



ZEITSCHRIFTENAUSWERTUNG (ZA)

Zeitschrift für Jurastudium und Ausbildung

39. Jahrg.

Mai 2014

Heft 05

Aus dem Inhalt

- BGH:** Online-Möbelhandel mit hinzubuchbarer Montage
- BGH:** Verjährung bei vorläufig bezifferter Schadensersatzklage
- BGH:** Subjektiver Tatbestand der Rechtsbeugung
- VG Berlin:** Ferienwohnung im allgemeinen Wohngebiet
- OLG Zweibrücken:** Zuständigkeitsbestimmung nach Klagebeschränkung
- BGH:** Telekommunikationsüberwachung bei Verteidigergesprächen
- OVG Lüneburg:** Identitätsfeststellung und Erkennungsdienst



Impressum:

Verlag und Redaktion:

Juristischer Verlag Juridicus GbR
Hiberniastraße 6
45879 Gelsenkirchen

Tel.: 0209 / 945 806 –35

Fax: 0209 / 945 806 – 50

info@juridicus.de

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 17,40 € (3 Hefte), inkl. Versandkosten

Zahlung quartalsweise im Voraus

Inhalt

Aus der Gesetzgebung

Die Neuregelung der Korruptionsbekämpfung.....	1
--	---

Brandaktuell

BGH: Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts (zur Vererblichkeit eines Entschädigungsanspruchs).....	2
--	---

Zivilrecht

BGH: Online-Möbelhandel mit hinzubuchbarer Montage (Inhaltskontrolle von AGB).....	3
---	---

BGH: Verjährungshemmung bei Instandhaltungspflichtverletzung (vorläufig bezifferte Schadensersatzklage).....	7
---	---

Strafrecht

OLG Hamm: Erpressung (Androhung eines empfindlichen Übels gegenüber der Staatsanwaltschaft).....	11
---	----

BGH: Rechtsbeugung (Voraussetzungen des subjektiven Tatbestands).....	13
--	----

öffentl. Recht

VGH Mannheim: Widerruf einer gewerberechtlichen Erlaubnis (Sofortvollzug als vorläufiges Berufsverbot).....	15
--	----

VG Berlin: Ferienwohnungen im allgemeinen Wohngebiet (genehmigungspflichtige Nutzungsänderung).....	19
--	----

Kurzauslese I

OLG Schleswig: Widerrufsrecht (keine Vereinbarung durch Erteilung einer Widerrufsbelehrung).....	22
---	----

BGH: Vertragspflichtverletzung (sittenwidrige Schädigung).....	22
---	----

BGH: Gesamtschuldnerhaftung (Mittäterexzess).....	22
---	----

OLG Rostock: Bezeichnung einer WEG (Grundbucheintrag).....	23
---	----

AG Berlin-Tiergarten: Diebstahl (Entwendung von Pfandflaschen).....	23
--	----

BGH: Betrug (Vorliegen eines Irrtums trotz fehlender Vorstellung des Getäuschten).....	23
---	----

BGH: Verbindliches Fahrtrichtungsgebot (Richtungspfeil).....	24
---	----

BSG: Aufhebungsverwaltungsakt (Bestimmtheitserfordernis).....	24
--	----

OLG Stuttgart: Öffentlichkeitsgrundsatz (Gemeinderatssitzung).....	24
---	----

Zivilrecht

OLG Zweibrücken:	Zuständigkeitsbestimmung nach Klagebeschränkung (bei Abgabe in das streitige Verfahren).....	26
OLG Stuttgart:	Anordnung des persönlichen Erscheinens (Anforderungen an Vertreter).....	30

Strafrecht

BGH:	Telekommunikationsüberwachung (Zulässigkeit der Speicherung von Verteidigergesprächen).....	34
------	--	----

öffentl. Recht

OVG Lüneburg:	Identitätsfeststellung und Erkennungsdienst (Rechtsweg bei doppelfunktionalen Maßnahmen der Polizei).....	37
OVG Koblenz:	Vollstreckung einer einstweiligen Anordnung (Erzwingung einer Geldzahlung gegen öffentliche Hand).....	41

Kurzauslese II

BGH:	Klageabweisung (fehlende Prozessfähigkeit des Klägers).....	45
BGH:	Entscheidungsaufhebung durch ein Verfassungsgericht (Eröffnung eines neuen Rechtszugs).....	45
OLG Brandenburg:	Fehlerhafte Rechtsbehelfsbelehrung (keine Verkürzung der Rechtsmittelfrist).....	45
BGH:	Mieterhöhungsklage (wirksames Mieterhöhungsverlangen als Klagevoraussetzungen).....	46
LG Hamburg:	Pflichtverteidigerbestellung (Zulässigkeit der rückwirkenden Bestellung).....	46
LG Waldshut-Tiengen:	Pflichtverteidigerbestellung (Notwendigkeit der Akteneinsicht zur Vorbereitung der Verteidigung).....	46
OLG Naumburg:	Pflichtverteidigerbestellung (Notwendige Verteidigung bei Verfahrensverständigung).....	46
OLG Dresden:	Pflichtverteidigerbestellung (Adhäsionsverfahren).....	47
OVG Hamburg:	Verwaltungsrechtsweg (Hausverbot für Jobcenter).....	47
OVG Münster:	Einstweilige Anordnung (Wirkung für die Zukunft).....	48
OVG Münster:	Vorläufiger Rechtsschutz (veränderte Umstände durch Änderung der Rspr.).....	49

Weitere Schriftumsnachweise	50
--	----

Übersicht: Prüfung einer Bauordnungsverfügung.....	52
---	----

Aus der mdl. Prüfung

Referendarprüfung:	Öffentliches Recht.....	53
Assessorprüfung:	Zivilrecht.....	54

Aus der Gesetzgebung

Die Neuregelung der Korruptionsbekämpfung

48. Strafrechtsänderungsgesetz - Erweiterung des Straftatbestandes der Abgeordnetenbestechung vom 23.04.2014; In-Kraft-Treten am 01.09.2014 (BGBl I, S. 410)

I. Allgemeines

Nach **bisheriger Rechtslage** war nur die Bestechlichkeit (passive Bestechung) und Bestechung (aktive Bestechung) inländischer Abgeordneter sowie Abgeordneter des Europäischen Parlaments als Stimmenkauf und -verkauf bei Wahlen und Abstimmungen gem. § 108e des Strafgesetzbuches (StGB) strafbar. Da nach der **Rspr. des 5. Strafsenats des BGH** kommunale Mandatsträger keine Amtsträger i. S. des § 11 Abs. 1 Nr. 2 StGB sind, es sei denn, sie werden mit konkreten Verwaltungsaufgaben betraut, die über ihre Mandatstätigkeit hinausgehen, führt diese einschränkende Auslegung zu **Lücken bei der Korruptionsbekämpfung im kommunalen Bereich**. Mit Einführung der neuen gesetzlichen Regelung soll nunmehr die Bekämpfung der Korruption erleichtert werden.

II. Die Neuregelungen im Überblick

Nach der **Neuregelung des § 108e StGB** wird mit Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren oder mit Geldstrafe bestraft, wer als **Mitglied einer Volksvertretung des Bundes oder der Länder** einen ungerechtfertigten Vorteil für sich oder einen Dritten als Gegenleistung dafür fordert, sich versprechen lässt oder annimmt, dass er bei der Wahrnehmung seines Mandats eine Handlung im Auftrag oder auf Weisung vornimmt oder unterlässt.

Nach **Abs. 2** wird ebenso bestraft, wer einem Mitglied einer Volksvertretung des Bundes oder der Länder einen ungerechtfertigten Vorteil für dieses Mitglied oder einen Dritten als Gegenleistung dafür anbietet, verspricht oder gewährt, dass er bei Wahrnehmung seines Mandates eine Handlung im Auftrag oder auf Weisung vornimmt oder unterlässt.

Den in den **Abs. 1 und 2** genannten Mitgliedern stehen Mitglieder einer Volksvertretung einer kommunalen Gebietskörperschaft, der Bundesversammlung, des Europäischen Parlaments, einer parlamentarischen Versammlung einer internationalen Organisation und eines Gesetzgebungsorgans eines ausländischen Staates gleich.

Abs. 4 schränkt allerdings die **Strafbarkeit ein**: Danach liegt ein ungerechtfertigter Vorteil insbesondere dann nicht vor, wenn die Annahme des Vorteils im Einklang mit den für die Rechtsstellung des Mitglieds maßgeblichen Vorschriften steht. Keinen ungerechtfertigten Vorteil stellen dar ein politisches Mandat oder eine politische Funktion sowie eine nach dem Parteiengesetz oder entsprechenden Gesetzen zulässige Spende.

Damit ist eine **konkrete Unrechtsvereinbarung** vorauszusetzen: Der Vorteil muss als Gegenleistung dafür gewährt werden, dass der Mandatsträger im Auftrag oder auf Weisung des Vorteilsgebers handelt. Erforderlich für eine Strafbarkeit ist also, dass der Mandatsträger sich durch den Vorteil zu seiner Handlung bestimmen lässt und seine innere Überzeugung den Interessen des Vorteilsgebers unterordnet. Tatbestandlich erfasst sind nur ungerechtfertigte Vorteile, die also insbesondere dann nicht vorliegen, wenn die Annahme eines solchen Vorteils im Einklang mit den für die Rechtsstellung des Mitglieds maßgeblichen Vorschriften steht. Nach dem Parteiengesetz zulässige Spenden sind daher nicht als „ungerechtfertigter Vorteil“ anzusehen.

Brandaktuell

BGB
§ 823 I

Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts zur Vererblichkeit des Entschädigungsanspruchs

BGB

(BGH in becklink 1032284, Urteil vom 29.04.2014 – VI ZR 246/12)

Der Anspruch auf Geldentschädigung wegen Verletzung des Persönlichkeitsrechts ist nicht vererblich

Fall: Der Kläger ist Erbe eines bekannten, inzwischen verstorbenen Entertainers. Dieser sah sich durch in Zeitschriften der Beklagten erschienene Artikel, die unter anderem seine Trauer um seine verstorbene Tochter sowie seinen Gesundheitszustand zum Gegenstand hatten, in seinem Persönlichkeitsrecht verletzt und nahm die Beklagte deshalb auf Zahlung einer Geldentschädigung in Anspruch. Seine Klage ging bei Gericht per Fax einen Tag vor seinem Ableben ein, wurde der Beklagten aber erst einige Wochen später zugestellt.

Kann der Kläger den Anspruch des Verstorbenen als Erbe geltend machen?

Das in Art. 2 I i.V. mit Art. 1 I GG verankerte allgemeine Persönlichkeitsrecht ergänzt die im Grundgesetz normierten Freiheitsrechte und gewährleistet die engere persönliche Lebenssphäre und die Erhaltung ihrer Grundbedingungen.

„Es umfasst den **Schutz der persönlichen Ehre**. Aus dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht folgt eine Verpflichtung der staatlichen Gewalt, dem Einzelnen die Entfaltung seiner Persönlichkeit zu ermöglichen. Auch das allgemeine Persönlichkeitsrecht entfaltet direkte Wirkung nur gegenüber dem Staat. Dieser ist aber grundrechtlich gehalten, den Einzelnen vor Persönlichkeitsgefährdungen durch Dritte zu schützen. Auf diesen Schutzauftrag geht auch der von den Zivilgerichten entwickelte Anspruch auf **Ausgleich des immateriellen Schadens bei Persönlichkeitsrechtsverletzungen** zurück (vgl. BVerfG NJW 2006, 595 m.w.N.)

Nach § 249 BGB hat der Schadensersatzpflichtige den Zustand herzustellen, der bestehen würde, wenn der zum Ersatz verpflichtende Umstand nicht eingetreten wäre.

„Eine Naturalrestitution setzt jedoch voraus, dass eine Wiederherstellung des früheren Zustandes möglich ist. Können Schäden auf diese Weise aus tatsächlichen Gründen nicht oder nur ungenügend ausgeglichen werden, so kann der Geschädigte nach § 251 Abs. 1 BGB Geldersatz verlangen. Für die immateriellen Schäden wird dieser Grundsatz indes durch § 253 BGB eingeschränkt: Eine **Entschädigung in Geld** kann nach dieser Vorschrift nur in den durch das Gesetz bestimmten Fällen gefordert werden. Hierbei handelt es sich vor allem um das sog. Schmerzensgeld, das nach § 847 BGB den Opfern von Körperverletzungen, Freiheitsberaubungen und Sittlichkeitsvergehen zusteht.“ (BVerfG NJW 1973, 1221).

Ob die angegriffenen Veröffentlichungen überhaupt einen Geldentschädigungsanspruch aus § 823 I BGB i.V.m. Art. 2 I, Art. 1 I GG rechtfertigen können, ist offengeblieben. Der BGH hat die Auffassung vertreten, ein solcher Anspruch sei aufgrund seiner **höchstpersönlichen Natur jedenfalls nicht vererblich**.

„Entscheidend gegen die Vererblichkeit des Geldentschädigungsanspruchs aufgrund einer **schweren Persönlichkeitsrechtsverletzung** spricht die Funktion des Anspruchs. Bei der Zuerkennung einer Geldentschädigung steht der **Genugtuungsgedanke im Vordergrund**. Der Gesichtspunkt der Genugtuung verliert regelmäßig an Bedeutung, wenn die Verletzung des Persönlichkeitsrechts zwar **nach zu Lebzeiten des Geschädigten erfolgt**, dieser aber **verstirbt, bevor sein Entschädigungsanspruch erfüllt** wird.

Danach **besteht der Anspruch über den Tod des Verletzten hinaus im Allgemeinen nicht fort**. Der Präventionsgedanke rechtfertigt kein anderes Ergebnis, da er die Gewährung einer Geldentschädigung nicht alleine zu tragen vermag.“ (BGH aaO)

Allerdings könnte etwas anderes gelten, wenn der Verletzte erst nach Eintritt der Rechtshängigkeit des Geldentschädigungsanspruchs verstirbt.

Nach § 167 ZPO tritt die Wirkung der Zustellung bereits mit Eingang des Antrags oder der Erklärung ein, wenn die Zustellung demnächst erfolgt, soweit durch die Zustellung eine Frist gewahrt werden oder die Verjährung neu beginnen oder nach § 204 des Bürgerlichen Gesetzbuchs gehemmt werden soll. Im vorliegenden Fall ist der Verletzte nach Anhängigkeit der Klage, aber vor deren Zustellung verstorben. Fraglich ist, ob nicht hier auch die **in § 167 ZPO angeordnete Rückwirkung** greift, wonach bei alsbaldiger Zustellung die Rechtshängigkeit mit dem Zeitpunkt der Anhängigkeit als eingetreten gilt.

„Die in § 167 ZPO angeordnete Rückwirkung greift nicht. Sie beschränkt sich auf Fälle, in denen durch die Zustellung eine **laufende Frist gewahrt** oder die **Verjährung neu beginnen** oder gehemmt werden soll. Die bloße Anhängigkeit der Klage führt nicht zur Vererblichkeit des Geldentschädigungsanspruchs.“ (BGH aaO)

Entscheidungen materielles RechtBGB
§§ 307, 309**Online-Möbelhandel mit hinzubuchbarer Montage
Inhaltskontrolle von AGB**

ZivilR

(BGH in MMR 2014, 166; Versäumnisurteil vom 06.11.2013 – VIII ZR 353/12)

1. Nach der Rspr. des Senats begründet der Umstand, dass es im Versandhandel typischerweise Aufgabe des Verkäufers ist, die **Versendung der Kaufsache** – auf eigene oder fremde Kosten – zu veranlassen, für sich allein nicht die Annahme, der Empfangsort solle auch Leistungsort (Erfüllungsort) für die Lieferpflicht des Verkäufers sein.
2. Bei einem **Möbelkaufvertrag** mit der Verpflichtung des Verkäufers zur **Montage der bestellten Möbel** beim Kunden liegt eine Bringschuld vor. Denn bei solchen Verträgen, bei denen Lieferung und Montage der Kaufsache untrennbar miteinander verbunden sind, kann die Montage der gekauften Möbel als **vertraglich geschuldete Leistung** des Verkäufers **nur beim Kunden erbracht** und auch nur dort festgestellt werden, ob die Kaufsache vertragsgemäß geliefert und aufgebaut wurde.
3. In den AGB des Online-Shops eines Möbelhauses, das auf Wunsch des Kunden auch den Aufbau der gekauften Möbel beim Kunden anbietet, hält die Regelung:

„§ 4 Versand; Gefahrübergang; Versicherung:

(1) Wir schulden nur die rechtzeitige, ordnungsgemäße Ablieferung der Ware an das Transportunternehmen und sind für vom Transportunternehmen verursachte Verzögerungen nicht verantwortlich.“

der Inhaltskontrolle nach §§ 307 Abs. 1 und 2, 309 Nr. 7 lit. b BGB nicht stand.

A. Grundlagenwissen: Prüfung allgemeiner Geschäftsbedingungen**I. Vorliegen von AGB i.S.d. § 305 I BGB**

1. Vertragsbedingung
2. Vorformuliert für eine Vielzahl von Verträgen (**Beachte:** § 310 III Nr. 2 BGB)
3. Vom Verwender der anderen Partei gestellt (**Beachte:** § 310 III Nr. 1 BGB)

Beachte: Von einem individuellen Aushandeln der Vertragsbedingungen kann nur ausgegangen werden, wenn der Verwender den in seinen AGB enthaltenen gesetzesfremden Kerngehalt inhaltlich ernsthaft zur Disposition stellt und der Vertragspartner die reale Möglichkeit hat, die inhaltliche Ausgestaltung der Vertragsbedingungen zu beeinflussen. Zudem ist erforderlich, dass eine Belehrung über den Inhalt und die Tragweite der Klauseln im Einzelnen erfolgt, um zu gewährleisten, dass der Vertragsinhalt nicht nur vom Verwender, sondern ebenso im Kunden in seinen rechtsgeschäftlichen Gestaltungswillen aufgenommen worden ist (vgl. BGH, NJW 2005, 2543).

II. Anwendbarkeit der §§ 305 ff BGB

1. sachlicher Anwendungsbereich, § 310 IV BGB
2. persönlicher Anwendungsbereich, § 310 I, II BGB

III. Einbeziehung in den Vertrag gemäß § 305 II BGB

1. Hinweis auf die AGB bei Vertragsschluss, § 305 II Nr. 1 BGB
 - a) ausdrücklich
 - b) ausnahmsweise deutlich sichtbarer Aushang
2. Möglichkeit des Konsumenten in zumutbarer Weise Kenntnis zu nehmen, § 305 II Nr. 2 BGB
3. Einverständnis des Konsumenten, § 305 II BGB
4. Keine überraschende Klausel i.S.d. § 305c I BGB

5. Keine anders lautende Individualabrede, § 305b BGB

IV. Inhaltskontrolle

1. Auslegung der AGB-Klausel nach den eigens hierfür geltenden Grundsätzen

Maßgeblich ist nicht das, was der sorgfältige Empfänger verstehen durfte, §§ 133, 157 BGB. AGB sind vielmehr ausgehend von der Verständnismöglichkeit eines rechtlich nicht vorgebildeten Durchschnittskunden einheitlich so auszulegen, wie sie von verständlichen und redlichen Vertragsparteien unter Abwägung der Interessen der normalerweise beteiligten Kreise verstanden werden (Palandt-Heinrichs, § 5 ABGB Rn 7 m.w.N.)

- a) Objektive Auslegung aus der Sicht des Durchschnittskunden
- b) Unklarheitenregel, § 305c II BGB (zu Lasten des Verwenders)

2. Subsumtion der Klausel

- a) Abweichen vom dispositiven Recht oder Ergänzung dispositiver Normen, § 307 III BGB
- b) Verstoß gegen die §§ 307 – 309 BGB, Prüfungsreihenfolge ist zu beachten. Zu beginnen ist mit der speziellsten Norm, die nächste ist nur dann zu prüfen, wenn die Subsumtion unter die jeweils vorher geprüfte Vorschrift nicht zu einer Nichtigkeit der Klausel geführt hat.

Reihenfolge : § 309 BGB; § 308 BGB; § 307 BGB

Sofern kein Verstoß gegen die §§ 307 – 309 BGB vorliegt, ist die Klausel wirksam.

B. Bringschuld im Online-Möbelhandel bei hinzubuchbarer Montage (vgl. BGH in MMR 2014, 166)

Fall: Der Kl. ist ein in die Liste der qualifizierten Einrichtungen gem. § 4 des UKlaG eingetragener Verbraucher-Verband. Die Bekl. betreibt als Möbelhändlerin auch einen Online-Shop. In den AGB der Bekl. für den Online-Shop (im Folgenden: AGB Online-Shop) ist u.a. geregelt:

„§ 4 Versand; Gefahrübergang; Versicherung

(1) Wir schulden nur die rechtzeitige, ordnungsgemäße Ablieferung der Ware an das Transportunternehmen und sind für vom Transportunternehmen verursachte Verzögerungen nicht verantwortlich.“

Auf der Website des Online-Shops (Stand: 04.10.2011) heißt es unter „Möbel online kaufen – Häufig gestellte Fragen“ u.a.: „Ist eine Montage der bestellten Ware möglich? Gerne können Sie die Montage Ihrer Möbel hinzu buchen. Nehmen Sie hierzu Kontakt mit unserem Kundenservice auf (...)“

Der Kl. hält mehrere Klauseln der AGB Online-Shop – u.a. die Regelung in deren § 4 I – für unwirksam und nimmt die Bekl. auf Unterlassung der Verwendung dieser Klausel ggü. Verbrauchern in Anspruch. Zu Recht?

Dem Kl. könnte ein Anspruch auf Unterlassung der Verwendung dieser Klausel nach § 1 UKlaG zustehen, da er nach § 4 UKlaG **klagebefugt** ist.

Dann müsste die Klausel gegen die gesetzlichen Vorgaben für die Wirksamkeit allgemeiner Geschäftsbedingungen verstoßen. Da es bei einer Klage nach § 1 UKlaG **nicht** um die **einzelfallbezogene Prüfung** eines Vertrages geht, sind Einschränkungen in der Anwendbarkeit oder Fragen der wirksamen Einbeziehung in den Vertrag nicht zu prüfen. Prüfungsgegenstand ist allein die Frage, ob **Allgemeine Geschäftsbedingungen** vorliegen und diese **gegen §§ 307-309 BGB verstoßen**.

I. Vorliegen von AGB nach § 305 I BGB

Bei der streitigen Klausel handelt es sich um eine **Vertragsbedingung**, die für eine **Vielzahl von Verträgen vorformuliert** ist und von der Bekl. als Verwenderin gestellt wurde.

II. Abweichen von dispositivem Recht oder Ergänzung dispositiver Normen, § 307 III BGB

Eine inhaltliche Überprüfung der Klausel nach §§ 307 bis 309 BGB kommt nur in Betracht, wenn überhaupt eine Abweichung von der Rechtslage ohne die Klausel vorliegt.

1. Gesetzliche Regelung zu Leistungsort und Gefahrtragung

Nach der gesetzlichen Regelung über den Leistungsort und die Gefahrtragung in §§ 269 I, 446 BGB liegt dieser grundsätzlich beim Schuldner und muss vom Gläubiger abgeholt werden. Bei Geschäften im Versandhandel übernimmt der Verkäufer aber bei in der Regel keine Bringschuld, sondern nur eine Schickschuld.

*„Nach der Rspr. des Senats begründet der **Umstand**, dass es im Versandhandel typischerweise Aufgabe des Verkäufers ist, die **Versendung der Kaufsache** – auf eigene oder fremde Kosten – zu veranlassen, für sich allein **nicht die Annahme, der Empfangsort solle auch Leistungsort (Erfüllungsort)** für die Lieferpflicht des Verkäufers sein (arg. § 269 III BGB; BGH NJW 2003, 3341 unter II 3 b). Aus § 447 BGB ergibt sich nichts anderes. Da der nach § 269 BGB zu bestimmende Leistungsort von § 447 I BGB nicht berührt wird, hat auch die Regelung des § 474 II BGB, nach der die Anwendung des § 447 I auf den Verbrauchsgüterkauf – zwingend (§ 475 I BGB) – ausgeschlossen ist, keine Auswirkungen auf den Leistungsort (BGH, aaO. unter II 3 d).“ (BGH aaO)*

Beim Versandhandel bleibt der Leistungsort beim Verkäufer, dieser ist allerdings verpflichtet, die Sache ordnungsgemäß verpackt an eine sorgfältig ausgesuchte Transportperson zu übergeben. Die Gefahr geht nach § 447 I BGB damit auf den Käufer über.

Die **Vermutung**, dass im Zweifel auch im Versandhandel der Sitz des Verkäufers Erfüllungsort für die Verkäuferpflichten ist, greift aber nur ein, wenn ein (**anderer**) **Ort** für die Leistung weder von den Beteiligten bestimmt noch aus den Umständen, insb. aus der Natur des Schuldverhältnisses, zu entnehmen ist (§ 269 I BGB). Bei der gesondert hinzu buchbaren Montageverpflichtung hingegen ist Leistungsort i.S.d. § 269 Abs. 1 BGB der Ort ist, an dem die gekauften Möbel aufzubauen sind.

*„Bei einem **Möbelkaufvertrag mit der Verpflichtung des Verkäufers zur Montage** der bestellten Möbel beim Kunden liegt, wie auch das Berufungsgericht mit Recht angenommen hat, nach der Natur des Schuldverhältnisses eine **Bringschuld** vor. Denn bei solchen Verträgen, bei denen Lieferung und Montage der Kaufsache untrennbar miteinander verbunden sind, kann die **Montage** der gekauften Möbel als vertraglich geschuldete Leistung des Verkäufers **nur beim Kunden erbracht** und auch nur dort festgestellt werden, ob die Kaufsache vertragsgemäß geliefert und aufgebaut wurde. Dies rechtfertigt die Annahme einer Bringschuld (vgl. OLG Oldenburg NJW-RR 1992, 1527 zur Lieferung und Montage von Möbeln, insb. Einbauküchen).“ (BGH aaO)*

Dies hat zur Folge, dass die Gefahr nach § 446 BGB erst mit der Übergabe an den Käufer am Erfüllungsort übergeht.

2. Abweichende Regelung

Fraglich ist, ob in § 4 I AGB Online-Shop eine hiervon abweichende Regelung enthält. Die Regelung in § 4 I AGB Online-Shop bezieht sich auch auf Kaufverträge, in denen sich die Bekl. zur Montage der vom Kunden online bestellten Möbel verpflichtet.

„AGB sind nach ihrem objektiven Inhalt und typischen Sinn einheitlich so auszulegen, wie sie von verständigen und redlichen Vertragspartnern unter Abwägung der Interessen der normalerweise beteiligten Verkehrskreise verstanden werden.

*Dabei sind die **Verständnismöglichkeiten des durchschnittlichen Vertragspartners** des Verwenders zu Grunde zu legen. Zweifel bei der Auslegung gehen nach § 305c II BGB zu Lasten des Verwenders (st. Rspr.; BGH NJW 2013, 926 Rn. 13 m.w.N.).“ (BGH aaO)*

Nach diesen Grundsätzen ist § 4 I AGB Online-Shop dahin auszulegen, dass sich die Regelung auch auf Kaufverträge bezieht, in denen sich die Bekl. zur Montage der bestellten Möbel beim Kunden verpflichtet.

„Entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts steht dieser Auslegung nicht entgegen, dass die Montage der im Online-Shop verkauften Möbel gesondert hinzu gebucht werden muss.

*Nach § 1 AGB Online-Shop sind die Verkaufsbedingungen der Bekl. nicht nur für alle Kaufverträge, Lieferungen und Dienstleistungen auf Grund von Bestellungen über den Online-Shop maßgebend (Abs. 1), sondern auch für alle zwischen dem Verkäufer und der Bekl. „im Zusammenhang mit dem Kaufvertrag getroffenen Vereinbarungen“ (Abs. 2). Um eine **im Zusammenhang mit dem Kaufver-***

*trag getroffene Vereinbarung handelt es sich auch bei der Zusatzvereinbarung über die von der Bekl. auf der Website ihres Online-Shops angebotene **Montage** der bestellten Möbel beim Kunden.*

*Schon aus § 1 II AGB Online-Shop ergibt sich deshalb für einen **durchschnittlichen Vertragspartner** der Bekl., dass die Verkaufsbedingungen – damit auch § 4 Abs. 1 AGB Online-Shop – **auch für Kaufverträge** gelten, mit denen sich die Bekl. nicht nur zur Lieferung, sondern auch zur **Montage der Möbel beim Kunden** verpflichtet. Dass die entsprechende Zusatzvereinbarung einer telefonischen oder anderweitigen Kontaktaufnahme mit dem Kundenservice der Bekl. bedarf, ändert daran nichts. Vielmehr verweist die Bekl. auf der Website des Online-Shops am Ende der Seite „Möbel online kaufen – Häufig gestellte Fragen“ auf ihre AGB für den Online-Shop. Auch dieser Hinweis legt das Verständnis nahe, dass sich § 4 Abs. 1 AGB Online-Shop auch auf Kaufverträge mit hinzu gebuchter Montageverpflichtung der Bekl. bezieht.“ (BGH aaO)*

Da sich § 4 I AGB Online-Shop auch auf Kaufverträge bezieht, die eine Bringschuld der Bekl. zum Gegenstand haben, weicht die Klausel, nach der die Bekl. nur die rechtzeitige, ordnungsgemäße Ablieferung der Ware an das Transportunternehmen schuldet, zum Nachteil des Kunden vom Leistungsort des § 269 BGB und der Regelung des § 446 BGB ab, nach der die Gefahr nicht schon mit der Übergabe an das Transportunternehmen, sondern erst mit der Übergabe an den Käufer auf diesen übergeht.

Die Klausel stellt daher eine Abweichung von den gesetzlichen Vorgaben dar, so dass die Klausel gem. § 307 III 1 BGB einer Kontrolle nach §§ 307-309 BGB unterzogen werden kann.

III. Verstoß gegen §§ 307-309 BGB

Ein Verstoß gegen Klauselverbote ohne Wertungsmöglichkeit nach § 309 BGB oder Klauselverbote mit Wertungsmöglichkeit nach § 308 BGB kommt nicht in Betracht. Die Klausel könnte aber gegen die Generalklausel des § 307 BGB verstoßen.

*„Da sich § 4 I AGB Online-Shop ... auch auf Kaufverträge bezieht, die eine Bringschuld der Bekl. zum Gegenstand haben, weicht die Klausel, nach der die Bekl. nur die rechtzeitige, ordnungsgemäße Ablieferung der Ware an das Transportunternehmen schuldet, zum Nachteil des Kunden vom Leistungsort des § 269 BGB und der Regelung des § 446 BGB ab, nach der die Gefahr nicht schon mit der Übergabe an das Transportunternehmen, sondern erst mit der Übergabe an den Käufer auf diesen übergeht. Darin liegt eine i.S.d. § 307 I 1, 2, II Nr. 1 und 2 BGB unangemessene Benachteiligung des Kunden, weil **ein sachlicher Grund für die Abweichung nicht gegeben** ist.*

Soweit die Klausel darüber hinaus bestimmt, dass die Bekl. für vom Transportunternehmen verursachte Verzögerungen nicht verantwortlich ist, schließt sie bei vereinbarter Bringschuld entgegen §§ 278, 280 I BGB – ebenfalls in sachlich nicht gerechtfertigter Weise – die Verantwortung der Bekl. für den Transport der Kaufsache aus; auch insoweit ist § 4 I AGB Online-Shop wegen unangemessener Benachteiligung des Vertragspartners der Bekl. unwirksam (§ 307 I 1, II Nr. 1 und 2 BGB). Darüber hinaus verstößt der Haftungsausschluss gegen das Klauselverbot des § 309 Nr. 7 lit. b BGB. ...“ (BGH aaO)

IV. Ergebnis

Die Regelung in § 4 Abs. 1 AGB Online-Shop, nach der die Bekl. nur die rechtzeitige, ordnungsgemäße Ablieferung der Ware an das Transportunternehmen schuldet und für vom Transportunternehmen verursachte Verzögerungen nicht verantwortlich ist, hält der Inhaltskontrolle nach §§ 307 ff. BGB nicht stand. Es besteht ein Anspruch darauf, diese Klausel nicht weiter zu verwenden.

BGB Verjährungshemmung bei Instandhaltungspflichtverletzung ZivilR
§ 204 I Nr. 1 (vorläufig bezifferte Schadensersatzklage)

(BGH in NZM 2014, 242; Urteil vom 08.01.2014 – XII ZR 12/13)

1. Die kurze Verjährungsfrist des § 548 I BGB gilt auch für die Ansprüche des Vermieters auf Erfüllung der vom Mieter vertraglich übernommenen Instandsetzungs- und Instandhaltungspflicht und auf Schadensersatz wegen deren Nichterfüllung.
2. Die Verjährungsfrist eines wegen Nichterfüllung der vertraglich übernommenen Instandsetzungs- und Instandhaltungspflicht auf §§ 280 I, III, 281 I BGB gestützten Schadensersatzanspruchs beginnt gem. § 548 I 2 BGB bereits mit Rückgabe der Mietsache zu laufen, ohne dass es darauf ankommt, ob der Anspruch zu diesem Zeitpunkt bereits entstanden ist.
3. Eine wirksame Klageerhebung hemmt die Verjährung auch dann, wenn zum Zeitpunkt der Klageerhebung – von der Sachbefugnis abgesehen – noch nicht alle Anspruchsvoraussetzungen vorliegen, etwa eine für einen Schadensersatzanspruch nach § 281 I 1 BGB erforderliche Fristsetzung noch fehlt.

A. Grundlagenwissen: Hemmung der Verjährung

Während früher zwischen der Hemmung und der Unterbrechung der Verjährung unterschieden wurde (Hemmung: Zeit wird nicht mitgerechnet; Unterbrechung: Frist beginnt neu zu laufen) ist nunmehr grundsätzlich nur noch die Hemmung von Verjährungsfristen vorgesehen. Lediglich in § 212 BGB ist ein Neubeginn der Verjährung vorgesehen bei Anerkennung oder Vollstreckungshandlung.

- I. Bei Rechtsverfolgung wird die Verjährung gem. § 204 I Nr. 1 BGB grundsätzlich erst mit Rechtshängigkeit gehemmt, d.h. mit Zustellung der Klage an den Klagegegner. Ist Prozesskostenhilfe beantragt, so muss das Gericht aber erst über die Gewährung der Prozesskostenhilfe entscheiden, bevor die Klage zugestellt wird. Da hierbei einige Zeit verstreichen kann, sieht § 204 I Nr. 14 BGB vor, dass die Verjährung auch durch die Stellung eines Prozesskostenhilfeantrags gehemmt wird.
- II. Soweit die Parteien Verhandlungen über den Anspruch oder die anspruchsbegründenden Tatsachen führen, ist die Verjährung nach § 203 BGB gehemmt. Mit dieser Norm wollte der Gesetzgeber die Verhandlungsbereitschaft der Parteien fördern, damit Verhandlungen nicht – wie zuvor – bei drohendem Verjährungseintritt durch Klageerhebung abgebrochen werden müssen. Die Hemmung hält dabei so lange an, bis ein Teil die Fortführung der Verhandlungen verweigert.
- III. Verzichtet der Gläubiger vorübergehend auf die Geltendmachung seines Anspruchs, so sollen ihm hieraus im Hinblick auf die Verjährung keine Nachteile erwachsen. Für die Dauer des vereinbarten Leistungsverweigerungsrechts ist die Verjährung daher nach § 205 BGB gehemmt.
- IV. Die Berufung auf die Einrede der Verjährung kann rechtsmissbräuchlich sein. Hat eine Partei den Gegner im Vertrauen bestärkt, auch ohne Klage zum Recht zu kommen und ihn dadurch von der rechtzeitigen Klageerhebung abgehalten, kann die spätere Erhebung der Verjährungseinrede unter Berücksichtigung aller Umstände nach § 242 BGB ein Verstoß gegen Treu und Glauben sein

B. Verjährungshemmung durch vorläufig bezifferte Schadensersatzklage (vgl. BGH in NJW 2014, 920)

Fall: Die Kl. macht gegenüber den Bekl. Ansprüche wegen nicht durchgeführter Instandsetzungs- und Instandhaltungsmaßnahmen nach beendetem Mietverhältnis geltend. Mit Vertrag vom 12.01.1999 und Zusatzvertrag vom 27.01.2000 vermietete die Kl. die drei jeweils mit Werkhallen bebauten streitgegenständlichen Gewerbegrundstücke an die Rechtsvorgängerinnen der Bekl. zu 1. Die Bekl. zu 2 unterzeichnete den Mietvertrag (MV) als „Haftende“ auf Mieterseite. In § 11 MV war unter anderem Folgendes vereinbart:

§ 11

(1) ...

- (2) Die Mieter sind verpflichtet, alle Unterhaltungs- und Instandhaltungsarbeiten einschließlich der Außenanlagen und Einfriedung auszuführen, auch soweit Unterhaltungs- bzw. Instandsetzungsbedarf bereits bei Beginn des Mietverhältnisses besteht (Instandhaltung von Dach und Fach). (...)
- (3) Soweit bei Beendigung des Mietverhältnisses der vorstehenden Verpflichtungen entsprechende Arbeiten ausstehen, sind diese vor Rückgabe der Mietsache fachgerecht durchzuführen.

Mit Schreiben vom 30.09.2008 kündigten die Mieterinnen den Vertrag zum 31.03.2009. Zwei Grundstücke erhielt die Kl. am 29.06.2009 zurück, das dritte am 31.10.2009. Nach Auffassung der Kl. standen Instandsetzungsarbeiten in erheblichem Umfang aus. Im November 2009 hat die Kl. daher – gestützt auf das Gutachten eines Sachverständigen – gegen die Bekl. Klage beim LG erhoben und mit dieser einen Kostenvorschuss, hilfsweise Schadensersatz von 355.483,00 EUR zuzüglich Mehrwertsteuer (insgesamt 423.024,77 EUR) verlangt. Im Juli 2010 hat sie die Klage um weitere Hilfsanträge erweitert. Diese waren auf Verurteilung zur Durchführung der in dem Gutachten genannten Arbeiten und auf Feststellung gerichtet, dass die Bekl. die sich aus der Durchführung dieser Arbeiten ergebenden, die Klageforderung übersteigenden Kosten zu tragen hätten.

Das LG Kiel (Urt. v. 04.11.2010 – 13 O 166/09, BeckRS 2014, 03064) hat die Klage abgewiesen. Im Berufungsrechtszug hat die Kl. den Vorschussanspruch nicht weiter verfolgt, sondern Schadensersatz (355.483,00 EUR) sowie die Feststellung begehrt, dass die Bekl. ihr auch die über diesen Betrag hinausgehenden Kosten für die im Gutachten aufgeführten Arbeiten erstatten müssten. Außerdem hat die Kl. hilfsweise die Verurteilung der Bekl. zur Durchführung dieser Arbeiten beantragt. Die Bekl. rügen Verjährung. Zu Recht?

Die von der Kl. geltend gemachten Instandsetzungsansprüche bzw. die Ansprüche wegen deren Nichterfüllung könnten nach § 548 I BGB verjährt sein.

I. Bestehen der Instandsetzungsansprüche

„Revisionsrechtlich nicht zu beanstanden ist allerdings, dass das BerGer. die in § 11 MV enthaltene **Verpflichtung der Mieter** zur Durchführung der – auch Dach und Fach betreffenden und bereits bei Beginn des Mietverhältnisses erforderlichen – Unterhaltungs- und Instandsetzungsmaßnahmen als **einzelvertragliche Vereinbarung** im vorliegenden Fall für **wirksam** befunden hat (vgl. Senat, BGHZ 151, 53 [62 f.] = NJW 2002, 2383 [2384] = NZM 2002, 655).“ (BGH aaO)

II. Verjährungsfrist für Instandsetzungsansprüche bzw. der Ansprüche wegen deren Nichterfüllung

Die geltend gemachten Ansprüche könnten nach § 548 I BGB verjährt sein. Danach verjähren die Ersatzansprüche des Vermieters wegen Veränderungen oder Verschlechterungen der Mietsache verjähren in sechs Monaten. Die Verjährung beginnt mit dem Zeitpunkt, in dem er die Mietsache zurückerhält.

1. Geltung der Regelung für vertraglich vereinbarte Instandhaltungspflicht

Zunächst ist fraglich, ob § 548 I BGB, der im vorliegenden Fall gem. Art. 229 § 6 I 1 EGBGB Anwendung findet, auch für die streitgegenständlichen Ansprüche des Vermieters auf Erfüllung der vom Mieter vertraglich übernommenen Instandhaltungspflicht bzw. auf Schadensersatz wegen deren Nichterfüllung gilt.

„[Die] Regelung des § 548 I BGB soll zwischen den Parteien des Mietvertrags eine rasche Auseinandersetzung gewährleisten und eine **beschleunigte Klarstellung der Ansprüche wegen des Zustands der überlassenen Sache bei Rückgabe** erreichen. Die Rechtsprechung hat den Anwendungsbereich des § 548 BGB weit ausgedehnt. So unterfallen unter anderem Ansprüche auf **Wiederherstellung des ursprünglichen Zustands** der Mietsache ebenso der kurzen Verjährung des § 548 BGB wie Ansprüche wegen einer **vertraglich übernommenen Instandsetzungs- und Instandhaltungspflicht**. Ferner erfasst § 548 I BGB sämtliche Schadensersatzansprüche des Vermieters, die ihren Grund darin haben, dass der Mieter die Mietsache als solche zwar zurückgeben kann, diese sich aber **nicht in dem bei der Rückgabe vertraglich geschuldeten Zustand** befindet (Senat, NJW 2010, 2652 = NZM 2010, 621 Rn. 12 m.w.N.; BGH, NJW 1980, 389 [390]; auch Streyll in Schmidt-Futterer, Mietrecht, 11. Aufl., § 548 Rn. 13, 19, 25 m.w.N.).“ (BGH aaO)

§ 548 I BGB ist daher auf die geltend gemachten Ansprüche grundsätzlich anwendbar.

2. Beginn der Verjährungsfrist

Für die Ansprüche nach § 548 I BGB ist vorgesehen, dass die Verjährung mit der Rückgabe der Mietsache beginnt. Fraglich ist jedoch, ob dies auch gilt, wenn es um die Geltendmachung von Schadensersatzansprüche geht, deren Voraussetzungen zum Zeitpunkt der Rückgabe noch gar nicht vorliegen, ob die Verjährung eines unter § 548 I BGB fallenden Anspruchs also zu laufen beginnen kann, bevor der Anspruch selbst vollumfänglich entstanden ist.

„Ebenfalls zutreffend ist die Auffassung des BGH, dass die Verjährung auch des auf §§ 280 I, III, 281 I BGB gestützten Schadensersatzanspruchs bereits mit Rückgabe der Mietsache zu laufen begonnen hat, ohne dass es darauf ankommt, ob der Anspruch zu diesem Zeitpunkt bereits entstanden war. Denn mit § 548 I 2 BGB ist i.S.d. § 200 S. 1 BGB ein anderer Verjährungsbeginn als der der Entstehung des Anspruchs bestimmt (BGH, NJW 2006, 1588 = NZM 2006, 503 Rn. 9). Daher kann der Schadensersatzanspruch wegen Nichterfüllung der vom Mieter vertraglich übernommenen Instandsetzungs- und Instandhaltungspflicht bereits verjährt sein, bevor die gem. § 281 I 1 BGB erforderliche Fristsetzung durch den Vermieter erfolgt ist.“ (BGH aaO)

Die Verjährungsfrist für den Schadensersatzanspruch des Kl. hat daher mit Rückgabe der Mietsache am 29.06.2009 bzw. am 31.10.2009 begonnen.

3. Ablauf der Verjährungsfrist

Die geltend gemachten Ansprüche wären daher am 29.12.2009 bzw. am 30.04.2009 verjährt.

III. Hemmung der Verjährung durch Klageerhebung

Der Lauf der Verjährungsfrist könnte jedoch durch die im November 2009 erhobene Klage nach § 204 I Nr. 1 BGB gehemmt worden sein.

1. Vorschussklage mit Hilfsantrag auf Schadensersatz

Der Kl. hatte allerdings zunächst einen Antrag auf Verurteilung der Bekl. zur Vorschusszahlung gestellt und nur hilfsweise einen Schadensersatzanspruch geltend gemacht.

*„[Für] die verjährungshemmende Wirkung einer Klage ist die **prozessuale Gestaltung als Haupt- oder Hilfsantrag unschädlich** (BGH, NJW 1997, 3164 [3165]; Senat, NJW-RR 1994, 514 [515]; MüKo-BGB/Grothe, 6. Aufl., § 204 Rn. 6).“ (BGH aaO)*

Die hilfsweise Geltendmachung des Schadensersatzanspruchs steht einer Verjährungshemmung somit nicht entgegen.

2. Schadensersatzklage vor Vorliegen der Voraussetzungen

Der Hemmungswirkung könnte jedoch entgegenstehen, dass zum Zeitpunkt der (hilfsweisen) Geltendmachung des Schadensersatzanspruchs dessen Voraussetzungen noch nicht vorlagen, weil noch keine Fristsetzung erfolgt war, die nach §§ 280 I, III, 281 BGB Anspruchsvoraussetzung ist.

*„Nach § 204 I Nr. 1 Alt. 1 BGB wird die Verjährung durch die Erhebung einer Leistungsklage gehemmt. Dem liegt der **Rechtsgedanke** zu Grunde, dass der Gläubiger durch aktives Betreiben seines Anspruchs seinen **Rechtsverfolgungswillen** so **deutlich** macht, dass der **Schuldner gewarnt** wird und sich auf eine Erfüllung auch nach Ablauf der ursprünglichen Verjährungsfrist einstellen muss. Dabei ist zwar nur die **wirksam erhobene Leistungsklage** geeignet, die Verjährung zu hemmen, weil die unwirksame Klage, die insbesondere den Mindestanforderungen des § 253 II ZPO nicht entspricht, nicht als Klage im Sinne des Gesetzes angesehen werden kann.*

*Im Gegensatz dazu **löst** aber eine wirksame, wenn auch **mit Fehlern behaftete Klageschrift die Hemmung aus**, gleich ob sie unzulässig oder unbegründet ist. Denn auch sie macht für den Schuldner den Rechtsverfolgungswillen des Gläubigers deutlich (BGH, NJW 2012, 2180 = FamRZ 2012, 1296 Rn. 16 f.; Senat, NJW-RR 1994, 514 [515]). Nach ständiger Rechtsprechung entfaltet die wirksame Klageerhebung ihre **verjährungshemmende Wirkung** daher auch dann, wenn zum Zeitpunkt der Klageerhebung – von der Sachbefugnis abgesehen – noch **nicht alle Anspruchsvoraussetzungen vorliegen** (BGHZ 172, 42 = NJW 2007, 1952 = NZM 2007, 403 Rn. 43 [zum Mahnbescheidsantrag]; BGH, NJW-RR 2003, 784; NJW 1999, 2115; vgl. auch Erman/Schmidt-Rantsch, BGB, 13. Aufl., § 204 Rn. 3; Palandt/Ellenberger, BGB, 73. Aufl., § 204 Rn. 5).“ (BGH aaO)*

3. Umfang der Verjährungshemmung

Fraglich ist jedoch, ob die Verjährung der streitgegenständlichen Schadensersatzansprüche nur insoweit gehemmt war, als diese mit der Klage geltend gemacht wurden.

*„Die verjährungshemmende Wirkung ist vorliegend hinsichtlich des Schadensersatzanspruchs **nicht auf den bei Klageerhebung bezifferten Betrag** (mit oder ohne Mehrwertsteuer) beschränkt, so dass der darüber hinausgehende, derzeit mit dem Feststellungsantrag verfolgte Anspruch ebenfalls nicht verjährt ist.*

*Zwar erstreckt sich die Hemmung bei einer „verdeckten Teilklage“, das heißt einer solchen, bei der weder für die Beklagtenseite noch für das Gericht erkennbar ist, dass die bezifferte Forderung nicht den Gesamtschaden abdeckt, nur auf den geltend gemachten Anspruch im beantragten Umfang. Etwas anderes gilt für die Anwendung des § 204 I Nr. 1 BGB auf Schadensersatzansprüche aber, wenn **mit der Klage von Anfang an ein bestimmter Anspruch in vollem Umfang geltend gemacht** wird und sich dann Umfang und Ausprägung des Klageanspruchs ändern, nicht aber der Anspruchsgrund. Der Schadensersatzkläger **klagt dann nicht eine Geldsumme, sondern den Schaden ein** und unterbricht damit die Verjährung der Ersatzforderung in ihrem betragsmäßig wechselnden Bestand. Für die **endgültige Bemessung des Schadens** ist der **Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung** maßgebend, auf Grund derer das Urteil ergeht, so dass dem Umfang der Verjährungswirkung daher durch den ursprünglich bezifferten Leistungsantrag keine Grenzen gezogen werden (BGHZ 151, 1 = NJW 2002, 2167 [2168]).“ (BGH aaO)*

Im vorliegenden Fall wurde von Anfang an ausreichend deutlich gemacht, dass der **gesamte** für die nachzuholenden Instandsetzungsarbeiten erforderlichen **Betrag als Schadensersatz begehrt** wird und diesen auf der Grundlage des vorgerichtlichen Gutachtens, das die angegebenen Kosten als „**grob geschätzt**“ bezeichnete, vorläufig beziffert hatte.

„Damit wurde die Verjährung auch für über den Klageantrag hinausgehende Beträge gehemmt, soweit diese ebenfalls auf dem Anspruchsgrund der nicht von Mieterseite ausgeführten Arbeiten beruhen.“ (BGH aaO)

IV. Ergebnis

Durch die Klageerhebung im November 2009 wurde die Verjährung der Instandsetzungsansprüche bzw. der Ansprüche wegen deren Nichterfüllung gehemmt. Die Einrede Verjährung greift daher nicht.

Erpressung
Androhung eines empfindlichen Übels gegenüber der StA
 (OLG Hamm in StV 2014, 294; Beschluss vom 21.05.2013 – 3 RVs 20/13)

Die **gegenüber Beamten der Staatsanwaltschaft ausgesprochene Drohung, Beweismittel** im Falle der Nichtzahlung eines hierfür geforderten "Kaufpreises" **nicht herauszugeben**, ist **keine Drohung mit einem "empfindlichen" Übel** i. S. des § 253 I StGB, denn der **Staat ist durch eine solche Drohung nicht "erpressbar"**.

Fall: Der Angekl. hatte als Rechtsanwalt einen Mandanten vertreten, der im Besitz diverser Aktenordner mit Unterlagen war, die als potenzielle Beweismittel in einem umfangreichen Umweltstrafverfahren in Betracht kamen. Im Auftrag seines Mandanten trat der Angekl. an die zuständige Staatsanwaltschaft (StA) heran und bot dort die Unterlagen zum Kauf an. Die StA ging auf das Angebot jedoch nicht ein. Stattdessen beantragte die StA Durchsuchungsbeschlüsse u. a. für die Kanzlei des Angekl. wegen des Vorwurfs der Beihilfe zur versuchten Erpressung. Im weiteren Verlauf gelang es der StA, die Identität des Mandanten zu ermitteln und die Unterlagen bei ihm zu beschlagnahmen.

Zu prüfen ist eine Strafbarkeit des Angekl. wegen **Beihilfe zur versuchten Erpressung nach §§ 253, 22, 27 StGB**.

Dies setzt zunächst das Vorliegen einer **Drohung mit einem Übel i. S. des § 253 I StGB** voraus.

- I. Das **angedrohte Übel** - die Nichtherausgabe der Aktenordner im Falle der Nichtzahlung eines „Kaufpreises“ - war indes **kein „empfindliches“ Übel i. S. des § 253 I StGB**: „Empfindlich“ ist ein Übel nur dann, wenn der angedrohte Nachteil von solcher Erheblichkeit ist, dass seine Ankündigung geeignet erscheint, den Bedrohten im Sinne des Täterverlangens zu motivieren (BGHSt 31, 195).

Hierbei handelt es sich um eine **normative Tatbestandsvoraussetzung**, die entfällt, wenn von dem Bedrohten in seiner Lage erwartet werden kann, dass er der Drohung in besonnener Selbstbehauptung standhält (BGHSt 31, 195; BGH NStZ 1992, 278; vgl. auch BGHSt 32, 165). Ergibt die normative Prüfung, dass von dem Bedrohten ein Standhalten in diesem Sinne erwartet werden kann, ist eine gleichwohl von dem Bedrohten faktisch empfundene Zwangswirkung für die Tatbestandsverwirklichung irrelevant.

- II. Richtet sich die **Drohung gegen einen Amtsträger** und wird dieser auch gerade in dieser Eigenschaft bedroht, ist bei der Prüfung, ob von ihm ein Standhalten erwartet werden kann, seine **Pflichtenstellung zu berücksichtigen** (so entsprechend BGHSt 32, 165, für den Straftatbestand der Nötigung von Verfassungsorganen, § 105 StGB).

„Im vorliegenden Fall konnte von den mit dem „Kaufangebot“ des Angekl. konfrontierten Vertretern der Staatsanwaltschaft erwartet werden, dass sie der Ankündigung, die Aktenordner im Falle der Nichtzahlung eines „Kaufpreises“ nicht herauszugeben, in besonnener Selbstbehauptung standhielten. Dabei kommt es nicht darauf an, welche Möglichkeiten und Chancen im vorliegenden Einzelfall für die Staatsanwaltschaft bestanden, auch ohne die Zahlung eines „Kaufpreises“ in den Besitz der Aktenordner zu gelangen, oder welche konkreten Vorstellungen der Angekl. hierzu hatten. Entscheidend sind vielmehr grundsätzliche Erwägungen.“ (BGH aaO)

1. Befinden sich Gegenstände, die als Beweismittel für die Untersuchung von Bedeutung sein können, in dem Gewahrsam einer Person, die zu ihrer Herausgabe entweder überhaupt nicht oder - wie im vorliegenden Falle - nur unter Bedingungen bereit ist, stellt die Strafprozessordnung in den **§§ 94 ff StPO** ein ausdifferenziertes Instrumentarium zur Verfügung, dass die **Auffindung und die anschließende Sicherstellung der potentiellen Beweismittel ermöglichen soll**.

*„Dabei ermöglichen die **gesetzlichen Regelungen** nicht nur ein Vorgehen gegen den Beschuldigten in einem Strafverfahren, sondern auch gegen Personen, die nicht im Verdacht stehen, eine Straftat begangen zu haben (vgl. z. B. § 103 StPO). Ist im konkreten Einzelfall eine Auffindung und Sicherstellung der Beweismittel mit diesem Instrumentarium nicht möglich, ist die damit einhergehende Gefahr, dass ein Sachverhalt nicht vollständig aufgeklärt werden kann, hinzunehmen. Sie ist in einem **Rechtsstaat**, dessen Strafprozessrecht der Gedanke einer „Sachverhaltsaufklärung um jeden Preis“ nur fremd sein kann, systemimmanent. Damit ist auch für eine Zwangseignung der Drohung, Beweismittel nicht oder nur unter bestimmten Bedingungen herauszugeben, und damit für eine „Erpressbarkeit“ der Beamten der Staatsanwaltschaft mit einer solchen Drohung in normativer Hinsicht kein Raum.“* (BGH aaO)

2. Dem kann nicht entgegengehalten werden, dass im Einzelfall ein **besonderes Interesse der Öffentlichkeit** an der Aufklärung eines strafrechtlich relevanten Sachverhaltes bestehen kann, aufgrund dessen die Staatsanwaltschaft sich in einer Fallkonstellation wie der vorliegenden einem faktischen Druck ausgesetzt sehen kann.

*„Denn zum einen ist es die Pflicht der Beamten der Staatsanwaltschaft, ihren Dienst allein nach Recht und Gesetz und unabhängig von einem etwaigen Druck der öffentlichen Meinung zu versehen. Zum anderen würde eine Staatsanwaltschaft, die sich der Forderung eines Einzelnen, ihm Geld für die Herausgabe von Beweismitteln zu zahlen, beugt, ihre eigene **Glaubwürdigkeit** und das **Vertrauen der Bürger in die Standfestigkeit und die „Nichterpressbarkeit“ staatlicher Institutionen** in einem wehrhaften demokratischen Rechtsstaat nachhaltig beeinträchtigen (vgl. hierzu auch BGHSt 32, 165).*

*In besonders gelagerten Ausnahmefällen mag zwar auch in normativer Hinsicht eine Zwangseignung der Drohung, Beweismittel nicht oder nur unter bestimmten Bedingungen herauszugeben, möglicherweise zu bejahen sein. In Betracht kommen namentlich Fälle (allerdings wohl eher theoretischer Natur), in denen die Nichterlangung der Beweismittel nicht nur eine **Erschwerung der Aufklärung eines strafrechtlich relevanten Sachverhaltes**, sondern zugleich auch **schwerwiegende Schäden für das Gemeinwesen** oder für einzelne Bürger nach sich zöge (vgl. in diesem Zusammenhang auch BGHSt 32, 165).“ (BGH aaO)*

(BGH in NJW 2014, 1192; Urteil vom 22.02.2014 – 2 StR 479/13)

Der **subjektive Tatbestand der Rechtsbeugung** setzt **mindestens bedingten Vorsatz** hinsichtlich eines Verstoßes gegen geltendes Recht sowie der Bevorzugung oder Benachteiligung einer Partei voraus.

A. Grundlagenwissen: Der objektive Tatbestand der Rechtsbeugung

§ 339 StGB schützt die **Rechtspflege** in Form der **richtigen und unparteiischen Rechtsprechung**.

I. Nach der **objektiven Theorie** ist der objektive Tatbestand des § 339 StGB stets dann erfüllt, wenn der Richter das Recht objektiv falsch anwendet. Verlangt wird das Vorliegen eines eindeutigen Rechtsverstoßes. Eine noch vertretbare Auslegung stellt nach den Vertretern dieser Auffassung noch keine Rechtsbeugung sein.

OLG Bremen NSTZ 1986, 120; KG NSTZ 1988, 557; LG Berlin MDR 1995, 191; Bemmann GA 1969, 65; ders. JZ 1995, 123; Spindel in GS Radbruch, 1968, 312; i.Erg. wohl auch OGHSt 2, 23; OLG Düsseldorf NJW 1990, 1374; Müller NJW 1980, 2390; Seebode JR 1994, 1; BGH NSTZ 1988, 218

II. Dagegen verlangt die **subjektive Theorie**, dass die Rechtsanwendung in bewusstem Widerspruch zur Überzeugung des Richters steht.

Mohrbotter JZ 1969, 491; Sarstedt in FS Heinitz, 1972, S. 42; v. Weber NJW 1950, 272

III. Einen vermittelnden Standpunkt nimmt die sog. **Pflichtverletzungstheorie** ein: Sie stellt vor allem auf den regelrechten Verlauf der Entscheidungsfindung ab, sieht also auch vertretbare Urteile als Rechtsbeugung an, wenn sie aus sachfremden Erwägungen entstehen.

grdl. Rudolphi ZStW 82 (1970), ZSTW Jahr 1970 Seite 610ff.; ebenso i.Erg. Behrendt JuS 1989, JUS Jahr 1989 Seite 945ff.; Fischer DÖD 1987, 41; Geppert Jura 1981, 78; Kühl/Heger JZ 2002,202; Schreiber GA 1972, 196

B. Die Verwirklichung des subjektiven Tatbestands bei der Rechtsbeugung (BGH in NJW 2014, 1192)

Fall: Der Angekl., der u. a. als Strafrichter in Bußgeldsachen eingesetzt war, monierte in der Zeit vor 2005 mehrfach gegenüber Bußgeldbehörden, in Verfahren wegen Überschreitung der zulässigen Höchstgeschwindigkeit oder des zulässigen Fahrzeughöchstgewichts sei der Akte weder ein Messprotokoll noch der Eichschein für das bei der Feststellung der Ordnungswidrigkeit verwendete Messgerät beigelegt. Er teilte den Bußgeldbehörden mit, im Hinblick auf seine – des Angekl. – hohe Belastung werde er diese Praxis nicht mehr hinnehmen; wenn die genannten Protokolle nicht vorgelegt würden, sei „in Zukunft mit anderen Entscheidungen zu rechnen“. In den Jahren 2006 bis 2008, sprach er, nachdem weiterhin entsprechende Beweisurkunden in Bußgeldakten nicht vorhanden waren, in einer Vielzahl von Fällen Betroffene durch Beschluss gem. § 72 OWiG frei. Er begründete dies jeweils damit, die Richtigkeit der behördlichen Messung sei auf Grund der Unvollständigkeit der Akte für das Gericht nicht nachprüfbar; hieraus folge ein Verfahrenshindernis.

Das OLG Jena hob in einer Reihe von Fällen auf die Rechtsbeschwerde der StA derartige Beschlüsse auf und verwies die Sachen an das AG zurück. Der Angekl. hielt sich in diesen Fällen an die Vorgaben des OLG und behandelte die Sachen nach Zurückverweisung ordnungsgemäß. In den sechs Fällen, die Gegenstand der Anklage sind, sprach der Angekl. im Jahr 2011 wiederum durch Beschluss verschiedene Betroffene von Vorwürfen der Überschreitung der zulässigen Höchstgeschwindigkeit, der Missachtung des Rotlichts einer Lichtzeichenanlage oder der Überschreitung des zulässigen Fahrzeughöchstgewichts mit der Begründung frei, bei den Akten befände sich entweder kein Messprotokoll oder kein Eichschein. Zur Begründung führte er u. a. aus, das OLG habe bei seinen früheren Entscheidungen die Funktion der gerichtlichen Aufklärungspflicht verkannt und die Rollen von Ermittlungsbehörden und Gericht vertauscht. Die Mängel der behördlichen Aktenführung seien nicht vom Gericht zu beheben; dieses habe vielmehr den Betroffenen prozessuale „Waffengleichheit“ mit den Bußgeldbehörden zu gewähren.

Zu prüfen ist, ob der Angekl. als Bußgeldrichter wegen **Nichterfüllung der Aufklärungspflicht** und **unzutreffender Behauptung eines Verfahrenshindernisses als Freispruchungsgrund** nicht nur **objektiv den Tatbestand der Rechtsbeugung erfüllt** hat, sondern auch, ob der subjektive Tatbestand gegeben ist.

- I. Ein Richter macht sich **wegen Rechtsbeugung strafbar**, wenn
- er bei der Entscheidung einer Rechtssache **vorsätzlich das Recht falsch anwendet** und
 - dadurch **einem Verfahrensbeteiligten zu Unrecht einen Vor- oder Nachteil verschafft**.
- II. **Tathandlung** i. S. v. § 339 StGB ist die **Verletzung von Recht und Gesetz** und setzt eine **Rechtsanwendung** voraus, die im Ergebnis nicht vertretbar ist.

*„Diese Voraussetzung hat das LG rechtsfehlerfrei bejaht, denn die Annahmen des Angekl., im Bußgeldverfahren gelte die Aufklärungspflicht nicht oder nur eingeschränkt, aus dem Fehlen einzelner Beweisurkunden ergebe sich ein Verfahrenshindernis und bei dessen Vorliegen sei durch Beschluss freizusprechen, entbehren einer rechtlichen Grundlage und waren unvertretbar. Ebenso rechtsfehlerfrei ist das LG davon ausgegangen, dass hier jeweils unzweifelhaft die **Tatbestandsvoraussetzung der Bevorzugung einer Partei** gegeben wäre.“ (BGH aaO)*

1. Der Tatbestand der Rechtsbeugung bedarf darüber hinaus nach der st. BGH-Rspr. insoweit einer Einschränkung, als eine **„Beugung des Rechts“ nicht schon durch jede (bedingt) vorsätzlich begangene Rechtsverletzung verwirklicht** wird.

vgl. BGHSt 41, 247 = NJW 1995, 3324 = NSTz 1996, 86; BGHSt 47, 105 = NJW 2001, 3275 = NSTz 2001, 651; BGH NSTz-RR 2010, 310

Vielmehr wird vorausgesetzt, dass der **Richter „sich bewusst in schwerwiegender Weise von Recht und Gesetz entfernt“**.

vgl. BGHSt 38, 381 = NJW 1993, 605 = NSTz 1993, 540; BGHSt 40, 169 [178] = NJW 1994, 3238 = NSTz 1994, 437; BGHSt 40, 272 = NJW 1995, 64 = NSTz 1995, 31; BGHSt 42, 343 = NJW 1997, 1452 = NSTz 1997, 439; BGHSt 43, 183 = NJW 1998, 248; BGHSt 47, 105 = NJW 2001, 3275 = NSTz 2001, 651; BGH NSTz 2013, 648; NSTz 2013, 655

*„Diese Differenzierung zwischen **Rechtsverstoß** und **„Beugung des Rechts“** in objektiver Hinsicht, **bedingtem Vorsatz** und **„bewusster Entfernung von Recht und Gesetz“** in subjektiver Hinsicht enthält, entgegen in der Lit. erhobener Kritik, keinen Widerspruch, wenn für die praktische Anwendung des Tatbestands hinsichtlich der Tatbestandsvoraussetzung der Verletzung einer Rechtsnorm bedingter Vorsatz ausreicht und für die Schwerebeurteilung die Bedeutung der verletzten Rechtsvorschrift maßgebend ist.“ (BGH aaO)*

2. Der Täter des § 339 I StGB muss also einerseits die **Unvertretbarkeit seiner Rechtsansicht** zumindest **für möglich gehalten und billigend in Kauf genommen** haben; andererseits muss er sich der grundlegenden Bedeutung der verletzten Rechtsregel für die Verwirklichung von Recht und Gesetz bewusst gewesen sein (vgl. MüKo-StGB/Uebele, 2. Aufl., § 339 Rn 64). **Bedingter Vorsatz reicht** für das Vorliegen eines Rechtsverstößes **aus**; Bedeutungskennntnis im Sinn direkten Vorsatzes ist hinsichtlich der Schwere des Rechtsverstößes erforderlich.

*„Diese Differenzierung trägt dem berechtigten Anliegen Rechnung, einerseits den **Verbrechenstatbestand der Rechtsbeugung nicht auf jede** – später möglicherweise aufgehobene oder als unzutreffend angesehene – **„nur“ rechtsfehlerhafte Entscheidung anzuwenden**, andererseits aber ein **sachwidriges Privileg für Richter auszuschließen**, die unter bedingt vorsätzlicher Anwendung objektiv unvertretbarer Rechtsansichten bei der Entscheidung von Rechtssachen Normen verletzen, deren grundlegende – materiell-rechtliche oder verfahrensrechtliche – Bedeutung für die Rechtsordnung im Allgemeinen oder für die zu entscheidende Sache ihnen bewusst ist.“ (BGH aaO)*

3. Allein der **Wunsch oder die Vorstellung des Richters, „gerecht“ zu handeln oder „das Richtige“ zu tun, schließen eine Rechtsbeugung daher nicht aus** (vgl. BGHSt 32, 357 = NJW 1984, 2711; Fischer, StGB, 61. Aufl., § 339 Rn 11 d, 17; Matt/Renzikowski/ Sinner, StGB, 2013, § 339 Rn 30; SK-StGB/Stein/Rudolphi, 2011, § 339 Rn 19 a).

*„Jedenfalls bei der fehlerhaften Anwendung oder Nichtanwendung zwingenden Rechts ist es nicht erforderlich, dass der Richter entgegen seiner eigenen Überzeugung oder aus sachfremden Erwägungen handelt (zu Fällen einer Ermessensentscheidung vgl. BGHSt 44, 258 = NJW 1999, 1122). Verschließt er sich, obgleich er die Unvertretbarkeit seiner Ansicht erkennt oder für möglich hält, der Erkenntnis des rechtlich Gebotenen, so unterliegt er einem **unbeachtlichen Subsumtionsirrtum**, wenn er gleichwohl sein Handeln für „gerecht“ hält, etwa weil er die gesetzliche Regelung selbst ablehnt oder ihre Anwendung im konkreten Fall für überflüssig hält (vgl. Schönke/Schröder, StGB, 28. Aufl., § 339 Rn 8; MüKo-StGB/Uebele, § 339 Rn 65; Seebode, Das Verbrechen der Rechtsbeugung, 1969, 106).“ (BGH aaO)*

GewO
§§ 33c, i**Widerruf einer gewerberechlichen Erlaubnis
Sofortvollzug als vorläufiges Berufsverbot**

POR

(VGH Mannheim in NVwZ-RR 2014, 302; Beschluss vom 10.12.2013 – 6 S 2112/13)

1. Die Anordnung des Sofortvollzugs des Widerrufs einer gewerberechlichen Erlaubnis (hier: Erlaubnis nach § 33 c GewO) kann sich als unverhältnismäßig darstellen, wenn sie zum Wegfall einer konkreten Chance zur Fortführung eines Betriebes führt.
2. Dies kommt einem behördlich verhängten vorläufigen Berufsverbot gleich. Für die Verhängung eines vorläufigen Berufsverbots würde nicht schon die hohe Wahrscheinlichkeit genügen, dass das Hauptsacheverfahren die Rechtmäßigkeit des Berufsverbots bestätigen wird. Vielmehr setzt sie gem. Art. 12 I GG i.V.m. dem Rechtsstaatsgebot die zusätzliche, auf Grund einer Gesamtwürdigung der Umstände des Einzelfalls vorzunehmende Feststellung voraus, dass sie schon **vor Rechtskraft des Hauptsacheverfahrens als Präventivmaßnahme zur Abwehr konkreter Gefahren für wichtige Gemeinschaftsgüter erforderlich** ist
3. Für ein hinreichendes Vollzugsinteresse müssten also **zusätzlich zur voraussichtlichen Rechtmäßigkeit der Verfügung** Anhaltspunkte für die Besorgnis vorliegen, der Ast. werde bei einem Aufschub der Vollziehung bis zur rechtskräftigen Entscheidung im Hauptsacheverfahren sein bisheriges Verhalten fortsetzen und die berechtigten Belange der **Allgemeinheit zusätzlich gefährden**.
4. Ist eine **Verfügung schon kraft Gesetzes** sofort vollziehbar, genügt für ein hinreichendes Vollzugsinteresse demgegenüber die voraussichtliche Rechtmäßigkeit der Verfügung

Fall: Der Ast. begehrte die Anordnung bzw. Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung seines Widerspruchs gegen eine Verfügung der Ag., mit der u.a. ihm erteilte gewerberechliche Erlaubnisse widerrufen wurden. Dem Ast. wurde von der Ag. am 19.08.1976 eine gaststättenrechtliche Erlaubnis zum Betrieb einer Schank- und Speisewirtschaft und am 04.03.1980 eine Erlaubnis zum gewerbsmäßigen Aufstellen von Gewinnspielgeräten erteilt. Die Städte X., Y. und Z. erteilten dem Ast. am 11.12.2003, 25.10.2005 und 13.08.2008 jeweils eine Erlaubnis zum Betrieb einer Spielhalle. Zum 31.03.2013 meldete der Ast. nach Übergabe der Gaststätte an seine Ehefrau den Gaststättenbetrieb bei der Ag. ab. Der vom Ast. gegründeten A., deren Geschäfte durch einen angestellten Geschäftsführer betrieben werden, ist am 16.08.2013 von der Stadt X. eine Erlaubnis zum gewerbsmäßigen Aufstellen von Gewinnspielgeräten erteilt worden. Diese Gesellschaft soll vom Ast. die Aufstellplätze in diversen Gaststätten übernehmen, sobald ihr für alle Aufstellplätze Geeignetheitsbestätigungen erteilt worden sind, was in zahlreichen Fällen schon erfolgt ist. Der Ast. will dann auf die Aufstellerlaubnis verzichten.

Mit rechtskräftigem Strafbefehl vom 04.12.2009 wurde der Ast. wegen Hinterziehung von Einkommen- und Gewerbesteuer im Zeitraum von 2004 - 2006 zu einer Geldstrafe von 360 Tagessätzen zu je 250,00 EUR verurteilt. Mit Schreiben vom 12.07.2010 leitete die Ag. ein Verfahren zum Widerruf der Aufstellerlaubnis und der Gaststätenerlaubnis ein. In den Jahren 2008 - 2013 wurden gegen den Ast. wiederholt rechtskräftige Bußgeldbescheide erlassen, u.a. wegen Verstößen im Zusammenhang mit dem Aufstellen von Gewinnspielgeräten, davon in vier Fällen wegen fehlender Geeignetheitsbestätigung, sowie wegen nicht rechtzeitiger Erfüllung von Erklärungspflichten im Zusammenhang mit der Erhebung von Vergnügungsteuer beim Betrieb von Gewinnspielgeräten, davon in einem Fall wegen nicht rechtzeitiger Abgabe der Vergnügungssteuererklärung. Derzeit sind weitere ordnungswidrigkeitenrechtliche Verfahren gegen den Ast. eingeleitet, u.a. wegen Verstößen im Zusammenhang mit dem Aufstellen von Gewinnspielgeräten. Außerdem ist gegen den Ast. ein Strafverfahren wegen des Verdachts der Hinterziehung von Einkommen- und Gewerbesteuer für das Jahr 2011 sowie wegen des Verdachts der Hinterziehung von Umsatzsteuer für die Jahre 2011, 2012 und 2013 (erstes Quartal) anhängig.

Mit der nicht Streitgegenständlichen Verfügung vom 08.07.2011 widerrief die Ag. die dem Ast. erteilte Gaststätenerlaubnis und die Aufstellerlaubnis. Mit Verfügung vom 31.07.2013 hob sie diese, nicht bestandskräftige Verfügung auf (Nr. 1 der Verfügung) und widerrief gleichzeitig (erneut) die Aufstellerlaubnis (Nr. 2) Dem Ast. wurde eine Abwicklungsfrist bis zum 26.08.2013 eingeräumt und nach Ablauf dieser Frist die Fortsetzung der erlaubnispflichtigen Tätigkeiten der Nr. 2 untersagt (Nr. 3). Für die Regelung der Nr. 2 wurde die sofortige Vollziehung angeordnet (Nr. 4). Weiter wurde für den Fall, dass der Ast. die unter Nr. 3 untersagten Tätigkeiten nach dem 26.08.2013 noch ausüben sollte, unmittelbarer Zwang zB durch Versiegelung der Betriebsräume, angedroht (Nr. 5). Hiergegen legte der Ast. Widerspruch ein. Am 07.08.2013 hat er beim VG beantragt, die aufschiebende Wirkung seines Widerspruchs gegen Nr. 2 und 3 der Verfügung der Ag. vom 31.07.2013 wiederherzustellen und hinsichtlich Nr. 5 der Verfügung anzuordnen.

Wie wird das Gericht über die zulässigen Anträge entscheiden?

Das Gericht hat bei seiner Entscheidung über die Wiederherstellung bzw. Anordnung der aufschiebenden Wirkung eine Interessenabwägung vorzunehmen, deren Umfang von verschiedenen Erwägungen abhängt.

I. Abwägungskriterien

1. VA ist nach summarischer Prüfung rechtswidrig

„Das VG hat eine eigene Ermessensentscheidung darüber zu treffen, ob das Interesse an der sofortigen Vollziehung der angefochtenen Verfügung das **Aufschubinteresse des Ast.** überwiegt. Hierbei orientiert es sich unter anderem an den Erfolgsaussichten des Ast. im noch durchzuführenden Widerspruchsverfahren. Ergibt die hierbei vorzunehmende **summarische Prüfung** der Sach- und Rechtslage, dass die Verfügung voraussichtlich zu Lasten des Ast. rechtswidrig ist, fehlt es regelmäßig schon aus diesem Grund an einem **hinreichenden Vollzugsinteresse.**“ (VGH Mannheim aaO)

2. VA ist nach summarischer Prüfung rechtmäßig

Erweist sich der angefochtene Verwaltungsakt danach als voraussichtlich rechtmäßig, ist zu unterscheiden:

a) Anordnung des sofortigen Vollziehung

„Soweit die Ag. den **Sofortvollzug** der angegriffenen Verfügung **angeordnet** hat, also hinsichtlich des Widerrufs der Aufstellerlaubnis und der Spielhallenerlaubnisse, der verfügten Untersagung der entsprechenden Tätigkeiten und der Herausgabe hierauf bezogener Urkunden, kommt dies einem **behördlich verhängten vorläufigen Berufsverbot** gleich. Für die Verhängung eines vorläufigen Berufsverbots würde nicht schon die hohe Wahrscheinlichkeit genügen, dass das Hauptsacheverfahren die Rechtmäßigkeit des Berufsverbots bestätigen wird. Vielmehr setzt sie gem. Art. 12 I GG i.V.m. dem Rechtsstaatsgebot die zusätzliche, auf Grund einer Gesamtwürdigung der Umstände des Einzelfalls vorzunehmende Feststellung voraus, dass sie schon **vor Rechtskraft des Hauptsacheverfahrens als Präventivmaßnahme zur Abwehr konkreter Gefahren für wichtige Gemeinschaftsgüter erforderlich** ist (vgl. BVerfG, NJW 2003, 3618 = NVwZ 2004, 339 Ls.).

Für ein hinreichendes Vollzugsinteresse müssten also **zusätzlich zur voraussichtlichen Rechtmäßigkeit der Verfügung** Anhaltspunkte für die Besorgnis vorliegen, der Ast. werde bei einem Aufschub der Vollziehung bis zur rechtskräftigen Entscheidung im Hauptsacheverfahren sein bisheriges Verhalten fortsetzen und die berechtigten Belange der **Allgemeinheit zusätzlich gefährden** (vgl. VGH Mannheim, NVwZ-RR 2006, 395). Darüber hinaus ist zu beachten, dass effektiver Rechtsschutz (Art. 19 IV GG) nur dann gewährleistet ist, wenn für sofort vollziehbar erklärte Eingriffe in grundrechtlich gewährleistete Freiheiten noch einmal einer gesonderten – über die Beurteilung der zugrundeliegenden Verfügung hinausgehenden – **Verhältnismäßigkeitsprüfung** unterzogen werden. Es ist eine **Abwägung der Folgen**, die bei einem Aufschub der Maßnahmen für die Dauer des Rechtsstreits zu befürchten sind, und denjenigen, welche demgegenüber bei dem Ast. wegen des Sofortvollzugs eintreten würden, vorzunehmen (BVerfG, NJW 2003, 3618 = NVwZ 2004, 339 Ls.). Nur wenn auch diese zulasten des Ast. ausfällt, ist ein hinreichendes Vollzugsinteresse gegeben.“ (VGH Mannheim aaO)

b) gesetzlicher Wegfall der aufschiebenden Wirkung

„Soweit die angefochtene Verfügung schon kraft Gesetzes sofort vollziehbar ist (Nr. 10 der Verfügung), genügt für ein **hinreichendes Vollzugsinteresse** demgegenüber die **voraussichtliche Rechtmäßigkeit der Verfügung** (vgl. Funke-Kaiser in Bader, VwGO, 5. Aufl., § 80 Rn. 91).“ (VGH Mannheim aaO)

II. Anwendung auf den Fall

1. Widerruf der Aufstellerlaubnis nach § 33c GewO

a) Summarische Prüfung des Widerrufs

Nach vorstehenden Kriterien ist zunächst zu prüfen, ob der Widerruf der Aufstellerlaubnis voraussichtlich rechtmäßig ist.

Nach § 49 II 1 Nr. 3 BWVwVfG darf ein rechtmäßiger begünstigender Verwaltungsakt, auch nachdem er unanfechtbar geworden ist, ganz oder teilweise mit Wirkung für die Zukunft widerrufen werden, wenn die Behörde auf Grund nachträglich eingetretener Tatsachen berechtigt wäre, den Verwaltungsakt nicht zu erlassen und wenn ohne den Widerruf das öffentliche Interesse gefährdet wäre.

Nach § 33 c II 1 GewO ist die nach § 33 c I 1 GewO erforderliche Erlaubnis für das gewerbsmäßige Aufstellen von Gewinnspielgeräten zu versagen, wenn Tatsachen die Annahme rechtfertigen, dass der Ast. die für die Aufstellung von Spielgeräten erforderliche Zuverlässigkeit nicht besitzt. Die erforderliche Zuverlässigkeit besitzt

nach § 33 c II 2 GewO in der Regel nicht, wer in den letzten drei Jahren vor Stellung des Antrags wegen einer der dort genannten Straftaten rechtskräftig verurteilt worden ist.

*„Die Verurteilung des Ast. wegen Steuerhinterziehung gehört nicht zu diesem Katalog von Straftaten. Die Unzuverlässigkeit kann sich außer aus den in § 33 c II 2 GewO genannten Gesichtspunkten aber auch aus anderen Gründen ergeben. Diese entsprechen denjenigen, die die **Gewerbeuntersagung nach § 35 GewO** zu rechtfertigen vermögen. Wie § 35 GewO dient auch § 33 c II GewO u.a. dem **Schutz der Allgemeinheit vor unzuverlässigen Gewerbetreibenden**. Der Erlaubnisversagungsgrund der (allgemeinen) Unzuverlässigkeit liegt vor, wenn der Gewerbetreibende nach dem **Gesamtbild seines Verhaltens keine Gewähr dafür bietet, dass er sein Gewerbe künftig ordnungsgemäß betreibt**. Zum ordnungsgemäßen Betrieb eines Gewerbes gehört unter anderem die Erfüllung der steuerlichen Zahlungs- und Erklärungspflichten. Die nachhaltige Verletzung solcher Pflichten kann je nach den Umständen des Einzelfalls den Schluss auf die gewerberechtliche Unzuverlässigkeit rechtfertigen (BVerwG, Beschl. v. 22.6.1994 – 1 B 114/94, BeckRS 1994, 31222460 = GewArch 1995, 111).“* (VGH Mannheim aaO)

Die der Verurteilung des Ast. zugrundeliegende Verletzung seiner materiellen steuerlichen Erklärungspflichten über einen Zeitraum von drei Jahren hinweg ist zwar nachhaltig, lässt aber für sich genommen noch nicht den Schluss zu, dass die Pflichten auch zukünftig verletzt werden, weil die Taten lange Zeit zurückliegen (vgl. zu diesem Gesichtspunkt: Ennuschat in Tettinger/Wank/Ennuschat, GewO, 8. Aufl., § 35 Rn. 43).

„Ob der Ast. in den Jahren 2011 - 2013 erneut materielle steuerliche Erklärungspflichten verletzt hat, steht im Zeitpunkt der Entscheidung des Senats nicht fest. Eine diesbezügliche Feststellung setzt zwar nicht das Vorliegen einer rechtskräftigen Verurteilung wegen Steuerhinterziehung voraus, sondern ist gegebenenfalls von den Verwaltungsgerichten zu treffen (vgl. Ennuschat, § 35 Rn. 42 m.w.N. für das behördliche Verfahren). Eine solche Erhebung ist aber nicht Aufgabe des gerichtlichen Eilverfahrens.“

*Der Ast. hat jedoch ausweislich der insoweit ergangenen **rechtskräftigen Bußgeldbescheide** auch in den Jahren 2011 und 2012 wiederholt seine formellen steuerlichen Erklärungspflichten im Zusammenhang mit der Erhebung von Vergnügungssteuern für die von ihm aufgestellten Gewinnspielgeräte verletzt. Auch das den übrigen rechtskräftigen Bußgeldbescheiden zugrundeliegende Verhalten weist zum Teil einen Gewerbebezug auf und kann deshalb die Unzuverlässigkeit indizieren (vgl. Ennuschat, § 35 Rn. 47). Dies gilt insbesondere für die in den Jahren 2010, 2011 und 2013 gehäuft erfolgten Verstöße gegen gewerberechtliche Vorgaben im Zusammenhang mit der Aufstellung von Gewinnspielgeräten.“*

*Bei einer **Gesamtschau dieser Verstöße** gegen formelle steuerliche Erklärungspflichten und gewerberechtliche Verpflichtungen mit der früheren Verurteilung wegen Steuerhinterziehung ist es wahrscheinlich (zum Prognosemaßstab: vgl. Ennuschat, § 35 Rn. 31), dass der Ast. auch zukünftig sein Gewerbe **nicht ordnungsgemäß betreiben** wird und damit unzuverlässig ist. Damit dürfte dem Ast. aber eine Aufstellerlaubnis heute nicht mehr erteilt werden.“*

*Die für den Widerruf weiter erforderliche **Gefährdung des öffentlichen Interesses**, wenn dem Ast. die Aufstellerlaubnis belassen würde, folgt aus dem Umstand, dass vor dem Hintergrund seines bisherigen Verhaltens mit weiteren gewerberechtlich relevanten Verstößen des Ast. zu rechnen ist. Der Widerruf ist auch **nicht ermessensfehlerhaft** erfolgt. Insbesondere hat der Ast. bislang nicht auf die Aufstellerlaubnis verzichtet, weshalb der Widerruf nach wie vor erforderlich ist.“* (VGH Mannheim aaO)

Der Widerruf ist daher nach summarischer Prüfung rechtmäßig erfolgt.

b) **Verhältnismäßigkeit der Anordnung der sofortigen Vollziehung**

Allerdings müsste angesichts der Folgen der Anordnung der sofortigen Vollziehung für den Ast. zusätzlich der Sofortvollzug auch verhältnismäßig sein. Führt die Anordnung der sofortigen Vollziehung – wie hier – zu einem vorläufigen Berufsverbot, so ist dies nur dann verhältnismäßig, wenn dies Gesamtwürdigung der Einzelfallumstände ergibt, dass sie schon vor Rechtskraft des Hauptsacheverfahrens als Präventivmaßnahme zur Abwehr konkreter Gefahren für wichtige Gemeinschaftsgüter erforderlich ist.

*„Vorliegend ist zwar damit zu rechnen, dass der Ast. auch zukünftig seine gewerberechtlichen Pflichten nicht erfüllen wird. Auch mit Blick darauf, dass es während des seit 12.07.2010 laufenden Widerrufsverfahrens und auch nach der ersten Widerrufsverfügung **zu neuen Pflichtverletzungen** gekommen ist, die mit rechtskräftigen Bußgeldbescheiden geahndet wurden, ist damit zu rechnen, dass bis zur Rechtskraft des Widerrufs weitere Pflichtverletzungen erfolgen. Allerdings hätte der Widerruf der Aufstellerlaubnis mit sofortiger Wirkung **nicht nur wie regelmäßig voraussichtlich das wirtschaftliche Ende des Betriebs zur Folge**, weil die Gastwirte auf andere Aufsteller ausweichen würden.“*

Vielmehr würde der Sofortvollzug darüber hinaus zum **Wegfall einer konkreten Fortführungschance** führen. Denn der Betrieb des Ast. könnte anders als regelmäßig sonst voraussichtlich erhalten werden, wenn die Aufstellerlaubnis nicht mit sofortiger Wirkung widerrufen würde und der Ast. somit die **Übertragung seiner geschäftlichen Aktivitäten in diesem Bereich auf einen Dritten**, die bereits zum Teil umgesetzt ist, abschließen könnte. Konkrete Anhaltspunkte dafür, dass sich dabei um eine reine Strohmännkonstruktion handelt, hat der Senat nicht. Unter diesen Umständen erweist sich der Sofortvollzug aber als unverhältnismäßig.“ (VGH Mannheim aaO)

Die Anordnung der sofortigen Vollziehung des Widerrufs der Aufstellerlaubnis ist rechtmäßig. Das Gericht wird die aufschiebende Wirkung wiederherstellen.

2. Untersagungsverfügung

Auch hier ist zunächst die Rechtmäßigkeit der Untersagungsverfügung summarisch zu prüfen.

„Die auf § 15 II 1 GewO gestützte Untersagung des weiteren Aufstellens von Gewinnspielgeräten und des Spielhallenbetriebs ist voraussichtlich ebenfalls rechtswidrig. Die Rechtswidrigkeit der Untersagungsverfügung folgt ... daraus, dass das jeweilige Gewerbe nach Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung des Widerspruchs gegen die Widerrufsentscheidungen nicht ohne Zulassung betrieben wird, weil die Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung jedenfalls – ex tunc – dazu führt, dass jegliche tatsächliche oder rechtliche Folgerung aus dem Widerruf zu unterlassen ist (vgl. Saurehaus in Wvsk, VwGO, § 80 Rn. 9 f.).“ (VGH Mannheim aaO)

Ist aber die Untersagungsverfügung nach summarischer Prüfung rechtswidrig, so fehlt in jedem Fall ein besonderes öffentliches Interesse an der sofortigen Vollziehung und das Gericht wird auch hier die aufschiebende Wirkung wiederherstellen.

3. Androhung unmittelbaren Zwangs

„Die angefochtene Androhung unmittelbaren Zwangs (Nr. 5 der Verfügung) ist schon deshalb rechtswidrig, weil es nach Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung des Widerspruchs gegen die Untersagungsverfügung an einem vollstreckbaren Grundverwaltungsakt fehlt (§ 2 BWVwVG).“ (VGH Mannheim aaO)

Das Gericht wird daher hier die aufschiebende Wirkung anordnen.

**Ferienwohnungen im allgemeinen Wohngebiet
genehmigungspflichtige Nutzungsänderung**

(VG Berlin in LKV 2014, 185; Beschluss vom 21.02.2014 - 13 L 274.13)

1. Die Nutzung von Wohnungen, für die (nur) eine Genehmigung zu Wohnzwecken vorliegt, als Ferienwohnungen stellt eine **genehmigungspflichtige Nutzungsänderung** dar.
2. Eine Nutzungsänderung liegt vor, wenn sich die neue Nutzung von der bisherigen (legalen) Nutzung dergestalt unterscheidet, dass sie anderen oder weiter gehenden bauordnungs- oder bauplanungsrechtlichen Anforderungen unterworfen ist oder unterworfen sein kann. Das ist der Fall, wenn sie die der bisherigen Nutzung eigene Variationsbreite verlässt und durch die Veränderung bodenrechtliche Belange neu berührt werden können.

Fall: Die Ast. ist Eigentümerin eines Wohnhauses in einer durch Wohnnutzung geprägten Gegend in Berlin-P. Ab April 2013 beschwerten sich Mieter beim Ag. insbesondere über Lärmbelästigungen in der Nacht und am Wochenende (etwa durch den Ein- und Auszug von Feriengästen, laute Musik oder versehentliches Klingeln). Nach bauaufsichtlicher Kontrolle vor Ort stellte das Bezirksamt P. von Berlin fest, dass eine Reihe der insgesamt etwa 30 Wohnungen als Ferienwohnungen genutzt wurden. Darauf untersagte die Behörde dies. Hiergegen wandte die Ast. ein, die tatsächlich ausgeübte Nutzung halte sich im Rahmen der gewöhnlichen Wohnnutzung und es liege kein Beherbergungsbetrieb vor. Ist die Nutzungsuntersagung rechtmäßig erfolgt?

Die Nutzungsuntersagung ist rechtmäßig erfolgt, wenn sie aufgrund einer wirksamen Ermächtigungsgrundlage ergangen ist sowie die formellen und materiellen Voraussetzungen vorliegen.

I. Ermächtigungsgrundlage

Nach § 79 S. 2 BerlBauO kann eine im Widerspruch zu öffentlich-rechtlichen Vorschriften erfolgende Nutzung von baulichen Anlagen untersagt werden.

II. Formelle Voraussetzungen

Es kann davon ausgegangen werden, dass die zuständige Behörde gehandelt hat, die nach § 28 VwVfG erforderliche Anhörung stattgefunden sowie die sonstigen formellen Vorgaben gewahrt wurden.

III. Materielle Voraussetzungen

Es müssten die tatbestandlichen Voraussetzungen des § 79 S. 2 BerlBauO erfüllt sein und die handelnde Behörde müsste ihr Ermessen ordnungsgemäß ausgeübt haben.

1. Vorliegen der tatbestandlichen Voraussetzungen

Die streitgegenständlichen 12 Wohnungen müssten im Widerspruch zu öffentlich-rechtlichen Vorschriften genutzt werden. Für diese Wohnungen ist eine gewöhnliche Wohnnutzung genehmigt. Hierzu könnte es in Widerspruch stehen, dass sie aktuell als Ferienwohnungen genutzt werden, ohne dass die Genehmigung einer Nutzungsänderung beantragt wurde.

Fraglich ist jedoch, ob die Nutzung als Ferienwohnung von der Genehmigung für die Wohnnutzung umfasst ist oder ob hierfür eine Nutzungsänderungsgenehmigung hätte beantragt werden müssen.

a) rechtliche Qualifizierung der Nutzung als Ferienwohnung

Die Nutzung als Ferienwohnung könnte im Gegensatz zu einer „gewöhnlichen“ Wohnnutzung eine gewerbliche Nutzung anzusehen sein.

*„Eine Nutzung als Ferienwohnung liegt vor, wenn eine Wohnung **ständig wechselnden Gästen zum vorübergehenden Aufenthalt** zur Verfügung gestellt wird. Eine solche gewerbliche Kurzzeitvermietung stellt zwar **regelmäßig (noch) keinen Beherbergungsbetrieb** im bauplanungsrechtlichen Sinne dar (BVerwG, Beschl. v. 8. 5. 1989 – 4 B 78.89; OVG Lüneburg, Beschl. v. 12. 12. 2013 – 1 LA 123/13; OVG Berlin-Brandenburg, Urt. v. 11. 10. 2007 – 2 A 2.07), bildet aber eine **eigenständige planungsrechtliche Nutzungsart**, nämlich eine besondere Art der **gewerblichen Nutzung**, die von der gewöhnlichen Wohnnutzung zu unterscheiden ist. Darüber besteht soweit ersichtlich Einigkeit in der obergerichtlichen Rechtsprechung (OVG Lüneburg, Beschlüsse v. 12.12.2013 – 1 LA 123/13 und v. 22.11.2013 – 1 LA 49/13; VGH München, Beschl. v. 04.09.2013 – 14 ZB 13.6; OVG Greifswald, Beschl. v. 08.01.2008 – 3 M 190/07). Einigkeit besteht ferner darüber, dass der „**vorübergehende**“ **Charakter** des Aufenthalts nicht nur einen wenige Tage dauernden, sondern auch einen nach Wochen*

bemessenen Aufenthalt umfasst (VGH München, aaO; OVG Greifswald, aaO; vgl. auch § 2 I Nr. 1 des Zweckentfremdungsverbot-Gesetzes [BerZwVbG] vom 29.11.2013). Maßgeblich für die **auf Dauer angelegte Häuslichkeit**, die den Begriff des Wohnens prägt (OVG Greifswald, a. a. O.), ist darüber hinaus nach Ansicht der Kammer, dass es bei den abgeschlossenen Mietverträgen typischerweise zu einer **Anmeldung i.S.d. Melderechts** kommt (vgl. aber VG Berlin, Beschl. v. 28.03.2012 – 19 L 18.12, BA S. 3, 4; Beschl. v. 23.01.2012 – 19 L 294.11, juris, Rn. 22).“ (VG Berlin aaO)

Die streitgegenständlichen Wohnungen werden folglich als Ferienwohnungen i.S.d. dargestellten obergerichtlichen Rechtsprechung und somit gewerblich genutzt, so dass eine andere Nutzung als die Nutzung zur genehmigten „üblichen“ Wohnnutzung vorliegt.

„Die Auslobung dieser Wohnungen zur (**auch**) **tageweisen Vermietung** im Internet auf mehreren Webseiten sowie die aktenkundigen Beschwerden mehrerer Hausbewohner über die „**in kurzen Intervallen**“ (...) **an- und abreisenden Touristengruppen** und die von diesen ausgehenden, konkret beschriebenen Störungen stellen gewichtige Indizien dafür dar, dass hier eine **gewerbliche Kurzzeitvermietung** stattfindet. Dasselbe gilt für die auf den Klingelschildern der entsprechenden Wohnungen angebrachten Fantasienamen (ohne entsprechenden Melderegistereintrag), den **Wäscheservice** (Wäschewechsel nach Ein- und Auszug, spezieller Kellerraum zur Lagerung der Wäsche) sowie die **Informationsblätter in englischer Sprache**, die ganz augenscheinlich für die Kurzzeitmieter bestimmt sind und u. a. eine „**check-in time**“ und „**check-out time**“ festlegen sowie einen Briefkasten angeben, in den der Wohnungsschlüssel bei Abreise einzuwerfen ist. Anmeldungen erfolgen offensichtlich nicht. Zu all diesen Indizien verhält sich die Ast. mit keinem Wort. In ihrer Antragschrift (...) räumt sie sogar ausdrücklich ein, dass eine Vermietung (**auch**) für wenige Tage tatsächlich stattfindet. In den von ihr später eingereichten Mietverträgen wird zudem der Begriff „Ferienwohnung“ teilweise ausdrücklich verwendet (...).“ (VG Berlin aaO)

Eine Qualifizierung als Ferienwohnungsnutzung könnte aber deshalb ausscheiden, weil die Nutzungsdauer überwiegend nicht in Tagen, sondern in Wochen oder Monaten bemessen ist.

„Insoweit ist nochmals auf den bereits dargestellten rechtlichen Ausgangspunkt aufmerksam zu machen, dass nämlich eine **Nutzung als Ferienwohnung** auch dann vorliegen kann, wenn die Nutzungsüberlassungen nicht lediglich tageweise erfolgen, sondern sich **jeweils über mehrere Wochen** erstrecken. Wie lang dieser Zeitraum genau ist, bedarf vorliegend aufgrund der Eindeutigkeit der übrigen Indizien keiner Entscheidung. Eine **äußerste Grenze** dürfte nach Ansicht der Kammer bei **12 Wochen** zu ziehen sein (vgl. auch die Gesetzesbegründung zu § 2 BerlZwVbG, AH-Dr 17/1057: 2 Monate). Dabei dürften einzelne Überschreitungen ebenso unerheblich sein wie eine gelegentliche (Mit-)Nutzung durch den Eigentümer oder Hauptmieter selbst (vgl. OVG Lüneburg, Beschl. v. 12.12.2013 – 1 LA 123/13), weil solche „Einsprengsel“ das Gesamtbild einer gewerblichen Kurzzeitvermietung nicht beeinflussen.

Vor diesem Hintergrund ist schon nach dem eigenen Vortrag der Kl. [gemeint ist wohl der Ast. – die Red.] **schwerlich von einer normalen Wohnnutzung** auszugehen, weil nahezu die Hälfte der bescheinigten Nutzungsverhältnisse lediglich über einen Zeitraum von **maximal 4 Wochen** laufen (...).“ (VG Berlin aaO)

Nach alledem wird die Ferienwohnungsnutzung nicht dadurch ausgeschlossen, dass einzelne aktuelle Mietverhältnisse über mehrere Monate laufen.

b) Vorliegen einer genehmigungspflichtigen Nutzungsänderung

Die Nutzung von Wohnungen, für die (nur) eine Genehmigung zu Wohnzwecken vorliegt, als Ferienwohnung könnte eine genehmigungspflichtige Nutzungsänderung darstellen.

„Eine Nutzungsänderung liegt vor, wenn sich die **neue Nutzung** von der bisherigen (legalen), durch die Baugenehmigung dokumentierten Nutzung dergestalt unterscheidet, dass sie **anderen oder weiter gehenden bauordnungs- oder bauplanungsrechtlichen Anforderungen unterworfen** ist oder unterworfen sein kann, also die der bisherigen Nutzung eigene, gewisse Variationsbreite verlassen wird und durch die **Veränderung bodenrechtliche Belange neu berührt** werden können (OVG Berlin-Brandenburg, Beschlüsse v. 26.10.2012 – 10 S 35.12 und v. 21.03.2006 – 10 S 3.06; OVG Brandenburg, Beschl. v. 04.09.1995 – 3 B 52/95; OVG Münster, Urt. v. 24.06.2004 – 7 A 4529/02; NVwZ-RR 2005, 695 = juris, Rn. 33). Das ist für eine **Nutzung als gewerbliche Ferienwohnung** im Verhältnis zur gewöhnlichen Wohnnutzung **ersichtlich der Fall** (vgl. nur VGH München, Beschl. v. 4. 9. 2013 – 14 ZB 13.6; VG Schwerin, Urt. v. 20. 12. 2012 – 2 A 621/11). Die Nutzung durch Feriengäste ist gegenüber der „normalen“ Wohnnutzung typischerweise andersartig; ihr Nebeneinander kann zu städtebaulichen Konflikten führen, weil damit Unruhe in ein Wohngebiet getragen wird (so ausdrücklich OVG Lüneburg, Beschl. v. 22. 11. 2013 – 1 LA 49/13; VGH München, Beschl. v. 4. 9. 2013 – 14 ZB 13.6). Die danach gem. §§ 60 I, 62 II Nr. 1 BerlBauO für die Nutzungsänderung erforderliche Baugenehmigung liegt nicht vor.“ (VG Berlin aaO)

c) hinreichende Bestimmtheit

Die Nutzungsuntersagung müsste auch hinreichend inhaltlich bestimmt i.S.d. § 37 I VwVfG i.V.m. § 1 I BerlVwVfG sein.

*„Ein Verwaltungsakt ist hinreichend bestimmt, wenn der **Adressat** seinen **Regelungsgehalt** aus dem Tenor, dem Inhalt der Begründung und den sonstigen bekannten oder ohne Weiteres erkennbaren Umständen so **vollständig, klar und unzweifelhaft erkennen** kann, dass er sein Verhalten danach richten kann (vgl. BVerwG, Urt. v. 02.07.2008 – 7 C 38/07; Kopp/Ramsauer, VwVfG, 14. Aufl. [2013], § 37 Rn. 5). Das Erfordernis der inhaltlichen Bestimmtheit ist auch dann erfüllt, wenn der **Regelungsgehalt durch Auslegung ermittelt** werden kann, wobei auf den Empfängerhorizont abzustellen ist (VG Berlin, Urt. v. 29.10.2013 – 19 K 98.13; OVG Münster, Urt. v. 22.11.1994 – 11 A 4214/92).*

*Nach diesen Maßstäben ist die Nutzungsuntersagung vom 27.09.2013 ... hinreichend bestimmt. Sie lässt sowohl den **Adressaten** (die Ast.), den **Gegenstand der Anordnung** (die dort im Einzelnen genannten Wohnungen), ihren **zeitlichen Geltungsbereich** (ab dem 29.11.2013) als auch den **sachlichen Gehalt** der Anordnung (das Verbot der tageweisen oder wochenweisen gewerblichen Vermietung als „Ferienwohnungen“ an wechselnde Mieter) unzweifelhaft erkennen. Entgegen der Ansicht der Ast. ist insbesondere die Umschreibung des sachlichen Regelungsgehalts nicht unklar. Bei dem Begriff der „Ferienwohnung“ handelt es sich – wie dargelegt – um einen in der obergerichtlichen Rechtsprechung **gängigen bauplanungsrechtlichen Begriff**, der einen klaren Begriffskern vermittelt (so ausdrücklich auch VG Berlin, Beschl. v. 28. 3. 2012 – 19 L 18.12). Durch den zusätzlichen Hinweis im Bescheidtenor auf die Unzulässigkeit der tageweisen oder wochenweisen Vermietung an wechselnde Mieter ist klargestellt, dass (**nur**) **solche Kurzzeitmietverhältnisse ausgeschlossen** sein sollen, die üblicherweise tage- oder wochenweise bemessen werden, die also den maximalen zeitlichen Umfang – wie oben erläutert – von **freizeitorientierten vorübergehenden Aufenthalten** nicht überschreiten. Aus der Verwendung des Begriffs „Ferienwohnung“ folgt, dass die Kurzzeitvermietung an Geschäftsreisende nicht erfasst ist (vgl. VGH München, Beschl. v. 04.09.2013 – 14 ZB 13.6). Dasselbe gilt für die befristete Überlassung von Wohnraum an Personen, die ihren Lebensmittelpunkt für einen begrenzten Zeitraum nach Berlin verlagern (z.B. entsandte Arbeitnehmer, Au-pair-Mädchen, Schauspieler, Botschaftsangehörige, Stipendiaten, Praktikanten; vgl. Gesetzesbegründung zu § 2 BerlZwVbG, AH-Dr 17/1057). Solche Fälle stehen hier indes auch nicht in Rede.“ (VG Berlin aaO)*

Die Nutzungsuntersagung ist demnach auch inhaltlich hinreichend bestimmt.

2. Ermessen

Damit liegen die Tatbestandsvoraussetzungen für eine Nutzungsuntersagung vor, die jedoch in das Ermessen der Behörde gestellt ist. Fraglich ist daher, ob das Ermessen ordnungsgemäß ausgeübt wurde.

Der Tatbestand ist bereits deshalb erfüllt, weil die festgestellte Nutzungsänderung ohne die erforderliche Genehmigung erfolgt ist, die Nutzung also formell illegal erfolgt. Es könnte aber im Rahmen der Ermessenausübung zu berücksichtigen sein, ob die Nutzungsänderung genehmigungsfähig ist, also nicht auch materiell baurechtswidrig erfolgt.

*„In den Fällen der **formellen Illegalität**, also einer ungenehmigten Nutzung baulicher Anlagen ist i.d.R. **allein der Erlass einer Nutzungsuntersagung ermessensgerecht**; der Bauaufsichtsbehörde ist insoweit (nur) ein intendiertes Ermessen eingeräumt. Bereits die formelle Illegalität rechtfertigt grds. eine Nutzungsuntersagung, weil andernfalls das bauordnungsrechtliche Genehmigungsverfahren weitgehend unterlaufen werden und das formelle Baurecht seine Ordnungsfunktion nicht mehr erfüllen könnte (OVG Berlin-Brandenburg, Beschlüsse v. 10.05.2012 – 10 S 42.11; v. 23.12.2009 – 2 S 32.09 und v. 23.08.2007 – 2 N 58.07; VG Berlin, Beschlüsse v. 03.07.2009 – 19 L 16/09 und v. 16.10.2009 – 13 L 237/09; OVG Saarlouis, Beschl. v. 30.06.2009 – 2 B 367/09).*

*Eine auf formelle Illegalität gestützte Nutzungsuntersagung erweist sich nur dann – ausnahmsweise – als ermessensfehlerhaft, wenn die **streitige Nutzung offensichtlich genehmigungsfähig** ist oder unter **Bestandsschutz** steht oder wenn bei atypischen Fallgestaltungen ein Verstoß gegen das **Verhältnismäßigkeitsprinzip** vorliegt (vgl. OVG Berlin-Brandenburg, Beschl. v. 15.05.2007 – 2 S 26.07). Das ist hier nicht der Fall. Insbesondere ist die gegenwärtige Nutzung **nicht offensichtlich genehmigungsfähig**, weil – wie in der streitigen Anordnung im Einzelnen ausgeführt – wegen der von der Ferienwohnungsnutzung ausgehenden **erheblichen Störungen ein Verstoß gegen das bauplanungsrechtliche Rücksichtnahmegebot** naheliegt. Unter Umständen ist das Vorhaben **bereits gebietsunverträglich**, also aufgrund typisierender Betrachtungsweise mit der Zweckbestimmung eines allgemeinen Wohngebiets nicht verträglich (vgl. BVerwG, Beschl. v. 31.07.2013 – 4 B 8/13), weil **allgemeine Wohnnutzung und Freizeitwohnen „grundverschieden“** sind (so BVerwG, Urt. v. 11. 7. 2013 – 4 GN 7/12). – Ebenso wenig erscheint die Nutzungsuntersagung unverhältnismäßig. Mildere Mittel als eine (vollständige) Untersagung der Nutzung als Ferienwohnungen sind nicht ersichtlich.“ (VG Berlin aaO)*

Die Nutzungsuntersagung ist damit auch ermessensgerecht und folglich insgesamt rechtmäßig erfolgt.

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
§ 312 I

Widerrufsrecht Keine Vereinbarung durch Erteilung einer Widerrufsbelehrung

BGB

(OLG Schleswig in MDR 2014, 451; Beschluss vom 28.11.2013 – 5 W 42/13)

Durch die **Erteilung einer Widerrufsbelehrung trotz fehlendem gesetzlichen Widerrufsrechts** wird **nicht** automatisch ein **voraussetzungsloses, freies Widerrufsrechts vereinbart**.

„Der BGH (GWR 2012, 88) hat ausdrücklich die Frage offen gelassen, ob immer dann, wenn ein gesetzliches Widerrufsrecht tatsächlich nicht besteht, aus der bloßen Erteilung einer Widerrufsbelehrung auf die Einräumung eines vertraglichen Widerrufsrechts geschlossen werden kann. Dies ist bereits deshalb **zweifelhaft, weil eine solche Schlussfolgerung nämlich zur Folge hätte, dass es auf die Voraussetzungen des gesetzlichen Widerrufsrechts nicht mehr ankäme und die betreffenden Vorschriften letztlich leer liefen**. Ein solches Ergebnis dürfte mit Blick auf die gesetzlichen Regelungen des Widerrufsrechts, die an bestimmte tatbestandliche Merkmale anknüpfen, zumindest Bedenken begegnen (BGH BeckRS 2012, 03073).

Die Erteilung der Widerrufsbelehrung für ein nach § 312 I BGB (entsprechend § 1 HWiG aF) für Haustürgeschäfte tatsächlich nicht bestehendes gesetzliches Widerrufsrecht stellt gem. §§ 133, 157 BGB auch kein Angebot auf Einräumung eines „voraussetzungslosen vertraglichen Widerrufsrechts“ dar. Selbst aus der laienhaften Sicht des Bekl. wäre nicht nachvollziehbar gewesen, weshalb die Sparkasse, nachdem sie wegen der vorangegangenen Darlehensgewährung an die Hauptschuldnerin gerade erst auf zusätzliche Personalsicherheiten der beiden Gesellschafter in Form von Bürgschaften bestanden hat, nunmehr aus freien Stücken ihm ein Angebot auf Einräumung eines vorbehaltlosen Widerrufsrechts unterbreiten sollte. Dafür gab es keinen Grund. Vielmehr drängte sich dem beklagten Bürgen geradezu auf, dass die Sparkasse damit lediglich einer (vermeintlich) bestehenden gesetzlichen Pflicht (vgl. auch das Formular „Widerrufsbelehrung für Haustürgeschäfte“) nachkommen wollte. Der Senat geht deshalb davon aus, dass der Bekl. als Unternehmer und kaufmännisch tätige Person über die Widerrufsmöglichkeiten der Verbraucher unterrichtet war. Da die v. g. Bürgschaften aber nicht unter die einschlägigen Verbraucherschutzgesetze fielen, gingen die Widerrufsbelehrungen ins Leere (vgl. auch OLG München WM 2003, 1324).“ (OLG Schleswig aaO)

BGB
§§ 826, 830 I 1, II

Vertragspflichtverletzung Sittenwidrige Schädigung

BGB

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

Ein **Verhalten ist im Allgemeinen nicht bereits deshalb sittenwidrig, weil der Handelnde vertragliche Pflichten oder das Gesetz verletzt oder bei einem anderen einen Vermögensschaden hervorruft**. Vielmehr muss eine **besondere Verwerflichkeit** seines Verhaltens hinzutreten, die sich aus dem verfolgten Ziel, den eingesetzten Mitteln, der zu Tage tretenden Gesinnung oder den eingetretenen Folgen ergeben kann.

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

So begründet die Mitwirkung eines Dritten an dem Vertragsbruch einer Partei für sich genommen nicht den objektiven Tatbestand der Sittenwidrigkeit; es müssen vielmehr besondere Umstände hinzutreten, die sein Verhalten als sittenwidrige Schädigung erscheinen lassen. In dem Eindringen des Dritten in die Vertragsbeziehungen muss ein **besonderes Maß an Rücksichtslosigkeit gegenüber dem Geschädigten** hervortreten. Dies ist etwa der Fall, wenn der Dritte eine Vertragspartei zum Vertragsbruch verleitet, kollusiv mit ihr zusammenwirkt oder die **Verletzung vertraglicher – beispielsweise gesellschaftsrechtlicher – Treuepflichten bewusst unterstützt** (vgl. BGHZ 12, 308 = NJW 1954, 1159; BGH NJW 1979, 1704; BGH NJW-RR 1993, 367; BGH NJW 1994, 128 = VersR 1994, 187; MüKo-BGB/Wagner, 6. Aufl., § 826 Rn 59 f.). Erforderlich ist die positive Kenntnis des Dritten von der Existenz der vertraglichen Bindung; die unbewusste Beteiligung an einem Vertragsbruch rechtfertigt das Urteil der Sittenwidrigkeit nicht (vgl. BGH NJW 1994, 128 = VersR 1994, 187; MüKo-BGB/Wagner, § 826 Rn 60).“ (BGH aaO)

BGB
§§ 830, 840

Gesamtschuldnerhaftung Mittäterexzess

BGB

(BGH in StV 2014, 269; Beschluss vom 07.02.2013 – 3 StR 468/12)

Wird einem Angekl. ein **Mittäterexzess strafrechtlich nicht zugerechnet, scheidet** deshalb auch eine **zivilrechtliche Haftung als Mittäter** i. S. des § 830 I BGB und damit eine **gesamtschuldnerische Haftung** nach § 840 I BGB aus.

„Die **Beurteilung insoweit richtet sich nach den für das Strafrecht entwickelten Grundsätzen: Die wechselseitige Zurechnung der einzelnen Tatbeiträge reicht dabei nicht weiter als der gemeinsame Vorsatz** und scheidet aus, wenn einer der Mittäter im Exzess Handlungen begeht, die vom gemeinsamen Tatplan und dem Vorsatz der anderen nicht gedeckt sind (BGH BGHR StPO

§ 403 Anspruch 8; BGH BGHR BGB § 830 Abs. 2 Teilnahme 2). Sind danach aber die sowohl für die Höhe des Schmerzensgeldanspruchs als auch für den Umfang des weiteren Schadensersatzanspruchs prägenden Verletzungen dem Angekl. nicht zurechenbar, kann seine Verurteilung als Gesamtschuldner keinen Bestand haben.“ (BGH aaO)

WEG
§ 10 VI 4

Bezeichnung einer WEG
Grundbucheintrag

WEG

(OLG Rostock in NJOZ 2014, 687; Beschluss vom 20.08.2013 – 3 W 72/13)

Die nach § 10 VI 4 WEG erforderliche Bezeichnung des gemeinschaftlichen Grundstücks kann auch für Eintragungen im Grundbuch entweder durch

- Angabe der **postalischen Anschrift** oder
- der **Grundbuchstelle des Stammgrundstücks** oder
- der **Wohnungseigentumsrechte** erfolgen.

„Zur Eintragung einer Wohnungseigentümergeinschaft [ist] im Grundbuch eine **ordnungsgemäße Bezeichnung gem. §§ 10 VI 4, 44 I 1 WEG unabdingbar**. Die Bezeichnung der Ast. sowohl in ihrem Eintragungsantrag als auch in den vorgelegten Vollstreckungstiteln genügt jedoch den Anforderungen der genannten Vorschriften. Danach muss die Gemeinschaft die Bezeichnung „Wohnungseigentümergeinschaft“ gefolgt von der bestimmten Angabe des gemeinschaftlichen Grundstücks führen.

Insoweit ist in der Lit. anerkannt, dass die gem. § 10 VI 4 WEG erforderliche Bezeichnung des gemeinschaftlichen Grundstücks entweder durch Angabe der postalischen Anschrift oder der Grundbuchstelle des Stammgrundstücks oder der Wohnungseigentumsrechte bezeichnet werden kann, was auch für Grundbucheintragungen gilt (vgl. etwa Palandt/Bassenge, BGB, 72. Aufl., § 10 WEG Rn 32; Bärmann, WEG, 12. Aufl., § 10 Rn 214; Bärmann/Pick, WEG, 19. Aufl., § 10 Rn 41; Demharter, GBO, 28. Aufl., § 44 Rn 54; Harz/Käab/Riecke/Schmid, Miet- und Wohnungseigentumsrecht, 3. Aufl., Kap. 17, Rn 143). Beide Varianten sind geeignet, im **Interesse der Rechtssicherheit eine eindeutige Identifizierung** i. S. von § 15 GBV zu bieten (so auch die Begründung des Gesetzesentwurfes der Bundesregierung, BT-Drs. 16/887, 62).

Die Rspr. ist dem – soweit ersichtlich – nicht entgegengetreten, sondern geht ohne weiteres von einer ordnungsgemäßen Bezeichnung des gemeinschaftlichen Grundstücks im Falle der Angabe der postalischen Anschrift aus (vgl. z. B. schon BGHZ 163, 154 = NJW 2005, 2061; OLG Hamm NJOZ 2011, 206 = ZMR 2010, 785; LG Köln ZMR 2009, 632). Der Senat sieht keine Veranlassung, hierzu eine abweichende Auffassung zu vertreten. Die vom AG aufgezeigten Zweifel und Probleme hinsichtlich einer eindeutigen Identifizierung des gemeinschaftlichen Grundstücks anhand seiner postalischen Anschrift im Einzelfall erachtet der Senat demgegenüber für nicht derartig stichhaltig und überzeugend, um die zwischenzeitlich außerordentlich übliche Praxis, eine Wohnungseigentümergeinschaft mittels ihrer postalischen Anschrift näher zu bezeichnen, in Frage zu stellen. Warum es hierfür erforderlich sein sollte, dass diese Anschrift auch vollständig im Grundbuch schon verzeichnet sein müsse, erschließt sich dem Senat zudem nicht.“ (OLG Rostock aaO)

StGB
§ 242 I

Diebstahl
Entwendung von Pfandflaschen

StGB

(AG Berlin-Tiergarten in StV 2014, 298; Urteil vom 17.11.2011 – (249 Ds) 3022 PLs 13289/11 (233/11))

Nimmt ein Täter individualisierte Pfandflaschen weg, um sie später gegen Erstattung des Pfandgeldes wieder in das Mehrwegsystem zurückzuführen, handelt er nicht mit Zueignungsabsicht.

„Die Flaschen standen zum Tatzeitpunkt immer noch im Eigentum des Herstellers und nicht etwa im Eigentum der Getränke N. GmbH. Legt man dieses Ergebnis zu Grunde, **fehlt es jedoch an dem für die Zueignungsabsicht erforderlichen Vorsatz, dem Eigentümer, hier also dem Hersteller, die tatsächliche Verfügungsmacht an den Tatobjekten auf Dauer zu entziehen**:

Es ist nämlich davon auszugehen, dass die Angesch. die Pfandflaschen – freilich unter Einstreichung des Pfandgeldes – wieder in das Mehrwegsystem zurückführen wollten. Damit hätten die Angesch. aber ohne den erforderlichen Enteignungsvorsatz gehandelt, da sie weder die Sachsubstanz dem Eigentümer vorenthalten noch den Sachwert der Leergutflaschen in ihr Vermögen überführen wollten. Nach dem sog. engen **Sachwertbegriff** fällt unter Zueignung i. S. des § 242 StGB nur die Enteignung und Aneignung des spezifischen Funktionswerts. Eine **Ausweitung des Sachwertgedankens auf den Täuschungswert der Sache kann dabei nicht angenommen werden**, da sonst das Eigentumsdelikt des Diebstahls den Charakter eines Bereicherungsdelikts erhalte.“ (AG Berlin-Tiergarten aaO)

StGB
§ 263

Betrug
Vorliegen eines Irrtums trotz fehlender Vorstellung des Getäuschten

StGB

(BGH in wistra 2014, 97; Urteil vom 22.11.2013 – 3 StR 162/13)

Ein – durch die Täuschungshandlung erregter oder unterhaltener – **Irrtum** im Sinne des Betrugstatbestandes ist **jeder Widerspruch zwischen einer subjektiven Vorstellung** (des Getäuschten) **und der Wirklichkeit**. Das **gänzliche Fehlen einer Vorstellung begründet** für sich allein **keinen Irrtum**.

„Allerdings kann ein solcher auch in den Fällen gegeben sein, in denen die täuschungsbedingte Fehlvorstellung in der Abweichung eines „sachgedanklichen Mitbewusstseins“ von den tatsächlichen Umständen besteht. Danach ist insbesondere der Bereich **gleichförmiger, massenhafter oder routinemäßiger Geschäfte von als selbstverständlich angesehenen Erwartungen geprägt**, die zwar nicht in jedem Einzelfall bewusst aktualisiert werden, jedoch der vermögensrelevanten Handlung als hinreichend konkretisierte Tatsachenvorstellung zugrunde liegen.“ (BGH aaO)

Verbindliches Fahrtrichtungsgebot
Richtungspfeil

(BGH in NJW 2014, 1181; Urteil vom 11.02.2014 – VI ZR 161/13)

Bei **Richtungspfeilen** handelt es sich nicht um bloße Fahrempfehlungen, sondern um (verbindliche) **Fahrtrichtungsgebote**.

„Auf Kreuzungen von Straßen mit voneinander durch Mittelstreifen getrennten Richtungsfahrbahnen [muss] der Linksabbieger im Allgemeinen zunächst die von links einmündende Richtungsfahrbahn (Gegenfahrbahn), in die er nicht einfahren darf, passieren, bevor er selbst nach links in die für ihn befahrbare Richtungsfahrbahn abbiegen kann. Würde man der Auffassung der Revision folgen, wäre die von ihm zunächst zu passierende Gegenfahrbahn der einmündenden Straße als folgende Einmündung i. S. des Zeichens 297 der StVO anzusehen. Dies hätte zur Folge, dass Richtungspfeile vor solchen Kreuzungen grds. keinen Gebotscharakter hätten. Eine solche Auslegung ist mit dem **Sinn und Zweck von Fahrtrichtungsgeboten**, die zu einem zügigen und sicheren Verkehrsfluss beitragen sollen, nicht vereinbar. Für von rechts einmündende Richtungsfahrbahnen einer Straße kann aber nichts anderes gelten als für Richtungsfahrbahnen von Straßen, die auf einer Kreuzung zusammentreffen.

Die Überlegungen der Revision dazu, dass Ge- und Verbotsschilder sofort und aus sich selbst heraus verständlich sein müssen (vgl. BGHSt 26, 73 = NJW 1975, 1330 m. w. Nachw.), vermögen nicht zu einer anderen Beurteilung zu führen. Es mag sein, dass die Verkehrsführung auf dem großräumigen Straßenring des Falkenseer Platzes in Berlin-Spandau insbesondere von ortsunkundigen Kraftfahrern eine erhöhte Aufmerksamkeit verlangt. Diese ist jedoch gerade im Bereich von großen, stark befahrenen Kreuzungen und Einmündungen von jedem Verkehrsteilnehmer zu fordern. Von einer unklaren Verkehrsführung kann keine Rede sein: Die zwischen den Leitlinien befindlichen Pfeile **geben mit hinreichender Klarheit die Fahrtrichtung** für die nächste Ausfahrt aus dem Straßenring vor. Es handelt sich **nicht um bloße Fahrempfehlungen, sondern um (verbindliche) Fahrtrichtungsgebote.**“ (BGH aaO)

Aufhebungsverwaltungsakt
Bestimmtheitserfordernis

(BSG in NJOZ 2014, 669; Urteil vom 29.11.2013 – B 14 AS 196/11 R)

Die **unterbliebene Nennung von Leistungsbescheiden** in einem Aufhebungs- und Erstattungsbescheid **berührt nicht die Bestimmtheit** dieses Bescheids.

- I. Das **Bestimmtheitserfordernis** verlangt, dass der **Verfügungssatz eines Verwaltungsakts** nach seinem Regelungsgehalt **in sich widerspruchsfrei** ist und den Betroffenen bei Zugrundelegung der Erkenntnismöglichkeiten eines verständigen Empfängers in die Lage versetzen muss, sein Verhalten daran auszurichten (BSGE 105, 194 = NJW 2010, 3115; BSG BeckRS 2011, 69495).
- II. **Maßstab** für die Bestimmtheitsprüfung ist also der **Empfängerhorizont**, für die Bet. muss sich aus dem Verfügungssatz vollständig, klar und unzweideutig ergeben, was die Behörde will. Unschädlich ist es dabei, wenn zur Auslegung des Verfügungssatzes auf die Begründung des Verwaltungsakts, auf früher zwischen den Bet. ergangene Verwaltungsakte oder auf allgemein zugängliche Unterlagen zurückgegriffen werden muss (vgl. auch BSGE 112, 221 = NJOZ 2013, 1665).

„Diese Auslegungsmöglichkeiten finden allerdings ihre Grenze dort, wo es dem Adressaten überlassen bleibt, Gegenstand, Inhalt, Zeitpunkt und Umfang der Aufhebung zu bestimmen, weil der in begünstigende Rechtspositionen eingreifende Leistungsträger verpflichtet ist, diese Entscheidung selbst zu treffen und dem Adressaten bekannt zu geben (so BSG NZS 2005, 157; BSG BeckRS 1997, 30768293; BSG BeckRS 1997, 30004924).

Der Aufhebungsverwaltungsakt des Bekl. genügt den dargelegten Anforderungen an das Bestimmtheitserfordernis. Es geht aus dem Bescheid in Gestalt des Widerspruchsbescheids klar und unzweideutig hervor, dass der Bekl. als handelnde Behörde bestimmte, näher bezeichnete Leistungsbescheide, die allein die Kl. betreffen, ganz oder teilweise aufhebt. Die Aufhebungsverfügungen sind auch nicht deshalb zu unbestimmt, weil sie nicht monatsweise zwischen der bewilligten Regelleistung und den Leistungen für Unterkunft und Heizung unterschieden hätten. Soweit teilweise vertreten wird, ein Aufhebungsverwaltungsakt sei nur dann hinreichend bestimmt, wenn er – spiegelbildlich zur Bewilligung – die aufgehobenen Leistungen monatsweise nach Leistungsarten unterscheide, insbesondere also deutlich mache, ob es sich um Leistungen für Unterkunft und Heizung oder um die Regelleistung handle (so LSG Rheinland-Pfalz BeckRS 2010, 72196), folgt der Senat dem nicht (ablehnend für die Festsetzung der Erstattungsforderung nach § 50 I SGBX bereits BSGE 108, 289 = NJOZ 2013, 127). **Für den Leistungsberechtigten muss nur erkennbar sein, ob und in welchem Umfang ihm monatlich Leistungen zur Sicherung des Lebensunterhalts verbleiben**, um sein Verhalten daran ausrichten zu können. Jedenfalls mit dem Widerspruchsbescheid hat der Bekl. aber im Einzelnen erkennbar gemacht, welche Bezugsmonate in welchem Umfang von der Aufhebung betroffen sind.“ (BSG aaO)

Öffentlichkeitsgrundsatz
Gemeinderatssitzung

(OLG Stuttgart in DÖV 2014, 452; Urteil vom 11.11.2013 – 102 U 1/13)

Wenn eine generelle Regelung, wonach **Grundstücksangelegenheiten** in nichtöffentlicher Sitzung des Gemeinderats zu behandeln sind, fehlt, hat ein **Gemeinderat grds. in öffentlicher Sitzung über die Ausübung eines Vorkaufsrechts** und den zu zahlenden Betrag **zu verhandeln und zu beschließen**.

- I. Die **Sitzungen des Gemeinderats** sind **grds. öffentlich** (§ 35 I 1 GemO).

Die **Öffentlichkeit der Sitzungen des Gemeinderats** gehört zu den **wesentlichsten Grundsätzen der Gemeindeverwaltung**. Sie hat die **Funktion**, dem Gemeindebürger **Einblick in die Tätigkeit der Vertretungskör-**

perschaften und ihrer einzelnen Mitglieder zu ermöglichen und dadurch eine auf eigener Kenntnis und Beurteilung beruhende Grundlage für eine sachgerechte Kritik sowie die Willensbildung zu schaffen, den Gemeinderat der allgemeinen Kontrolle der Öffentlichkeit zu unterziehen und dazu beizutragen, der unzulässigen Einwirkung persönlicher Beziehungen, Einflüsse und Interessen auf die Beschlussfassung des Gemeinderats vorzubeugen (VGH Baden-Württemberg Die Justiz 1981, 233).

Der **Grundsatz der Öffentlichkeit** gilt namentlich **auch für Sitzungen des Gemeinderates**, in denen über die Ausübung eines Vorkaufsrechts gemäß §§ 24 f. BauGB zu verhandeln und zu beschließen und in denen u.a. auch die Frage zu prüfen ist, ob die Ausübung durch das Wohl der Allgemeinheit gerechtfertigt ist (§ 24 III 1 BauGB, der für Vorkaufsrechte nach § 25 BauGB entsprechend gilt; VGH Baden-Württemberg aaO).

II. **Von dem Grundsatz der Öffentlichkeit** der Sitzungen des Gemeinderats ist nur dann eine **Ausnahme** zu machen, wenn es das **öffentliche Wohl oder berechnigte Interessen Einzelner erfordern** (§ 35 I 2 GemO).

1. **Berechnigte Interessen Einzelner** i. S. des § 35 I 2 GemO können **rechtlich geschützte oder sonstige schutzwürdige Interessen** sein. Sie erfordern den Ausschluss der Öffentlichkeit in der Gemeinderatssitzung, wenn im Verlauf der Sitzung persönliche oder wirtschaftliche Verhältnisse zur Sprache kommen können, an deren Kenntnisnahme schlechthin kein berechnigtes Interesse der Allgemeinheit bestehen kann und deren Bekanntgabe dem Einzelnen nachteilig sein könnte (VGH Baden-Württemberg aaO; VGH Baden-Württemberg NVwZ 1991, 284).

2. Eine **generelle Regelung**, wonach Grundstücksangelegenheiten in nichtöffentlicher Sitzung des Gemeinderats zu behandeln sind, **besteht für Baden-Württemberg nicht** (insoweit abweichend für Rheinland-Pfalz BVerwG NVwZ 1995, 897).

*„Kaufverträge über Grundstücke und damit auch die Ausübung von Vorkaufsrechten im Hinblick auf Grundstücke gehören zu den Angelegenheiten, deren vertrauliche Behandlung im Interesse der Vertragspartner in Frage kommt (BVerwG aaO). Nachdem eine generelle Regelung für Baden-Württemberg fehlt, ist nach den **Umständen des Einzelfalls** festzustellen, ob die Voraussetzungen des § 35 I 2 GemO vorliegen und eine Verhandlung in nichtöffentlicher Sitzung rechtfertigen.“* (OLG Stuttgart aaO)

3. Die **Offenlegung des Kaufpreises des Kaufvertrags** zwischen dem Ast. (= Verkäufer) und dem Käufer **begründet kein berechnigtes Interesse an einer Verhandlung und Beschlussfassung** des Gemeinderats über die Ausübung eines Vorkaufsrechts **in nichtöffentlicher Sitzung**.

*„Der notarielle Kaufvertrag enthält nichts, was im Interesse der Vertragsparteien vor der Öffentlichkeit geheim zu halten gewesen wäre und was zu einer **nachteiligen Offenlegung ihrer persönlichen oder wirtschaftlichen Verhältnisse** hätte führen können. Dies gilt insbesondere auch im Hinblick auf die Höhe des Kaufpreises (vgl. VGH Baden-Württemberg NVwZ 1991, 284) oder Belastungen des Grundstücks, die aus dem Grundbuch und Kaufvertrag ersichtlich waren. Nachdem der Bürgermeister der Ag. im Rahmen der Vorbereitung der Gemeinderatssitzung nicht bei den Kaufvertragsparteien nachgefragt hat, ob deren berechnigte Interessen die Ausübung des Vorkaufsrechts in nichtöffentlicher Sitzung erfordern, sind auch außerhalb der Kaufvertragsurkunde keinerlei Umstände ersichtlich, die eine Behandlung des Vorkaufsrechts der Ag. in nichtöffentlicher Sitzung nach § 35 I 2 GemO rechtfertigt hätte.“* (OLG Stuttgart aaO)

Entscheidungen Verfahrensrecht

ZPO
§ 36 I Nr. 6

Zuständigkeitsbestimmung nach Klagebeschränkung
bei Abgabe in das streitige Verfahren

ZPO

(OLG Zweibrücken in NJOZ 2014, 451, Beschluss vom 13.05.2013 – 2 AR 7/13)

1. Die Beschränkung des Klageanspruchs in der Anspruchsbegründung nach vorangegangene-m Mahnverfahren ist im Regelfall als **Rücknahme des Antrags auf Durchführung des streitigen Verfahrens** in der entsprechenden Höhe gem. § 696 IV 1 ZPO zu verstehen. Die Streitsache ist in diesem Umfang rückwirkend als nicht rechtshängig geworden anzusehen.
2. Führt eine solche Beschränkung des Klageanspruchs zu einem Wechsel der sachlichen Zuständigkeit vom Landgericht zum Amtsgericht, kann der Rechtsstreit an das AG verwiesen werden.

A. Grundlagenwissen: Die Abgabe in das streitige Verfahren im Mahnverfahren

I. Antrag auf Abgabe

Nach Einlegung von Widerspruch wird die Sache in das streitige Verfahren abgegeben, wenn eine Partei dies nach § 696 I 1 ZPO beantragt. Die kann **auch schon auf dem Mahnbescheidsantrag** erfolgen. **Ohne einen Antrag auf Durchführung des streitigen Verfahrens findet dies nicht statt.**

Ist dieser Antrag gestellt, so kann er nach § 696 IV 1 ZPO **bis zum Beginn der mündlichen Verhandlung** des Antragsgegners zur Hauptsache **zurückgenommen** werden. Die Zurücknahme kann vor der Geschäftsstelle zu Protokoll erklärt werden. Mit der Zurücknahme ist die **Streitsache als nicht rechtshängig geworden** anzusehen.

Fehlt ein Antrag auf Durchführung des streitigen Verfahrens, so tritt **Verfahrensstillstand** ein(vgl. BGH NJW-RR 1992, 1021). Die **Akten** werden **nach sechs Monaten weggelegt**, § 7 III e) AktO.

Wird auf einen Antrag hin die **Abgabe** in das streitige Verfahren **abgelehnt**, so ist hiergegen die **sofortige Beschwerde** eröffnet.

II. Abgabeadressat

Die Abgabe erfolgt bei entsprechendem Antrag **von Amts wegen** an das **Gericht**, das **in dem Mahnbescheid** gemäß § 692 I Nr. 1 ZPO **bezeichnet** worden ist. Die Parteien können aber auch übereinstimmend die Abgabe an ein anderes Gericht verlangen. Das Mahngericht hat dann an dieses abzugeben. Die **Abgabe** ist nach § 696 I 3 1. HS ZPO den **Parteien mitzuteilen**. Diesen steht gegen die Abgabe **kein Rechtsbehelf** zur Verfügung, da die Abgabe nach § 696 I 3 2. HS ZPO unanfechtbar ist. Auch die **Erinnerung** nach § 11 II 2 RPfIG oder § 36b III 3 RPfIG ist **ausgeschlossen**. Sobald die **Mahnakten** oder – bei maschinell bearbeiteten Verfahren – ein maschinell erstellter Aktenausdruck (vgl. § 696 II 1 ZPO) **bei dem Gericht des streitigen Verfahrens eingehen**, ist der Rechtsstreit nach § 696 I 4 ZPO dort **anhängig**.

III. Vorauszahlung der Kosten

Die **Abgabe** in das streitige Verfahren **erfolgt** nach § 12 III 3 GKG **erst**, wenn der Antragsteller zuvor die voraussichtlich entstehenden **Gerichtskosten eingezahlt** hat. Die Kostenanforderung erfolgt nicht erst von dem Gericht, welches das streitige Verfahren durchführt. Ohne Kostenvorauszahlung erfolgt also keine Abgabe und ohne Abgabe wird die Sache weder anhängig noch rechtshängig, was Relevanz für die hiervon sonst ausgehenden Wirkungen (z.B. Hemmung der Verjährung) hat.

IV. Zeitpunkt der Rechtshängigkeit bei Abgabe ins streitige Verfahren

Als Zeitpunkt der Rechtshängigkeit gilt jedoch nach § 696 III ZPO der Zeitpunkt der **Zustellung des Mahnbescheides**, wenn die **Abgabe alsbald** erfolgt.

1. Begriffsbestimmung

Fraglich ist, wann eine Abgabe als „alsbald“ erfolgt angesehen werden kann. Jedenfalls sind hierbei nur die **vom Antragsteller beeinflussbaren Umstände** zu berücksichtigen. Hier gehören vor allem die **zeitnahe Beantragung** der Durchführung des streitigen Verfahrens, falls dies nicht schon bei Antragstellung geschehen ist sowie die **Einzahlung** der vor Überleitung in das streitige Verfahren anfallenden weiteren **Gerichtskostenvorauszahlung**. Kommt der Antragsteller diesen Pflichten zeitnah nach, so sind weitere **Verzögerungen**, die **gerichtsintern** erfolgen und dem Antragsteller nicht zuzurechnen sind, **unrelevant**. Hier sind dieselben Wertungen zu treffen, wie bei der Bestimmung des Begriffs „demnächst“ in § 167 ZPO, nach dem es für die Fristwahrung und Fragen der Verjährung dann auf den Eingang des Antrags bei Gericht ankommt, wenn die Zustellung demnächst erfolgt. (vgl. BGH NJW 1988, 1920; Musielak-Voit, § 696 ZPO, Rn. 4). Aber nicht nur die betreffenden Wertungen greifen auch im Zusammenhang mit dem Mahnverfahren ein. Vielmehr ist über **§ 167 ZPO** eine **weitere Rückbeziehung** auf den **Zeitpunkt des Eingangs des Mahnbescheidsantrags** bei Gericht möglich.

2. Vorliegen der Voraussetzungen

Erfolgt die Abgabe in das streitige Verfahren nach diesen Maßstäben alsbald, so ist zwar mit der Zustellung des Mahnbescheides keine Rechtshängigkeit eingetreten, im Falle des Übergangs in das streitige Verfahren wird aber dieser Zeitpunkt nach § 696 III ZPO für den Eintritt der **Rechtshängigkeit fingiert**.

3. Fehlen der Voraussetzungen

Erfolgt die Abgabe nach diesen Maßstäben **nicht alsbald**, so stellt sich die Fragen, welcher Zeitpunkt dann für die Bestimmung der Rechtshängigkeit maßgeblich ist. Hier kommen **verschiedene Zeitpunkte** in Betracht.

Auf die **Einreichung des Mahnbescheidsantrags** kann jedenfalls nicht abgestellt werden, da die Sache im Mahnverfahren selbst weder anhängig noch rechtshängig wird. In Betracht käme dann der **Zeitpunkt der Abgabe in das streitige Verfahren**. Dies allein kann jedoch auch nicht maßgeblich sein, da der Eintritt der Rechtshängigkeit die Kenntnis des Antragsgegners voraussetzt. Ebenso wenig reicht der Eingang der Akten beim Gericht des streitigen Verfahrens (so aber: KG MDR 1998, 618, 619, 735; KG MDR 2000, 1335, 1336; OLG Dresden NJW-RR 2003, 194, 195; LG Halle (Saale) 13. 5. 2005 11 O 16/05 juris; Mütter MDR 1998, 619, 620; Thomas/Putzo-Hüßtege, § 696 ZPO, Rn. 7, 13; Zöller-Vollkommer, § 696 ZPO, Rn. 5).

Lässt der Antragsteller jedoch so viel Zeit verstreichen, dass die Voraussetzungen für eine „alsbaldige“ Abgabe nicht mehr vorliegen, so muss der auch Antragsgegner wegen des fehlenden zeitlichen Zusammenhangs nicht mehr mit dem Eintritt der Rechtshängigkeit rechnen. Maßgebend muss daher der Zeitpunkt der **Zustellung der Antragsbegründung** als Parallelsituation zur Zustellung der Klage sein (so auch: OLG Frankfurt/M NJW-RR 1992, 447, 448; OLG Koblenz OLGZ 91, 373, 378; Zinke NJW 1983, 1081, 1083 f.; Sundermann JA 1990, 1, 3; MüKo-Holch, § 696 ZPO, Rn. 22; Musielak-Voit, § 696 ZPO, Rn. 4; Stein/Jonas-Schlosser, § 696 ZPO, Rn. 7; Baumbach/Lauterbach-Hartmann, § 696 ZPO Rn. 15). Erfolgt trotz Aufforderung keine Anspruchsbegründung, so ist maßgeblich der Zeitpunkt der **Zustellung der Terminsbestimmung** (vgl. Musielak-Voit, § 696 ZPO, Rn. 4; MüKo-Holch, § 696 ZPO, Rn. 22; Baumbach/Lauterbach-Hartmann, § 696 ZPO Rn. 16).

B. Zuständigkeitsbestimmung bei Abgabe ins streitige Verfahren (vgl. OLG Zweibrücken in NJOZ 2014, 451)

Fall: Die Kl. hatte ursprünglich eine Hauptforderung i.H.v. 30.940,00 EUR gegen die Bekl. im Mahnverfahren beim AG Mayen verfolgt. Auf Antrag der Kl. hat das AG Mayen das Verfahren an das LG Frankenthal/Pfalz abgegeben; die Akten gingen dort im Februar 2013 ein. Bereits im Dezember 2012 hatte die Bekl. die Hauptforderung bezahlt; die Kl. beschränkte daraufhin ihren Klageantrag auf eine restliche Hauptforderung i.H.v. 2.472,51 EUR für Verzugszinsen und vorgerichtliche Rechtsverfolgungskosten. Das LG Frankenthal/Pfalz (Beschluss vom 28.03.2013 – 2 HK O 44/13) hat sich als unzuständig angesehen und den Rechtsstreit an das AG Frankenthal/Pfalz verwiesen. Das AG Frankenthal/Pfalz (Beschluss vom 04.04.2013 – 3 a C 72/13, BeckRS 2013, 18361) hat die Übernahme abgelehnt. Was nun?

Nach § 36 I Nr. 6 ZPO wird das zuständige Gericht durch das im Rechtszug **zunächst höhere Gericht** bestimmt, wenn **verschiedene Gerichte**, von denen eines für den Rechtsstreit zuständig ist, sich **rechtskräftig für unzuständig erklärt** haben. Das Verfahren hierzu ist in § 37 ZPO geregelt. Eine Zuständigkeitsbestimmung nach § 36 ZPO bedarf regelmäßig eines entsprechenden (vom Gesetz als „Gesuch“) bezeichneten Antrags. **Antragsberechtigt** ist grundsätzlich nur der Kläger.

Anderes gilt nur für eine Zuständigkeitsbestimmung wegen eines (**positiven oder negativen**) **Zuständigkeitskonflikts** (§ 36 I Nr. 5, 6 ZPO), die auch auf Antrag des Beklagten (OLG Düsseldorf NJW-RR 1990, 1021) und auch von Amts wegen auf Vorlage eines der am Konflikt beteiligten Gerichte (vgl. BGH NJW-RR 1991, 767; NJW 1979, 1048 m.w.N.; OLG Brandenburg BeckRS 2009, 05232 (2 a); OLG Köln BeckRS 2012, 07353) ergehen können (vgl. Beck'scher OK, Vorwerk/Wolf, § 37 ZPO, Rn. 1, 1a). Die Entscheidung über das Gesuch um Bestimmung des zuständigen Gerichts ergeht nach § 37 ZPO durch unanfechtbaren Beschluss.

I. prozessuale Voraussetzungen für eine Zuständigkeitsbestimmung

„Die prozessualen Voraussetzungen einer Zuständigkeitsbestimmung nach § 36 I Nr. 6 ZPO sind gegeben. Danach wird auf Vorlage eines der am Zuständigkeitsstreit beteiligten Gerichte, ohne dass es in diesem Fall eines Parteienantrags bedürfte, das zuständige Gericht dann bestimmt, wenn verschiedene Gerichte, von denen mindestens eines zuständig ist, sich rechtskräftig für unzuständig erklärt haben.“ (OLG Zweibrücken aaO)

Derartige zuständigkeitsleugnende Entscheidungen liegen hier in dem Verweisungsbeschluss des LG Frankenthal/Pfalz vom 28.03.2013 und in der Ablehnung der Übernahme durch das AG Frankenthal/Pfalz gem. Beschluss vom 04.04.2013. Letzterer ist sinngemäß als Zurückverweisung an das LG Frankenthal/Pfalz zu verstehen.

*„Er enthält ebenso wie der Verweisungsbeschluss des LG vom 28.03.2013 eine gem. § 281 II 2 ZPO grundsätzlich **unanfechtbare und** damit i.S.v. § 36 I Nr. 6 ZPO **rechtskräftige Unzuständigkeitserklärung** (vgl. etwa BayObLGZ 2003, 229 = NJW-RR 2004, 1134). Selbst im Falle einer Verweisung ohne Bindungswirkung i.S.v. § 281 II 4 ZPO steht dies der Bestimmung gem. § 36 I Nr. 6 ZPO nicht entgegen sondern ist die fehlende Bindungswirkung bei der Bestimmung des zuständigen Gerichts zu beachten (BGH, NJW 1989, 461; Zöller/Vollkommer, ZPO, 29. Aufl. [2012], § 36 Rn. 25). Es reicht insoweit aus, wenn die Entscheidung den Verfahrensbeteiligten – wie hier – bekannt gemacht worden ist (BGH, NJW 1984, 305 = FamRZ 1984, 37; FamRZ 1988, 1256 = BeckRS 1988, 31072954). Verfahrensrechtlich bilden die genannten Beschlüsse daher die Grundlage für die Bestimmung des zuständigen Gerichts.“* (OLG Zweibrücken aaO)

II. Bestimmung der sachlichen Zuständigkeit

Sachlich zuständig für die Entscheidung über das Klagebegehren könnte das AG Frankenthal/Pfalz sein.

Unabhängig von der Frage der originären Zuständigkeit könnte sich bereits aus dem Verweisungsbeschluss des LG Frankenthal/Pfalz vom 28.03.2013 ergeben, an welches das AG Frankenthal/Pfalz nach § 281 II 4 ZPO gebunden ist.

*„Die verfahrensrechtliche Bindungswirkung dauert im Zuständigkeitsbestimmungsverfahren nach § 36 I Nr. 6 ZPO fort. Regelmäßig ist daher das Gericht als zuständig zu bestimmen, an das die Sache **durch bindenden Verweisungsbeschluss gelangt** ist (st. Rspr., vgl. etwa OLG Zweibrücken, Beschluss vom 19.01.2012 – 2 AR 6/12, BeckRS 2014, 05942; BGH, NJW-RR 1993, 1091). Allenfalls offenbar **gesetzeswidrige, unrichtige und insoweit willkürliche Verweisungsbeschlüsse** sind im Bestimmungsverfahren nicht zu beachten (OLG Zweibrücken, Beschl. v. 12.03.2013 – 2 AR 15/12, BeckRS 2013, 18366; BGHZ 71, 72 = NJW 1978, 1163; BayObLGZ 1991, 152 = NJW-RR 1991, 977; BayObLGZ 2003, 187 = NJOZ 2004, 360).“* (OLG Zweibrücken aaO)

Grundsätzlich ist das OLG Zweibrücken daher an den Verweisungsbeschluss ebenfalls gebunden, wenn nicht der Ausnahmefall vorliegt, dass ein offenbar gesetzeswidriger, unrichtiger und daher willkürlicher Verweisungsbeschluss anzunehmen ist.

*„Dem streitigen Verfahren ist ein **Mahnverfahren beim AG Mayen vorausgegangen**. Das AG Mayen hat auf Antrag der Kl. gem. § 696 I 1 ZPO das Verfahren an das im Mahnantrag gem. § 690 I Nr. 5 ZPO und im Mahnbescheid gem. § 692 I Nr. 1 ZPO bezeichnete LG Frankenthal/Pfalz abgegeben. Das AG Mayen hat insoweit die **Zahlung der von dort angeforderten Kosten** für die Durchführung des streitigen Verfahrens nach fristgerechter Widerrufserhebung – zutreffend – als Antrag auf Durchführung des streitigen Verfahrens ausgelegt. Die Zahlung war am 22.02.2013 erfolgt.*

*Mit Eingang der Akten beim LG Frankenthal/Pfalz am 27.02.2013 ist das **streitige Verfahren dort gem. § 696 I 4 anhängig** und nach der höchstrichterlichen Rechtsprechung zugleich **rechtshängig** geworden (so grundlegend BGHZ 179, 329 = NJW 2009, 1213). Dies ist auch der maßgebliche Zeitpunkt für die Prüfung der **sachlichen Zuständigkeit durch das Gericht der Streitsache** (vgl. etwa BayObLG, NJW-RR 1995, 936; ZIP 2003, 1864 = BeckRS 2003, 30313585; KG, MDR 1998, 619 = BeckRS 1998, 09688; OLG Frankfurt a. M., MDR 2004, 832 = BeckRS 2004, 13602; OLG Schleswig, MDR 2007, 1280 = BeckRS 2007, 09425; Vollkommer, § 696 Rn. 7 m.w.N.). Dies gilt auch für die Wertberechnung (§ 4 I 1 ZPO) des Zuständigkeitsstreitwertes. Bei einer **ursprünglichen Hauptforderung** von 30.940,00 EUR, die im Mahnverfahren verfolgt worden war, begründet dies **grundsätzlich die sachliche Zuständigkeit des LG** gem. §§ 71 I, 23 Nr. 1 GVG.“ (OLG Zweibrücken aaO)*

Allerdings hat die Kl. dann den Klageantrag in ihrer Klagebegründung vom 18.03.2013 auf eine Hauptforderung i.H.v. insgesamt 2.472,51 EUR betreffend restliche Verzugszinsen und vorgerichtliche Rechtsanwaltskosten beschränkt, nachdem die Bekl. bereits am 10.12.2012 die weitere Hauptforderung gezahlt hatte. Ausgehend von diesem Streitwert fällt der Rechtsstreit in die sachliche Zuständigkeit des AG (§ 23 Nr. 1 GVG).

*„Dem steht auch die so genannte **perpetuatio fori** gem. § 261 III Nr. 2 ZPO nicht entgegen. Zwar ist mit der höchstrichterlichen Rechtsprechung davon auszugehen, dass auch dann, wenn nach Erhebung eines Widerspruchs gegen einen Mahnbescheid die Sache nicht alsbald an das zur Durchführung des streitigen Verfahrens zuständige Gericht abgegeben wird (§ 696 III ZPO) – so liegt der Fall hier –, die **Rechtshängigkeit mit Eingang der Akten** bei dem ProzessGer. eintritt (BGHZ 179, 329 = NJW 2009, 1213; BGH, NJW-RR 2004, 1210, jeweils m. ausführl. w. Nachw.), hier also **am 27.02.2013**, während die **Beschränkung des Hauptsacheanspruchs** erst mit dem Schriftsatz der Kl. vom **18.03.2013** erfolgt ist.*

*Der Senat folgt hier jedoch der Ansicht, dass die **Beschränkung des Klageanspruchs** mit Schriftsatz vom 18.03.2013 als **Rücknahme des Antrags auf Durchführung des streitigen Verfahrens in der entsprechenden Höhe** gem. § 696 IV 1 ZPO zu verstehen ist, mit der Folge, dass gem. § 696 IV 3 die Streitsache in diesem Umfang **rückwirkend als nicht rechtshängig geworden anzusehen** ist (vgl. BayObLG, NJW-RR 2003, 1103 Ls. = MDR 2003, 829 = BeckRS 2003, 30310147; OLG Köln, Rpfleger 1982, 158; OLG Karlsruhe, MDR 1988, 1066; Vollkommer, § 696 Rn. 2 m. ausführl. w. Nachw. auch zur a. A., vgl. OLG München, NJW-RR 1996, 956; OLG Nürnberg, NJW-RR 1997, 1278). Insoweit kommt eine perpetuatio fori gem. § 261 III Nr. 2 ZPO nicht in Betracht, die **sachliche Zuständigkeit des AG Frankenthal war ex tunc gegeben**.“ (OLG Zweibrücken aaO)*

Das OLG Zweibrücken hat demgemäß das AG Frankenthal als zuständiges Gericht bestimmt.

„Einer Kostenentscheidung bedurfte es nicht. Gerichtskosten fallen für den Antrag gem. § 36 ZPO nicht an. Außergerichtliche Kosten der Parteien im Bestimmungsverfahren sind nicht ersichtlich. Für den Rechtsanwalt gehört die Tätigkeit im Bestimmungsverfahren gem. § 19 I 2 Nr. 3 RVG zur Tätigkeit im Verfahren. Ist – wie hier – der Rechtsanwalt auch insoweit mandatiert, ist seine Tätigkeit im Bestimmungsverfahren mithin durch die Verfahrensgebühr abgegolten (vgl. BGH, Beschluss vom 29.07.2010 – Xa ARZ 220/10, BeckRS 2010, 19216).“ (OLG Zweibrücken aaO)

(OLG Stuttgart in NJW-RR 2014, 447; Beschluss vom 01.08.2013 – 7 W 43/13)

1. Ein Vertreter entspricht nicht den Anforderungen des § 141 III 2 ZPO, wenn bei Fragen des Gerichts zu unmittelbaren Wahrnehmungen der Partei ein zum Termin entsandter Vertreter **keine eigenen Wahrnehmungen wiedergeben** kann.
2. Ein Vertreter, der **nur erläutern** kann, was ihm die **Partei berichtet** hat, ist in Fällen, in denen es – wie meist – auf den detaillierten Gegenstand und Inhalt bei strittigen Besprechungen und Verhandlungen ankommt, **von vornherein ungeeignet**, weil er dem Gericht nicht den erforderlichen persönlichen Eindruck vermitteln kann.
3. Die **Partei trägt das Risiko** für den Fall, dass sich der Vertreter, insbesondere der Prozessbevollmächtigte, als **nicht genügend unterrichtet** erweist und die Partei als unentschuldigt ausgeblieben gilt mit der Folge eines Ordnungsgelds gemäß § 141 III 1 ZPO .
4. Für eine Ermessensentscheidung für eine Ordnungsgeldfestsetzung reicht es regelmäßig aus, dass eine **Erschwerung der Sachverhaltsfeststellungen** durch das Ausbleiben der Partei jedenfalls **in Betracht kommt**. Das Gericht muss im Rahmen von § 141 III 1 ZPO nicht die Erschwerung bestimmter Sachverhaltsfeststellungen konkret feststellen. Nur dann, wenn umgekehrt eine Erschwerung von Sachverhaltsfeststellungen durch das Ausbleiben der Partei nach den Umständen ausgeschlossen erscheint, kann dies der Festsetzung eines Ordnungsgelds ausnahmsweise entgegenstehen.

Fall: Der Bekl. zu 3 wird als Gesamtschuldner auf Zahlung von 40.912,20 Euro nebst Nebenforderung in Anspruch genommen. In diesem Rechtsstreit wurden die Parteien, auch der Bekl. zu 3, mit Verfügung des LG vom 07.05.2013 zum Termin am 05.07.2013 geladen und das persönliche Erscheinen zur Aufklärung des Sachverhalts und für einen Güteversuch angeordnet. Im Termin zur mündlichen Verhandlung vom 05.07.2013 erschienen der Geschäftsführer der Kl. und der über den Sachverhalt nicht instruierte Bekl. zu 2. Der Bekl. zu 3 blieb dem Termin unentschuldigt fern, sein Prozessbevollmächtigter war anwesend. Der anwesende Bekl. zu 2 hatte nach eigenen Angaben im Einzelnen keine Kenntnisse hinsichtlich der im Streit stehenden Auftragserteilung.

Das LG Ulm (Beschl. v. 9.7.2013 – 3 O 12/13, BeckRS 2013, 16898) hat gegen den Bekl. zu 3 ein Ordnungsgeld in Höhe von 200 Euro mit der Begründung verhängt, der ordnungsgemäß geladene Bekl. sei unentschuldigt vom Termin ferngeblieben. Ein hinreichend informierter Vertreter i.S.d. § 141 III 2 ZPO, der zur Sachverhaltsaufklärung hätte beitragen können, sei nicht anwesend gewesen. Gegen den Ordnungsgeldbeschluss wandte der Bekl. zu 3 sich mit seiner sofortigen Beschwerde. Wird die zulässige Beschwerde Erfolg haben?

Die zulässige Beschwerde wird Erfolg haben, wenn sie begründet ist. Sie ist begründet, wenn die Verhängung des Ordnungsgeldes zu Unrecht erfolgt ist.

Bleibt die Partei im Termin aus, so kann gegen sie nach § 141 III ZPO Ordnungsgeld wie gegen einen im Vernehmungstermin nicht erschienenen Zeugen festgesetzt werden. Dies gilt nach § 141 III 2 ZPO nicht, wenn die Partei zur Verhandlung einen Vertreter entsendet, der zur Aufklärung des Tatbestandes in der Lage und zur Abgabe der gebotenen Erklärungen, insbesondere zu einem Vergleichsabschluss, ermächtigt ist. Die Partei ist nach § 141 III 3 ZPO auf die Folgen ihres Ausbleibens in der Ladung hinzuweisen.

I. Voraussetzungen für die Anordnung des persönlichen Erscheinens.

Das persönliche Erscheinen der Parteien kann, entsprechend dem Zweck der Vorschrift, zur **Aufklärung des Sachverhalts** oder zur **gütlichen Beilegung des Rechtsstreits** oder aus beiden Gründen angeordnet werden. Dies ergibt sich auch aus §§ 273 III Nr. 3, 278 III ZPO. Aufklärungsbedarf kann sich insbesondere aus unklarem, lückenhaftem oder widersprüchlichem Vorbringen in vorbereitenden Schriftsätzen ergeben. Das Gericht hat insofern ein **weites Ermessen**. Wenn es also im vorliegenden Fall die Anordnung des persönlichen Erscheinens zur Aufklärung des Sachverhalts und für einen Güteversuch angeordnet hat, ist dies rechtlich nicht zu beanstanden.

II. Ordnungsgemäße Ladung

Die Verhängung eines Ordnungsgeldes kommt nur in Betracht, wenn die ausgebliebene Partei zum Termin auch ordnungsgemäß geladen wurde. Hiervon kann ausgegangen werden.

III. Ausbleiben der Partei

Die persönlich geladene Partei, der Bekl. zu 3. ist auch trotz ordnungsgemäßer Ladung **ohne Entschuldigung ausgeblieben**, so dass die Voraussetzungen für die Verhängung eines Ordnungsgeldes grundsätzlich vorliegen (§ 141 III 1 ZPO).

„Der Bekl. zu 3 hat bereits **nicht** gem. §§ 141 III 1, 381 I 2 und 3, 294 ZPO **glaubhaft gemacht**, weshalb er sich gem. §§ 141 III 1, 381 I 1 ZPO **nicht „rechtzeitig“**, somit vor dem Termin vor dem LG am 05.07.2013, **entschuldigen** konnte.

Im Übrigen wäre der von ihm nachträglich genannte Grund, er sei am 04.07.2013, am Vortag der Verhandlung vom 05.07.2013 vor dem LG, auf der „...-Party“ in ... gewesen, für eine nachträgliche Entschuldigung nicht ausreichend.

Auch der vom Prozessbevollmächtigten des Bekl. zu 3 an diesen erteilte **Hinweis**, er müsse nicht zum Termin vor dem LG am 05.07.2013 erscheinen, weil er **irrtümlich der Auffassung gewesen sei**, der zum Termin erscheinende **Bekl. zu 2 sei zur Sachverhaltsaufklärung ausreichend instruiert**, entschuldigte den Bekl. zu 3 nicht. Auf eine unzutreffende Auskunft eines Prozessbevollmächtigten einer Partei, die persönliche Ladung missachten zu dürfen, kann sich die Partei nicht berufen (Zöller/Greger, § 141 Rn. 13 aE; Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann, § 141 Rn. 40).“ (OLG Stuttgart aaO)

IV. Entsendung eines Vertreters

Die Verhängung eines Ordnungsgeldes hat gleichwohl nach § 141 III 2 ZPO zu unterbleiben, wenn die Partei zur Verhandlung einen Vertreter entsendet, der zur **Aufklärung des Tatbestandes in der Lage und zur Abgabe der gebotenen Erklärungen**, insbesondere zu einem Vergleichsabschluss, **ermächtigt** ist. Dies könnte hier der Fall gewesen sein, da sowohl der Bekl. zu 2. als auch der Prozessbevollmächtigte des Bekl. zu 3. anwesend waren.

1. Anforderungen an den Vertreter

„Ein in den Termin entsandter Vertreter ist hinsichtlich der zweiten Voraussetzung des § 141 III 2 ZPO dann ausreichend zur Aufklärung des „Tatbestandes“ instruiert, wenn er **umfassend sachverhaltskundig** ist, um bei klärungsbedürftigen Vorgängen, so wie die nicht erschienene Partei selbst, Auskunft geben zu können (OLG Karlsruhe, MDR 2012, 1062 = BeckRS 2012, 15450; OLG Stuttgart, MDR 2009, 1301 = BeckRS 2009, 26192; Stein/Jonas, ZPO, 22. Aufl. § 141 Rn. 41 f.; MüKo-ZPO/Wagner, § 141 Rn. 21; Musielak, § 141 Rn. 18; Zöller/Greger, § 141 Rn. 17). Die Anhörung gem. § 141 ZPO verfolgt den Zweck, die sich durch Einschaltung von Mittelspersonen ergebenden **Fehlerquellen so weit als möglich zu eliminieren** und dem Gericht eine Aufklärung des ihm unterbreiteten Sachverhalts zu ermöglichen (Stein/Jonas, § 141 Rn. 41 f.; MüKo-ZPO/Wagner, § 141 Rn. 21) sowie der **Beschleunigung der Sachverhaltsaufklärung**, der Förderung einer zügigen Beendigung des Verfahrens und der **Erleichterung der Tatsachenfeststellungen** (OLG Stuttgart, MDR 2009, 1301 = BeckRS 2009, 26192; Stein/Jonas, § 141 Rn. 1 u. 40 ff.; Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann, § 141 Rn. 2 u. 37; Thomas/Putzo, § 141 Rn. 1 u. 5; BVerfG, NJW 1998, 892 [Nichtannahmebeschluss zu Ordnungsgeldbeschluss gegen ausgebliebene Partei]: Zweck der Verfahrensbeschleunigung/-förderung und umfassenden Sachverhaltsaufklärung).

Die **Partei trägt das Risiko** für den Fall, dass sich der **Vertreter**, insbesondere der Prozessbevollmächtigte, als **nicht genügend unterrichtet** erweist und die Partei als unentschuldigt ausgeblieben gilt (OLG Karlsruhe, MDR 2012, 1062 = BeckRS 2012, 15450; OLG Stuttgart, MDR 2009, 1301 = BeckRS 2009, 26192; OLG Frankfurt a. M., NJW 1991, 2090; MüKo-ZPO/Wagner, § 141 Rn. 21). Für den Prozessbevollmächtigten gelten, wie auch für den Bekl. zu 2, dieselben Grundsätze wie für jeden Vertreter und insbesondere der **Prozessbevollmächtigte einer Partei wird normalerweise über die übliche und beschränkte Unterrichtung in einem Mandantengespräch, wenn er nicht ausnahmsweise an Verhandlungen o. Ä. der Parteien teilgenommen hat, keine ausreichenden und erst Recht keine umfassenden Sachverhaltskenntnisse aufweisen** können (OLG Stuttgart, MDR 2009, 1301 = BeckRS 2009, 26192; OLG Stuttgart, JZ 1978, 689; Stein/Jonas, § 141 Rn. 42 m.w.N.; MüKo-ZPO/Wagner, § 141 Rn. 21 m.w.N.; Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann, § 141 Rn. 46).“ (OLG Stuttgart aaO)

2. Erfüllung der Anforderungen

a) Mitteilungspflichten des Gericht

Zunächst ist fraglich, ob das Gericht die persönlich geladene Partei konkret darauf hinweisen muss, welche Fragen ihr gestellt werden soll, damit sie in der Lage ist, einen Vertreter entsprechend konkret zu instruieren.

„Die Beschwerde verkennt, dass das **Gericht nicht gehalten ist**, mit der Ladung einer Partei in einer Terminsverfügung die konkret an eine Partei zu stellenden Fragen schriftlich anzukündigen und die **„klärungsbedürftigen Punkte“ schriftlich vorab mitzuteilen**. Eine „Anordnung des persönlichen Erscheinens der Parteien zur Aufklärung des Sachverhalts und für einen Güteversuch“, wie in der Terminsverfügung des LG vom 7.5.2013 oder eine ähnliche allgemeine Formulierung, ist für eine An-

ordnung des persönlichen Erscheinens und insbesondere für die Verhängung eines Ordnungsgelds gem. § 141 III 1 ZPO bei unentschuldigtem Ausbleiben einer Partei völlig ausreichend.

Zudem ist das **Gericht nicht gehalten, sachverhaltsaufklärende Fragen** mangels einer so genannten Protokollförmlichkeit gem. § 160 III ZPO **ins Protokoll aufzunehmen**. Auch das Abstandnehmen von Fragen seitens des Gerichts wegen offensichtlicher Zwecklosigkeit ist nicht protokollpflichtig (OLG Stuttgart, MDR 2009, 1301 = BeckRS 2009, 26192; Stein/Jonas, § 141 Rn. 38: Eine Protokollierung der Parteierklärungen für einen Nachweis im Hinblick auf § 141 III 2 ZPO ist nicht vorgeschrieben).“

Das LG hat im Nichtabhilfebeschluss hinreichend ausgeführt, es habe von vornherein von sachverhaltsaufklärenden Fragen an den Vertreter gem. § 141 III 2 ZPO abgesehen, weil solche vor dem Hintergrund des Hinweises des Bekl. zu 2, er könne auf den Vortrag der Kl. im Einzelnen nicht erwidern, nicht zielführend gewesen waren.“ (OLG Stuttgart aaO)

b) Prozessbevollmächtigter als Vertreter

Vor dem Hintergrund der dargestellten Anforderungen an einen tauglichen Vertreter stellt sich die Frage, ob der Prozessbevollmächtigte hierzu überhaupt geeignet ist.

„Zudem entspricht ein Vertreter nicht den Anforderungen des § 141 III 2 ZPO, wenn bei Fragen des Gerichts zu unmittelbaren Wahrnehmungen der Partei ein zum Termin entsandter Vertreter **keine eigenen Wahrnehmungen wiedergeben** kann. Ein Vertreter, der nur erläutern kann, was ihm die Partei berichtet hat, ist in Fällen, in denen es (wie meist) auf den detaillierten Gegenstand und Inhalt bei strittigen Besprechungen und Verhandlungen ankommt, von **vornherein ungeeignet**, weil er dem Gericht **nicht den erforderlichen persönlichen Eindruck vermitteln** kann (Anschluss: OLG Karlsruhe, MDR 2012, 1062 = BeckRS 2012, 15450).“ (OLG Stuttgart aaO)

Es ist daher nicht deshalb von der Festsetzung eines Ordnungsgeldes abzusehen, weil der Bekl. zu 3. einen im Sinne des § 141 III 2 ZPO geeigneten Vertreter entsendet hatte.

Die Voraussetzungen für die Verhängung eines Ordnungsgeldes lagen daher vor.

V. Ermessensausübung des Gerichts

Ob bei Ausbleiben einer persönlich geladenen Partei ohne geeigneten Vertreter ein Ordnungsgeld verhängt wird und in welcher Höhe, ist in das Ermessen des Gerichts gestellt.

1. Erschwerung der Sachverhaltsaufklärung oder Verzögerung des Prozesses

„Ein Ordnungsgeld ist regelmäßig dann ermessensfehlerfrei festgesetzt, wenn das **unentschuldigte Ausbleiben** der Partei die **Sachaufklärung erschwert oder den Prozess verzögert** (OLG Stuttgart, MDR 2009, 1301 = BeckRS 2009, 26192; OLG Karlsruhe MDR 2012, 1062 = BeckRS 2012, 15450; OLG Stuttgart, MDR 2004, 1020 = BeckRS 2004, 14083; OLG Köln, OLG-Report 2004, 256 [257]). Ermessensfehlerhaft wäre etwa ein Ordnungsgeld wegen mangelnder Sachverhaltsaufklärung bei Ausbleiben einer Partei, wenn die nicht erschienene Partei ein Versäumnisurteil gegen sich ergehen lässt (vgl. Zöller/Greger, § 141 Rn. 12 f.; MüKo-ZPO/Wagner, § 141 Rn. 28 mit Fn. 43).“ (OLG Stuttgart aaO)

Dieser Annahme könnte aber entgegenstehen, dass das Gericht ohnehin einen zweiten Termin anberaumt hat, um zwei Zeugen zu vernehmen und hierzu auch den Bekl. zu 3. erneut geladen hat.

„[Dieser Umstand] ... führt nicht dazu, dass der Ordnungsgeldbeschluss gegen die nicht erschienene Partei nicht ergehen durfte. Das LG hätte **gleichwohl sachverhaltsaufklärende Fragen stellen können**, die das Verfahren gefördert und, was nicht auszuschließen ist, den Rechtsstreit unter Umständen sogar beendet hätten. Jedenfalls ist in Fällen wie dem zu Grunde liegenden **nicht zu Gunsten der ausbleibenden Partei zu unterstellen**, eine hypothetische Verfahrensbeendigung beziehungsweise eine **Verfahrensförderung nach Sachverhaltsaufklärung im Termin hätte nicht stattfinden können** (OLG Stuttgart, MDR 2009, 1301 = BeckRS 2009, 26192).“ (OLG Stuttgart aaO)

In der Rechtsprechung des BGH wird die Auffassung vertreten, bei einer Ordnungsgeldfestsetzung gem. § 141 III 1 ZPO solle berücksichtigt werden, ob und inwieweit durch das unentschuldigte Ausbleiben der Partei die Sachaufklärung erschwert und der Prozess verzögert wird (vgl. BGH, NJW-RR 2007, 1364 = MDR 2007, 1090; NJW-RR 2011, 1363; krit. hierzu Zöller/Greger, § 141 Rn. 12). Fraglich ist, ob die Ordnungsgeldfestsetzung durch das LG auch dann gerechtfertigt ist, wenn man diese Anforderungen berücksichtigt.

„Die Frage, ob das unentschuldigte Ausbleiben einer Partei Sachverhaltsfeststellungen erschwert und den Prozess verzögert, lässt sich **in den meisten Fällen nicht eindeutig beantworten**. Denn die **Frage**, welche Angaben die Partei auf Fragen des Gerichts im Termin gemacht hätte, ist in der Regel **spekulativ** (OLG Karlsruhe, MDR 2012, 1062 = BeckRS 2012, 15450). Ebenso spekulativ ist die Überlegung, wie die anwe-

sende Gegenpartei reagiert hätte, ob im vorliegenden Fall beispielsweise der Geschäftsführer der Kl. seine Darstellung korrigiert oder ergänzt hätte, wenn er mit abweichenden Angaben des Bekl. zu 3 konfrontiert worden wäre. Da der **fiktive Prozessverlauf bei einer Anwesenheit der unentschuldig ausgebliebenen Partei** sich oft nicht ohne Weiteres beurteilen lässt, kann es für die Verhängung eines Ordnungsgeldes **nicht darauf ankommen**, ob das Gericht **positiv eine Verzögerung des Rechtstreits** durch das Ausbleiben der Partei **feststellen kann**.

Vielmehr reicht es aus, dass eine **Erschwerung der Sachverhaltsfeststellungen** durch das Ausbleiben der Partei jedenfalls **in Betracht kommt** (OLG Karlsruhe, MDR 2012, 1062 = BeckRS 2012, 15450). Das Gericht muss im Rahmen von § 141 III 1 ZPO nicht die Erschwerung bestimmter Sachverhaltsfeststellungen konkret feststellen (OLG Karlsruhe, MDR 2012, 1062 = BeckRS 2012, 15450). **Nur dann, wenn umgekehrt eine Erschwerung von Sachverhaltsfeststellungen durch das Ausbleiben der Partei nach den Umständen ausgeschlossen erscheint**, kann dies der Festsetzung eines Ordnungsgeldes ausnahmsweise entgegenstehen. Wenn die mehr oder weniger spekulativen Überlegungen zum fiktiven Verlauf des Prozesses bei Anwesenheit der ausgebliebenen Partei zu keinem eindeutigen Ergebnis führen, geht dies zulasten der ausgebliebenen Partei (so auch Leitsatz BGH, NJW-RR 2007, 1364 = MDR 2007, 1090; OLG Karlsruhe, MDR 2012, 1062 = BeckRS 2012, 15450; OLG Stuttgart, MDR 2009, 1301 = BeckRS 2009, 26192).“ (OLG Stuttgart aaO)

2. Höhe des Ordnungsgeldes

„Die von der Beschwerde angegriffene Höhe des Ordnungsgelds ist vom LG mit 200 Euro angemessen und zutreffend festgesetzt.“ (OLG Stuttgart aaO)

VI. Ergebnis

Der Ordnungsgeldbeschluss ist ordnungsgemäß ergangen. Die Beschwerde ist unbegründet.

StPO

Telekommunikationsüberwachung

StPO

§§ 160a I, 53 I 1 Nr. 2 Zulässigkeit der Speicherung von Verteidigergesprächen

(BGH in NJW 2014, 1314; Beschluss vom 18.02.2014 – StB 8/13)

1. **Telefonate eines Strafverteidigers mit einem (potentiellen) Mandanten** werden auch dann **vom Schutzbereich der §§ 160 a I, 53 I 1 Nr. 2 StPO erfasst, wenn** im Zeitpunkt des Telefonats ein Mandatsverhältnis (noch) nicht besteht, das **Telefonat vielmehr der Mandatsanbahnung dient**.
2. **§ 160 a I 5 i. V. mit § 160 a I 3 StPO** über die Löschung von Aufzeichnungen ist **vorrangig gegenüber** der Regelung in **§ 101 VIII StPO**.

Fall: Der Generalbundesanwalt führt gegen den Besch. ein Ermittlungsverfahren wegen des Verdachts der Mitgliedschaft in einer terroristischen Vereinigung im Ausland. Auf seinen Antrag ordnete der Ermittlungsrichter des BGH in diesem Verfahren die Überwachung und Aufzeichnung der Telekommunikation über die vom Besch. genutzten Fernmeldeanschlüsse an. Bei der Durchführung dieser Anordnung wurden zwei Anrufe des Rechtsanwalts R aufgezeichnet. In dem ersten Telefonat sprach Rechtsanwalt R mit einer unbekannt Person, in dem zweiten mit dem Besch. selbst. Inhalt der Telefonate war das Angebot des Rechtsanwalts R, den Besch. in dem gegen ihn geführten Ermittlungsverfahren anwaltlich zu vertreten. Es wurde ein Besprechungstermin für den Folgetag vereinbart. Anschließend legitimierte sich Rechtsanwalt R als Verteidiger des Besch. unter Vorlage einer unterzeichneten Strafprozessvollmacht. Über die Ergebnisse der Überwachung erstellte das BKA einen Zwischenbericht und benachrichtigte den Besch. sowie Rechtsanwalt R von den Maßnahmen. Im eigenen wie auch im Namen des Besch. beantragte Rechtsanwalt R, die Rechtswidrigkeit der Überwachung der beiden Telefongespräche festzustellen. Der Generalbundesanwalt trat den Anträgen entgegen, ordnete jedoch die Sperrung der entsprechenden Aufzeichnungen für eine Verwendung zu anderen Zwecken als die der gerichtlichen Überprüfung der Maßnahmen an (§ 101 VIII 3 StPO).

Zu prüfen ist, ob die anlässlich der Telefongespräche erlangten Erkenntnisse gem. § 160 a I 2 und 5 StPO verwendet werden dürfen oder aber ob einer Verwendung entgegen steht, dass Rechtsanwalt R über diese als Verteidiger des Besch. gem. § 53 I 1 Nr. 2 StPO das Zeugnis verweigern durfte.

- I. Nach **§ 53 I 1 Nr. 2 StPO** ist dem Berufsausübenden all das bekannt geworden, was ihm in anderer Weise als durch **Anvertrauen** im Sinne des Mitteilens **in der erkennbaren Erwartung des Stillschweigens** (h. M., vgl. SK-StPO/Rogall, § 53 Rn 62 m. w. Nachw.; weitergehend SK-StGB/Hoyer, 56. EL, § 203 Rn 20 f.) in **funktionalem Zusammenhang mit seiner Berufsausübung zur Kenntnis gelangt**, unabhängig davon, von wem, aus welchem Grund oder zu welchem Zweck er sein Wissen erworben hat.

BGH NJW 2011, 1077 zu § 43 a II BRAO; OLG Köln NJW 2000, 3656; SK-StPO/Rogall, § 53 Rn 63; Radtke/Hohmann/Otte, StPO, § 53 Rn 10; Löwe/Rosenberg, StPO, 26. Aufl., § 53 Rn 17

1. **Nicht erfasst** sind allein solche **Tatsachen, die er als Privatperson** oder **nur anlässlich seiner Berufsausübung in Erfahrung gebracht** hat (BGHSt 51, 140 = NJW 2007, 307 = NStZ 2007, 275; OLG Bamberg StV 1984, 499). Wenn auch eigene Tätigkeiten oder Äußerungen des Zeugnisverweigerungsberechtigten mangels eigener Wahrnehmung nicht bekanntgewordene Tatsachen sein können (vgl. BGHSt 51, 140 = NJW 2007, 307 = NStZ 2007, 275), so werden sie dennoch dann vom Zeugnisverweigerungsrecht erfasst, wenn Angaben über diese Tätigkeiten oder Äußerungen **Rückschlüsse auf geschützte Tatsachen zulassen** (BGH bei Holtz MDR 1978, 281).
2. Ausgehend von diesen Grundsätzen unterliegt der gesamte Inhalt beider verfahrensgegenständlicher Telefongespräche dem Schutz des § 53 StPO.

*„Ungeachtet des Umstands, von wem die Initiative für die Telefonate ausging, standen die Äußerungen der Gesprächspartner von Rechtsanwalt R jeweils in direktem Bezug zu dessen Funktion. Da das **Weigerungsrecht des Verteidigers nicht von seiner Beziehung zum Besch., sondern allein vom Vernehmungsgegenstand abhängt** (vgl. BGHSt 33, 148 = NJW 1985, 2203 = NStZ 1985, 372), kommt es auch nicht darauf an, dass die den ersten Anruf entgegennehmende Person zu keinem Zeitpunkt ein Mandatsverhältnis mit Rechtsanwalt R begründen wollte.“* (BGH aaO)

3. Dass **zum Zeitpunkt der Telefonate ein Mandatsverhältnis** zwischen Rechtsanwalt R und dem Besch. **noch nicht bestand, ist ohne Bedeutung**.

„Denn das **berufsbezogene Vertrauensverhältnis**, das zu schützen § 53 StPO beabsichtigt (vgl. KK-StPO/Senge, 7. Aufl., § 53 Rn 1), **beginnt nicht erst mit Abschluss des zivilrechtlichen Geschäftsbesorgungsvertrags**, sondern **umfasst auch das entsprechende Anbahnungsverhältnis** (BGHSt 33, 148 = NJW 1985, 2203 = NSTz 1985, 372 zum Arzt-Patienten-Verhältnis; SK-StPO/Rogall, § 53 Rn 84, 101). Ein Besch., der auf der Suche nach einem Verteidiger ist, bringt jedem Rechtsanwalt, mit dem er zu diesem Zweck kommuniziert, typischerweise das Vertrauen entgegen, dass der Inhalt dieser Gespräche vertraulich behandelt wird, unabhängig davon, ob anschließend ein Verteidigungsverhältnis zu Stande kommt (Schäfer, FS Hanack, 1999, 77). Damit besteht bereits zu diesem Zeitpunkt die **Sonderbeziehung**, die von einer – vornehmlich zu § 203 StGB vertretenen (Schönke/Schröder, StGB, 28. Aufl., § 203 Rn 15 m. w. N. abl. OLG Köln NJW 2000, 3656) und vom Generalbundesanwalt für seine Argumentation herangezogenen – Ansicht über den funktionalen Zusammenhang mit der Berufsausübung hinaus verlangt wird. Der Senat kann daher offenlassen, ob dieser Ansicht zu folgen wäre (ebenso BGHSt 33, 148 = NJW 1985, 2203 = NSTz 1985, 372).“ (BGH aaO)

4. Dieses Verständnis des Tatbestandsmerkmals des Bekanntwerdens ist – unabhängig davon, ob es tatsächlich Ergebnis einer weiten bzw. ausdehnenden Auslegung ist (so ausdr. BGH bei Holtz MDR 1978, 281; SK-StPO/Rogall, § 53 Rn 63; Radtke/Hohmann/Otte, § 53 Rn 10; Löwe/Rosenberg, § 53 Rn 17) – vom dargelegten **Schutzzweck der Norm** her geboten.

„Das bestehende Spannungsverhältnis zwischen der Gewährung eines Zeugnisverweigerungsrechts und der verfassungsrechtlichen Pflicht des Staates zur bestmöglichen Erforschung der materiellen Wahrheit als unerlässliche Voraussetzung der Verwirklichung des Schuldprinzips wurde vom Gesetzgeber gesehen. Dennoch hat er – im Bewusstsein der zu § 53 StPO ergangenen Rspr. – dem Vertrauensverhältnis zunächst nur zum Verteidiger, später auch zu dem nicht verteidigenden Rechtsanwalt uneingeschränkten Vorrang eingeräumt und in § 160 a I StPO ein absolutes Erhebungs- und Verwendungsverbot statuiert (BT-Drs. 16/5846, 25, 35 f.; BT-Drs. 17/2637, 6).

Soweit das BVerfG in diesem Zusammenhang die Pflicht zur Wahrheitserforschung betont hat, geschah dies mit Blick auf den am Maßstab des Gleichheitsgrundsatzes des Art. 3 I GG zu messenden, abschließenden Charakters der in § 53 StPO aufgeführten Berufsgruppen (BVerfGE 33, 367 = NJW 1972, 2214 zum Sozialarbeiter; BVerfG NJW 1975, 588 zum Tierarzt). Eine **Einschränkung des Schutzes des Vertrauensverhältnisses ist damit nicht zu rechtfertigen oder gar verfassungsrechtlich geboten** (vgl. BVerfGE 109, 279 = NJW 2004, 999 = NSTz 2004, 270).“ (BGH aaO)

5. Darauf, ob der **Inhalt des Gesprächs** aus objektiver Sicht vertrauens- und damit schutzwürdig erscheinen, **kann es hingegen nicht ankommen**.

„Derjenige, der Vertrauen sucht, muss, um dieses Vertrauen aufbauen zu können, im Vorfeld sicher sein, dass sämtliche vom Berufsausübenden in seiner Funktion gewonnenen Erkenntnisse unabhängig von der Bewertung durch Dritte dem Zeugnisverweigerungsrecht unterfallen. Allerdings findet der Schutz bei solchen Informationen eine Grenze, die gerade mit dem Ziel erteilt werden, sie an Dritte weiterzugeben (BGHSt 37, 138 = NJW 1990, 3283 = NSTz 1990, 601 = StV 1990, 433; OLG Hamm NSTz 2010, 164). Dies trifft bezogen auf einen Verteidiger zwar auf die Mitteilung des Bestehens eines Mandatsverhältnisses zu. Davon unberührt bleibt jedoch, dass darauf bezogene weitere Erkenntnisse wie der Umstand, wann, auf wessen Initiative und aus welchen Gründen es zu einer Kontaktaufnahme gekommen war, grds. nicht offengelegt werden sollen.“ (BGH aaO)

- II. Es stellt sich des Weiteren die Frage, ob ein **Vorrang der Regelung des § 160 a I 5 i. V. m. I 3 StPO gegenüber § 101 VIII StPO** gegeben ist.

Das **Ziel der Regelung**, einer Perpetuierung der Verletzung des Erhebungsverbots nach § 160 a I 1 StPO vorzubeugen und die **Einhaltung des Verwertungsverbots** nach § 160 a I 2 StPO **abzusichern** (BT-Drs. 16/5846, 36), erfordert nicht zwingend die Schaffung des absoluten Lösungsgebots. Ausgereicht hätte es, eine Sperrung der Daten wie nach § 101 VIII 3 Hs. 2 StPO vorzusehen. Gegen ein Nebeneinander beider Vorschriften sprechen jedoch **Wortlaut** und **Gesetzgebungsgeschichte**; ein solches ist auch verfassungsrechtlich nicht geboten.

1. Der **Wortlaut des § 160 a I 3 StPO** ist eindeutig: Während § 101 VIII StPO zwischen Löschung i. S. des Unkenntlichmachens gespeicherter personenbezogener Daten (§ 3 IV Nr. 5 BDSG) und Sperrung zum Zwecke der gerichtlichen Überprüfung der Maßnahme (vgl. § 3 IV Nr. 4 BDSG) unterscheidet, verlangt § 160 a I 3 StPO stets die Löschung.

„Da **beide Regelungen durch dasselbe Gesetz** (Gesetz zur Neuregelung der Telekommunikationsüberwachung und anderer verdeckter Ermittlungsmaßnahmen sowie zur Umsetzung der RL 2006/24/EG vom 21.12.2007) **eingeführt** wurden, kann ausgeschlossen werden, dass der Gesetzgeber – ohne dies deutlich

zu machen – den Begriff der Löschung in § 160 a I 3 StPO unter bestimmten Voraussetzungen auch als Sperrung i. S. des § 101 VIII 3 HS 2 StPO verstanden wissen wollte.“ (BGH aaO)

2. § 160 a I 3 StPO stellt auch nicht lediglich eine Spezialregelung gegenüber der Löschung i. S. des § 101 VIII 1 StPO dar, die den Anwendungsbereich für die Sperrung von Daten nach § 101 VIII 3 HS 2 StPO unberührt ließe. Eine **Datensperrung nach dieser Vorschrift** kommt vielmehr **nur dann** in Betracht, **wenn** der Inhalt ansonsten für die Strafverfolgung nicht mehr erforderlicher und deshalb grds. zu löschender Erkenntnisse (§ 101 VIII 1 StPO) **lediglich zu Zwecken der gerichtlichen Überprüfung der Maßnahme aufbewahrt werden soll**.

„Diese **Gewährleistung nachträglichen Rechtsschutzes** übernimmt nach dem Willen des Gesetzgebers im Rahmen des § 160 a I StPO jedoch die durch § 160 a I 4 StPO vorgesehene Regelung, wonach unter Verzicht auf eine inhaltliche Speicherung der Aufzeichnungen zur Sicherung etwaiger Rechtsschutzbegehren die Tatsache der Erlangung der unverwendbaren Erkenntnisse sowie der Löschung der entsprechenden Aufzeichnungen aktenkundig zu machen ist (BT-Drs. 16/5846, 36).

Dabei handelt es sich um eine **bewusste Entscheidung des Gesetzgebers**. § 160 a I 3 und 4 StPO wurde § 100 c V 2 und 4 StPO nachgebildet, der seinerseits mit Gesetz vom 24.06.2005 zur Umsetzung des Urteils des BVerfG (BVerfGE 109, 279) eingeführt wurde. Bezogen auf letztgenannte Bestimmungen wurden ausdrücklich etwaige der Vernichtung der erlangten Daten entgegenstehende Belange des (nachträglichen) Rechtsschutzes mit Blick auf den Menschenwürdebezug von Aufzeichnungen aus dem Kernbereich privater Lebensgestaltung als unerheblich bezeichnet (BT-Drs. 15/4533, 15). Dies hatte das **BVerfG** in Abweichung von dem allgemeinen Grundsatz, wonach Art. 19 IV GG eine Abstimmung der Pflicht zur Vernichtung mit der **Rechtsschutzgarantie** verlange (BVerfGE 109, 279 = NJW 2004, 999 = NSTz 2004, 270), in diesem Zusammenhang gefordert. Denn wegen des **Risikos einer Vertiefung der Persönlichkeitsverletzung** habe jede weitere Aufbewahrung von höchstpersönlichen Daten, die nicht hätten erhoben werden dürfen, zu unterbleiben, auch wenn dadurch ein mögliches Interesse der Betroffenen auf vollständige Kenntnis darüber, welche Gesprächsinhalte von den Strafverfolgungsbehörden überwacht wurden, unbefriedigt bleibt (BVerfGE 109, 279 = NJW 2004, 999 = NSTz 2004, 270).“ (BGH aaO)

3. Dass der Gesetzgeber auch bei dem **Schutz der Vertraulichkeit des Verhältnisses eines Besch. zu seinem Verteidiger** Aspekte der Garantie der Menschenwürde in seine Überlegungen miteinbezogen und deswegen etwaige Belange eines nachträglichen Rechtsschutzes hintangestellt hat, ist von den Fachgerichten hinzunehmen; auch mit Blick auf Art. 19 IV GG bestehen insoweit keine Bedenken.

„Die für die Verkürzung der Rechtsschutzgarantie erforderliche Menschenwürderelevanz der personenbezogenen Erkenntnisse aus dem Vertrauensverhältnis zwischen Verteidiger und Mandant folgt daraus, dass § 53 I 1 Nr. 2 StPO nicht nur generell den Schutz dieses Verhältnisses bezweckt, sondern seine Funktion darüber hinaus auch darin liegt dafür Sorge zu tragen, dass der **Besch. nicht zum bloßen Objekt eines Strafverfahrens** wird (BVerfGE 109, 279 = NJW 2004, 999 = NSTz 2004, 270; BVerfGE 129, 208 = NJW 2012, 833; BT-Drs. 16/5846, 25). Diese gesteigerte Bedeutung spiegelt sich auch in der Differenzierung zwischen den einzelnen Berufsgruppen in § 160 a I und II StPO wider (vgl. zu der Verfassungsgemäßheit dieser Unterscheidung im Lichte des Art. 3 I GG BVerfGE 129, 208 = NJW 2012, 833).“ (BGH aaO)

4. Dass die unterschiedlichen Normen im Hinblick auf die Löschung und Speicherung von Daten sowie die diesbzgl. Rechtsschutzmöglichkeiten insgesamt nicht ausgewogen aufeinander abgestimmt sind (vgl. KK-StPO/Brunns, § 100 c Rn 37), lässt ein anderes Verständnis der § 160 a I 3 und 4 StPO angesichts der **Eindeutigkeit der Auslegung nach Wortlaut und Entstehungsgeschichte** nicht zu (BGH aaO).

VwGO
§ 40 I 1**Identitätsfeststellung und Erkennungsdienst**
Rechtsweg bei doppelfunktionalen Maßnahmen der Polizei

VwGO

(OVG Lüneburg in NVwZ-RR 2014, 327; Beschluss vom 08.11.2013 – 11 OB 263/13)

Bei doppelfunktionalen Maßnahmen der Polizei, die sowohl der **Gefahrenabwehr** als auch der **Strafverfolgung** gedient haben könnten, ist der Verwaltungsrechtsweg für eine Fortsetzungsfeststellungsklage eröffnet, wenn der Grund für das polizeiliche Einschreiten bzw. dessen **Schwerpunkt nach objektiver Betrachtung** für den Betroffenen **nicht zweifelsfrei zu erkennen** war, aber (zumindest auch) eine präventiv polizeiliche Rechtsgrundlage in Betracht kam.

A. Grundlagenwissen: Eröffnung des Verwaltungsrechtswegs, § 40 VwGO

Der Rechtsweg zu den Verwaltungsgerichten ist eröffnet, wenn keine aufdrängende Sonderzuweisung vorliegt, eine öffentlich-rechtliche Streitigkeit nichtverfassungsrechtlicher Art gegeben ist und der Streit nicht durch eine abdrängende Sonderzuweisung einer anderen Gerichtsbarkeit zugewiesen ist.

I. aufdrängende Sonderzuweisung

Eine aufdrängende Sonderzuweisung liegt vor, wenn eine Streitigkeit unabhängig von ihrer Rechtsnatur durch eine gesetzliche Regelung der Entscheidung durch die Verwaltungsgerichte unterliegt. Auf die Prüfung des Vorliegens einer öffentlich-rechtlichen Streitigkeit nichtverfassungsrechtlicher Art kommt es dann nicht an, so dass diese zu unterbleiben hat.

Beispiele für aufdrängende Sonderzuweisungen sind:

- für Klagen aus öffentlich-rechtlichen Dienstverhältnis (**§ 54 I BeamStG** für Beamte, **§ 82 I SG** für Soldaten, § 46 DRiG für Richter)
- Entscheidung über die Eintragung in die Handwerksrolle, §§ 8 IV, 12 HwO
- Anordnung der Zwangshaft in der Verwaltungsvollstreckung, § 16 I 1 VwVG

II. öffentlich-rechtliche Streitigkeit nichtverfassungsrechtlicher Art**1. öffentlich rechtliche Streitigkeit**

Die Einordnung einer Streitigkeit richtet sich nach der Natur des Rechtsverhältnisses, aus dem der Klageanspruch hergeleitet wird. Eine öffentlich-rechtliche Streitigkeit liegt danach vor, wenn das Klagebegehren nach öffentlichem Recht zu beurteilen ist. Die maßgeblichen Rechtsvorschriften sind dann dem öffentlichen Recht zuzurechnen, wenn sie sich nicht an jedermann richten, sondern **vorrangig einem Träger öffentlicher Gewalt für die Ausübung seiner Pflichten zugeordnet** sind (sog. modifizierte Subjektstheorie). Es ist daher zunächst festzustellen, worum es in dem Rechtsstreit geht und nach welchen Normen sich diese Fragen beurteilen, damit dann eine Einordnung vorgenommen werden kann.

Nur wenn die modifizierte Subjektstheorie nicht greift, kann hilfsweise die **Subordinationstheorie** herangezogen werden, nachdem ein Verhältnis öffentlich-rechtlich ist, wenn über und Behörde sich in einem Über-Unterordnungsverhältnis gegenüberstehen, der Staat also Hoheitsmacht gegenüber dem Bürger ausübt.

Schließlich gibt es zahlreiche Fälle, in denen nach sonstigen Kriterien eine Abgrenzung vorzunehmen ist.

• Subventionsverhältnis**- Einstufige Subventionsgewährung:**

Es erfolgen nur der Rechtsakt der Bewilligung und der Realakt der Auskehrung (z.B. verlorener Zuschuss). Der Rechtsakt ist immer öffentlich-rechtlich.

- **Zweistufige Subventionsgewährung** (Zweistufentheorie)

Die Entscheidung über die Gewährung der Subvention ist immer öffentlich-rechtlich (1. Stufe: „Ob“). Die Durchführung der Subventionierung (2. Stufe: „Wie“) ist nicht zwingend, aber regelmäßig zivilrechtlich ausgestaltet (z.B. Darlehensvertrag, Bürgschaft, Kaufvertrag).

- **ehrverletzende/geschäftsschädigende Äußerungen**

Es kommt auf den **Funktionszusammenhang** an, in welchem diese getätigt wurden.

- **Teilnahme der öffentlichen Hand am Straßenverkehr**

Es kommt nach h.M. auf den **Sachzusammenhang** der Fahrt und deren Zielsetzung an.

- **Erstattungsanspruch**

Bei Ansprüchen auf Erstattung von Zahlungen kommt es nach der Kehrseiten-theorie darauf an, ob die Leistungsgewährung öffentlich-rechtlich erfolgt ist.

- **Benutzungsverhältnis** (Zweistufentheorie)

Geht um die Zulassung zur Benutzung einer öffentlichen Einrichtung (1. Stufe: „Ob“), so ist dies stets öffentlich-rechtlich. Bei der Ausgestaltung des Benutzungsverhältnisses (2. Stufe: „Wie“) ist hingegen zu differenzieren, ob die Einrichtung öffentlich-rechtlich oder privatrechtlich organisiert ist.

2. nichtverfassungsrechtlicher Art

Nach der **Theorie der doppelten Verfassungsunmittelbarkeit** ist eine Streitigkeit nur dann im Sinne des § 40 I 1 VwGO verfassungsrechtlich, wenn **Verfassungsorgane um Verfassungsrecht** streiten.

III. abdrängende Sonderzuweisung

Trotz Vorliegens einer öffentlich-rechtlichen Streitigkeit nichtverfassungsrechtlicher Art kann gleichwohl der Verwaltungsrechtsweg nicht eröffnet sein. Dies ist dann der Fall, wenn der Gesetzgeber den Rechtsstreit einem anderen Gericht zur Entscheidung zugewiesen hat.

Hierzu gehören zunächst die Zuweisungen an die Gerichte der besonderen „Verwaltungsgerichtsbarkeit“, also an das Sozialgericht (§ 51 SGG) und das Finanzgericht (§ 33 FGO). Weitere relevante abdrängende Sonderzuweisungen sind: § 23 EGGVG für Justizverwaltungsakte und Art. 14 III 4 GG für die Enteignungsschädigung.

Von besonderer Bedeutung sind jedoch die Zuweisungen an die ordentlichen Gerichte, die insbesondere in § 40 II 1 VwGO verankert sind.

Danach sind die ordentlichen Gerichte zuständig für

- Ansprüche aus **Aufopferung**
- Ansprüche aus **öffentlich-rechtlicher Verwahrung**
- Schadensersatzansprüche aus der Verletzung öffentlich-rechtlicher Pflichten (insbesondere **Amtshaftungsansprüche** nach Art. 34 GG i.V.m. § 839 BGB und **Sekundäransprüche aus öffentlich-rechtlichem Schuldverhältnis** (str., soweit nicht Verwahrung))

B. Voraussetzungen für die Eröffnung des Verwaltungsrechtswegs bei doppeifunktionalen polizeilichen Maßnahmen (vgl. OVG Lüneburg, NVwZ-RR 2014, 327)

Fall: Die Kl. begehrte mit ihrer Klage die Feststellung, dass eine am 02.06.2012 durchgeführte Feststellung ihrer Personalien und ihre erkennungsdienstliche Behandlung in Form des individuellen Abfilmens ihrer Person rechtswidrig waren. Am 02.06.2012 fanden in H. die rechtsgerichtete Versammlung „Tag der deutschen Zukunft“ sowie Gegenveranstaltungen statt. Die Kl. befand sich zusammen mit anderen Versammlungsteilnehmern auf der Rückreise von einer Gegenveranstaltung. Die streitgegenständlichen Maßnahmen wurden

im Bahnhof in U. durch Beamte der Bundespolizei durchgeführt. Das angerufene Verwaltungsgericht hielt den Verwaltungsrechtsweg nicht für eröffnet und verwies den Rechtsstreit auf den ordentlichen Rechtsweg an das VG. Hiergegen hat der Kl. Beschwerde erhoben. Zu Recht?

I. Zulässigkeit der Beschwerde

Die Beschwerde gegen den Verweisungsbeschluss musste zulässig sein.

1. Statthaftigkeit der Beschwerde

§ 17a II GVG sieht vor, dass ein angerufenes Gericht den beschrifteten Rechtsweg nach Anhörung der Parteien für unzulässig erklären und den Rechtsstreit zugleich an das zuständige Gericht des zulässigen Rechtsweges verweisen kann. Dieser Beschluss ist zwar für das Gericht, an das der Rechtsstreit verwiesen worden ist, hinsichtlich des Rechtsweges bindend, kann aber vom Kl. nach § 17a IV 3 GVG mit sofortiger Beschwerde nach den Vorschriften der jeweils anzuwendenden Verfahrensordnung, hier also der VwGO, angefochten werden.

Die Beschwerde ist daher statthaft.

2. sonstige Zulässigkeitsvoraussetzungen

Vom Vorliegen der sonstigen Zulässigkeitsvoraussetzungen kann ausgegangen werden.

II. Begründetheit der Beschwerde

Die Beschwerde ist begründet, wenn das VG die Eröffnung des Verwaltungsrechtsweges nach § 40 I 1 VwGO zu Unrecht abgelehnt hat.

Nach der genannten Vorschrift ist der Verwaltungsrechtsweg in allen öffentlich-rechtlichen Streitigkeiten nichtverfassungsrechtlicher Art gegeben, soweit die Streitigkeiten nicht durch Bundesgesetz einem anderen Gericht ausdrücklich zugewiesen sind.

*„Wird die **Polizei zur Gefahrenabwehr** tätig, ist danach der **Verwaltungsrechtsweg** eröffnet. Dagegen sind die Strafgerichte für die Überprüfung von **Strafverfolgungsmaßnahmen**, die sich als **Justizverwaltungsakte** darstellen, nach § 23 I EGGVG bzw. § 98 II StPO analog zuständig.“* (OVG Lüneburg aaO)

1. Begriff der doppeifunktionalen Maßnahmen

Es kommt daher im vorliegenden Fall darauf an, ob es sich um Gefahrenabwehrmaßnahmen oder um Strafverfolgungsmaßnahmen der Polizei handelt. Eine eindeutige Zuordnung ist hier jedoch nicht möglich, da die Identitätsfeststellung sowohl Zwecken der Gefahrenabwehr als auch der Strafverfolgung dienen.

*„Die hier streitigen polizeilichen Maßnahmen gehören zu den so genannten **doppeifunktionalen Maßnahmen** der Polizei. Darunter werden Handlungen verstanden, die sich nicht ohne Weiteres als Maßnahmen der Gefahrenabwehr oder Strafverfolgung einordnen lassen, weil sie nach Maßgabe entsprechender Befugnisnormen sowohl nach Polizeirecht als auch nach der Strafprozessordnung vorgenommen werden sein könnten. Bei diesen Maßnahmen ist nach der überwiegenden Rechtsprechung der **Rechtsweg danach zu bestimmen**, ob der **Grund oder das Ziel** des polizeilichen Einschreitens und ggf. dessen **Schwerpunkt** der Gefahrenabwehr oder der Strafverfolgung dienen. Für die Abgrenzung der beiden Aufgabengebiete ist maßgebend, wie sich der **konkrete Sachverhalt einem verständigen Bürger in der Lage des Betr. bei natürlicher Betrachtungsweise** darstellt (BVerwGE 47, 255 = NJW 1975, 893 m Anm. Schenke = NJW 1975, 1529 Ls.; VGH Mannheim, NVwZ-RR 2011, 231; VGH München, BayVBl 2010, 220 = BeckRS 2009, 41748). Dabei muss der Sachverhalt im Allgemeinen einheitlich betrachtet werden, es sei denn, dass einzelne Teile des Geschehensablaufs objektiv abtrennbar sind. Hat die Polizei die Ermittlungen an die Staatsanwaltschaft oder das AG weitergeleitet oder auf Weisung der an die Staatsanwaltschaft gehandelt, so kann an der strafprozessualen Natur ihres Einschreitens kein vernünftiger Zweifel bestehen. Eine Maßnahme, die nach dem Gesamteindruck darauf gerichtet ist, eine strafbare Handlung zu erforschen oder sonst zu verfolgen, ist der Kontrolle der ordentlichen Gerichte nach §§ 23 ff. EGGVG nicht etwa deshalb entzogen, weil durch die polizeilichen Ermittlungen möglicherweise zugleich auch künftigen Verletzungen der öffentlichen Sicherheit vorgebeugt wurde (BVerwGE 47, 255 = NJW 1975, 183 mit Anm. Schenke = NJW 1975, 1529 Ls.).“* (OVG Lüneburg aaO)

2. Bestimmung des Schwerpunkts

Im vorliegenden Fall lässt sich nach diesen Kriterien nicht eindeutig bestimmen, ob die Polizei repressiv oder präventiv tätig geworden ist.

„Die Kl. hat vorgetragen, dass ihr **keine Rechtsgrundlage für das polizeiliche Handeln** genannt worden sei, und sich die Gruppe, in der sie sich befunden habe, friedlich verhalten habe. Das gesamte polizeiliche Handeln am Bahnsteig in Uelzen habe sich für sie von Beginn der Umschließung bis zum Platzverweis **als gefahrenabwehrrechtliches Maßnahmenbündel dargestellt**.

Nach dem Vorbringen der Bekl. hat die Polizei die Identitätsfeststellung und deren Filmen sowohl auf § 163 b StPO als auch auf § 23 I BPolG gestützt. Dies ergibt sich aus dem Bericht des EPHK B vom 11.07.2012 der den Einsatz geleitet und die Personalienfeststellung der 41 auf dem Bahnsteig verbliebenen linken Versammlungsteilnehmer einschließlich der Kl. angeordnet hat. Darin führt er zu dem **doppelfunktionalen Charakter** der Maßnahmen aus, dass nach § 163 b StPO der oder die Täter zum Flaschenwurf und weiterer Straftaten in H. festgestellt werden sollten und nach § 23 I BPolG vor dem Hintergrund der **Gefahr des erneuten Aufeinandertreffens der linken und rechten Versammlungsteilnehmer** und weiterer zu erwartender Straftaten diese verhindert werden sollten.

Dies sei der Gruppe über Megaphon durch PHK C auch mehrfach mitgeteilt worden. Dass PHK D in seiner Stellungnahme vom 14.06.2012 demgegenüber angegeben hat, bei 41 separierten Personen sei eine **repressive Identitätsfeststellung wegen des Verdachts der Begehung von Straftaten** nach §§ 125, 224 StGB durchgeführt worden, ist im Hinblick auf den Bericht des Einsatzführers EPHK B, der die streitige Anordnung getroffen hat, **zumindest als unvollständig anzusehen** und kann für die erforderliche Zuordnung der Maßnahmen aus der objektiven Sicht eines Betr. nicht maßgeblich sein.“ (OVG Lüneburg aaO)

Das Schwerpunkt des polizeilichen Handelns im repressiven Bereich gelegen hat, war aus Sicht der Kl. bei **verständiger Würdigung des Sachverhalts** daher **nicht eindeutig erkennbar** gewesen.

„Dabei ist zu berücksichtigen, dass die Polizei ihre Maßnahmen auf verschiedene Rechtsgrundlagen stützen kann und sich **nicht am Einsatzort entscheiden** muss, ob sie **ausschließlich oder schwerpunktmäßig präventiv oder repressiv** handelt. Hier liegen keine konkreten Anhaltspunkte dafür vor, dass der Kl. von den vor Ort anwesenden Polizeibeamten der Eindruck vermittelt worden ist, die Durchführung der polizeilich angeordneten Maßnahmen **diene allein oder vorrangig Zwecken der Strafverfolgung**. Auch sonst ist nicht ersichtlich, aus welchen Umständen die Kl. diesen Schluss hätte ziehen sollen. Gegen die Kl. ist offenbar kein strafrechtliches Ermittlungsverfahren eingeleitet worden.“ (OVG Lüneburg aaO)

Dass aus objektiver Sicht nach Abfahrt der rechten Versammlungsteilnehmer ein präventiv-polizeilicher Zweck der Maßnahme nicht mehr in Betracht kommen konnte, ist ebenfalls nicht festzustellen.

„So sind gegen die 41 auf dem Gleis befindlichen Personen noch **befristete Platzverweise** für den Bahnhof U. und damit **Maßnahmen zur Gefahrenabwehr** angeordnet worden. Die Platzverweise dienten nach dem Bericht des Einsatzführers EPHK B dem Zweck, im Bahnhof eine Nachsuche nach möglicherweise dort verbliebenen rechten Versammlungsteilnehmern vornehmen zu können. Wie der Vertreter der Bekl. nach dem unwidersprochen gebliebenen Vortrag der Kl. in der mündlichen Verhandlung vor dem VG erklärt haben soll, diene die **Identitätsfeststellung** ebenfalls dazu, die **Einhaltung der Platzverweise zu gewährleisten**, und stand somit (auch) in unmittelbarem Zusammenhang mit einer Maßnahme zur Gefahrenabwehr. Dass für die Kl. aus ihrer Sicht eindeutig die Strafverfolgung im Vordergrund stehen musste, kann daher nicht angenommen werden.

In einem solchen Fall, in dem der Grund für das polizeiliche Einschreiten bzw. dessen **Schwerpunkt nach objektiver Betrachtung für den Betr. nicht zweifelsfrei zu erkennen** ist, für die polizeiliche Maßnahme aber (zumindest auch) eine präventiv-polizeiliche Rechtsgrundlage in Betracht kommt, ist der **Verwaltungsrechtsweg eröffnet** (so auch: OVG Münster, Beschluss vom 09.01.2012 – 5 E 251/11, BeckRS 2012, 45958; im Ergebnis ebenso: OVG Münster, Beschluss vom, 07.07.2006 – 5 E 585/06, BeckRS 2012, 46699; OVG Weimar, Beschluss vom 05.09.2013 – 1 K 121/12). Das angerufene VG entscheidet den Rechtsstreit nach § 17 II 1 GVG unter allen in Betracht kommenden rechtlichen Gesichtspunkten. Die dadurch angeordnete umfassende Prüfung erstreckt sich somit auch auf rechtliche Gesichtspunkte, für die an sich ein anderer Rechtsweg gegeben wäre.“ (OVG Lüneburg aaO)

III. Ergebnis

Der Verwaltungsrechtsweg ist nach § 40 I 1 VwGO eröffnet. Die Beschwerde ist begründet.

VwGO
§§ 170, 172**Vollstreckung einer einstweiligen Anordnung
Erzwingung einer Geldzahlung gegen öffentliche Hand**

VwGO

(OVG Koblenz in NVwZ-RR 2014, 293; Beschluss vom 21.11.2013 – 6 B 11027/13)

1. Die gem. § 123 I VwGO einstweilig angeordnete Leistung eines Geldbetrags zur Sicherheit auf ein Sperrkonto, auf das der Schuldner nicht zugreifen darf, stellt keine Geldforderung iSd § 170 VwGO dar.
2. Die Bestimmung des § 172 VwGO ist keine allgemeine Norm zur Erzwingung behördlichen Verhaltens, sondern eine Sonderregelung auch für die Vollstreckung einstweiliger Anordnungen gem. § 123 VwGO, wenn das Ziel der Vollstreckung in der Vornahme einer behördlichen Handlung besteht, die eine öffentlich rechtliche Handlungsbefugnis voraussetzt.
3. Die Monatsfrist des § 123 III VwGO i.V.m. § 929 II ZPO für die Vollziehung einer einstweiligen Anordnung kann im Falle der Beschwerdeeinlegung mit der Zustellung der Beschwerdeentscheidung erneut zu laufen beginnen.

Fall: Bereits seit Jahren wird hinsichtlich der Rückzahlung einer seit dem Jahr 1998 geleisteten Verbandsumlage auf nationaler wie europäischer Ebene gestritten.

Das OVG Koblenz bestätigte einen Beschluss des VG Trier vom 08.03.2013, einem Eilantrag stattzugeben, der den Beihilfempfänger – einen als Körperschaft des öffentlichen Rechts organisierten Zweckverband - verpflichtet, den geltend gemachten Rückzahlungsbetrag auf ein Sperrkonto einzuzahlen, nachdem die Kommission eine Negativentscheidung erlassen hatte (vgl. OVG Koblenz, Beschl. v. 10.06. 2013 – 6 B 10351/13 in EuZW 2013, 677).

Der Vollstreckungsgläubiger hat dann Anfang Juli 2013 die Vollstreckung eingeleitet. Zur Vollstreckung dieser einstweiligen Anordnung hat das VG den Vollstreckungsgläubiger ermächtigt, die darin angeordnete Sicherheitsleistung selbst oder durch Dritte auf Kosten des Vollstreckungsschuldners bis zur rechtskräftigen Entscheidung im Hauptsacheverfahren zu bewirken. Zu Recht?

Zunächst ist fraglich, auf welcher Rechtsgrundlage die Vollstreckung der erlassenen einstweiligen Anordnung gegen eine juristische Person des öffentlichen Rechts erfolgt.

I. Vollstreckung wegen einer Geldforderung gegen die öffentliche Hand, § 170 VwGO

Es könnte sich zunächst um die Vollstreckung wegen einer Geldforderung i.S.d. § 170 VwGO handeln, das das VG dem Vollstreckungsschuldner aufgegeben hat, vorläufig bis zu einer rechtskräftigen Entscheidung im Hauptsacheverfahren (1 K 1053/12) einen Betrag in Höhe von 762.232,51 EUR nebst Zinsen zur Sicherheit durch Hinterlegung von Geld entsprechend § 108 I 2 ZPO auf ein Sperrkonto zu leisten.

*„Die hierfür zunächst erforderliche **Einrichtung eines Sperrkontos auf den Namen des Schuldners**, auf das dieser jedoch nicht zugreifen können darf, unterfällt offensichtlich nicht dem Anwendungsbereich des § 170 VwGO. Aber auch die mit der einstweiligen Anordnung festgesetzte **Leistung eines Geldbetrags zur Sicherheit auf ein Sperrkonto** stellt keine Geldforderung i.S.d. § 170 VwGO dar.*

*Unter einer **Forderung** versteht der Rechtsverkehr den **Anspruch des Gläubigers auf eine Leistung des Schuldners** (vgl. § 241 I BGB) an den Gläubiger oder einen Dritten. Der hier in Rede stehende **Anspruch auf Absonderung eines im Eigentum des Schuldners verbleibenden Geldbetrags auf ein Konto des Schuldners**, auch wenn dieser darauf keinen Zugriff hat, kann angesichts dessen nicht als Geldforderung, insbesondere nicht als Geldforderung i.S.d. § 170 VwGO betrachtet werden. Dementsprechend wird in der Kommentarliteratur der **Zweck einer Vollstreckung nach § 170 VwGO** mit den Worten umschrieben, diese Bestimmung gebe dem Vollstreckungsgläubiger gegenüber der öffentlichen Hand die **unmittelbare Befriedigungsmöglichkeit in Bezug auf Geldforderungen** (Heckmann in Sodan/Ziekow, VwGO, 2. Aufl. 2006, § 172 Rn. 49; ähnlich auch: Pietzner/Möller in Schoch/Schneider/Bier, VwGO, 2012, § 172 Rn. 15). Ob es sich – wie mit der Beschwerde vorgetragen – bei der Sicherheitsleistung auf ein Sperrkonto um eine Geldzahlung handelt, kann unerörtert bleiben, weil die Begriffe **„Geldzahlung“ und „Geldforderung“ nicht gleichbedeutend sind** und § 170 VwGO eine Geldforderung voraussetzt.“ (OVG Koblenz aaO)*

Die Vollstreckung der einstweiligen Anordnung vom 08.03.2013 (1 L 83/13) erfolgt nicht wegen einer Geldforderung i.S.d. § 170 VwGO.

II. Zwangsgeld gegen eine Behörde, § 172 VwGO

Möglicher Weise kommt die Durchsetzung mittels eines Zwangsgeldes gegen eine Behörde nach § 172 VwGO in Betracht. Danach kann das Gericht des ersten Rechtszugs, wenn eine

Behörde in den Fällen des § 113 I 2 und V und des § 123 VwGO der ihr im Urteil oder in der einstweiligen Anordnung **aufgelegten Verpflichtung nicht nachkommt**, auf Antrag unter Fristsetzung gegen die Behörde ein Zwangsgeld bis 10.000,00 EUR durch Beschluss – ggf. wiederholt – androhen, nach fruchtlosem Fristablauf festsetzen und von Amts wegen vollstrecken.

„Dass der Vollstreckungsschuldner der ergangenen einstweiligen Anordnung vom 08.03.2013 (1 L 83/13) nicht durch Sicherheitsleistung auf ein Sperrkonto Folge geleistet hat, eröffnet noch nicht den Anwendungsbereich des § 172 VwGO. Diese Bestimmung wird in der obergerichtlichen Rechtsprechung **nicht als eine allgemeine Norm zur Erzwingung behördlichen Verhaltens** betrachtet, sondern als eine Sonderregelung für die darin genannten Fälle, die die **Erzwingung oder Rückgängigmachung der Rechtsfolgen von Verwaltungsakten** betreffen (vgl. OVG Koblenz, Beschluss vom 18.10.2007 – 1 E 10786/07, BeckRS 2008, 37175; VGH München, NVwZ 2001, 822). Soweit Fälle „des § 123“ ausdrücklich genannt seien, könne es sich dementsprechend nur um **Fälle einstweiliger Anordnungen** handeln, die auf eine **bereits erhobene oder noch zu erhebende Verpflichtungsklage** bezogen seien (VGH Mannheim, NVwZ-RR 2004, 459).

Die Anwendbarkeit des § 172 VwGO setze wenigstens voraus, dass das **Ziel der Vollstreckung** in der **Vornahme einer schlicht hoheitlichen Handlung durch die Behörde** bestehe, für die sie eine spezifisch hoheitliche Regelungs- oder Handlungsbefugnis in Anspruch nehme (OVG Lüneburg, NVwZ-RR 2007, 139; vgl. auch: VGH Kassel, NVwZ-RR 2000, 730). Auch der Senat ist der Auffassung, dass die Bestimmung des § 172 VwGO auf einstweilige Anordnungen gem. § 123 VwGO anwendbar ist, wenn das zu erzwingende behördliche Verhalten eine **öffentlich-rechtliche Handlungsbefugnis voraussetzt**. Da die Einrichtung eines Sperrkontos und die Einzahlung einer Sicherheitsleistung auf ein Sperrkonto keine solche öffentlich-rechtliche Handlungsbefugnis und erst recht nicht den Erlass eines Verwaltungsakts erfordert, scheidet die Bestimmung des § 172 VwGO als Grundlage der Vollstreckung aus, zumal dem Vollstreckungsgläubiger die vom VG angewandte und auch aus unionsrechtlicher Sicht effektive Vollstreckungsmöglichkeit gem. § 167 I 1 VwGO i.V.m. § 887 I ZPO zur Verfügung steht.“ (OVG Koblenz aaO)

Auch eine Vollstreckung durch Verhängung eines Zwangsgeldes nach § 172 VwGO kommt daher nicht in Betracht.

III. Vollstreckung nach den Vorschriften der ZPO, § 167 I VwGO

In allen anderen Fällen richtet sich die Vollstreckung gem. § 167 I VwGO nach den Vorschriften des Achten Buches des ZPO.

1. Vorliegen der allgemeinen Vollstreckungsvoraussetzungen

Dann müssen zunächst die allgemeinen Vollstreckungsvoraussetzungen (Titel, Klausel, Zustellung) gegeben sein. Die ergangene einstweilige Anordnung stellt einen solchen Vollstreckungstitel nach § 168 I Nr. 2 VwGO dar. Von der Klauselerteilung und der Zustellung kann ausgegangen werden.

2. Nichtvorliegen von Vollstreckungshindernissen

Allerdings sieht § 123 III VwGO für einstweilige Anordnungen die entsprechende Anwendung der §§ 920, 921, 923, 926, 928 bis 932, 938, 939, 941 und 945 ZPO vor. Insofern könnte hier § 929 II ZPO einer Vollstreckung entgegenstehen. Danach ist die Vollziehung der einstweiligen Anordnung unstatthaft, wenn seit dem Tag, an dem der Befehl verkündet oder der Partei, auf deren Gesuch er erging, zugestellt ist, ein Monat verstrichen ist.

Die einstweilige Anordnung ist am 08.03.2013 ergangen, die Vollstreckung wurde erst Anfang Juli 2013 eingeleitet. Allerdings ist diese Monatsfrist in Bezug auf die Beschwerdeentscheidung des Senats vom 10.06.2013 (6 B 10351/13) eingehalten worden. Fraglich ist, ob dies ausreicht.

„Soweit der Vollstreckungsschuldner meint, die vom VG erlassene einstweilige Anordnung habe ihre Wirksamkeit verloren (vgl. VGH München, Beschluss vom 03.05.2006 – 4 CE 06.637, BeckRS 2009, 33640; VGH Kassel, Entschd. v. 07.09.2004 – 10 TG 1498/04, BeckRS 2005, 22989), weil ihre Vollziehung nicht innerhalb eines Monats nach der Zustellung des verwaltungsgerichtlichen Beschlusses vom 08.03.2013 (1 L 83/13) beantragt worden sei, folgt ihm der Senat nicht. Diese Auffassung wird nämlich den **Besonderheiten im Falle der Beschwerdeeinlegung** gegen eine einstweilige Anordnung, insbesondere aber den die vorliegende Fallgestaltung prägenden Umständen nicht gerecht.

Da die **Monatsfrist** des § 929 II ZPO gem. § 123 III VwGO für einstweilige Anordnungen **lediglich entsprechend anzuwenden** ist, müssen die einzelnen Elemente des durch die Verweisung geregelten und desjenigen Tatbestands, auf dessen Rechtsfolgen verwiesen wird, miteinander so in Beziehung gesetzt werden, dass **unsachgemäße Gleichsetzungen vermieden** und von der Sache her gebotene Differenzie-

rungen nicht ausgeschlossen werden (vgl. Larenz, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 6. Aufl. 1991, S 261). Vor diesem Hintergrund wird im Falle der **Beschwerdeeinlegung gegen eine einstweilige Anordnung, die gegen die öffentliche Hand vollstreckt werden soll**, die Monatsfrist gem. § 123 III VwGO i.V.m. § 929 II ZPO nicht ausschließlich durch den verwaltungsgerichtlichen Beschluss in Lauf gesetzt. Vielmehr kann diese **Vollziehungsfrist durch die Entscheidung über die Beschwerde erneut zu laufen beginnen.**“ (OVG Koblenz aaO)

Allerdings könnte dies auch nur dann gelten, wenn der erstinstanzliche Beschluss im Beschwerdeverfahren abgeändert und eine inhaltlich abweichende einstweilige Anordnung erlassen wird. Ob dies auch in Betracht kommt, wenn eine ergangene erstinstanzliche einstweilige Anordnung durch das BeschwGer. bestätigt wird, ist fraglich. Dies kommt nur in Betracht, wenn besondere Umstände dies für die einstweilige Anordnung nach VwGO für angezeigt erscheinen lassen.

„Diese besonderen Umstände sind dadurch gekennzeichnet, dass der Vollstreckungsgläubiger den **Vollstreckungsschuldner**, eine juristische Person des öffentlichen Rechts, mit Schreiben vom 18.03.2013 schon wenige Tage nach der Zustellung des verwaltungsgerichtlichen Beschlusses vom 08.03.2013 (1 L 83/13) **aufgefordert** hat, der ergangenen einstweiligen Anordnung nachzukommen. Damit hat der Vollstreckungsgläubiger zwar **noch kein Vollstreckungsverfahren eingeleitet**, aber als Körperschaft des öffentlichen Rechts gegenüber einer anderen juristischen Person des öffentlichen Rechts deutlich gemacht, dass er sie aus dem erlangten Titel in Anspruch nimmt. An dieser **Entschlossenheit** durfte der Vollstreckungsschuldner vorliegend schon deshalb nicht zweifeln, weil die Vollstreckung der effektiven Umsetzung der Negativentscheidung der Europäischen Kommission vom 25.04.2012 über die staatliche Beihilfe (SA. 25051, C 19/2010, exNN 23/2010) dient, die den Vollstreckungsgläubiger unmittelbar verpflichtet (vgl. OVG Koblenz, NVwZ 2013, 1173 = EuZW 2013, 677).

Damit kann aber gleichzeitig ausgeschlossen werden, dass unter diesen Umständen der **Neubeginn der Vollziehungsfrist nach Abschluss des Beschwerdeverfahrens** den Zweck dieser Monatsfrist beeinträchtigt, der darin besteht, den Vollstreckungsschuldner nicht über Gebühr im Ungewissen zu lassen, ob er noch aus dem Titel in Anspruch genommen wird (VGH Mannheim, NVwZ-RR 2013, 737; VGH München, NVwZ-RR 2003, 699). Vielmehr hatte der Vollstreckungsgläubiger dem Vollstreckungsschuldner seinen **Willen, von dem Titel Gebrauch zu machen, deutlich zum Ausdruck gebracht** (vgl. auch: BGHZ 120, 73 = NJW 1993, 1076; OVG Magdeburg, NVwZ 2009, 855).

Der mit der Entscheidung über die Beschwerde erneut beginnende Lauf der Frist des § 929 II ZPO wird auch insoweit dem **Schuldnerschutz** gerecht, als durch die Vollziehungsfrist des § 929 II ZPO verhindert werden soll, dass eine einstweilige Anordnung vollzogen wird, obwohl sich seit ihrem Erlass die **maßgeblichen Umstände wesentlich verändert** haben (vgl. OLG Zweibrücken, NJW-RR 2002, 1657 m.w.N.). Solche Änderungen können nämlich **im Beschwerdeverfahren geltend gemacht und berücksichtigt** werden.“ (OVG Koblenz aaO)

Würde man demgegenüber die Auffassung vertreten, auch im Falle der Beschwerdeeinlegung gegen eine einstweilige Anordnung, mit der eine unionsrechtlich gebotene Vollstreckung gegen die öffentliche Hand betrieben werden soll, werde die Monatsfrist des § 929 II ZPO ausschließlich durch den verwaltungsgerichtlichen Beschluss, also nicht erneut durch die Beschwerdeentscheidung, in Lauf gesetzt, wäre der Vollstreckungsgläubiger gezwungen, neben dem Beschwerdeverfahren zeitgleich ein Vollstreckungsverfahren durchzuführen, um die mit der Zustellung des verwaltungsgerichtlichen Beschlusses beginnende Monatsfrist des § 929 II ZPO einzuhalten.

„Ein solches „fristwahrendes“ **Vollstreckungsverfahren** ist allerdings **wenig sinnvoll**, weil die damit zu erreichende Vollstreckung möglicherweise schon bald infolge der Beschwerdeentscheidung wieder rückgängig gemacht werden muss. Verzichtet der Vollstreckungsgläubiger hingegen im Hinblick auf ein Beschwerdeverfahren auf die Einleitung eines Vollstreckungsverfahrens innerhalb der Monatsfrist des § 929 II ZPO nach der Zustellung des verwaltungsgerichtlichen Beschlusses und könnte sich der Schuldner nach Abschluss des Beschwerdeverfahrens wegen Ablaufs der Monatsfrist des § 929 II ZPO auf die fehlende Vollziehbarkeit der einstweiligen Anordnung berufen, so würde ein erneutes Anordnungsverfahren notwendig (vgl. VGH Mannheim, NVwZ 2000, 691). Dies dürfte mit der **Verpflichtung, die Negativentscheidung der Europäischen Kommission vom 25.04.2012 über die staatliche Beihilfe** (SA. 25051, C 19/2010, exNN 23/2010) **unverzüglich und effektiv umzusetzen** (vgl. EuGH, Slg. 2006, I-10097=EuZW 2007, 56 m. Anm. Rosenfeld, EuZW 2007, 59 – Scott Paper; EuGH, Slg. 2005, I-10017 Rn. 41 f.), **kaum vereinbar** sein.“ (OVG Koblenz aaO)

3. Vorliegen der übrigen Vollstreckungsvoraussetzungen

Hinsichtlich des Vorliegens der weiteren Vollstreckungsvoraussetzungen bestehen keine Bedenken.

4. Art der Vollstreckung

Da es sich bei der Einzahlung einer Sicherheitsleistung auf ein Sperrkonto um eine vertretbare Handlung handelt, folgt die Vollstreckung § 167 I VwGO i.V.m. § 887 ZPO.

*„[Hierbei] war das VG nicht gehindert, den Vollstreckungsgläubiger zu ermächtigen, selbst oder durch Dritte auf Kosten des Schuldners die mit dem Beschluss vom 08.03.2013 (1 L 83/13) **angeordnete Sicherheitsleistung** entsprechend § 108 I ZPO bis zur rechtskräftigen Entscheidung im Hauptsacheverfahren **zu bewirken**. Der Antrag des Vollstreckungsgläubigers war zwar auf eine Vollstreckung gem. § 170 VwGO gerichtet. Dieses Begehren bedarf jedoch in entsprechender Anwendung des § 88 VwGO der Auslegung (vgl. OVG Magdeburg, *Entscheid.* vom 22.07.1996 – F 2 S 202/96, BeckRS 2008, 30924; OVG Berlin-Brandenburg, *Urteil* vom 01.07.2011 – OVG 2 A 14/10, BeckRS 2011, 54146), wobei das Gericht nach seinem Ermessen die konkreten Vollstreckungsmaßnahmen bestimmt, ohne an Anträge oder Anregungen gebunden zu sein (vgl. Waldhoff in Gärditz, *VwGO*, 2013, § 170 Rn. 6; Kopp/Schenke, *VwGO*, 18. Aufl. 2012, § 170 Rn. 3).*

*Da die Verpflichtung zur **Einrichtung eines Sperrkontos** und zur **Einzahlung einer Sicherheitsleistung** auf das Sperrkonto **vertretbare Handlungen** sind, die der Vollstreckungsschuldner – auch nach seinem Vorbringen – entgegen seiner Verpflichtung aus der einstweiligen Anordnung nicht erfüllt hat, kann nicht beanstandet werden, dass das VG dem Vollstreckungsgläubiger gem. § 887 I ZPO die Befugnis eingeräumt hat, die **Sicherheitsleistung auf Kosten des Vollstreckungsschuldners** zu bewirken.*

Auf die Ausführungen des Vollstreckungsschuldners zu der Bestimmung des § 170 III VwGO kommt es angesichts dessen nicht an.“ (OVG Koblenz aaO)

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
§ 56 I

Klageabweisung Fehlende Prozessfähigkeit des Klägers (BGH in FamRZ 2014, 553; Urteil vom 06.12.2013 – V ZR 8/13)

ZPO

Das **Prozessgericht darf eine Klage wegen fehlender Prozessfähigkeit des Kl. ohne dessen Anhörung nur dann als unzulässig abweisen, wenn**

- es ihn **zum Termin geladen** und
- mit der Ladung analog § 34 III 2 FamFG **auf die Folgen seines Ausbleibens** hingewiesen hat.

„Das Prozessgericht darf die Prozessunfähigkeit einer Partei, für die ein gesetzlicher Vertreter nicht bestellt ist, grds. nur feststellen, wenn es die Partei zuvor persönlich angehört hat (BGHZ 143, 122; BVerfG BVerfGK 6, 380). Das schließt zwar eine Entscheidung ohne Anhörung nicht stets aus. Das Prozessgericht darf eine Klage wegen fehlender Prozessfähigkeit des Kl. ohne dessen Anhörung aber nur dann als unzulässig abweisen, wenn es ihn zum Termin geladen und mit der Ladung analog § 34 III 2 FamFG auf die Folgen seines Ausbleibens hingewiesen hat.“

Die Erforderlichkeit eines solchen Hinweises folgt aus **Art. 103 I GG**: Dieses Verfahrensgrundrecht soll sicherstellen, dass die Parteien ihr Verhalten im Prozess eigenbestimmt und situationsspezifisch gestalten können. Der Einzelne soll nicht nur Objekt richterlicher Entscheidung sein, sondern vor der Entscheidung, die seine Rechte betrifft, zu Wort kommen. Art. 103 I GG enthält insofern weitere Garantien als die, sich irgendwie zur Sache einlassen zu können (BVerfG BVerfGK 6, 380; BGH NJW-RR 2009, 1223).

Welche Anforderungen sich daraus ergeben, dass jede Partei vor einer Entscheidung des Gerichts über ihre Prozessfähigkeit persönlich zu Wort kommen und vor einer **Überraschungsentscheidung** geschützt sein muss, ist allerdings in der ZPO nicht im Einzelnen geregelt. Die verfassungsrechtlich gebotene Mitwirkung der Partei im Verfahren vor der richterlichen Entscheidung über ihre Prozessfähigkeit erfordert es, insoweit die Vorschriften über das Gebot zur Anhörung der Partei im Betreuungsverfahren (§ 278 I 1, § 34 FamFG) analog anzuwenden (so auch Zöller/Vollkommer, ZPO, 30. Aufl., § 56 Rn 8). Nach § 34 III FamFG darf das Gericht nur dann ohne Anhörung das Verfahren beenden, wenn der Beteiligte unentschuldig dem zu diesem Zweck anberaumten Termin ferngeblieben ist und er zuvor auf die Folgen seines Ausbleibens hingewiesen worden ist.“ (BGH aaO)

ZPO
§ 321a

Entscheidungsaufhebung durch ein Verfassungsgericht Eröffnung eines neuen Rechtszugs (BGH in BayVBl 2014, 250; Beschluss vom 19.09.2013 – IX ZB 16/11)

ZPO

Hebt ein Verfassungsgericht die Entscheidung eines Gerichts auf und verweist die Sache an dieses zurück, ist das weitere Verfahren vor diesem Gericht ein neuer Rechtszug.

„Soweit eine Sache an ein untergeordnetes Gericht zurückverwiesen wird, ist das weitere Verfahren vor diesem Gericht nach **§ 21 I RVG** ein neuer Rechtszug. Die Vorschrift findet auch dann Anwendung, wenn ein Verfassungsgericht die Entscheidung eines anderen Gerichts aufhebt und die Sache zur erneuten Entscheidung an dieses Gericht zurückverweist (vgl. OVG Lüneburg NJW 1966, 468 = AnwBl 1966, 137; Hartmann, Kostengesetze, 39. Aufl., § 21 RVG Rn 3; Schneider/Wolf, RVG, 6. Aufl., Vorb. §§ 20, 21 Rn 47 und § 21 Rn 4; Mayer/Kroiß, RVG, 5. Aufl., § 21 Rn 3; Bischof/Jungbauer/Bräuer/Curkovic/Mathias/Uher, RVG, 5. Aufl., § 21 Rn 4). Dafür sprechen Sinn und Zweck der Regelung.“

Zwar **stehen die Verfassungsgerichte** des Bundes und der Länder, denen die Prüfung der Verfassungsmäßigkeit gerichtlicher Entscheidungen übertragen ist, **außerhalb des förmlichen Instanzenzugs** (vgl. Schlaich/Korioth, Das Bundesverfassungsgericht, 9. Aufl., Rn 4). Stellen sie eine Verfassungsverletzung fest, wird die angefochtene Entscheidung jedoch ebenso wie bei einem ordentlichen Rechtsmittel aufgehoben und die Sache an das Vordergericht zurückverwiesen, damit der Prozess fortgesetzt und einer abschließenden Entscheidung zugeführt werden kann (vgl. Maunz/Schmidt-Bleibtreu/Klein/Bethge, BVerfGG, 2009, § 95 Rn 21 und 28). Im Umfang seines auf das Verfassungsrecht bezogenen Prüfungsmaßstabs nimmt daher auch das Verfassungsgericht gegenüber dem Gericht, das die angefochtene Entscheidung erlassen hat, die Funktion eines übergeordneten Gerichts wahr (vgl. OVG Lüneburg NJW 1966, 468 = AnwBl 1966, 137).“ (BGH aaO)

FamFG
§ 39

Fehlerhafte Rechtsbehelfsbelehrung Keine Verkürzung der Rechtsmittelfrist (OLG Brandenburg in FamRZ 2014, 592; Beschluss vom 09.09.2013 – 3 WF 83/13)

FamFG

Durch eine fehlerhafte Rechtsbehelfsbelehrung kann eine gesetzlich eingeräumte Rechtsmittelfrist nicht abgekürzt werden.

„Die vom AG erteilte Rechtsbehelfsbelehrung gem. § 39 FamFG, die darauf hinweist, der angefochtene Beschluss sei mit der sofortigen Beschwerde binnen zwei Wochen anfechtbar, ist unzutreffend. So wie eine unrichtige Rechtsbehelfsbelehrung keinen gesetzlich nicht vorgesehenen Rechtsweg eröffnet (vgl. BGH NJW-RR 2011, 1569; Keidel/Meyer-Holz, FamFG, 17. Aufl., § 39 Rn 16; Hahne/Munzig/Gutjahr, BeckOK FamFG, Edition 9, § 39 Rn 26), kann umgekehrt durch die fehlerhafte Rechtsbehelfsbelehrung die gesetzlich eingeräumte Frist - hier von einem Monat - nicht abgekürzt werden.“ (OLG Brandenburg aaO)

BGB
§ 558a

Mieterhöhungsklage
Wirksames Mieterhöhungsverlangen als Klagevoraussetzung
(BGH in ZMR 2014, 268 = NZM 2014, 236; Urteil vom 13.11.2013 – VIII ZR 413/12)

BGB

Eine **Mieterhöhungsklage** ist **unzulässig**, wenn ihr **kein wirksames (außergerichtliches) Mieterhöhungsverlangen** vorausgegangen ist.

„Gem. § 558 a I BGB ist das Erhöhungsverlangen dem Mieter zu erklären und zu begründen. Die **Begründung soll dem Mieter die Möglichkeit geben, die sachliche Berechtigung des Erhöhungsverlangens zu überprüfen, um überflüssige Prozesse zu vermeiden** (BGH NZM 2006, 864 = WuM 2006, 569). Hierfür ist erforderlich, dass die Begründung dem Mieter konkrete Hinweise auf die sachliche Berechtigung des Erhöhungsverlangens gibt, damit er während der Überlegungsfrist die Berechtigung der Mieterhöhung überprüfen und sich darüber schlüssig werden kann, ob er dem Erhöhungsverlangen zustimmt oder nicht. Dabei dürfen an das Begründungserfordernis im Hinblick auf das Grundrecht des Vermieters aus Art. 14 GG zwar keine überhöhten Anforderungen gestellt werden (vgl. insoweit BVerfGE 49, 244 = NJW 1979, 31; BGH NZM 2004, 219 = NJW 2004, 1379). Allerdings muss das Erhöhungsverlangen – in formeller Hinsicht – Angaben über die Tatsachen enthalten, aus denen der Vermieter die Berechtigung der geforderten Mieterhöhung herleitet, und zwar in dem Umfang, wie der Mieter solche Angaben benötigt, um der Berechtigung des Erhöhungsverlangens nachgehen und diese zumindest ansatzweise überprüfen zu können (BGH NJW 2008, 573 m. w. Nachw.). Das ist hier nicht der Fall (wird ausgeführt).

Hiernach kann das Urteil des BerGer. keinen Bestand haben; es ist daher aufzuheben (§ 562 I ZPO). Der Senat entscheidet in der Sache selbst, da es keiner weiteren Feststellungen bedarf (§ 563 III ZPO). Dies führt zur Abänderung des erstinstanzlichen Urteils und zur Abweisung der Klage als unzulässig. Denn die Klage auf Zustimmung zur Mieterhöhung ist unzulässig, wenn ihr – wie hier – kein wirksames Mieterhöhungsverlangen vorausgegangen ist (BGH NZM 2004, 581; BGH NJW 2006, 3350 = NZM 2006, 652 = NJW-RR 2006, 1305; BGH NZM 2008, 124 = NJW 2008, 848).“ (BGH aaO)

StPO
§§ 140, 141

Pflichtverteidigerbestellung
Zulässigkeit der rückwirkenden Beordnung
(LG Hamburg in StV 2014, 280; Beschluss vom 03.12.2013 – 632 Qs 31/13)

StPO

Die **Zulässigkeit einer rückwirkenden Beordnung eines Pflichtverteidigers** ist **umstritten**, wird jedoch überwiegend in den Fällen **anerkannt**, in denen der Antrag auf gerichtliche Beordnung noch **vor Verfahrensabschluss** gestellt wurde und die **Voraussetzungen des § 140 StPO vorlagen**.

„Anderenfalls bestünde die **Gefahr, dass ein Pflichtverteidiger, wenn er befürchten muss, bei Tätigwerden vor Ergehen eines Beordnungsbeschlusses keine Vergütung zu erhalten, nicht mehr für den Angekl. tätig wird** (LG Bremen NSTZ-RR 2004, 114).

Die **gegenteilige Auffassung, die eine rückwirkende Beordnung eines Verteidigers nach Verfahrenseinstellung mit dem Argument ablehnt, dass die Beordnung nur der Sicherung einer ordnungsgemäßen Verteidigung dienen solle und nicht dazu, dem Verteidiger einen Vergütungsanspruch gegen die Staatskasse zu sichern, kann im vorliegenden Fall angesichts der bereits im Mai 2013 beantragten Beordnung, der entfalteten Tätigkeit des Verteidigers und der insgesamt mehr als fünfmonatigen Dauer, die das Amtsgericht nicht über die Pflichtverteidigerbeordnung entschieden hat, nicht zu einem anderen Ergebnis führen.**“ (LG Hamburg aaO)

StPO
§§ 140 II, 147

Pflichtverteidigerbestellung
Notwendigkeit der Akteneinsicht zur Vorbereitung der Verteidigung
(LG Waldshut-Tiengen in StV 2014, 280; Beschluss vom 19.09.2013 – 1 Qs 62/13)

StPO

Ein **Fall der notwendigen Verteidigung**, der eine Pflichtverteidigerbestellung erforderlich macht, kann auch dann gegeben sein, **wenn Akteneinsicht zur Vorbereitung der Verteidigung notwendig** ist.

„Als schwierig ist die Sachlage eines Verfahrens u. a. dann zu bewerten, wenn die Hauptverhandlung ohne Aktenkenntnis nicht umfassend vorbereitet werden kann. Da nur ein Verteidiger Akteneinsicht erhält, **würde die Nichtbeordnung eines Verteidigers in derartigen Fällen dem Gebot eines fairen Verfahrens widersprechen** (vgl. Meyer-Goßner, StPO, 56. Aufl., § 140 Rn 27 m. w. Nachw.).

So liegen die Dinge auch hier: Dem Angekl. wird zur Last gelegt, er habe für seine damalige Lebensgefährtin durch unrichtige Angaben über das Bestehen einer Bedarfsgemeinschaft Sozialleistungen erschlichen, auf die kein Anspruch bestanden habe. Ein Angekl., der den Tatvorwurf in der Hauptverhandlung bestreiten wird, besitzt in einem solchen Fall wenig Möglichkeit, sich durch eigene Äußerungen zur Sachlage zu verteidigen. Eine eingehende Auseinandersetzung mit den Belastungsindizien und deren lückenlose Gesamtwürdigung sind dann von besonderer Bedeutung. Gemessen daran ist eine ordnungsgemäße Verteidigung nur dann möglich, wenn sich der Angekl. mit den Ermittlungsergebnissen vor der Hauptverhandlung ähnlich hat befassen können wie Gericht und Staatsanwaltschaft. Dies lässt sich - zumal hier nicht nur Aktenteile aus der Strafakte, welche dem Angekl. zur Vorbereitung auf die Hauptverhandlung in Kopie zur Verfügung gestellt werden könnten, sondern auch die beigezogenen Akten des Sozialgerichts von Bedeutung sind - **nur durch Akteneinsicht bewerkstelligen, und das Recht hierzu hat allein der Verteidiger** (§ 147 StPO).“ (LG Waldshut-Tiengen aaO)

StPO
§§ 140 II, 257c

Pflichtverteidigerbestellung
Notwendige Verteidigung bei Verfahrensverständigung
(OLG Naumburg in StV 2014, 274; Beschluss vom 04.12.2013 – 2 Ss 151/13)

StPO

Beabsichtigt ein Gericht, Erörterungen mit dem Ziel einer **Verfahrensverständigung** durchzuführen, ist einem unverteidigten Angekl. wegen der **damit einhergehenden Schwierigkeit der Rechtslage** regelmäßig ein **notwendiger Verteidiger zu bestellen**.

„Auch hinsichtlich des im ersten Rechtszug unverteidigten Angekl. liegt ein Fall der notwendigen Verteidigung vor: Das Urteil beruhte auf einer Verständigung i. S. von § 257 c StPO, was die **Rechtslage schwierig i. S. des § 140 II StPO** macht, weil ein Angekl. sich bei der Erörterung einer solchen Verfahrensweise in der Regel nicht selbst wirksam verteidigen kann.

Die Entscheidung des BVerfG (NJW 2013, 1058) und zahlreiche Entscheidungen des BGH (zuletzt: BGH Urteil v. 03. 09. 2013 – 5 StR 318/13, juris; BGH; Beschluss vom 06. 08. 2013 – 3 StR 212/13, juris; Urteil v. 10. 07. 2013 – 2 StR 47/13, juris; Beschluss v. 22. 05. 2013 – 4 StR 121/13, juris; Beschluss v. 25. 04. 2013 – 5 StR 139/13, juris; Beschluss v. 11. 04. 2013 – 1 StR 563/12, juris; Beschluss v. 06. 03. 2013 – 5 StR 423/12, BGHSt 58, 184) zeigen überdeutlich, dass die **Anwendung der gesetzlichen Vorschriften, die die strafprozessuale Verständigung regeln, selbst für Berufsrichter äußerst kompliziert und fehleranfällig** ist. Vor diesem Hintergrund ist es unwahrscheinlich, dass ein Angekl., der nicht Volljurist ist, seine Rechte im Rahmen des undurchsichtigen Verfahrens, das einer Verständigung vorauszugehen hat, ohne juristischen Beistand erkennen und somit wahrnehmen kann. Deshalb ist bereits die Erörterung einer Verständigung regelmäßig Anlass zur Beordnung eines Verteidigers gem. § 140 II StPO.“ (OLG Naumburg aaO)

StPO
§ 140 I Nr. 1 u. 2

Pflichtverteidigerbestellung
Adhäsionsverfahren

StPO

(OLG Dresden in StV 2014, 276; Beschluss vom 27.03.2013 – 3 Ws 2/13)

Die **Pflichtverteidigerbeordnung erstreckt sich nicht auf die Vertretung des Angekl. im Adhäsionsverfahren.**

- I. In der **obergerichtlichen Rspr.** wird die Frage, ob die Bestellung als Pflichtverteidiger gem. § 140 StPO auch das Tätigwerden für den Angekl. im Adhäsionsverfahren umfasst, nicht einheitlich beantwortet.

Nach der inzwischen wohl **herrschenden Auffassung** in der obergerichtlichen Rspr. ist die **Vertretung im Adhäsionsverfahren von der Pflichtverteidigerbestellung nach § 140 StPO nicht erfasst**, sondern bedarf der ausdrücklichen Beordnung des Rechtsanwalts nach § 404 V StPO.

vgl. nur OLG Hamm NJW 2013, 325; OLG Hamburg, Beschluss vom 17. Juni 2010 - Az.: 2 Ws 237/09, zitiert nach juris, jeweils mit zahlreichen Rechtsprechungsnachweisen; a.A.: OLG Rostock, Beschluss vom 15. Juni 2011 - Az.: 1 Ws 166/11, zitiert nach juris; OLG Dresden - 1. Strafsenat -, Beschluss vom 13. Juni 2007 - Az.: 1 Ws 155/06, zitiert nach juris

- II. **OLG Dresden aaO schließt sich der herrschenden Auffassung** in der obergerichtlichen Rspr. an.

„Die in den §§ 403 bis 406 der StPO enthaltenen Regelungen zum Adhäsionsverfahren ermöglichen es dem Verletzten, seine bürgerlich-rechtlichen Ersatzansprüche gegen den mutmaßlichen Straftäter, die er an sich vor dem Zivilgericht verfolgen müsste (§ 13 GVG), -wahlweise - im Strafverfahren geltend zu machen. Dadurch kann **vermieden** werden, dass **mehrere Gerichte in derselben Sache tätig werden und zueinander widersprechenden Entscheidungen gelangen** (vgl. zu Vorstehendem nur Meyer-Goßner, StPO, 55. Aufl. § 403 Rn 1). In diesem Rahmen sieht § 404 V 1 StPO vor, dass sowohl dem Antragsteller als auch dem Angeschuldigten auf Antrag Prozesskostenhilfe nach denselben Vorschriften wie in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten zu bewilligen ist, sobald Klage erhoben ist. Damit **gelten im Adhäsionsverfahren die Regelungen der §§ 114 ff. ZPO entsprechend**, wobei nach § 404 V 2 StPO lediglich § 121 II ZPO mit der Maßgabe zur Anwendung gelangt, dass dem Angeschuldigten, der einen Verteidiger hat, dieser beigeordnet werden soll.

Aus dem **Wortlaut** der genannten Regelung ergibt sich danach kein Anhalt dafür, dass nur dem Angeschuldigten, dem nicht bereits ein Pflichtverteidiger nach § 140 StPO beigeordnet worden ist, auf seinen Antrag hin im Adhäsionsverfahren ein Rechtsanwalt nach § 404 V StPO unter den Voraussetzungen der Regelungen in §§ 114 ff ZPO beigeordnet werden soll. Vielmehr wird nach § 404 V 2 StPO allein der in § 121 II StPO enthaltene **Grundsatz der freien Anwaltswahl eingeschränkt**, wenn der Angeschuldigte bereits durch einen Verteidiger im Verfahren vertreten wird. Gleiches gilt auch im Hinblick auf die Entstehungsgeschichte der Norm. Denn auch der **Gesetzesbegründung** (BT-Drucks. 10/5305, S. 15 ff.) lässt sich eine entsprechende **Einschränkung des Anwendungsbereichs des § 404 V StPO nicht entnehmen**. Zudem sprechen aber auch der Sinn und Zweck der Regelungen über die Pflichtverteidigerbestellung auf der einen Seite und über die Bewilligung von Prozesskostenhilfe nach § 404 V StPO auf der anderen Seite nicht dafür, dass auch die Abwehr von Adhäsionsanträgen von der Bestellung zum Pflichtverteidiger umfasst ist und der Anwendungsbereich des § 404 V StPO dahingehend eingeschränkt ist, dass er bei erfolgter Pflichtverteidigerbestellung nach § 140 StPO im Adhäsionsverfahren keine Anwendung findet. Denn mit dem Institut der notwendigen Verteidigung durch Bestellung eines Verteidigers ohne Rücksicht auf die Einkommens- und Vermögensverhältnisse des Angeklagten nach § 140 StPO sichert der Gesetzgeber das **Interesse, das der Rechtsstaat an einem prozessordnungsgemäßen Strafverfahren** und zu diesem Zweck nicht zuletzt an einer wirksamen Verteidigung des Beschuldigten hat (vgl. nur Meyer-Goßner, StPO, 55. Aufl., § 140 Rn 1 m. w. Nachw.). Dagegen **dient die Bewilligung von Prozesskostenhilfe vor dem Hintergrund des Sozialstaatsprinzips** (Art. 20 I GG) dazu, dass **bedürftige Parteien aus wirtschaftlichen Gründen nicht daran gehindert werden, ihr Recht vor Gericht zu suchen** (vgl. nur Zöller, ZPO, 29. Aufl., § 114 Vorb. Rn 1). Für die PKH-Bewilligung und die Pflichtverteidigerbestellung gelten daher **unterschiedliche Voraussetzungen**.

Es gibt danach jedoch **keine sachliche Rechtfertigung** dafür, insbesondere auch unter Berücksichtigung des (dargestellten) **Zwecks des Adhäsionsverfahrens**, nämlich es dem Verletzten zu ermöglichen, seine bürgerlich-rechtlichen Ersatzansprüche nicht im gesonderten Zivil-, sondern bereits im Strafverfahren geltend machen zu können, **auch die Pflichtverteidigerbestellung auf das Adhäsionsverfahren zu erstrecken**. Vielmehr würde dies zu einer **ungerechtfertigten Besserstellung des Angeklagten**, der einen Pflichtverteidiger hat, gegenüber demjenigen führen, der im Zivilprozess in Anspruch genommen wird und dem dort, weil die Voraussetzungen für die Bewilligung von Prozesskostenhilfe nicht vorliegen, ein Rechtsanwalt auf Staatskosten nicht beigeordnet werden würde.“ (OLG Dresden aaO)

VwGO
§ 41 I 1

Verwaltungsrechtsweg
Hausverbot für Jobcenter

VwGO

(OVG Hamburg in NJW 2014, 1196; Beschluss vom 17.10.2013 – 3 So 119/13)

Für den **Rechtsstreit über ein Hausverbot**, das einem Bezieher von Leistungen nach dem SGB II von einem Leistungsträger gem. § 6 SGB II (**Jobcenter**) erteilt worden ist, ist der **Rechtsweg zu den Verwaltungsgerichten** nach § 41 I 1 VwGO **eröffnet**.

- I. Die **Rechtsnatur** des von einem Träger öffentlicher Verwaltung ausgesprochenen und gesetzlich nicht ausdrücklich geregelten Hausverbots **bestimmt sich** maßgeblich **nach dem Zweck der Maßnahme**. Liegt der Zweck eines Hausverbots in der **Sicherung der widmungsgemäßen Aufgabenwahrnehmung** einer öffentlichen Einrichtung, ist die Ausübung des Hausrechts als öffentlich-rechtlich zu qualifizieren.

„Im vorliegenden Fall kommt hinzu, dass der Ag. sein Hausverbot als Verwaltungsakt ausgestaltet hat, wie sich aus der dem Bescheid beigefügten Rechtsmittelbelehrung sowie der Anordnung der sofortigen Vollziehung für den Fall des Widerspruchs ergibt. Mithin ist auch der Ag. von einer hoheitlichen Befugnis ausgegangen, deren Bestehen und Rechtmäßigkeit der Kontrolle durch die allgemeinen oder speziellen Verwaltungsgerichte unterliegt (vgl. zu vorstehendem z. B. OVG Bremen NordÖR 2013, 264; OVG Münster NJW 2011, 2379). Dass es sich hier um eine Streitigkeit nichtverfassungsrechtlicher Art handelt, bedarf keiner weiteren Begründung.“ (OVG Hamburg aaO)

- II. Der **Rechtsstreit** ist auch **nicht einem anderen Gericht** i. S. v. § 40 I 1 HS 2 VwGO ausdrücklich **zugewiesen**; insbesondere ergibt sich keine Zuständigkeit für die Sozialgerichtsbarkeit aus § 51 I Nr. 4 a SGG, wonach Gerichtsbarkeit der Sozialgerichtsbarkeit in Angelegenheiten der Grundsicherung für Arbeitsuchende entscheiden.

OVG Hamburg aaO folgt nicht der vom BSG vertretenen Auffassung, dass für Rechtsstreitigkeiten über ein Hausverbot für die Räume des Trägers der Grundsicherung für Arbeitsuchende der Rechtsweg zur Sozialgerichtsbarkeit gegeben ist, wenn ein enger Sachzusammenhang zu einer vom Träger wahrzunehmenden Sachaufgabe besteht (BSG NZS 2011, 315).

1. Das **BSG aaO** begründet seine Auffassung vor allem damit, dass die Aufgabenerfüllung nach dem SGB II nach der Vorstellung des Gesetzgebers vom persönlichen Kontakt des Hilfebedürftigen mit Mitarbeitern der Behörde geprägt sei, was seinen Ausdruck etwa in § 14 S. 2 des Gesetzes finde, wo es heißt, dass die Agentur für Arbeit eine persönliche Ansprechpartnerin oder einen persönlichen Ansprechpartner für leistungsberechtigte Personen benennen solle.

Die Beurteilung der Rechtmäßigkeit eines Hausverbots sei von den weiteren Ansprüchen und Pflichten des betroffenen Hilfeempfängers im Rahmen der „Dauerrechtsbeziehung“ nach dem SGB II kaum zu trennen. Diese Sachnähe rechtfertige die Zuweisung an die Gerichte der Sozialgerichtsbarkeit, da diese über die besondere Sachkunde für Angelegenheiten der Grundsicherung für Arbeitsuchende verfügten (vgl. im Einzelnen BSG NZS 2011, 315).

2. **OVG Hamburg aaO** folgt dem nicht, denn ein gegenüber einem Bezieher von Leistungen nach dem SGB II für die Räume eines Jobcenters ergangenes Hausverbot hat seine Grundlage weder im Recht der Grundsicherung noch in den einschlägigen Vorschriften über das sozialrechtliche Verwaltungsverfahren.

Grundlage für ein solches Hausverbot, für das eine spezielle gesetzliche Ermächtigung fehlt, ist vielmehr die **dem Behördenleiter obliegende Ordnungsgewalt** bzw. eine sich aus der öffentlich-rechtlichen Aufgabenzuständigkeit ergebende **Annexkompetenz** (z. B. OVG Bremen NordÖR 2013, 264; LSG Hamburg NZS 2012, 797).

*„Dieses Hausrecht erfährt durch das Sozialgesetzbuch keine derartige Prägung, dass von einem eigenständigen, sozialfürsorgerechtlichen Hausverbot ausgegangen werden könnte. Die sich aus dem Sozialrecht ergebenden Besonderheiten wie z. B. die in § 14 S. 2 SGB II geregelte **Notwendigkeit eines persönlichen Ansprechpartners für den Leistungsberechtigten** ist bei der Überprüfung der Rechtmäßigkeit eines Hausverbots selbstverständlich – etwa **bei der Frage nach der Verhältnismäßigkeit – Rechnung zu tragen**, ohne dass dies dazu führte, dass diese Überprüfung allein von der Sozialgerichtsbarkeit geleistet werden könnte.“*

Jede andere Auffassung hätte i. Ü. zur Folge, dass beim Eingang eines Rechtsstreits über ein Hausverbot zunächst im Einzelnen der genaue materielle Hintergrund der Beziehung zwischen Behörde und Hausverbotsempfänger ermittelt werden müsste, um die Rechtsstreitigkeit – je nach Sachverhalt – entweder dem Verwaltungs-, Sozial- oder Finanzgericht zuzuordnen zu können. Diese Konsequenz wäre wenig praktikabel und kaum sinnvoll und führte i. Ü. zu einem unerwünschten, gespaltenen Rechtsweg für letztlich ein und dieselbe Materie (wie hier ebenso für den Rechtsweg zum VG z. B. OVG Bremen NordÖR 2013, 264; OVG Münster NJW 2011, 2379; LSG Hamburg NZS 2012, 797, ausdrücklich gegen das BSG NZS 2011, 315).“ (OVG Hamburg aaO)

VwGO
§ 47 VI

Einstweilige Anordnung Wirkung für die Zukunft

VwGO

(OVG Münster in NWVBI 2014, 184; Beschluss vom 05.11.2013 – 2 B 1010/13)

Eine **einstweilige Anordnung** gem. § 47 VI VwGO **wirkt nur für die Zukunft** und steht einem weiteren Vollzug eines Bebauungsplans durch weitere Baugenehmigungen bzw. selbständige Änderungsgenehmigungen entgegen. **Auf die sofortige Vollziehbarkeit einer vor Erlass der einstweiligen Anordnung erteilten Baugenehmigung hat sie indes keinen Einfluss.**

*„**Rechtsfolge** des Ausspruchs nach § 47 VI VwGO ist parallel dazu, dass die planungsrechtliche Situation vorläufig so anzusehen ist, als bestünde der Bebauungsplan nicht. Dieser **kann einstweilen nicht mehr rechtmäßig zur Grundlage von weiteren (Änderungs-)Genehmigungen** gemacht werden. Mit anderen Worten verbietet eine einstweilige Anordnung aufgrund des § 47 VI VwGO lediglich die künftige Anwendung der Norm. Die Ausführung eines genehmigten Bauvorhabens kann indessen nicht im Wege des § 47 VI VwGO gestoppt werden, sondern nur über einen - wiederum nach seinen eigenen internen Regeln zu bescheidenden - Antrag nach §§ 80 a III 2, 80 V 1 VwGO. Zwischen den Antragsarten aus § 47 VI VwGO und §§ 80 a, 80, 123 VwGO besteht kein (Vor-)Rangverhältnis nach Art des § 123 V VwGO, das die Letzteren dem Ersteren vorgehen ließe und umgekehrt. Die **einstweiligen Rechtsschutzverfahren sind nach der gesetzlichen Konzeption prinzipiell gleichrangig**, was eben nicht zuletzt daran liegt, dass ihr jeweiliges Rechtsschutzkonzept nicht deckungsgleich ist. Sie betreffen unterschiedliche Streitgegenstände und haben unterschiedliche Rechtsschutzziele mit jeweils unterschiedlichem gerichtlichem Prüfprogramm.“* (OVG Münster aaO)

(OVG Münster in NWVBI 2014, 188; Beschluss vom 09.12.2013 – 16 B994/13)

Veränderte Umstände i. S. von § 80 VII 2 VwGO können sich auch daraus ergeben, dass **nach Ergehen der Eilentscheidung eine bis dahin umstrittene entscheidungserhebliche Rechtsfrage durch die Rspr. des EuGH** in einem anderen Sinne **geklärt** wurde, als dies bei Prüfung der Erfolgsaussichten im Eilverfahren zunächst zugrunde gelegt wurde.

*„Im Verfahren des vorläufigen Rechtsschutzes ergangene Entscheidungen [können] wegen veränderter oder im ursprünglichen Verfahren ohne Verschulden nicht geltend gemachter Umstände geändert oder aufgehoben werden. Veränderte Umstände in diesem Sinne können sich u. a. daraus ergeben, dass nach Ergehen der Eilentscheidung eine bis dahin **umstrittene entscheidungserhebliche Rechtsfrage höchstrichterlich oder durch die Rspr. des EuGH in einem anderen Sinne geklärt** wird, als dies bei Prüfung der Erfolgsaussichten im vorangegangenen Verfahren zugrunde gelegt wurde (vgl. BVerfG NVwZ 2005, 438; Schoch/Schneider/Bier, VwGO, Loseblatt-Kommentar, Stand: April 2013, § 80 Rn 585).*

Letzteres ist hier der Fall: Der Eilbeschluss des Verwaltungsgerichts beruht tragend auf der Annahme, dass es nach der im Vergleich zur vorherigen sog. 2. EU-Führerscheinrichtlinie (Richtlinie 91/439/EWG) geänderten Bestimmung des Art. 11 Abs. 4 Unterabs. 2 der Richtlinie 2006/126/EG nicht mehr darauf ankomme, ob dem Inhaber einer EU-/EWR-Fahrerlaubnis ein Verstoß gegen das Erfordernis eines Wohnsitzes im Ausstellermitgliedstaat nachgewiesen werden könne. Dieser früher auch vom Senat in Verfahren des vorläufigen Rechtsschutzes vertretenen Auffassung hat der EuGH zwischenzeitlich eine Absage erteilt, indem er festgestellt hat, dass die von ihm zur 2. EU-Führerscheinrichtlinie entwickelten Grundsätze auf die 3. EU-Führerscheinrichtlinie zu übertragen sind (vgl. EuGH NJW 2012, 1935). Die damit erfolgte Klärung der Rechtslage führt auch zu einer Änderung des ergangenen Eilbeschlusses.“ (OVG Münster aaO)

Weitere Schriftumsnachweise

I. Zivilrecht

1. **Saenger/Uphoff**: Erstattungsfähigkeit anwaltlicher Zeithonorare (NJW 2014, 1412)

Trifft ein Mandant mit seinem Anwalt eine wirksame **Honorarvereinbarung gem. § 3a RVG**, die eine **Abrechnung nach Stundenaufwand** vorsieht, kommt **vor staatlichen Gerichten im Fall des Obsiegens eine Erstattung der vollen Anwaltskosten durch den unterlegenen Gegner** auf der Grundlage des prozessrechtlichen Kostenerstattungsanspruchs **nicht in Betracht**. - Im Rahmen eines möglichen **materiell-rechtlichen Ersatzanspruchs** können jedoch die **Rechtsverfolgungskosten in voller Höhe als Teil des Schadens zu ersetzen** sein, **soweit diese im konkreten Fall angemessen und erforderlich** sind; Voraussetzung hierfür ist aber, dass der Gläubiger seiner Beweislast auch in Bezug auf den geltend gemachten Stundenaufwand Rechnung trägt. - Demgegenüber steht in **Schiedsverfahren die Bestimmung von Höhe und Umfang der zu erstattenden Kosten** und damit auch der Ersatzfähigkeit von Stundenhonoraren regelmäßig **im Ermessen des Schiedsgerichts**.

2. **Christopoulos**: Prozessvergleich – Unbestimmte Formulierungen als Risiko fehlender Vollstreckungsfähigkeit (MDR 2014, 438)

Werden in einem Vergleich **Ansprüche einer Partei geregelt**, sollten diese auch stets **vollstreckbar formuliert** sein, um unnötige Kosten zu vermeiden; der sicherste Weg, einen Vergleich vollstreckbar zu formulieren, ist, die aus dem Tenor eines Leistungsurteils bekannte Formulierung zu wählen. – Die zu **vollstreckende Summe** muss **präzise beziffert** werden und darf **nicht von außerhalb des Vergleichs liegenden Umständen abhängig** gemacht werden. – Sollen bestimmte Beträge angerechnet werden, sind auch diese zu beziffern oder jedenfalls – unter Berücksichtigung der Beweislast für die Erfüllung durch den Schuldner - so präzise zu formulieren, dass daraus keine Unklarheit für die zu vollstreckende Leistung folgen kann. – Besteht die Möglichkeit, dass mit einem vergleichsweise erledigten Hauptanspruch auch Nebenansprüche übergehen sollen, sollte auch dies im Vergleich ausdrücklich geregelt werden.

3. **Elking**: Rückzahlungsklauseln bei Fortbildungskosten – die aktuellen Anforderungen der Rspr. (BB 2014, 885)
4. **Schmid**: Mietkaution und Verjährung (ZMR 2014, 256)

II. Strafrecht

1. **Soiné**: Personale verdeckte Ermittlungen in sozialen Netzwerken zur Strafverfolgung (NSTZ 23014, 248)

Verdeckte Ermittlungen in sozialen Netzwerken erfolgen überwiegend **auf Grundlage der strafprozessualen Befugnis- oder Ermittlungsgeneralklauseln**; diese Vorschriften kommen bei Maßnahmen ohne Eingriffscharakter zur Anwendung und sind zugleich Ermächtigungen für geringfügige, auch heimliche und auf Täuschung angelegte Grundrechtsbeschränkungen. - Auf Grund der in Betracht kommenden Ermittlungsformen dürfte in der Praxis der **Schwerpunkt auf Einsätzen von NoeP** liegen. - **Benachrichtigungspflichten** gegenüber ZP, erheblich mitbetroffenen Personen und Personen, deren nicht allgemein zugängliche Wohnung betreten wurde, bestehen nur im Fall des Einsatzes von VE (§ 101 IV 1 Nr. 9 StPO).

2. **Ziemann**: Akteneinsicht und Aktenverwertung im Kinderpornografieverfahren – ein neues Strafbarkeitsrisiko für effektive Verteidigung? (StV 2014, 299)

Bespr. der Entsch. OLG Frankfurt StV 2014, 294

3. **Eisele**: Die verwaltungsrechtliche Genehmigungsfiktion im Straf- und Ordnungswidrigkeitenrecht (NJW 2014, 1417)

Die **Genehmigungsfiktion** hat **durch ihre Kodifizierung in § 42a VwVfG im Wirtschafts- und Umweltverwaltungsrecht erheblich an Bedeutung gewonnen**; in Anbetracht der Bemühungen auf nationaler wie auch europäischer Ebene um eine Beschleunigung von Verwaltungsverfahren wird diese zukünftig in weiteren Bereichen des Verwaltungsrechts Anwendung finden und damit auch über verwaltungsakzessorisch ausgestaltete Sanktionsvorschriften verstärkt **Eingang in das Straf- und Ordnungswidrigkeitenrecht** finden. - Zu beachten ist im Rahmen der Genehmigungsfiktion, dass die Rechtmäßigkeit der beantragten Genehmigung nicht fingiert wird und die Möglichkeit der Erteilung einer Bescheinigung nach § 42a III VwVfG für die Frage der Vermeidbarkeit eines Verbotsirrtums Bedeutung erlangt.

4. **Schneider**: Überblick über die höchstrichterliche Rechtsprechung zur Verfahrensverständigung im Anschluss an das Urteil des BVerfG vom 19. März 2013 – Teil 2 (NSTZ 2014, 252)

III. Öffentliches Recht

1. **Burgi:** Öffentlichkeit von Ratssitzungen bei Angelegenheiten kommunaler Unternehmen? (NVwZ 2014, 609)

Ist ein Unternehmen als Gesellschaft ohne anderslautende gesellschaftsvertragliche Regelungen organisiert, so wird i. S. der kommunalrechtlichen Vorschriften durch die **bundgesetzlichen Bestimmungen über Verschwiegenheitspflichten im GmbHG und AktG „besonders vorgeschrieben“**, dass in Bezug auf vertrauliche Angaben und Geheimnisse Geheimhaltung zu wahren ist; daraus folgt für zahlreiche Angelegenheiten der Ausschluss der Ratsöffentlichkeit. - Weitere **Durchbrechungsgründe des Öffentlichkeitsgrundsatzes** bestehen zum einen in den **Gemeinwohlinteressen seitens der Trägerkommune**, da durch eine öffentliche Behandlung bestimmter Angelegenheiten in Ratssitzungen die selbst formulierten politischen und unternehmerischen Interessen und Zwecke Gefahr laufen, Schaden zu nehmen.; zum anderen können **berechtigte Interessen einzelner Personen** dem Öffentlichkeitsgrundsatz entgegenstehen; dies ist insbesondere dann der Fall, wenn es um den **Schutz von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen** des privaten Mitgesellschafters eines gemischtwirtschaftlichen Unternehmens geht; gleiches gilt für die Angelegenheiten betreffend künftige Kooperations- oder Geschäftspartner. - Zur Klarstellung sollten die Geschäftsordnungen der Kommunen um eine Regelung zum Ausschluss der Öffentlichkeit im Zusammenhang mit Angelegenheiten von kommunalen Unternehmen ergänzt werden.

2. **Heidebach:** Der polizeiliche Präventivgewahrsam auf konventionsrechtlichem Prüfstand (NVwZ 2014, 554)

Auch das Recht des polizeilichen Präventivgewahrsams gehört zu einem der Bereiche, der von der **fortschreitenden Europäisierung des Verwaltungsrechts** erfasst ist und ohne Kenntnis der europarechtlichen Vorgaben, in diesem Fall der EMRK in der Auslegung durch den EGMR, nicht angewandt werden kann. - Mit der Ostendorf-Entscheidung des EGMR ist geklärt, dass der polizeiliche Präventivgewahrsam zur Verhinderung von Straftaten nach deutschem Verständnis nicht grds. mit der EMRK unvereinbar ist. - Die Heranziehung des Rechtfertigungsgrunds aus Art. 5 I 2b EMRK wirft allerdings neue Fragen auf und hinterlässt eine gewisse **Rechtsunsicherheit**; dies ist besonders heikel, da für den deutschen Rechtsanwender bei konventionswidriger Durchführung des Präventivgewahrsams der gravierende Vorwurf rechtswidriger Freiheitsentziehung im Raum steht; der EGMR hätte diese Konsequenzen vermeiden können, wenn er den **Rechtfertigungsgrund des Art. 5 I 2c EMRK** für anwendbar erachtet hätte, was legitim gewesen wäre.

IV. Richter / Staatsanwälte / Rechtsanwälte / Notare

1. **Streicher:** Rechtsprechungsübersicht zum FamFG im Jahre 2013 (FamRZ 2014, 614)

2. **Ullrich:** Außergerichtliche Kontakte zwischen Anwalt und Zeugen im Zivilprozess (NJW 2014, 1341)

Dem Anwalt ist der außergerichtliche Kontakt mit Zeugen zum **Zweck der Sachverhaltsermittlung, Beweissicherung und Vernehmungsvorbereitung** in den Grenzen des Strafrechts **weder zivilprozess- noch berufsrechtlich verboten**. - Die Zulässigkeit der Zeugenbefragung im Vorfeld der Schriftsatterstellung dient der **Substanziierung des Sachverhalts**; deshalb kann im Rahmen einer gewissenhaften Berufsausübung auch die Sicherung einer Aussage geboten sein. - Keine Bedenken bestehen, einen Zeugen in Bezug auf das vorzubereiten, was ihn bei seiner Vernehmung erwartet. - Da Zeugenkontakte von manchen Richtern jedoch nicht geschätzt werden, besteht immer das Risiko, dass ein Gericht dem Zeugenbeweis nicht sein volles Gewicht beimisst; dieses Risiko hat der Anwalt daher sorgfältig mit dem Nutzen abzuwägen, den eine Kontaktaufnahme mit einem Zeugen bietet.

Prüfung einer Bauordnungsverfügung

I. Ermächtigungsgrundlage: § 61 I 2 BauO nw

bauordnungsbehördliche Generalklausel
(vgl. § 14 OBG nw / § 8 PolG nw)

typisierte Formen:

- Abrissverfügung
- Stilllegungsverfügung
- Nutzungsuntersagung

II. Formelle Rechtmäßigkeit

1. Zuständigkeit: §§ 62, 60 I Nr. 3 BauO nw (s.o.)
2. Form: § 20 OBG nw (Schriftform) / § 39 VwVfG (Begründung)
3. Verfahren: § 28 VwVfG (Anhörung)

III. materielle Rechtmäßigkeit (Bsp. Abrissverfügung)

1. Verstoß gegen Genehmigungspflicht (formelle Baurechtswidrigkeit)

a) genehmigungsbedürftiges Vorhaben => § 63 BauO nw

bauliche Anlage, § 21 BauO nw
Errichtung/Änderung/Nutzungsänderung/Abbruch

b) Ausnahmen von Genehmigungspflicht

- aa) § 65 BauO nw: „untergeordnete Anlagen“
- bb) § 66 BauO nw : Energieversorgungsanlagen“
- cc) § 67 BauO nw: sogar Wohngebäude

Beachte: nur im Geltungsbereich eines Bebauungsplanes und zusätzliche Voraussetzungen

c) Vorliegen einer erforderlichen Genehmigung

Problem: **Rücknahme / Widerruf**

2. Ermessenausübung

a) Entschließungsermessen

b) Verhältnismäßigkeit

aa) Geeignetheit

bb) Erforderlichkeit

Aufforderung zur Einholung einer Genehmigung = gleiche Eignung?

Ist das Vorhaben aktuell genehmigungsfähig?(materielle Illegalität)

übliches Schema

Wenn (-), Erforderlichkeit (+)

cc) Angemessenheit

c) sonstige Ermessenserwägungen (insbesondere Bestandsschutz)

Hätte zu irgendeinem Zeitpunkt des Bestandes eine Baugenehmigung erteilt werden können?

= war das Vorhaben irgendwann materiell baurechtmäßig genehmigungsfähig? (Stichwort: Bestandsschutz)

AUS DER MÜNDLICHEN PRÜFUNG

Referendarprüfung

Öffentl. Recht

Um die Atmosphäre der mündlichen Prüfung einzufangen, liefern wir Ihnen das Protokoll einer mündlichen Prüfung in seiner Originalfassung.

Land: Saarland	Prüfer (mit Titel usw.) Ri FG B.	Tag d. mündl. Prüfung 07.03.2014
--------------------------	--	--

Zur Person:

B ist ein netter Prüfer, der während des gesamten Prüfungstages lächelte. Er hat sich als teilweise protokollfest erwiesen (das gilt hinsichtlich des aktuellen Teils zu Beginn und bezogen auf das Verfassungsrecht). Bei der Notenvergabe ließ er sich vom Vorsitzenden bremsen.

Zur Prüfung:

Die Prüfung begann wie alle Prüfungen von B. mit dem aktuellen Geschehen. Jeder durfte die seiner Meinung nach brisantesten Schlagzeilen mit Bezug zum öffentl. Recht (regional, national oder international) kurz darstellen. Dabei ließ er wirklich alles gelten und nickte stets zufrieden. Jedem stellte er bzgl. des Vorgetragenen eine kurze Nachfrage.

Aktuell war zum Zeitpunkt unserer Prüfung die Entscheidung des BVerfG zu den Hartz IV-Gesetzen, die wegen Verstoßes gegen das Sozialstaatsprinzip als teilweise verfassungswidrig erklärt wurden. Es wurde nachgefragt, wo denn das Sozialstaatsprinzip geregelt sei (Art. 20 I GG i. V. m. Art. 1 GG).

Gefragt wurde dann im Hinblick auf die europarechtliche Dimension, wie internationale Verträge geschlossen werden und wie diese in der Normenpyramide einzuordnen seien (Vertragsgesetz gem. Art. 59 GG, Rang eines einfachen Gesetzes). Weitergehend wurde gefragt, wann die EMRK erlassen worden sei (etwa z. Zt. der Römischen Verträge, aber davon unabhängig).

Angesprochen wurde weiter der Bundeswehreininsatz in Afghanistan, für den eine Legitimation durch das Parlament erforderlich ist.

Sodann wurde die Einführung einer Sonderabgabe für Banken und Versicherungen zum Ausgleich der Folgen einer neuen Finanzkrise thematisiert. Wider Erwarten hat er dieses Thema nicht zum Anlass genommen, Finanzverfassungsrecht (Abgrenzung Steuern – Beiträge – Gebühren – Sonderabgaben) zu prüfen.

Anschließend ging es um den vielfach bereits an der Uni behandelten Fall des Versammlungsverbots der Gedenkveranstaltung für Rudolf Hess in Wunsiedeln, dieses Mal in Form einer Verfassungsbeschwerde.

Es folgte die klassische Prüfung der Zulässigkeitsvoraussetzungen einer Verfassungsbeschwerde. Auch wenn im vorliegenden Fall Einzelpersonen klagten, wurde kurz angeschnitten, ob auch Gesellschaften (privat-rechtliche und öffentlich-rechtliche) beschwerdeberechtigt sein könnten. Privat-rechtliche: (+), arg: im Art. 19 IV GG

Öffentlich-rechtliche: (-), arg: Konfusion – Ausnahmen: Unis, Kirchen, Rundfunkanstalten (arg: per Verfassung garantiert) – weitere Ausnahme: Prozessgrundrechte (!!)

Die Antragsbefugnis (= Möglichkeit der Verletzung in eigenen Grundrechten und zwar selbst, gegenwärtig und unmittelbar) wurde thematisiert und geprüft. B wollte wissen, ob die gegenwärtige und unmittelbare Betroffenheit immer Voraussetzung einer Verfassungsbeschwerde sei. Nach Ansicht aller Prüflinge war dies zu bejahen, nach Ansicht des Prüfers zu verneinen, denn dieses seien Voraussetzungen nur bei der Betroffenheit durch Legislativakte.

Dann wurde auf Art. 8 GG eingegangen. Die Voraussetzungen einer Versammlung sollten genannt und der Fall unter diese subsumiert werden. In diesem Zusammenhang wurde auch § 130 StGB erwähnt, was B sichtbar gefiel.

So endete die Prüfung.

AUS DER MÜNDLICHEN PRÜFUNG

Assessorprüfung

Zivilrecht

Um die Atmosphäre der mündlichen Prüfung einzufangen, liefern wir Ihnen das Protokoll einer mündlichen Prüfung in seiner Originalfassung.

Land: Hessen	Prüfer (mit Titel usw.) Dir. ArbG J	Tag d. mündl. Prüfung 20.03.2014
-----------------	--	-------------------------------------

Zur Person:

J wirkte auf den ersten Blick etwas distanziert. Dies war jedoch nicht negativ zu bewerten, sondern führte zu einer gut strukturierten Prüfung. J leitete zu den einzelnen Themenbereichen gut über. Er teilte teilweise unmittelbar nach einer Antwort mit, ob er die Meinung des Prüflings auch vertritt.

Zur Sache:

Fall: Ein Arbeitnehmer kommt zu Ihnen in die Kanzlei und schildert, er habe eine ordentliche Kündigung erhalten. Er kenne jedoch den Grund für seine Kündigung nicht.

Die erste Frage, die J stellte war, ob die Kündigung die Angabe von Kündigungsgründen erhalten müsse und wo etwas zu den Formerfordernissen der Kündigung stehe. Hier war auf die Schriftform des § 626 BGB einzugehen und anschließend waren die Formvorschriften der §§ 125, 126 BGB zu nennen. Danach wollte J wissen, ob Kündigungen Gründe enthalten müssten. Hier wurden dann Beispiele aus dem Berufsbildungsgesetz und dem Mutterschutzgesetz genannt, die die Nennung von Kündigungsgründen vorschreiben.

Anschließend fragte J, was man als Anwalt zunächst einmal prüfen müsste, wenn ein Mandant aufgrund einer Kündigung Rechtsschutz begehre. Hierbei war auf die Anwendbarkeit des KSchG einzugehen, da nur bei dessen Anwendbarkeit die sozialen Rechtfertigungsgründe geprüft werden können. Nach § 1 KSchG muss das Arbeitsverhältnis länger als sechs Monate bestanden haben. Hierbei fragte er, was dies bedeute, wenn ein Arbeitsverhältnis am 01.01. beginne, am 28.06. die Kündigung zugehe und die Kündigungsfrist am 31.07. ablaufe. Hier war auf den Zugang der Kündigung abzustellen.

Anschließend diskutierten wir die Frage, was Altarbeitnehmer sind und wann die Übergangsregelung greift, wonach das KSchG bei mehr als fünf Arbeitnehmern Anwendung findet. Außerdem wurde über mögliche Verschiebungen in der Anzahl der Beschäftigten diskutiert (z.B. Beendigung aufgrund Renteneintritts). J fragte, warum eine Übergangsregelung in § 23 KSchG aufgenommen wurde. Hier wurde geantwortet, dass es sich um eine Rückwirkung handeln würde. Die Frage, ob Auszubildende in die Anzahl der zu berücksichtigenden Beschäftigten einzuberechnen sind, war aufgrund des Wortlautes des § 23 KSchG zu verneinen.

Dann wurde nach der Beweislast zur Anwendbarkeit des KSchG gefragt: Grds. trägt derjenige die Beweislast, der sich auf eine Norm beruft; somit muss der Arbeitnehmer bei einer Kündigungsschutzklage die Anwendbarkeit des KSchG (sowohl § 1 als auch § 23 KSchG) beweisen. Man könnte jedoch auch annehmen, dass es sich aufgrund der Systematik des Gesetzes bei § 23 KSchG um eine Ausnahmenvorschrift handle und deshalb der Arbeitgeber das Nichtvorliegen der erforderlichen Anzahl von Arbeitnehmern beweisen muss. Es wurde auch diskutiert, ob die Anwendbarkeit des KSchG durch eine eigene Kündigung des Arbeitnehmers ausgeschlossen werden kann.

Weiter ging es um die Frist des § 4 KSchG und deren Folgen. Hierbei war auch auf die nachträgliche Zulassung der Kündigungsschutzklage einzugehen. J fragte, ob die bloße Unkenntnis über die Frist die nachträgliche Zulassung ermögliche. Dies wurde verneint, da dies ein Verschulden nicht ausschließe.

Zuletzt fragte J, welche Folgen es für den Anwalt hätte, wenn er keine Angaben zu einer eventuell nicht erfolgten Betriebsratsanhörung nach § 102 BetrVG in der Klageschrift macht. Hierbei war darauf einzugehen, dass er sich ggf. regresspflichtig mache, da unabhängig von der Frage der sozialen Rechtfertigung einer Kündigung auch andere Umstände die Kündigung rechtsunwirksam machen können.

Ich wünsche viel Erfolg!

Protokolle für die mündliche Prüfung

Warum Prüfungsprotokolle?

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

Wie läuft das ab?

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

Was könnt Ihr sonst noch tun?

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

Prüfungsstoff im Mündlichen

1/3 Protokollwissen

Protokolle anfordern!

1/3 Zeitschriftenwissen der letzten Monate

Zeitschriftenauswertung (ZA) lesen!

1/3 unbekannter Stoff

Phantasie zeigen!

