsbereiche der Sätze 1 und 2 des § 35a II EStG nicht. Die bis einschließlich Veranlagungszeitraum 2005 erforderliche Unterscheidung nach einfachen und qualifizierten Handwerkerleistungen ist damit nicht länger erforderlich.“ (BFH aaO)*

AO  
§ 171 IX

**Festsetzungsverjährung**  
**Hemmung nach „gestufter“ Selbstanzeige**  
(BFH in NJW 2010, 2605; Urteil vom 21.04.2010 – X R 1/08)

SteuerR

Die **Ablaufhemmung nach § 171 IX AO beginnt**, wenn die **angezeigte Steuerverkürzung dem Grunde nach individualisiert werden kann**, der Steuerpflichtige also Steuerart und Veranlagungszeitraum benennt und den Sachverhalt so schildert, dass der Gegenstand der Selbstanzeige erkennbar wird.

I. **Gem. § 170 II Nr. 1 AO beginnt die Festsetzungsfrist, wenn eine Steuererklärung einzureichen ist**, mit Ablauf des Kalenderjahres, in dem die Steuererklärung eingereicht wird; die Festsetzungsfrist beträgt nach § 169 II 2 AO im Fall der Steuerhinterziehung zehn Jahre.

II. Die **Festsetzungsfrist endet, wenn der Steuerpflichtige vor Ablauf der Festsetzungsfrist eine Anzeige nach §§ 153, 378 II AO erstattet, nicht vor Ablauf eines Jahres nach Eingang der Anzeige** (§ 171 IX AO). Wer in den Fällen des § 370 AO (d.h. der einer Steuerhinterziehung) unrichtige oder unvollständige Angaben bei der Finanzbehörde berichtet oder ergänzt oder unterlassene Angaben nachholt, wird insoweit (unter bestimmten weiteren Voraussetzungen) straffrei, § 371 I AO.

1. Eine **wirksame Selbstanzeige i.S. des § 371 I AO setzt voraus, dass die bisher unrichtigen, unvollständigen oder ganz unterbliebenen Angaben wahrheitsgemäß nachgeholt werden.** Straffreiheit tritt hingegen nicht ein, wenn zum Zeitpunkt der Berichtigung einer der Ausschlussgründe des § 371 II AO vorliegt oder wenn die Steuern nicht innerhalb angemessener Frist nachgezahlt werden (§ 371 III AO).

„§ 371 AO will dem Täter selbst nach einer vollendeten Steuerhinterziehung noch die Möglichkeit geben, seinen steuerrechtlichen Verpflichtungen nachzukommen und eventuelle Verfehlungen nachträglich zu berichtigen. Dem Staat soll dadurch der Zugriff auf bisher unbekannte Steuerquellen ermöglicht werden. Eine wirksame Selbstanzeige nach § 371 I AO setzt daher voraus, dass der Steuerpflichtige eine gewisse Tätigkeit entfaltet, die zu einer Berichtigung und Ergänzung der bisherigen Angaben führt. Er muss hierdurch einen wesentlichen Beitrag zur Ermöglichung einer zutreffenden nachträglichen Steuerfestsetzung leisten (vgl. BGH NJW 2005, 2723 = BFH/NV 2005, Beil. 4, 380). Durch die Berichtigung und Ergänzung der bisherigen oder die Nachholung von bisher unterbliebenen Angaben durch den Steuerpflichtigen muss das Finanzamt in der Lage sein, ohne langwierige Nachforschungen den Sachverhalt vollends aufzuklären (vgl. BGH NJW 2005, 2723 = BFH/NV 2005, Beil. 4, 380).“ (BFH aaO)

2. In der **Lit.** wird eine „Selbstanzeige in Stufen“ diskutiert (vgl. hierzu Kohlmann, SteuerstrafR, § 371 AO Rn 54 u. 293; Simon/Vogelberg, SteuerstrafR, 2. Aufl., Teil II: Selbstanzeige unter 6.3.3; Franzen/Gast/Joecks, SteuerstrafR mit Zoll- und VerbrauchsteuerstrafR, 7. Aufl., § 371 Rn 52, 77; Klein/Jäger, AO, 10. Aufl., § 371 Rn 20). Jedenfalls in Fällen, in denen der Steuerpflichtige eine Selbstanzeige dem Grunde nach erstattet, die hinterzogenen Steuern zu seinen Ungunsten schätzt und die Finanzbehörde um die Gewährung einer Nachfrist bittet, soll Straffreiheit eintreten und eine nachträgliche Korrektur „nach unten“ unproblematisch sein (Kohlmann, § 371 AO Rn 54 und 293).

3. Die **Ablaufhemmung i.S. von § 171 IX AO kann jedenfalls auch auf Grund einer „Selbstanzeige“ eintreten, welche die Voraussetzungen des § 371 I AO für die strafbefreiende Wirkung einer Selbstanzeige (noch) nicht erfüllt.**

„Die Selbstanzeige nach § 371 AO will – aus fiskalischen Gründen – Steuerhinterziehern eine „goldene Brücke“ bauen. Liegt eine wirksame Selbstanzeige i.S. von § 371 AO vor, tritt – auch bei vollendeter Steuerhinterziehung – Straffreiheit ein. Liegt die Tat mehrere Jahre zurück und sind gar Auslandssachverhalte berührt, ist es für den selbstanzeigewilligen Steuerpflichtigen – wie auch der Streitfall zeigt – schwierig, wenn nicht gar unmöglich, Zahlenangaben sofort vorzulegen, die eine Berichtigungserklärung i.S. des § 371 I AO erfordert (vgl. Kohlmann, § 371 AO Rn 53.3). Diesem Problem hat die Finanzverwaltung bis 2004 Rechnung getragen und in ihren Anweisungen für das Straf- und Bußgeldverfahren (Steuer) – AStBV (St) – dem Ersteller der Selbstanzeige Gelegenheit gegeben, eine unvollständige und damit unwirksame Selbstanzeige zu vervollständigen und Straffreiheit zu erlangen (vgl. Nr. 120 I 1 AStBV (St) a.F.). Seither sehen die Anweisungen allerdings vor, dass die Bußgeld- und Strafsachenstelle die Ermittlungen selbst durchzuführen oder zu veranlassen hat, falls die Angaben für eine wirksame Selbstanzeige nicht ausreichen und der Sachverhalt weiter aufklärungsbedürftig ist.

Die Ablaufhemmung soll nach dem Willen des Gesetzgebers der Finanzbehörde in bestimmten Fällen auch dann noch eine Steuerfestsetzung ermöglichen, wenn dies aus bestimmten Gründen während der regelmäßigen Festsetzungsfrist nicht möglich ist (vgl. BT-Dr VI/1982, S. 151). § 171 IX AO räumt der Finanzbehörde die Möglichkeit ein, innerhalb eines Jahres die zutreffenden Besteuerungsgrundlagen zu ermitteln, wenn der Steuerpflichtige selbst erklärt, unzutreffende Angaben gemacht und so Steuern hinterzogen zu haben. **Maßgeblich für den Beginn der Ablaufhemmung nach § 171 IX AO kann daher nur sein, dass der Steuerpflichtige den entsprechenden Lebenssachverhalt so aufdeckt, dass die Finanzbehörde in die Lage versetzt wird, insoweit ihrer Ermittlungspflicht nachzukommen.** Erfüllt der Steuerpflichtige dann seine weiterhin bestehenden Mitwirkungspflichten nicht, kann die Finanzbehörde die Besteuerungsgrundlagen, auf die sich die „Selbstanzeige“ des Steuerpflichtigen bezieht, notfalls auch schätzen. Aus diesem Grund und angesichts der Tatsache, dass Steuerpflichtige, deren Tat mehrere Jahre zurückliegt, häufig nicht in der Lage sind, sämtliche Angaben für eine vollständige Selbstanzeige i.S. des § 371 AO zu machen, sowie der **gesetzgeberischen Intention**, durch die Ablaufhemmung zu erreichen, dass Sachverhalte, auf die sich die Selbstanzeige bezieht, auch tatsächlich bei der Besteuerung berücksichtigt werden können, ist es gerechtfertigt, an eine zur Ablaufhemmung führende Selbstanzeige geringere Anforderungen zu stellen als an eine die Straffreiheit bewirkende Selbstanzeige. Nicht nur eine zur Straffreiheit nach § 371 AO führende Selbstanzeige, mit der der Steuerpflichtige seine unrichtigen oder unvollständigen Angaben in vollem Umfang berichtigt oder ergänzt, kann die Ablaufhemmung nach § 171 IX AO auslösen. Ausreichend für den Beginn der Ablaufhemmung nach § 171 IX AO ist, dass die angezeigte Steuerverkürzung dem Grunde nach individualisiert werden kann. Dies setzt voraus, dass der Steuerpflichtige Steuerart und Veranlagungszeitraum benennt und den Sachverhalt so schildert, dass der **Gegenstand der Selbstanzeige erkennbar** wird (vgl. auch FG Niedersachsen EFG 2004, 468; Tipke/Kruse, AO, FGO, § 171 AO Rn 84; Schwarz, AO, § 171 Rn 73a und 73b). Dadurch wird der nachzuversteuernde Sachverhalt gegenständlich bestimmt (vgl. BFH StEd 2005, 2149). Zwar ist die Finanzbehörde auf Grund einer unvollständigen Selbstanzeige noch nicht in der Lage, die zutreffende Steuerschuld festzusetzen. Der Fristlauf wird daher in solchen Fällen in Gang gesetzt, obwohl die Finanzbehörde noch nicht alle für eine Berichtigung des unrichtigen Steuerbescheids erforderlichen Angaben besitzt. Dies führt jedoch nicht dazu, dass der Steuerpflichtige durch die Abgabe einer Selbstanzeige „dem Grunde nach“ die der Finanzbehörde maximal zur Verfügung stehende Zeit für den Erlass eines Änderungsbescheids von einem Jahr einseitig verkürzen könnte. Vielmehr hat diese es in der Hand, wie lange sie auf die noch fehlenden Angaben des Steuerpflichtigen nach einer nicht vollständigen Selbstanzeige wartet oder aber eigene Ermittlungen – beispielsweise durch eine Außenprüfung – durchführt bzw., falls diese keinen Erfolg versprechen, die Besteuerungsgrundlagen auf Grund der Angaben des Steuerpflichtigen schätzt.“ (BFH aaO)

4. Eine andere Auslegung des § 171 IX AO würde hingegen zu **Wertungswidersprüchen** führen.

„Gegenüber einem in vollem Umfang ehrlich gewordenen Steuerpflichtigen könnte die Finanzbehörde die hinterzogene Steuer im Rahmen des § 171 IX AO festsetzen. Berichtigt der Steuerpflichtige die unvollständigen oder unrichtigen Angaben hingegen nur teilweise, würde die Ablaufhemmung nach § 171 IX AO nicht greifen. Zudem ist zu beachten, dass **auch eine Anzeige nach § 153 AO die Ablaufhemmung des § 171 IX AO auslöst.** Führt aber die pflichtgemäße Korrektur von Angaben, die zunächst nur fahrlässig falsch gemacht wurden, zu einer Ablaufhemmung, muss gleiches auch für die beschränkte Korrektur vorsätzlich falscher Angaben gelten.“ (BFH aaO)

## Weitere Schrifttumsnachweise

### I. Zivilrecht

1. **Gehrlein:** Fehlberatung – Die Schadensentstehung als Voraussetzung des Verjährungsbeginns (MDR 2010, 1225)

Für den **Beginn der Verjährung von gegen Steuerberater und Rechtsanwälte gerichteten Ersatzansprüchen** ist stets die **konkrete Art der Pflichtverletzung maßgeblich**. – Manifestiert sich der **Beratungsfehler in einer behördlichen oder gerichtlichen Entscheidung**, so **setzt die Verjährungsfrist bereits mit der Bekanntgabe der Entscheidung ein**; beruht der von dem Mandanten erlittene Rechtsnachteil hingegen auf einer Untätigkeit seines rechtlichen Beraters, greift eine Verjährung erst ab dem Zeitpunkt, in dem der Rechtsnachteil wegen des Ablaufs einer Rechtsbehelfs- oder sonstigen Frist nicht mehr beseitigt werden kann.

2. **Heyers/Heuser:** Qualitative Unmöglichkeit – eine verkannte Rechtsfigur - Das Verhältnis von allgemeinem Leistungsstörungenrecht und kaufvertraglicher Sachmängelhaftung (NJW 2010, 3057)

**Problemstellung:** Ist allgemeines Leistungsstörungenrecht oder Kaufgewährleistungsrecht anwendbar, wenn eine Sache von Anfang an und unbehebbar mangelhaft war? - Die **Sachmängelhaftung** kann **nur innerhalb des bereits bestehenden Pflichtenprogramms in das allgemeine Leistungsstörungenrecht integriert** werden; deshalb **bestimmt sich das anwendbare Recht** nicht pauschal nach dem Lieferzeitpunkt der Sache (der i. d. R. dem Gefahrübergang entspricht), sondern **danach, ob die Leistungspflicht zur Zeit der Lieferung noch bestand**. - War die **Leistungspflicht zum Lieferzeitpunkt gem. § 275 I BGB ausgeschlossen** (Identität von Sachmangel und Leistungshindernis), so ist **allgemeines Leistungsstörungenrecht anzuwenden**; **ansonsten** – im Falle fehlender Identität von Sachmangel und Leistungshindernis – **greift die Sachmängelhaftung ein**. - Auf Grund der **Exklusivität beider Regelungsregime** besteht insoweit **kein Konkurrenzverhältnis zwischen allgemeinem Leistungsstörungen- und Sachmängelrecht**; die Ergebnisse der verschiedenen Konzepte werden sich zwar selten unterscheiden; der Vorzug der Anwendung allgemeinen Leistungsstörungenrechts liegt aber in dogmatischer Systemkonformität.

3. **Keller:** Altlastensanierung durch den Zwangsverwalter bei gleichzeitiger Insolvenz des Grundstückseigentümers (Rpfleger 2010, 568)

Der **Insolvenzverwalter ist berechtigt, die Zwangsverwaltung des zur Insolvenzmasse gehörenden Grundstücks** unter Berücksichtigung aller Absonderungsberechtigter nach § 49 InsO i.V.m. § 10 I ZVG **zu betreiben**; der **Insolvenzverwalter ist** als betreibender Gläubiger **für die Kosten des Zwangsverwaltungsverfahrens nach § 161 III ZVG vorschusspflichtig**. – Der **Zwangsverwalter ist nach öffentl.-rechtl. Vorschriften zur Sanierung oder Beseitigung von Altlasten und Abfällen verpflichtet** und kann sich dieser Pflicht nicht entziehen. – Der Insolvenzverwalter ist als betreibender Gläubiger vorschusspflichtig, da die Kosten der Sanierung nicht aus Einnahmen der Zwangsverwaltung erzielt werden können; die **Vorschusspflicht im Zwangsverwaltungsverfahren ist im Insolvenzverfahren Masseverbindlichkeit nach § 55 I Nr. 1 InsO**; eine Haftung des Insolvenzverwalters nach § 60 InsO ist nicht gegeben, da das Betreiben der Zwangsverwaltung als wirtschaftliche Entscheidung i.R. der Masseverwertung dem Ermessen des Insolvenzverwalters unterliegt. – Ein Schaden für die Insolvenzgläubiger ist nicht zu befürchten, wenn die Kosten der Sanierung als I.R. des § 10 I ZVG vorrangig aus der Insolvenzmasse bei der Verwertung beansprucht und entnommen werden können. – Die i. R. des § 161 III ZVG zur Altlastensanierung oder Abfallbeseitigung zu leistenden Vorschüsse genießen das **Vorrecht des § 10 I Nr. 1 ZVG**; die **Altlastensanierung und Abfallbeseitigung dient der Werterhaltung und Wertverbesserung des Grundstücks**; im Zwangsversteigerungsverfahren nach § 3 172 ff. ZVG sind die Ansprüche nach § 10 I Nr. 1 ZVG zu berücksichtigen. – Der **Insolvenzverwalter kann das zur Insolvenzmasse gehörende Grundstück freihändig veräußern**; hierbei wird er mit der Gläubigerin der im Grundbuch eingetragenen Grundschuld eine entsprechende Verwertungsvereinbarung mit Aufhebung der Grundschuld gegen Zahlung eines Geldbetrages aus dem Verwertungserlös treffen müssen; der Anspruch auf Ersatz der in der Zwangsverwaltung vorgeschossenen Kosten zur Wertverbesserung des Grundstücks aus § 10 I Nr. 1 ZVG kann bei der freihändigen Verwertung nicht berücksichtigt werden; die Vorschrift begrenzt den Anspruch systematisch auf Zwangsversteigerung und Zwangsverwaltung.

4. **Zscheschack:** Verbotene Vertretung durch die Haftpflichtversicherung im Verkehrsunfallprozess (NJW 2010, 3275)

Im Bereich der **Prozessvertretung** ergaben sich **Änderungen der ZPO durch das Gesetz zur Neuregelung des Rechtsberatungsrechts vom 12.12.2007** (BGBl I, 2840); in diesem Zusammenhang wurde auch § 79 ZPO mit Wirkung vom 01.07.2008 neu gefasst. Danach **steht § 79 ZPO** – entgegen der verbreiteten Praxis – **einer Vertretung des Versicherungsnehmers durch die Haftpflichtversicherung in Verfahren vor den Amtsgerichten entgegen**: Die Versicherung ist durch die Neufassung des § 79 ZPO gezwungen, einen Rechtsanwalt zu

beauftragen, um gemeinsam mit dem Versicherungsnehmer dem Anspruch entgegenzutreten zu können. Eine – wohl sinnvolle – Erweiterung der Vorschrift auf den Haftpflichtprozess bleibt alleine dem Gesetzgeber vorbehalten.

5. **Weber:** Die Entwicklung des Familienrechts seit Mitte 2009 (NJW 2010, 3071)

## II. Strafrecht

1. **Hellwig/Zebisch:** Pflichtverteidigung – Die Entpflichtung des Verteidigers wegen eines gestörten Vertrauensverhältnisses - (Rechts-)Probleme und Lösungsansätze (NStZ 2010, 602)
2. **Soiné:** Kriminalistische List im Ermittlungsverfahren (NStZ 2010, 596)

Dass die (**kriminalistische**) **List** begrifflich keinen Eingang in die StPO gefunden hat, bedeutet nicht, dass sie – etwa bei Vernehmungen – stets unzulässig wäre; **verboden ist** bei diesen offenen strafprozessualen Maßnahmen gem. § 136a I StPO **die in der Lüge gipfelnde Täuschung des Beschuldigten**; das **Verbot der Täuschung gilt auch gegenüber Zeugen** (§ 69 III StPO); rechtlich betrachtet geht es also um einen Unterschied zwischen unzulässiger Täuschung und zulässiger kriminalistischer List. - Doch auch das **Täuschungsverbot gilt im Ermittlungsverfahren nicht absolut**: z.B. dürfen im Auftrag der Strafverfolgungsbehörden tätige Verdeckte Ermittler (VE) unter der ihnen verliehenen Legende am Rechtsverkehr teilnehmen (§ 110a II 2 StPO); hierbei handelt es sich um die eingriffsintensivste Form verdeckter personaler Ermittlungen; ferner dürfen nicht offen ermittelnde Polizeibeamte (NoeP) und Vertrauenspersonen (VP) die Betroffenen über ihre wahre Identität – je nach Fallgestaltung – entweder einzelfallbezogen oder über einen längeren Zeitraum hinweg täuschen; selbst verdeckte Ermittlungen nach der sog. „Cold-Case-Technik“, in denen ein Vertrauensverhältnis zum Verdächtigen durch seine Einbeziehung in eine ihm vorgetäuschte verbrecherische Organisation hergestellt und er gegen Entgelt zur Begehung vermeintlicher Straftaten veranlasst wird, sind nicht allgemein unzulässig. - Der StPO sind **heimliche Maßnahmen** nicht fremd, wie z.B. die **Telekommunikationsüberwachung** (§§ 100a, 100b, 101 StPO), die **Wohnraumüberwachung** (§§ 100d, 100e StPO), das **Abhören außerhalb von Wohnungen** (§ 100f StPO) oder das **Erheben von Verkehrsdaten** (§ 100g StPO); daraus folgert der BGH, dass die StPO **keinen „Grundsatz der Offenheit staatlichen Handelns“** beinhalte; nach der Rspr. schließen weder rechtsstaatliche Grundsätze noch strafprozessuale Bestimmungen aus, im Rahmen der Aufklärung von Straftaten Methoden und Mittel anzuwenden, die für den Tatverdächtigen nicht als polizeiliches Handeln erkennbar sind; so sei der StPO kein Verbot von heimlichen Befragungen des Beschuldigten zu entnehmen. - Die Grenze zulässiger polizeilicher Ermittlungen wird erst dort überschritten, wo zu der Heimlichkeit der Gebrauch unlauterer, von der Rechtsordnung missbilligter Mittel hinzukomme.

3. **Pfordte:** Insolvenzrecht und Strafverfahren (StV 2010, 591)  
Bespr. der Entsch. BGH, Urteil vom 05.06.2008 - IX ZR 17/07
4. **Erb:** Kritische Bemerkungen zur geplanten Einführung einer strafprozessualen Erscheinens- und Aussagepflicht des Zeugen vor der Polizei (StV 2010, 655)

## III. öffentliches Recht

1. **Geulen/Klinger:** Bedarf die Verlängerung der Betriebszeiten der Atomkraftwerke der Zustimmung des Bundesrates? (NVwZ 2010, 1118)

Eine **Verlängerung der durch das AtG 2002 begrenzten Betriebsgenehmigungen der Atomkraftwerke bedarf** bereits deshalb **der Zustimmung des Bundesrates**, weil sie die Bundesauftragsverwaltung für den Verwaltungsvollzug des Atomgesetzes verlängert. - Darüber hinaus werden **den Ländern** in der Bundesauftragsverwaltung **neue Aufgaben von wesentlich anderer Bedeutung und Tragweite übertragen**; dies gilt insbes. für die Prüfung des Risikos terroristischer Angriffe, der Alterung der Reaktoren sowie der gebotenen umfassenden Nachrüstungen, die auf Grund der Begrenzung der Betriebszeit durch das AtG 2002 unterblieben sind. - Aufgaben von wesentlich neuer Tragweite ergeben sich für die Länder ferner durch das **Optimierungsgebot der EURATOM-Richtlinie 2009/71** für betriebene Reaktoren sowie für die Genehmigung und Aufsicht bei Stilllegung und Abbau der Kernkraftwerke und für die Planfeststellung und Aufsicht bei Errichtung und Betrieb von Endlagern; diese Aufgaben werden ausschließlich den Ländern auferlegt; **der Bund ist sowohl als Gesetzgeber als auch im Verwaltungsvollzug aus Kompetenzgründen gehindert, diese Aufgaben selbst wahrzunehmen.**

2. **Mrozek:** Organleihe an den Außengrenzen Europas (DÖV 2010, 886)

Findet ein **operativer Einsatz im Hoheitsgebiet eines Mitgliedstaats** statt, so liefert dessen Rechtsordnung die entsprechenden Rechtsgrundlagen für die im Rahmen des Einsatzes zu ergreifenden Maßnahmen; die **Eingriffsbefugnisse der an solchen Einsätzen beteiligten Bundespolizeibeamten richten sich also nach dem Recht des Einsatzmitgliedstaats**. - Diese Eingriffsbefugnisse sind zwar stark, insbes. durch die Bestimmungen des **Schengener Grenzkodexes** ausgestaltet, die eigentlichen, über die materielle Rechtslage entscheidenden **Sachnormen im Bereich des Grenzschutzes sind** aber nach wie vor **rein nationalrechtlich**, denn trotz eines Kompetenztitels der EU für den Schutz der Außengrenzen obliegt die Verantwortung für die Kontrolle und die Überwachung der Außengrenzen den Mitgliedstaaten und wird auch durch diese durchgeführt; die europäische Rechtsordnung gibt „nur“ einen rechtlichen Rahmen vor. - Die **FRONTEX- und die RABIT-Verordnung** füllen die **spezifischen Kompetenzen der Mitgliedstaaten für den Grenzschutz als Teil des Polizei- und Ordnungs-**

**rechts** aus; der **Schutz der Außengrenze** ist daher nach wie vor in erster Linie **den nationalen Rechtsregimen unterworfen**, aufgrund der europarechtlichen Vorgaben kann er sich aber einer „Vergemeinschaftung“ nicht mehr erwehren; das Konstrukt der integrierten Grenzschutzverwaltung ist damit eine rechtliche Hybride aus national- und europarechtlichen Bestimmungen geworden. - Verwaltungsorganisatorisch greift diese Hybride auf das Institut der Organleihe zurück, die im Rahmen der FRONTEX-Einsätze auf der europarechtlichen Ebene, sowohl in der RABIT- wie auch der FRONTEX-Verordnung, angeordnet wird; die Beamten der Herkunftsmitgliedstaaten werden damit in den zuständigen Hoheitsträger des Einsatzmitgliedstaats eingegliedert und üben folglich dessen Hoheitsgewalt aus; eine Bindung an das deutsche Grundgesetz gem. Art. 1 III GG besteht für Beamte der Bundespolizei folglich nicht. - Mit der Figur der **Organleihe** wurde eine Lösung für grundlegende rechtliche Probleme gefunden, die bereits in der Natur der Materie, die sie berühren, angelegt sind: dem **völkerrechtlichen Grundsatz der staatlichen Souveränität**; durch die „Vergemeinschaftung“ des Grenzschutzes, einer originär polizeilichen Aufgabe nationaler Staaten, kann es zu Überschneidungen unterschiedlicher Rechtsordnungen und zur Ausübung hoheitlicher Gewalt durch Hoheitsträger verschiedener Mitgliedstaaten kommen; mit Hilfe der Organleihe können solche **Kollisionen von Hoheitsrechten vermieden** und damit die sensible Frage der Ausübung fremder hoheitlicher Staatsgewalt auf dem Territorium der Einsatzmitgliedstaaten umgangen werden.

3. **Waldeyer**: Die Professoren der Fachhochschulen als Träger des Grundrechts der Wissenschaftsfreiheit (NVwZ 2010, 1279)

Bespr. der Entsch. **BVerfG NVwZ 2010, 1285**, wonach Professoren der Fachhochschule, denen die eigenständige Vertretung eines wissenschaftlichen Faches in Forschung und Lehre übertragen worden ist, sich auf die Freiheit von Wissenschaft, Lehre und Forschung (Art. 5 III GG) berufen können

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

1. **Knott/Gottschalk/Ohl**: Honorare aus vereinbarten Vergütungen als ersatzpflichtige Schäden (AnwBI 2010, 749)

Eine **pauschale Einordnung von Honorarvereinbarungen, die die gesetzlichen Gebühren übersteigen, als Verstoß gegen die Regelung des § 254 II 1 BGB ist nicht gerechtfertigt**; zumindest dann, wenn der Geschädigte bei zumutbarer Anstrengung am Markt keinen der Komplexität des Falles gewachsenen Rechtsanwalt finden kann, der willens und befähigt ist, das Mandat ausschließlich zu den gesetzlichen Gebühren pflichtgemäß zu bearbeiten, fällt dieser Umstand, in Übereinstimmung mit den allgemeinen Grundsätzen des Schadensersatzrechts, in die **Risikosphäre des Schädigers**; ein **Verstoß gegen die Schadensminderungspflicht des Geschädigten i.S. des § 254 II 1 BGB liegt nicht vor**. – Für dieses Ergebnis spricht auch, dass im Zusammenhang mit dem Prozess entstandene Kosten für Steuerberatung und Wirtschaftsprüfung auch dann zu ersetzen sind, wenn sie nicht nach den gesetzlichen Gebühren, sondern nach Zeitaufwand berechnet wurden; eine **Schlechterstellung von Rechtsanwälten** gegenüber dieser Berufsgruppe **ist nicht zu rechtfertigen**. – Zudem besteht mit der gerichtlichen Prüfungskompetenz bzgl. der Höhe der vereinbarten Vergütungen nach § 3a II 1 RVG bereits ein gesetzliches Korrektiv zur Vermeidung unangemessen hoher Honorare.

2. **Adolphsen/Mayer/Möller**: Massenabmahnungen im Urheberrecht - Ein Geschäftsmodell auf dem Prüfstand (NJOZ 2010, 2394)
3. **Nickel**: Aktuelle Entwicklungen in der Rspr. zur Prozesskostenhilfe (MDR 2010, 1227)

Überreicht durch:

# Mandantenbrief

- neueste Informationen -

Aus Gesetzgebung, Rechtsprechung und Praxis

---

 November 2010
 

---

## A. Aus der Gesetzgebung

### I. Gesetz zur europaweiten Vollstreckung von Geldstrafen und Geldbußen

Gesetz zur Anwendung des Grundsatzes der gegenseitigen Anerkennung von Geldstrafen und Geldbußen (EuGeldG) vom 18.10.2010 – In-Kraft-Treten am 28.10.2010 (BGBl. I, S. 1408)

#### 1. Allgemeines

Mit dem EuGeldG wurde der **europäische Rahmenbeschluss** über die Anwendung des Grundsatzes der gegenseitigen Anerkennung von Geldstrafen und Geldbußen in Deutschland **umgesetzt**. Die Umsetzung erfolgt durch Regelungen im Gesetz über die internationale Rechtshilfe in Strafsachen (IRG). Ziel ist die grenzüberschreitende Vollstreckung von Geldstrafen und Geldbußen in der Europäischen Union. Das gilt für Geldsanktionen, die in Deutschland verhängt werden, ebenso wie für ausländische Sanktionen. D. h.: **Entscheidungen anderer EU-Mitgliedstaaten über die Verhängung von Geldstrafen und Geldbußen** einschließlich Verfahrenskosten, Entschädigungen für das Opfer und Geldauflagen für Opferunterstützungsorganisationen **sind jetzt grds. anzuerkennen und in Deutschland zu vollstrecken**. Dies gilt für gerichtliche und behördliche Entscheidungen, für letztere allerdings nur, wenn sie vor einem auch für Strafsachen zuständigen Gericht angefochten werden können. Die Sanktionen können sich sowohl gegen natürliche als auch juristische Personen wie etwa Unternehmen richten.

#### 2. Die wesentlichen Regelungen im Überblick

- a) Für die Bewilligung und Vollstreckung ausländischer Geldsanktionen im Inland ist das **Bundesamt für Justiz (BfJ)** in Bonn für die Prüfung der Zulässigkeit, die Bewilligung und die Vollstreckung der Geldsanktionen **zuständig**.
- b) Das Bundesamt für Justiz (BfJ) muss die **Vollstreckung** insbes. **ablehnen**, wenn
  - die verhängte Geldsanktion einen **Betrag von 70 € nicht erreicht**,
  - die **betroffene Person wegen der Tat im Inland verfolgt** und gegen sie bereits eine verfahrensabschließende Entscheidung ergangen ist ("ne bis in idem"),
  - für die der Entscheidung zugrundeliegende Tat auch die **deutsche Gerichtsbarkeit** gegeben ist und die **Vollstreckung nach deutschem Recht bereits verjährt** ist,
  - die betroffene Person nach deutschem Recht aufgrund ihres Alters strafrechtlich nicht verantwortlich handelte (**Strafunmündigkeit**) oder **strafrechtliche Immunität** genießt,
  - im Falle eines schriftlichen Verfahrens die betroffene Person **nicht über ihre Möglichkeiten zur Anfechtung und bestehende Fristen informiert** wurde,
  - im Falle von Abwesenheitsurteilen die betroffene Person **nicht die Möglichkeit hatte, sich in einem mündlichen Termin zu äußern**,
  - die betroffene Person in dem ausländischen Verfahren **keine Gelegenheit hatte einzuwenden**, für die der Entscheidung zugrunde liegende Hand-

lung **nicht verantwortlich zu sein**, und sie dies gegenüber der Bewilligungsbehörde (also ggü. dem BfJ) geltend macht.

- c) Damit sichergestellt ist, dass betroffene Personen von der Vollstreckung ausländischer Entscheidungen nach Inkrafttreten des Gesetzes nicht überrascht werden ist eine **Stichtagsregelung** vorgesehen, die auf das Datum vom **27.10.2010** abstellt. Die Stichtagsregelung ist bedeutsam für den **Zeitpunkt des Erlasses der ausländischen behördlichen Entscheidung bzw. den Eintritt der Rechtskraft einer gerichtlichen Entscheidung**. Ausländische behördliche Entscheidungen dürfen danach nur vollstreckt werden, wenn sie nach dem 27.10.2010 erlassen wurden, bzw. - bei gerichtlichen Entscheidungen - nach diesem Zeitpunkt rechtskräftig wurden.
- d) **Gegen den Bewilligungsbescheid können Betroffene innerhalb einer Frist von 2 Wochen Einspruch einlegen**. Das Verfahren wird dann, sofern das BfJ nicht abhilft, an das für den Wohnsitz der betroffenen Person zuständige Amtsgericht abgegeben.

## II. Änderung der Passverordnung

Verordnung über Personalausweise und den elektronischen Identitätsnachweis vom 01.11.2010 – In-Kraft-Treten am 01.11.2010 (BGBl. I, S. 1460)

### 1. Allgemeines

Seit dem **01.11.2010** gibt es in Deutschland den **neuen Personalausweis**. Mit dem neuen Ausweis kann man sich **digital** ausweisen. Das ermöglicht sichere Geschäfte im Internet. Persönliche Daten sind besser geschützt als bei vielen anderen Anmeldeverfahren mit Passwörtern oder Geheimnummern. Internetnutzer müssen weniger Daten über sich offen legen, wenn sie mit ihrem neuen Personalausweis im Internet unterwegs sind. Neu ist außerdem eine **Unterschriftsfunktion**: Sie wirkt wie eine persönliche, dabei aber digitale Unterschrift. Wer diese Funktion nutzen will, kann einfach und bequem online Verträge, Anträge und Urkunden unterzeichnen, die sonst nur per Schriftform rechtsverbindlich wären. Papiausdrucke mit handschriftlicher Unterschrift und der anschließende Versand per Post sind nicht mehr nötig. Auch digitale Dokumente können so "unterschrieben" werden.

Alte Ausweise müssen nicht umgetauscht werden. Sie behalten bis zu ihrem Ablaufdatum ihre Gültigkeit. Der alte Ausweis kann aber schon vorher gegen einen neuen Ausweis ausgetauscht werden.

### 2. Gebühren

Für die **erstmalige Beantragung des neuen Ausweises** fällt eine Gebühr in Höhe von **28,80 €** an. Für unter 24-Jährige beträgt die Gebühr für die Ausstellung des neuen Personalausweises 22,80 €. Ausweispflichtige zwischen 16 und 18 Jahren, die erstmals einen Personalausweis beantragen, müssen ebenfalls 22,80 € entrichten. Auf eine Gebührenbefreiung bzw. Ermäßigung bei Bedürftigkeit für Gebühren im Zusammenhang mit der Online-AusweisFunction wurde verzichtet. Die **Gebühr für das nachträgliche Aktivieren der Online-AusweisFunction, das Ändern der PIN im Bürgeramt und das Entsperren der Online-AusweisFunction** beträgt für alle Bürgerinnen und Bürger **6 €**.

## B. Aus der Rechtsprechung

BGB  
§§ 229, 231, 858

**verbotene Eigenmacht**  
**eigenmächtige Vermierräumung**  
(BGH in MDR 2010, 1106; Urteil vom 14.07.2010 – VIII ZR 45/09)

BGB

Die **nicht durch einen gerichtlichen Titel gedeckte eigenmächtige Inbesitznahme einer Wohnung und deren eigenmächtiges Ausräumen** durch einen Vermieter stellt eine **unerlaubte Selbsthilfe** dar, für deren Folgen der Vermieter verschuldensunabhängig nach § 231 BGB haftet.

„Die nicht durch einen gerichtlichen Titel gedeckte eigenmächtige Inbesitznahme einer Wohnung und deren eigenmächtiges Ausräumen durch den Vermieter stellen jedenfalls solange, wie der Mieter seinen an der Wohnung bestehenden Besitz nicht erkennbar aufgegeben hat, eine **verbotene Eigenmacht i. S. von § 858 I BGB** und zugleich eine **unerlaubte Selbsthilfe i. S. von § 229 BGB** dar, für deren Folgen der Vermieter über die vom Amtsgericht herangezogenen Vorschriften hinaus sogar **verschuldensunabhängig nach § 231 BGB haftet** (BGH WuM 2003, 708; Sternel, Mietrecht Aktuell, 4. Aufl., Rn XIII 25; vgl. ferner OLG Köln NJW 1996, 472; Horst NZM 1998, 139; Herrlein/Kandelhard, Mietrecht, 3. Aufl., § 546 Rn 34; Lehmann-Richter NZM 2009, 177). Das **gilt selbst dann, wenn der gegenwärtige Aufenthaltsort des Mieters unbekannt und/oder das Mietverhältnis wirksam gekündigt und dadurch ein vertragliches Besitzrecht des Mieters entfallen ist** (OLG Celle, WuM 1995, 188; Staudinger/Rolfs, BGB (2006), § 546 Rn 39; Bamberger/Roth/Ehler, BGB, 2. Aufl., § 546 Rn 22). Vielmehr ist der Vermieter auch in diesen Fällen verpflichtet, sich – ggf. nach öffentlicher Zustellung der Räumungsklage – einen Räumungstitel zu beschaffen und zwecks rechtmäßiger Besitzverschaffung aus diesem vorzugehen.

Übt deshalb ein **Vermieter** im Wege einer sog. kalten Räumung durch eigenmächtige Inbesitznahme von Wohnung und Hausrat eine verbotene Selbsthilfe, ist er gem. § 231 BGB zum Ersatz des daraus entstehenden Schadens verpflichtet und **kann sich auch nicht darauf berufen, sich über die Voraussetzungen und den Umfang seines Selbsthilferechts geirrt zu haben**. Von der Ersatzpflicht erfasst wird insbes. eine eigenmächtige Entsorgung des hierbei in Besitz genommenen Hausrats und der sonst in der Wohnung vorgefundenen Gegenstände. Denn den Vermieter trifft mit seiner Inbesitznahme zugleich eine Obhutspflicht, welche einer Entsorgung grundsätzlich entgegensteht (vgl. BGH WM 1971, 943).“ (BGH aaO)

---

BGB  
§§ 249, 434

**Sachmängelhaftung**  
**trotz Vereinbarung eines Gewährleistungsausschlusses**  
(OLG Hamm in MDR 2010, 1174; Urteil vom 29.04.2009 – 22 U 127/09)

BGB

Die **unrichtige Angabe des Baujahrs eines verkauften Hauses** in einem Maklerexposé **begründet** unter dem Gesichtspunkt der **Beschaffenheitserwartung** gem. § 434 I 2 Nr. 2, S. 3 BGB einen **Sachmangel, für den der Verkäufer trotz vereinbarten Gewährleistungsausschlusses wegen Arglist haftet**, wenn er dem Makler die Information ohne tatsächliche Grundlage ("ins Blaue hinein") erteilt hatte.

- I. Das **veröffentlichte Exposé eines vom Verkäufer betrauten Maklers** stellt unter der Geltung des neuen Schuldrechts eine **öffentliche Äußerung eines Verkäufers** gem. § 434 I 3 BGB dar mit der Folge, dass die in ihm enthaltenen Angaben eine zu erwartende **Sollbeschaffenheit gem. § 434 I 2 Nr. 2 BGB begründen** (vgl. OLG Hamm OLGR 2009, 161 m. w. N.; Palandt/Weidenkaff, BGB, 69. Aufl., § 434 Rn 69).

„Der durch das veröffentlichte Exposé begründeten Beschaffenheitserwartung stehen auch nicht die Vertragsklauseln entgegen, wonach das Objekt verkauft worden ist „wie es liegt und steht“ (§ 2 I 3) und keine „Garantien“ abgegeben wurden (§ 2 II 4).

Hierbei handelt es sich lediglich um **allgemein gehaltene Formulierungen, mit denen üblicherweise der Gewährleistungsausschluss und/oder das Fehlen von Beschaffenheitsvereinbarungen oder -garantien bekräftigt wird**. Um auch die durch eine öffentliche Äußerung begründete Beschaffenheitserwartung zu beseitigen, hätte es jedoch nach der ausdrücklichen Gesetzesvorschrift des § 434 I 3 a. E. BGB einer „Berichtigung in gleichwertiger Weise“ bedurft. Diese Qualität kommt den o. g. Klauseln wegen ihres nicht hinreichend bestimmten Bezuges auf die im Exposé veröffentlichten Angaben nicht zu.“ (OLG Hamm aaO)

- II. **Auf einen Gewährleistungsausschluss kann sich ein Verkäufer gem. § 444 BGB nicht berufen, wenn er den Mangel arglistig verschwiegen hat.**

„Für die Bejahung von Arglist im Rechtssinne genügt es, wenn der Verkäufer die **Unrichtigkeit der von ihm gemachten Angabe i. S. bedingten Vorsatzes billigend in Kauf nimmt**. Das ist dann der Fall, wenn er die Angabe „ins Blaue hinein“ gemacht hat, d. h. ohne eine Tatsachengrundlage für sie zu haben (vgl. BGH NJW 1998, 302; BGH NJW 1981, 1441).

Schließlich ist Arglist auch nicht deshalb zu verneinen, weil es sich bei der „**ins Blaue hinein**“ bzw. **ohne Tatsachengrundlage gemachten Angabe** nicht um eine unmittelbar an den Vertragspartner gerichtete Erklärung gehandelt hat, sondern die Angabe nur mittelbar über die Veröffentlichung durch die Maklerfirma und die Vorschrift des § 434 I 3 BGB zu einem Sollbeschaffenheitsmerkmal geworden ist. Der Umstand, dass die Maklerfirma die erhaltene Baujahresinformation in ihr Exposé aufnehmen und dieses sodann veröffentlichen würde, ist nämlich von den Bekl. ebenfalls zumindest billigend und damit bedingt vorsätzlich in Kauf genommen worden. Denn dies ist gerade der typische, auf der Hand liegende Zweck, zu dem sich ein Makler von einem Verkaufsinteressenten nähere Angaben zu dem Verkaufsobjekt machen lässt.“ (OLG Hamm aaO)

---

BGB  
§ 323 I

**Leistungsaufforderung**  
**Wirksamkeitsvoraussetzungen**  
(OLG München in BB 2010, 2268; Urteil vom 16.06.2010 – 7 U 4884/09)

BGB

Die **Fristsetzung nach § 323 I BGB** muss eine **bestimmte und eindeutige Aufforderung zur Leistung** enthalten und einen Endtermin für die Leistungserbringung angeben. Diesen Anforderungen **genügt** ein Schreiben des Gläubigers, in dem dieser den Schuldner **auffordert, binnen einer Frist den Liefertermin mitzuteilen, nicht**.

„Die **Fristsetzung muss eine bestimmte und eindeutige Aufforderung zur Leistung** enthalten und einen **Endtermin für die Erbringung der Leistung angeben**. Diesen Anforderungen genügt die E-Mail vom 08.07.2008 nicht. Darin hat die Kl. nur zum Ausdruck gebracht, dass sie bis zum 10.07. 2008 eine Erklärung der Bekl. auf ihre E-Mail erwartet und ihr von der Bekl. der genaue Liefertermin genannt wird. Eine eindeutige Fristsetzung der Kl. mit Endtermin, bis zu der sie selbst die Lieferung begehrt, fehlt. Insoweit handelt es sich bei der E-Mail um eine **bloße Aufforderung an die Schuldnerin, sich über ihre Leistungsbereitschaft zu erklären**. Dies **genügt der Nachfristsetzung jedoch nicht** (siehe auch BGH NJW 1999, 2884; MüKo-BGB/Ernst, 5. Aufl., 2007, § 323 Rn 59; Staudinger, BGB, Neubearb. 2009, § 323 Anm. B 52-54).“ (OLG München aaO)

---

(OVG Magdeburg in NVwZ-RR 2010, 709; Beschluss vom 19.03.2010 – 3 M 330/09)

Einem **Rundfunkgebührenschnldner**, der einen **Wohnungswechsel** entgegen § 3 I 1 HS 2 RGebStV der Rundfunkanstalt **nicht anzeigt**, ist die **Berufung auf die Verjährung von Rundfunkgebühren als unzulässiger Rechtsausübung verwehrt**, wenn er damit der Behörde die Möglichkeit nimmt, die Gebühren festzusetzen. Das gilt jedoch nicht, wenn er der Meldebehörde ordnungsgemäß seine neue Anschrift angezeigt hat.

„Zwar kann es nach den **auch im öffentlichen Recht anwendbaren Grundsätzen von Treu und Glauben** grds. als unzulässige Rechtsausübung angesehen werden, wenn ein Abgabenschuldner auf Grund eines jedenfalls **objektiv pflichtwidrigen Unterlassens** der Behörde die Möglichkeit nimmt, die geschuldeten Rundfunkgebühren festzusetzen (vgl. zu Beiträgen zum Absatzfonds für Landwirte: BVerwG BeckRS 1984, 30435743). Das **pflichtwidrige Verhalten des Schuldners muss indes für den Eintritt der Verjährung ursächlich gewesen sein** (vgl. OVG Lüneburg NVwZ-RR 2007, 575). Die Verjährungseinrede stellt demnach nur dann eine unzulässige Rechtsausübung dar, wenn gerade die objektiv pflichtwidrige Unterlassung die Ursache dafür setzt, dass der Behörde die Möglichkeit genommen ist, geschuldete Beiträge rechtzeitig festzusetzen.

Zwar hat der Ast. der Landesrundfunkanstalt entgegen § 3 I 1 HS 2 RGebStV den Wohnungswechsel objektiv pflichtwidrig nicht angezeigt. Indes ist der Behörde mit diesem Unterlassen nicht die Möglichkeit genommen, die rückständigen Rundfunkgebühren festzusetzen.

So erscheint bereits fraglich, weshalb es dem Ag. nicht möglich gewesen sein sollte, dem Ast. den Festsetzungsbescheid öffentlich zuzustellen. Nach § 10 I 1 Nr. 1 VwZG kann die Zustellung durch öffentliche Bekanntmachung erfolgen, wenn der Aufenthaltsort des Empfängers unbekannt ist und eine Zustellung an einen Vertreter oder Zustellungsbevollmächtigten nicht möglich ist. Zwar sieht der Rundfunkgebührenstaatsvertrag nicht vor, dass Rundfunkgebührenbescheide zuzustellen sind. Indes erfolgt die Zustellung nach den Bestimmungen des Verwaltungszustellungsgesetzes des Bundes nach § 2 SachsAnhVwZG nicht nur, soweit dies durch Rechtsvorschrift vorgesehen, sondern auch dann, wenn es durch behördliche Anordnung bestimmt ist. Zwar bestimmt § 2 SachsAnhVwZG, dass die Bestimmungen des Verwaltungsverfahrensgesetzes des Landes Sachsen-Anhalt nicht für die Tätigkeit des Ag. gelten. Eine entsprechende Einschränkung hinsichtlich des persönlichen Anwendungsbereichs enthält indes § 1 SachsAnhVwZG nicht.

Das rechtfertigt es, anders als in den Fällen, in denen die Adressänderung nicht nur der Rundfunkanstalt gegenüber, sondern auch den Meldebehörden gegenüber nicht angezeigt wird, davon auszugehen, dass die **Einrede der Verjährung nicht rechtsmissbräuchlich** ist, weil das **Verhalten des Schuldners auch bei objektiver Betrachtungsweise nicht geeignet** ist, der Behörde die **Möglichkeit der Festsetzung der Abgabe innerhalb der Verjährungsfrist zu nehmen**.“ (OVG Magdeburg aaO)

(OLG Celle in BRAK-Mitt. 2010, 210; Beschluss vom 05.07.2010 – 3 U 83/10)

**Erteilt ein Rechtsschutzversicherer** in Kenntnis der erstinstanzlichen Entscheidung sowie der Rechtsmittelbegründung eine **Deckungszusage für die Durchführung des Rechtsmittelverfahrens**, kann er, wenn das Rechtsmittel auf unveränderter Tatsachengrundlage zurückgewiesen wird, **den Prozessbevollmächtigten nicht** mit der Begründung, dieser hätte von der Durchführung des Rechtsmittelverfahrens wegen erkennbarer Aussichtslosigkeit abraten müssen, **auf Erstattung der entstandenen Gerichts- und Anwaltskosten in Anspruch nehmen**.

„Die von [der kl. Rechtsschutzversicherung] erteilte Deckungszusage stellt ein **deklaratorisches Schuldanerkenntnis** dar. Die Kl. ist aufgrund dieses Anerkenntnisses **mit Einreden und Einwendungen, die ihr bei Abgabe des Anerkenntnisses bekannt waren, ausgeschlossen** (vgl. OLG Düsseldorf NJW-RR 1996, 1371; OLG Köln r+s 2001, 248). Über die Erfolgsaussichten des Beschwerdeverfahrens war sie bei Erteilung der Deckungszusage informiert. Ihr lagen der vom Bekl. übermittelte Beschluss des AG sowie die Beschwerdebegründung, die der Bekl. beim LG eingereicht hatte, abschriftlich vor. Damit verfügte sie über alle Informationen, die erforderlich waren, um über die Voraussetzungen, nach denen sie vertragsgemäß Deckungsschutz erteilen oder verweigern konnte, zu entscheiden.

Unzutreffend ist der Einwand der Kl., sie sei nicht einmal berechtigt, die Erfolgsaussichten der Rechtsverfolgung, für die Deckungsschutz beantragt wird, zu prüfen. Aus den Lit. - und Rspr.-Nachweisen, auf die die Kl. in ihrer Berufungsbegründung verweist, lässt sich dies nicht entnehmen: Bei Harbauer (Rechtsschutzversicherung, 8. Auflage, § 1 ARB 2000, Rn 9, 18) ist lediglich ausgeführt, dass der Versicherer nicht berechtigt ist, die Rechtsangelegenheiten des VN zu besorgen. Für die hier maßgebliche Frage, ob der Versicherer – auch im eigenen Interesse – berechtigt ist, die Erfolgsaussichten der Rechtsverfolgung, deren Finanzierung ihm angetragen wird, zu prüfen, ergibt sich bereits aus der Zusammenschau der Vorschriften der §§ 17, 18 ARB, dass der Versicherer zu einer solchen Prüfung berechtigt ist. Nach § 18 I b ARB kann der Versicherer Deckungsschutz verweigern, wenn die Wahrnehmung der rechtlichen Interessen durch den VN keine Aussicht auf Erfolg hat. Dies zu beurteilen, setzt eine rechtliche Prüfung zwangsläufig voraus. Versagt der Versicherer auf der Grundlage dieser Prüfung Deckungsschutz, kommt die Einholung eines Schiedsgutachtens oder ein – den Versicherer dann bindender – Stichentscheid in Betracht.

Vorliegend hat die Kl. von dieser Möglichkeit keinen Gebrauch gemacht, sondern Deckungsschutz erteilt. Damit ist auch zu Gunsten des Bekl. ein **Vertrauenstatbestand geschaffen**. Der Bekl. durfte berechtigterweise davon ausgehen, dass entstehende Kosten im Rahmen des Leistungsumfangs vom Versicherer übernommen werden.“ (OLG Celle aaO)

# Protokolle für die mündliche Prüfung

## Warum Prüfungsprotokolle?

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

## Wie läuft das ab?

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

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

## Was können Sie sonst noch tun?

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

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

## Was kostet das?

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

**Zahlung nur im Voraus oder bei Abholung**

