



PRAKTIKER-REPORT (PR)

Monatsschrift für den praktisch tätigen Juristen

36. Jahrg.

Oktober 2011

Heft 10

Aus dem Inhalt:

- | | |
|------------------------|--|
| BGH: | Bestimmtheit einer Forderungsabtretung |
| BGH: | Ehegatte als Empfangsbote für Kündigung |
| BGH: | Vermögensbetreuungspflicht eines Rechtspflegers |
| VGH Mannheim: | Voraussetzungen eines Versammlungsverbots |
| BGH: | Vollstreckungsrechtlicher Erstattungsanspruch |
| BVerfG: | Umfang eines Vergleichsprotokollierungsanspruchs |
| OVG Berlin-Bbg: | Jahresfrist für Rücknahme eines Verwaltungsakts |



Impressum:

Verlag und Redaktion:

Juristischer Verlag Juridicus
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 20,70 € (3 Hefte), inkl. Versandkosten

Zahlung quartalsweise im Voraus

Inhalt

Aus der Gesetzgebung

Die Änderung des § 522 II u. III ZPO	1
--	---

Brandaktuell

BGH: Gebrauchtwagenangebot in falscher Kilometerstandsrubrik (keine Irreführung des Verbrauchers)	2
--	---

Entscheidungen materielles Recht

Zivilrecht

BGH: Bestimmtheit einer Forderungsabtretung (Abtretung von Ansprüchen aus Verkehrsunfall wegen Gutachterkosten)	3
BAG: Ehegatte als Empfangsbote auch außerhalb der Ehewohnung (Zugang der Kündigung)	6

Strafrecht

BGH: Betrug / Untreue (Schadenskompensation durch Befreiung von einer Verbindlichkeit)	10
BGH: Untreue (Vermögensbetreuungspflicht eines Rechtspflegers)	12

öffentl. Recht

VGH Mannheim: Kosten einer polizeilichen Ingewahrsamnahme (Heranziehung des Anscheinsstörers)	15
VGH Mannheim: Voraussetzungen eines Versammlungsverbots (Motto: „Fremdarbeiterinvasion stoppen!“)	20

Kurzauslese I

OLG Frankfurt a.M.: Rückgewährschuldverhältnis (leicht fahrlässige Beschädigung der Sache)	24
BGH: Sachmangel (maßgeblicher Zeitpunkt der Sachmangelkenntnis)	24
BGH: Aufwendungsersatzanspruch eines GbR-Gesellschafters (vor Auseinandersetzung)	25
OLG Stuttgart: Bankrott (Gleichzeitigkeit von Krise und Nichterstellung der Bilanz)	25
BGH: Entziehung Minderjähriger (Bereicherungsabsicht)	26
OLG Celle: sexueller Missbrauch (Ausnutzung eines Behandlungsverhältnisses)	26
BGH: schwerer Raub (lebensgefährdende Behandlung nach Tatvollendung)	27
VGH Mannheim: Verbraucherinformationsanspruch (keine Einschränkung des presserechtl. Informationsanspruchs)	27
VGH Kassel: Polizeieinsatz (keine Gebührentragungspflicht eines Minderjährigen)	28

Entscheidungen Verfahrensrecht

Zivilrecht

BGH: Vollstreckungsrechtlicher Erstattungsanspruch (Bestimmung des Gerichtsstands)	29
BGH: gerichtlicher Vergleich (Umfang des Anspruchs auf Protokollierung)	33

Strafrecht

LG Hamburg:	Beweisverwertungsverbot (unwirksame Einwilligung in Wohnungsdurchsuchung).....	36
-------------	---	----

öffentl. Recht

OVG Berlin-Bbg:	Rücknahme eines Verwaltungsakts (Lauf der Jahresfrist).....	41
VGH München:	maßgebliche Sach- und Rechtslage (Verfahren auf Wiedergestattung der Gewerbeausübung).....	43

Kurzauslese II

BFH:	Klageerhebung (Formunwirksamkeit bei fehlender qualifizierter digitaler Signatur)	46
BGH:	formlose Entscheidungsbekanntgabe (telefonische Beschlussmitteilung durch Geschäftsstelle).....	46
BVerfG:	Unverhältnismäßigkeit einer Freiheitsentziehung (zum Zwecke der Identitätsfeststellung).....	46
BGH:	Verfahrensverständigung (Auswirkungen auf richterl. Hinweispflicht).....	47
BGH:	richterliche Hinweispflicht (Verurteilung wegen eines anderen Mordmerkmals).....	47
OLG Dresden:	Annahmeerufung (vorausgegangen Strafbefehlsverfahren).....	48
BGH:	Verfahrensfehler (sprachunkundige Schöffin).....	48
BVerfG:	Bußgeldverfahren (Auswirkungen eines Beweisverwertungsverbots).....	49
BVerfG:	Verfassungsbeschwerde (zur Durchsetzung effektiven Rechtsschutzes).....	50
BVerfG:	Statusstreitigkeit eines Landtagsabgeordneten (Organstreitverfahren statt Verfassungsbeschwerde).....	50
VerfGH Bayern:	Verfassungsbeschwerde (fehlende konkrete Grundrechtsrüge).....	50

Speziell für Rechtsanwälte und Notare

Gebühren und Kosten

OLG Düsseldorf:	Terminsgebühr (Telefonat mit Richter).....	51
OLG München:	Terminsgebühr (in Verfahren ohne vorgeschriebene mündl. Verhandlung).....	51
BGH:	Terminsvertreter (Gebührenanfall nur bei Beauftragung durch die Partei).....	52
BGH:	Verfahrensgebühr (Zulässigkeit einer Nachfestsetzung).....	52
BVerfG:	Beratungshilfe (Rechtsverteidigung gegen wiederholte Filesharing-Abmahnungen)	52
OLG Nürnberg:	Beratungshilfe (in familienrechtlichen Angelegenheiten).....	53
OLG Brandenburg:	Streitwertfestsetzung (für Scheidung bei Bezug von SGB II-Leistungen).....	54
LAG Nürnberg:	Kostenerstattungsanspruch (Fahrtkosten einer Prozesspartei).....	54

Inhaltsverzeichnis

OLG Frankfurt a.M.:	Berufungszurückweisung (Kosten der Anschlussberufung).....	54
OLG Köln:	Pflichtverteidigerbestellung (nicht mehr nach Verfahrensabschluss).....	55
KG:	Kostenverteilung (abhängig vom Rechtsmittelerfolg).....	55
Aus der Praxis		
OLG Düsseldorf:	Honorarverzicht (kein Schriftformerfordernis).....	57
BGH:	Prozesskostenhilfebewilligungsverfahren (Zustellungen an Prozessbevollmächtigten auch nach Verfahrensabschluss).....	57
BGH:	Berufungsverwerfung (gleichzeitige PKH-Versagung).....	59
LG Lübeck:	Nutzungsausfallentschädigung (Fahrrad).....	59
OLG Oldenburg:	Internetformular (Vorliegen von AGB).....	60
OLG Schleswig:	Darlehenskündigung (wirksam auch ohne Kündigungsandrohung).....	60
BGH:	Wiederaufleben des nahehelichen Unterhaltsanspruchs (nach Beendigung einer verfestigten Lebensgemeinschaft).....	60
KG:	Akteneinsichtsrecht (nicht für gewerblichen Erbenermittler).....	61
Steuern		
LG Saarbrücken:	DNA-Identitätsfeststellung (Steuerstraftat).....	62
BFH:	beruflich veranlasste Fortbildungskosten (Sprachkurs im Ausland).....	62
BFH:	Arbeitsstätte eines Außendienstmitarbeiters (unregelmäßig aufgesuchter Betriebsitz).....	63
Weitere Schrifttumsnachweise		64
Mandantenbrief		69

Aus der Gesetzgebung

Die Änderung des § 522 II u. III ZPO

I. Allgemeines

Nach der zum 01.01.2002 in Kraft getretenen ZPO-Reform vom 27.07.2001 sind die **Berufungsgerichte** nach § 522 II u. III ZPO verpflichtet, eine Berufung unabhängig vom Streitwert und ohne mündliche Verhandlung **durch einstimmigen und vor allem unanfechtbaren Beschluss zurückzuweisen, wenn** sie davon überzeugt sind, dass

- die Berufung **keine Aussicht auf Erfolg** hat,
- die Rechtssache **keine grundsätzliche Bedeutung** hat und
- die **Fortbildung des Rechts** oder die **Sicherung einer einheitlichen Rspr.** eine **Entscheidung des Berufungsgerichts nicht erfordert**.

Mit Blick auf das verfassungsrechtlich normierte Gebot effektiven Rechtsschutz (Art. 19 IV GG) ist somit nach geltendem Recht in der 2. Instanz Schluss, auch wenn es in der Sache um große Summen geht. Ziel dieser Regelungen waren vor allem eine beabsichtigte Verfahrensbeschleunigung sowie die Schaffung eines Instruments, um der missbräuchlichen Einlegung von Berufungen zum Zwecke der Prozessverschleppung zu begegnen.

In der **Praxis** zeigte sich, dass die Berufungsgerichte die aktuelle **Vorschrift des § 522 ZPO** trotz ihres zwingenden Wortlauts **sehr unterschiedlich anwandten** und so eine **"Zersplitterung" der Zivilrechtspflege drohte**, die sowohl unter dem Gesichtspunkt des Rechtsschutzes als auch unter Vertrauensschutzgesichtspunkten bedenklich und problematisch angesehen wurde.

Der Deutsche Bundesrat hat daher am 23.09.2011 das Gesetz zur Einführung eines Rechtsmittels gegen Zurückweisungsbeschlüsse von Berufungsgerichten, das bereits am 07.07.2011 vom Bundestag beschlossen worden war, erwartungsgemäß gebilligt.

II. Die Neuregelungen im Überblick

- Künftig sind die - nach wie vor möglichen - **Zurückweisungsbeschlüsse** nach § 522 II ZPO **in gleicher Weise anfechtbar wie Berufungsurteile**.
- **Ab einem Streitwert von 20.000 €** wird als statthaftes Rechtsmittel gegen einen Zurückweisungsbeschluss die **Nichtzulassungsbeschwerde zum BGH eingeführt**.
- Darüber hinaus schreibt das neue Gesetz fest, dass eine Zurückweisung nunmehr erfordert, dass die **Berufung offensichtlich ohne Aussicht auf Erfolg** ist.
- Zudem ist die Entscheidung, eine Berufung bei Vorliegen der entsprechenden Voraussetzungen durch einstimmigen Beschluss zurückzuweisen, nicht mehr zwingend, sondern vielmehr als **Soll-Vorschrift** ausgestaltet, sodass **zukünftig in der Berufungsinstanz sehr viel häufiger eine mündliche Verhandlung** stattfinden wird.
- In **Insolvenzverfahren** gibt es künftig **keine zulassungsfreie Rechtsbeschwerde mehr**, da **§ 7 InsO aufgehoben** wird, was zu einer Entlastung des für das Insolvenzrecht zuständigen IX. Zivilsenats des BGH führen wird.
- Schließlich wird auch das **Einführungsgesetz zur ZPO geändert**, indem die zunächst bloß vorübergehend in § 26 Nr. 8 EGZPO normierte **Wertgrenze von 20.000 €** für das Rechtsmittel der Nichtzulassungsbeschwerde im Revisionsrecht **um weitere 3 Jahre verlängert** wird, also bis zum 31.12.2014 gilt. In der Sache kann also nach wie vor eine Nichtzulassungsbeschwerde gegen die Entscheidung des Gerichts, die Revision nicht zuzulassen, nur dann erfolgreich eingelegt werden, wenn der Streitgegenstand 20.000 € übersteigt.

Brandaktuell

UWG § 5 **Gebrauchtwagenangebot in falscher Kilometerstandsrubrik** keine Irreführung des Verbrauchers **UWG**

(BGH in Pressemitteilung 158/2011 vom 06.10.2011; Urteil vom 06.10.2011 I ZR 42/10)

Der unter anderem für das Wettbewerbsrecht zuständige I. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat entschieden, dass das Anbieten eines gebrauchten Pkw in einer unzutreffenden Rubrik zum Kilometerstand auf einer Internethandelsplattform nicht wegen Irreführung der am Kauf eines Gebrauchtfahrzeugs interessierten Verbraucher wettbewerbswidrig ist.

Fall: Die Parteien handeln mit gebrauchten Kraftfahrzeugen, die sie unter anderem über eine Internethandelsplattform zum Kauf anbieten. Dabei kann der Verkäufer verschiedene Merkmale, beispielsweise den Kilometerstand, zu dem von ihm angebotenen Fahrzeug eingeben. Ein Kaufinteressent kann ebenfalls Kriterien zu dem von ihm gesuchten Fahrzeug auswählen. Zum Kilometerstand kann er "beliebig" oder beispielsweise 5.000 km, 100.000 km oder 125.000 km eingeben.

Die Beklagte inserierte auf einer Internethandelsplattform in der Rubrik "bis 5.000 km" ein Fahrzeug mit folgender fettgedruckter Überschrift: "BMW 320 d Tou.* Gesamt-KM 112.970** ATM- 1.260 KM***". Die Klägerin hat in dem Angebot des Fahrzeugs in einer unzutreffenden Kilometerstandsrubrik eine wettbewerbsrechtlich relevante Irreführung des Verkehrs erblickt und die Beklagte daher auf Unterlassung in Anspruch genommen.

I. Klageberechtigung der Klägerin

Die Klageberechtigung der Klägerin ergibt sich aus §§ 8 UWG. Nach § 8 I UWG kann derjenige, der eine nach § 3 oder § 7 UWG **unzulässige geschäftliche Handlung** vornimmt, kann auf Beseitigung und bei Wiederholungsgefahr auf Unterlassung in Anspruch genommen werden.

Dieser Anspruch kann nach § 8 III Nr. 1 UWG von jedem **Mitbewerber** geltend gemacht werden.

II. Vorliegen einer unlauteren geschäftlichen Handlung

Nach § 3 I UWG sind **unlautere geschäftliche Handlungen unzulässig**, wenn sie geeignet sind, die Interessen von Mitbewerbern, Verbrauchern oder sonstigen Marktteilnehmern spürbar zu beeinträchtigen.

Eine solche unlautere geschäftliche Handlung liegt vor, wenn die Bekl. eine nach § 5 I UWG **irreführende geschäftliche Handlung vorgenommen hat**. Die Einstellung eines Fahrzeugangebots in einer falschen Kilometerstandsrubrik einer Internethandelsplattform könnte eine solche Irreführung darstellen.

„Das Landgericht hat der Klage stattgegeben. Die dagegen gerichtete Berufung der Beklagten hat das Oberlandesgericht zurückgewiesen. Die Beklagte nehme durch die unzutreffende Kilometerangabe in der Suchrubrik "bis 5.000 km" eine irreführende Handlung vor und verschaffe sich dadurch trotz der Richtigstellung des Kilometerstandes im eigentlichen Verkaufsangebot gerade auch gegenüber Mitbewerbern einen relevanten Vorteil.

*Der BGH hat die Klage auf die Revision der Beklagten abgewiesen. Zwar liege in dem Angebot des Fahrzeugs in der unrichtigen Rubrik über die Laufleistung eine **unwahre Angabe**. Die unzutreffende Einordnung sei hier aber nicht geeignet, das Publikum irrezuführen. Der BGH begründet dies damit, dass sich die **richtige Laufleistung** des Fahrzeugs bereits **ohne weiteres aus der Überschrift des Angebots** ergebe, so dass eine Täuschung von Verbrauchern ausgeschlossen gewesen sei. Die Frage, ob eine Einstellung in eine falsche Rubrik unter anderen Gesichtspunkten, etwa einer **unzumutbaren Belästigung der Internetnutzer**, wettbewerbsrechtlich unlauter sei, sei nicht Gegenstand des Rechtsstreits gewesen, so der BGH.“ (BGH aaO)*

Entscheidungen materielles Recht

BGB
§ 398

Bestimmtheit einer Forderungsabtretung Abtretung von Ansprüchen aus Verkehrsunfall wegen Gutachterkosten

BGB

(BGH in r+s NJW 2011, 357; Urteil vom 07.06.2011 – VI ZR 260/10)

1. Eine Abtretung ist nur wirksam, wenn die Forderung, die Gegenstand der Abtretung ist, **bestimmt oder wenigstens bestimmbar**
2. Soll bei mehreren selbstständigen Forderungen nur ein Teil abgetreten wird, muss **erkennbar sein, von welcher oder von welchen Forderungen ein Teil abgetreten werden soll**
3. Entstehen aus einem Verkehrsunfall für den Geschädigten mehrere Forderungen, so kann von der Gesamtsumme dieser Forderungen **nicht ein nur summenmäßig bestimmter Teil abgetreten** werden.

Fall: Die Kl., die ein Kfz-Sachverständigenbüro betreibt, begehrt von dem bekl. Haftpflichtversicherer aus abgetretenem Recht des Geschädigten H. Ersatz restlichen Schadens aus einem Verkehrsunfall. Die volle Einstandspflicht der Bekl. steht außer Streit. H. beauftragte die Kl. mit der Erstattung eines Gutachtens zur Schadenshöhe und trat seine gegen den Fahrer, den Halter und den Versicherer des unfallbeteiligten Fahrzeugs bestehenden Schadensersatzansprüche in Höhe der Gutachterkosten einschließlich Mehrwertsteuer formularmäßig erfüllungshalber an die Kl. ab. Diese berechnete ein Honorar von 1202,32 €, wovon die Bekl. vorprozessual 471 € erstattete. Der Restbetrag von 731,32 € sowie außergerichtliche Rechtsanwaltskosten sind Gegenstand der Klage. Hat die Kl. Anspruch auf weitere Zahlung?

I. Anspruch der Kl. aus abgetretenem Recht

Die Kl. hat einen Anspruch auf weitere Zahlung, wenn die Schadensersatzforderung des H. durch die Abtretungsvereinbarung wirksam auf sie übergegangen ist.

1. Allgemeine Voraussetzungen

Ein **wirksamer Abtretungsvertrag** wurde zwischen dem Zedenten H. und der Kl. als Zessionarin geschlossen. Auch spricht nichts gegen die **Übertragbarkeit** der Forderung.

2. Bestimmtheit der Abtretung

*„Eine Abtretung ist, wie in der Rspr. und Rechtslehre anerkannt ist, nur wirksam, wenn die Forderung, die Gegenstand der Abtretung ist, **bestimmt oder wenigstens bestimmbar** ist (BGH, Urt. v. 25.10.1952 – I ZR 48/52, BGHZ 7, 365; v. 03.04.1974 – VIII ZR 235/72, NJW 74, 1130 und v. 16.03.1995 – IX ZR 72/94, NJW 95, 1668; MüKo-BGB/Roth, 5. Aufl., § 398 Rn. 67).“*

*Dieses Erfordernis ergibt sich aus der **Rechtsnatur der Abtretung**, die ein dingliches Rechtsgeschäft ist. Die Abtretung bewirkt, dass das Gläubigerrecht an einer Forderung von dem bisherigen Gläubiger auf eine andere Person als neuen Gläubiger übergeht (§ 398 BGB). Wie ein Gläubigerrecht nur an einer bestimmten oder mindestens bestimmbarer Forderung bestehen kann, so kann auch nur das Gläubigerrecht an einer bestimmten oder bestimmbarer Forderung Gegenstand der Abtretung sein (RG, Urt. v. 27. 2. 1920 – VII 296/19, RGZ 98, 200).“ (BGH aaO)*

a) Anforderungen bei mehreren selbstständigen Forderungen

Fraglich ist, wie diese Anforderungen erfüllt werden, wenn dem Zedenten aus einem Schadensereignis mehrere selbstständige Forderungen zukommen.

*„An diesem Erfordernis der Bestimmtheit oder Bestimmbarkeit fehlt es, wenn von mehreren selbstständigen Forderungen ein Teil abgetreten wird, **ohne dass erkennbar ist, von welcher oder von welchen Forderungen ein Teil abgetreten werden soll** (BGH, Urt. v. 18.02.1965 – II ZR 166/62, WM 65, 562; v. 27. 5. 1968 – VIII ZR 137/66, WarnR 68, Nr. 165 und v. 02.04.1970 – VII ZR 153/68, WM 70, 848; OLG München, OLGR 93, 248; OLG Köln VersR 98, 1269 und MDR 05, 975; Staudinger/Busche, BGB [2005], § 398 Rn. 61; MüKo-BGB/Roth, aaO, Rn. 75).“ (BGH aaO)*

b) Selbständigkeit einzelner Schadensposten bei Verkehrsunfall

Bei den verschiedenen, dem H. aus dem Verkehrsunfall zustehenden Schadenspositionen (Reparaturkosten, Nutzungsausfall, Verdienstausschlag, Schmerzensgeld usw. könnte es sich insofern um mehrere selbstständige Forderungen handeln, so dass

bestimmt worden sein müsste, welche dieser Forderungen an die Kl. abgetreten werden sollte.

„Entstehen aus einem Verkehrsunfall für den Geschädigten mehrere Forderungen, so kann von der Gesamtsumme dieser Forderungen **nicht ein nur summenmäßig bestimmter Teil abgetreten** werden (Senatsurt. v. 08.10.1957 – VI ZR 128/56, VersR 57, 753). Um verschiedene Forderungen handelt es sich etwa dann, wenn neben dem Anspruch auf Ersatz des an dem beschädigten Kfz entstandenen **Sachschadens** ein Anspruch auf Ersatz von **Verdienstaussfall** geltend gemacht wird (Senatsurt. v. 19.11.1957 – VI ZR 122/57, VersR 58, 91 und v. 22. 5. 1984 – VI ZR 228/82, r+s 84, 202 = VersR 84, 782). Dasselbe gilt für das Verhältnis zwischen dem Anspruch auf Ersatz des **Fahrzeugschadens** und dem Anspruch auf Ersatz von **Schäden an der Ladung des Fahrzeugs** (vgl. Senatsurt. v. 08.10.1957 – VI ZR 128/56 aaO). Für die Annahme verschiedener Forderungen spricht in diesen Fällen schon die **Möglichkeit unterschiedlicher Entwicklungen in der Anspruchsinhaberschaft**, die sich daraus ergibt, dass die Ersatzansprüche im Regulierungsfall ggf. auf verschiedene Versicherer übergehen können (Kaskovers., Betriebsausfallvers., Transportvers.; vgl. Senatsurt. v. 22.05.1984 – VI ZR 228/82, aaO). Eine Verschiedenheit von Forderungen liegt nur dann nicht vor, wenn es sich bei einzelnen Beträgen um **lediglich unselbstständige Rechnungsposten** aus einer klar abgrenzbaren Sachgesamtheit handelt (vgl. Senatsurt. v. 26.02.1980 – VI ZR 53/79, BGHZ 76, 216 und v. 22. 5. 1984 – VI ZR 228/82, aaO), wie dies etwa bei Einzelelementen der Reparaturkosten der Fall ist (vgl. BGH, Urt. v. 19.06.2000 – II ZR 319/98, NJW 00, 3718 und v. 13. 3. 2003 – VII ZR 418/01, MDR 03, 824; Greger, HaftungsR des Straßenverkehrs, 4. Aufl., § 37 Rn. 17 [Stand: 10.01.2010]).“ (BGH aaO)

c) Anwendung auf den Fall

Fraglich ist, ob die Die Abtretung des Geschädigten H. diesen Erfordernissen gerecht wird.

„Nach ihrem eindeutigen Wortlaut erfasst sie eine **Mehrzahl von Forderungen**, nämlich sämtliche Ansprüche des Geschädigten aus dem betr. Verkehrsunfall. Mit Recht hat das BG in der Bezugnahme der Abtretung auf die **Höhe der Gutachterkosten** lediglich eine **Beschränkung hinsichtlich des Umfangs der Abtretung** gesehen. Die Abtretung sollte ersichtlich nicht nur die Forderung auf Ersatz der Gutachterkosten erfassen.“ (BGH aaO)

Dies stünde einer Bestimmtheit der Abtretung jedoch nicht entgegen, wenn es sich bei den einzelnen Schadensposten lediglich um **unselbstständige Rechnungsposten** und nicht um selbstständige Forderungen handeln würde.

„Dieser Anspruch ist entgegen der Auffassung der Revision auch kein unselbstständiger Rechnungsposten, sondern im Verhältnis zu dem Anspruch auf Ersatz des Fahrzeugschadens vielmehr eine **selbstständige Forderung**. Dies folgt schon aus der Möglichkeit unterschiedlicher Entwicklungen in der Anspruchsinhaberschaft, denn anders als der **Anspruch auf Ersatz des Fahrzeugschadens** geht der hiervon schon dem Gegenstand nach klar abgrenzbare (vgl. Senatsurt. v. 22. 5. 1984 – VI ZR 228/82, aaO.) **Anspruch auf Ersatz der Gutachterkosten** im Regulierungsfall gem. § 86 Abs. 1 VVG nur unter engen Voraussetzungen auf den Kaskoversicherer über (vgl. Ziff. A.2.8 AKB 08 [Stand: 9. 7. 2008]). Um dem Bestimmbarkeitserfordernis zu genügen, wäre es deshalb erforderlich gewesen, in der Abtretungserklärung den **Umfang der von der Abtretung erfassten Forderungen der Höhe und der Reihenfolge nach aufzuschlüsseln**. Daran fehlt es bei der hier verwendeten Abtretungserklärung. Da es sich dabei nach den vom BG getroffenen Feststellungen um von der Kl. gestellte Allgemeine Geschäftsbedingungen handelt, gehen bestehende Unklarheiten zu ihren Lasten (§ 305c Abs. 2 BGB).“ (BGH aaO)

Es fehlt daher an der erforderlichen Bestimmbarkeit der abgetretenen Forderung, so dass die Kl. keinen Anspruch aus übergegangenem Recht haben kann.

II. Recht der Kl. zur Prozessführung ohne Rechtsinhaberschaft

Die insofern nichtige Abtretung konnte jedoch nach § 140 BGB in eine Prozessführungsermächtigung umzudeuten sein.

„Eine Umdeutung in ein **Ersatzgeschäft** darf nicht dazu führen, dass an die Stelle des nichtigen Geschäfts ein solches gesetzt wird, das über den **Erfolg des ursprünglich gewollten Geschäfts hinausgeht** (BGH, Urt. v. 15.12.1955 – II ZR 204/54, BGHZ 19, 269 und v. 14.05.1956 – II ZR 229/54, BGHZ 20, 363; BAG, NJW 76, 592; MüKo-BGB/Busche, aaO § 140 Rn. 17 m.w.N.). Dies wäre hier entgegen der Auffassung der Revisionsbegründung aber der Fall, wenn die (unwirksame) Abtretung umgedeutet würde in die **Ermächtigung, die Gutachterkosten im eigenen Namen geltend zu machen**. Da sich der Abtretungserklärung gerade nicht entnehmen lässt, dass die Kl. Gläubigerin der gesamten Forderung auf Ersatz der Gutachterkosten werden sollte, verbietet sich eine Umdeutung dahin gehend, sie als ermächtigt anzusehen, im Wege der Prozessstandschaft diese Forderung in voller Höhe im eigenen Namen geltend zu machen.“ (BGH aaO)

Etwas anders könnte sich aber aus der in der Abtretungsvereinbarung enthaltenen Anweisung an den regulierungspflichtigen Versicherer, die Sachverständigenkosten unmittelbar an die Kl. zu zahlen, ergeben.

„Diese Zahlungsanweisung darf nicht isoliert ausgelegt werden, sondern ist im Zusammenhang mit der im vorausgehenden Satz geregelten Abtretung zu sehen. Sie nimmt ersichtlich Bezug auf die Höhe des von der vorgesehenen Abtretung erfassten Betrags und **bezieht sich nicht auf einen von der (unwirksamen) Abtretung möglicherweise nicht erfassten Teil** der Forderung auf Ersatz der Gutachterkosten. Eine auf diese Zahlungsanweisung gestützte Klage wäre mangels hinreichender Bestimmtheit unzulässig (vgl. BGH, Urt. v. 3. 12. 1953 – III ZR 66/52, BGHZ 11, 192; Greger, aaO. Rn. 17, 19).“ (BGH aaO)

Es ergibt daher auch sonst kein Recht der Kl., die Forderung in eigenem Namen geltend zu machen.

Ergebnis: Die Kl. hat gegen die Bekl. weder einen Anspruch auf Zahlung aus übergegangenem Recht noch hat sie die Befugnis erlangt, den Anspruch des H. in eigenem Namen geltend zu machen.

BGB Ehegatte als Empfangsbote auch außerhalb der Ehwohnung BGB
§ 130 Zugang einer Kündigung

(BAG in NZA 2011, 847; Urteil vom 09.06.2011 – 6 AZR 687/09)

1. Nach der Verkehrsanschauung werden in einer gemeinsamen Wohnung lebende **Ehegatten** füreinander **grundsätzlich als Empfangsboten** angesehen.
2. Eine Willenserklärung ist regelmäßig auch dann in den **Machtbereich** des Adressaten gelangt, wenn sie **außerhalb seiner Wohnung** einem **Empfangsboten** übermittelt wird.
3. Dem Adressaten geht eine Willenserklärung nicht schon dann zu, wenn diese an einen Empfangsboten abgegeben wird, sondern **erst nach Ablauf der Zeit**, die der Empfangsbote für die **Übermittlungstätigkeit** unter den obwaltenden Umständen **normalerweise benötigt**.
4. Leben Ehegatten in einer gemeinsamen Wohnung und sind sie deshalb nach der Verkehrsanschauung füreinander als Empfangsboten anzusehen, gelangt eine an einen der Ehegatten gerichtete Willenserklärung grundsätzlich auch dann in dessen Macht- und Zugriffsbereich, wenn sie dem anderen **Ehegatten außerhalb der Wohnung übermittelt** wird.

Fall: Die Parteien streiten noch darüber, ob die ordentliche Kündigung der Bekl. vom 31.01.2008 der Kl. noch an diesem oder erst am nachfolgenden Tag zugegangen ist und die Kündigungsfrist von einem Monat zum Ende des Kalendermonats somit am 29.02.2008 oder erst am 31.03.2008 abgelaufen ist.

Die Bekl. betreibt einen Palettenhandel. Die am 20.01.1981 geborene Kl. war bei ihr seit dem 03.02.2003 als Assistentin der Geschäftsleitung beschäftigt. Auf das Arbeitsverhältnis fand § 1 KSchG auf Grund der Kleinbetriebsklausel in § 23 I KSchG keine Anwendung. Am 31.01.2008 verließ die Kl. nach einem Streit der Parteien ihren Arbeitsplatz. Mit einem Schreiben vom selben Tag kündigte die Bekl. das Arbeitsverhältnis ordentlich zum 29.02.2008 und stellte die Kl. zugleich mit sofortiger Wirkung unwiderruflich von der Verpflichtung zur Arbeitsleistung frei. Das Kündigungsschreiben ließ sie dem Ehemann der Kl. durch ihren Mitarbeiter G überbringen. Dieser suchte am Nachmittag des 31.01.2008 dazu den mit ihm befreundeten Ehemann der Kl. an seinem Arbeitsplatz in einem Bau- und Heimwerkermarkt auf.

Der Ehemann der Kl. hat G nicht versprochen, das in einen verschlossenen Umschlag eingelegte Kündigungsschreiben an sie weiterzuleiten. Vielmehr hat er erklärt, dass nicht zwischen ihm und der Bekl., sondern zwischen seiner Ehefrau und der Bekl. ein Arbeitsverhältnis bestehe. Formalitäten möge man intern regeln. G hat daraufhin das Kündigungsschreiben am Arbeitsplatz des Ehemannes zurückgelassen. Dieser hat es zunächst an seinem Arbeitsplatz liegen lassen. Erst am 01.02.2008 hat er der Kl. das Kündigungsschreiben der Bekl. vom 31.01.2008 überreicht. Die Kl. ist der Auffassung, dass ihr die Kündigung erst am 01.02.2008 zugegangen ist und das Arbeitsverhältnis daher erst zum 31.03.2008 beendet werden konnte. Sie haben ihren Ehemann nicht ermächtigt, für sie Willenserklärungen in Empfang zu nehmen. Wann ist das Kündigungsschreiben zugegangen?

Bei dem Kündigungsschreiben handelt es sich um die Ausübung eines Gestaltungsrechts. Auch bei einem Gestaltungsrecht muss der Betroffene von dessen Ausübung Kenntnis erlangen, so dass für die wirksame Ausübung des Gestaltungsrechts die Vorgaben über die das Wirksamwerden empfangsbedürftiger Willenserklärungen gelten. Da das Kündigungsschreiben nicht der Kl. unmittelbar übergeben wurde, gelten die Regeln über die Abgabe der Willenserklärung unter Abwesenden.

I. Grundregeln des Zugangs unter Abwesenden

„Nach § 130 I BGB wird eine unter Abwesenden abgegebene empfangsbedürftige Willenserklärung in dem Zeitpunkt **wirksam**, in welchem sie dem Empfänger **zugeht**. Bei einer **schriftlichen Willenserklärung** ist dies der Fall, sobald diese in verkehrsüblicher Weise in die **tatsächliche Verfügungsgewalt** des Empfängers oder eines empfangsberechtigten Dritten gelangt und für den Empfänger **unter gewöhnlichen Verhältnissen die Möglichkeit besteht, von dem Inhalt des Schreibens Kenntnis zu nehmen** (BAG, NJW 1993, 1093 = NZA 1993, 259 = AP BGB § 130 Nr. 18 = EzA BGB § 130 Nr. 24).“ (BAG aaO)

II. Zugang des Kündigungsschreibens bei der Klägerin

Die tatsächliche Kenntnisnahmemöglichkeit hatte die Kl. erst am 01.02.2008, als ihr das Kündigungsschreiben von ihrem Ehemann übergeben wurde. Fraglich ist jedoch, ob nicht davon ausgegangen werden muss, dass das Kündigungsschreiben ihr schon mit Übergabe an den Ehegatten zugegangen ist. Dieser könnte als ihr Empfangsbote anzusehen sein.

1. persönliche Übergabe des Kündigungsschreibens

Das Kündigungsschreiben vom 31.01.2008 wurde dem Ehemann der Kl. am Nachmittag dieses Tages im Auftrag der Bekl. durch ihren Mitarbeiter G überbracht.

*„Die Zustellung eines Kündigungsschreibens statt mit der Post durch eine vom Arbeitgeber eingeschaltete **Mittelperson ist verkehrsmäßig**, insbesondere dann, wenn nur so ein bestimmter Kündigungstermin gewahrt werden kann oder der kündigende Arbeitgeber den Zugang der Kündigung und den Zeitpunkt des Zugangs mit Hilfe eines Boten als Zeugen nachweisen will. Damit ist das Kündigungsschreiben der Bekl. vom 31.01.2008 an diesem Tag in verkehrsmäßiger Weise in die tatsächliche Verfügungsgewalt des Ehemanns der Kl. gelangt.“* (BGH aaO)

2. Ehegatte als Empfangsbote

a) Empfangsbotenstellung kraft Verkehrsanschauung

Eine ausdrückliche oder konkludente Ermächtigung des Ehemannes durch die Kl. liegt nicht vor. Fraglich ist, ob jemand auch ohne eine solche Ermächtigung allein kraft Verkehrsanschauung eine Empfangsbotenstellung erlangen kann.

*„[Der] Begriff des Empfangsboten [lässt sich nicht] dem Gesetz ... entnehmen. Dennoch erkennt die **Rechtsprechung** (vgl. BGH, NJW 1994, 2613; BSG, NJW 2005, 1303; BAG, NJW 1976, 1284 = AP BGB § 130 Nr. 7 = EzA BGB § 130 Nr. 5; AP BGB § 130 Nr. 8 = EzA BGB § 130 Nr. 7; NJW 1993, 1093 = NZA 1993, 259 = AP BGB § 130 Nr. 18 = EzA BGB § 130 Nr. 24; NZA-RR 2009, 79 = AP TVG § 1 Nr. 43 = EzA ZPO 2002 § 259 Nr. 1; OLG Köln, MDR 2006, 866 = BeckRS 2006, 2317) und die im Schrifttum **ganz herrschende Meinung** (vgl. KR-Friedrich, 9. Aufl., § 4 KSchG Rn 106; APS/Ascheid/Hesse, 3. Aufl., § 4 KSchG Rn 64a, 72; KDZ/Däubler, 8. Aufl., §§ 130-132 BGB Rn 14,18; Thüsing/Laux/Lembke/Wiehe, KSchG, 2. Aufl., § 4 Rn 164; HaKo/Fiebig, 3. Aufl., Einl. Rn 48; Stahlhacke/Preis, 10. Aufl. [2010], Rn 130; Schwarze, in: Schwarze/Eylert/Schrader, KSchG, Einl. Rn 42; ErfK/Müller-Glöße, 11. Aufl., § 620 BGB Rn 55; Dornbuch/Fischermeier/Löwisch/Löwisch, 3. Aufl., § 130 BGB Rn 4; Einsele, in: MüKo-BGB, 5. Aufl., § 130 Rn 25; Palandt/Ellenberger, BGB, 70. Aufl., § 130 Rn 9; Lorenz/Wolf, AT BGB, 9. Aufl., § 26 Rn 41; Medicus, AT BGB, 10. Aufl., § 22 Rn 285f; Sandmann, AcP 199 [1999], 455; Schwarz, NJW 1994, 891; Jousen, Jura 2003, 577; Herbert/Herbert NZA 1994, 391; a.A. Staudinger/Singer/Benedict, BGB, 2004, § 130 Rn. 58) neben Empfangsvertretern (§ 164 III BGB) nicht nur rechtsgeschäftlich bestellte Empfangsboten an, sondern **im Wege der Rechtsfortbildung grundsätzlich auch Empfangsboten kraft Verkehrsanschauung**. In Bezug auf rechtsgeschäftlich bestellte Empfangsboten lässt sich die Empfangsbotenstellung auf ein *argumentum a maiore ad minus* zu den §§ 164 ff. BGB stützen (Jousen, Jura 2003, 577 [578]; Sandmann, AcP 199 [1999], 455 [456]). Soweit Rechtsprechung und Schrifttum dem Adressaten auf der Grundlage der Verkehrsanschauung Empfangsboten zuordnen, wird die **Empfangsbotenstellung aus der gesetzlichen Wertung in § 130 BGB** abgeleitet, aus der sich die Grundsätze für die Risikoverteilung beim Zugang von Willenserklärungen ergeben (BAG, AP BGB § 130 Nr. 8 = EzA BGB § 130 Nr. 7; Sandmann, AcP 199 [1999], 455 [457]; Schwarz, NJW 1994, 891 [893]).“* (BAG aaO)

Es ist daher grundsätzlich möglich, jemanden auch allein kraft der Verkehrsanschauung als Empfangsboten anzusehen. Bei Einschaltung eines Empfangsboten ist die Bestimmung des Begriffs des Machtbereichs jedoch nicht eindeutig. Unter **Machtbereich** wird regelmäßig der gewöhnliche **räumlich-gegenständliche Zugriffsbereich oder Lebensbereich** des Empfängers verstanden wird.

„Denn die Eigenschaft, Empfangsbote sein zu können, hängt nicht nur von einer auf eine gewisse Dauer angelegten räumlichen Beziehung zum Adressaten ab, sondern darüber hinaus auch von einer persönlichen oder vertraglichen Beziehung zum Adressaten (Herbert/Herbert, NZA 1994, 391 [392]; Jousen, Jura 2003, 577 [578]). Ob diese Beziehungen eng genug sind, damit eine Person nach der Verkehrsanschauung als Empfangsbote gilt, mag im Einzelfall zweifelhaft sein, zumal die Verkehrsanschauung einem ständigen Wandel unterliegt.“ (BAG aaO)

b) Ehegatte als Empfangsbote kraft Verkehrsanschauung

Es kommt demnach für die Bestimmung des Zugangszeitpunkts der Kündigung bei der Kl. darauf an, ob Ehegatten nach der Verkehrsauffassung als Empfangsboten gelten.

*„[In] einer gemeinsamen Wohnung lebende **Ehegatten** [werden] füreinander **grundsätzlich als Empfangsboten** angesehen (BGH, NJW 1994, 2613; Jousen, Jura 2003, 577 [578]; Sandmann, AcP 199 [1999], 455 [457]; Einsele, in: MüKo-BGB, § 130 Rn 25; Herbert/Herbert, NZA 1994, 391 [392]). Diese Verkehrsanschauung beruht auf der **Lebenserfahrung**, dass in aller Regel ohne Weiteres davon auszugehen ist, dass die für einen Ehepartner bestimmte Erklärung durch Aushändigung an den anderen so in dessen **Macht- und Zugriffsbereich** gelangt, dass er von der Erklärung **Kenntnis nehmen kann** (BGH, NJW 1994, 2613).“* (BAG aaO)

Der Ehemann der Kl. ist daher nach der Verkehrsauffassung als Empfangsbote anzusehen.

c) Maßstab für Zugang bei Einschaltung eines Empfangsboten

„Eine Willenserklärung ist grundsätzlich **auch** dann **in den Machtbereich** des Adressaten gelangt, wenn sie einem **Empfangsboten außerhalb der Wohnung** übermittelt wird. Für die auf der Lebenserfahrung beruhende Verkehrsauffassung, wonach in aller Regel davon ausgegangen werden kann, dass ein Ehegatte eine für den anderen Ehegatten bestimmte mündliche **Erklärung diesem alsbald übermittelt** oder ein für den anderen Ehegatten angenommenes Schriftstück diesem **alsbald aushändigt**, ist nicht erforderlich, dass sich der Empfangsbote bei der Entgegennahme der Willenserklärung in der Wohnung der Ehegatten aufhält (vgl. für nicht in derselben Wohnung lebende Empfangsboten BAG, NJW 1993, 1093 = NZA 1993, 259 = AP BGB § 130 Nr. 18 = EZA BGB § 130 Nr. 24; OLG Köln, MDR 2006, 866 = BeckRS 2006, 2317). **An welchem Ort** eine Willenserklärung gegenüber einem Empfangsboten abgegeben wird, kann allerdings für den **Zeitpunkt des Zugangs** der Willenserklärung beim Adressaten von Bedeutung sein.“ (BAG aaO)

Für den Zeitpunkt des Zugangs beim Adressaten ist nach allgemeinen Grundsätzen der Zeitpunkt der **Möglichkeit der Kenntnisnahme** von der Erklärung maßgebend. Fraglich ist jedoch, ab welchem Zeitpunkt von dieser Kenntnisnahmemöglichkeit ausgegangen werden kann.

„Ob eine Willenserklärung dem Adressaten bereits mit der Übermittlung an den Empfangsboten zugeht oder erst dann, wenn mit der Weitergabe der Erklärung durch den Empfangsboten an den Adressaten zu rechnen ist, ist zwar umstritten (vgl. zum Meinungsstreit Jousen, Jura 2003, 577 [5479f]; Herbert/Herbert, NZA 1994, 391 [392]). Den Vorzug verdient jedoch die letztgenannte Ansicht (so auch BGH, NJW 1994, 2613). Wird eine Erklärung gegenüber einem Empfangsboten abgegeben, kommt es anders als bei einer Empfangsvollmacht **allein auf die Person des Adressaten** an. Erst wenn dieser unter Zugrundelegung gewöhnlicher Übermittlungsverhältnisse die **(theoretische) Möglichkeit der Kenntnisnahme** hat, ist die an seinen Empfangsboten abgegebene Erklärung zugegangen. Denn der Empfangsbote hat lediglich die Funktion einer **personifizierten Empfangseinrichtung** des Adressaten (BGH, NJW 1994, 2613). Als dessen Übermittlungswerkzeug soll er die Willenserklärung **entgegennehmen** und an ihn **weiterleiten**, also noch eine Tätigkeit entfalten, um dem Adressaten die Möglichkeit der Kenntnisnahme zu verschaffen. Vom Adressaten, auf den es für den Zugang allein ankommt, kann daher **erst nach Ablauf der Zeit**, die der Empfangsbote für die **Übermittlungstätigkeit** unter den obwaltenden Umständen **normalerweise benötigt**, erwartet werden, dass er von der **Erklärung Kenntnis** nehmen kann. Nur diese Auffassung wird der gängigen Zugangsdefinition gerecht, derzufolge vom Zugang auszugehen ist, wenn die Willenserklärung so in den Bereich des Erklärungsempfängers gelangt ist, dass er Kenntnis nehmen kann oder unter normalen Umständen mit einer Kenntnisnahme zu rechnen ist (Herbert/Herbert, NZA 1994, 391 [392]; Jousen, Jura 2003, 577; Schwarz, NJW 1994, 891).“ (BAG aaO)

d) Bestimmung des Zeitpunkts des Zugangs bei der Kl.

Im vorliegenden Fall ist zu berücksichtigen, dass das Kündigungsschreiben dem Ehemann der Kl. jedoch nicht in der Ehwohnung, sondern an dessen Arbeitsplatz übergeben wurde. Fraglich ist, wann in einem solchen Fall davon auszugehen, dass das Schreiben in den Macht- und Zugriffsbereich der Kl. gelangt ist.

„Unter normalen Umständen war mit einer Aushändigung des Kündigungsschreibens der Bekl. vom 31.01.2008 an die Kl. noch an diesem Tag zu rechnen. Das LAG hat zwar keine Feststellungen dazu getroffen, **wie lange** der Ehemann der Kl. am 31.01.2008 im Bau- und Heimwerkermarkt **gearbeitet** hat und **zu welchem Zeitpunkt** am 31.01.2008 **unter gewöhnlichen Umständen** mit seiner **Rückkehr** in die Ehwohnung und damit mit der Weiterleitung des Kündigungsschreibens an die Kl. zu rechnen war. Allerdings hat das LAG nicht nur angenommen, dass der Kl. das Kündigungsschreiben am 31.01.2008 zugegangen ist, sondern auch, dass bei einer Übergabe eines Schreibens an einen Empfangsboten für den Zeitpunkt des Zugangs noch derjenige **Zeitraum hinzuzurechnen** ist, den der **Empfangsbote benötigt**, um das **Schreiben bei regelmäßigem Verlauf** der Dinge dem Adressaten **auszuhändigen**. Das LAG ist damit davon ausgegangen, dass der Kl. das Kündigungsschreiben unter gewöhnlichen Umständen noch am 31.01.2008 von ihrem Ehemann hätte übergeben werden können. Es hat ferner ausgeführt, dass die Bekl. mit einer Aushändigung des Kündigungsschreibens an die Kl. noch am 31.01.2008 nach der Rückkehr ihres Ehemanns in die Wohnung rechnen konnte. Diese Feststellungen hat die Kl. nicht mit Rügen angegriffen.“ (BAG aaO)

e) Ablehnung der Weiterleitung durch dem Empfangsboten

Der Ehemann der Kl. könnte es jedoch abgelehnt haben, das Kündigungsschreiben an die Kl. weiterzuleiten.

aa) Relevanz einer Weigerung

Eine entsprechende Weigerung des Ehemanns müsste aber überhaupt Relevanz haben können.

*„Nach der Rechtsprechung des BAG (NJW 1993, 1093 = NZA 1993, 259 = AP BGB § 130 Nr. 18 = EzA BGB § 130 Nr. 24) muss ein Arbeitnehmer die Kündigung grundsätzlich **nicht als zugegangen** gegen sich gelten lassen, wenn ein als Empfangsbote anzusehender **Familienangehöriger** des abwesenden Arbeitnehmers die **Annahme eines Kündigungsschreibens des Arbeitgebers ablehnt**. Dies gilt allerdings dann nicht, wenn der Arbeitnehmer auf die Annahmeverweigerung, etwa durch vorherige Absprache mit dem Angehörigen, Einfluss genommen hat.*

*Ob an dieser Rechtsprechung, die auf Zustimmung (Sandmann, AcP 199 [1999], 455 [474f.]), aber auch auf Kritik (Herbert/Herbert, NZA 1994, 391 [393ff.]; Schwarz, NJW 1994, 891) gestoßen ist, festzuhalten ist, bedarf keiner Entscheidung. Zu Gunsten der Kl. kann davon ausgegangen werden, dass ihr das Kündigungsschreiben der Bekl. vom 31.01.2008 **nicht an diesem Tag zugegangen** wäre, wenn es ihr **Ehemann abgelehnt** hätte, das Kündigungsschreiben an sie weiterzuleiten.“ (BAG aaO)*

bb) Vorliegen einer Weigerung

Die Bemerkungen des Ehemannes gegenüber G bei Übergabe des Schreibens könnten als solche Weigerung verstanden werden.

(1) Auslegungsmaßstab

*„Der Inhalt von Willenserklärungen ist nach § 133 BGB objektiv **unter Berücksichtigung der Umstände des Einzelfalls** nach der Sicht des Empfängers zu bestimmen. Das Gericht muss die von den Parteien für und gegen die Auslegung geltend gemachten Umstände abwägen. Im Urteil ist nachvollziehbar darzulegen, aus welchen Gründen das Gericht zu seinem Ergebnis gelangt ist. Der in der auszulegenden Erklärung bzw. in dem auszulegenden Verhalten verkörperte rechtlich maßgebliche Wille ist zu ermitteln. Kann eine solche Feststellung nicht getroffen werden, so sind die jeweiligen Erklärungen bzw. das Verhalten einer Partei jeweils aus der Sicht des Erklärungsempfängers bzw. der anderen Partei so auszulegen, wie sie nach **Treu und Glauben unter Berücksichtigung der Verkehrssitte** verstanden werden durften (vgl. Senat, NZA 2011, 368 Os. = NJOZ 2011, 275 = ZTR 2010, 646).“ (BAG aaO)*

(2) Anwendung auf den Fall

Der Ehemann der Kl. hat es gegenüber dem Mitarbeiter der Bekl. G nicht ausdrücklich abgelehnt, das Kündigungsschreiben der Bekl. vom 31.01.2008 an die Kl. weiterzuleiten.

„Wenn das LAG die Erklärung des Ehemanns der Kl., die Angelegenheit müsse zwischen der Bekl. und seiner Ehefrau geregelt werden, nicht als Ablehnung gewertet hat, das Kündigungsschreiben mit nach Hause zu nehmen und es der Kl. zu übergeben, ist dies revisionsrechtlich nicht zu beanstanden.

Nach den von der Kl. nicht angegriffenen Feststellungen des LAG hat ihr Ehemann den Mitarbeiter der Bekl. G weder aufgefordert, das Kündigungsschreiben wieder mitzunehmen, noch erklärt, dass er dieses Schreiben an die Kl. nicht weiterleiten werde. Ohne eine solche Erklärung des Ehemanns der Kl. durfte die Bekl. von einer Weiterleitung des Kündigungsschreibens an die Kl. noch am 31.01.2008 ausgehen.“ (BAG aaO)

Ergebnis: Entgegen der Ansicht der Kl. ist ihr das Kündigungsschreiben der Bekl. vom 31.01.2008 noch am selben Tag zugegangen und nicht erst mit der Übergabe des Schreibens durch ihren Ehemann am 01.02.2008.

StGB

Betrug / Untreue

StGB

§§ 263, 266 Schadenskompensation durch Befreiung von einer Verbindlichkeit

(BGH in NSTZ-RR 2011, 312; Beschluss vom 05.07.2011 – 3 StR 444/10)

1. **Grds. ist es möglich, dass ein Gläubiger sich im Rahmen eines Rechtsgeschäfts, auf Grund dessen ihm kein Anspruch zusteht, einen Vermögensvorteil verschafft, um sich damit für einen aus einem anderen Rechtsgeschäft bestehenden Anspruch zu befriedigen.**
2. Durch die Tat muss aber zur **Schadenskompensation unmittelbar eine Befreiung von dem bestehenden Anspruch** eintreten. Hierfür ist es erforderlich, dass der Handelnde das durch rechtswidrige Mittel Erlangte zu seinem bestehenden Anspruch in Beziehung gebracht hat, um auszuschließen, dass der Schuldner sowohl auf den bestehenden als auch auf den fingierten Anspruch leistet.
3. Dies gilt **selbst dann, wenn** der dem Gläubiger aus dem anderen Rechtsgeschäft entstandene **Anspruch schwer zu beweisen und/oder noch nicht fällig ist.**

Fall: Der Angekl. D war als Geschäftsführer der P Baugesellschaft mbH, die mit einem weiteren Unternehmen als ‚Arbeitsgemeinschaft T‘ (im Folgenden: T) zusammen arbeitete, an dem verfahrensgegenständlichen Geschehen beteiligt. Im Dezember 1996 vergab die Planungsgesellschaft Bahnbau Deutsche Einheit (PBDE) der Deutschen Bahn AG im Rahmen des Projekts ‚Bahnstrecke Hannover/Berlin‘ für eine Teilstrecke einen Bauauftrag mit Schwerpunkt Erdarbeiten an die T. Bereits Anfang 1997 kam es zwischen Auftraggeber und Auftragnehmer zu einer Auseinandersetzung darüber, in welchem Umfang der Hauptvertrag die Erstellung von Baustraßen außerhalb der Bahntrasse abdeckte. Der Mitangekl. R erstellte für die T vor Durchführung der Arbeiten ein Nachtragsangebot mit Leistungsverzeichnis. Der Auftraggeber lehnte eine Vergütung für die bis Juli 1997 auf Anordnung fertig gestellten Baustraßen mehrfach, zuletzt mit Schreiben vom 03.02.1998, eindeutig ab, da diese Leistung von der Vergütung gemäß Hauptvertrag abgedeckt sei. Zu Gunsten der Angekl. ist davon auszugehen, dass die Rechtsauffassung des Auftraggebers unzutreffend sei und ein Anspruch der T dem Grunde nach besteht.

Der Angekl. D ‚überzeugte‘ die für die PBDE tätigen Mitangekl. S und O im Februar oder März 1998 von der Berechtigung der Ansprüche der T. Der Mitangekl. S war als ‚Realisierungsmanager‘ für die PBDE tätig, der Mitangekl. O war Leiter der Bauüberwachungszentrale (BÜZ) der PBDE. Beide Mitangekl. waren an der i.E. ablehnenden Prüfung der Nachtragsforderungen der T beteiligt. Sie verfielen dann auf den Plan, der aus ihrer Sicht berechtigten Forderung durch Fingierung eines Alternativsachverhalts (Grundsanie rung der Baustraßen im Spätherbst 1997, die nicht stattgefunden hatte) zur Durchsetzung zu verhelfen. Die Angekl. gingen davon aus, dass im Falle eines erfolgreichen Austauschs der ‚wahren‘ durch die fiktive Anspruchsgrundlage der Punkt ‚Vergütung der Leistungen im Zusammenhang mit den Baustraßen‘ erledigt sei. Die T sollte nach dem Plan einen Betrag von von 4,2 Millionen DM (netto) erhalten. Bei dieser ‚vergleichsweise‘ bestimmten Summe spielte eine Rolle, dass eine Prüfung der Massen- und Einheitspreise nicht durchgeführt werden sollte, da sonst der fiktive Charakter des Sachverhalts ‚Grundsanie rung‘ aufgefallen wäre. Eine ‚Überzahlung‘ der T nahmen die Angekl. in Kauf.

Entsprechend den Vorgaben des Mitangekl. O wurde dann von der BÜZ eine befürwortende Stellungnahme erarbeitet. Diese stellte den neuen Sachverhalt ‚Grundsanie rung‘ allerdings nicht isoliert, sondern in unauflösbarem Zusammenhang mit dem Nachtragsangebot als ‚Mehraufwand Baustraßenbau‘ dar und benutzte dessen Leistungsverzeichnis – unter Vornahme von Abschlägen – als Berechnungsgrundlage. Daraufhin wurde während der Nachtragsverhandlung die Vertragsänderung unter teilweiser Heraufsetzung einzelner Positionen empfohlen. Die Vergabekommission der PBDE genehmigte die Vertragsänderung ‚entsprechend dem Nachtragsangebot der T‘. Der ‚Auftrag‘ wurde von der T bestätigt, am 02.09. wurde auf eine Abschlagsrechnung der T gezahlt, im Januar 2000 auf die Schlussrechnung der T die endgültige Abrechnung vorgenommen.

Zu prüfen ist, ob die Angekl. sich wegen **gemeinschaftlichen Betruges in Tateinheit mit Beihilfe zur Untreue** (§ 30 I Nr. 1, II Nr. 1 OWiG i.V. mit §§ 263 I, 266 I 2. Fall, 25 II, 27, 52 StGB) strafbar gemacht haben. Dies setzt das **Vorliegen eines Vermögensschadens** voraus.

- I. Nach **st. Rspr.** ist unter **Nachteil bzw. Vermögensschaden jede durch die Tathandlung verursachte Vermögenseinbuße** zu verstehen, die Vermögensminderung ist nach dem **Prinzip der Gesamtsaldierung** auf Grund eines Vergleichs des Vermögensstandes vor und nach der Tat unter lebensnaher wirtschaftlicher Betrachtungsweise festzustellen (Fischer, StGB, 58. Aufl. § 266 Rn 115 sowie § 263 Rn 110ff. m. w. Nachw.).
 1. Ein **Nachteil** liegt deshalb nicht vor, wenn zugleich ein den Verlust aufwiegender Vermögenszuwachs begründet wird (vgl. BGHSt 15, 342 = NJW 1961, 685; BGH NJW 1975, 1234; BGHR StGB § 266 I Nachteil 14, 55; BGH StraFo 2010, 301).
 2. Ein solcher **Vermögenszuwachs** tritt bspw. ein, soweit das **Vermögen von einer Verbindlichkeit in Höhe des Verlusts befreit** wird. Dies gilt selbst dann, wenn die Verbindlichkeit schwer zu beweisen wäre (BGHR StGB § 266 I Nachteil 46).

Es ist daher grds. möglich, dass ein Gläubiger sich im Rahmen eines Rechtsgeschäfts, auf Grund dessen ihm kein Anspruch zusteht, einen Vermögensvorteil verschafft, um sich damit für einen aus einem anderen Rechtsgeschäft bestehenden Anspruch zu befriedigen (BGH wistra 1982, 68f.; BGHR StGB § 266 Nachteil 46).

Es muss aber **durch die Tat unmittelbar eine Befreiung von dem bestehenden Anspruch** eintreten. Hierfür ist es erforderlich, dass der Handelnde das durch rechtswidrige Mittel, etwa Täuschung, Erlangte zu seinem bestehenden Anspruch in Beziehung gebracht hat, um auszuschließen, dass der Schuldner sowohl auf den bestehenden als auch auf den fingierten Anspruch leistet (vgl. BGH wistra 1982, 68f.; BGH NSTz-RR 1997, 298).

- II. Vorliegend ist daher zu prüfen, ob eine **Schadenskompensation** im Hinblick auf die als ‚dem Grunde nach‘ berechtigt angesehene Forderung der T wegen der Herstellung der Baustraßen anzunehmen ist.

„Der Anspruch [war] entstanden: Gem. § 1 Nr. 3 der hier anwendbaren VOB/B war die T auf Verlangen des Auftraggebers verpflichtet, auch Mehrleistungen gegenüber dem Hauptvertrag auszuführen, wofür ihr nach § 2 Nr. 5 VOB/B eine Vergütung zustand. Die PBDE hatte die Ausführung der Baustraßen außerhalb der Trasse ausdrücklich verlangt. Mit der Ausführung der angeordneten Leistung war der Vergütungsanspruch der T entstanden, die Vorlage einer prüffähigen Rechnung gem. § 14 Nr. 1 VOB/B war nur Voraussetzung der Fälligkeit des Anspruchs, nicht aber seiner Entstehung (vgl. Kapellmann/Messerschmidt, VOB, 3. Aufl. § 2 VOB/B § 2 Rn 177, § 14 Rn 2; Kuß, VOB, 2. Aufl., § 14 VOB/B Rn 7). Entsprechendes gilt, wenn die Straßenerstellung als zusätzliche Leistung i.S. von §§ 1 IV, 2 VI VOB/B anzusehen wäre.

Dass zum anderen nach dem Tatplan eine prüffähige Rechnung für den ‚wahren‘ Anspruch nicht mehr gestellt, dieser Anspruch somit nicht mehr fällig und geltend gemacht werden sollte, schließt die Kompensationsfähigkeit nicht aus, sondern schafft hierfür gerade die Voraussetzung, nämlich das Sich-Begeben der Forderung seitens des von der Tat Begünstigten. Hätte die T auf die Geltendmachung des Anspruchs nicht verzichtet, hätte sie zur Tatzeit eine prüffähige Rechnung noch erstellen können.“ (BGH aaO)

- III. **Der grundsätzlichen Kompensationsgeeignetheit des Vergütungsanspruchs** für die Herstellung der Baustraßen **steht auch dessen mangelnde Fälligkeit nicht entgegen.**

*„Zwar scheint sich im Hinblick auf den Schuldspruch aus der Entscheidung **BGHR StGB § 266 I Nachteil 51** anderes zu ergeben. In jenem Fall, in dem der Angekl. in Höhe seiner noch nicht fälligen Honoraransprüche als Liquidator unter Missbrauch seiner Vertretungsbefugnis Entnahmen getätigt und das LG zwar nicht das Honorar, aber den Nutzungsausfall in voller Höhe als Schaden gewertet hatte, hat der BGH nur den Strafausspruch aufgehoben. Den Schuldspruch hat er nicht beanstandet, da die Entnahme mangels Fälligkeit der Honorarforderungen **nicht der materiellen Rechtsordnung entsprochen** habe. In der Entscheidung des BGH wurde allerdings ausdrücklich offen gelassen, ob anderes zu gelten hat, wenn die Forderung des Täters die Höhe der abgeflossenen liquiden Geldmittel beträchtlich übersteigt, was im vorliegenden Fall (wie noch zu erörtern) nicht auszuschließen ist. Darüber hinaus ist fraglich, ob an der seinerzeitigen Gewichtung der Fälligkeit nach der – mit Gesetzeskraft versehenen – Entscheidung des BVerfGE 126, 170 = NJW 2010, 3209 = NSTz 2010, 626 noch festzuhalten ist. Die bereits früher in der Lit. vertretene Auffassung, dass die fehlende Fälligkeit einer vorzeitig erfüllten Verbindlichkeit nicht schon für sich allein zu einem Vermögensnachteil führe (vgl. Fischer, StGB, 56. Aufl., § 266 Rn 59), bekommt vor dem Hintergrund der **vom BVerfG geforderten Nachteilsermittlung anhand wirtschaftlicher Kriterien** zusätzliches Gewicht. Angesichts der in den letzten Jahrzehnten festzustellenden Gegebenheiten des Wirtschaftslebens (Handel mit Optionen, ‚Futures‘ etc.) erscheint die Auffassung, noch nicht fällige Forderungen hätten keinen wirtschaftlichen Wert, als nicht (mehr) vertretbar. Eine **geminderte Werthaltigkeit gegenüber dem Nominalbetrag kann nicht pauschal angenommen werden**, sondern muss entsprechend den Umständen des Einzelfalls festgestellt werden. Bedarf es nur noch ‚eines Federstriches‘ um die Fälligkeit herbeizuführen, dürfte der Nominalwert kaum unterschritten sein; anders ist es, wenn hierfür noch besonderer Aufwand zu betreiben ist.*

Vorliegend wäre zu berücksichtigen, dass das Nachtragsangebot sich lediglich als vorläufige Schätzung vor Durchführung der Baumaßnahme darstellte. In welchem Umfang der T prüffähige Unterlagen zur Fertigung einer Schlussrechnung zur Verfügung gestanden haben, hat die Kammer nicht festgestellt. Immerhin waren die Baustraßen zur Zeit der Tatvollendung (Vertragsschluss im August 1998; Zahlung im September 1998) noch nicht zurückgebaut (Rückbautermin: Oktober 1998). Allerdings führt der Umstand, dass die Forderung bestritten war, gemeinsame Feststellungen (§ 14 Nr. 2 VOB/B) nicht erstellt waren und die T die Beweislast für den Nachweis der Höhe ihrer Forderung zu tragen hatte (vgl. Kapellmann, § 2 VOB/B Rn 228 mwN) zu einer gewissen Minderung des wirtschaftlichen Werts ihrer Forderung, den näher zu bestimmen auf Grund der lückenhaften Urteilsgründe nicht möglich ist.“ (BGH aaO)

- IV. **Ergebnis:** Vorliegend ist daher eine Schadenskompensation im Hinblick auf die als ‚dem Grunde nach‘ berechtigt angesehene Forderung der T wegen der Herstellung der Baustraßen anzunehmen, sodass das Vorliegen eines Vermögensschadens i.S.d. §§ 263, 266 StGB zu verneinen ist.

Untreue
Vermögensbetreuungspflicht eines Rechtspflegers
 (BGH in NJW 2011, 2819; Urteil vom 28.07.2011 – 4 StR 156/11)

Dem mit einem Zwangsverwaltungsverfahren befassten Rechtspfleger obliegt eine Vermögensbetreuungspflicht gegenüber Gläubigern und Schuldner.

Fall: Der Angekl. N ist Rechtsanwalt und seit dem Jahr 2002 im Bereich der Zwangsverwaltung tätig. Der Angekl. S war von 1996 bis Ende 2007 als Rechtspfleger beim AG beschäftigt; dort bearbeitete er vor allem Zwangsverwaltungs- und Zwangsversteigerungsverfahren.

Am 04.12.2002 beantragte eine Gläubigerin des T beim AG u. a. die Zwangsverwaltung über dessen Grundstück in L. Mit Beschluss vom 14.01.2003 ordnete der Angekl. S, in dessen Zuständigkeit die Bearbeitung dieses Antrags fiel, die Zwangsverwaltung an und bestellte den Angekl. N zum Zwangsverwalter, obwohl ihm in diesem Anwesen bereits zuvor vom Eigentümer unentgeltlich eine Dachgeschosswohnung zur Nutzung überlassen worden war, die er auch in der Folgezeit – bis mindestens Ende 2007 – nutzte, ohne hierfür Miete bzw. eine sonstige Nutzungsentschädigung und Betriebskosten an den Zwangsverwalter zu bezahlen. Der Angekl. N nahm das Grundstück am 21.01.2003 in Besitz und übte seine Verwaltertätigkeit aus. Dabei war ihm bekannt, dass der Angekl. S, der in dem Haus „nach dem Rechten sah“, die Dachgeschosswohnung unentgeltlich nutzte. Dies gestattete er im Einvernehmen mit dem Angekl. S auch weiterhin, obwohl beide Angekl. wussten, dass der Angekl. S auch unter Berücksichtigung seiner Dienste Miete bzw. eine Nutzungsentschädigung zu entrichten und die Betriebskosten zu zahlen gehabt hätte. Der Angekl. S hielt den Angekl. N zu keinem Zeitpunkt dazu an, ihn als Nutzer der Immobilie zu erfassen und bei ihm Miete bzw. eine Nutzungsentschädigung und die Betriebskosten einzufordern. Der Angekl. N sah von der Geltendmachung dieser Ansprüche ab, „weil er sich hierfür ein Gewogensein des Angekl. S im Rahmen dessen dienstlicher Tätigkeit versprach. Davon ging auch der Angekl. S aus.“ Eine Umsetzung dieser „stillschweigenden Übereinkunft“ über die kostenlose Überlassung der Wohnung hinaus konnte allerdings nicht festgestellt werden. Zwischen Februar 2003 und November 2007 entgingen dem Zwangsverwalter bzw. der Gläubigerin des T bzw. diesem selbst infolge der kostenlosen Nutzung der Wohnung durch den Angekl. S insgesamt 8.408,84 € (108,50 €/Monat Kaltmiete und 36,48 €/Monat Betriebskosten).

I. Die Angekl. N und S könnten sich wegen **Betruges nach § 266 I StGB** strafbar gemacht haben.

1. Eine **Vermögensbetreuungspflicht i. S. des § 266 I StGB** ist gegeben, wenn der **Täter in einer Beziehung zum (potenziell) Geschädigten steht**, die eine **besondere**, über die für jedermann geltenden **Pflicht zur Wahrung der Rechtssphäre anderer** hinausgehende **Verantwortung für dessen materielle Güter** mit sich bringt. Den Täter muss eine **inhaltlich besonders herausgehobene Pflicht zur Wahrnehmung fremder Vermögensinteressen** treffen.

Hierbei ist in erster Linie von Bedeutung, ob die **fremdnützige Vermögensfürsorge** den **Hauptgegenstand der Rechtsbeziehung** bildet und ob dem Verpflichteten bei deren Wahrnehmung ein gewisser Spielraum, eine gewisse Bewegungsfreiheit oder Selbstständigkeit, mit anderen Worten die **Möglichkeit zur verantwortlichen Entscheidung innerhalb eines gewissen Ermessensspielraums** verbleibt (zum Ganzen BGHSt 55, 288 = NJW 2011, 88 = NSTZ 2011, 37 m. w. Nachw.).

2. Eine solche **Vermögensbetreuungspflicht** – wie auch seine Garantienstellung gegenüber der Gläubigerin des T und diesem selbst – bestand für den Angekl. N **auf Grund der Regelungen der §§ 152, 154 ZVG** i. V. mit dem Beschluss über seine Bestellung zum Zwangsverwalter.

Bereits das **RG** (RGSt 38, 190) hat den **Zwangsverwalter** zu den „**kraft öffentlich-rechtlicher Verpflichtung zu besonderer Treue verbundenen Personen**“ gerechnet und ihm eine Vermögensbetreuungspflicht auferlegt.

„Hieran hat sich nichts geändert: Denn aus §§ 152, 154 ZVG ergibt sich, dass der Zwangsverwalter eines Grundstücks fremdes Vermögen im Interesse aller Beteiligten, also insbes. der Gläubiger und Schuldner (§ 9 ZVG), treuhänderisch verwaltet (vgl. Böttcher/Keller, ZVG, 5. Aufl., § 152 Rn 5; zum Konkurs- und Insolvenzverwalter BGH NSTZ 1998, 246; zu diesen auch Satzger/Schmitt/Widmaier, StGB, § 266 Rn 13, 33, Borchardt, Hamburger Komm. z. InsolvenzR, 2. Aufl., § 266 StGB Rn 1, 9 ff., jew. m. w. Nachw.). Diesen gegenüber ist er – selbstständig und nach pflichtgemäßem Ermessen handelnd (§ 1 I 1 ZwangsverwalterVO – im Folgenden: ZwVwV, bzw. § 1 I 1 der VO über die Geschäftsführung u. die Vergütung d. Zwangsverwal-

ters – im Folgenden: ZVwVergV) – für die Erfüllung der ihm obliegenden Verpflichtungen verantwortlich (§ 154 S. 1 ZVG). Zu diesen Pflichten gehört es auch und insbes., das Grundstück „ordnungsgemäß zu benutzen“ (§ 152 I ZVG). Kommt er dieser Verpflichtung nicht nach, unterlässt er es also, alle möglichen Nutzungen zu ziehen (Böttcher/Keller, § 152 Rn 19), also bspw. das Grundstück durch Vermietung nutzbar zu machen (Böttcher/Keller, § 152 Rn 20, 32; zur Umwandlung von unentgeltlichen Überlassungsverträgen in ein Miet- oder Pachtverhältnis: Drasdo NJW 2011, 1782 m. w. Nachw.) und den Mietzins einzuziehen oder zu niedrige Mieten anzuheben (KG MDR 1978, 586; Kindl/Meller-Hannich/Wolf, Zwangsvollstreckung, § 152 Rn 3), so haftet er für den hierdurch den Gläubigern bzw. dem Schuldner entstandenen Schaden nach § 154 ZVG (vgl. KG MDR 1978, 586; ferner Böttcher/Keller, § 154 Rn 3b).

Auf dieser Grundlage hat der Angekl. N durch das Unterlassen des Forderns und Einziehens des Mietzinses bzw. einer Nutzungsentschädigung und der Betriebskosten beim Angekl. Sch seine Pflichten als Zwangsverwalter verletzt, hierdurch seine Vermögensbetreuungspflicht missachtet und die Gläubigerin des T bzw. diesen selbst geschädigt (vgl. ferner OLG Bremen NStZ 1989, 228; Satzger/Schmitt/Widmaier, § 266 Rn 33 m. w. Nachw.).“ (BGH aaO)

3. Auch dem Angekl. S oblag eine **Vermögensbetreuungspflicht i. S. des § 266 I StGB** gegenüber der Gläubigerin des T bzw. diesem selbst.

- a) Nach **§ 153 ZVG** hat der Rechtspfleger (§ 3 Nr. 1 i RPfIG) des VollstrG unter anderem die **Geschäftsführung des Verwalters zu beaufsichtigen**. Ihm kommt diesem gegenüber eine „**verfahrensbeherrschende Stellung**“ zu (Böttcher/Keller, § 153 Rn 1).

„Zwar handelt der Verwalter grds. selbstständig und eigenverantwortlich, jedoch ist das **VollstrG berechtigt und verpflichtet, den Verwalter zu leiten und im Rahmen seiner Aufsichtstätigkeit festgestellte Pflichtwidrigkeiten abzustellen** (vgl. Böttcher/Keller, § 153 Rn 5). Diese Pflichten berühren nicht nur allgemeine Interessen der Gläubiger und Schuldner; sie betreffen vielmehr auch deren Vermögensinteressen. Denn die **Aufsichtspflicht des Rechtspflegers** bezieht sich insbesondere auf die **treuhänderische Tätigkeit des Zwangsverwalters** und die diesem obliegende **Pflicht zur Wahrnehmung der Vermögensinteressen der Gläubiger und des Schuldners**. Hierzu kann und muss der Rechtspfleger dem Zwangsverwalter ggf. auch (Einzel-)Anweisungen erteilen, die etwa Mietverträge betreffen können (§§ 6, 10 I Nr. 2 ZwVwV bzw. § 6 ZVwVergV). Solchen Anweisungen muss der Zwangsverwalter folgen, er ist an sie gebunden (§ 1 I 2 ZwVwV bzw. § 1 I 2 ZVwVergV).“ (BGH aaO)

- b) Angesichts dieser Stellung und Aufgaben des Rechtspflegers in Zwangsverwaltungsverfahren oblag dem Angekl. S gegenüber der Gläubigerin des T bzw. diesem selbst eine Vermögensbetreuungspflicht i. S. des § 266 StGB.

vgl. zum Rechtspfleger in Nachlasssachen ebenso BGHSt 35, 224 = NJW 1988, 2809 = JZ 1988, 881; zum Gerichtsvollzieher RGSt 61, 228; BGH NJW 2011, 2149 = NStZ 2011, 281

„Dem **steht nicht entgegen, dass der Angekl. S** – weil selbst betroffen (vgl. § 10 RPfIG i. V. mit § 41 Nr. 1 ZPO) – **in dem Zwangsverwaltungsverfahren gar nicht hätte tätig werden dürfen**; denn das **Verbot, in eigener Sache tätig zu werden, schließt ein gleichwohl bestehendes Treueverhältnis nicht aus** (so bereits RGSt 72, 347).“ (BGH aaO)

- c) **Gegen die ihm obliegende Vermögensbetreuungspflicht** könnte der Angekl. S dadurch **verstoßen** haben, dass er den **Zwangsverwalter nicht dazu anhielt**, bei ihm selbst **Miete bzw. Nutzungsentschädigung und Betriebskosten einzufordern**.

„Zwar genügt die bloße Verletzung einer nicht zumindest auch den fremden Vermögensinteressen dienenden Dienstpflicht nicht für eine Verurteilung wegen Untreue (vgl. RGSt 61, 228 zum Gerichtsvollzieher; Satzger/Schmitt/Widmaier, § 266 Rn 32 m. w. Nachw.; für den Nachlassrechtspfleger auch Otto JZ 1988, 883). Jedoch ist eine **Normverletzung pflichtwidrig i. S. von § 266 StGB, wenn die verletzte Rechtsnorm wie hier – wenigstens auch, und sei es mittelbar – vermögensschützenden Charakter hat** (BGHSt 55, 288 = NJW 2011, 88 = NStZ 2011, 37).“ (BGH aaO)

- d) Die Verletzung der Vermögensbetreuungspflicht durch den Angekl. S hat bei der Gläubigerin des T bzw. diesem selbst auch zu einem **Vermögensnachteil i. S. des § 266 I StGB** geführt.

„Insofern ist ohne Bedeutung, dass es denkbar ist, dass der Zwangsverwalter Anweisungen des Rechtspflegers entgegen seiner Pflicht nicht folgt. Bei einer – wie vorliegend – rechtmäßigen und in der Sache gebotenen Anweisung steht eine solche ohne jeglichen Anhaltspunkt in den Raum gestellte, lediglich denkbare Annahme der Bejahung des erforderlichen Zusammenhangs zwischen dem pflichtwidrigen Tun und dem Erfolg nicht entgegen (vgl. BGH NJW 2010, 1087 = NStZ 2011, 31).“ (BGH aaO)

- e) Auch soweit für eine Verurteilung wegen Untreue gefordert wird (dies in Frage stellend BGH NJW 2011, 1747 = NStZ 2011, 403; dagegen bspw. Satzger/Schmitt/Widmaier, § 266 Rn 83, 84), dass der **Vermögensnachteil unmittelbar durch die Pflichtverletzung ausgelöst** worden sein muss, fehlt es hieran nicht.

„Denn ein über den Zurechnungszusammenhang hinausgehendes **Unmittelbarkeitserfordernis zwischen Pflichtwidrigkeit und Nachteil** steht weder in Fällen der mittelbaren Täterschaft noch in dem Fall der Mittäterschaft in Frage. Auch bei der Alleintäterschaft des Angekl. S liegt in dem Unterlassen der Anweisung an den Zwangsverwalter, die gegen ihn selbst bestehenden Forderungen geltend zu machen, auf Grund der Bindung des Zwangsverwalters an eine solche Anweisung zumindest eine **unmittelbare schadensgleiche Vermögensgefährdung** (vgl. für Schäden, die sich gleichsam von selbst vollstrecken, Satzger/Schmitt/Widmaier, § 266 Rn 75; zur Untreue durch Nicht-Erfüllung von Aufsichtspflichten ders., ebenda Rn 33, jew. m. w. Nachw.).“ (BGH aaO)

II. Daneben haben sich die Angekl. auch wegen **Vorteilsgewährung** bzw. **Vorteilsannahme** nach §§ 331, 333 StGB strafbar gemacht.

1. Die nach §§ 331, 333 StGB erforderliche **Unrechtsvereinbarung** liegt vor, denn nach der Neufassung dieser Tatbestände werden **auch diejenigen Fälle erfasst, in denen durch einen Vorteil nur das generelle Wohlwollen und die Geneigtheit des Amtsträgers erkaufte bzw. „allgemeine Klimapflege“ betrieben wird.** Dabei muss allerdings zwischen dem Vorteil und der Dienstausbübung ein „**Gegenseitigkeitsverhältnis**“ in dem Sinne bestehen, dass der Vorteil nach dem ausdrücklichen oder stillschweigenden Einverständnis der Beteiligten seinen Grund gerade in der Dienstausbübung hat, also Ziel der Vorteilszuwendung ist, auf die künftige Dienstausbübung Einfluss zu nehmen und/oder die vergangene Dienstausbübung zu honorieren (BGHSt 53, 6 = NJW 2008, 3580 = NStZ 2008, 688 m. w. Nachw.).

„Dies ist vorliegend gegeben, weil sich der Angekl. N ein „Gewogensein des Angekl. S (gerade) im Rahmen dessen dienstlicher Tätigkeit versprach“. Im Einvernehmen hiermit sollte der Angekl. S als für das Zwangsverwaltungsverfahren zuständiger Rechtspfleger, mithin als „das Vollstreckungsgericht“ und als Amtsträger, handeln (vgl. auch BGHSt 35, 224 = NJW 1988, 2809 = JZ 1988, 881).“ (BGH aaO)

2. Der gewährte bzw. entgegengenommene Vorteil, nämlich die unentgeltliche Nutzung der Wohnung während der von ihm angeordneten Zwangsverwaltung, stellt auch einen **Vorteil i. S. der §§ 331, 333 StGB** dar.

„Denn hierunter ist **jede Leistung** zu verstehen, **auf die der Amtsträger keinen Anspruch hat und die seine wirtschaftliche, rechtliche oder auch nur persönliche Lage objektiv verbessert** (vgl. BGHSt 53, 6 = NJW 2008, 3580 = NStZ 2008, 688 m. w. Nachw.).“ (BGH aaO)

(VGH Mannheim in NJW 2011, 2748; Urteil vom 17.03.2011 – 1 S 2513/10)

1. Anscheinsstörer ist, wer **ex post betrachtet nicht wirklich eine Gefahr verursacht**, aber ex ante betrachtet bei einem fähigen, besonnenen und sachkundigen Polizeibeamten den **Eindruck der Gefahrverursachung** erweckt.
2. Hierfür genügt es, dass ein **Verhalten objektiv geeignet** ist, bei Dritten den **Eindruck zu erwecken**, es drohe ein Schaden für ein polizeilich geschütztes Rechtsgut (**Irreführungsrisiko**).
3. Ein Anscheinsstörer kann zu den Kosten einer polizeilichen Ingewahrsamnahme herangezogen werden, wenn er bei der gebotenen ex post-Betrachtung den **Anschein der Störereigenschaft**, auf Grund dessen die Polizei ihm gegenüber tätig geworden ist, **in zurechenbarer Art und Weise verursacht** hat.
4. Ist **keine amtsrichterliche Entscheidung** über die Zulässigkeit einer Ingewahrsamnahme getroffen worden, so ist die **Rechtmäßigkeit** des Gewahrsams eine im Rahmen der Überprüfung des Gebührenbescheides **inzident zu prüfende Voraussetzung für die Kostenpflicht** des Betroffenen. Diese Prüfung erstreckt sich nicht nur auf die materiellen Voraussetzungen der Ingewahrsamnahme, sondern auch auf die Einhaltung des in Art. 104 II GG verankerten Richtervorbehalts.

Fall: Am 02.06.2007 fand in X2. eine Regionalligabegegnung zwischen der zweiten Mannschaft des X2. SC und dem SSV X4. statt. Die X4. Fans wurden ab Eintreffen mit der S-Bahn am X5. Tor auf ihrem Fußmarsch zum Stadion durch Einsatzkräfte der Polizei begleitet. Gegen 14.00 Uhr wurde die Fangruppe, die auf der Westseite des A.-Rings entlang des Universitätsgeländes ging, auf Höhe der Fußgängerüberführung R.-W.-A. von zum Teil maskierten und verummten KSC-Fans angegriffen. Dabei wurden eine Rauchbombe gezündet und Flaschen, Steine und Farbeimer gegen die X4. Fans geworfen. Hierbei wurden zwei Polizeibeamte verletzt. Unmittelbar nach der Attacke rannten die Angreifer wieder in das W.-Gebiet Richtung Stadion zurück. Von den nachsetzenden Einsatzkräften wurde eine Gruppe von 40 Personen beim U.-Schwimmbad gestellt und zur Personalienfeststellung festgehalten. Darunter befand sich auch der Kläger. Da die Polizei nach dem Spiel weitere Angriffe auf die X4. Fans befürchtete, wurde den festgehaltenen Personen zur Verhinderung solcher Störungen der Polizeigewahrsam erklärt mit dem Ziel der Entlassung nach Abreise der X4. Fans. Weil die vorhandenen polizeilichen Transportkapazitäten nicht ausreichten, wurde zum Transport ein Bus der Verkehrsbetriebe X2. geordert, mit dem die Betroffenen unter Polizeibegleitung zum Zentralgewahrsam des Polizeipräsidiums X2. in der M.-Straße gefahren wurden. Nach Abreise der X4. Fans gegen 17.30 Uhr wurden die in Gewahrsam Genommenen sukzessive in Fünfergruppen auf freien Fuß gesetzt. Die gegen den Kläger und die anderen festgesetzten Personen eingeleiteten strafrechtlichen Ermittlungsverfahren wegen Landfriedensbruchs wurden nach § 170 II StPO eingestellt, da eine Beteiligung nicht hinreichend sicher nachweisbar war.

Mit Gebührenbescheid vom 23.07.2007 zog das Polizeipräsidium X2. den Kläger zu einer Gebühr in Höhe von 93,-- € heran (Transport mit dem Polizeifahrzeug: 48,-- €; Unterbringung im Polizeigewahrsam: 45,-- €). Auch gegen die übrigen 39 in Gewahrsam genommenen Personen ergingen entsprechende Gebührenbescheide.

Am 30.07.2007 legte der Kläger Widerspruch ein und machte geltend, die Zahlungsaufforderung sei für ihn völlig unverständlich und nicht hinnehmbar. Sie seien grundlos und unschuldig abgeführt worden. Der Transport habe nicht in einem Polizeifahrzeug, sondern in einem für die X4. Fans bereitgestellten Linienbus stattgefunden. Der Einsatz von nur ca. zehn Beamten im Bus habe einen Personalaufwand von 240,-- € verursacht, was durch 41 Businsassen dividiert 6,-- € pro Person ergebe. Schließlich habe es sich um keinen Polizeigewahrsam gehandelt, vielmehr seien sie lediglich in eine Garage verfrachtet worden.

Mit Schreiben vom 29.09.2008 teilte das Polizeipräsidium X2. dem Kläger mit, dass der Gebührenbescheid vom 23.07.2007 auf die Gebühr für die Unterbringung im Polizeigewahrsam, mithin auf 45,-- €, reduziert werde.

Den im Übrigen aufrecht erhaltenen Widerspruch wies das Regierungspräsidium X2. - Landespolizeidirektion - mit Widerspruchsbescheid vom 12.08.2009 als unbegründet zurück. Die Voraussetzungen für die polizeiliche Ingewahrsamnahme durch den Polizeivollzugsdienst hätten vorgelegen. Die Anwendung von körperlicher Gewalt jeglicher Art gegenüber anderen Personen stelle eine erhebliche Störung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung dar. Die eingesetzten Beamten hätten davon ausgehen müssen, dass es während oder nach dem Fußballspiel zu neuen Übergriffen gegenüber den Gästefans und weiteren Auseinandersetzungen kommen könnte. Die Ingewahrsamnahme habe der Verhinderung weiterer erheblicher Störungen der öffentlichen Sicherheit und Ordnung gedient und sei unter Berücksichtigung des Verhaltens des Klägers die einzige angemessene Maßnahme gewesen. Die Höhe der Gebühren entspreche den rechtlichen Vorgaben. Ist der Kostenbescheid rechtmäßig?

Der Kostenbescheid ist rechtmäßig, wenn er auf eine taugliche Ermächtigungsgrundlage gestützt ist und den formellen und materiellen Anforderungen entspricht.

I. Ermächtigungsgrundlage

„Rechtsgrundlage der vom Kläger erhobenen Gebühr in Höhe von 45,- € sind die §§ 1, 3-7 LGebG i.V.m. Nr. 15.2.2 des Gebührenverzeichnisses zur Gebührenverordnung Innenministerium vom 26.09.2006 (GBl. S. 300), geändert durch Verordnung vom 10.10.2008 (GBl. S. 402).“ (VGH Mannheim aaO)

II. formelle Rechtmäßigkeit

Gegen die formelle Rechtmäßigkeit des Kostenbescheides bestehen keine Bedenken.

III. materielle Rechtmäßigkeit

Der Kostenbescheid müsste aber auch materiell rechtmäßig sein.

Nach §§ 1, 3-7 LGebG i.V.m. Nr. 15.2.2 des Gebührenverzeichnisses zur Gebührenverordnung kann für den Aufenthalt in einer Gewahrsamseinrichtung je angefangene 24 h eine Gebühr von 45,00 € geltend gemacht werden. Da der Kläger in eine Gewahrsamseinrichtung verbracht wurde, liegen die Voraussetzungen für Geltendmachung der Kosten grundsätzlich vor.

1. Relevanz der Rechtmäßigkeit der Ingewahrsamnahme

Fraglich ist jedoch, ob es für die Prüfung der Rechtmäßigkeit des Kostenbescheides auf die Rechtmäßigkeit der Ingewahrsamnahme ankommt.

„Erledigt sich - wie hier - die Ingewahrsamnahme vor Ablauf einer Rechtsbehelfsfrist, so gebietet es die Gewährleistung effektiven Rechtsschutzes gemäß Art. 19 IV GG, im Rahmen der Überprüfung des Gebührenbescheides auch die zugrundeliegende Amtshandlung einer gerichtlichen Kontrolle zu unterziehen (vgl. Senatsurteile vom 20.03.1986 - 1 S 2654/85 - VBIBW 1986, 299 und vom 02.03.1989 - 1 S 1952/88 - VBIBW 1989, 299). Da sich vorliegend die Ingewahrsamnahme des Klägers am 02.06.2007 gegen 14.30 Uhr mit seiner Entlassung zwischen 17.30 Uhr und 18.00 Uhr am selben Tage erledigt hatte und keine amtsrichterliche Entscheidung über den Gewahrsam nach § 28 III PolG getroffen worden war, ist dessen Rechtmäßigkeit somit eine in diesem Verfahren inzident zu prüfende Voraussetzung für die Kostenpflicht des Klägers (vgl. zur Inzidentprüfungskompetenz: Senatsurteil vom 13.05.2004 - 1 S 2052/03 - ESVGH 54, 212 = VBIBW 2004, 376).“ (VGH Mannheim aaO)

2. Rechtmäßigkeit der Ingewahrsamnahme

Der Kostenbescheid durfte daher nur ergehen, wenn die ihm zugrundeliegende, die Kosten auslösende Ingewahrsamnahme rechtmäßig war.

a) Ermächtigungsgrundlage

Ermächtigungsgrundlage für die Ingewahrsamnahme durch die Polizei ist § 28 PolG BW (oder vergleichbare Normen der anderen Bundesländer).

b) formelle Rechtmäßigkeit der Ingewahrsamnahme

„Gegen die formelle Rechtmäßigkeit der Ingewahrsamnahme bestehen keine Bedenken. Die **Zuständigkeit** des Polizeivollzugsdienstes folgt aus § 60 III PolG. Eine **Anhörung** des Klägers war nach § 28 II Nr. 1 LVwVfG entbehrlich. Weil der Verwaltungsakt mündlich erlassen wurde, war auch keine **Begründung** erforderlich (vgl. § 39 I LVwVfG).“ (VGH Mannheim aaO)

c) materielle Rechtmäßigkeit der Ingewahrsamnahme

Die Ingewahrsamnahme war rechtmäßig, wenn die Voraussetzungen des § 28 PolG BW vorlagen und die Polizei ihr Ermessen ordnungsgemäß ausgeübt hat.

aa) Vorliegen der Tatbestandsvoraussetzungen

Nach § 28 Abs. 1 Nr. 1 PolG BW kann die Polizei eine Person in Gewahrsam nehmen, wenn auf andere Weise eine unmittelbar bevorstehende erhebliche Störung der öffentlichen Sicherheit oder Ordnung nicht verhindert oder eine bereits eingetretene erhebliche Störung nicht beseitigt werden kann.

„Bei der Ingewahrsamnahme handelt es sich um eine der **einschneidendsten polizeilichen Standardmaßnahmen**, nämlich um eine die Freiheit der Person nicht nur beschränkende, sondern aufhebende Freiheitsentziehung im Sinne des Art. 104 II GG (vgl. BVerfG, Beschluss vom 15.05.2002 - 2 BvR 2292/00 - BVerfGE 105, 239). Daher ist bei der Anwendung der Vorschrift, insbesondere bei der Prüfung der Erforderlichkeit bzw. der **Möglichkeit des Einsatzes anderer geeigneter, milderer Mittel ein strenger Maßstab** anzulegen.“

Die Rechtmäßigkeit der hier zu beurteilenden polizeilichen Maßnahme bestimmt sich allein nach der **Gefahrenlage**, wie sie sich den Polizeibeamten bei fehlerfreier **ex ante-Prognose darstellte**

(vgl. Senatsurteil vom 27.09.2004 - 1 S 2206/03 - VBIBW 2005, 63). Später eingetretene Umstände können daher grundsätzlich keine Berücksichtigung finden.“ (VGH Mannheim aaO)

(1) Vorliegen einer unmittelbar bevorstehenden erheblichen Störung der öffentlichen Sicherheit oder Ordnung

„Es bedarf zunächst keiner näheren Ausführungen, dass die Anwendung von körperlicher Gewalt jeglicher Art gegenüber anderen Personen, wie sie von den X2. SC-Anhängern gegenüber den X4. Fans drohte, eine **erhebliche Störung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung** darstellt. Nicht zu beanstanden ist auch die von der Polizei in fehlerfreier Wahrnehmung ihrer **Einschätzungsprärogative** getroffene Annahme, es könne während und nach dem Spiel zu neuen Übergriffen gegenüber den X4. Fans und weiteren Auseinandersetzungen kommen.“ (VGH Mannheim aaO)

(2) Störereigenschaft des Klägers

Fraglich ist jedoch, ob der Kläger als Störer angesehen werden durfte. Das gegen ihn gerichtete Ermittlungsverfahren jedenfalls wurde mangels hinreichenden Tatverdachts eingestellt. Der Kläger könnte aber **Anscheinsstörer** gewesen sein.

(a) Begriff des Anscheinsstörers

„Anscheinsstörer ist, wer **ex post betrachtet nicht wirklich eine Gefahr verursacht**, aber **ex ante betrachtet bei einem fähigen, besonnenen und sachkundigen Polizeibeamten den Eindruck der Gefahrverursachung erweckt**.

Hierfür genügt es, dass ein **Verhalten objektiv geeignet ist**, bei Dritten den **Eindruck zu erwecken**, es drohe ein Schaden für ein polizeilich geschütztes Rechtsgut (**Irreführungsrisiko**). Selbst wer nicht weiß, dass er von der Polizei beobachtet wird, übernimmt das Risiko dafür, dass aus seinem Verhalten in der Öffentlichkeit auf seine Störereigenschaft geschlossen wird (vgl. hierzu eingehend Senatsurteil vom 14.12.2010 - 1 S 338/10 - juris Rn. 26 m.w.N.).“ (VGH Mannheim aaO)

(b) Anwendung auf den Fall

Der Kläger müsste danach als Anscheinsstörer anzusehen sein.

„Unter Zugrundelegung dieses Maßstabs wird die Störereigenschaft des Klägers nicht dadurch in Frage gestellt, dass er **im Nachhinein behauptet, in keiner Weise an den Auseinandersetzungen beteiligt** gewesen zu sein oder diese unterstützt zu haben. Nach den polizeilichen Feststellungen (vgl. Vermerk des Polizeipräsidiums X2. v. 04.06.2007, AS 33 der Ermittlungsakten der StA KA und Schlussvermerk des Polizeipräsidiums X2. v. 27.12.2007, AS 89 der Ermittlungsakten) gingen die vor Ort befindlichen Polizeikräfte davon aus, dass die **Personengruppe**, die den **Angriff** auf die X4. Fans **durchführte**, mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit **personell identisch** mit der **Personengruppe** war, die beim Universitätsschwimmbad **festgehalten** und deren Mitgliedern der **Gewahrsam** erklärt wurde. Andere Personen wie Spaziergänger oder ähnliche hätten sich zu diesem Zeitpunkt nicht an der Örtlichkeit befunden. Unter diesen Umständen durften die Polizeibeamten **aus ihrer damaligen Sicht** zu Recht davon ausgehen, dass der bei der festgesetzten Gruppe befindliche Kläger zu den Angreifern gehörte. Ob dies tatsächlich der Fall war, ist angesichts der gebotenen ex ante-Betrachtung ohne Bedeutung. Durch seine Anwesenheit in der fraglichen Personengruppe und durch sein Auftreten, welches dem der übrigen in **Gewahrsam** genommenen **KSC-Anhänger** entsprach und nicht den **Schluss** zuließ, er sei **versehentlich als Unbeteiligter** in die Gruppe der **Störer** geraten, hat der **Kläger jedenfalls in zurechenbarer Weise den Anschein erweckt**, selbst **Störer** zu sein.“ (VGH Mannheim aaO)

Die Tatbestandsvoraussetzungen für eine Ingewahrsamnahme des Klägers lagen damit vor.

bb) Ermessen

Die Ingewahrsamnahme des Klägers müsste aber auch ermessensgerecht gewesen sein. Insbesondere müsste die Maßnahme verhältnismäßig, also geeignet, erforderlich und angemessen gewesen sein.

(1) Geeignetheit und Erforderlichkeit

„Aus der ex ante-Perspektive erweist sich die zur Gefahrenabwehr **zweifelloso geeignete Ingewahrsamnahme** des Klägers in Form des Beseitigungs- bzw. Präventivgewahrsams auch als **erforderlich**, weil mildere Mittel zur Störungsbeseitigung nicht existierten. Ein **Platzverweis** nach §§ 1, 3 PolG (jetzt § 27 a PolG), welcher nötigenfalls im Wege des un-

mittelbaren Zwanges nach §§ 49 Abs. 2, 50 PolG hätte durchgesetzt werden müssen, wäre bei der Gefahr, dass 40 X2. Fans auf mindestens ebenso viele X4. Fans treffen, jedenfalls **nicht gleichermaßen geeignet** gewesen, die Störung der öffentlichen Sicherheit zu beseitigen wie die Ingewahrsamnahme. Denn mit den üblicherweise bei einem Fußballspiel vorhandenen Polizeikräften dürfte es **kaum möglich sein**, derartige **Platzverweise auch wirklich zu vollziehen** und die Fans getrennt zu halten. Damit kam ein Platzverweis, der grundsätzlich im Verhältnis zur Ingewahrsamnahme für den Betroffenen eine weniger belastende Maßnahme darstellt und daher im Lichte des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit und des diesen Grundsatz konkretisierenden § 5 PolG vorrangig zu ergreifen gewesen wäre, hier nicht in Betracht.“ (VGH Mannheim aaO)

Da es sich bei der Ingewahrsamnahme um einen Verwaltungsakt mit Dauerwirkung handelt, müssen deren rechtliche **Voraussetzungen** nicht nur beim Erlass, sondern **während der Gesamtdauer des Gewahrsams** vorliegen.

„Auch die **Aufrechterhaltung des Gewahrsams** steht also unter dem Vorbehalt, dass auf andere Weise der Störung der öffentlichen Sicherheit oder Ordnung nicht zu begegnen ist. Dies kommt auch in § 28 Abs. 3 Satz 1 PolG zum Ausdruck, wonach der Gewahrsam aufzuheben ist, sobald sein Zweck erreicht wurde. Daran gemessen begegnet die Aufrechterhaltung des Gewahrsams bis zum Abzug der X4. Fans keinen rechtlichen Bedenken, weil **über die gesamte Zeitdauer ein milderer Mittel nicht ernsthaft in Betracht kam**.“ (VGH Mannheim aaO)

(2) Angemessenheit

„Angesichts des Ausmaßes der bereits eingetretenen und weiterhin zu erwartenden Störungen der öffentlichen Sicherheit war die Ingewahrsamnahme auch verhältnismäßig im engeren Sinne.“ (VGH Mannheim aaO)

Die Ingewahrsamnahme ist daher unter Beachtung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes erfolgt. Da sonstige Ermessensfehler nicht ersichtlich sind, war die Ingewahrsamnahme rechtmäßig.

d) Rechtswidrigkeit der Ingewahrsamnahme wegen Nichtvorliegens einer richterlichen Entscheidung

Nimmt die Polizei eine Person nach § 28 I PolG in Gewahrsam, hat sie nach § 28 III 3 PolG **unverzüglich eine richterliche Entscheidung** über den Gewahrsam herbeizuführen.

aa) Regelungszweck

„Die Ingewahrsamnahme nach § 28 PolG ist eine **Freiheitsentziehung im Sinne der Art. 2 II 2, 104 II GG**, so dass besondere verfassungsrechtliche Anforderungen zu beachten sind. Nach Art. 104 II 1, 2 GG muss der **Richter über die Zulässigkeit und Fortdauer der polizeilichen Freiheitsentziehung entscheiden** (vgl. Würtenberger/Heckmann, Polizeirecht in Baden-Württemberg, 6. Aufl., Rn. 363 m.w.N.).

Auch die nachträglich einzuholende Entscheidung nach § 28 III 3 PolG, Art. 104 II 2 GG bezieht sich auf „den Gewahrsam“, d. h. auf seine Zulässigkeit und seine Fortdauer. Die Mitwirkung des Richters geht nach der **Funktion des Richtervorbehalts** in Art. 104 II GG über die bloße Kontrolle einer Verwaltungsentscheidung hinaus; der Richter soll **nicht allein die Rechtmäßigkeit der Entscheidung der Exekutive über die Freiheitsentziehung prüfen, sondern selbst diese Entscheidung treffen** (vgl. Gusy in v. Mangoldt/Klein/Starck, GG, 6. Aufl., Art. 104 Rn. 37 m.w.N.). Sind die gesetzlichen Voraussetzungen des Gewahrsams nicht erfüllt, so erklärt der Richter in seiner Entscheidung den Gewahrsam für unzulässig (Belz/Mußmann, PolG für BW, 7. Aufl., § 28 Rn. 22).

Das Merkmal der „**Unverzüglichkeit**“ im Sinne des Art. 104 II 2 GG ist dahin auszulegen, dass die richterliche Entscheidung **ohne jede Verzögerung, die sich nicht aus sachlichen Gründen rechtfertigen lässt**, nachgeholt werden muss (vgl. BVerfG, Beschl. v. 15.05.2002 - 2 BvR 2292/00 - BVerfGE 105, 239 [249] m. w. N.; Senatsurteil vom 27.09.2004 - 1 S 2206/03 - VBIBW 2005, 63). Ein **Verstoß** gegen das Gebot der unverzüglichen Herbeiführung einer richterlichen Entscheidung hat die **Rechtswidrigkeit der Ingewahrsamnahme** zur Folge (Rachor in Lisken/Denninger, Handbuch des Polizeirechts, 4. Aufl., F 596).“ (VGH Mannheim aaO)

bb) Ausnahmen

Fraglich ist, ob dies schon ohne jede Ausnahme zur Rechtswidrigkeit der Ingewahrsamnahme führt.

„Eine **Ausnahme** von der in Art. 104 Abs. 2 Satz 2 GG verankerten Pflicht zur unverzüglichen Herbeiführung einer richterlichen Entscheidung wird indes **allgemein angenommen**, wenn eine

*Prognose ergibt, dass eine richterliche Entscheidung erst ergehen kann, wenn der **Grund für den Gewahrsam wieder weggefallen** ist. Dies gilt auch für den polizeirechtlichen Gewahrsam: Mit Blick auf § 28 III 1 PolG, wonach der Gewahrsam aufzuheben ist, sobald sein Zweck erreicht ist, ist eine **richterliche Entscheidung nicht einzuholen** oder abzuwarten, wenn dadurch die **Dauer des Gewahrsams verlängert** würde (Senatsurteil vom 27.09.2004 - 1 S 2206/03 - a. a. O., juris Rn. 47 m.w.N.).“ (VGH Mannheim aaO)*

cc) Anwendung auf den Fall

Eine richterliche Entscheidung wurde nicht eingeholt. Die Ingewahrsamnahme war daher nur dann rechtmäßig, wenn hier ausnahmsweise auf deren Einholung verzichtet werden konnte.

*„Insbesondere mit Blick darauf, dass die herbeizuführende richterliche Entscheidung zur Gewährung rechtlichen Gehörs grundsätzlich die **Anhörung sämtlicher 40 im Gewahrsam befindlicher Personen** vorausgesetzt hätte (vgl. § 5 I 1 FrhEntzG; jetzt § 420 I 1 FamFG), kann nicht davon ausgegangen werden, dass eine **richterliche Entscheidung** hinsichtlich aller festgehaltenen Personen **vor dem für die Freilassung vorgesehenen Zeitpunkt** hätte ergehen können. Angesichts der Gewahrsamsdauer von drei bis dreieinhalb Stunden, der Anzahl der in Gewahrsam genommenen Personen und des Umstands, dass - da es sich um einen Samstagmorgens handelte - lediglich ein Bereitschaftsrichter erreichbar gewesen wäre, war die Polizei nicht gehalten, eine richterliche Entscheidung über den Gewahrsam herbeizuführen.“ (VGH Mannheim aaO)*

Die Ingewahrsamnahme war daher insgesamt rechtmäßig.

3. Kostenpflicht des Klägers

Unabhängig von der Frage, ob die Polizei einen Anscheinsstörer rechtmäßig in Gewahrsam nehmen kann, ist zu prüfen, ob der Anscheinsstörer dann auch für die entstandenen Kosten haftbar gemacht werden kann oder ob es bezüglich der Kostentrachtungspflicht dann noch auf die ex post Betrachtung ankommt.

a) Maßstab für Kostenhaftung des Anscheinsstörers

*„Für die **Erstattungsfähigkeit von Polizeikosten** ist die **ex post-Sicht maßgeblich**. Kann bei der gebotenen ex post-Betrachtung nicht festgestellt werden, dass der Anscheinsstörer tatsächlich Störer war, so ist er nur dann zum Kostenersatz verpflichtet, wenn er die Anscheinsgefahr oder den **Anschein der Störereigenschaft in zurechenbarer Art und Weise verursacht hat** (vgl. Senatsurteile vom 20.03.2003 - 1 S 397/01 - juris und vom 22.01.2004 - 1 S 2263/02 - ESVGH 54, 153 = VBIBW 2004, 218; VGH Bad.-Württ., Urteil vom 10.05.1990 - 5 S 1842/89 - DVBI 1990, 1047; BayVGH, Urteil vom 26.07.1995 - 22 B 93.271 - DÖV 1996, 82; OVG NRW, Beschluss vom 14.06.2000 - 5 A 95/00 - NVwZ 2001, 1314; Würtenberger/Heckmann, aaO Rn. 915 m.w.N.; Sailer in Liskan/Denninger, aaO., M 50 f.; Finger, DVBI 2007, 798 [800]).“ (VGH Mannheim aaO)*

b) Anwendung auf den Fall

Es kommt demnach darauf an, ob der Kläger in zurechenbarer Weise den Anschein gesetzt hat, zu der Gruppe von Fans zu gehören, die den Angriff vorgenommen hatte.

*„Der Kläger hielt sich im Vorfeld des Regionalligaspiels zwischen dem X2. SC II und dem SSV X4. am 02.06.2007 **kurz nach dem Angriff** von KSC-Fans auf anreisende X4. Fans **in der Nähe der Tatörtlichkeit** im Bereich des Universitätsgeländes in einer zumindest weitgehend mit der angreifenden Gruppe identischen Gruppe von „Fußballfans“ auf. Er **protestierte nicht gegen die gegen ihn ergriffenen Maßnahmen** und vermittelte auch im Übrigen nicht den Eindruck, dass er lediglich als Unbeteiligter in die fragliche Gruppe geraten sei. Von einem **tatsächlich Unbeteiligten** in der Situation des Klägers wäre zu erwarten gewesen, dass er **verbal deutlich zum Ausdruck bringt**, mit der Gruppe der gewalttätigen Fans nichts zu tun zu haben. Es wird indes nicht geltend gemacht und ist auch **nicht ersichtlich**, dass der Kläger sich **gegen die Personenfeststellung und die Ingewahrsamnahme verwahrt** oder auf andere Weise eine Distanz zu den übrigen Angehörigen der festgesetzten Gruppe zum Ausdruck gebracht hätte. Dies wäre ihm in der konkreten Situation jedoch **zumutbar gewesen**.*

Damit hat er auch aus der ex post-Perspektive zumindest den Anschein der Störereigenschaft in zurechenbarer Art und Weise verursacht. Es hat sich nicht etwa im Nachhinein herausgestellt, dass der Kläger Nichtstörer war; vielmehr lässt sich lediglich seine Störereigenschaft nicht mit Sicherheit nachweisen.“ (VGH Mannheim aaO).

Ergebnis: Der Kostenbescheid ist rechtmäßig.

GG
Art. 5, 8

Voraussetzungen eines Versammlungsverbots (Motto: „Fremdarbeiterinvasion stoppen“)

POR

(VGH Mannheim in NVwZ-RR 2011, 602; Beschluss vom 28.04.2011 – 1 S 1250/11)

1. Ein Angriff gegen die Menschenwürde Anderer nach § 130 I Nr. 2 StGB setzt voraus, dass die **feindselige Handlung** den **Menschen im Kern seiner Persönlichkeit** trifft, indem er unter Missachtung des Gleichheitssatzes **als minderwertig dargestellt** und ihm das **Lebensrecht als gleichwertige Persönlichkeit** in der staatlichen Gemeinschaft **bestritten** wird
2. **Ohne das Hinzutreten weiterer Umstände**, ist das Zeigen einer schwarz-roten-weißen Fahne auch **nicht gem. §§ 130, 86 StGB strafbar**.
3. Eine Heranziehung der Figur des **Zweckveranlassers** als Begründung für die Störereigenschaft eines Veranstalters kann allenfalls bei Vorliegen besonderer, über die inhaltliche Ausrichtung der Veranstaltung **hinausgehender provokativer Begleitumstände** in Betracht kommen.
4. Allein wegen der inhaltlichen Ausrichtung einer Versammlung kann **unterhalb der Strafbarkeitsschwelle** eine Gefährdung der öffentlichen Ordnung i.S.d. § 15 I VersG grundsätzlich nicht angenommen werden

Fall Mit Schreiben vom 01.09.2010 meldete der Ast. bei der Ag. für Sonntag, den 01.05.2011, Beginn 11:30 Uhr und Ende voraussichtlich ca. 17:30 Uhr, die Durchführung eines Aufzugs unter dem Motto „Fremdarbeiterinvasion stoppen!“ an. Bei den Versammlungen des „Nationalen und sozialen Aktionsbündnisses 1. Mai“ werden regelmäßig schwarz-weiss-rote Fahnen mitgeführt. Ebenfalls am 1. Mai findet eine vom Deutschen Gewerkschaftsbund angemeldete Demonstration statt. Außerdem feiern Angehörige verschiedener Kirchengemeinden den „weißen Sonntag“, den Tag der Erstkommunion. Nach Anhörung des Ast. verbot die Ag. mit Bescheid vom 16.03.2011 unter Anordnung der sofortigen Vollziehung die Durchführung der Versammlung sowie jede Ersatzveranstaltung am 01.05.2011 in H. Ist das Versammlungsverbot materiell rechtmäßig?

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

I. Vorliegen einer Gefahr für die öffentliche Sicherheit

Eine Gefahr für die öffentliche Sicherheit ist anzunehmen, wenn der Eintritt eines Schadens für den Staat und seine Einrichtungen sowie Veranstaltungen, für Individualrechtsgüter oder für die objektive Rechtsordnung zu erwarten steht.

1. Gefahr für die objektive Rechtsordnung durch Verstoß gegen § 130 StGB

Die objektive Rechtsordnung wäre bei Stattfinden der Versammlung unmittelbar gefährdet, wenn die Versammlung unter dem Motto „Fremdarbeiterinvasion“ den Tatbestand der Volksverhetzung erfüllen würde.

Wegen Volksverhetzung wird gem. § 130 I StGB bestraft, wer in einer Weise, die geeignet ist, den öffentlichen Frieden zu stören,

- gegen eine nationale, rassische, religiöse oder durch ihre ethnische Herkunft bestimmte Gruppe, gegen Teile der Bevölkerung oder gegen einen Einzelnen wegen seiner Zugehörigkeit zu einer vorbezeichneten Gruppe oder zu einem Teil der Bevölkerung zum Hass aufstachelt, zu Gewalt- oder Willkürmaßnahmen auffordert oder
- die Menschenwürde anderer dadurch angreift, dass er eine vorbezeichnete Gruppe, Teile der Bevölkerung oder einen Einzelnen wegen seiner Zugehörigkeit zu einer vorbezeichneten Gruppe oder zu einem Teil der Bevölkerung beschimpft, böswillig verächtlich macht oder verleumdet.

a) Gefahr der Verwirklichung von § 130 I Nr. 2 StGB

aa) Auslegung des Tatbestandes des § 130 I Nr. 2 StGB

„Ein Angriff gegen die Menschenwürde Anderer setzt voraus, dass sich die **feindselige Handlung** nicht nur gegen einzelne Persönlichkeitsrechte wie etwa die Ehre richtet, sondern den **Menschen im Kern seiner Persönlichkeit** trifft, indem er unter Missachtung des Gleichheitssatzes **als minderwertig dargestellt** und ihm das Lebensrecht als gleichwertige Persönlichkeit in der staatlichen Gemeinschaft bestritten wird (BVerfG, NJW 2001, 61 = NStZ 2001, 26 [63]; BGHSt 36, 83 [90]; Lenckner, in: Schönke/Schröder, StGB, 26. Aufl., § 130 Rn 6 m.w.N.).“ (VGH Mannheim aaO)

Allerdings ist zu berücksichtigen, dass das Äußern einer Meinung grundsätzlich selbst unter dem Schutz der Grundrechte steht.

„Wird ein solcher **Angriff in dem Gebrauch eines Grundrechts** (hier: Art. 5 I 1 GG) gesehen, bedarf es einer **sehr sorgfältigen Begründung**, da die Grundrechte insgesamt Konkretisierungen des Prinzips der Menschenwürde sind (BVerfGE 93, 266 [293] = NJW 1995, 3303 = NVwZ 1996, 159 L; BVerfGE 107, 275 [284] = NJW 2003, 1303). **Art. 5 I GG schützt** – in den Schranken des Art. 5 II GG – **auch rechtsextreme Meinungen** (BVerfG, NJW 2010, 2193 m.w.N.).

Voraussetzung jeder rechtlichen **Würdigung von Äußerungen** ist, dass ihr **objektiver Sinn**, also der Sinn, den sie nach dem Verständnis eines unvoreingenommenen und verständigen Publikums objektiv haben (BVerfGE 93, 266 [295] = NJW 1995, 3303 = NVwZ 1996, 159 L), **zutreffend erfasst** worden ist (BVerfGE 94, 1 [9] = NJW 1996, 1529 = NVwZ 1996, 711 L). Der objektive Sinn wird **nicht nur vom Wortlaut der Äußerung**, sondern insbesondere dann, wenn die betreffende Formulierung – wie hier – ersichtlich ein Anliegen nur in schlagwortartiger Form zusammenfasst (vgl. BVerfG, BeckRS 2009, 37173), **auch vom Kontext und den Begleitumständen** der Äußerung **bestimmt**, soweit diese für den Rezipienten erkennbar sind (BVerfGE 93, 266 [295] = NJW 1995, 3303 = NVwZ 1996, 159 L).

Bei **mehrdeutigen Äußerungen** müssen andere Auslegungsvarianten, die nicht zu einer strafrechtlichen Sanktion führen würden, mit nachvollziehbaren und tragfähigen Gründen ausgeschlossen werden können (BVerfGE 85, 1 [13f.] = NJW 1992, 1439; BVerfGE 93, 266 [295f.] = NJW 1995, 3303; BVerfGE 94, 1 [9] = NJW 1996, 1539; BVerfGE 114, 339 [349] = NJW 2006, 207 = NVwZ 2006, 447 L; st. Rspr.).“ (VGH Mannheim aaO)

bb) Gefahr der Erfüllung von § 130 I Nr. 2 StGB im vorliegenden Fall

Hier könnte schon die Verwendung des Mottos „Fremdarbeiterinvasion stoppen“ den Tatbestand erfüllen.

(1) Verwendung des Begriffs „Fremdarbeiter“

„Der in der Parole „Fremdarbeiterinvasion stoppen!“ benutzte **Begriff „Fremdarbeiter“** ist zwar durch seinen Gebrauch während der Zeit des **Nationalsozialismus** in Deutschland im Zusammenhang mit erzwungener Arbeit **negativ besetzt**. Die schlagwortartig **zusammengefasste Parole** wird jedoch bei der gebotenen objektiven Auslegung **nicht mit Zwangsarbeit assoziiert**, sondern erfasst in erster Linie die Arbeitskräfte, die aus dem Ausland zur Arbeit in die Bundesrepublik Deutschland kommen wollen, aber auch die bereits in Deutschland lebenden ausländischen Arbeitnehmer.“ (VGH Mannheim aaO)

(2) Verwendung des Begriffs „Invasion“

„Der Begriff „Invasion“ auf dem Plakat hat **offensichtlich keine militärische Bedeutung**. Er ist aus seinem Kontext, d.h. seiner Verwendung im Meinungskampf des „Nationalen und sozialen Aktionsbündnisses 1. Mai“, heraus zu verstehen. Ziel des Aktionsbündnisses ist es, den **Zuzug ausländischer Arbeitnehmer** zu begrenzen, um einen Verdrängungswettbewerb auf dem deutschen Arbeitsmarkt zu Lasten der deutschen Arbeitnehmer zu verhindern, und die Zahl der bereits hier lebenden ausländischen Arbeitnehmer zu verringern.“ (VGH Mannheim aaO)

(3) Ziel der Verhinderung des Zuzugs ausländischer Arbeitskräfte

Die Versammlung steht im Zusammenhang mit der vollständigen Herstellung der Freizügigkeit für Unionsbürger aus den am 01.05.2004 der EU beigetretenen **mittel- und osteuropäischen Staaten**. Insofern stellt sich die Frage, ob die dortigen **Arbeitskräfte** möglicherweise als pauschal **menschlich minderwertig** dargestellt werden sollen.

„Der **Volksverhetzungstatbestand** ist grundsätzlich **restriktiv auszulegen** (vgl. BGHSt 32, 310 [313] = NJW 1984, 1631). Die Strafgerichte gehen bei der vergleichbaren Parole „**Ausländer raus**“ **nur bei Hinzutreten weiterer Begleitumstände** von einem Angriff auf die Menschenwürde aus (vgl. OLG Hamm, NStZ 1995, 136 ff; OLG Brandenburg, NJW 2002, 1440 f.; KG Beschl. v. 27.12.2001 - [4] 1 Ss 297/01, 166/01). Erforderlich ist, dass den angegriffenen Personen ihr **Lebensrecht als gleichwertige Persönlichkeiten abgesprochen** und sie als **minderwertige Wesen** behandelt werden (BGHSt 40, 97 = NJW 1994,

1421). Das Strafgesetzbuch stellt nicht schon ausländerfeindliche Äußerungen als solche unter Strafe (vgl. BVerfG, NJW 2000, 2072f.; NJW 2010, 2193; u.a.)

Die mit der Parole geäußerte Meinung, der Zuzug ausländischer Arbeitskräfte solle verhindert werden und die Bevölkerungsgruppe der ausländischen Arbeitnehmer möge die Bundesrepublik verlassen und in ihre Heimatländer zurückkehren, mag ein für die Angehörigen dieser Gruppe **nicht erwünschtes politisches Ziel** des „Nationalen und sozialen Aktionsbündnisses 1. Mai“ zum Ausdruck bringen; allerdings ist hieraus allein noch **nicht erkennbar**, dass damit den ausländischen Arbeitnehmern ein **ungeschmälertes Lebensrecht als gleichwertigen Persönlichkeiten** in der staatlichen Gemeinschaft bestritten und ihre Menschenwürde **infrage gestellt oder gar angegriffen** wird. Das alleinige Bestreiten des Aufenthaltrechts der Ausländer an sich genügt hierfür nicht (Lenckner, in: Schönke/Schröder, § 130 Rn 7).“ (VGH Mannheim aaO)

b) Gefahr der Verwirklichung von § 130 I Nr. 1 StGB

„Auch der Tatbestand des § 130 I Nr. 1 StGB dürfte nicht erfüllt sein. Die Parole „Fremdarbeiterinvasion stoppen!“ enthält nach ihrem Wortlaut **keine Aufforderung** an andere, gegen die genannten Personengruppen **bestimmte Maßnahmen** zu ergreifen. Ein solcher Bedeutungsgehalt drängt sich auch nicht ohne Weiteres auf. Es kann **nicht unterstellt** werden, dass eine **nicht verfassungs- und gesetzmäßige gewaltsame Vertreibung** der in der Bundesrepublik Deutschland lebenden ausländischen Arbeitnehmer angestrebt wird.“ (VGH Mannheim aaO)

c) Gefahr der Verwirklichung von §§ 130 I, III, 86 a I Nr. 1 StGB

Allerdings könnte das Mitführen von schwarz-weiß-roten Fahnen die vorgenannten Straftatbestände erfüllen.

„Zur schwarz-weiß-roten Fahne besteht zwar eine **Affinität des äußersten rechten Randes des politischen Spektrums**; dies macht die schwarz-weiß-rote Fahne aber nicht zum Kennzeichen einer verbotenen nationalsozialistischen Organisation (vgl. VGH Mannheim, NJW 2006, 635). **Ohne das Hinzutreten weiterer Umstände**, ist das Zeigen dieser Fahne auch **nicht gem. § 130 StGB strafbar** (VGH Mannheim, NJW 2006, 635; BVerfG, NVwZ 2002, 983).“ (VGH Mannheim aaO)

2. Gefahr für die objektive Rechtsordnung (§ 303 StGB) und Individualrechtsgüter (Eigentum) durch illegale Graffiti

Das Versammlungsverbot war auch mit der Gefahr begründet worden, dass es aus der Versammlung heraus zu Sachbeschädigungen durch illegale Graffiti kommen werde.

„Wie das VG zutreffend ausgeführt hat, sind insoweit **keine konkreten Tatsachen aufgezeigt**, aus denen mit **hinreichender Wahrscheinlichkeit** geschlossen werden kann, dass die für die Organisation und Durchführung der Veranstaltung Verantwortlichen nicht über die erforderliche Bereitschaft und Fähigkeit zur Sicherstellung der Ordnung in der Versammlung verfügen.“ (VGH Mannheim aaO)

3. Gefahr wegen Verstoßes gegen das Sonn- und Feiertagsgesetz

Gemäß § 7 II Nr. 1 FeiertG sind an den Sonntagen und gesetzlichen Feiertagen mit Ausnahme des 1. Mai und des 3. Oktober öffentliche Versammlungen unter freiem Himmel, Aufzüge und Umzüge, soweit sie geeignet sind, den Gottesdienst unmittelbar zu stören, während des Hauptgottesdienstes verboten. Danach sind öffentliche Versammlungen wie die des Ast. und auch die vom Deutschen Gewerkschaftsbund angemeldete Demonstration am 1. Mai grundsätzlich nicht verboten, auch wenn dieser Tag auf den „weißen Sonntag“ fällt.

4. Gefahr für die objektive Rechtsordnung und Individualrechtsgüter wegen Störung der Religionsausübung

Die Versammlung könnte allerdings die Religionsausübung anderer stören.

„Zu Recht hat das VG in diesem Zusammenhang angenommen, dass die Versammlung auch nicht gegen die durch Art. 4 II GG geschützte Religionsausübung verstößt. Es sind **keine Anhaltspunkte** dafür erkennbar, dass durch den erst um 11:30 Uhr an der Kreuzung Sch.-Straße/R.-Straße vor der Agentur für Arbeit nach einer Auftaktkundgebung beginnenden Aufzug des Ast. der **bereits um 10 Uhr beginnende Festgottesdienst** in dem in der Innenstadt gelegenen Deutschordensmünster (Pfarrei St.) **unmittelbar gestört** werden könnte.

Im Übrigen scheidet ein Versammlungsverbot aus, solange **mildere Mittel nicht ausgeschöpft** sind (vgl. BVerfGE 69, 315 = NJW 1985, 2395 = NVwZ 1985, 898 L). Den berechtigten Belangen der Gottesdienstbesucher an einer **ungestörten Religionsausübung** könnte ggf. durch geeignete und angemessene, beide Interessen berücksichtigende **versammlungsrechtliche Auflagen** hinsichtlich der Streckenführung ausrei-

chend Rechnung getragen werden. Dies würde dann aber in gleichem Maße für die Aufzugsstrecke unter der Federführung des DGB gelten, die ebenfalls in die Nähe der Kirche führt.“ (VGH Mannheim aaO)

5. Gefahr für Individualrechtsgüter durch gewaltsame Gegenreaktionen

Soweit die Ag. Gewalttaten als Gegenreaktion auf die vorliegende Versammlung befürchtet, müssen sich behördliche Maßnahmen primär gegen die Störer richten.

„Eine Heranziehung der Figur des **Zweckveranlassers** als Begründung für die Störereigenschaft eines Veranstalters kann allenfalls bei Vorliegen besonderer, über die inhaltliche Ausrichtung der Veranstaltung **hinausgehender provokativer Begleitumstände** in Betracht kommen (BVerfGE 69, 315 = NJW 1985, 2395 = NVwZ 1985, 898 L). Hierfür fehlt es an nachvollziehbaren Anhaltspunkten.

Soweit es in der Vergangenheit Ausschreitungen bei rechtsextremistischen Versammlungen gegeben hat, erfolgten sie zumeist erst aus dem **Zusammentreffen ihrerseits gewaltbereiter Gegendemonstranten mit den Rechtsextremisten**. Einem solchen mit Gewalttätigkeiten verbundenen Zusammentreffen kann die Versammlungsbehörde jedoch regelmäßig durch eine **räumliche Trennung der beiden Aufzüge** hinreichend Rechnung tragen, wobei eine entsprechende versammlungsrechtliche Auflagenverfügung nicht einseitig zu Lasten eines Veranstalters gehen darf, zumal dann nicht, wenn dieser, wie hier, **früher seinen Aufzug angemeldet hat**.“ (VGH Mannheim aaO)

Eine unmittelbare Gefährdung der öffentlichen Sicherheit kann demnach nicht festgestellt werden.

II. Gefahr für die öffentliche Ordnung

Das Schutzgut der öffentlichen Ordnung umfasst die Gesamtheit aller Verhaltensregeln, deren Einhaltung nach den gemeinsamen Vorstellungen im betroffenen räumlichen Bereich für ein gedeihliches Zusammenleben unerlässlich ist.

„Nach der Rechtsprechung des Senats (vgl. VGH Mannheim, VBIBW 2002, 383) ist das insoweit einschlägige Grundrecht der **Meinungsfreiheit** (Art. 5 I GG) für die **freiheitlich demokratische Grundordnung schlechthin konstituierend**. Es gilt die Vermutung zu Gunsten freier Rede. Die Bürger sind dabei frei, **grundlegende Wertungen der Verfassung infrage zu stellen**, solange sie dadurch Rechtsgüter anderer nicht gefährden. Die plurale Demokratie des Grundgesetzes vertraut auf die Fähigkeit der Gesamtheit der Bürger, sich mit Kritik an der Verfassung auseinander zu setzen und sie dadurch abzuwehren (vgl. auch: BVerfG, NJW 2001, 2069f.).“ (VGH Mannheim aaO)

Auch die **Ablehnung** eines bestimmten – etwa **fremdenfeindlichen** – **Gedankenguts** durch den ganz überwiegenden Teil der Bevölkerung **rechtfertigt** für sich allein **keine Beschränkung der Grundrechte rechtsextremer Demonstranten** (vgl. Hoffmann-Riem, NVwZ 2002, 257 [261]). Vielmehr lassen das Grundgesetz und die übrige Rechtsordnung ein Verbot von Meinungsäußerungen nur unter ganz engen Voraussetzungen zu.

„**Allein wegen der inhaltlichen Ausrichtung** einer Versammlung kann **unterhalb der Strafbarkeitsschwelle** eine **Gefährdung** der öffentlichen Ordnung i.S.d. § 15 I VersG grundsätzlich **nicht angenommen** werden. Die Meinungsäußerungsfreiheit findet ihre Grenzen in den allgemeinen Gesetzen i.S.d. Art. 5 II GG, wobei zur Abwehr von kommunikativen Angriffen auf Schutzgüter der Verfassung besondere Strafrechtsnormen geschaffen worden sind (z.B. §§ 86, 68a, 90a, b, 130 StGB). Diese den Inhalt von Meinungsäußerungen beschränkenden **Straftatbestände** sind **grundsätzlich abschließend** und verwehren den **Rückgriff** auf die in § 15 I VersG enthaltene Ermächtigung zum **Schutz der öffentlichen Ordnung**, soweit nicht die Verwirklichung eines Straftatbestandes droht.

Der Gesetzgeber hat durch die **enge Fassung der Straftatbestände** zum Ausdruck gebracht, im Übrigen keinen Vorrang des Rechtsgüterschutzes gegenüber Meinungsäußerungen anzuerkennen. Deshalb ist § 15 I VersG hinsichtlich des **Schutzes der öffentlichen Ordnung gegenüber kommunikativen Angriffen** insoweit **einen-gend auszulegen**, als zur Abwehr entsprechender Rechtsgüterverletzungen besondere Strafrechtsnormen geschaffen worden sind.“ (VGH Mannheim aaO)

Vor diesem verfassungsrechtlichen Hintergrund lässt sich das Versammlungsverbot, soweit die – strafrechtlich irrelevante – Verbreitung rechtsextremen Gedankenguts befürchtet wird, nicht in verfassungsrechtlich zulässiger Weise auf eine Gefährdung der öffentlichen Ordnung i.S.d. § 15 I VersG stützen.

Ergebnis: Das Versammlungsverbot ist rechtswidrig.

Kurzauslese I

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

BGB
§§ 346 IV, 347 I

Rückgewährschuldverhältnis leicht fahrlässige Beschädigung der Sache

BGB

(OLG Frankfurt a. M. in MDR 2011, 976 = NJOZ 2011, 878; Beschluss vom 17.06.2010 – 4 W 12/10)

Der zum Rücktritt vom Vertrag Berechtigte hat für eine von ihm leicht fahrlässig verursachte Verschlechterung der zurückzugebenden Sache, welche vor Kenntnis vom gesetzlichen Rücktrittsgrund erfolgt ist, nicht einzustehen.

I. Weist im Fall der Rückabwicklung eines Kaufvertrags nach den §§ 346 ff. BGB die zurückzugebende Kaufsache einen Schaden auf, so kann der Rücktrittsgegner (Verkäufer) **allein unter den Voraussetzungen des § 346 IV i. V. mit § 280 I BGB Schadensersatz wegen der Verschlechterung der Kaufsache** verlangen. Ein solcher Ersatzanspruch setzt jedoch voraus, dass die **Beschädigung auf einer vom Rücktrittsberechtigten zu vertretenden Pflichtverletzung beruht**.

II. **Welche Pflichten den Rücktrittsberechtigten bei der Behandlung der Kaufsache treffen** und welcher Verschuldensmaßstab anzulegen ist, ist (auch) nach der Reform des Rücktrittsrechts durch das Schuldrechtsreformgesetz **Gegenstand lebhafter Diskussion** geblieben.

1. **Einigkeit besteht** – im Anschluss an die Vorstellungen des Gesetzgebers (Begründung des Regierungsentwurfes, BT-Dr 14/6040, S. 190, 195) – jedoch im Ergebnis darüber, dass **bei einem gesetzlichen Rücktrittsrecht den Rücktrittsberechtigten eine Haftung wegen nicht sorgfältigen Umgangs mit dem Leistungsgegenstand erst ab Kenntnis oder Kennenmüssen vom Rücktrittsgrund** trifft (Bamberger/Roth/Grothe, § 346 Rn 61; Palandt/Grüneberg, BGB, 69. Aufl., § 346 Rn 18; Prütting/Wegen/Weinreich, BGB, 2. Aufl., § 346 Rn 26; Erman/Bezenberger, BGB, 12. Aufl., § 346 Rn 34; ab Rücktrittserklärung).

„Dieser Freistellung des Rücktrittsberechtigten von einer Haftung wegen unsorgfältigem Umgang mit dem Leistungsgegenstand liegt der Gedanke zu Grunde, dass bei einem gesetzlichen Rücktrittsrecht der Rücktrittsberechtigte bis zur Kenntnis vom Rücktrittsgrund davon ausgehen darf, dass die Sache endgültig in sein Vermögen gelangt ist und er keine Rücksicht auf die Belange eines anderen Vertragspartners zu nehmen braucht (vgl. Bamberger/Roth/Grothe, § 346 Rdnr. 61). Demnach kommt eine Haftung nur im Fall einer vorsätzlichen Beschädigung der eigenen Sache vor Kenntnis vom Rücktrittsgrund in Betracht kommen. Eine solche Haftung ist sachgerecht, weil eine vorsätzliche Missachtung der eigenen Sache durch den Berechtigten der Rücktrittsgegner nicht entschädigungslos hinzunehmen braucht.“ (OLG Frankfurt a. M.)

2. Zwar ist **umstritten, ob die Haftung deswegen nicht bestehe, weil es vor Kenntnis vom Rücktrittsgrund bereits an einer Pflicht zum sorgsamem Umgang fehle** (Bamberger/Roth/Grothe, § 346 Rn 61; Erman/Bezenberger, § 346 Rn 34; Schwab JuS 2002, 630) oder lediglich das Vertretenmüssen i. S. der §§ 280 I 2, 276 BGB zu verneinen sei (Palandt/Grüneberg, § 346 Rn 15, 18; Prütting/Wegen/Weinreich, § 346 Rn 26).

Diese Frage kann hier jedoch dahin gestellt bleiben, denn **Auswirkungen hat der unterschiedliche Ansatzpunkt lediglich für die Darlegungs- und Beweislast**: Während die Pflichtverletzung vom Gläubiger des Ersatzanspruchs nach §§ 346 IV, 280 I BGB zu beweisen ist, muss der Rückgewährschuldner nach § 280 I 2 BGB darlegen und beweisen, dass er die Pflichtverletzung nicht zu vertreten hat (OLG Frankfurt a. M.).

BGB
§ 442 I 1

Sachmangel maßgeblicher Zeitpunkt der Sachmangelkenntnis (BGH in NJW 2011, 2953; Urteil vom 27.05.2011 – V ZR 122/10)

BGB

Hat der **Käufer bei Abschluss eines formnichtigen**, erst durch die Grundbucheintragung wirksam gewordenen **Kaufvertrags keine Kenntnis von dem Sachmangel**, ist **§ 442 BGB nicht anwendbar**, wenn er den Sachmangel im Zeitpunkt der Eintragung kennt.

- I. Es ist **umstritten, auf welchen Zeitpunkt es für die Kenntnis des Käufers ankommt**, wenn ein formunwirksamer Grundstückskaufvertrag erst mit seiner Eintragung in das Grundbuch nach § 311b I 2 BGB wirksam wird.
 - Der **BGH** hat bislang nur entschieden, dass es jedenfalls dann auf den Zeitpunkt der Abgabe der Willenserklärung ankommt, wenn der Käufer die Unwirksamkeit des Vertrags nicht kennt (BGH NJW 1989, 2050).
 - Demgegenüber wird zum Teil angenommen, dass stets der Kenntnisstand des Käufers im Zeitpunkt seiner Eintragung in das Grundbuch maßgeblich sei (OLG Hamm NJW 1986, 136; Soergel/Huber, BGB, 12. Aufl., § 460 a.F. Rn 18; MüKo-BGB/Westermann, § 442 Rn 6; Palandt/Grüneberg, BGB, 70. Aufl., § 311b Rn 56).
 - Nach **anderer Auffassung** schadet eine zwischen Vertragsschluss und Eintragung in das Grundbuch erlangte Kenntnis von Mängeln grds. nicht (Bamberger/Roth, BGB, 2. Aufl., § 442 Rn 10; Erman/Grunewald,

§ 442 Rn 8; Palandt/Weidenkaff, § 442 Rn 8; Prütting/Wegen/Weinreich, BGB, 6. Aufl., § 442 Rn 8; Köhler JZ 1989, 761; Tiedtke JZ 1990, 75; im Grundsatz auch Staudinger/Matusche-Beckmann, BGB, Neubearb. 2004, § 442 Rn 15; differenzierend Kanzleiter, DNotZ 1986, 747 = NJW 1986, 136).

II. Nach **BGH aaO** verdient die **zuletzt genannte Auffassung den Vorzug**.

1. Der Vorschrift des § 442 I BGB liegt der Gedanke zu Grunde, dass der Käufer nicht in seinen berechtigten Erwartungen enttäuscht wird, wenn er den Kauf trotz des Mangels gewollt hat (BGH NJW 1989, 2050 zu § 460 BGB a.F.). **Kennt er bei Abgabe seiner Willenserklärung einen Mangel der Kaufsache, kann insbesondere angenommen werden, dass er den vereinbarten Kaufpreis auch in Ansehung des Mangels für angemessen hielt** oder aus sonstigen Gründen bereit war, diesen aufzuwenden.

*„Ein solcher **Schluss ist nicht gerechtfertigt, wenn ein Käufer, der erst nach Abgabe der beiderseitigen auf den Vertragsschluss gerichteten Willenserklärungen von Mängeln der Kaufsache erfährt, die Heilung des Vertrags fördert oder jedenfalls nicht verhindert. Er bringt damit nicht konkludent zum Ausdruck, auf Rechte wegen dieser Mängel zu verzichten, sondern gibt lediglich zu erkennen, dass er sich nicht auf den Formmangel berufen möchte, also an den getroffenen Vereinbarungen festhalten und diesen – mit allen sich daraus ergebenden Rechten und Pflichten – zur Wirksamkeit verhelfen will. Da ebenso wie im Fall der Heilung nach § 311b I 2 BGB die tatsächliche Vermutung gerechtfertigt ist, dass die Vertragspartner einander das Gleiche wie bei Abschluss des Vertrags gewähren wollen (BGHZ 32, 11 = NJW 1960, 525; auch Krüger/Hertel, Der Grundstückskauf, 9. Aufl., Rn 178 ff.), ist im Zweifel anzunehmen, dass eine Vertragspartei, die die Eigentumsumschreibung fördert bzw. nicht verhindert, von dem Willen geleitet ist, den Vertrag so zu behandeln, als wäre er von Anfang an wirksam (vgl. Tiedtke JZ 1990, 75). Dazu gehört, dass der Verkäufer gemäß den getroffenen Vereinbarungen für Mängel haftet, die bei den Vertragsverhandlungen keine Berücksichtigung gefunden haben, weil sie dem Käufer erst nach Abschluss des (noch unwirksamen) Vertrags bekannt geworden sind.“*** (BGH aaO)

2. Auch die **Interessen des Verkäufers** rechtfertigen es nicht, auf die Heilung als maßgeblichen Zeitpunkt der Kenntniserlangung i. S. von § 442 I BGB abzustellen.

*„**Kennt er den Formmangel nicht, muss er ohnehin mit der Haftung für Mängel rechnen, die dem Käufer bei Abschluss des Vertrags unbekannt waren. Es ist auch nicht treuwidrig, wenn der Käufer ihn nicht auf die Möglichkeit hinweist, den noch unwirksamen Vertrag nach den §§ 812 ff. BGB rückabzuwickeln, um auf diese Weise der Haftung zu entgehen. Denn hierdurch handelte der Käufer, weil er dann das Risiko zwischenzeitlicher Dispositionen und vor allem das Insolvenzrisiko hinsichtlich des gezahlten Kaufpreises trüge, gegen seine eigenen Interessen (so zutreffend Köhler JZ 1989, 761). Weiß der Verkäufer hingegen um die Formunwirksamkeit und verhindert er seinerseits nicht die Eintragung seines Vertragspartners in das Grundbuch, gibt auch er zu erkennen, dass er an dem Vertrag festhalten möchte und damit bereit ist, für etwaige Sachmängel so einzustehen, als wäre der Vertrag von Anfang an wirksam gewesen. Dass der Käufer auf diese Weise, z. B. über eine Minderung, eine Kaufpreisreduzierung durchsetzen kann, über die die Parteien nicht verhandelt haben, ist nicht unbillig (a. A. OLG Hamm NJW 1986, 136). Denn auch insoweit steht der Verkäufer nicht anders als er stünde, wenn der Vertrag von Anfang an wirksam gewesen wäre.“** (BGH aaO)*

BGB
§§ 713, 670

**Aufwendungsersatzanspruch eines GbR-Gesellschafters
vor Auseinandersetzung**

BGB

(BGH in DStR 2011, 827; Urteil vom 22.02.2011 – II ZR 158/09)

Bereits **vor der Auseinandersetzung einer GbR kann jeder Gesellschafter** die von ihm gemachten **Aufwendungen**, die er den Umständen nach für erforderlich halten durfte, **von der Gesellschaft ersetzt verlangen oder**, wenn der Gesellschaft selbst keine freien Mittel zur Verfügung stehen, die **Mitgesellschafter auf Aufwendungsersatz** – beschränkt auf deren Verlustanteil – **in Anspruch nehmen**.

- I. Zwar richtet sich der **durch §§ 713, 670 BGB begründete Ersatzanspruch** gegen die Gesellschaft als solche und ist somit aus deren Vermögen zu begleichen. Der Gesellschafter kann allerdings **gegen seine Mitgesellschafter beschränkt auf deren Verlustanteil – Rückgriff nehmen, wenn er aus der Gesellschaftskasse keinen Ausgleich erlangen kann** (BGH NJW 1980, 339; BGH DStR 2002, 319).

Diese Voraussetzung ist nicht erst gegeben, wenn die Zwangsvollstreckung in das Gesellschaftsvermögen aussichtslos wäre. Es **genügt vielmehr, dass der Gesellschaft freie Mittel nicht zur Verfügung stehen**.

- II. Der **Aufwendungsersatzanspruch** des GbR-Gesellschafters aus §§ 713, 670 BGB **unterliegt auch keiner Durchsetzungssperre**.

*„Zwar würde die Auflösung der Gesellschaft dazu führen, dass die Gesellschafter die ihnen gegen die Gesellschaft und die Mitgesellschafter zustehenden Ansprüche nicht mehr selbständig im Wege der Leistungsklage durchsetzen könnten, diese Ansprüche vielmehr als **unselbständige Rechnungsposten in die Schlussrechnung aufzunehmen** wären (st. Rspr., vgl. nur BGH DStR 2006, 1238 m. w. Nachw.).“* (BGH aaO)

StGB
§§ 283 I, 283b I

Bankrott

StGB

Gleichzeitigkeit von Krise und Nichterstellung der Bilanz

(OLG Stuttgart in NSTZ-RR 2011, 277; Urteil vom 30.05.2011 – 1 Ss 851/10)

Ein **Bankrott** nach § 283 I Nr. 7b, VI StGB **erfordert die Gleichzeitigkeit von Krise und Nichterstellung der Bilanz im hierfür vorgeschriebenen Zeitraum**. Tritt eine **Überschuldung** oder **zumindest eine drohende Zahlungsunfähigkeit erst später ein, kommt nur eine Strafbarkeit nach § 283b I Nr. 3b StGB in Betracht**.

*„Die **Nichtbilanzierung bei Eintritt der Krise** nach Ablauf der vorgeschriebenen Frist [wird] von § 283 I Nr. 7b StGB seinem **klaren Wortlaut nach nicht (mehr) regelnd erfasst**. Etwas anderes kann auch den Gesetzesmaterialien zur Entstehung der Norm*

(Entwurf eines Ersten Gesetzes zur Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität (1. WiKG), BT-Dr. 7/3441) nicht entnommen werden. Eine entgegenstehende, an den oben genannten Erwägungen und auch an Sinn und Zweck der Norm orientierte Auslegung verbietet der Wortsinn des Gesetzes, der bei einer Strafbestimmung unübersteigbar ist (Art. 103 II GG; vgl. BVerfG, Beschl. v. 7. 3. 2011 – 1 BvR 388/05 m. w. Nachw.).

Für dieses Ergebnis spricht auch folgende Überlegung: Besteht die Krise bereits bei Ablauf der für die Bilanzierung vorgesehenen Frist, verstößt der Betr. gleich zu Beginn nicht nur gegen die Bilanzierungspflicht, sondern er tut dies zudem in einer Situation, in der seinem Verhalten wegen der Krise ein **erhöhter Unrechtsgehalt** – nämlich der des § 283 StGB – zukommt. Damit zeigt er eine **höhere kriminelle Energie**, als wenn er diesen Unrechtsgehalt in zwei zeitlich gestaffelten Teilstufen – erst Nichtbilanzierung in der vorgesehenen Zeit, dann Eintritt der Krise – verwirklicht. Denn in diesem Fall hat der Bilanzierungspflichtige sich zu dem Zeitpunkt, in dem die Krise eintritt, ohnehin bereits – wenn auch nur nach dem mit einem milderen Strafrahmen versehenen § 283b StGB – strafbar gemacht und befindet sich somit bereits in „kriminellem Fahrwasser“, so dass die weitere Untätigkeit beim späteren Eintritt der Krise jedenfalls keine spürbar größere kriminelle Energie mehr erfordert.“ (OLG Stuttgart aaO)

StGB
§ 235 IV Nr. 2

Entziehung Minderjähriger Bereicherungsabsicht

StGB

(BGH in NStZ 2011, 457; Beschluss vom 14.07.2010 – 2 StR 104/10)

Die **Bereicherungsabsicht des § 235 IV Nr. 2 Alt. 2 StGB** ist ebenso wie die Tatbegehung gegen Entgelt nach § 235 IV Nr. 2 Alt. 1 StGB **kein besonderes persönliches Merkmal i.S.v. § 28 StGB**.

I. Soweit ersichtlich, **hat die Rspr. noch nicht entschieden, ob die Bereicherungsabsicht i.S.v. § 235 IV Nr. 2 StGB ein besonderes persönliches Merkmal gem. § 28 StGB** darstellt.

Die **Lit.** qualifiziert die **Bereicherungsabsicht als tatbezogenes Merkmal** mit der Folge, dass § 28 StGB keine Anwendung findet (LK-Roxin, StGB, 11. Aufl., § 28 Rn 38; Schönke/Schröder-Heine, StGB, § 28 Rn 11; Kühl, StrafR AT, 6. Aufl., § 20 Rn 159; Stratenwerth/Kuhlen, StrafR AT I, 5. Aufl., § 12 Rn 195 ff.; a.A. SK-StGB-Hoyer 6. Aufl., § 28 Rn 24ff.).

II. **BGH aaO folgt der in der Lit. vertretenen Ansicht.**

1. Bei der **Bereicherungsabsicht** als Absichtsmerkmal handelt es sich um eine **überschießende Innentendenz**, die i. d. Regel nicht ein besonderes persönliches Merkmal i.S.v. § 28 StGB, sondern ein **tatbezogenes Merkmal** darstellt.

„Grund hierfür ist deren (Delikts)Charakter als **erfolgskupiertes Delikt**: Die Bereicherungsabsicht erscheint anstelle eines äußeren Merkmals im Tatbestand und stellt damit ein verkapptes Element des äußeren Tatgeschehens dar. Sie ist daher **funktionell sachlicher Natur**. Durch die bloße Vorverlagerung des Vollendungszeitpunkts kann ein sonst eindeutig tatbezogenes Merkmal (wie die Bereicherung) sich nicht in ein täterbezogenes verwandeln. Hierauf hat der BGH bereits in seiner Grundsatzentscheidung zur Qualifizierung der niedrigen Beweggründe als besondere persönliche Merkmale i.S.v. § 28 StGB hingewiesen (BGHSt 22, 375).“ (BGH aaO)

2. Der **Umstand, dass die Bereicherungsabsicht** im Kontext von § 235 IV Nr. 2 StGB einen **Qualifikationstatbestand darstellt**, ändert an der Einordnung als **tatbezogenes Merkmal nichts** (vgl. LK-Gribbohm, 11. Aufl., § 235 Rn 123).

Dementsprechend betrachten Rspr. und h. L. z.B. auch im Rahmen von § 271 III StGB, der das gleiche Qualifikationsmerkmal enthält wie § 235 IV Nr. 2 StGB, die Bereicherungsabsicht als tatbezogenes Merkmal (BGH StV 2009, 589, 591; LK-Zieschang, 12. Aufl., § 271 Rn 108; NK-Puppe, 3. Aufl., § 271 Rn 66; Schönke/Schröder-Cramer/Heine, 28. Aufl., § 271 Rn 45; a.A. SK-StGB-Hoyer, StGB, § 271 Rn 36).

3. Der **Schutzzweck des § 235 IV Nr. 2 StGB** legt ebenfalls eine Tatbezogenheit seiner Qualifikationsmerkmale nahe.

„Die Reformierung des Tatbestandes der Entziehung Minderjähriger diene insbes. der **Eindämmung des organisierten und kommerziellen Kinderhandels** (BT-Dr 13/8587, S. 23). Sofern die Tathandlung gegen Entgelt oder in Bereicherungsabsicht vorgenommen wird, handelt es sich typischerweise um kommerziellen und professionellen Kinderhandel, was mit einer **Erhöhung des Tatunrechts** und einer **Steigerung der Gefährlichkeit** für die durch § 235 StGB geschützten Rechtsgüter einhergeht. Besonders deutlich wird dies bei der Alternative der Tatbegehung gegen Entgelt gem. § 235 IV Nr. 2 StGB. Strafschärfungsgrund ist hier der Umstand, dass die Tat gegen eine Gegenleistung erfolgt. Hierbei handelt es sich, wie bereits oben ausgeführt, zweifelsfrei um einen die Tat beschreibenden Faktor. **Nichts anderes gilt auch für die Bereicherungsabsicht.**“ (BGH aaO)

StGB
§ 174c

sexueller Missbrauch Ausnutzung eines Behandlungsverhältnisses

StGB

(OLG Celle in NStZ-RR 2011, 274; Beschluss vom 08.03.2011 – 32 Ss 17/11)

Der **Tatbestand des § 174c I StGB** ist auch dann erfüllt, wenn der **behandelnde Arzt an einer vorübergehend körperlich erkrankten Person im Rahmen einer Heilbehandlung** unter Ausnutzung des der Therapie zu Grunde liegenden Vertrauensverhältnisses und der therapiebedingten physischen Rahmenbedingungen **sexuelle Handlungen vornimmt**.

„Durch die Aufnahme des Begriffs der Krankheit werden vom **Tatbestand auch gewöhnliche Arztbesuche bei nur einfachen und kurzfristigen Erkrankungen erfasst** (vgl. Schönke/Schröder, StGB, 28. Aufl., § 174c Rn 4a).

Normzweck der Vorschrift ist auf der einen Seite der **Schutz der sexuellen Selbstbestimmung von Personen, die wegen einer körperlichen oder psychischen Beeinträchtigung auf eine Beratung, Betreuung oder Behandlung angewiesen sind**, daneben – oder sogar in erster Linie – schützt die Norm aber auch die **Störungsfreiheit eines Behandlungs-, Betreuungs- oder Beratungsverhältnisses** (vgl. MüKo-StGB/Renzikowski, § 174c Rn 1f.). Deshalb unterfallen dem Schutzbereich der Vorschrift nicht nur die Personen, die wegen einer seelischen bzw. einer geistigen Behinderung oder auch einer Suchterkrankung in ihrer Fähigkeit zur

sexuellen Selbstbestimmung eingeschränkt sind, sondern auch solche Personen, die von derartigen Einschränkungen nicht betroffen sind, etwa weil sie ausschließlich an körperlichen Erkrankungen leiden.“ (OLG Celle aaO)

StGB
§ 250 II Nr. 3b

Schwerer Raub
lebensgefährdende Behandlung nach Tatvollendung
(BGH in NStZ 2011, 451; Beschluss vom 08.04.2010 – 2 StR 17/10)

StGB

Die **qualifizierende Wirkung einer konkreten Lebensgefährdung des Raubopfers** nach Vollendung der Tat oder Scheitern ihres Versuchs **scheidet aus, wenn die** die Lebensgefahr verursachende **Handlung nicht mit der Motivation der Beutesicherung vorgenommen wird.**

- I. Entgegen der in der Lit. vorherrschenden Ansicht hat der **BGH** die Qualifikationswirkung in dem Zeitraum zwischen Vollendung des Raubs und Beendigung der Tat (§ 78a StGB) daher für möglich gehalten, wenn der Täter zu diesem Zeitpunkt zwar nicht mehr mit Wegnahmevorsatz, aber mit der Absicht der Beutesicherung handelt.

vgl. BGHSt 53, 234 [zu § 250 II Nr. 3a]; BGHSt 20, 194 [zu § 250 I Nr. 1 a.F.]; BGHSt 52, 376; BGH NStZ-RR 2008, 342 [zu § 250 II Nr. 1 StGB]; Fischer, 57. Aufl., § 250 Rn 14, 26 m. w. Nachw.; a.A. etwa MüKo-StGB/Sander, § 250 Rn 65; Satzger/Schmitt/Widmaier, StGB, § 250 Rn 27 – jew. m. w. Nachw.; vgl. dazu auch Nestler JR 2010, 100ff.

- II. **Auf die Streitfrage**, ob die zeitliche Grenze für die Qualifikation schon mit der Vollendung der Tat – entsprechend: mit Fehlschlag des Versuchs – anzunehmen ist, **kommt es nicht an, wenn eine Qualifikationswirkung nach diesem Zeitpunkt jedenfalls fortbestehende Beutesicherungsabsicht des Täters voraussetzt.**

Dies ist, soweit ersichtlich, **für den Fall des § 250 II Nr. 3b StGB bisher nicht entschieden.** BGH aaO ist der Ansicht, dass ein sachlicher Grund für eine von den anderen genannten Fällen abweichende Auslegung nicht besteht.

„Auch die qualifizierende Wirkung einer konkreten Lebensgefährdung „durch die Tat“ nach §§ 249, 255 StGB setzt daher jedenfalls voraus, dass **die die Lebensgefahr verursachende Handlung (noch) vom Vorsatz der Tatbestandsverwirklichung, nach Vollendung von Beutesicherungsabsicht getragen ist.** Im Fall der Lebensgefährdung nach Fehlschlag des Versuchs der räuberischen Erpressung kommt die Anwendung der Qualifikation daher nicht in Betracht, da Beutesicherungsabsicht hier ausscheidet.

Soweit Entscheidungen des BGH zu § 251 StGB entnommen werden könnte, dass die Anwendung von § 251 StGB nach Raubvollendung auch dann nicht ausgeschlossen sein soll, wenn der Einsatz nicht mehr der Beutesicherung, sondern (nur noch) der „bloßen Fluchtsicherung“ dient (vgl. BGHSt 38, 295; die Entscheidung spricht an anderer Stelle allerdings von „Flucht- und Beutesicherung“), so kann hier dahinstehen, ob hieran unter Berücksichtigung der neuen Rspr. zu den Qualifikationsfällen des § 250 StGB (sowie auch zu § 176a V und § 177 IV StGB) festzuhalten wäre.“ (BGH aaO)

VIG
§ 1 I

Verbraucherinformationsanspruch
keine Einschränkung des presserechtl. Informationsanspruchs
(VGH Mannheim in NVwZ 2011, 958; Beschluss vom 10.05.2011 – 1 S 570/11)

öfFR

Der **Verbraucherinformationsanspruch nach § 1 I VIG** schränkt den **Informationsanspruch der Presse** nach § 4 I BadWürttPresseG **nicht ein.**

- I. Nach **§ 1 I Nr. 3 VIG** hat jeder nach Maßgabe dieses Gesetzes Anspruch auf freien Zugang zu allen Daten über die Kennzeichnung, Herkunft, Beschaffenheit, Verwendung sowie das Herstellen oder das Behandeln von Erzeugnissen sowie über Abweichungen von Rechtsvorschriften über diese Merkmale und Tätigkeiten.

Der Zugang zu diesen Daten erfolgt nur nach Maßgabe des im VIG geregelten Verfahrens:

- So ist nach § 3 I VIG die Information nur auf **schriftlichen Antrag** zu erteilen.
- Nach § 4 VIG ist **Dritten, deren Belange** durch den Antrag auf Informationszugang betroffen **sind, vor der Entscheidung schriftlich Gelegenheit zur Stellungnahme** zu geben.

Darunter fallen nicht nur die Unternehmen, die ein beanstandetes Lebensmittel herstellen, sondern auch unentgeltliche Beilagen i. S. von Art. 3 Nr. 8 Verordnung (EG) Nr. 178/2002 in den Verkehr bringen (§ 3 Nr. 1 LFGB für kosmetische Mittel). Der Informationszugang darf erst erfolgen, wenn die Entscheidung bestandskräftig ist oder zwei Wochen nach Anordnung der sofortigen Vollziehung (§ 4 III 3 VIG).

„**Ziel des Verbraucherinformationsgesetzes ist die Gewährleistung einer umfassenden Information der Verbraucherinnen und Verbraucher;** diesen wird hierdurch Zugang zu den bei den Behörden vorhandenen Informationen im Anwendungsbereich des LFGB eröffnet (vgl. BT-Dr 16/5404). Aus diesem Auskunftsanspruch für jedermann folgt, dass auch Journalisten und Verlage unter den dort genannten gesetzlichen Voraussetzungen und unter Beachtung der Anforderungen hinsichtlich des Verfahrens Auskunft über die speziellen Daten und Informationen im Lebensmittel- und Kosmetikbereich erhalten können.“ (VGH Mannheim aaO)

- II. Die **Erweiterung des Rechts der Verbraucherinformation** durch das Verbraucherinformationsgesetz **bedeutet indes nicht, dass hierdurch bestehende presserechtliche Auskunftsansprüche beschnitten werden sollten,** die Regelungen ergänzen sich vielmehr.

„Der Informationsanspruch für Verbraucher ist auf den einzelnen Verbraucher zugeschnitten, ohne die Presse hiervon auszuschließen. Der **presserechtliche Auskunftsanspruch dient hingegen der Erfüllung der öffentlichen Aufgabe der Presse** und hängt anders als das Verbraucherinformationsgesetz im Interesse einer zeitnahen Informationsbeschaffung nicht von besonderen verfahrensmäßigen Anforderungen ab. Mit der Gewährleistung der Pressefreiheit trägt das Grundgesetz der **besonderen Bedeutung der Presse in einem freiheitlichen demokratischen Staatswesen** Rechnung. Es schützt und sichert die

Aufgabe der Presse, an dem Prozess der Bildung der öffentlichen Meinung teilzunehmen und dadurch an der politischen Willensbildung des Volkes mitzuwirken. Daraus folgt die Pflicht des Staates, diese Aufgabe der Presse zu respektieren. Hierzu gehört auch die Pflicht zur Erteilung von Auskünften. Einer freiheitlich-demokratischen Grundordnung entspricht ein Verhalten der Behörden, das in Angelegenheiten von öffentlichem Interesse von Offenheit geprägt ist. Es erfordert die Bereitschaft, dem Bürger diese Angelegenheiten dadurch durchsichtig zu machen, dass der Presse (wie auch den anderen Medien) durch eine großzügige Informationspolitik eine genaue und gründliche Berichterstattung ermöglicht wird (vgl. BVerwGE 70, 310 = NJW 1985, 1655 = NVwZ 1985, 587). Mit der besonderen Bedeutung der Presse wäre es unvereinbar, wenn der presserechtliche Informationsanspruch durch den Auskunftsanspruch nach dem Verbraucherinformationsgesetz verdrängt würde (vgl. im Verhältnis zum Informationsfreiheitsgesetz auch OVG Münster NJW 2005, 618; Löffler/Ricker, Hdb. d. PresseR, 5. Aufl., S. 141 Rn 5a).“ (VGH Mannheim aaO)

- III. Etwas Anderes lässt sich weder dem **Wortlaut** noch **Sinn und Zweck des Verbraucherinformationsgesetzes** entnehmen.

„Auch § 1 V BadWürttPresseG, wonach die Presse Gesetzen, die für jedermann gelten, unterworfen ist, steht dem nicht entgegen. Aus dieser Vorschrift ist in diesem Zusammenhang lediglich zu folgern, dass ein Pressevertreter, soweit er einen Auskunftsanspruch nach dem Verbraucherinformationsgesetz geltend macht, – wie jedermann auch – den dortigen Regelungen unterworfen ist, nicht jedoch, dass hierdurch der presserechtliche Auskunftsanspruch beschränkt wird.“ (VGH Mannheim aaO)

HessVwKostO
Nr. 5322

Polizeieinsatz
keine Gebührentragungspflicht eines Minderjährigen
(VGH Kassel in NVwZ 2011, 893; Beschluss vom 23.03.2011 – 5 A 2224/10)

öffR

Ein zwölf Jahre alter **Minderjähriger ist nicht Gebührenschnldner eines von ihm verursachten Polizeieinsatzes**, da ihm die insoweit **erforderliche Handlungsfähigkeit fehlt**. Dies gilt auch dann, wenn er den Polizeieinsatz durch Vortäuschen einer Gefahrenlage oder einer Straftat verursacht hat.

- I. Wird eine Amtshandlung auf Veranlassung, aber ohne Antragstellung eines Minderjährigen vorgenommen, so ist er als Kostenschuldner anzusehen, sofern er auch **für die kostenpflichtige Amtshandlung handlungsfähig** ist (Schlabach, GebührenR der Verwaltung, 35. Lfg. 2008, 3.2 § 13 Rn 14; Böhm/Fabry, Hess. VerwaltungsgebührenR, Erl. § 11 Rn 8).

*„Grds. Abschluss über die Handlungsfähigkeit – also die Fähigkeit zur Vornahme von Verfahrenshandlungen – gibt § 12 Hess-VwVfG: Nach Abs. 1 Nr. 2 dieser Vorschrift sind handlungsfähig „natürliche Personen, die nach bürgerlichem Recht in der Geschäftsfähigkeit beschränkt sind, soweit sie für den Gegenstand des Verfahrens durch Vorschriften des bürgerlichen Rechts als geschäftsfähig oder durch Vorschriften des öffentlichen Rechts als handlungsfähig anerkannt sind“. Vorschriften, die für das vorliegende Verfahren die Geschäftsfähigkeit oder die Handlungsfähigkeit des zwölfjährigen Kl. ausdrücklich normieren, bestehen nicht. Insbes. wird die Kostenschuldnerschaft des Kl. nicht durch die Polizeipflichtigkeit gem. § 6 des Hessischen Gesetzes über die öffentliche Sicherheit und Ordnung – HessSOG – begründet. Die **Polizeipflichtigkeit** – also die Fähigkeit, Adressat einer Maßnahme der Gefahrenabwehr zu sein – **ist altersunabhängig und Verschuldens-, Schuld- und Zurechnungsfähigkeit spielen für die Verantwortlichkeit keine Rolle**. Dies gilt jedoch nicht hinsichtlich der Kostentragungspflicht für **polizeiliche Maßnahmen der Gefahrenabwehr**, jedenfalls insoweit, als dem Gebührentatbestand eine subjektive Komponente innewohnt. Vor diesem Hintergrund fehlt dem Kl. die Geschäfts-/Handlungsfähigkeit, so dass er nicht Kostenschuldner des Polizeieinsatzes sein kann. Dies gilt i. Ü. auch, wenn man wegen der polizeirechtlichen Beziehung auf die Strafmündigkeit des Minderjährigen – schuldfähig erst ab 14 Jahren (§ 19 StGB) – (vgl. dazu Schlabach, VerwKostG, § 13 Rn 6) oder – in entsprechender Anwendung – auf die deliktische Haftungsregelung des § 828 BGB zurückgreifen würde, da dem Kl. im vorliegenden Zusammenhang die zur Erkenntnis der Verantwortlichkeit erforderliche Einsicht fehlt.“ (VGH Kassel aaO)*

- II. VGH Kassel aaO teilt darüber hinaus auch nicht die Auffassung, für die Erfüllung des Tatbestandes der Gebührenziffer 5322 Alt. 2 der Anlage 1 zur Verwaltungskostenordnung für den Geschäftsbereich des Ministeriums des Inneren und für Sport – Vortäuschen einer Gefahrenlage oder einer Straftat – reiche es aus, dass die Täuschungshandlung vorsätzlich begangen werde, die damit in Gang gesetzte Kausalkette dem Täuschenden jedoch zugerechnet werden müsse, ohne dass es dabei auf sein Verschulden ankomme.

„Das VG hat unter Hinweis auf die Urteile des VG Arnsberg (BeckRS 2010, 47624 und BeckRS 2010, 48091) zu gleichartigen Gebührentatbeständen in Nordrhein-Westfalen ausgeführt, die 2. Alternative der Gebührenziffer 5322 erfasse den Fall, in dem die missbräuchliche Alarmierung nicht selbst, sondern durch einen Dritten erfolge, dem eine Gefahrenlage vorgespiegelt werde, um ihn zur Alarmierung der Polizei zu veranlassen. Gemeinsam sei beiden Alternativen des Gebührentatbestandes die Zielrichtung der entsprechenden Täuschungshandlung, mit der absichtlich ein Fehleinsatz der Polizei herbeigeführt werden solle. Das vorwerfbar Verhalten, das eine der Höhe nach nicht beschränkte Kostenpflicht für einen Polizeieinsatz nach der Gebührenziffer 5322 auslöse, bestehe darin, dass der Polizeieinsatz absichtlich herbeigeführt werde, obwohl in Wahrheit keine Gefahrenlage bestehe. Die Zielrichtung, einen letztlich unnötigen Polizeieinsatz auszulösen, stelle eine Steigerung gegenüber der vorstehenden Gebührenziffer 5321 dar, nach der bei grob fahrlässiger Alarmierung der Polizei Kosten in Höhe eines festen Betrags von 125 € erhoben würden. Es reiche deshalb nicht aus, wenn jemand durch sein Verhalten einen Polizeieinsatz verursache, ohne dass dies Ziel seines Handelns sei.

Diese Auffassung teilt der Senat: Zu Recht weist das VG Arnsberg in diesem Zusammenhang darauf hin, dass nicht angenommen werden könne, dass der Verordnungsgeber an Tathandlungen, die sich in ihrem Unwertgehalt derart deutlich unterscheiden, die gleiche Rechtsfolge (nach hessischem Recht für beide Alternativen der Gebührenziffer 5322 eine der Höhe nach nicht beschränkte Kostenpflicht) habe anknüpfen wollen.“ (VGH Kassel aaO)

Entscheidungen VerfahrensrechtZPO
§§ 717 III, 32**Vollstreckungsrechtlicher Erstattungsanspruch
Bestimmung des Gerichtsstands**

ZPO

(BGH in NJW 2011, 2518; Urteil vom 05.05.2011 – IX ZR 176/10)

1. Der Gerichtsstand des § 32 ZPO ist **ausgeschlossen für Bereicherungsansprüche**.
2. Bei der Verweisung auf das Bereicherungsrecht in § 717 III 3 ZPO handelt es sich um eine Rechtsfolgenverweisung. Der Anspruch aus **§ 717 III 2 ZPO ist kein bereicherungsrechtlicher Anspruch**.
3. Der Gerichtsstand des § 32 ZPO ist auch eröffnet für alle **Ansprüche aus Gefährdungshaftung**.
4. Bei § 717 III 2 ZPO handelt es sich um einen solchen Gefährdungshaftungstatbestand.
5. **§ 717 III 2 ZPO setzt**, anders als § 717 II 1 ZPO **nicht die Einleitung von Vollstreckungsmaßnahmen** oder die Zahlung unter **Vollstreckungsdruck** voraus.

Fall: Der Bekl., der seinen Wohnsitz in Monaco hat, nahm die Kl., deren Sitz in Hamburg ist, im Jahr 2003 auf Zahlung einer Lizenzgebühr von 60.000 Euro und vorgerichtlicher Mahnkosten von 1.253,69 Euro, jeweils nebst Zinsen, in Anspruch. Die Kl. wurde in zwei Instanzen zur Zahlung der Lizenzgebühr verurteilt. Nach Abschluss der Berufungsinstanz ließ die Kl. den Bekl. fragen, ob sofort gezahlt oder der Ausgang des Revisionsverfahrens abgewartet werden solle. Der Bekl. ließ antworten, dass er umgehend Zahlung zu Händen seiner Prozessbevollmächtigten wünsche. Daraufhin zahlte die Kl. Mit Urteil vom 05.06.2008 hob der BGH (NJW 2008, 3782 = GRUR 2008, 1124) das Berufungsurteil auf, soweit zum Nachteil der Kl. erkannt worden war, und wies die Klage ab. Der Bekl. weigerte sich, die Lizenzgebühr zurückzuzahlen, weil er Verfassungsbeschwerde gegen das genannte Urteil einlegen wollte.

Im vorliegenden Rechtsstreit hat die Kl. zunächst Rückzahlung der Lizenzgebühr sowie vorgerichtlicher Mahnkosten nebst Zinsen verlangt und beantragt, den Bekl. zu verurteilen, an sie 61.253,69 Euro nebst Zinsen in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 24. 1. 2004 zu zahlen.

Das LG hat den Bekl. unter Abweisung der weitergehenden Klage zur Zahlung von 60.000 Euro nebst Zinsen seit dem 14.10.2008 verurteilt. Auf die Berufung des Bekl. hat das BerGer. seine internationale Zuständigkeit verneint und die Klage als unzulässig abgewiesen (OLG Hamburg, Urt. v. 14.09. 2010 – 7 U 54/09, BeckRS 2011, 15223). Zu Recht?

Die Klage ist unzulässig, wenn das angerufene Gericht für die Entscheidung des Rechtsstreits nicht zuständig ist.

I. Rechtsgrundlagen für die Bestimmung der internationalen Zuständigkeit

Gemäß Art. 4 I der Verordnung (EG) Nr. 44/2001 des Rates vom 22.12.2000 über die gerichtliche Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen (EuGVVO) bestimmt sich die Zuständigkeit der Gerichte eines jeden Mitgliedstaates der Europäischen Union nach dessen eigenen Gesetzen, wenn der Beklagte keinen Wohnsitz im Hoheitsgebiet eines Mitgliedstaats hat. Der Bekl. hat seinen Wohnsitz in Monaco. Das Fürstentum Monaco ist nicht Mitglied der Europäischen Union.

Demnach bestimmt sich die internationale **Zuständigkeit des Gerichts nach der deutschen Rechtsordnung**.

„Die Vorschriften der (deutschen) ZPO über die örtliche Zuständigkeit (§§ 12 ff. ZPO) regeln mittelbar auch die Abgrenzung zwischen der Zuständigkeit deutscher und ausländischer Gerichte (BGHZ 184, 313 = NJW 2010, 1752 = GRUR 2010, 461 Rn 7). Soweit nach diesen Vorschriften ein deutsches Gericht örtlich zuständig ist, ist es im Verhältnis zu den ausländischen Gerichten auch international zuständig (BGHZ 44, 46 = NJW 1965, 1665; BGHZ 132, 105 [107] = NJW 1996, 1411; BGHZ 134, 116 [117] = NJW 1997, 657; BGH, NJW 1999, 1395 = WM 1999, 226 [227]; BGHZ 184, 313 = NJW 2010, 1752 = GRUR 2010, 461).“ (BGH aaO)

II. Bestimmung des Gerichtsstandes nach der ZPO

Es könnte der **besondere Gerichtsstand der unerlaubten Handlung** nach § 32 ZPO gegeben sein. Dann müsste ein Anspruch aus einer solchen geltend gemacht werden. Hier geht es um die Erstattung eines Zahlungsbetrages, den die Kl. auf der Grundlage eines nur vor-

läufig vollstreckbaren Urteils an den Bekl. gezahlt hat. Dieser hat nach Aufhebung des vorläufig vollstreckbaren Urteils nach § 717 III 2-4 ZPO einen **Anspruch auf Erstattung des gezahlten Betrages**. Fraglich ist jedoch, ob es sich hierbei um einen Anspruch aus unerlaubter Handlung im Sinne des § 32 ZPO handelt.

1. Auslegung des Begriffs der unerlaubten Handlung in § 32 ZPO

Der Begriff der unerlaubten Handlung in § 32 ZPO könnte auf Schadensersatzansprüche begrenzt sein. Beim Anspruch nach § 717 III ZPO handelt es sich jedoch um einen Erstattungsanspruch. Fraglich ist, wie der Begriff der unerlaubten Handlung in § 32 ZPO zu verstehen ist.

„Die Vorschrift des § 32 ZPO gilt

- für unerlaubte Handlungen i.S.d. §§ 823 ff. BGB (unerlaubte Handlungen im engeren Sinne),
- für **rechtswidrige Eingriffe in eine fremde Rechtssphäre** (BGH, NJW 1956, 911 = GRUR 1956, 297; Stein/Jonas/Roth, ZPO, 22. Aufl., § 32 Rn 18; Wieczorek/Schütze/Hausmann, ZPO, 3. Aufl., § 32 Rn 4)
- und für Ansprüche aus (verschuldensunabhängiger) Gefährdungshaftung (BGHZ 80, 1 [3] = NJW 1981, 1516; RGZ 60, 300 [302f.]; Stein/Jonas/Roth, § 32, Rn 18 Wieczorek/Schütze/Hausmann, § 32 Rn. 4; Patzina, in: MüKo-ZPO, 3. Aufl., § 32 Rn 7; Zöller/Vollkommer, ZPO, 28. Aufl., § 32 Rn 7; Prütting/Gehrlein/Wern, ZPO, 3. Aufl., § 32 Rn 6; Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann, ZPO, 69. Aufl., § 32 Rn 9; Bendtsen, in: HandKomm-ZPO, 4. Aufl., Rn 6; Thomas/Putzo/Hüßtege, ZPO, 31. Aufl., § 32 Rn 2).

Der Anwendungsbereich des § 32 ZPO ist **schon dem Wortlaut nach nicht auf Schadensersatzansprüche** begrenzt. Er steht daher für verschiedenste andere Ansprüche offen, die ganz unterschiedliche Rechtsfolgen haben (vgl. u.a. BGH, NJW 1956, 911 [912] = GRUR 1956, 297; Wieczorek/Schütze/Hausmann, § 32 Rn 5, 25; Zöller/Vollkommer, § 32 Rn 14; Musielak/Heinrich, ZPO, 8. Aufl., § 32 Rn 14; Prütting/Gehrlein/Wern, § 32 Rn. 3, 12).“ (BGH aaO)

2. Rechtsnatur des Anspruchs aus § 717 III ZPO

Für die Rechtsnatur des Erstattungsanspruchs nach § 717 III ZPO ist der Regelungsgehalt der gesamten Norm heranzuziehen.

a) § 717 III 2 ZPO als Anspruch aus unerlaubter Handlung i.e.S.

„Nach § 717 III 2 ZPO ist der Kläger auf Antrag des Beklagten zur Erstattung des auf Grund eines aufgehobenen oder abgeänderten Berufungsurteils Gezahlten oder Geleisteten zu verurteilen.

Bei diesem Anspruch handelt sich **nicht** um einen **Anspruch aus unerlaubter Handlung** i.S. der §§ 823 ff. BGB oder aus der widerrechtlichen Verletzung eines fremden Rechts. Der Kläger, der von einem gem. § 710 Nr. 10 ZPO für vorläufig vollstreckbar erklärten Berufungsurteil Gebrauch macht, **handelt in Übereinstimmung mit der Rechtsordnung** auch dann, wenn dieses Urteil im weiteren Verfahren keinen Bestand hat.“ (BGH aaO)

b) § 717 III 2 ZPO als Bereicherungsanspruch

§ 717 III 3 ZPO verweist für die Geltendmachung des Erstattungsanspruchs nach § 717 III 2 ZPO auf die **Vorschriften über die Herausgabe einer ungerechtfertigten Bereicherung**. Es könnte sich daher bei dem Erstattungsanspruch nach § 717 III ZPO um einen Bereicherungsanspruch handeln.

„[Der]...Anspruch aus § 717 III 2 ZPO [stellt] ...keinen Bereicherungsanspruch dar, für den der Gerichtsstand der unerlaubten Handlung nicht eröffnet ist (so aber Rosenberg, Lehrb. d. deutschen ZivilprozessR, 9. Aufl., § 174 VI 2d, S. 908; i.Erg. ebenso: Rosenberg/Gaul/Schilken/Becker-Eberhardt, § 15 Rn 40; Stein/Jonas/Münzberg, § 717 Rn 56; Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann, § 32 Rn 15; wohl auch Piekenbrock, JR 2005, 446 [448]).

Gemäß § 717 III 3 ZPO bestimmt sich die Erstattungspflicht zwar nach den Vorschriften über die Herausgabe einer ungerechtfertigten Bereicherung. Hierbei handelt es sich jedoch um eine **Rechtsfolgenverweisung**. Das folgt nicht nur aus dem Wortlaut der Vorschrift, sondern auch aus ihrem Regelungszusammenhang. Die **Voraussetzungen des Erstattungsanspruchs** sind in § 717 III 2 ZPO **abschließend geregelt**. Der folgende Satz 3 betrifft die Frage, wie weit die einmal entstandene Erstattungspflicht reicht (RGZ 139, 17 [21f.]; BAGE 11, 202 [206] = NJW 1961, 1989; BAGE 12, 158 [167] = NJW 1962, 1125; Rosenberg/Gaul/Schilken/Becker-Eberhardt, § 15 Rn 34; Baur/Stürmer/Bruns, ZwangsvollstreckungsR, 13. Aufl., Rn 15.37).

Das **Recht der ungerechtfertigten Bereicherung** (§§ 812 ff. BGB) betrifft die Rückgewähr von Vorteilen, die dem Bereicherten nach dem **Gesamturteil der Rechtsordnung nicht gebührt**

(Larenz/Canaris, Lehrb. d. SchuldR II/2, 13. Aufl., § 67 I 1; Esser/Weyers, SchuldR II/2, 8. Aufl., § 47 S. 27, 34). Für den Erstattungsanspruch aus § 717 III 2 ZPO spielt hingegen keine Rolle, ob der im später aufgehobenen Berufungsurteil titulierte Anspruch bestand oder nicht (RGZ 103, 352 [353]). Er entsteht ebenso wie derjenige aus § 717 II 1 ZPO allein infolge der Aufhebung oder Abänderung des bislang vorläufig vollstreckbaren Urteils der Vorinstanz. Aus welchem Grund das Rechtsmittel erfolgreich war, ist unerheblich (BGH, LM § 551 Ziff. 1 ZPO Nr. 27 = WM 1958, 1507; RGZ 64, 278 [281]; RG, JW 1926, 816 [817]; BAGE 12, 158 [166f.] = NJW 1962, 1125; Wieczorek/Schütze/Heß, § 171 Rn. 15; Zöller/Herget, § 171 Rn 16; Musielak/Lackmann, § 171 Rn. 8). Beide Erstattungsansprüche werden auch dann ausgelöst, wenn das vorläufig vollstreckbare Urteil nur aus Verfahrensgründen aufgehoben wird. Auf das bessere materielle Recht kommt es nicht an.“ (BGH aaO)

Es handelt sich daher bei dem Anspruch aus § 717 III ZPO nicht um einen Bereicherungsanspruch, für den die Anwendung des § 32 ZPO ohnehin ausgeschlossen wäre.

c) § 717 III 2 ZPO als sonstiger Anspruch, der § 32 ZPO unterfällt

Die Anwendbarkeit des § 32 ZPO für den Erstattungsanspruch nach § 717 III ZPO könnte sich aus einem Vergleich mit der Regelung des § 717 II ZPO ergeben.

aa) Regelungsgehalt des § 717 II ZPO

In § 717 II ZPO ist ein Schadensersatzanspruch geregelt, wenn der Kläger aus einem später aufgehobenen, vorläufig vollstreckbaren Urteil die Vollstreckung betrieben oder der Beklagte zu deren Abwendung die ausgeurteilte Leistung erbracht hat.

„Nach **einheitlicher Ansicht** in der Kommentarliteratur unterfällt der (verschuldensunabhängige) Rückgewähranspruch aus § 717 II 1 ZPO ebenfalls § 32 ZPO (Stein/Jonas/Münzberg, § 717 Rn 46; Wieczorek/Schütze/Heß, § 717 Rn 33; Krüger, in: MüKo-ZPO, § 717 Rn 22; Zöller/Herget, § 717 Rn 13; Musielak/Lackmann, § 717 Rn 14; Prütting/Gehrlein/Kroppenberg, § 717 Rn 17; Baumbach/ Lauterbach/Albers/Hartmann, § 717 Rn 13; Kindl, in: HandKomm-ZPO, § 717 Rn 10; Rosenberg/Gaul /Schilken/Becker-Eberhardt, ZwangsvollstreckungsR, 12. Aufl., § 15 Rn 23; Schuschke/Walker, Vollstreckung u. Vorläufiger Rechtsschutz, 4. Aufl., Rn 21; Giers, in: Kindl/Meller-Hannich/Wolf, Gesamtes Recht d. Zwangsvollstreckung, § 717 Rn 14).“ (BGH aaO)

Die Regelung beruht auf dem allgemeinen Rechtsgedanken, dass die Vollstreckung aus einem noch nicht rechtskräftigen Urteil auf Gefahr des Gläubigers erfolgt.

„Hat der Beklagte auf Grund gerichtlicher Anordnung einen **Eingriff** in seinen Handlungs- und Vermögensbereich **dulden** müssen, der sich nach weiterer Überprüfung als **unbegründet** herausstellt, entspricht es gebotener Risikoverteilung, dass den Schaden aus solcher erlaubter, aber **gefährbeladener Ausübung** derjenige trägt, der seine Interessen auf Kosten des anderen verfolgt. Es handelt sich um einen **Fall der Gefährdungshaftung**, weil die Rechtsfolge an ein ausdrücklich von dem Gesetz erlaubtes Verhalten anknüpft (Krüger, in: MüKo-ZPO, § 717 Rn 7). Ob der Kläger mit einem endgültigen Bestand seines Titels gerechnet hat und rechnen konnte oder nicht, ist unerheblich (BGHZ 54, 76 [80f.] = NJW 1970, 1459; BGHZ 62, 7 [9] = NJW 1974, 642 = GRUR 1975, 390; BGHZ 69, 373 [378] = NJW 1978, 163; BGHZ 85, 110 [113] = NJW 1983, 232; BGHZ 95, 10 [14f.] = NJW 1986, 1028; BGHZ 136, 199 [205] = NJW 1997, 2601; BGHZ 169, 308 [314] = NZI 2007, 740; BGH, NJW-RR 2009, 407 = WM 2009, 273 Rn 6).“ (BGH aaO)

bb) Übertragung dieser Grundsätze auf § 717 III ZPO

Fraglich ist, ob sich diese Grundsätze auch auf § 717 III ZPO übertragen lassen.

„Der Erstattungsanspruch aus § 717 III 2 ZPO lässt sich vielmehr ebenso wie derjenige aus § 717 II 1 ZPO **auf den Grundsatz zurückführen**, dass der Gläubiger, der von einem noch nicht endgültig rechtsbeständigen Vollstreckungstitel Gebrauch macht, dies **auf eigene Gefahr unternimmt** und die Folgen zu tragen hat, falls der Titel letztlich keinen Bestand hat (BGHZ 69, 373 [378] = NJW 1978, 163; BGHZ 136, 199 [205] = NJW 1997, 2601; BAGE 11, 202 [206] = NJW 1961, 1989; BAGE 12, 158 [167f.] = NJW 1962, 1125). Es handelt sich um einen nach den **Grundsätzen der Gefährdungshaftung begründeten bereicherungsrechtlich ausgestalteten Erstattungsanspruch** (Krüger, in: MüKo-ZPO, § 717 Rn 28). Der Senat hat die Vorschrift des § 717 II 1 ZPO insoweit, als die Leistung zur Abwendung der Zwangsvollstreckung zu ersetzen ist, als **Instrument innerprozessualer Waffengleichheit** angesehen (BGHZ 136, 199 [207] = NJW 1997, 2601). Gleiches gilt für § 717 III 2 ZPO. Erlaubt die Rechtsordnung der in zweiter Instanz obsiegenden Partei, die Zwangsvollstreckung zu betreiben, bevor ihr Recht endgültig festgestellt ist, fordert das Gebot der Gleichbehandlung (Art. 3 I GG), die zunächst unterlegene Partei ihrerseits nicht auf eine endgültige Entscheidung über den Klageanspruch warten zu lassen,

sondern im Falle einer teilweisen oder vollständigen Aufhebung der zweitinstanzlichen Verurteilung durch das RevGer. die auf jenes Urteil erbrachte Leistung umgehend zurückfordern zu dürfen.“ (BGH aaO)

Der Anspruch aus § 717 III ZPO kann daher grundsätzlich im Gerichtsstand des § 32 ZPO geltend gemacht werden.

3. Anforderungen zur Begründung des Gerichtsstandes

Zur Begründung des besonderen Gerichtsstands der unerlaubten Handlung nach § 32 ZPO muss der Kläger schlüssig Tatsachen behauptet, aus denen sich eine im Gerichtsbezirk – oder dann, wenn es, wie hier, um die internationale Zuständigkeit geht, im Inland – begangene unerlaubte Handlung ergibt.

a) Schlüssige Behauptung eines Anspruchs nach § 717 III 2 ZPO

Die Kl. müsste also einen Anspruch aus § 717 III 2 ZPO schlüssig dargelegt haben. Fraglich ist, ob dies daran scheitert, dass sie die Zahlung auf Nachfrage bei dem Bekl. freiwillig erbracht hat.

„§ 717 III 2 ZPO setzt nicht voraus, dass der Gläubiger vor der Zahlung oder Leistung bereits das **förmliche Zwangsvollstreckungsverfahren eingeleitet** und der Schuldner **unter Vollstreckungsdruck geleistet** hat (Schuschke/Walker, § 717 Rn. 21; vgl. auch BAG, ZTR 2003, 567 [568]).

Ihrem **Wortlaut nach** verlangt die Vorschrift des § 717 III 2 ZPO keine Zahlung unter Vollstreckungsdruck. Die Zahlung oder Leistung muss lediglich „**auf Grund**“ eines **Berufungsurteils** (§ 708 Nr. 10 ZPO) erfolgt sein. § 717 III 1 ZPO erklärt die Vorschrift des Absatzes 2, der eine (verschuldensunabhängige) Verpflichtung des Gläubigers zum Ersatz des durch die Vollstreckung des Urteils oder eine Zahlung zur Abwendung der Vollstreckung entstandenen Schadens normiert, für unanwendbar.“ (BGH aaO)

Allerdings könnte sich die **Annahme gleicher Anspruchsvoraussetzungen** für § 717 II 1 ZPO und § 717 III 2 ZPO aus der oben dargelegten Übereinstimmung des Rechtsgrundes der Haftung ergeben.

„[Dies] ...zwingt nicht dazu, gleiche Anspruchsvoraussetzungen anzunehmen (so aber – durchweg ohne Begründung – Wieczorek/Schütze/Heß, § 717 Rn 27; Stein/Jonas/Münzberg, § 717 Rn 52; Krüger, in: MüKo-ZPO, § 717 Rn 29; Zöller/Herget, § 717 Rn 16; Musielak/Lackmann, § 717 Rn 16; Prütting/Gehrlein/Kroppenberg, § 717 Rn 20; Kindl, in: HandKomm-ZPO, § 717 Rn 11; Thomas/Putzo/Hülßtege, § 717 Rn 19).

Näher liegt es, die **weitreichenden Haftungsfolgen des § 717 II 1 ZPO** auch von **strengerer Anspruchsvoraussetzungen** abhängig zu machen. Der Schadensersatzanspruch nach § 717 II 1 ZPO umfasst alle Schäden, die dem Beklagten durch die vorzeitige Leistung entstanden sind und die im Einzelfall den Wert des Klagegegenstands weit übersteigen können. Entsprechend den Grundsätzen der Gefährdungshaftung (vgl. BGHZ 67, 129 [130] = NJW 1976, 2130) wird diese **Ausweitung des Haftungsrisikos** dem Kläger nur auferlegt, weil er die – rechtskonforme – Gefahr eines solchen Schadens **durch seine Entscheidung geschaffen** hatte, den Beklagten zur vorzeitigen Erfüllung des Klageanspruchs zu zwingen. Das von dem **Erstattungsanspruch** gem. § 717 III 2 ZPO ausgehende **Haftungsrisiko** ist demgegenüber **deutlich geringer**. Der Gläubiger braucht hier nicht zu befürchten, für unvorhersehbare Folgen eintreten und Schadensersatz leisten zu müssen, der den Wert des Klagegegenstands erheblich überschreitet.“ (BGH aaO)

Zur schlüssigen Behauptung eines Anspruchs nach § 717 III 2 ZPO reicht es daher aus, wenn die Kl. darlegt, dass sie auf der Grundlage eines später aufgehobenen Urteils den ausgerichteten Betrag an die Bekl. gezahlt hat.

b) Anspruchsentstehung im Zuständigkeitsbereich des Gerichts

Zudem müssen Tatsachen dafür vorgetragen werden, dass die unerlaubte Handlung i.S.d. § 32 ZPO im Zuständigkeitsbereich des Gerichts begangen wurde.

„Der Tatort einer unerlaubten Handlung i.S. von § 32 ZPO liegt überall, wo auch nur eines der **wesentlichen Tatbestandsmerkmal verwirklicht** worden ist, bis hin zu dem Ort eines der wesentlichen Tatbestandsmerkmale verwirklicht worden ist, bis hin zu dem Ort, an dem **in das geschützte Rechtsgut eingegriffen** worden ist (BGHZ 124, 237 [245] = NJW 1994, 1413; BGH, NJW 2011, 2059 = GRUR 2011, 558 Rn 7). Jedenfalls der **Ort des Verletzungserfolgs liegt im Inland**. Die Kl., die auf Grund des später aufgehobenen Urteils des OLG Hamburg vom 15. 5. 2007 eine Zahlung an den Bekl. geleistet hat, ist in Hamburg ansässig.“ (BGH aaO)

Ergebnis: Das angerufene Gericht war nach § 32 ZPO für die Entscheidung zuständig, die Klage war zulässig.

ZPO
§ 794 I Nr. 1
BGB
§ 127a

Gerichtlicher Vergleich
Umfang des Anspruchs auf Protokollierung

ZPO

(BGH in MDR 2011, 1128; Beschluss vom 03.08.2011 - XII ZB 153/10)

1. Ein **Anspruch** auf Protokollierung eines gerichtlichen Vergleichs nach § 127 a BGB besteht lediglich **insoweit**, als die Prozessparteien den **Streitgegenstand** des Verfahrens **teilweise oder abschließend regeln**.
2. Soweit die Einigung der Parteien **darüber hinausgeht**, aber noch in einem inneren Zusammenhang mit dem Streitgegenstand steht, liegt es im **pflichtgemäßen Ermessen** des Gerichts, ob und in welchem Umfang es die Einigung als gerichtlichen Vergleich i. S. von § 127 a BGB protokolliert.

Fall: Der Antragsteller begehrt die gerichtliche Protokollierung einer Auflassungserklärung im Rahmen eines Scheidungsfolgenvergleichs.

Im Rahmen ihres Scheidungsverbundverfahrens legten die Parteien den Entwurf einer Scheidungsfolgenvereinbarung vom 03.12.2009 vor, in der ihre Einigung über die Vermögensauseinandersetzung, Unterhaltsansprüche und die Kosten des Scheidungsverfahrens niedergelegt war. Im Rahmen der Vermögensauseinandersetzung wurde auf eine Anlage Bezug genommen, in der die Antragsgegnerin ihre ideelle Hälfte an einem gemeinsamen Grundstück gegen Übernahme sämtlicher Verbindlichkeiten und Zahlung eines Betrages in Höhe von 25.000 € auf den Antragsteller übertrug. Zum Vollzug dieser Vereinbarung sah die Anlage folgende Regelung vor:

"§ 6 Bewilligung/Auflassung

1. Die Parteien bewilligen die Löschung sämtlicher im Grundbuch eingetragener Rechte, soweit sie nicht übernommen werden.
2. Die Parteien sind sich darüber einig, dass das Eigentum gemäß § 2 dieser Anlage auf den Antragsteller übergeht. Sie bewilligen, die Rechtsänderung im Grundbuch einzutragen."

Auf den Hinweis des Gerichts, dass es nicht beabsichtige, die Grundstücksübertragung zu protokollieren, legten die Parteien im Verhandlungstermin eine neue Scheidungsfolgenvereinbarung vom 11.12. 2009 vor, die sich in § 6 der Anlage vom ursprünglichen Entwurf wie folgt unterschied:

"§ 6 Bewilligung/Auflassung

Die Parteien verpflichten sich, umgehend die Auflassung vor einem Notar zu erklären."

Im Verhandlungstermin lehnte das Amtsgericht die beantragte Protokollierung der ursprünglichen Vereinbarung vom 03.12.2009 ab. Daraufhin schlossen die Parteien die Scheidungsfolgenvereinbarung entsprechend dem Entwurf vom 11.12.2009, die als Anlage zum Protokoll genommen wurde.

Bestand ein Anspruch auf gerichtliche Protokollierung der Scheidungsfolgenvereinbarung vom 03.12.2009?

Hinweis: Für das Verfahren ist gemäß Art. 111 I FGG-RG noch das bis Ende August 2009 geltende Prozessrecht anwendbar, weil der Rechtsstreit vor diesem Zeitpunkt eingeleitet worden ist .

Es könnte ein Anspruch auf Protokollierung der in der Scheidungsfolgenvereinbarung enthaltenen Auflassung nach § 161 III Nr. 1 ZPO bestehen. Hieran haben die Parteien deshalb ein rechtliches Interesse, weil die **gerichtliche Protokollierung** nach § 127a BGB die nach §§ 873, 925 BGB erforderliche **notarielle Beurkundung** der Auflassung **ersetzt** und damit ein Zeit und Kostenvorteil verbunden ist.

I. Zweck der Vergleichsprotokollierung

Grundsätzlich soll das Gericht nach § 278 ZPO, der nach dem hier anwendbaren früheren Recht gemäß § 624 III ZPO aF auch im Scheidungsverbundverfahren gilt (vgl. jetzt § 113 I 1 FamFG), soll das Gericht in jeder Lage des Verfahrens auf eine **gütliche Beilegung** des Rechtsstreits oder einzelner Streitpunkte bedacht sein. Im Falle einer gütlichen Streitbeilegung bildet der **gerichtliche Vergleich** nach § 794 I Nr. 1 ZPO den **Vollstreckungstitel**, den der Berechtigte zur Durchsetzung seines Anspruchs benötigt.

„Im Umfang des anhängigen Streitgegenstandes ersetzt der gerichtliche Vergleich also die sonst im Rahmen des Rechtsgewährungsanspruchs gebotene gerichtliche Entscheidung. Wenn die Parteien über die Auflassung eines Grundstücks streiten, ist eine entsprechende gütliche Einigung ebenfalls als gerichtlicher Vergleich zu protokollieren (zur Form der Protokollierung vgl. Staudinger/Hertel BGB [2004] § 127 a Rn. 20 ff.).“ „Ein Anspruch auf Protokollierung besteht daher nur insoweit, als die Prozessparteien den Streitgegenstand des Verfahrens teilweise oder abschließend regeln. Dies ergibt sich aus dem Rechtsgewährungsanspruch der Parteien gegenüber dem Gericht.“ (BGH aaO)

II. Umfang der Protokollierungsmöglichkeit

Fraglich ist jedoch, ob das Gericht verpflichtet war, auch die mit der getroffenen Scheidungsfolgenvereinbarung getroffene Auflassungserklärung zu protokollieren.

1. keine Beschränkung auf den Streitgegenstand

Da ein Prozessvergleich nur vorliegt, wenn der Streitgegenstand ganz oder teilweise geregelt wird, so könnte schon deshalb die gerichtliche Protokollierung solcher Vereinbarungen ausscheiden, die über den Streitgegenstand hinausgehen.

*„Zwar setzt ein gerichtlicher Vergleich als Vollstreckungstitel im Sinne der §§ 127a BGB, 794 Abs. 1 Nr. 1 ZPO ein **anhängiges gerichtliches** Verfahren voraus, in dessen Zusammenhang der Vergleich geschlossen wird (BGHZ 15, 190, 195 ff.; Erman/Palm BGB 12. Aufl. § 127 a Rn. 2). Der **Inhalt** des gerichtlichen Vergleichs ist allerdings **nicht auf den Streitgegenstand des anhängigen Verfahrens beschränkt**. Ausreichend, aber auch erforderlich ist vielmehr, dass ein über den Streitgegenstand hinausgehender Inhalt in einem inneren Zusammenhang mit dem Rechtsstreit steht (BGHZ 142, 84, 90 f.; 84, 333, 335 f.; 35, 309, 316 und 14, 381, 387; vgl. auch RGZ 48, 183, 188f.).“* (BGH aaO)

Das Gericht ist daher nach § 160 III Nr. 1 ZPO durchaus befugt, einen sog. Mehrvergleich zu protokollieren. Die Protokollierungsbefugnis ist nicht auf den Streitgegenstand beschränkt, solange dieser nur mitgeregelt wird.

2. Innerer Zusammenhang

Erforderlich ist nach Vorstehendem allerdings ein innerer Zusammenhang zwischen dem Streitgegenstand und dem Inhalt des Mehrvergleichs.

*„Hier bilden die in die Scheidungsfolgenvereinbarung aufgenommene **Verpflichtung zur Übertragung des ideellen Miteigentumsanteils** an dem gemeinsamen Grundstück und die zur Erfüllung ursprünglich vorgesehene Auflassung **zwar keine Folgesache** im Sinne des § 623 II BGB aF, die im Scheidungsverbundverfahren geltend gemacht werden könnte. Die Eigentumsübertragung steht aber in engem Zusammenhang mit der Vermögensauseinandersetzung zwischen den geschiedenen Ehegatten und dem Zugewinnausgleich als Scheidungsfolgesache. Als Inhalt eines gerichtlichen Vergleichs im Scheidungsverbundverfahren ist sie deswegen **grundsätzlich zulässig**.“* (BGH aaO)

Der erforderliche innere Zusammenhang zwischen dem Streitgegenstand und der zu protokollierenden Scheidungsfolgenvereinbarung ist daher gegeben.

3. Zeitpunkt der Protokollierung der Scheidungsfolgenvereinbarung

Ein schutzwürdiges Interesse an der Protokollierung der Scheidungsfolgenvereinbarung besteht zudem jedoch nur dann, wenn diese Vereinbarung vor Eintritt der Rechtskraft getroffen wurde.

*„Ein gerichtlich protokollierter Vergleich bildet allerdings **keinen Vollstreckungstitel** im Sinne des § 794 I Nr. 1 ZPO, wenn die Parteien den Entwurf im Scheidungsverbundverfahren **erst nach Rechtskraft des Scheidungsausspruchs** vorgelegt hatten (BGHZ 15, 190, 195 ff.). Dann fehlt es bereits an einem Rechtsschutzbedürfnis der Parteien an einer späteren Protokollierung dieses Vergleichs (vgl. Staudinger/Hertel BGB [2004] § 127a Rn. 11 ff.; MüKo-BGB/Einsele 5. Aufl. § 127a Rn. 5). Anders ist die Rechtslage nur dann zu beurteilen, wenn die Parteien den Inhalt des Vergleichs schon **vor dem rechtskräftigen Abschluss des Scheidungsverbundverfahrens** in das Verfahren eingeführt hatten und die Protokollierung noch in einem **äußeren und inneren Zusammenhang** mit dem gerichtlichen Verfahren erfolgt (OLG München NJW 1997, 2331). Dann dient der Vergleich über die Folgesachen trotz der erst späteren Protokollierung gleichwohl zur Beilegung des Rechtsstreits in seinem ganzen Umfang im Sinne des § 794 Nr. 1 ZPO.“* (BGH aaO)

Hier hatten die Parteien den Vergleichsentwurf bereits vor dem Ausspruch der Scheidung vorgelegt. Entsprechend hatten sie in der mündlichen Verhandlung des Scheidungsverbundverfahrens die Protokollierung dieser Vereinbarung beantragt.

III. Umfang der Protokollierungspflicht

Fraglich ist jedoch, ob sich der Befugnis des Gerichts zur Protokollierung des Mehrvergleichs ein Anspruch der Parteien darauf ergibt, dass diese Protokollierung auch erfolgt.

*„Bei einem gerichtlichen Vergleich ersetzt die Aufnahme der Erklärungen in ein nach den Vorschriften der Zivilprozessordnung errichtetes Protokoll eine sonst notwendige notarielle Beurkundung (§ 127a BGB). Diese Vorschrift ändert allerdings nichts daran, dass für Beurkundungen **grundsätzlich** nach §§ 1, 56 BeurkG die **Notare zuständig** sind (Palandt/Ellenberger, BGB 70. Aufl. § 128 Rn. 1). Mit der Vorschrift des § 127a BGB hat der Gesetzgeber lediglich an dem überkommenen Grundsatz festgehalten, dass der Prozessvergleich die notarielle Beurkundung und damit auch die öffentliche Beglaubigung nach § 129 II BGB und die Schriftform nach § 126 III BGB ersetzt (Palandt/Ellenberger aaO § 127a Rn. 1; Soergel/Hefermehl BGB 13. Aufl. § 127a Rn. 1; vgl. schon RGZ 48, 183, 186 ff.). Aus der Vorschrift ergibt sich allerdings **kein generelles Recht** der Prozessparteien auf*

gerichtliche Protokollierung ihrer **Vergleiche als kostengünstigere Alternative** zu der sonst notwendigen notariellen Beurkundung.“ (BGH aaO)

Besteht somit zwar eine Befugnis des Gerichts zur Protokollierung eines Mehrvergleichs, jedoch kein grundsätzlicher Anspruch hierauf, stellt sich die Frage, nach welchen Maßstäben das Gericht über die Vornahme oder Ablehnung der Protokollierung entscheidet.

„Soweit die Einigung der Parteien noch in einem **inneren Zusammenhang mit dem Streitgegenstand** steht (vgl. dazu Staudinger/Hertel BGB [2004] § 127 a Rn. 14 f.; Soergel/Hefermehl BGB 13. Aufl. § 127a Rn. 1), inhaltlich aber darüber hinausgeht, steht es im **pflichtgemäßen Ermessen** des Gerichts, ob und in welchem Umfang es die Einigung als gerichtlichen Vergleich im Sinne von § 127a BGB protokolliert.“ (BGH aaO)

IV. Ordnungsgemäße Ausübung des Protokollierungsermessens

Im Rahmen der gerichtlichen Ermessensentscheidung ist von der gesetzlichen Vorgabe auszugehen, wonach Beurkundungen grundsätzlich den Notaren übertragen sind und der Rechtsgewährungsanspruch auf einen Vollstreckungstitel nach § 794 I Nr. 1 ZPO auf den Streitgegenstand des rechtshängigen Verfahrens beschränkt ist.

„Wenn eine **gütliche Beilegung** des Rechtsstreits im Sinne von § 278 I ZPO allerdings eine **umfassendere Einigung erfordert**, ist dies im Rahmen der Ermessensentscheidung über den Umfang des zu protokollierenden Vergleichs ebenfalls zu berücksichtigen. Dieser Umstand spricht regelmäßig jedoch nicht für eine Pflicht zur gleichzeitigen Protokollierung der Erfüllung der vergleichsweise übernommenen Verpflichtungen. Denn auf der Grundlage einer protokollierten umfassenden Einigung kann die Erfüllung grundsätzlich auch auf andere Weise vollzogen werden. Das **bloße Interesse** der Parteien, durch einen gerichtlichen Vergleich im Sinne von § 127a BGB einen gegenüber der notariellen Beurkundung **kostengünstigeren Weg** zu wählen, ist durch § 278 I ZPO **nicht geschützt**.

Im Rahmen des pflichtgemäßen Ermessens hat das angerufene Gericht zugleich zu prüfen, ob es den für das zu protokollierende Rechtsgeschäft **notwendigen Belehrungs- und Mitteilungspflichten** genügen kann.“ (BGH aaO)

Ein beurkundender Notar soll nach § 17 I BeurkG den Willen der Beteiligten erforschen, den Sachverhalt klären, die Beteiligten über die **rechtliche Tragweite des Geschäfts** belehren und ihre Erklärungen klar und unzweideutig in der Niederschrift wiedergeben. Dabei soll er darauf achten, dass **Irrtümer und Zweifel vermieden** sowie unerfahrene und ungewandte Beteiligte **nicht benachteiligt** werden. Darüber hinaus ist auf gerichtliche oder behördlichen Genehmigungserfordernisse, das Grunderwerbssteuerrecht und Vorkaufsrechte hinweisen.

„Durch die Möglichkeit der Protokollierung eines gerichtlichen Vergleichs nach § 127a BGB wird das Gericht zwar nicht zu einer für Beurkundungen zuständigen Stelle im Sinne von § 1 II BeurkG. Der Zweck der gesetzlichen Beurkundungspflicht ist im Rahmen des pflichtgemäßen Ermessens bei der Protokollierung eines gerichtlichen Vergleichs allerdings **ebenfalls zu beachten**. Grundsätzlich **gelten** die gesetzlichen **Belehrungs- und Mitteilungspflichten** deswegen **auch bei Protokollierung eines gerichtlichen Vergleichs**, wenn deren Zweck nicht auf andere Weise sichergestellt werden kann (Staudinger/Hertel BGB [2004] § 127 a Rn. 32). Der Schutzzweck der gesetzlich vorgeschriebenen Form kann im Rahmen eines gerichtlichen Vergleichs allerdings dadurch gewahrt werden, dass eine anwaltlich vertretene Partei das Gericht von den Belehrungspflichten freistellt, weil dem Schutzzweck bereits durch die anwaltliche Beratung genügt ist (Staudinger/Hertel aaO § 127 a Rn. 33). Soweit das Gesetz Mitteilungspflichten vorsieht, kann deren Zweck auch auf andere Weise sichergestellt werden.“ (BGH aaO)

So ist eine Unbedenklichkeitsbescheinigung des Finanzamts bereits nach dem Grunderwerbsteuerrecht für eine Eintragung im Grundbuch erforderlich. Ohne sie kann der Eigentumsübergang deswegen nicht vollzogen werden.

Ergebnis: Auf dieser rechtlichen Grundlage ist die Ablehnung der Protokollierung der ursprünglich vorgesehenen Scheidungsfolgenvereinbarung vom 03.12.2009 mit Auflassungserklärung aus Rechtsgründen nicht zu beanstanden.

„Die Vereinbarung enthält trotz der Übertragung der ideellen Hälfte des Grundeigentums und der vorgesehenen Auflassung **keine Freistellung des Gerichts von den damit verbundenen Belehrungspflichten**. Auch die notwendige vorherige Einsicht in das Grundbuch ist nicht abbedungen. Weder haben die Parteien erklärt, dass sie trotz der damit verbundenen Gefahren auf eine Einsicht in das Grundbuch verzichten und auf einer sofortigen Beurkundung bestehen, noch ist dies im Entwurf der Scheidungsfolgenvereinbarung oder im Protokoll niedergelegt. Schon die damit verbundenen Gefahren rechtfertigen die Ablehnung einer Protokollierung der Auflassungserklärung, auch wenn die anwaltlich vertretenen Parteien wirksam auf weitergehende Belehrungen verzichtet hätten.“ (BGH aaO)

Beweisverwertungsverbot
unwirksame Einwilligung in Wohnungsdurchsuchung
(LG Hamburg in StV 2011, 528; Urteil vom 30.06.2010 – 706 Ns 17/10)

1. Eine **wirksame Einwilligung** in eine Wohnungsdurchsuchung **setzt die Kenntnis aller hierfür maßgeblichen Umstände voraus**.
2. **Fehlt eine wirksame Einwilligung, ist ein Beweisverwertungsverbot** für die im Rahmen der Durchsuchung erlangten Beweismittel **gegeben**.

Fall: Der Angekl. hinterließ am 07.05.2009 gegen 20.00 Uhr auf seiner Profilseite des Internetforums „studiVZ“ den Eintrag „Morgen gibt es Krieg; danach meine cerebrale Festplatte im AKO neu formatieren lassen...“, der zwischen 20.00 Uhr und 22.00 Uhr von einem seiner Bekannten entdeckt wurde. Dieser setzte sich daraufhin mit der Polizei in Verbindung. Der in der Polizeiinspektion tätige Polizeibeamte informierte seinerseits den Kriminaldauerdienst, wo sich der diensthabende Zeuge Z des Falles annahm.

Nachdem der Z zunächst eigene Recherchen vorgenommen hatte, nahm er gegen 0.00 Uhr Kontakt zu der Polizeiführerin vom Dienst, der Zeugin K, auf, um mit dieser das weitere Vorgehen zu erörtern. Da sowohl der Z als auch die K die von dem Angekl. möglicherweise ausgehenden Gefahren nicht abschließend einzuschätzen vermochten, die Ankündigungen des Angekl. wegen des Wortlauts seines Eintrags aber als durchaus ernstzunehmend erachteten, kamen beide überein, dass der Z über die den staatsanwaltschaftlichen Bereitschaftsdienst wahrnehmende Staatsanwältin S Kontakt zu dem diensthabenden Richter des richterlichen Bereitschaftsdienst des zuständigen Amtsgerichts aufnehmen sollte, um einen Durchsuchungsbeschluss für die Wohnräume des Angekl. zu erwirken. Nachdem die Staatsanwältin Rücksprache mit dem zuständigen Richter gehalten und sodann den Z darüber in Kenntnis gesetzt hatte, dass keine richterliche Durchsuchungsanordnung ergehen würde und eine Durchsuchung nach der StPO wegen Gefahr im Verzuge auch ausscheide, setzte der Z sich erneut mit K in Verbindung und besprach mit ihr das weitere Vorgehen. Diese kam zu dem Schluss, dass die im Internet veröffentlichten Einträge zwar als durchaus ernstzunehmende Ankündigung eines möglicherweise bevorstehenden Amoklaufs zu werten seien, ohne das Hinzutreten weiterer begründeter Anknüpfungstatsachen, die auf eine von dem Angekl. ausgehende tatsächliche Gefahr hindeuten könnten, aber nicht von einer unmittelbar bevorstehenden Gefahr für Leib, Leben oder Freiheit von Personen auszugehen sei. Da nach ihrer Einschätzung auch eine unmittelbar bevorstehende erhebliche Gefahr durch die Vorbereitung von Straftaten von erheblicher Bedeutung nicht zu besorgen war, lehnte sie die Anordnung einer Durchsuchung zur Nachtzeit nach § 16 SOG ausdrücklich ab. Sie schlug dem Z jedoch vor, dass dieser - ungeachtet des Fehlens der Voraussetzungen für eine nächtliche Durchsuchung nach den §§ 102, 104 StPO und § 16 SOG - doch versuchen solle, die Wohnräume des Angekl. mit dessen Einwilligung zu durchsuchen, wobei sie ihm sinngemäß mitteilte, dass dies nach ihrer Erfahrung vermutlich „schon funktionieren“ werde, da mindestens 90% der Bevölkerung mit einer solchen Maßnahme einverstanden sei, wenn die Polizei „erst einmal“ erscheine. Sollte der Angekl., was erfahrungsgemäß kaum zu erwarten sei, in eine Durchsuchung nicht einwilligen, solle der Z sie abermals telefonisch kontaktieren und mit ihr - sofern der Angekl. einen verwirrten Eindruck mache oder sonstige Anzeichen für eine von ihm ausgehende erhöhte Gefahr vorlägen - nochmals die Möglichkeiten einer Durchsuchung nach dem SOG erörtern.

Nachdem die K offiziell angeordnet hatte, im unmittelbaren Anschluss noch in derselben Nacht den Angekl. aufzusuchen und als mildestes Mittel eine Gefährderansprache zu halten, begab sich der Z in Begleitung weiterer Polizeibeamter zu der Wohnung des Angekl. Dort klingelten sie zunächst mehrfach an der Wohnungstür, ohne dass der Angekl. den Beamten öffnete. Erst als der Z, der Geräusche aus der Wohnung des Angekl. vernommen hatte, hierauf kräftig und donnernd an der Tür zu klopfen begann und lautstark sinngemäß „Hier ist die Polizei. Öffnen Sie die Tür“ rief, begab sich der schlaftrunkene Angekl. zu seiner Wohnungstür und öffnete diese.

Nachdem dem von dem nächtlichen Erscheinen der Polizeibeamten vollkommen überraschten Angekl. der ihm zur Last gelegte Tatvorwurf eröffnet worden war, gestattete dieser den Polizeibeamten - die ihn zu keiner Zeit darauf hingewiesen hatten, dass seine Wohnung nur mit seiner Einwilligung betreten werden dürfe - den Zutritt zu seiner Wohnung. Der Angekl., der sich verwundert zeigte, dass die Polizei ihn wegen des Internetbeitrags aufsuchte, gab an, alles zur Aufklärung und zur Entkräftung des Verdachts, er habe einen Amoklauf geplant, Notwendige tun zu wollen. Da der Angekl. einen sehr zugänglichen Eindruck machte, nutzten die Polizeibeamten die aus ihrer Sicht günstige Gelegenheit, um den Angekl. - welcher verzweifelt versuchte, den gegen ihn erhobenen Verdacht, er sei ein Amokläufer, zu entkräften - entsprechend der vorab mit der K getroffenen Absprache dazu zu bewegen, mit dessen Einwilligung die Wohnung umfassend durchsuchen zu dürfen. Dem Angekl. wurde daher erklärt, dass man sich ungeachtet seiner Erklärungen „nichtsdestotrotz noch mal genauer anschauen“ müsse, und fragte ihn, ob er mit einer Durchsuchung der Wohnung einverstanden sei, was der Angekl. in der Annahme, er habe ohnehin keine andere Wahl als die Durchsuchungsmaßnahme zu dulden, bejahte.

Die Polizeibeamten begannen sodann, die Wohnung gründlich zu durchsuchen, wobei Schränke und Behältnisse geöffnet und u. a. auch im Kühlschrank Nachschau nach gefährlichen Gegenständen gehalten wurde. In einem Schrank fanden die Beamten schließlich in einem dort augenscheinlich schon längere Zeit gelagerten, verstaubten Behältnis 51 Patronen verfeuerungsfähiger Kartuschenmunition, ein Magazin für Patronen, zwei Patronen Leuchtpurmunition sowie eine in Papier gewickelte Menge von 25 Gramm des Sprengstoffs PETN.

Fraglich ist, ob die anlässlich der Wohnungsdurchsuchung gewonnenen Erkenntnisse über den Besitz des Angekl. an Munition und Sprengstoff einem Beweisverwertungsverbot unterliegen könnten.

I. Die **Wohnungsdurchsuchung bedurfte** einer **gesetzlichen Eingriffsgrundlage**. Da ein richterlicher Durchsuchungsbeschluss nach § 105 StPO nicht erlassen und eine Durchsuchung wegen Gefahr im Verzuge ausdrücklich abgelehnt worden war, kamen insoweit vorliegend nur die **§§ 16, 16a SOG** in Betracht, wobei gem. § 16a I 1 SOG Durchsuchungen, außer bei Gefahr im Verzug, nur durch den Richter angeordnet werden dürfen.

1. Eine **Durchsuchung greift schwerwiegend in die** durch Art. 13 I GG geschützte **persönliche Lebenssphäre ein**.

Bei Maßnahmen wie der Durchsuchung soll daher die **grds. vorbehaltene Einschaltung des Richters** auch für eine gebührende Berücksichtigung der Interessen der Beteiligten sorgen. Der **Richter muss die beabsichtigte Maßnahme eigenverantwortlich prüfen**; er muss dafür Sorge tragen, dass die sich aus der Verfassung und dem einfachen Recht ergebenden Voraussetzungen der Durchsuchung genau beachtet werden. Die richterliche Durchsuchungsanordnung soll die Regel, die nichtrichterliche die Ausnahme sein. Wenngleich die **Eilkompetenz die Strafverfolgungsbehörden** in die Lage versetzen soll, einen **Beweismittelverlust zu verhindern** oder, bezogen auf das Gefahrenabwehrrecht, eine unmittelbar bevorstehende Gefahr für Leib, Leben oder Freiheit einer Person oder für Sachen von bedeutendem Recht abzuwenden, muss die Regelzuständigkeit des Richters gewahrt werden.

„Gefahr im Verzug war vorliegend nicht gegeben; die [Staatsanwältin S] hatte eine Durchsuchung unter diesem Gesichtspunkt im Vorwege ausdrücklich abgelehnt. Die Polizeibeamten hatten nach Betreten der Wohnung des Angekl., der keinen gefährlichen oder psychisch auffälligen Eindruck machte, keinerlei Feststellungen getroffen, die darauf hätten schließen lassen können, dass der Angekl. seine im Internet veröffentlichten Drohungen entgegen seiner eigenen Beteuerungen in die Tat umzusetzen und einen Amoklaufen zu begehen beabsichtigen würde, und deshalb entgegen der für die Beamten bindenden Einschätzung der Zeugin K Gefahr im Verzug hätte angenommen werden können. Weshalb dem Angekl. gleichwohl [mitgeteilt wurde], die Beamten müssten sich „nichtsdestotrotz noch mal genauer anschauen“ und [er] im Anschluss darum ersucht [wurde], in eine Durchsuchung seiner Wohnung einzuwilligen, erschließt sich insoweit nur vor dem Hintergrund des vorab mit der Zeugin K geführten Gesprächs und der von beiden geteilten Meinung, eine Durchsuchung sei - ungeachtet des bei nicht bestehender Gefahr im Verzug eigentlich zu beachtenden Richtervorbehalts - stets das effizienteste Mittel, um jegliche Gefahren auszuschließen, und deshalb generell erwünscht.“ (LG Hamburg aaO)

2. Eine **richterliche Durchsuchungsanordnung war** vorliegend auch **nicht deshalb entbehrlich, weil sich der Angekl. der Durchsuchung freiwillig unterworfen hat**, denn eine **wirksame Einwilligung** des Angekl. in die Durchsuchung seiner Wohnung **lag nämlich mangels Kenntnis aller hierfür maßgeblichen Umstände nicht vor**.

Wenn die für eine Durchsuchung erforderlichen gesetzlichen Voraussetzungen nicht gegeben sind, müssen die Bedingungen für eine **freie Entscheidung des Einwilligenden** geschaffen werden. Die Wirksamkeit einer Einwilligung in eine Durchsuchung kann in den Fällen, in denen eine zwangsweise Durchsetzung der Durchsuchung nicht in Betracht kommt, dementsprechend nur dann angenommen werden, wenn eine **ausdrückliche Belehrung über die „Freiwilligkeit“ der Maßnahme** erfolgt, wobei der Betroffene darüber zu belehren ist, dass die Durchsuchung nicht ohne weiteres stattfinden werde, sofern ihr nicht zugestimmt werde (vgl. BeckOK, § 105 Rn 2; Meyer-Goßner, 51. Aufl., § 105 Rn 1).

„Es kann dahin gestellt bleiben, ob bereits das Betreten der Wohnung des Angekl. ohne Hinweis darauf, dass dieses nur freiwillig würde erfolgen können, bereits einen rechtswidrigen Eingriff darstellt. Da der Angekl. nicht ausdrücklich über die Freiwilligkeit der Durchsuchungsmaßnahme in Kenntnis gesetzt worden ist, war jedenfalls seine Einwilligung in die Durchsuchung unwirksam, so dass es im Ergebnis für die Entscheidung nicht mehr darauf ankam, ob der Angekl. infolge seiner psychischen Verfassung überhaupt in der Lage war, einen freien Willen zu bilden und zu äußern.“

Nach den von der Kammer getroffenen Feststellungen war der diensthabenden Polizeiführerin, der Zeugin K, und dem - bei dem Einsatz in der Wohnung des Angekl. wortführenden - Zeugen Z schon vor Aufsuchen der Wohnung des Angekl. bekannt, dass ein richterlicher Durchsuchungsbeschluss nicht erwirkt werden konnte und die Voraussetzungen einer Wohnungsdurchsuchung - vorbehaltlich neuerer vor Ort gewonnener und für eine von dem Angekl. ausgehende Gefahr sprechender Erkenntnisse - nach § 16 SOG nicht vorla-

gen. Gefahr im Verzug war nach beider Meinung nicht gegeben. Gleichwohl war vorrangiges Ziel und vorrangiger Zweck des Einsatzes in der Wohnung des Angekl. nicht die durch die Zeugin K angeordnete Gefährdangersprache, sondern eine vollständige Durchsuchung der Wohnräume, und zwar ungeachtet der vor Ort in Bezug auf die Verfassung des Angekl. und die von ihm ausgehende Gefahr erlangten Feststellungen, wobei insbes. die Zeugin K bewusst darauf spekulierte, dass der Angekl. sich - wie der Großteil der deutschen Bevölkerung - beugen und in Durchsuchungsmaßnahmen einwilligen werde, wenn die Polizei „erst einmal“ erscheine. Die hierin zum Ausdruck kommende bewusste Ausnutzung des Glaubens des weit überwiegenden Teils der Zivilbevölkerung an die Rechtstreue und die Rechtmäßigkeit polizeilichen Handelns unter Einbeziehung der Autorität der vor Ort eingesetzten Beamten führt vorliegend zu einem Beweisverwertungsverbot und der Unverwertbarkeit der anlässlich der Durchsuchung erlangten Beweismittel.“ (LG Hamburg aaO)

II. Die **Frage, unter welchen Voraussetzungen** bei einer rechtsfehlerhaften Beweiserhebung ein **Verwertungsverbot** hinsichtlich der aus der Wohnung zu Tage geförderten Beweismittel **anzunehmen ist, hat der Gesetzgeber nicht entschieden.**

1. Nach zutreffender **ganz überwiegender Auffassung folgt jedenfalls nicht aus jeder Verletzung eines Beweiserhebungsverbotes** ohne weiteres ein **Verwertungsverbot** hinsichtlich der nicht rechtmäßig oder sogar unter Verletzung von Grundrechten gewonnenen Beweisergebnisse. Insbes. lässt sich auch aus dem Prozessgrundrecht auf ein faires und rechtsstaatliches Verfahren kein Rechtssatz des Inhaltes ableiten, dass im Fall einer rechtsfehlerhaften Beweiserhebung die Verwertung der gewonnenen Beweise stets unzulässig sei.

- a) Es ist davon auszugehen, dass **dem Strafverfahrensrecht ein allgemein geltender Grundsatz, dass jeder Verstoß gegen Beweiserhebungsvorschriften ein strafprozessuales Verwertungsverbot nach sich zieht, fremd ist.** Nach der in der Rspr. überwiegend vertretenen **Abwägungslehre** sind im Einzelfall die Interessen des Staates an der Tataufklärung gegen das Individualinteresse des Bürgers an der Wahrung seiner Rechtsgüter abzuwägen.

Der Schweregrad des Verfahrensverstößes und die Art des Verbotes ist dabei ebenso zu beachten wie die Schwere der mit Hilfe der so gewonnenen Beweismittel zu erforschenden Straftat und der Umstand, dass die Strafverfolgungsbehörden einschließlich der Gerichte verpflichtet sind, Straftaten so weit wie möglich aufzuklären und dazu die Beweisaufnahme von Amts wegen auf alle Tatsachen und Beweismittel zu erstrecken haben, die von Bedeutung sind.

- b) Daran gemessen stellt ein **Beweisverwertungsverbot** eine **Ausnahme** dar, die nur nach ausdrücklicher gesetzlicher Vorschrift oder aus übergeordneten wichtigen Gründen im Einzelfall anzuerkennen ist. Maßgeblich mit beeinflusst wird das Ergebnis der demnach vorzunehmenden Abwägung vom Gewicht des infrage stehenden Verfahrensverstößes. Dieses wird seinerseits wesentlich von der **Bedeutung der im Einzelfall betroffenen Rechtsgüter** bestimmt. Grds. steht lediglich fest, dass es in einem Rechtsstaat auch keine Wahrheitserforschung um jeden Preis geben darf. Vielmehr besteht ein Verbot der Verwertung anlässlich einer rechtswidrigen Durchsuchung gewonnener Beweismittel nicht stets, sondern nur dann, wenn die Durchsuchungsanordnung objektiv willkürlich war oder an einem sonstigen schweren Verfahrensverstoß leidet und kein besonderes Allgemeininteresse an der Tataufklärung besteht.

„Da die Zeugen Z und K die rechtlichen Voraussetzungen für eine Durchsuchungsmaßnahme nach den getroffenen Feststellungen unter **bewusster Nichtbeachtung des Richtervorbehalts** für Durchsuchungsanordnungen sowie unter **Außerachtlassung der Grundrechtsrelevanz** ihres Vorgehens vorliegend bewusst missachtet haben, stellt sich die Durchsuchungsmaßnahme hier als objektiv und subjektiv willkürliche und **allein der Ausforschung dienende Maßnahme** dar, wobei erschwerend ins Gewicht fallen muss, dass die beteiligten Beamten hier wissentlich und gezielt die gesetzgeberischen Vorgaben missachteten und zu umgehen suchten. Nach alledem überwiegt im konkreten Fall - auch unter Berücksichtigung der Schwere der Tatvorwürfe des tateinheitlich gem. § 52 StGB begangenen Ausübens der tatsächlichen Gewalt über Kriegswaffen nach § 22a I Nr. 6 a KWKG, des unerlaubten Besitzes von Munition nach § 52 III Nr. 2 b WaffG und des unerlaubten Umgangs mit explosionsgefährlichen Stoffen nach § 40 I Nr. 3 SprengG - das Schutzinteresse aus Art. 13 I GG gegenüber dem Strafverfolgungsinteresse des Staates. Zu konstatieren ist insoweit, dass - wie vorliegend - Rechtsgüter durch Eingriffe fern jeder Rechtsgrundlage nämlich so massiv beeinträchtigt werden können, dass dadurch das Ermittlungsverfahren als ein nach rechtsstaatlich geordneten Grundsätzen geordnetes Verfahren nachhaltig geschädigt wird. Dann ist aber jede andere Lösung als die Annahme eines Verwertungsverbotes - jenseits des in § 136a III 2 StPO normierten - unerträglich. Für die Rechtsgemein-

schaft und ihre Vorstellung vom Recht wäre es nämlich unerträglich, wenn der verfassungsrechtlich abgesicherte Schutz der Wohnung samt Richtervorbehalt stets folgenlos - unter dem Deckmantel vermeintlicher, mittels unzureichender Aufklärung erwirkter Einwilligung - willkürlich ausgehebelt werden könnte.

Dem Aspekt eines möglichen hypothetischen rechtmäßigen Ermittlungsverlaufs kann bei einer solchen Konstellation keine Bedeutung zukommen, da anderenfalls die Einhaltung der durch die Verfassung und den Gesetzgeber festgelegten Kompetenzregelung stets unterlaufen werden könnte. Bei Duldung derartiger Rechtsverstöße wie hier zu verzeichnen, würde gar ein Ansporn, die Ermittlungen ungeachtet der rechtlich normierten Anforderungen für Durchsuchungen mit vermeintlicher Einwilligung der Betroffenen einfacher und möglicherweise - aus Sicht der Ermittlungsbeamten - erfolversprechender zu gestalten, geschaffen. Damit würde aber ein wesentliches Erfordernis eines rechtsstaatlichen Ermittlungsverfahrens, dass Beweise nicht unter bewusstem Rechtsbruch oder gleichwertiger Rechtsmissachtung erlangt werden dürfen, aufgegeben.“ (LG Hamburg aaO)

2. Gegen diese Rechtsauffassung kann nach LG Hamburg aaO nicht eingewendet werden, dass der **Schutz der Bevölkerung** und die **Pflicht des Rechtsstaates zur effektiven Strafverfolgung** vernachlässigt würde.

„Der Angekl. hat rechtswirksam auf sämtliche sichergestellte Beweismittel verzichtet, so dass eine von dem Angekl. ausgehende Gefahr schon deshalb nicht begründet werden kann. Die Sorge um einen Effektivitätsverlust wird vorliegend schon deshalb relativiert, weil bei Duldung eines bewussten Rechtsbruchs durch Ermittlungsbeamte ein Ansehensverlust des rechtsstaatlichen Ermittlungsverfahrens bei der rechtstreuen Bevölkerung zu erwarten wäre, den es zu verhindern gilt und der seinerseits etwa durch verändertes Anzeige- oder Aussageverhalten infolge schwindenden Vertrauens in die Lauterkeit der Ermittlungsorgane zu Effektivitätsverlusten führen könnte. Insgesamt liegt ein Sonderfall schwerwiegender Rechtsverletzung vor, der zu einer Unverwertbarkeit der Beweismittel führt, weil der Staat aus solch schwerwiegenden Rechtsverletzungen keinen Nutzen ziehen darf und eine Verwertung hier gegen die Grundsätze des fairen Verfahrens verstoßen würde.

Die Kammer hat dabei nicht verkannt, dass die Anordnung einer Wohnungsdurchsuchung der Staatsanwaltschaft nicht schlechthin verboten, sondern in Eilfällen gestattet ist. Allerdings hatte - wie bereits festgestellt - die Staatsanwaltschaft eine Durchsuchung nach Rücksprache mit dem zuständigen Richter abgelehnt. Auch hatte die diensthabende Polizeiführerin selbst eine Rechtsgrundlage für eine Durchsuchung als nicht gegeben erachtet. Da der Angekl. selbst angeboten hatte, sich mit den Beamten freiwillig zu deren Dienststelle zu begeben, um dort eine umfassende Aussage zu tätigen, hätte eine eventuell von ihm ausgehende - von dem Zeugen Z und den mit eingesetzten Beamten in der konkreten Situation nicht gesehene - Gefahr i. Ü. auch dadurch abgewendet werden können, dass der Angekl. ausführlich vernommen und sodann am Folgemorgen bei dem diensthabenden Richter ein Durchsuchungsbeschluss für die Wohnräume des Angekl. beantragt worden wäre.“ (LG Hamburg aaO)

- III. Die vorliegend anlässlich der Durchsuchung aufgefundenen Beweismittel sind einer Verwertung entzogen, da das Fehlen eines nächtlichen Bereitschaftsdienstes für unter dem Richtervorbehalt stehende Maßnahmen nach dem SOG an Werktagen den verfassungsgerichtlichen Vorgaben für die Gewährleistung der Wahrung des Richtervorbehalts bei Eingriffsmaßnahmen widerspricht.

1. Das **BVerfG** verlangt von den für die Organisation der Gerichte und für die Rechtsstellung der dort tätigen Ermittlungsrichter zuständigen Organen der Länder und des Bundes, die Voraussetzungen für eine tatsächlich wirksame präventive richterliche Kontrolle gerade bei Grundrechtseingriffen in Art. 13 I GG zu sorgen.

- a) **Art. 13 I GG bestimmt die Unverletzlichkeit der Wohnung**, womit dem Einzelnen im Hinblick auf seine Menschenwürde und im Interesse der freien Entfaltung seiner Persönlichkeit ein elementarer Lebensraum gewährleistet wird. In diese grundgesetzlich geschützte persönliche Lebenssphäre greift eine Durchsuchung schwerwiegend ein. Dem Gewicht dieses Eingriffs und der **verfassungsrechtlichen Bedeutung des Schutzes der räumlichen Privatsphäre** entspricht es, dass Art. 13 II 1. HS GG die Anordnung einer Durchsuchung grds. dem Richter vorbehält.

„Der Richtervorbehalt zielt auf eine **vorbeugende Kontrolle der Maßnahme durch eine unabhängige und neutrale Instanz** ab. Das Grundgesetz geht davon aus, dass Richter auf Grund ihrer persönlichen und sachlichen Unabhängigkeit und ihrer strikten Unterwerfung unter das Gesetz (Art. 97 GG) die Rechte der Betroffenen im Einzelfall am besten und am sichersten wahren können. Art. 13 GG verpflichtet alle staatlichen Organe, dafür Sorge zu tragen, dass der Richtervorbehalt als Grundrechtssicherung praktisch wirksam wird.“ (LG Hamburg aaO)

- b) Schon **Wortlaut und Systematik des Art. 13 II GG** belegen, dass die richterliche Durchsuchungsanordnung die Regel und die nichtrichterliche die Ausnahme sein soll.

„Im Allgemeinen müssen sowohl die Strafverfolgungsbehörden als auch die Ermittlungsrichter und die Gerichtsorganisation im Rahmen ihrer Möglichkeiten sicherstellen, dass auch in der Masse der Alltagsfälle die in der Verfassung vorgesehene „Verteilung der Gewichte“, nämlich die Regelzuständigkeit des Richters, gewahrt bleibt. Hieraus folgt die verfassungsrechtliche Verpflichtung, die Erreichbarkeit eines Ermittlungsrichters, auch durch die Einrichtung eines Not- oder Eildienstes, zu sichern.

Die Einrichtung solcher Bereitschaftsdienste ist nur dann nicht geboten, wenn hierfür lediglich im Ausnahmefall ein praktischer Bedarf besteht. Ein solcher Ausnahmefall liegt hier ersichtlich nicht vor (wird ausgeführt). Da nach dem Gesetz in Bezug auf die Zuständigkeit des Ermittlungsrichters keine Differenzierung nach der Art der Maßnahme stattfindet, ist insoweit ein konkreter Bedarf an dem Vorhandensein eines richterlichen Eildienstes zur Nachtzeit zweifelsohne zu bejahen. Wenn die für die Geschäftsverteilung zuständigen Präsidien gleichwohl keine Zuständigkeit des - ohnehin bestehenden - Bereitschaftsdienstes für Maßnahmen nach §§ 16, 16a SOG in ihre Geschäftsverteilung aufgenommen haben, obgleich es sich bei der Anordnung solcher Maßnahmen nur um seltene, den regulären Eildienst nicht weiter belastende Anordnungen im Rahmen des allgemeinen Bereitschaftsdienstes handelt, erschließt sich dies der Kammer nicht, zumal Durchsuchungsanordnungen auch nach dem SOG - anders als körperliche Untersuchungen gemäß § 81a StPO - nicht nur unter einfachgesetzlichem Richtervorbehalt stehen, sondern insoweit der verfassungsrechtlich gewährleistete Richtervorbehalt des Art. 13 II GG zu beachten ist. Dementsprechend sieht auch die Geschäftsverteilung des Amtsgerichts Hamburg eine richterliche Zuständigkeit für derartige Maßnahmen ausdrücklich vor: Während die Ermittlungsrichter des Amtsgerichts Hamburg sowie der Bereitschaftsdienst in Strafsachen innerhalb der allgemeinen Dienststunden im Rahmen ihrer regulären Tätigkeit aber für alle Art. 13 GG betreffenden Entscheidungen, und zwar auch für solche nach dem SOG, zuständig sind, ist ein nächtlicher Bereitschaftsdienst lediglich für Eilmaßnahmen nach der Strafprozessordnung eingerichtet. Ein Grund für diese - Eilmaßnahmen nach dem SOG ausnehmende - Regelung ist nicht erkennbar.“ (LG Hamburg aaO)

2. Auf der Grundlage der verfassungsgerichtlichen Vorgaben ist danach vorliegend von einem **Beweisverwertungsverbot für die im Rahmen der Durchsuchung erlangten Beweismittel** auszugehen.

*„Bei der hier vorzunehmenden **Abwägung auf der Grundlage des Gewichtes des Verfahrensverstößes, der Schwere des Tatvorwurfs und der Bedeutung der betroffenen Rechtsgüter** stellt sich die Missachtung des Richtervorbehalts durch die Justizverwaltung in Form des Unterlassens der Einrichtung eines nächtlichen richterlichen Bereitschaftsdienstes für sämtliche Art. 13 GG betreffenden Entscheidungen als ein derart wesentlicher Verfahrensmangel und als übergeordneter Grund anzusehender dar, dass vorliegend von einem strafprozessualen Verwertungsverbot auszugehen ist. Damit konnten weder die bei dem Angekl. sichergestellte Munition noch der sichergestellte Sprengstoff und die diesbzgl. Befunde betreffenden Aussagen, Gutachten, Lichtbilder und Ermittlungsberichte verwertet werden.“ (LG Hamburg aaO)*

(OVG Berlin-Bbg. in LKV 2011, 371; Beschluss vom 20.06.2011 – 4 a N 9.11)

1. Die **Jahresfrist** des § 48 IV 1 VwVfG **beginnt zu laufen, wenn die Behörde die Rechtswidrigkeit des Verwaltungsakts erkannt hat und ihr die für die Rücknahmeentscheidung erheblichen Tatsachen vollständig bekannt sind.**
2. Rechtsirrtümer oder unzutreffende rechtliche Schlussfolgerungen der Behörde hinsichtlich der Rücknahmevoraussetzungen des § 48 II VwVfG stehen dem Lauf der Jahresfrist nicht

Fall: Der Bekl. nahm mit Bescheid vom 10.03.2005 in der Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 19.09.2009 einen Trennungsgeldbewilligungsbescheid vom 21.09.1995 für den Zeitraum vom 01.01. bis 30.09.1995 zurück und forderte den ausgezahlten Betrag zurück.

Der dagegen gerichteten Klage des Kl. gab das VG statt. Die Rücknahme des Bewilligungsbescheides im Jahre 2005 scheiterte an der Nichteinhaltung der Jahresfrist des § 48 IV VwVfG. Nach einem im beigezogenen Verwaltungsvorgang enthaltenen Vermerk habe der Bekl. bereits im Jahre 1999 die Rücknahme der Trennungsgeldbewilligung und die Rückforderung der Trennungsgeldzahlungen vom Kl. für den hier fraglichen Zeitraum geprüft und davon abgesehen. Vorausgegangen war ein rechtskräftiger Abschluss eines Gerichtsverfahrens, in dem das VG eine Klage des Kl. auf Weiterzahlung von Trennungsgeld ab dem 01.10.1995 abgewiesen hatte. In dieser Entscheidung (VG Potsdam, Urt. v. 22.04.1999 – 2 K 3356/96) wurde ausgeführt, dass der Kl. für den Bewilligungszeitraum vom 01.01. bis 30.09.1995 nicht die erforderlichen Nachweise für sein fortwährendes Bemühen um eine angemessene Wohnung geführt habe, was für die uneingeschränkte Umzugswilligkeit zur Trennungsgeldgewährung erforderlich sei.

Die Bekl. beruft sich darauf, die Jahresfrist des § 48 IV VwVfG für die Rücknahme des Trennungsgeldbescheides vom 21.09.1995 sei auch im März des Jahres 2005 noch nicht abgelaufen gewesen, weil dem Ministerium im Zeitpunkt des Vermerks aus dem Jahre 1999 nicht bekannt gewesen sei, dass der Kl. sich wegen grob fahrlässiger Unkenntnis der Rechtswidrigkeit des Bewilligungsbescheides nach § 48 II 3 Nr. 3 VwVfG nicht auf Vertrauensschutz habe berufen können.

Wurde die Jahresfrist des § 48 IV VwVfG eingehalten?

Nach § 48 IV 1 VwVfG darf ein rechtswidriger Verwaltungsakt nur innerhalb eines Jahres seit dem Zeitpunkt zurückgenommen werden, zudem die Behörde Kenntnis von Tatsachen erhalten hat, die die Rücknahme rechtfertigen.

I. Beginn des Fristlaufs

Es stellt sich zunächst die Frage, wann die Frist für die Rücknahme zu laufen beginnt.

*„Das VG ist zutreffend unter Zugrundelegung der Rechtsprechung des BVerwG (Beschl. des Großen Senats v. 19.12.1984, BVerwGE 70, 356; BVerwG, Urt. v. 20.09.2001, NVwZ 2002, 485) davon ausgegangen, dass diese Frist erst zu laufen beginnt, wenn die Behörde die **Rechtswidrigkeit des Verwaltungsakts erkannt hat und ihr die für die Rücknahmeentscheidung außerdem erheblichen Tatsachen vollständig bekannt sind.** Zur vollständigen Kenntnis des für die Entscheidung über die Rücknahme des Verwaltungsakts erheblichen Sachverhalts gehören **auch die Tatsachen**, die im Falle des § 48 II VwVfG ein **Vertrauen des Begünstigten** in den Bestand des Verwaltungsakts entweder **nicht rechtfertigen** oder **nicht schutzwürdig** erscheinen lassen.“* (OVG Berlin-Bbg. aaO)

II. Anwendung auf den Fall

Kenntnis von der Rechtswidrigkeit des Bewilligungsbescheides hatte die Bekl. seit dem Abschluss des zuvor anhängigen gerichtlichen Verfahrens im Jahre 1999. Fraglich ist jedoch, ob sie damit auch Kenntnis von allen rücknahmerelevanten Tatsachen im Hinblick auf einen Vertrauensschutz des Kl. hatte.

1. Vorliegen einer Entscheidung über die Rücknahme im Jahr 1999

*„[Das] Ministerium [hat] nach dem rechtskräftigen Abschluss des Klageverfahrens auf Fortzahlung der Trennungsgeldzahlungen mit dem Vermerk vom 04.11.1999 eine Entscheidung über die Rücknahme getroffen. Diese Entscheidung [lautete], dass die **Gewährung** des Trennungsgeldes an den Kl. **zwar rechtswidrig** gewesen sei, die **Rechtswidrigkeit für den Kl. indessen nicht erkennbar** und sein Vertrauen auf die Richtigkeit der Trennungsbewilligung somit **schutzwürdig** i. S. d. § 48 I VwVfG gewesen sei.*

*Auch der Einwand des Bekl., er habe im November 1999 **keine bewusste Entscheidung** über die Rücknahme des Bewilligungsbescheides getroffen, weil der Vermerk vom 04.11.1999 davon ausgehe, dass der Bekl. **keine Entscheidungsfreiheit** gehabt habe, vermag die gegenteilige Bewertung des VG nicht zu erschüttern. Das VG ist zu Recht zu der Bewertung gelangt, dass nach dem Inhalt des Vermerks des Bekl. aus dem Jahre 1999 die **Rücknahme der Bewilligung** und die Rückforderung der Trennungsgeldzahlun-*

gen für den hier streitigen Zeitraum **geprüft und von ihr abgesehen wurde**. Dass sich das Ministerium bewusst war, wegen der Rechtswidrigkeit des Trennungsgeldbewilligungsbescheides über die Rücknahme entscheiden zu müssen, zeigen auch die Ausführungen im Vermerk vom 04.11.1999, wonach „Trennungsgeld ohne rechtlichen Grund gezahlt wurde und somit zurückgefordert werden müsste“ (...). Hieraus wird deutlich, dass das Ministerium erkannt hatte, dass es über die Rücknahme des Bewilligungsbescheides zu entscheiden hatte.“ (OVG Berlin-Bbg. aaO)

2. Abgrenzung zwischen Tatsachenerkenntnis und Erkennen eines Rechtsirrtums

Insofern könnte es aber relevant sein, dass die Bekl. erst 2005 erkannt haben will, dass diese zunächst angenommene Schutzwürdigkeit doch nicht gegeben ist, weil dem Kl. eine grob fahrlässige Unkenntnis des Trennungsgeldbescheides vorgeworfen werden könne. Fraglich ist, ob es sich bei dieser späteren Erkenntnis um eine für die Rücknahme und Rückforderung **erhebliche Tatsache** handelte **oder** ob hier lediglich ein **Rechtsirrtum** später erkannt wurde.

„Insoweit führt das VG der Sache nach zu Recht aus, dass **Rechtsirrtümer** oder **unzutreffende rechtliche Schlussfolgerungen** der Behörde hinsichtlich der Rücknahmevoraussetzungen des § 48 II VwVfG, die keinen Bezug zur Rechtswidrigkeit des Verwaltungsakts haben, dem **Lauf der Frist** nach § 48 IV 1 VwVfG **nicht entgegenstehen** (Kopp/Raumsauer, VwVfG, 11. Aufl., § 48 Rn. 157 m.w.N.; vgl. auch BVerwG, Urt. v. 22.10.1987, NVwZ 1988, 349). Dies entspricht auch der Zielsetzung des § 48 IV 1 VwVfG, der im Interesse der Rechtssicherheit verlässlich eine Grenze schaffen möchte, wann der zur Entscheidung anstehende Rücknahmefall seine abschließende Erledigung gefunden hat.“ (OVG Berlin-Bbg. aaO)

3. Relevanz der Anhörung für die Jahresfrist

Der Lauf der Jahresfrist könnte dadurch suspendiert gewesen sein, dass der Kl. nur zu der Frage angehört worden sei, ob ein Teil des Trennungsgeldes verbraucht worden sei oder ob er noch bereichert sei.

„Es ist zwar zutreffend, dass die **Jahresfrist**, nachdem die Behörde die Rechtswidrigkeit des Verwaltungsakts erkannt hat, erst dann **zu laufen beginnt, wenn ihr die für die Rücknahmeentscheidung erheblichen Tatsachen vollständig bekannt sind**. Zur **Herstellung der Entscheidungsreife** gehört daher regelmäßig auch die **Anhörung des Betroffenen**, denn seine Einwände können nur dann ernstlich zur Kenntnis genommen und in Erwägung gezogen werden, wenn sich die Behörde ihre Entscheidung bis zum Abschluss des Anhörungsverfahrens offenhält (BVerwG, Urt. v. 20.09.2001, NVwZ 2002, 485; Beschl. v. 4.12.2008 – 2 B 60/08, juris). Hier hat aber die **Anhörung des Betroffenen bereits mit Schreiben vom 12.08.1999**, das mit „Rückforderung überzahlten Trennungsgeldes“ überschrieben ist, stattgefunden. Dass der Inhalt des Anhörungsschreibens aufgrund **unzutreffender rechtlicher Schlussfolgerungen** nur auf die Voraussetzung des § 48 II 2 VwVfG und nicht auf die Voraussetzung dessen Abs. 2 Satz 3 abstellte, ist dagegen unbeachtlich. Andernfalls könnte eine Behörde durch eine bewusste Beschränkung des Anhörungsinhalts über den Lauf der im Interesse der Rechtssicherheit geschaffenen Jahresfrist weitestgehend disponieren.“ (OVG Berlin-Bbg. aaO)

Die Bekl. hatte damit bereits 1999 Kenntnis von allen rücknahmerelevanten Tatsachen, so dass die Rücknahmefrist bereits 2000 abgelaufen ist. Rücknahme nebst Rückforderung sind daher rechtswidrig.

GewO
§ 35 VI

maßgebliche Sach- und Rechtslage
Verfahren auf Wiedergestattung der Gewerbeausübung

POR

(OVG Lüneburg in NVwZ 2011, 891; Beschluss vom 08.06.2011– 5 ME 91/11)

1. Bei einer **Verpflichtungsklage** kommt es grundsätzlich auf die Sach- und Rechtslage im **Zeitpunkt der mündlichen Verhandlung** an.
2. Weiterer Vortrag zur Sachlage kann **im Berufungsverfahren** nur dann berücksichtigt werden, wenn die neuen **Tatsachen erst nach der erstinstanzlichen Entscheidung eingetreten** sind.
3. Soweit es um die **Wiedergestattung der Gewerbeausübung** geht, kann aber ein nachträgliches ordnungsgemäßes Verhalten des Gewerbetreibenden während des Verwaltungsgerichtsprozesses dann unberücksichtigt bleiben, wenn es **lediglich erfolgt**, um den **Prozess zu gewinnen**.
4. Das Gericht hat aber sorgfältig zu prüfen, ob solches Wohlverhalten auf einen „**Reifeprozess**“ zurückzuführen und insofern **Ausdruck gewerberechtl. Zuverlässigkeit** ist.

Fall: Die Kl. betreibt seit dem 11.06.2001 einen gewerblichen Hausmeisterservice. Wegen Nichtabführung von Gesamtsozialversicherungsbeiträgen in Höhe von 8.898 Euro sowie wegen Verletzung steuerlicher Erklärungs- und Zahlungspflichten (Steuerrückstände in Höhe von 53.985 Euro) leitete die Bekl. mit Schreiben vom 06.10.2005 ein Gewerbeuntersagungsverfahren gegen die Kl. ein, das sie mit Gewerbeuntersagungsbescheid vom 10.03.2006 abschloss. Die Kl. legte Widerspruch ein und wies auf die Erfüllung der rückständigen Forderungen, auf die bevorstehende Abgabe der fehlenden Steuererklärungen und die bevorstehende Einigung mit dem Finanzamt hin. Die Bekl. setzte daraufhin das Verfahren wiederholt aus, um der Kl. Gelegenheit zu Sanierungsmaßnahmen zu geben, legte schließlich aber den Widerspruch der Regierung von Oberbayern zur Entscheidung vor. Nachdem auch erhebliche Beitragsrückstände bei der Berufsgenossenschaft Bau bekannt geworden waren, wies die Regierung den Widerspruch mit Bescheid vom 17.04.2008 als unbegründet zurück. Zwar hätten sich die steuerlichen Rückstände auf 778 Euro reduziert; die Rückstände an Gesamtsozialversicherungsbeiträgen seien jedoch (nach vorübergehendem Rückgang) auf 6.802 Euro angestiegen; die Beitragsrückstände bei der Berufsgenossenschaft Bau würden nunmehr 27.000 Euro betragen. Die Kl. erhob Anfechtungsklage zum VG München. Bis zur mündlichen Verhandlung vor dem VG am 15.01.2009 sanken die Rückstände an Sozialversicherungsbeiträgen auf 1.244 Euro, während die rückständigen Betriebssteuern auf 8.987 anstiegen. Die Beitragsrückstände bei der Berufsgenossenschaft beliefen sich nunmehr auf 28.378 Euro.

Das VG wies die Anfechtungsklage ab. Das Urteil ist rechtskräftig. Die Bekl. verzichtete jedoch darauf, die nunmehr bestandskräftige Gewerbeuntersagung zu vollziehen, und ließ zu, dass die Kl. ihren Betrieb weiterführte.

Unter dem 11.03.2009 beantragte die Kl. die Wiedergestattung der persönlichen Gewerbeausübung, da sich ihre finanzielle Situation seit Ende 2008 erheblich gebessert habe. Die Steuerrückstände der Kl. wurden bis März 2009 bzw. August 2009 auf ca. 5.000 Euro abgebaut. Die Beitragsrückstände der Kl. bei der Berufsgenossenschaft Bau sanken bis November 2009 auf 8.025 Euro. Danach stiegen sie bis Juli 2010 wieder auf 10.856 Euro an. Die Steuerrückstände der Kl. stiegen bis 15.06.2010 auf 30.856 Euro an; es fehlten zudem die Jahressteuererklärungen 2007 – 2009. Bis zum 02.09.2010 stiegen die Steuerrückstände der Kl. auf 40.885 Euro an. Die Bekl. lehnte daraufhin die Wiedergestattung der persönlichen Gewerbeausübung mit Bescheid vom 06.09.2010 ab. Die Kl. erhob dagegen Verpflichtungsklage. Am 07.09.2010 erging gegen die Kl. ein Haftbefehl zur Erzwingung der Abgabe der eidesstattlichen Versicherung nach § 807 ZPO. Nach Auskunft des Finanzamts vom 02.11.2010 waren die Steuerrückstände seinerzeit auf 30.913 Euro zurückgegangen. Nach Auskunft der Berufsgenossenschaft Bau vom 04.11.2010 beliefen sich die dortigen Rückstände seinerzeit auf 6.604 Euro. Nach Auskunft G-Ersatzkasse vom gleichen Tag beliefen sich die Rückstände an Gesamtsozialversicherungsbeiträgen seinerzeit auf 3.118 Euro. In der mündlichen Verhandlung vor dem VG ließ die Kl. vortragen, ihre Schulden bei der Berufsgenossenschaft Bau auf 176 Euro und beim Finanzamt auf 3.050 Euro reduziert zu haben. Die Restschulden würden am nächsten Tag beglichen werden. Das VG wies die Klage ab. Die Kl. beantragte die Zulassung der Berufung und wies nach, dass die Restbeträge nach dem erstinstanzlichen Urteil beglichen wurden.

Wird der Antrag auf Zulassung der Berufung Erfolg haben?

Der Antrag auf Zulassung der Berufung wird Erfolg haben, wenn er zulässig und begründet ist.

A. Zulässigkeit des Antrags auf Zulassung der Berufung

I. Verwaltungsrechtsweg, § 40 I 1 VwGO

Die Eröffnung des Rechtswegs ist nach § 17a V GVG vom Rechtsmittelgericht nicht mehr zu prüfen.

II. Zuständigkeit

Zuständig für die Entscheidung über Berufungszulassungsanträge gegen Urteile des VG München ist nach § 124a V VwGO i.V.m. Art. 1 I AG VwGO Bay der VGH München.

III. Statthaftigkeit, §§ 124 I, § 124a IV 1 VwGO

Der Antrag auf Zulassung der Berufung ist statthaft, wenn das Verwaltungsgericht in seinem erstinstanzlichen Urteil die Berufung nicht zugelassen hat. Dies ist nicht der Fall.

IV. Zulassungsantrag und Begründung, §§ 124a IV, 125 I 81, 82 VwGO

Der Zulassungsantrag ist nach § 124a V VwGO beim Verwaltungsgericht zu stellen, die Begründung des Zulassungsantrags ist dann, wenn sie nachträglich erfolgt, beim OVG/VGH einzureichen. Für den Antrag besteht nach § 67 IV VwGO durch einen Rechtsanwalt oder eine sonst nach § 67 II 1 VwGO zugelassene Person zu erfolgen. Von der ordnungsgemäßen Beantragung und Begründung kann ausgegangen werden.

V. Antrags- und Begründungsfrist, § 124a IV 1, 4 VwGO

Der Antrag auf Zulassung der Berufung ist binnen eines Monats nach Zustellung des in vollständig abgefasster Form vorliegenden erstinstanzlichen Urteils zu stellen. Die Begründung hat innerhalb von zwei Monaten ab Urteilszustellung zu erfolgen. Von der Einhaltung dieser Fristen ist auszugehen.

VI. Rechtsmittelberechtigung und Beschwerde, § 124 I VwGO

Rechtsmittelberechtigt ist grundsätzlich jeder Beteiligte des Ausgangsverfahrens, allerdings ist eine Beschwerde erforderlich. Die Klage der Kl. wurde abgewiesen. Damit ist diese beschwert.

Der Antrag auf Zulassung der Berufung ist damit zulässig.

B. Begründetheit

Der Antrag auf Zulassung der Berufung müsste auch begründet sein. In Betracht kommt hier eine Zulassung der Berufung nach § 124 II Nr. 1 VwGO wegen ernstlicher Zweifel an der Richtigkeit des Urteils. Die Kl. richtet sich gegen die Annahme gewerberechtlicher Unzuverlässigkeit.

I. Maßgebliche Sach- und Rechtslage

Fraglich ist, auf welchen Zeitpunkt hierbei bei dem Antrag auf Wiedergestattung der Gewerbeausübung nach § 35 VI GewO abzustellen ist.

„Ob ein solcher Anspruch besteht, ergibt sich aus dem materiellen Recht, also aus § 35 VI GewO. § 35 VI GewO enthält kein Hindernis für eine Klagestattdgabe, wenn im Zeitpunkt der mündlichen Verhandlung die dort genannten Voraussetzungen erfüllt sind; § 35 VI GewO unterscheidet sich insofern von § 35 I GewO (vgl. dazu Pielow, GewO, 2009, § 35 Rn 76a; Heß in Friauf, GewO, § 36 Rn. 185 m.w.N.).

[Bei] einer Verpflichtungsklage auf Wiedergestattung der persönlichen Ausübung des Gewerbes nach § 35 VI GewO [kommt es daher] auf die Sach- und Rechtslage im Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung bei Gericht an (vgl. § 113 V VwGO)“ (VGH München)

Das Berufungsgericht hat also bei seiner Entscheidung auf die Sach- und Rechtslage zum Entscheidungszeitpunkt abzustellen.

II. prozessuale Präklusion

Etwas anderes könnte sich jedoch aus prozessualen Gründen ergeben, falls die Kl. mit neuen Vortrag ausgeschlossen wäre. Eine solche Präklusion sieht das Gesetz, anders als nach § 531 ZPO, in § 128a VwGO nur dann vor, wenn für den Vortrag eine entsprechende Frist gesetzt wurde, war hier jedoch nicht der Fall ist.

„[Es] ...besteht auch kein prozessuales Hindernis dafür, im Berufungszulassungsverfahren fristgemäß vorgetragene Tatsachen zu berücksichtigen, die erst nach Erlass der verwaltungsgerichtlichen Entscheidung eingetreten sind (BVerwG, BayVBl 2003, 217 = NVwZ 2003, 490 = NJW 2003, 1618 L). Nicht mehr zu berücksichtigen sind allerdings die nach dem 23.02.2011 eingetretenen und danach von der Kl. neu vorgetragenen Tatsachen. Der Rechtsmittelführer kann nach Ablauf der Begründungsfrist auch unter

Berufung auf eine Änderung der Sachlage keine neuen Rügen vorbringen (BVerwG, NVwZ 2004, 744 = NJW 2004, 2321 L; Sodan/Ziekow, VwGO, 3. Aufl. [2010], § 124 Rn. 97).“ (VGH München aaO)

III. Vorliegen ernstlicher Zweifel an der Richtigkeit des angefochtenen Urteils

Aus der Begründung des Berufungszulassungsantrag müsste sich ergeben, dass das VG zu Unrecht angenommen hat, dass die Voraussetzungen des § 35 VI 1 GewO für eine Wiedergestattung der gewerblichen Tätigkeit nicht vorgelegen haben. Nach § 35 VI GewO ist einem Gewerbetreibenden die Wiederausübung des Gewerbes zu gestatten, wenn Tatsachen die Annahme rechtfertigen, dass eine gewerberechtliche Unzuverlässigkeit i.S. von § 35 I GewO nicht mehr vorliegt.

*„Die mit dem Ausspruch der Gewerbeuntersagung festgestellte gewerberechtliche **Unzuverlässigkeit darf also nicht mehr bestehen**. Der betreffende Gewerbetreibende muss also nunmehr die **Gewähr dafür bieten**, dass er sein Gewerbe – auch im Hinblick auf öffentlich-rechtliche Erklärungs- und Zahlungsverpflichtungen – **ordnungsgemäß ausüben** wird; insofern ist eine tatsächengestützte günstige Prognose für die künftige gewerbliche Tätigkeit erforderlich, (vgl. Heß in Friauf, § 35 Rn 180 m.w.N.). Für die Kl bedeutet dies, dass sie sich die Bestandskraft der Gewerbeuntersagung vom 10.03.2006 in der Gestalt des Widerspruchsbescheids vom 17.04.2008 und die Rechtskraft des klageabweisenden Urteils vom 29.01.2009 entgegenhalten lassen muss.“ (VGH München aaO)*

Es kommt also darauf an, ob seit April 2008 eine Änderung dahingehend eingetreten ist, dass die Kl. nunmehr die Gewähr dafür bietet, dass sie ihr Gewerbe auch im Hinblick auf öffentlich-rechtliche Erklärungs- und Zahlungsverpflichtungen ordnungsgemäß ausüben wird.

*„Dem steht bereits die Feststellung des VG entgegen, wonach gegen die Kl. erst am 07.09.2010 erneut ein **Haftbefehl zur Erzwingung der Abgabe einer eidesstattlichen Versicherung** nach § 807 ZPO ergangen ist. Die Kl. ist dem in der Begründung ihres Zulassungsantrags nicht entgegengetreten. Dem steht weiter entgegen, dass es der Kl. zwar gelungen ist, ihre Steuerrückstände sowie ihre Beitragsrückstände bei der Berufsgenossenschaft Bau zu bezahlen, dass aber die von der Bekl. in der Klageerwiderung unwiderlegt geltend gemachten **Beitragsrückstände bei der G-Ersatzkasse** in Höhe von 3118 Euro unberücksichtigt blieben. Diesbezüglich ist die Kl. erst auf Hinweis der Bekl. nach Ablauf der Begründungsfrist des § 124a IV 4 VwGO tätig geworden. So entsteht der Eindruck, dass die Kl. nicht nach einem durchdachten und Erfolg versprechenden Sanierungskonzept vorgeht, wie es eine ordnungsgemäße Gewerbeausübung verlangen würde.*

*Vor allem lässt die sich aus den Darlegungen der Kl. ergebende Momentaufnahme die von ihr gezeigte gewerberechtliche Unzuverlässigkeit nicht ohne Weiteres entfallen. „**Wohlverhalten**“ des Gewerbetreibenden während des Klageverfahrens ist nicht ohne Weiteres geeignet, eine zuvor gezeigte **Unzuverlässigkeit aufzuheben** (BVerwG, GewArch 1999, 72 = BeckRS 1996, 31221082). Insbesondere ist die Unzuverlässigkeit eines Gewerbetreibenden, der über **lange Zeit** unter anderem seinen **öffentlich-rechtlichen Zahlungsverpflichtungen** in erheblichem Ausmaß nicht oder nicht rechtzeitig nachgekommen ist, dessen Zahlungsrückstände sich noch während des Anfechtungsprozesses erheblich erhöht haben, nicht allein dadurch ausgeräumt, dass er **kurz vor dem maßgeblichen Zeitpunkt für die Beurteilung der Sach- und Rechtslage seine Verpflichtungen begleicht** (BVerwG, NVwZ 1991, 372 = GewArch 1991, 110 [112]). Ein nachträgliches ordnungsgemäßes Verhalten während des Verwaltungsgerichtsprozesses ist demnach im Allgemeinen wenig bedeutsam. Dies gilt vor allem dann, wenn dieses Wohlverhalten erforderlich erschien, um ein gerade schwebendes Verfahren zu einem günstigen Ende zu bringen. Denkbar ist allerdings auch, dass ein solches Wohlverhalten auf einen „Reifeprozess“ zurückzuführen ist und es unter derartigen Umständen Ausdruck gewerberechtlicher Zuverlässigkeit sein kann (vgl. BVerwG, GewArch 1987, 351).“ (VGH München aaO)*

Es kommt demnach für die Änderung des Verhaltens der Kl. während des Verfahrens darauf an, ob dieses die genannten Rückschlüsse zulässt.

*„Im vorliegenden Fall vermag der VGH **keine Anhaltspunkte für einen derartigen Reifeprozess** zu erkennen. Die Kl. hat erkennbar versucht, „Wohlverhalten“ gerade in dem Zeitpunkt an den Tag zu legen, in dem das VG über die Verpflichtungsklage zu entscheiden hatte bzw. der VGH den Antrag auf Zulassung der Berufung zu behandeln hat.*

Wie die Entwicklung der Schuldenstände der Kl. bei allen ihren öffentlich-rechtlichen Gläubigern gezeigt hat, war diese immer wieder von erheblichen Rückschlägen gekennzeichnet; die Bemühungen der Kl. um ordnungsgemäßes Verhalten entbehrten der erforderlichen Stetigkeit.“ (VGH München aaO)

Ergebnis: Ernstliche Zweifel an der Richtigkeit des angefochtenen Urteils sind nicht zu erkennen. Der Antrag auf Zulassung der Berufung ist zwar zulässig, aber unbegründet.

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.

FGO **FGO**
§ 52a **§ 52a**
Klageerhebung
Formwirksamkeit bei fehlender qualifizierter digitaler Signatur
 (BFH in DB 2011, 2181; Beschluss vom 26.07.2011 – VII R 30/10)

Die **wirksame Erhebung einer Klage per E-Mail** bei einem Finanzgericht **verlangt** das Vorliegen einer **qualifizierten digitalen Signatur**, sofern das betreffende Bundesland diese Signatur in einer Verordnung vorgeschrieben hat.

Ist für den Rechtsverkehr per E-Mail die die Schriftform ersetzende qualifizierte elektronische Signatur vorgeschrieben, so reicht es bei deren Fehlen nicht aus, dass sich aus der E-Mail oder begleitenden Umständen die Urheberschaft und der Wille, das Schreiben in den Verkehr zu bringen, hinreichend sicher ergeben. Die **Rspr. zum Computerfax ist auf solche Fälle nicht entsprechend anzuwenden**.

„Das FG hat auch zu Recht nicht weiter geprüft, ob sich aus der E-Mail oder begleitenden Umständen die Urheberschaft und der Wille, das Schreiben in den Verkehr zu bringen, hinreichend sicher ergibt. Zwar kann nach der höchstrichterlichen Rspr. (BGHZ 144, 160) bei Vorliegen dieser Voraussetzungen auf eine eigenhändige Unterschrift selbst bei bestimmenden Schriftsätzen verzichtet werden, wenn diese mittels Computerfax bei Gericht eingehen. Ausdrücklich gründet sich diese Auffassung aber darauf, dass beim Computerfax – wie schon bei der von der Rspr. gebilligten und zum Gewohnheitsrecht erstarkten Übung der telefonischen Telegrammaufgabe – eine eigenhändige Unterzeichnung nicht möglich ist. **Für den Rechtsverkehr per E-Mail ist aber gerade eine die Schriftform ersetzende elektronische Signatur eingeführt worden. Für eine erweiternde Anwendung der o.g. Rechtsprechungsgrundsätze auf die Übermittlung bestimmender Schriftsätze per E-Mail besteht mithin keine Veranlassung** (a.A. Gräber/Stapperfend, Finanzgerichtsordnung, 7. Aufl., § 52a Rn 6; Hübschmann/Hepp/Spittaler, § 52a FGO Rn 83; vgl. auch BFH BFH/NV 2006, 104).“ (BFH aaO)

ZPO **ZPO**
§§ 329 II 1, 249 I **§§ 329 II 1, 249 I**
formlose Entscheidungsbekanntgabe
telefonische Beschlussmitteilung durch Geschäftsstelle
 (BGH in NJW-RR 2011, 1282; Beschluss vom 26.05.2011 – V ZB 248/10)

I. Die **Mitteilung des Tenors eines Beschlusses durch die Geschäftsstelle** an eine Partei ist **keine unverbindliche Auskunft, sondern die formlose Bekanntgabe** der Entscheidung nach § 329 II 1 ZPO.

„Ein Beschluss ist vielmehr nach [§ 329 II 1 ZPO] (formlos) bekannt gegeben, wenn der **Inhalt der von den Richtern gefassten und unterschriebenen, zur Bekanntgabe an die Parteien vorgesehenen Entscheidung durch das Gericht einer Partei mitgeteilt wird** (BGH NJW-RR 2000, 877), **was auch fernmündlich geschehen kann** (BGHZ 14, 148). Dies gilt auch, wenn weder die den Beschluss fassenden Richter noch der den Beschluss mitteilende Geschäftsstellenbeamte beabsichtigt haben, durch die fernmündliche Kundgabe des Beschlussinhalts die Wirkungen des § 329 II 1 ZPO herbeizuführen. Für das Existenzwerden der Entscheidung durch formlose Bekanntgabe ist es nämlich **ohne Bedeutung, aus welchen Motiven und mit welchen Absichten das geschieht**. Maßgeblich ist nur der obj. Tatbestand, dass der Inhalt einer von den Mitgliedern des Gerichts beschlossenen, schriftlich abgefassten und mit ihren Unterschriften versehenen Entscheidung der Partei ausdrücklich und bewusst – und in diesem Sinne mit dem Willen des Gerichts – bekanntgegeben wird (vgl. BGH NJW-RR 2000, 877).

Die Mitteilung des Beschlussinhalts durch die Geschäftsstelle an eine Sekretärin des Prozessbevollmächtigten steht einer Kundgabe an ihn selbst gleich, wenn diese als Botin des Prozessbevollmächtigten nachfragt und die Mitteilung des Gerichts über den Inhalt der Entscheidung für diesen entgegennimmt (vgl. BGH NJW 1996, 1682).“ (BGH aaO)

II. Die **Aussetzungswirkung nach § 249 I ZPO tritt schon mit der (formlosen) Mitteilung des Aussetzungsbeschlusses** durch das Gericht (§ 329 II 1 ZPO) an die Partei, und **nicht erst mit der Beschlusszustellung** ein.

„Die gegenteilige Auslegung widerspricht dem verfassungsrechtlichen Verbot, verfahrensrechtliche Vorschriften so auszulegen und anzuwenden, dass den Parteien der Zugang zu den in den Verfahrensordnungen eröffneten Instanzen in unzumutbarer und aus Sachgründen nicht mehr zu rechtfertigender Weise erschwert wird.“ (BGH aaO)

StPO **StPO**
§§ 81b, 163b I 2 **§§ 81b, 163b I 2**
Unverhältnismäßigkeit einer Freiheitsentziehung
zum Zwecke einer Identitätsfeststellung
 (BVerfG in StV 2011, 389 = NVwZ 2011, 743; Beschluss vom 08.03.2011 – 1 BvR 47/05)

Die **(mehrstündige) Unterbringung einer Person gegen ihren Willen** in einem Haftraum **zum Zwecke der Identitätsfeststellung** gem. §§ 81b, 163b I 2 StPO **stellt** eine dem Richtervorbehalt nach Art. 104 II, 2, 3 GG unterliegende **Freiheitsentziehung dar**. Sie ist – weil nicht erforderlich – **unverhältnismäßig, wenn die Identität der Person bereits durch Vorlage eines Personalausweises zweifelsfrei nachgewiesen wurde** und besondere Umstände des Einzelfalles keine (weitere) Ingewahrsamnahme zum Zwecke einer erkennungsdienstlichen Behandlung gebieten.

I. Die Vorschrift des § 163b I 2 StPO lässt ein **Festhalten zur Identitätsfeststellung nur dann zu, wenn die Identität sonst nicht oder nur unter erheblichen Schwierigkeiten festgestellt werden kann**. Die Vorschrift stellt

insofern eine **gesetzliche Konkretisierung des verfassungsrechtlichen Verhältnismäßigkeitsgebots** dar und soll sicherstellen, dass ein Eingriff in die persönliche Freiheit nur dann erfolgt, wenn er zur Feststellung der Identität unerlässlich ist.

„Ein solcher Fall lag hier nicht vor: § 163 b I 1 StPO ermächtigt Polizeibeamte, gegenüber einem Verdächtigen die notwendigen Maßnahmen zur Identitätsfeststellung zu treffen, also den Betr. nach seinen Personalien zu befragen und diesen aufzufordern, mitgeführte Ausweisdokumente auszuhändigen. Nur dann, wenn die Identität des Betroffenen auch unter Ausschöpfung dieser Maßnahmen nicht mit der erforderlichen Sicherheit geklärt werden kann oder dies mit erheblichen Schwierigkeiten verbunden wäre, kommt ein weiteres Festhalten nach S. 2 in Betracht. Ein weiterer Eingriff in das Freiheitsrecht des Art. 2 II 2 GG darf also nur dann erfolgen, wenn die Polizei auf der Basis der bereits bekannten Daten berechnete Zweifel an der Identität der Person hat.

Hiervon kann im vorliegenden Fall nicht ausgegangen werden: Der Bf. hat sich gegenüber der Polizei vor Ort mit einem Bundespersonalausweis ausgewiesen. Der Bundespersonalausweis ist dabei in besonderer Weise als Dokument zur Feststellung der Identität geeignet, da er gem. § 1 PersAuswG die erforderlichen Daten für eine Identifikation und strafrechtlich relevante Erfassung der Person enthält und darüber hinaus mit besonderen Fälschungssicherungen versehen ist. Anhaltspunkte dafür, dass der Ausweis des Bf. gefälscht war oder seine Person nicht mit dem Ausweisinhaber übereinstimmte, etwa, weil das Foto keine oder nur geringe Ähnlichkeit mit ihm aufwies, sind nicht ersichtlich. Daher ist – insbes. im Hinblick auf das verfassungsrechtlich fundierte Regel-Ausnahme-Verhältnis zwischen bloßer Identitätsfeststellung und weiterem Festhalten – davon auszugehen, dass es den Polizeibeamten möglich war, die Identität auf Grund des vorgelegten Bundespersonalausweises vor Ort hinreichend sicher festzustellen. Ein Festhalten aus reinen Praktikabilitätserwägungen vermag schon die Erforderlichkeit der Maßnahme nicht zu begründen und dürfte im Übrigen auch auf die Abwägung im Rahmen der Prüfung der Verhältnismäßigkeit einer derartigen Maßnahme keinen Einfluss haben (vgl. BVerfG NVwZ 1992, 767).“ (BVerfG aaO)

II. Eine **Berechtigung zur (mehrständigen) Unterbringung einer Person gegen ihren Willen** in einem Haftraum zum Zwecke der Identitätsfeststellung **ergibt sich auch nicht aus § 81b Alt. 2 StPO.**

„Insoweit ist **zwischen der Anordnung der Maßnahme und der Durchführung zu unterscheiden** (vgl. BVerfG NSTZ-RR 2006, 381). Selbst wenn man in Bezug auf die Anordnung der Maßnahme davon ausgeht, dass trotz eindeutig festgestellter Identität des Bf. und aller anderen Personen die Erinnerung der einzelnen Polizisten als Zeugen vor Gericht auf Grund der Vielzahl an Personen ohne weitere Fotos möglicherweise nicht hinreichend gewährleistet gewesen wäre und es als Erinnerungstütze noch ein Bedürfnis an weiteren im Strafprozess zu verwertenden Beweismitteln gab, rechtfertigt dies für die Durchführung jedenfalls nicht ein stundenlanges Festhalten und Einsperren des Bf. auf verschiedenen Polizeiwachen.

Insofern werden die **Anforderungen des verfassungsrechtlichen Verhältnismäßigkeitsprinzips** verkannt, das in der Formulierung „soweit (...) notwendig“ in § 81 b StPO seinen Niederschlag auch in der einfachgesetzlichen Regelung gefunden hat. Zwar kann die Masse der zu bearbeitenden Fälle eine zeitliche Verzögerung rechtfertigen, jedoch hat das LG keine Ausführungen zum Vorliegen von Erschwerissen gemacht, die die Dauer in dem hier festgestellten Umfang rechtfertigten. Allerdings ist die Polizei als Strafverfolgungsbehörde – soweit nicht ein genereller entsprechender Bedarf besteht – nicht gezwungen, Personal und Material für erkennungsdienstliche Maßnahmen in solchem Maß vorzuhalten, dass eine Bearbeitung in unmittelbarer zeitlicher und räumlicher Nähe erfolgen kann. Vielmehr kann es durchaus verhältnismäßig sein, derartige spezielle Ressourcen insbesondere räumlich zusammenzufassen. Eine Verbringung an diesen Ort und eine organisatorisch nicht zu vermeidende und gemäßigte Wartefrist können jedenfalls bei hinreichend gewichtigen Straftaten angemessene Eingriffe im Verhältnis zur Bedeutung des staatlichen Strafanspruchs sein. Ein solcher Fall liegt aber auf der Basis des festgestellten Sachverhalts nicht vor: Der Bf. ist im Polizeipräsidium nach mehreren Stunden ausschließlich in der Art erkennungsdienstlich behandelt worden, dass von ihm drei einfache Fotos angefertigt wurden. Weitere Aufnahmen insbes. solche, die besondere fotografische oder kriminalistische Erfahrung oder Ausrüstung erforderten, sind weder festgestellt noch Teil seiner Verhältnismäßigkeitserwägungen geworden. Insofern stellt sich die erkennungsdienstliche Behandlung als die Anfertigung von einfachen, alltäglichen Fotoaufnahmen dar. Für die Annahme der Erforderlichkeit in diesem Fall hätte es einer genaueren Auseinandersetzung mit anderen Möglichkeiten bedurft, zeitlich früher Aufnahmen des Bf. in der gleichen Qualität und Machart anzufertigen, die den Zweck des § 81 b StPO nicht schlechter erfüllt hätten. Hierbei hätte das LG insbes. prüfen müssen, ob die Beamten entsprechende Aufnahmen nicht mit einer verfügbaren oder kurzfristig herbeizuschaffenden Kamera auch vor Ort, als die Personen einzeln aus dem Kessel zur Identitätsfeststellung herausgeführt wurden, hätten machen können oder sonst spätestens auf den einzelnen Polizeiwachen.“ (BVerfG aaO)

StPO	Verfahrensverständigung	StPO
§§ 257c, 265	Auswirkungen auf richterl. Hinweispflicht	
	(BGH in StV 2011, 607 = NJW 2011, 2377; Urteil vom 11.05.2011 – 2 StR 590/10)	

§ 257 c StPO und die sich aus einer danach getroffenen Verständigung ergebenden Bindungen des Gerichts haben nicht die Kraft, die Hinweispflichten des § 265 StPO zu relativeren oder gar zu verdrängen.

„Der Grundsatz des rechtlichen Gehörs gilt vielmehr **uneingeschränkt auch für den Angekl., der einem Verständigungsvorschlag des Gerichts zugestimmt hat.** Anders als bei der Hinweispflicht des § 257c IV 4 StPO, die nur dann eingreift, wenn sich das Gericht von einer getroffenen Verständigung lösen will, weil „rechtlich oder tatsächlich bedeutsame Umstände übersehen worden sind oder sich neu ergeben haben“ und das Gericht deswegen den zugesagten Strafrahmen nicht mehr als angemessen erachtet (vgl. § 257c IV 1 StPO), ist das Gericht der sich aus § 265 StPO ergebenden Pflichten auch dann nicht enthoben, wenn es sich auch unter geänderten Bedingungen von seiner Strafrahmenzusage nicht lösen will.“ (BGH aaO)

StPO	richterliche Hinweispflicht	StPO
§ 265 I	Verurteilung wegen eines anderen Mordmerkmals	
	(BGH in NSTZ 2011, 475; Beschluss vom 23.03.2011 – 2 StR 584/10)	

Will der Tatrichter abweichend vom Anklagevorwurf den Angekl. wegen eines anderen Mordmerkmals verurteilen, muss er den Angekl. hierauf ausdrücklich hinweisen.

„Ein solcher Hinweis muss nicht nur erteilt werden, wenn ein anderes Strafgesetz als das im Eröffnungsbeschluss genannte angewandt, sondern auch dann, wenn der Angekl. wegen einer andersartigen Begehungsform desselben Strafgesetzes verurteilt werden soll (BGHSt 23, 95). Das Gericht muss deshalb regelmäßig darauf hinweisen, wenn es abweichend vom Anklagevorwurf wegen eines anderen Mordmerkmals verurteilen will (vgl. BGHSt 23, 95; 25, 287). Mit Rücksicht auf den **Regelungszweck des § 265 I StPO** ist dies jedenfalls dann anzunehmen, wenn die in Betracht kommenden Begehungsformen sich in ihren objektiven und subjektiven Voraussetzungen so stark voneinander unterscheiden, dass eine **umfassende Verteidigung des Angekl. nur durch eine förmliche Unterrichtung gesichert** werden kann. Das ist der Fall, wenn das Gericht den Angekl. abweichend vom Anklagevorwurf nicht aus dem Gesichtspunkt der Heimtücke, sondern dem der niedrigen Beweggründe wegen Mordes verurteilen will; dasselbe gilt beim Übergang vom Vorwurf des Tötens in Verdeckungsabsicht zum Vorwurf des Tötens aus Wut als niedrigerem Beweggrund (BGHSt 25, 287).

Der Hinweis muss – allein oder in Verbindung mit der zugelassenen Anklage – dem Angekl. hinreichend erkennbar machen, durch welche Tatsachen das Gericht die gesetzlichen Merkmale als erfüllt ansieht (BGH NSTZ 1993, 200). Das gilt auch für das Mordmerkmal der sonstigen niedrigen Beweggründe (BGH NSTZ 2005, 111). Nur so kann er seine Funktion erfüllen, **den Angekl. vor Überraschungsentscheidungen zu schützen** und ihm die Gelegenheit zu geben, sich gegenüber dem neuen Vorwurf zu verteidigen.“ (BGH aaO)

StPO **Annahmeverurteilung** StPO
§ 313 I 2 **vorausgegangenes Strafbefehlsverfahren**
(OLG Dresden in NSTZ 2011, 477; Beschluss vom 08.12.2010 – 2 Ws 347/10)

§ 313 I 2 StPO findet auch dann Anwendung, wenn die StA zwar Freispruch beantragt hatte, aufgrund eines vorausgegangenen Strafbefehlsverfahrens jedoch bereits ein konkreter Strafantrag der StA existiert, der die Annahme eines Bagatelldeliktes zulässt.

I. Die **Frage**, ob auch im Falle eines Freispruchs, der auf einem Antrag der StA beruht, von einer Annahmeverurteilung ausgegangen werden kann, **wird in Rspr. und Lit. unterschiedlich beurteilt**.

- Der bisher **überwiegende Teil der Rspr.** hält in einem solchen Fall § 313 I 2 StPO für unanwendbar.

Diese Auffassung wird maßgeblich damit begründet, dass der Antrag des Vertreters der StA auf Freispruch kein Minus gegenüber dem in § 313 I 2 StPO genannten Antrag auf Verhängung einer Geldstrafe von höchstens 30 Tagessätzen sei. Wenn die StA nach durchgeführter Beweisaufnahme zu dem Ergebnis komme, ein strafrechtlicher Schuldnachweis sei überhaupt nicht zu führen, könne aus ihrem Antrag auf Freispruch nicht auf ein Bagatelldelikt geschlossen werden. Aus Gründen der Rechtssicherheit sei deshalb nicht hinnehmbar, der Anwendung des § 313 I 2 StPO eine fiktive Tat und eine fiktive Rechtsfolge zugrunde zu legen. Im Interesse der Rechtsklarheit verbiete sich deshalb eine erweiternde Auslegung der Ausnahmenvorschrift des § 313 I 2 StPO.

OLG Koblenz NSTZ 1994, 601; OLG Celle NSTZ-RR 1996, 43; OLG Köln NSTZ 1996, 150; OLG Karlsruhe StV 1997, 69; OLG Zweibrücken MDR 1996, 732; OLG Hamm VRS 95, 382; OLG Jena StraFo 2000, 292; OLG Stuttgart NSTZ-RR 2001, 84; OLG Brandenburg OLG-NL 2005, 45

- Von dieser grds. Auffassung weicht eine **Mindermeinung** jedenfalls dann ab, wenn aufgrund eines Strafbefehlsantrags bereits ein konkreter Strafantrag der StA existiert, ohne dass hypothetische Erwägungen angestellt werden müssten.

OLG Hamm NSTZ 1996, 455; OLG Koblenz NSTZ-RR 2000, 306; OLG Schleswig SchIHA, 2000, 256; Meyer-Goßner § 313 Rn 4a

II. **Der letztgenannten Auffassung schließt sich OLG Dresden aaO an.**

„§ 313 StPO ist durch das Gesetz zur Entlastung der Rechtspflege (BGBl I 1993, 50) eingefügt worden. Hintergrund war die außerordentliche Belastung der Strafjustiz nach dem Beitritt der 5 neuen Länder. Die **Berufungsgerichte sollten deshalb in Fällen entlastet werden, denen kleinere Kriminalität und Straftaten geringer Schwere zugrunde lagen** (BT-Dr 12/1217). Zwar wird dem **Sinn und Zweck dieses Gesetzes** in Fällen, in denen die StA in der amtsgerichtlichen Hauptverhandlung einen Freispruch beantragt hat, nicht dadurch Rechnung getragen werden können, dass Spekulationen darüber angestellt werden, welchen Antrag die StA im Falle der Erweisbarkeit der Tat gestellt hätte. Allerdings kann mit der notwendigen Rechtsklarheit das Vorliegen eines Falles von Bagatellkriminalität dann festgestellt werden, wenn die StA in einem vorangegangenen Strafbefehlsverfahren die geringe Straferwartung deutlich zum Ausdruck gebracht hat.“ (OLG Dresden aaO)

StPO **Verfahrensfehler** StPO
§§ 338 Nr.1, 261, 264 **sprachunkundige Schöffin**
(BGH in StV 2011, 526; Urteil vom 26.01.2011 – 2 StR 338/10)

Eine **sprachunkundige Schöffin** ist – ebenso wie ein tauber oder blinder Richter – **jedenfalls partiell unfähig, der Verhandlung selbst zu folgen**.

I. Es ist anerkannt, dass Mängel in der Person eines Richters oder Schöffen, die seine Unfähigkeit zur Teilnahme an Verhandlungen begründen, zu einer **vorschriftswidrigen Gerichtsbesetzung i.S.v. § 338 Nr. 1 StPO** führen (Meyer-Goßner, StPO, 53. Aufl., § 338 Rn 10; Roxin/Schünemann, Strafverfahrensrecht, 26. Aufl., § 46 Rn 36).

So ist, obwohl dies gesetzlich nicht ausdrücklich geregelt ist, ein hör- oder sprechunfähiger Richter regelmäßig nicht fähig, an Verhandlungen teilzunehmen. Dies folgt aus dem die Hauptverhandlung beherrschenden Grundsatz der Mündlichkeit, der die Fähigkeit voraussetzt, Gesprochenes akustisch wahrzunehmen und sich in dem durch Rede und Gegenrede gekennzeichneten

Gang der Hauptverhandlung mündlich zu äußern (vgl. BGHSt 4, 191; Kuckein, Karlsruher Kommentar, 6. Aufl., § 338 Rn 50; Pfeiffer, StPO, 5. Aufl., § 338 Rn 10).

- II. Nach **st. Rspr.** kann auch ein blinder Richter nicht an einer tatrichterlichen Hauptverhandlung in Strafsachen mitwirken, da dies gegen den Unmittelbarkeitsgrundsatz verstößt (BGHSt 4, 191; 34, 236; 35, 164).

Das BVerfG hat die Streichung eines blinden Schöffen von der Schöffensliste unter Hinweis auf den **strafprozessualen Unmittelbarkeitsgrundsatz** als verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden angesehen (vgl. BVerfG NJW 2004, 2150).

- III. **Entsprechendes gilt nach BGH aaO auch für einen Schöffen, der der deutschen Sprache nicht hinreichend mächtig ist.**

1. Der in der StPO verankerte Verfahrensgrundsatz der Unmittelbarkeit (§§ 261, 264 StPO) verlangt, dass das **Urteil auf einer umfassenden Würdigung der unmittelbar vor dem erkennenden Gericht erhobenen Beweise beruht.**

„Hierzu ist erforderlich, dass der erkennende Tatrichter Prozessabläufe akustisch und optisch wahrnehmen und verstehen und sich unmittelbar - ohne Zuhilfenahme von Sprachmittlern - mit den übrigen Verfahrensbeteiligten in der Gerichtssprache - diese ist gem. § 184 S. 1 GVG deutsch - verständigen kann. Hieraus folgt, dass sämtliche Richter der deutschen Sprache mächtig sein müssen. § 186 GVG regelt folgerichtig die Verständigung des Gerichts mit hör- und sprachbehinderten Personen, nicht aber umgekehrt die Verständigung bei Vorliegen einer entsprechenden Behinderung auf Seiten eines Richters. Soweit § 185 GVG die Hinzuziehung eines Dolmetschers für den Fall bestimmt, dass „unter Beteiligung“ von Personen verhandelt wird, die der deutschen Sprache nicht mächtig sind, ergibt die systematische Stellung der Vorschrift, dass diese nicht den Fall eines sprachunkundigen Richters regelt.“ (BGH aaO)

2. Für das aus dem Unmittelbarkeitsgrundsatz abzuleitende Erfordernis einer Kommunikation der Kollegialrichter untereinander in der Gerichtssprache sprechen auch **Sinn und Zweck des § 193 GVG.**

„Dieser benennt in Abs. 1 und 2 die Personen, die an einer Beratung und Abstimmung teilnehmen dürfen, abschließend. Wie das BVerfG ausgeführt hat, enthält § 193 GVG ein gesetzgeberisches Leitbild, wonach die richterliche Meinungsbildung in Gremien nur den zugehörigen Gremienmitgliedern zur Kenntnis zu gelangen habe; hiervon ist die Öffentlichkeit grds. ausgeschlossen. Dies erst erlaubt eine unbeeinflusste, sich in freier Rede und Gegenrede entwickelnde Meinungsbildung. § 193 GVG dient dem Schutz des Beratungsgeheimnisses gem. §§ 43, 45 I 2 DRiG und damit nach st. Rspr. auch der Unabhängigkeit der Gerichte (vgl. BGHSt 41, 119). Die Vorschrift hat daher eine hohe Bedeutung für die Umsetzung des Rechtsstaatsprinzips gem. Art. 20 III GG und den Schutz der Strafrechtspflege; sie ist eng auszulegen.“

***Sprachunkundigkeit** eines erkennenden Richters ist daher im Ergebnis dem Fall der Unfähigkeit zum Sprechen oder Sehen gleichzusetzen. Zwar kann ein sprachunkundiger Schöffe Prozessvorgänge grds. akustisch wahrnehmen und mit Hilfe eines Dolmetschers auch mit den Prozessbeteiligten kommunizieren. Es ist ihm allerdings nicht möglich, sich mit den übrigen Richtern unmittelbar zu verständigen. Er kann daher an einer Hauptverhandlung in Strafsachen nicht als Laienrichter teilnehmen. Dies hat der Gesetzgeber des Vierten Änderungsgesetzes zum GVG klargestellt.“ (BGH aaO)*

OWiG
§ 46

Bußgeldverfahren
Auswirkung eines Beweisverwertungsverbots
(BVerfG in NJW 2011, 2783; Beschluss vom 20.05.2011 – 2 BvR 2072/10)

OWiG

Die **allgemeinen strafprozessualen Grundsätze über die Verwertung von unzulässig oder rechtswidrig erlangten Beweisen** sind über § 46 I OWiG auch im **Bußgeldverfahren sinngemäß anwendbar.**

- I. Auch wenn die Strafprozessordnung nicht auf Wahrheitserforschung „um jeden Preis“ gerichtet ist, schränkt die Annahme eines Verwertungsverbots eines der wesentlichen Prinzipien des Strafverfahrensrechts ein, nämlich den Grundsatz, dass das Gericht die Wahrheit zu erforschen hat und dazu die Beweisaufnahme von Amts wegen auf alle Tatsachen und Beweismittel zu erstrecken hat, die von Bedeutung sind.

*„Das **Rechtsstaatsprinzip** gestattet und verlangt die **Berücksichtigung der Belange einer funktionstüchtigen Strafrechtspflege**, ohne die der Gerechtigkeit nicht zum Durchbruch verholfen werden kann (vgl. BVerfGE 33, 367 = NJW 1972, 2214; BVerfGE 46, 214 = NJW 1977, 2355; BVerfGE 122, 248 = NVwZ 2009, 1469). Der Rechtsstaat kann sich nur verwirklichen, wenn ausreichende Vorkehrungen dafür getroffen sind, dass Straftäter im Rahmen der geltenden Gesetze verfolgt, abgeurteilt und einer gerechten Bestrafung zugeführt werden (vgl. BVerfGE 33, 367 = NJW 1972, 2214; BVerfGE 46, 214 = NJW 1977, 2355; BVerfGE 122, 248 = NJW 2009, 1469; st. Rspr.). Daran gemessen bedeutet ein Beweisverwertungsverbot eine Ausnahme, die nur nach ausdrücklicher gesetzlicher Vorschrift oder aus übergeordneten wichtigen Gründen im Einzelfall anzuerkennen ist (vgl. BGHSt 40, 211 = NJW 1994, 2904; BGHSt 44, 243 = NJW 1999, 959; BGHSt 51, 285 = NJW 2007, 2269). Die strafgerichtliche Rspr. geht davon aus, dass insbes. das Vorliegen eines besonders schwerwiegenden Fehlers ein Verwertungsverbot nach sich ziehen kann (vgl. BGHSt 51, 285 = NJW 2007, 2269; BGH NStZ 2004, 449).“ (BVerfG aaO)*

- II. Die **Unzulässigkeit oder Rechtswidrigkeit einer Beweiserhebung führt auch nach Auffassung des BVerfG nicht ohne Weiteres zu einem Beweisverwertungsverbot** (vgl. BVerfGK 9, 174 = NJW 2007, 499; BVerfG NJW 2000, 3556 = NStZ 2000, 488; NJW 2000, 3557 = NStZ 2000, 489; NStZ 2000, 489; NStZ 2006, 46 = NJW 2005, 3205; BVerfG NJW 2009, 3225).

„Ein Beweisverwertungsverbot ist von Verfassungs wegen aber zumindest bei schwerwiegenden, bewussten oder willkürlichen Verfahrensverstößen, bei denen die grundrechtlichen Sicherungen planmäßig oder systematisch außer Acht gelassen worden sind, geboten (vgl. BVerfGE 113, 29 = NJW 2005, 1917; BVerfG NJW 1999, 273; BVerfG NJW 2006, 2684). Ein absolutes Beweisverwertungsverbot hat das BVerfG zudem in den Fällen anerkannt, in denen der absolute Kernbereich privater Lebensgestaltung berührt ist (vgl. BVerfGE 34, 238 = NJW 1973, 891; BVerfGE 80, 367 = NJW 1990, 563; BVerfGE 109, 279 = NJW 2004, 999).“ (BVerfG aaO)

GG
Art. 19 IV

Verfassungsbeschwerde
zur Durchsetzung effektives Rechtsschutzes

GG

(BVerfG in NVwZ-RR 2011, 625; Beschluss vom 07.06.2011 – 1 BvR 194/11)

Art. 19 IV GG gewährleistet für den Bereich des öffentlichen Rechts (vgl. BVerfG NJW 1993, 1635) – ebenso wie die aus dem Rechtsstaatsprinzip abzuleitende Rechtsschutzgarantie in zivilrechtlichen Streitigkeiten – nicht nur das formelle Recht, die Gerichte gegen jede behauptete Verletzung subjektiver Rechte durch ein Verhalten der öffentlichen Gewalt anzurufen, sondern **garantiert auch die Effektivität des (zeitgerechten) Rechtsschutzes**.

„Wirksam ist nur ein zeitgerechter Rechtsschutz. Im **Interesse der Rechtssicherheit** sind strittige Rechtsverhältnisse in angemessener Zeit zu klären (vgl. BVerfGE 60, 253 = NJW 1982, 2425 = NVwZ 1982, 614; BVerfGE 88, 118 = NJW 1993, 1635; BVerfGE 93, 1 = NJW 1995, 2477).

Dem Grundgesetz lassen sich allerdings **keine allgemein gültigen Zeitvorgaben** dafür entnehmen, wann von einer Überlangen, die Rechtsgewährung verhindernden und damit unangemessenen Verfahrensdauer auszugehen ist; dies ist vielmehr eine Frage der Abwägung im Einzelfall (vgl. BVerfGE 55, 349 = NJW 1981, 1499; BVerfG NJW 2008, 503). Bei der verfassungsrechtlichen Beurteilung der Frage, ab wann ein Verfahren unverhältnismäßig lange dauert, sind **sämtliche Umstände des Einzelfalls zu berücksichtigen**, insbes. die **Natur des Verfahrens** und die **Bedeutung der Sache für die Parteien**, die **Auswirkungen einer langen Verfahrensdauer** für die Bet., die **Schwierigkeit der Sachmaterie**, das den Bet. zuzurechnende Verhalten, insbesondere Verfahrensverzögerungen durch sie, sowie die gerichtlich nicht zu beeinflussende Tätigkeit Dritter, vor allem der Sachverständigen (vgl. BVerfG NJW 2001, 214). Dagegen kann sich der Staat nicht auf solche Umstände berufen, die in seinem Verantwortungsbereich liegen (vgl. BVerfG BeckRS 2011, 48160; BVerfG NVwZ 2004, 334; BVerfG NZS 2010, 381). Ferner haben die Gerichte auch die Gesamtdauer des Verfahrens zu berücksichtigen und sich mit zunehmender Dauer nachhaltig um eine Beschleunigung des Verfahrens zu bemühen (vgl. BVerfG BeckRS 2011, 48160; BVerfG NJW 2001, 214; BVerfG NZS 2010, 381).“ (BVerfG aaO)

GG
Art. 93 I Nr. 1

Statusstreitigkeit eines Landtagsabgeordneten
Organstreitverfahren statt Verfassungsbeschwerde

GG

(BVerfG in BayVBI 2011, 601; Beschluss vom 05.05.2011 – 2 BvR 2599/10)

Ein aktiver (Landtags-)Abgeordneter ist **in allen Fragen, die seinen Abgeordnetenstatus betreffen, auf den Weg des Organstreits zu verweisen**. Eine **Verfassungsbeschwerde** ist auch dann **unzulässig**, wenn er die Verletzung von Grundrechten rügt.

„Die **Verfassungsbeschwerde** ist dem einzelnen Bürger zur Verfolgung seiner Rechte gegen den Staat gegeben, sie ist **kein Mittel zur Austragung von Meinungsverschiedenheiten zwischen Staatsorganen** (BVerfGE 15, 298). Die mit diesem Status verfassungsrechtlich verbundenen Rechte kann ein Abgeordneter in dem dafür vorgesehenen Organstreitverfahren gem. Art. 93 I Nr. 1 GG vor dem Bundesverfassungsgericht oder nach dem entsprechenden Landesverfassungsrecht vor dem Landesverfassungsgericht geltend machen. Wenn der **Abgeordnete** um die ihm als Abgeordnetem verfassungsrechtlich zukommenden Rechte mit einem anderen Staatsorgan, regelmäßig dem Parlament selbst, streitet, **steht er dem Staat nicht als „jedermann“ gegenüber**, der sich gegen eine Verletzung jenes rechtlichen Raumes wehrt, der durch die Grundrechte gegenüber dem Staat gesichert ist. Daraus folgt, dass ihm in einem derartigen Streit der Weg der Verfassungsbeschwerde nach Art. 93 I Nr. 4a GG, §§ 90 ff. BVerfGG auch dann verschlossen ist, wenn er als Verfassungsverstoß auch eine Grundrechtsverletzung behauptet (vgl. BVerfGE 43, 142).“ (BVerfG aaO)

VfGHG
Art. 51 II 2

Verfassungsbeschwerde
fehlende konkrete Grundrechtsrüge

öffR

(VerfGH Bayern in BayVBI 2011, 575; Entscheidung vom 03.11.2010 – Vf. 6-VI-10)

Eine **Verfassungsbeschwerde** ist **unzulässig**, wenn **innerhalb der Verfassungsbeschwerdefrist** nach Art. 51 II 2 VfGHG **keine konkrete Grundrechtsrüge** erhoben wurde.

„Eine Verfassungsbeschwerde ist nach Art. 51 I 1, II 2 VfGHG nur zulässig, wenn das verfassungsmäßige Recht, dessen Verletzung der Bf. geltend macht, innerhalb der Verfassungsbeschwerdefrist von zwei Monaten bezeichnet wird. Dazu muss erkennbar sein, inwiefern durch eine Maßnahme oder Entscheidung ein solches Recht verletzt ist. In dieser Hinsicht ist die Darstellung des wesentlichen zugrunde liegenden Sachverhalts, die genaue Bezeichnung der beanstandeten Handlung und des durch die Handlung verletzten verfassungsmäßigen Rechts erforderlich. Die **bloße Behauptung, eine gerichtliche oder behördliche Entscheidung sei unrichtig oder fehlerhaft**, genügt den Anforderungen an die Begründung einer Verfassungsbeschwerde nicht (st. Rspr.; vgl. VerfGH 59, 47 m. w. Nachw.; Meder, Die Verfassung des Freistaates Bayern, 4. Aufl. 1992, Art. 120 Rn 32; Lindner/Möstl/Wolff, Verfassung des Freistaates Bayern, 2009, Art. 120 Rn 85).

Die Zweimonatsfrist des Art. 51 II 2 VfGHG beginnt mit dem Tag, an dem die im fachgerichtlichen Verfahren nicht mehr anfechtbare Entscheidung dem Bf. oder seinem befugten Vertreter in schriftlicher Form bekannt gegeben worden ist (vgl. VerfGH 34, 47).

Innerhalb dieser Frist hat der Bf. **keine konkrete Grundrechtsrüge** erhoben: Die Beschwerdeschrift beschränkt sich auf die bloße Mitteilung, er fühle sich in seinen Grundrechten verletzt. Dieser pauschale Vortrag genügt nicht ansatzweise den Mindestanforderungen des Art. 51 I 1 VfGHG. Soweit in dem [später] eingegangenen Schreiben Verletzungen des Gleichheitssatzes (Art. 118 I BV) und des Grundrechts auf rechtliches Gehör (Art. 91 I BV) geltend gemacht werden, ist dies - unabhängig von der Unsubstantiiertheit dieser Rügen - schon deshalb unbeachtlich, weil ein Bf. nach Ablauf der Beschwerdefrist weder fehlende notwendige Bestandteile der Verfassungsbeschwerde nachschieben noch erstmals einen zuvor nicht eindeutig bezeichneten Verfassungsverstoß geltend machen kann (st. Rspr.; vgl. VerfGH 47, 47). Daher sind auch die nachfolgenden Schreiben des Bf. von vornherein nicht geeignet, die Zulässigkeit der Verfassungsbeschwerde herzustellen.“ (VerfGH Bayern aaO)

Speziell für Rechtsanwälte und Notare

Gebühren und Kosten

VV RVG

Vorbem. 3 III 3. Alt.

Terminsgebühr

Telefonat mit Richter

RVG

(OLG Düsseldorf in ZAP 2011, 870; Beschluss vom 01.03.2011 – 1I-10 W 163/10)

Auch vor einem Hinweisbeschluss nach § 522 II ZPO kann eine **Terminsgebühr** entstehen, **wenn** der **Richter** jeweils **telefonisch mit den Prozessbevollmächtigten** beider Parteien **über eine vergleichsweise Beilegung des Rechtsstreits verhandelt** hat.

„Gem. Vorbem. 3 III 3. Alt. VV RVG entsteht die **Terminsgebühr** für die **Mitwirkung des Prozessbevollmächtigten an auf die Vermeidung oder Erledigung des Verfahrens gerichteten Besprechungen** auch ohne Beteiligung des Gerichts. Hier hat der Prozessbevollmächtigte der Bekl. an derartigen Besprechungen mitgewirkt. Es **schadet nicht, dass diese Gespräche jeweils nur mit dem Gericht geführt worden sind**. Im Gesetzestext heißt es ausdrücklich „auch ohne Beteiligung des Gerichts“; daraus folgt, dass die Besprechungen auch mit Beteiligung des Gerichts stattfinden können. Den Vergleich vorbereitende Besprechungen zwischen den Prozessbevollmächtigten finden auch dann statt, wenn diese ihre unterschiedlichen Vorstellungen über eine vergleichsweise Beilegung des Rechtsstreits dem Gericht mitteilen und dieses die Vorschläge und die Antworten hierauf an den jeweils anderen Anwalt weiterleitet (BGH MDR 2007, 302).

Was für die Weiterleitung von Schriftsätzen im schriftlichen Vorverfahren gilt, ist auf die Weiterleitung im Wege des Telefonats entsprechend übertragbar. Telefoniert der Richter bald mit dem Kläger-, bald mit dem Beklagtenvertreter, um diese zu einer Einigung zu bewegen, so ist das auch **ein auf die Erledigung gerichtetes Gespräch mit einem anderen als dem Auftraggeber**; es ist **kein Grund ersichtlich, weshalb der Rechtsanwalt hier schlechter stehen sollte, als wenn er in einem Verhandlungstermin unter Mitwirkung des Richters eine Einigung bespricht** (Gerold/Schmidt/Müller-Rabe, RVG, 19. Aufl., Vorbem. 3 Rn 132 VV RVG).“ (OLG Düsseldorf aaO)

VV RVG

Nr. 3104

Terminsgebühr

in Verfahren ohne vorgeschriebene mdl. Verhandlung

RVG

(OLG München in Rpfleger 2011, 566; Beschluss vom 25.03.2011 – 11 W 249/11)

Die **Terminsgebühr** nach Vorbem. 3 III VV RVG für die **Mitwirkung an einer** auf die Erledigung des Verfahrens gerichteten **Besprechung** entsteht für die Prozessbevollmächtigten der Parteien **auch dann, wenn** für das betreffende Verfahren **keine mündliche Verhandlung vorgeschrieben ist**.

- I. Die Entstehung einer Termingsgebühr durch außergerichtliche Verhandlungen **setzt nicht voraus, dass** für das betreffende Verfahren eine **mündliche Verhandlung vorgeschrieben ist**.

„**Mit der Einführung der Termingsgebühr** nach dem RVG, die sowohl die Verhandlungs- als auch die Erörterungsgebühr nach § 31 I Nr. 2 u. 4 BRAGO ersetzt, **sollte erreicht werden, dass der Anwalt nach seiner Bestellung zum Verfahrens- oder Prozessbevollmächtigten in jeder Phase des Rechtsstreits zu einer möglichst frühen, der Sach- und Rechtslage entsprechenden Beendigung des Verfahrens beiträgt**. Deshalb soll die Gebühr auch schon verdient sein, wenn der Rechtsanwalt an auf die Erledigung des Verfahrens gerichteten Besprechungen ohne Beteiligung des Gerichts mitwirkt, insbesondere wenn diese auf den Abschluss des Verfahrens durch eine gütliche Regelung zielen (BT-Drucksache 15/1971, S. 209).“ (OLG München aaO)

1. Nach der Vorbem. 3 III VV RVG entsteht die **Terminsgebühr für die Vertretung in einem Verhandlungs-, Erörterungs- oder Beweisaufnahmetermin** oder die **Wahrnehmung eines von einem gerichtlich bestellten Sachverständigen anberaumten Termins** oder für die **Mitwirkung an** auf die Vermeidung oder Erledigung des Verfahrens gerichteten **Besprechungen auch ohne Beteiligung der Gerichts**.
2. Daneben kann nach Abs. 1 der Anm. zu Nr. 3104 VV RVG eine Termingsgebühr auch in den dort im einzelnen aufgeführten Fällen entstehen, in denen keine mündliche Verhandlung stattgefunden hat, sondern der Rechtsanwalt **nur schriftlich tätig geworden ist**.

In diesen Fällen ist Voraussetzung für die Entstehung der Termingsgebühr, dass in dem betreffenden Verfahren eine mündliche Verhandlung vorgeschrieben ist, weil nur dann die schriftliche Tätigkeit des Rechtsanwalts einen Verhandlungstermin ersetzen und somit vergütungsrechtlich als gleichwertig angesehen werden kann (BT-Drucksache 15/1971, S. 212).

3. Der **BGH** (NJW 2007, 1461 und NJW 2007, 2644) hat daraus den Schluss gezogen, dass eine Termingsgebühr durch eine auf die Erledigung des Verfahrens gerichtete Besprechung des Rechtsanwalts mit dem Prozessgegner nur dann entstehen könne, wenn für das gerichtliche Verfahren eine mündliche Verhandlung vorgeschrieben sei.

So entsteht nach Auffassung des BGH in der Berufungsinstanz die Terminsgebühr durch eine solche außergerichtliche Besprechung nicht, wenn das Gericht später die Berufung durch einstimmigen Beschluss gem. § 522 II ZPO zurückweist (BGH NJW 2007, 2644).

II. **OLG München aaO kann sich der vorstehend dargestellten Auffassung des BGH nicht anschließen.**

„Die Regelung im Abs. 1 der Anm. zur Nr. 3104 VV RVG enthält nämlich **keine Einschränkung der Vorbem. 3 III VV RVG, sondern ergänzt und erweitert diese auf die Fälle, in denen eine mündliche Verhandlung oder Besprechung - mit oder ohne Beteiligung des Gerichts - nicht stattgefunden hat** (BGH NJW 2006, 157; Gerold/Schmidt/Müller-Rabe, RVG, 19. Auflage, Nr. 3104 VV RVG Rn 7).

Führt der Rechtsanwalt also auf Grund eines ihm erteilten Prozessauftrags ein auf die Vermeidung oder Erledigung des Verfahrens gerichtetes Gespräch mit dem Gegner, dann entsteht die **Terminsgebühr** nach der Vorbem. 3 III VV RVG **unabhängig davon, ob für das betreffende Verfahren eine mündliche Verhandlung vorgeschrieben ist** (OLG München AGS 2010, 420; zum vergleichbaren Fall der Zurückweisung oder Rücknahme einer Berufung ohne mündliche Verhandlung: OLG München OLG R 2009, 913 = AGS 2010, 168; ebenso OLG Dresden NJW-RR 2008, 1667).“ (OLG München aaO)

RVG
§ 10

Terminsvertreter
Gebührenanfall nur bei Beauftragung durch die Partei
(BGH in AnwBI 2011, 787; Beschluss vom 13.07.2011 – IV ZB 8/11)

RVG

Die **gesetzlichen Gebühren und Auslagen nach Maßgabe des RVG** fallen für einen Terminvertreter **nur an, wenn dieser von der Partei selbst beauftragt wird**, nicht aber, wenn deren Prozessbevollmächtigter im eigenen Namen den Auftrag zur Terminvertretung erteilt.

Für die Glaubhaftmachung eines Kostenansatzes reicht zwar im Interesse eines zügigen Ausgleichs der Verfahrenskosten, dass die tatsächlichen Voraussetzungen des geltend gemachten Kostentatbestandes mit überwiegender Wahrscheinlichkeit feststehen (BGH NJW 2007, 2493); gem. § 10 RVG kann ein Rechtsanwalt seine Vergütung aber nur aufgrund einer von ihm unterzeichneten und dem Auftraggeber mitgeteilten Berechnung einfordern und damit zugleich mangels gegenteiliger Anhaltspunkte den tatsächlichen Anfall der berechneten gesetzlichen Gebühren und Auslagen glaubhaft machen.

„Einer anwaltlichen Versicherung ist jedenfalls dann ein gewisser Indizwert beizumessen, wenn die Kosten im Verhältnis zum Prozessstoff angemessen erscheinen.

Haupt- und Unterbevollmächtigter haben hier eine entsprechende anwaltliche Versicherung nicht vorgelegt. Die Prozessbevollmächtigten haben auf die Verfügung der Rechtspflegerin im Gegenteil die Auffassung vertreten, dass es nicht darum gehe, "ob und ggf. welche Vereinbarungen zwischen uns und unserer Unterbevollmächtigten bestehen". Es fehlt mithin an jeglichen Angaben, wie das Terminvertretungsverhältnis ausgestaltet worden ist. Der Kostenrechnung des Prozessbevollmächtigten ist daher über die bloße Einstellung von Gebühren und Auslagen für den Unterbevollmächtigten eine auch nur konkludente anwaltliche Versicherung, der Terminvertreter sei durch die Partei und nicht durch den Prozessbevollmächtigten beauftragt worden, mit einer auch nur "gewissen" Indizwirkung nicht zu entnehmen.“ (BGH aaO)

RVG
§ 15 a

Verfahrensgebühr
Zulässigkeit einer Nachfestsetzung
(BGH in KammerR Hamm 2011, 15; Beschluss vom 05.02.2011 – V ZB 272/10)

RVG

Hat eine Partei **zunächst nur** die um die Anrechnung der vorgerichtlich entstandenen Geschäftsgebühr **verminderte Verfahrensgebühr zur Festsetzung angemeldet**, kann sie den **Restbetrag im Wege der Nachfestsetzung noch geltend machen**.

„Nach dem Inkrafttreten des § 15a RVG, wonach sich ein Dritter nur unter bestimmten Voraussetzungen auf die Anrechnung der Geschäftsgebühr auf die Verfahrensgebühr berufen kann, haben sich die bisher damit befassten Senate auf den Standpunkt gestellt, dass die Regelung in **§ 15a RVG die bisherige Rechtslage nicht geändert hat, sondern sie lediglich klarstellt** (BGH NJW 2009, 3101; BGH NJW 2010, 1375; BGH AGS 2010, 106; BGH AGS 2010, 159; BGH AGS 2010, 256; BGH JurBüro 2011, 22; BGH AGS 2010, 473; BGH AGS 2010, 580). Dieser Rspr. hat sich der Senat - in Kenntnis der von dem X. Zivilsenat des BGH in einem obiter dictum dagegen vorgetragene Bedenken (NJW 2010, 76) - angeschlossen (BGH FamRZ 2010, 1248; BGH AGS 2010, 459 f.).

Für eine **davon abweichende Beurteilung besteht kein Anlass**. Die Erwägungen des Beschwerdegerichts zu der Auslegung der Vorschrift in § 15a RVG und zu dem Willen des Gesetzgebers sind bereits in dem Beschluss des BGH (NJW 2010, 1375) erörtert und für nicht durchgreifend erachtet worden. Dem ist nichts hinzuzufügen. Auch für Altfälle gilt somit, dass die Anrechnung nach der Vorbem. IV zu Nr. 3100 VV RVG grds. nur das Innenverhältnis zwischen dem Prozessbevollmächtigten und seinem Mandanten betrifft und sich deshalb im Verhältnis zu Dritten, also insbesondere im Kostenfestsetzungsverfahren, nicht auswirkt.“ (BGH aaO)

BerHG
§ 1

Beratungshilfe
Rechtsverteidigung gegen wiederholte Filesharing-Abmahnungen
(BVerfG in Rpfleger 2011, 526 = MMR 2011, 672; Beschluss vom 30.05.2011 – 5 BvR 3151/10)

BerHG

Bei **urheberrechtlichen Abmahnfällen** kann die **Bewilligung von Beratungshilfe auf den ersten Fall beschränkt** werden, wenn der Rechtsuchende im Auftrag von verschiedenen Rechteinhabern von verschiedenen Rechtsanwälten wegen angeblicher Urheberrechtsverletzungen abgemahnt wurde, die sich aber aus **jeweils ähnlichem Verhalten des Rechtsuchenden** ergeben sollen.

„Erfahrungsgemäß kann davon ausgegangen werden, dass die in solchen Fällen verwendeten, dem (tatsächlichen oder vermeintlichen) Urheberrechtsverletzer zur Unterschrift vorgelegten Unterlassungserklärungen einen vergleichbaren Inhalt haben und in **weitgehend gleicher Weise beantwortet und ggf. modifiziert** werden können.

Ohne Bedeutung wird es dabei regelmäßig sein, ob die zu Grunde liegenden angeblichen Urheberrechtsverletzungen im Zuge eines einheitlichen Ladevorgangs oder verteilt über einige Tage, Wochen oder Monate erfolgt sind; auch wird es keine Rolle spielen, ob es sich um Musik-, Film-, Computerspiel- oder andere urheberrechtlich geschützte Dateien handelt.“ (BVerfG aaO)

BerHG

Beratungshilfe

BerHG

§ 1

in familienrechtlichen Angelegenheiten

(OLG Nürnberg in Rpfleger 2011, 531; Beschluss vom 29.03.2011 – 11 WF 1590/10)

Wird ein **Beratungshilfeschein für die Angelegenheiten "Getrenntleben, Scheidung mit Folgesachen"** erteilt, sind bei einer anschließenden umfassenden Beratung durch einen Rechtsanwalt die **vier Komplexe**

- **Scheidung**,
- Angelegenheiten im Zusammenhang mit dem **persönlichen Verhältnis zu Kindern**,
- Angelegenheiten im Zusammenhang mit der **Ehewohnung** und dem **Hausrat** sowie
- sonstige **finanzielle Auswirkungen von Trennung und Scheidung** (Unterhaltsansprüche, Güterrecht und Vermögensauseinandersetzung),

jeweils als **gesonderte gebührenrechtliche Angelegenheiten** zu behandeln, so dass die Beratungsgebühr für insgesamt bis zu vier Angelegenheiten geltend gemacht werden kann.

- I. Gem. **§ 15 I RVG** gelten die gesetzlich festgesetzten Gebühren grundsätzlich, soweit nicht ausdrücklich anderes bestimmt, die gesamte Tätigkeit des Rechtsanwalts vom Auftrag bis zur Erledigung der Angelegenheit ab. Gem. § 15 II RVG kann ein Rechtsanwalt die **Gebühren in derselben Angelegenheit nur einmal** fordern.
- II. Wird Beratungshilfe für die Angelegenheiten „Getrenntleben, Scheidung mit Folgesachen“ gewährt, ist **umstritten, wie der Begriff „dieselbe Angelegenheit“ zu definieren ist**.
 - **Zum Teil** wird vertreten, dass der bei Trennung und Scheidung auftretende Beratungs- und Regelungsbedarf in verschiedenen Bereichen gebührenrechtlich lediglich als eine einzige Angelegenheit zu bewerten sei, weil es sich um einen einheitlichen Lebensvorgang handle, welcher die hieraus resultierenden Gegenstände, zu denen eine Regelung bzw. Beratung erforderlich ist, zu einer Angelegenheit verbindet (vgl. OLG München MDR 1988, 330; OLG Nürnberg FamRZ 2005, 740).
 - Die **gegenteilige Auffassung** nimmt prinzipiell für jeden Beratungsgegenstand, welcher im Zusammenhang mit einer Scheidung oder der Trennung steht, gebührenrechtlich eine gesonderte Angelegenheit an und erkennt jeweils gesonderte Gebühren für erteilte Beratungshilfe an (vgl. OLG Düsseldorf FamRZ 2009, 1244; OLG Frankfurt FamRZ 2010, 230).
 - Eine **dritte Meinung** differenziert zwischen der Scheidung und den zugehörigen Folgesachen einerseits und Angelegenheiten im Zusammenhang mit der Trennung andererseits und stellt ansonsten für die Beurteilung des Vorliegens einer Angelegenheit im gebührenrechtlichen Sinn auf den konkreten Lebenssachverhalt ab (vgl. KG RVGR 2010, 141; OLG Berlin-Bbg MDR 2009, 1417; OLG Rostock NJW Spezial 2011, 92).

OLG Nürnberg aaO schließt sich im Grundsatz der zuletzt genannten Meinung an.

„Die Auffassung, nach welcher sämtliche Probleme, welche im Zusammenhang mit der Trennung und Scheidung von Ehegatten auftauchen, im Falle der Bewilligung von Beratungshilfe als eine einzige Angelegenheit zu betrachten seien, steht im Widerspruch zu der Entscheidung BVerfG NJW 2002, 429. Das BVerfG hat u. a. ausgeführt:

„Zwar spricht aus verfassungsrechtlicher Sicht viel dafür, die Beratung über den Unterhalt des Kindes und das Umgangsrecht des Vaters nicht als dieselbe Angelegenheit gem. § 13 II 1 der BRAGO anzusehen, um den Rechtsanwalt, der in der Beratungshilfe ohnehin zu niedrigen Gebühren tätig wird, nicht unnötig zu belasten.“

Die Annahme nur einer gebührenrechtlichen Angelegenheit kann auch nicht auf § 16 Nr. 4 RVG gestützt werden. Diese Vorschrift betrifft nur das gerichtliche Verbundverfahren, nicht die außergerichtliche Beratung, bei welcher bereits begrifflich eine Verbundsache nicht vorliegen kann. Auch eine analoge Anwendung kommt wegen der unterschiedlichen Sachlage nicht in Betracht (vgl. OLG Düsseldorf FamRZ 2009, 1244; OLG Frankfurt FamRZ 2010, 230; OLG Rostock NJW-Spezial 2011,92; Kalthoener/Büttner/Wrobel-Sachs, PKH- und VKH, Beratungshilfe, 5. Auflage, Rn 1022; a.A. Mayer/Kroiß, RVG, 4. Auflage, § 16 RVG Rn 17).

Zu weit geht die Ansicht, wonach die Beratung zu jedem Gegenstand, zu dem Beratungsbedarf im Zusammenhang mit einer Trennung und Scheidung anfällt, eine eigene Gebühr auslöst. Diese Meinung berücksichtigt nicht, dass zwischen den einzelnen Beratungsgegenständen, welche im Zusammenhang mit einer Trennung und Scheidung auftauchen können, häufig ein **enger zeitlicher und sachlicher Zusammenhang** besteht, weshalb aus allgemein gebührenrechtlichen Gesichtspunkten von dem Vorliegen einer einheitlichen Angelegenheit auszugehen ist.

Unter **Berücksichtigung des inneren Zusammenhangs der unterschiedlichen Lebenssachverhalte** erscheint es vorliegend sachgerecht, gebührenrechtlich von insgesamt vier Komplexen (Angelegenheiten), nämlich der Scheidung als solcher, den Angelegenheiten im Zusammenhang mit dem persönlichen Verhältnis zu den Kindern (Personensorge, Umgangsrecht), den Angelegenheiten im Zusammenhang mit der Ehewohnung und dem Hausrat sowie den finanziellen Auswirkungen von Trennung und Scheidung (Unterhaltsansprüche, Güterrecht und Vermögensauseinandersetzung) auszugehen.“ (OLG Nürnberg aaO)

FamGKG
§ 43 I 2

**Streitwertfestsetzung
für Scheidung bei Bezug von SGB II-Leistungen**

FamGKG

(OLG Brandenburg in FamRZ 2011, 1423 = NJOZ 2011, 1519; Beschluss vom 10.01.2011 – 9 WF 403/09)

Leistungen nach dem SGB II sind **verfahrenswertbestimmend** für das Scheidungsverfahren.

I. Ob und inwieweit Sozialleistungen als Einkommen i. S. des § 48 III 1 GKG anzusehen sind und dabei den Wert für das Ehescheidungsverfahren beeinflussen, ist **in Rspr. und Lit. umstritten**.

- Nach **einer Ansicht**, die auch OLG Brandenburg bislang vertreten hat (OLG Brandenburg NJ 2003, 438 = FamRZ 2003, 1676), sind Transferleistungen, die ohne Gegenleistungen bezogen werden und zu denen ALG II-Leistungen gehören, nicht einkommensbestimmend, weil sie nicht Ausdruck der Leistungsfähigkeit der Eheleute sind, sondern Ausdruck von deren Bedürftigkeit.

so auch OLG Schleswig FamRZ 2010, 1939; OLG Jena FamRZ 2010, 1934; OLG Hamm OLGR 2009, 15 ; OLG Düsseldorf FamRZ 2006, 807; OLG Celle FamRZ 2006, 1690; OLG Dresden NJW-RR 2007, 1161 = FamRZ 2007, 1760; Stein/Jonas/Roth, ZPO, 22. Aufl., § 3 Rn 32; Zöller/Herget, ZPO, 27. Aufl., § 3 Rn 16 „Ehesachen“

Das **BVerfG** hat diese Rspr. für mit Art. 12 I GG vereinbar gehalten, sie andererseits jedoch nicht als verbindlich angesehen (NJW 2006, 1581 = FamRZ 2006, 841).

- Nach der **Gegenansicht** beeinflussen Sozialleistungen die wirtschaftlichen Verhältnisse der Ehegatten unabhängig von der Zweckbestimmung der Leistungen. Für die wirtschaftliche Situation sei es unerheblich, aus welcher Quelle das Einkommen fließe. Für die Berücksichtigung von ALG II spreche auch, dass die Unterhaltsleitlinien verschiedener Oberlandesgerichte dieses jedenfalls auf Seiten des Verpflichteten als Einkommen berücksichtigten.

OLG Schleswig FamRZ 2009, 75; OLG Düsseldorf FamRZ 2009, 453; OLG Köln FamRZ 2009, 638; OLG Frankfurt a. M. NJW-RR 2008, 310 = FamRZ 2008, 535; Prütting/Helms/Klüsener, FamFG, 2009, § 43 FamGKG Rn 12 ff.; Horn-dasch/Viefhues/Volpert, FamFG, 2. Aufl., Teil 3 Rn 60; v. Swieykowski-Trzaska, FamVerf, 2. Aufl., § 5 Rn 204

II. **OLG Brandenburg aaO** schließt sich nunmehr unter Aufgabe der früher vertretenen Ansicht derjenigen Meinung an, wonach **auch Leistungen nach dem ALG II** die wirtschaftlichen Verhältnisse der Eheleute derart prägen, dass sie **streitwertbestimmend für das Scheidungsverfahren** sind.

„Die **wirtschaftliche Situation der Eheleute wird durch dasjenige Einkommen bestimmt, das für die alltäglichen Ausgaben zur Verfügung steht**. Ob es sich dabei um Lohn, Lohnersatz oder Sozialleistungen handelt, ist unerheblich. Auch wenn der Mindestwert von 2.000 € gem. § 48 III 2 GKG a. F. bzw. nunmehr § 43 I 2 FamGKG möglicherweise weitestgehend leer läuft, kann das die Entscheidung nicht maßgeblich bestimmen. Der Mindestwert ist seit mehr als 30 Jahren nicht mehr abgeändert worden, obwohl sich die Lebenshaltungskosten in der Zeit mehr als verdoppelt haben (vgl. OLG Frankfurt a. M. NJW-RR 2008, 310 = FamRZ 2008, 535; OLG Schleswig FamRZ 2009, 75). Mit dem Mindestwert hat sich der Gesetzgeber auch im jüngsten Änderungsverfahren zur Einführung des FamGKG vom 17.12.2008 nicht befasst. Die Aufrechterhaltung dieses Wertes kann deshalb nicht zur Begründung der einen oder der anderen Ansicht für die Anrechnung von ALG II herangezogen werden.“ (OLG Brandenburg aaO)

ZPO
§§ 103 ff.

**Kostenerstattungsanspruch
Fahrkosten einer Prozesspartei**

ZPO

(LAG Nürnberg in ZAP 2011, 778 = NZA-RR 2011, 101; Beschluss vom 12.11.2010 – 4 Ta 145/10)

Werden einer Partei, der Prozesskostenhilfe bewilligt worden ist und die im Rechtsstreit obsiegt hat, **Fahrkosten zur Wahrnehmung eines Termins**, zu dem sie persönlich geladen worden ist, **nicht aus der Staatskasse erstattet, kann sie diese Kosten** gegenüber dem unterlegenen Prozessgegner **gem. §§ 103 ff. ZPO festsetzen lassen**.

„Die Kosten, die dem Kl. durch die persönliche Teilnahme an der [mündlichen Verhandlung] entstanden sind, stellen **notwendige Kosten einer zweckentsprechenden Rechtsverfolgung** i. S. des § 91 I 1 ZPO dar.

Das Erstgericht hatte eine Erstattung der Fahrkosten aus der Staatskasse – entgegen der Rechtsansicht des LAG Schleswig-Holstein (BeckRS 2009, 60186), der auch die Beschwerdekammer zuneigt – nämlich zuvor abgelehnt und den Kl. gerade auf das Verfahren nach den §§ 103 ff. ZPO verwiesen.

Insoweit verhält sich das Erstgericht nicht nur widersprüchlich, sondern **verkennt auch den Regelungsgehalt des § 59 RVG**, der nur einen Forderungsübergang auf die Staatskasse hinsichtlich der Ansprüche vorsieht, die zuvor im Rahmen der bewilligten PKH aus der Staatskasse befriedigt worden sind. An einer solchen Konstellation fehlt es im vorliegenden Fall nach der zuvor erfolgten Ablehnung einer Fahrkostenerstattung aus der Staatskasse.“ (LAG Nürnberg aaO)

ZPO
§§ 524 IV, 97

**Berufungszurückweisung
Kosten der Anschlussberufung**

ZPO

(OLG Frankfurt a.M. in NJW 2011, 2671; Beschluss vom 14.06.2011 – 6 U 278/10)

Wird die **Berufung gem. § 522 II ZPO zurückgewiesen**, sind dem **Berufungskläger** regelmäßig **auch die Kosten der** damit wirkungslos werdenden **Anschlussberufung aufzuerlegen**.

I. **Die Rechtsfrage**, wer die durch eine zulässige, aber infolge Berufungszurückweisung nach § 522 II ZPO gem. § 524 IV ZPO wirkungslos gewordene Anschlussberufung entstandenen Kosten zu tragen hat, **ist in der ZPO nicht ausdrücklich geregelt**. Sie ist **in der höchstrichterlichen Rspr.** wegen der nach geltender Rechtslage

(derzeit noch) bestehenden Unanfechtbarkeit des Zurückweisungsbeschlusses **ungeklärt** und **in der obergerichtlichen Rspr. umstritten**.

Während nach Ansicht der wohl überwiegenden Mehrheit der OLG der Anschlussberufungsführer die Kosten des Berufungsverfahrens anteilig im Verhältnis der Werte von Berufung und Anschlussberufung zu tragen hat, scheidet nach Ansicht anderer OLG eine quotale Kostenverteilung mit der Folge aus, dass den Berufungsführer grds. die volle Kostenlast trifft.

vgl. zu Streitstand und zu den Argumenten OLG Stuttgart NJW-RR 2009, 863; Vossler MDR 2008, 722; Schellenberg MDR 2005, 610, jew. m. w. Nachw.

- II. **OLG Frankfurt a.M. aaO** schließt sich der zuletzt genannten Ansicht an, weil nur sie geeignet ist, Widersprüche bei der praktischen Handhabung des Beschlussverfahrens gem. § 522 II ZPO zu vermeiden (vgl. ebenso OLG Frankfurt a.M. OLGR 2006, 1095; OLG Hamm NJW 2011, 1520):

„Nach st. Rspr. des BGH sind einem Berufungskläger die Kosten einer zulässig erhobenen Anschlussberufung aufzuerlegen, wenn diese nach § 524 IV ZPO durch eine Rücknahme der Berufung gem. § 516 ZPO wirkungslos geworden ist. Diese Kostenregelung gilt auch dann, wenn die Berufung nach einem Hinweis gem. § 522 II ZPO zurückgenommen wird (so ausdrücklich BGH NJW-RR 2006, 1147).

*Die differenzierte Verteilung der Kosten für die Berufung und für die Anschlussberufung im Fall einer Beschlusszurückweisung durch die oben zitierte vorherrschende Ansicht in der Rspr. führt vor diesem Hintergrund zu der misslichen Konsequenz, dass ein einsichtiger Berufungsführer bei einer Rücknahme seines Rechtsmittels mit den Kosten der Anschlussberufung belastet wird, während dies nicht der Fall ist, wenn er trotz Hinweises an seinem Rechtsmittel festhält (vgl. Vossler MDR 2008, 722). Dies ist nicht nur eine der **gesetzgeberischen Intention zuwiderlaufende Konsequenz**, sondern bürdet unter haftungsrechtlichen Gesichtspunkten den Prozessbevollmächtigten Prüfungspflichten auf, die im Rahmen des Beschlussverfahrens nach § 522 II ZPO keine Rolle spielen sollten (vgl. dazu OLG Hamm NJW 2011, 1520).*

*Der erkennende Senat hat bedacht, dass es **Ausnahmefälle** geben kann, in denen nur eine Kostenquotelung den Interessen der Prozessparteien gerecht wird. Dies kann etwa dann der Fall sein, wenn die Anschlussberufung erst nach einem gem. § 522 II ZPO ergangenen Hinweis eingelegt wird. Eine **solche Konstellation liegt hier nicht vor**. Derartige Ausnahmefälle lassen sich unter dem Gesichtspunkt des **prozessualen Missbrauchsverbots** lösen, ohne dass der o. g. Grundsatz in Frage gestellt werden müsste (vgl. OLG Frankfurt a.M. BeckRS 2010, 28909 m. w. Nachw.; Zöller/Vollkommer, ZPO, 28. Aufl., Einl. Rn 57).“* (OLG Frankfurt a.M. aaO)

StPO
§ 140

Pflichtverteidigerbestellung nicht mehr nach Verfahrensabschluss

StPO

(OLG Köln in NSTz-RR 2011, 325; Beschluss vom 28.01.2011 – 2 Ws 74/11)

Die **rückwirkende Bestellung eines Pflichtverteidigers** für ein im Rechtszug **abgeschlossenes Verfahren** ist auch dann **unzulässig**, wenn die Bestellung rechtzeitig und begründet beantragt worden ist.

„Die Bestellung eines Pflichtverteidigers dient nicht dem Kosteninteresse des Verurteilten oder seines Verteidigers, sondern allein dem Zweck, im öffentlichen Interesse dafür zu sorgen, dass ein Betr. in schwerwiegenden Fällen rechtskundigen Beistand erhält und der ordnungsgemäße Verfahrensablauf gewährleistet wird. Dieser Zweck kann nach Rechtskraft der Entscheidung nicht mehr erreicht werden; die nachträgliche Bestellung wäre auf eine unmögliche Leistung gerichtet, da der Verteidiger seine Leistung bereits als Wahlverteidiger auf Grund eines Mandatsverhältnisses abschließend erbracht hat. Eine nachträgliche, rückwirkende Bestellung für das im Rechtszug abgeschlossene Verfahren ist daher unzulässig und zwar auch dann, wenn der Wahlverteidiger oder der Rechtsanwalt, den der Angekl. als den zu stellenden Pflichtverteidiger benannt hatte, rechtzeitig und auch begründet seine Bestellung beantragt hatte (zu vgl. OLG Köln NJW 2003, 2038; KG StrafO 2006, 200ff. m. w. Nachw.; Meyer-Goßner, StPO, 53. Aufl., § 141 Rn 10b, vor § 296 Rn 17; a.A. LG Itzehoe NSTz 2011, 56).“ (OLG Köln aaO)

StPO
§ 473 III, IV

Kostenverteilung abhängig vom Rechtsmittelerfolg

StPO

(KG in NSTz 2011, 536; Beschluss vom 30.08.2010 – 1 Ws 83/10)

Für die kostenrechtliche Frage nach dem Umfang des Erfolgs eines Rechtsmittels kommt es – entgegen der inzwischen h. M. – nicht allein auf einen Vergleich zwischen der in der Vorinstanz erkannten Strafe und der im Rechtsmittelzug erreichten Milderung an.

Entscheidend ist vielmehr, **ob** der **Rechtsmittelführer** das erklärte oder erkennbare **Anfechtungsziel vollständig oder ohne wesentliche Abstriche erreicht hat**. Zur Ermittlung der Strafmaßvorstellungen des Rechtsmittelführers kann auch dessen in der Berufungshauptverhandlung gestellter Schlussantrag herangezogen werden.

- I. Die **Kriterien**, nach denen der Umfang des Erfolges einer (nachträglich) auf den Rechtsfolgenausspruch beschränkten Berufung zu ermitteln ist, **werden in der Rspr. uneinheitlich beurteilt**.

Nach inzwischen **h. M.** soll es dabei ausschließlich auf einen Vergleich zwischen der in der Vorinstanz erkannten Strafe und der im Rechtsmittelzug erreichten Milderung ankommen (vgl. OLG Düsseldorf VRS 98, 366). Ein voller Erfolg i. S. des § 473 III StPO soll immer schon dann vorliegen, wenn anstelle der erstinstanzlich verhängten Freiheitsstrafe im Berufungsrechtszug auf eine Geldstrafe erkannt wird (vgl. OLG Saarbrücken StV 1990, 366; BayObLG DAR 1974, 184), das Rechtsmittel jedenfalls eine „spürbare“ oder „erhebliche“ (vgl. OLG Zweibrücken MDR 1993, 698) Milderung der Sanktion bewirkt, wobei sogar die Reduzierung der Strafe um ein Viertel ausrei-

chen (vgl. OLG Celle NStZ-RR 2008, 359) und es bei der Ermittlung des Erfolgsumfanges nicht auf den Schlussantrag des Rechtsmittelführers ankommen soll (vgl. OLG Hamm NStZ-RR 1998, 221; OLG Köln StV 1993, 649).

- II. **KG aaO teilt diese Auffassung nicht**, sondern hält es vielmehr für entscheidend, ob der Bf. das erklärte oder erkennbare Anfechtungsziel vollständig oder ohne wesentliche Abstriche erreicht hat.

*„Denn auch bei einer deutlichen Herabsetzung der Strafe oder einer milderer Strafart hat derjenige Angekl., der aus registerrechtlichen oder anderen Gründen eine noch niedrigere Strafe erstrebt und insoweit trotz einer erheblichen Milderung der Sanktion erfolglos bleibt, sein **Berufungsziel nicht vollständig erreicht**. Deshalb ist in erster Linie **nicht die Differenz zwischen den beiden Strafaussprüchen, sondern das in der Rechtsmittelschrift genannte oder aus sonstigen Erklärungen des Angekl. hervorgehende Ziel von maßgebender Bedeutung**. Denn **Erfolg ist der Eintritt eines gewünschten Ergebnisses**. Bleibt der Urteilsspruch nicht unerheblich hinter den Erwartungen zurück, ist nur ein Teilerfolg eingetreten.*

*Nach Auffassung des Senats kann zur Ermittlung der Strafmaßvorstellungen des Rechtsmittelführers auch dessen in der Berufungshauptverhandlung gestellter Schlussantrag herangezogen werden. Die Gegenansicht überzeugt nicht. Selbst in den Entscheidungen, in denen der Erfolg nach dem Ausmaß der Abweichung zwischen den Strafaussprüchen beurteilt wird, klingt gelegentlich an, dass auch auf das erklärte Ziel abzustellen sei. Weshalb es dann nicht auf den Schlussantrag ankommen soll, aus dem häufig erstmals das Anfechtungsziel erkennbar wird, ist nicht einleuchtend begründet. Dass der Angekl. und sein Verteidiger nicht verpflichtet sind, einen konkreten Antrag zu stellen, und sie davor wegen des **Kostenrisikos** möglicherweise zurückschrecken werden, ist kein Grund, einen bezifferten Antrag bei der Beurteilung des Anfechtungserfolges völlig unberücksichtigt zu lassen. Es kann nach Auffassung des Senats keinen Unterschied machen, ob das Ziel bereits mit der Rechtsmittelschrift, in späteren Erklärungen oder erst mit dem Schlussantrag formuliert wird.*

Lediglich dann, wenn der Bf. sich nicht konkret zu seinen Anfechtungszielen äußert, etwa dann, wenn er nur auf eine „milde(re)“ Bestrafung anträgt, ist es geboten, den Erfolg des Rechtsmittels in einer objektiven Betrachtung nach Art und Ausmaß der Strafreduzierung zu beurteilen.“ (KG aaO)

Aus der Praxis

BGB
§ 628

Honorarverzicht kein Schriftformerfordernis

BGB

(OLG Düsseldorf in MDR 2011, 824; Beschluss vom 04.04.2011 – 24 U 214/09)

Eine **Vereinbarung**, in der der Rechtsanwalt auf sein **Honorar verzichten** soll, **bedarf nur dann der Schriftform**, wenn die **Beurkundung** nach dem Willen der Vertragspartner **Abschlussvoraussetzung sein soll**.

*„Die von der Rspr. entwickelten Grundsätze zu der Aufklärungspflicht eines Rechtsanwalts betreffend sein Honorar (vgl. nur BGH NJW 2007, 2332 m. w. Nachw., OLG Düsseldorf OLGR 2008, 130 = FamRZ 2008, 622) greifen ersichtlich nicht ein. Denn hier stand nicht in Rede, dass die Bekl. als Mandantin ein höheres als das gesetzliche Honorar zahlen sollte bzw. über die Berechnung des gesetzlichen Honorars nach dem Gegenstandswert aufgeklärt werden musste (§ 49 b V BRAO). Vielmehr ging es darum, dass die Kl. für bestimmte Tätigkeiten, für die ihr nach dem Gesetz eine Vergütung zustehen würde, auf eine Honorierung verzichten sollte. In einer solchen Konstellation vermag der Senat eine Aufklärungsverpflichtung des Rechtsanwalts über die Form und die Folgen einer derartigen Honorarvereinbarung nicht zu erkennen. Vielmehr treten sich hier die Parteien als **gleichberechtigte Verhandlungspartner** gegenüber.“ (OLG Düsseldorf aaO)*

ZPO

Prozesskostenhilfebewilligungsverfahren

ZPO

§§ 120 IV, 124, 172 I **Zustellungen an Prozessbevollmächtigten auch nach Verfahrensabschluss**

(BGH in NJOZ 2011, 1638; Beschluss vom 08.12.2010 – XII ZB 38/09)

Auch **nach dem formellen Abschluss des Hauptsacheverfahrens** haben **Zustellungen im Prozesskostenhilfeüberprüfungsverfahren** (§§ 120 IV, 124 ZPO) jedenfalls dann gem. § 172 I ZPO **an den Prozessbevollmächtigten der Partei** zu erfolgen, wenn dieser die Partei zuvor im Prozesskostenhilfebewilligungsverfahren vertreten hat.

I. **In Rspr. und Lit. ist streitig**, ob die Aufforderung zur Erklärung über die persönlichen oder wirtschaftlichen Verhältnisse und der Beschluss, durch den nach rechtskräftigem Abschluss des Hauptsacheverfahrens die für dieses Verfahren bewilligte Prozesskostenhilfe gem. §§ 120 IV, 124 ZPO aufgehoben wird, **der Partei persönlich oder gem. § 172 I ZPO deren (früheren) Prozessbevollmächtigten zugestellt werden müssen**.

1. **Überwiegend** wird die Ansicht vertreten, die Zustellung könne wirksam nur an die Partei erfolgen.

Zur Begründung wird im Wesentlichen ausgeführt, mit dem Eintritt der formellen Rechtskraft ende das anhängige Verfahren i. S. des § 172 I ZPO. Das Verfahren gem. §§ 120 IV, 124 ZPO gehöre nicht zum Rechtszug im Sinne dieser Norm. Ebenso wenig sei es einem der in § 172 I 2 ZPO genannten Verfahren vergleichbar. Vielmehr stelle es ein selbstständiges Verwaltungsverfahren und als solches ein neues Verfahren dar, welches einer Abänderungsklage nach § 323 ZPO gleiche. Die Vertretung im Prozesskostenhilfeüberprüfungsverfahren sei auch nicht vom gesetzlichen Umfang der Prozessvollmacht gem. § 81 ZPO umfasst.

OLG Dresden NJ 2008, 315; OLG Hamm FamRZ 2009, 1234; OLG Naumburg OLGR 2008, 404; OLG Koblenz FamRZ 2008, 1358; OLG Köln FamRZ 2007, 908; OLG München FamRZ 1993, 580; Musielak/Fischer, ZPO, 7. Aufl., § 124 Rn 3; Musielak/Wolst, § 172 Rn 5; Thomas/Putzo, ZPO, 31. Aufl., § 172 Rn 7; Wiczorek/Schütze/Rohe, ZPO, 3. Aufl., § 172 Rn 25; Zöller/Geimer, ZPO, 28. Aufl., § 120 Rn 28, § 124 Rn 23

2. Nach der **Gegenmeinung** haben auch in einem nach Beendigung des Hauptsacheverfahrens durchgeführten Verfahren zur Überprüfung der Prozesskostenhilfe (§§ 120 IV, 124 ZPO) Zustellungen jedenfalls dann gem. § 172 I ZPO an den Prozessbevollmächtigten zu erfolgen, wenn dieser die Partei bereits im Prozesskostenhilfebewilligungsverfahren vertreten hatte.

Zur Begründung wird darauf abgestellt, dass zu einem anhängigen Prozesskostenhilfverfahren auch das sich gegebenenfalls erst nach Abschluss des Hauptsacheverfahrens anschließende Prozesskostenhilfeüberprüfungsverfahren gehöre. Bei diesem Verfahren handele es sich um ein dem Wiederaufnahmeverfahren vergleichbares Verfahren, in dem gem. § 172 I 2 ZPO Zustellungen an den bestellten Prozessbevollmächtigten erfolgen müssten. Demgemäß erstrecke sich die von der Partei für das Prozesskostenhilfverfahren erteilte Prozessvollmacht auch auf das sich anschließende Prozesskostenhilfeüberprüfungsverfahren.

BAG NJOZ 2006, 3452; OLG Brandenburg FamRZ 2009, 1426; OLG Brandenburg FamRZ 2008, 1356; OLG Hamm BeckRS 2007, 5513; LAG Rheinland-Pfalz MDR 2007, 175; LAG Baden-Württemberg DB 2003, 948; Hartmann/Lauterbach/Albers, ZPO, 69. Aufl., § 120 Rn 32; MüKo-ZPO/Häublein, 3. Aufl., § 172 Rn 19

II. **BGH aaO** schließt sich nunmehr der zuletzt genannten Auffassung an, wonach auch nach Beendigung der Instanz bzw. des Hauptsacheverfahrens Zustellungen im Prozesskostenhilfeüberprüfungsverfahren jedenfalls dann gem. § 172 ZPO an den Prozessbevollmächtigten erfolgen müssen, wenn dieser die Partei im Prozesskostenhilfebewilligungsverfahren vertreten hat.

1. Zur **Begründung** verweist BGH aaO darauf, dass das **Prozesskostenhilfeüberprüfungsverfahren zum Rechtszug i. S. des § 172 I ZPO gehöre**.

a) **Zweck der Vorschrift** ist, im Interesse der **Prozessökonomie** und der **Privatautonomie** sicher zu stellen, dass der von der Partei bestellte Prozessbevollmächtigte, in dessen Verantwortung die Prozessführung liegt, über den gesamten Prozessstoff informiert wird und sich somit in dessen Hand alle

Fäden des Prozesses vereinigen (BGH NJW 2008, 234 ; BGH NJW 2002, 1728; Musielak/Wolst, § 172 Rn 1; Stein/Jonas/Roth, ZPO, 22. Aufl., § 172 Rn 1; Hartmann/Lauterbach/Albers, § 172 Rn 2).

„Für den Gesetzgeber lag der Grund für die obligatorische Zustellung an den Prozessbevollmächtigten in der Annahme, dass die Partei durch die Erteilung der Prozessvollmacht das Betreiben des Prozesses aus der Hand gegeben hat und deshalb der Prozessbevollmächtigte und nicht das Gericht die Partei über den jeweiligen Stand des Prozesses auf dem Laufenden zu halten habe. Dem **Interesse der Partei** sei im Falle der Zustellung an ihren Anwalt mehr gedient, als wenn an sie selbst zugestellt werde. Denn in den meisten Fällen werde sich die Partei ohnehin an ihren Anwalt wenden müssen, weil sie außer Stande sei, die Angemessenheit oder Notwendigkeit der weiteren Schritte beurteilen zu können (Hahn/Stegemann, Die gesamten Materialien zu den Reichs-Justizgesetzen, Bd. 2, Materialien zur ZPO Abteilung 1, 2. Aufl. 1983, S. 227 f.).“ (BGH aaO)

- b) Ein **Bedürfnis an einer umfassenden Information des Prozessbevollmächtigten besteht über den formellen Abschluss des Hauptsacheverfahrens hinaus.**

„Dem tragen § 172 I 2 und 3 ZPO Rechnung, die den Umfang des Rechtszugs über das Hauptsacheverfahren hinaus auf weitere Verfahren erstrecken. Die in § 172 I 2 und 3 ZPO enthaltene Aufzählung ist dabei nicht abschließend (MüKo-ZPO/Wenzel, 2. Aufl., § 178 Rn 1; Wieczorek/Schütze/Rohe, § 172 Rn 24; Stein/Jonas/Roth, ZPO, 22. Aufl., § 172 Rn 15; a. A. OLG Dresden NJ 2008, 315).

Der Gesetzgeber verfolgte mit der Vorgängernorm des § 172 I 2 und 3 ZPO nicht die Absicht, einen erschöpfenden Katalog der noch zum Rechtszug zählenden Verfahrensabschnitte zu erstellen. Vielmehr wollte er lediglich einzelne Zweifelsfälle einer ausdrücklichen Regelung zuführen (Hahn/Stegemann, S. 229). Dafür spricht auch deren Unvollständigkeit. So wird das Kostenfestsetzungsverfahren (§§ 103 ff. ZPO) nicht genannt, das nach einhelliger Meinung Teil des (ersten) Rechtszuges i. S. des § 172 I ZPO ist (BVerfGE 81, 123 = NJW 1990, 1104; Stein/Jonas/Roth, ZPO, 22. Aufl., § 172 Rn 14; Zöller/Stöber, § 172 Rn 14), obwohl es bei Eintritt der formellen Rechtskraft der Entscheidung in der Hauptsache (vgl. BGH NJW 1995, 1095) häufig noch nicht abgeschlossen ist. Auch erfordert der Zweck des § 172 ZPO, den Prozessbevollmächtigten umfassend zu informieren, eine weite Auslegung der Norm (vgl. Hartmann/Baumbach/Lauterbach, § 172 Rn 2).“ (BGH aaO)

- c) Das **Prozesskostenhilfeüberprüfungsverfahren gehört nach dem Zweck des § 172 ZPO in dessen Anwendungsbereich.**

„Die **Prozesskostenhilfe hängt eng mit dem Hauptsacheverfahren zusammen**. Ihre Bewilligung setzt gem. § 114 ZPO die Erfolgsaussicht der beabsichtigten Rechtsverfolgung bzw. Rechtsverteidigung voraus. Außerdem schafft die Prozesskostenhilfe für die bedürftige Partei erst die wirtschaftlichen Voraussetzungen dafür, einen Prozess in der Hauptsache zu führen bzw. sich darin zu verteidigen. Auch wirkt sich eine Aufhebung der Prozesskostenhilfe gem. § 124 ZPO auf die Kostentragungspflicht und damit auf die wirtschaftliche Grundlage der Prozessführung aus. Mit der Aufhebung der Prozesskostenhilfe entfallen für die Partei rückwirkend die Vergünstigungen des § 122 ZPO. Die Staatskasse kann insbes. die Gerichtskosten und die auf sie übergegangenen Ansprüche des beigeordneten Anwalts gegen die Partei geltend machen, auch kann der Rechtsanwalt nunmehr die volle Wahlwaltsgebühr von der Partei fordern (MüKo-ZPO/Motzer, § 122 Rn 15, § 124 Rn 25; Musielak/Fischer, § 124 Rn 10; Zöller/Geimer, § 124 Rn 24).

Entsprechend besteht ein **Interesse der Partei daran, dass das gesamte Prozesskostenhilfverfahren in den Händen ihres Prozessbevollmächtigten durchgeführt** und dieser dadurch in die Lage versetzt wird, die Partei über den jeweiligen Stand dieses Verfahrens auf dem Laufenden zu halten und die notwendigen Schritte zu unternehmen.

Diese **Interessenlage ändert sich durch den formellen Abschluss des Hauptsacheverfahrens nicht**: Hat die Partei ihren Prozessbevollmächtigten für das Prozesskostenhilfverfahren beauftragt, rechnet sie nicht damit, in diesem Verfahren selbst tätig werden zu müssen. Vielmehr geht sie davon aus, dass ihr Prozessbevollmächtigter sie informieren und beraten wird, wenn Handlungsbedarf besteht. Dabei wird sie nicht danach differenzieren, ob das Hauptsacheverfahren bereits beendet ist oder nicht. Dem Interesse der Partei kann der Prozessbevollmächtigte aber nur dann Rechnung tragen, wenn das Gericht ihm auch über den formellen Abschluss des Hauptsacheverfahrens hinaus Kenntnis von der Fortführung des Prozesskostenhilfverfahrens im Überprüfungsverfahren verschafft.“ (BGH aaO)

- d) Dafür, dass das Prozesskostenhilfeüberprüfungsverfahren auch über den formellen Abschluss des Hauptsacheverfahrens hinaus als zur Instanz gehörendes Verfahren angesehen wird, spricht auch, dass die **Aktenführung weiterhin unter dem Aktenzeichen des Hauptsacheverfahrens** erfolgt und daher auch von den Bet. – mehr noch als das Wiederaufnahmeverfahren – als mit dem Hauptsacheverfahren zusammenhängend wahrgenommen wird. I. Ü. wird eine Partei nur schwer verstehen, dass sie bis zur Rechtskraft der Hauptsacheentscheidung auf Anfragen und Entscheidungen des Gerichts nicht selbst reagieren muss, sondern sich auf die Information und Beratung durch ihren Rechtsanwalt verlassen kann, dass sie aber nach Ablauf der Rechtsmittelfrist selbst tätig werden muss.

- e) Gegen eine Anwendung des § 172 ZPO auf das Prozesskostenhilfeüberprüfungsverfahren spricht auch nicht die von der Gegenansicht gezogene **Parallele zum – vom Anwendungsbereich des § 172 ZPO nicht umfassten – Abänderungsverfahren gem. § 323 ZPO bzw. §§ 238 ff. FamFG** (Zöller/Geimer, § 120 Rn 28).

„Das **Prozesskostenhilfeüberprüfungsverfahren ist enger mit dem Hauptsacheverfahren verknüpft als das – selbstständige – Abänderungsverfahren**. Die **Aufhebung der Prozesskostenhilfe wirkt sich unmittelbar auf die Kostentragungspflicht für das Hauptsacheverfahren aus**. Sie hat zur Folge, dass für die Partei die Vergünstigungen des § 122 ZPO rückwirkend entfallen. I. Ü. ist allenfalls das Verfahren gem. § 120 IV ZPO, welches eine Anpassung der Ratenzahlungspflicht an veränderte Verhältnisse ermöglicht, mit dem Abänderungsverfahren gem. § 323 ZPO bzw. §§ 238 ff. FamFG vergleichbar. Demgegenüber haben die Aufhebungsgründe des § 124 ZPO, zu denen gem. § 124 Nr. 2 Alt. 2 ZPO auch die unterlassene Abgabe einer Erklärung nach § 120 IV 2 ZPO gehört, keine Änderung der Verhältnisse zur Voraussetzung. Es erscheint indes nicht sachgerecht, innerhalb des Prozesskostenhilfeüberprüfungsverfahrens zu differenzieren und dieses nur teilweise vom Anwendungsbereich des § 172 ZPO auszunehmen.“ (BGH aaO)

- f) Schließlich greift auch das Argument der Gegenansicht, es handele sich bei dem Prozesskostenhilfeüberprüfungsverfahren um eine Verwaltungsangelegenheit (OLG Hamm FamRZ 2009, 1234; OLG Dresden NJ 2008, 315; OLG München FamRZ 1993, 580), auf die § 172 ZPO nicht anwendbar sei, nicht.

„Zuständig für die Änderung bzw. Aufhebung bleibt auch nach rechtskräftiger Beendigung des Hauptsacheverfahrens das Gericht. Das ergibt sich schon aus dem Wortlaut des § 120 IV ZPO, wonach das Gericht noch vier Jahre nach dem rechtskräftigen Abschluss des Verfahrens den Bewilligungsbeschluss abändern kann (Schoreit/Groß, Beratungshilfe, Prozesskostenhilfe, Verfahrenskostenhilfe, 10. Aufl., § 120 ZPO Rn 36 m. w. Nachw.). Das Überprüfungs- bzw. Abänderungsverfahren ist Teil des Prozesskostenhilfverfahrens. Für dieses gilt § 172 ZPO (BAG NJOZ 2006, 3452).“ (BGH aaO)

2. Weitere Voraussetzung für die Anwendbarkeit des § 172 ZPO ist die (fortdauernde) Bestellung des Prozessbevollmächtigten der Partei für das in Rede stehende Verfahren.

„Davon ist hier auszugehen: Die Prozessbevollmächtigte des Ast. hatte für diesen bereits Prozesskostenhilfe beantragt und sich damit im Prozesskostenhilfverfahren für ihn bestellt.“

Das Prozesskostenhilfverfahren umfasst nicht nur das Verfahren bis zur Entscheidung über den Antrag auf Prozesskostenhilfebewilligung, sondern auch das sich anschließende Verfahren zur Überprüfung der Prozesskostenhilfebewilligung gem. §§ 120 IV, 124 ZPO.

Dabei ist ohne Bedeutung, ob das Hauptverfahren zu diesem Zeitpunkt bereits formell abgeschlossen ist. Denn das Gesetz trennt nicht zwischen dem Verfahren bis zur Entscheidung über die Bewilligung der Prozesskostenhilfe einerseits und dem Verfahren betreffend die Abwicklung der bewilligten Prozesskostenhilfe andererseits. Dies folgt zum einen aus der gesetzlichen Systematik der §§ 114 ff. ZPO, die das Verfahren gem. §§ 120 IV, 124 ZPO nicht als eigenständiges Verfahren erfasst, und zum anderen aus der Beschwerderegulierung in § 127 ZPO, die lediglich das Verfahren über die Prozesskostenhilfe kennt und damit keine Differenzierung zwischen verschiedenen selbstständigen Verfahren zulässt (LAG Baden-Württemberg DB 2003, 948; im Ergebnis ebenso BAG NJOZ 2006, 3452; OLG Brandenburg NJOZ 2008, 1858 = FamRZ 2008, 1356; a. A. Zöller/Geimer, § 120 Rn 28).“ (BGH aaO)

ZPO
§§ 114, 522 I 4

Berufungsverwerfung gleichzeitige PKH-Versagung

ZPO

(BGH in NJW-RR 2011, 995; Beschluss vom 23.03.2011 – XII ZB 51/11)

Hat der Berufungsführer vor Ablauf der Berufungsbegründungsfrist Prozesskostenhilfe beantragt und beabsichtigt das Gericht, die beantragte Prozesskostenhilfe zu versagen, so hat es vor Verwerfung der Berufung als unzulässig über das Prozesskostenhilfegesuch zu entscheiden.

„Durch die gleichzeitige Verwerfung der Berufung als unzulässig und die Versagung von Prozesskostenhilfe für das Berufungsverfahren wird die Durchführung des Berufungsverfahrens für die Partei in unzumutbarer Weise erschwert und dadurch der Anspruch der Partei auf Gewährung wirkungsvollen Rechtsschutzes verletzt. Denn die Partei muss im Falle der Versagung von Prozesskostenhilfe die Gelegenheit haben, einen Antrag auf Wiedereinsetzung in den vorigen Stand zu stellen, wenn sie beabsichtigt, das Berufungsverfahren auf eigene Kosten durch Begründung der Berufung fortzuführen (BGH NJW-RR 2004, 1218 = FamRZ 2004, 699).“ (BGH aaO)

BGB
§§ 249 II, 823

Nutzungsausfallentschädigung Fahrrad

BGB

(LG Lübeck in NJW-aktuell 40/2011, 10; Urteil vom 08.07.2011 – 1 S 16/11)

- I. Ob eine Nutzungsausfallentschädigung bei Beschädigung eines Fahrrades verlangt werden kann, ist in der Rspr. umstritten.

Die Rspr. zur Nutzungsausfallentschädigung ist zunächst für die Fälle der entgangenen Nutzungsmöglichkeit bei einem Kfz entwickelt worden. Sie beruht auf der Erwägung, dass der auf einen Mietwagen verzichtende vorsichtige und sparsame Eigentümer nicht schlechter gestellt werden soll als derjenige, der einen Ersatzwagen anmietet. Voraussetzung für die Ersatzpflicht ist ein Verlust der Möglichkeit, mithin eine fühlbare Beeinträchtigung der Nutzung. Daher sind das Bestehen eines Nutzungswillens und einer Nutzungsmöglichkeit erforderlich (Palandt, BGB, § 249, Rn 40-42).

Diese Rspr., wonach der Verlust von Gebrauchsvorteilen einer Sache unter bestimmten Voraussetzungen einen ersatzfähigen Vermögensschaden darstellen kann, ist auf weitere Gebrauchsgegenstände ausgedehnt worden: Der Gr. Zivilsenat des BGH (NJW 1987, 50) hat entschieden, dass ein Nutzungsausfall dann als ein zu ersetzender Vermögensschaden anzusehen ist, wenn es sich um einen Gegenstand handelt, auf dessen ständige Verfügbarkeit der Berechtigte für die eigenwirtschaftliche Lebenshaltung typischerweise angewiesen ist.

- II. Unter Zugrundelegung dieser Rspr. folgt LG Lübeck aaO der Auffassung, dass auch der Verlust der Nutzungsmöglichkeit eines Fahrrades als ersatzfähiger Vermögensschaden anzusehen ist (so auch KG NJW-RR 1993, 1438), wenn Fahrräder etwa regelmäßig für den Weg zur Arbeit genutzt werden.

„In diesen Fällen ist die Voraussetzung, dass der Berechtigte auf die ständige Verfügbarkeit typischerweise angewiesen ist, grds. erfüllt. Ein Grund, der es rechtfertigen würde, denjenigen, dessen für den Weg zur Arbeitsstätte genutzter Pkw beschädigt wird, anders zu behandeln als denjenigen, dessen für den Weg zur Arbeit genutztes Fahrrad beschädigt wird, besteht nicht.“

Die regelmäßigen Voraussetzungen für die Zahlung einer Nutzungsausfallentschädigung liegen im vorliegenden Fall vor: Aufgrund des Unfalls war das Fahrrad des Kl. derart beschädigt, dass er es nicht mehr nutzen konnte. Er selbst war in der Zeit

nach dem Unfall in der Lage, Fahrrad zu fahren und hätte das Fahrrad nach eigenem, unbestrittenem Vortrag während dieser Zeit für den täglichen Weg zur Arbeit genutzt.“ (LG Lübeck aaO)

BGB

§ 309 Nr. 7a u. b, 323 II Nr. 3

Internetformular Vorliegen von AGB

BGB

(OLG Oldenburg in MMR 2011, 656; Urteil vom 27.05.2011 – 6 U 14/11)

Bei einem **aus dem Internet heruntergeladenen Vertragsformular** handelt es sich um **AGB, die für eine mehrfache Verwendung vorformuliert** sind.

„Bei dem Kaufvertrag handelt es sich um AGB, auch wenn das – aus dem Internet „heruntergeladene“ – Formular von dem Verwender nur einmal verwendet worden sein sollte, denn **es reicht aus, wenn die Geschäftsbedingungen von einem Dritten für mehrfache Verwendung formuliert worden sind** (vgl. Palandt/Grüneberg, BGB, 70. Aufl. 2011, § 309 Rn 9).

Der Bekl. war auch Verwender der AGB, weil er diese i.S.d. § 305 Abs. 1 BGB gestellt hat. Dass der Kl. mit der Verwendung einverstanden war, wie der Bekl. nunmehr hervorhebt, ändert nichts daran, dass der Bekl. das Formular als Vertragsgrundlage eingeführt hat.“ (OLG Oldenburg aaO)

BGB

§ 498 S. 1 Nr. 2

Darlehenskündigung wirksam auch ohne Kündigungsandrohung

BGB

(OLG Schleswig in MDR 2011, 1124; Beschluss vom 17.06.2011 – 5 U 34/11)

Eine **Fristsetzung mit Kündigungsandrohung** ist sinnlos und deshalb **entbehrlich, wenn sich der Darlehensnehmer ernsthaft und endgültig geweigert hat**, auf das Darlehen **weitere Leistungen zu erbringen**. In einem solchen Fall ist die Forderung, die Vorschrift des § 498 S. 1 Nr. 2 BGB (entsprechend § 12 I Nr. 2 VerbrKrG a. F.) einzuhalten, eine **nutzlose, durch nichts zu rechtfertigende Förmerei**.

„Gem. § 498 S. 1 Nr. 2 BGB kann der Darlehensgeber einen Verbraucherdarlehensvertrag nur kündigen, wenn er dem Darlehensnehmer erfolglos eine zweiwöchige Frist zur Zahlung des rückständigen Betrages mit der Erklärung gesetzt hat, dass er bei Nichtzahlung innerhalb der Frist die gesamte Restschuld verlange. Eine **Fristsetzung mit Kündigungsandrohung ist sinnlos und deshalb entbehrlich, wenn sich der Darlehensnehmer ernsthaft und endgültig geweigert hat**, auf das Darlehen **weitere Leistungen zu erbringen**. In einem solchen Fall ist die Forderung, die Vorschrift des § 498 S. 1 Nr. 2 BGB (entsprechend § 12 I VerbrKrG a. F.) einzuhalten, eine nutzlose, durch nichts zu rechtfertigende Förmerei (vgl. BGH WM 2007, 440; OLG Düsseldorf WM 1995, 1530; Schimansky/Bunte/Lwowski, Bankrechtshandbuch, 2. Aufl., § 81 Rn 218; a. A. MüKo-BGB/Schürmbrand, § 498 Rn 17; OLG Celle WM 2007, 71m. w. Nachw.).

Der für das Bankrecht zuständige 11. Zivilsenat des BGH hat die juristisch umstrittene Frage, ob eine Fristsetzung mit Kündigungsandrohung gem. § 498 S. 1 Nr. 2 BGB ausnahmsweise dann entbehrlich ist, wenn der Darlehensnehmer die Leistung ernsthaft und endgültig verweigert, bereits höchstrichterlich entschieden (vgl. BGH WM 2007, 440). Die entgegenstehende Rspr. anderer Obergerichte (z.B. OLG Celle WM 2007, 71) ist damit überholt.“ (OLG Schleswig aaO)

BGB

§ 1579 Nr. 2

Wiederaufleben des nachehelichen Unterhaltsanspruchs nach Beendigung einer verfestigten Lebensgemeinschaft

BGB

(BGH in MDR 2011, 1107; Urteil vom 13.07.2011 – XII ZR 84/09)

I. Ein **nach § 1579 Nr. 2 BGB beschränkter oder versagter nachehelicher Unterhaltsanspruch kann grds. wiederaufleben**, wobei es jedoch einer umfassenden Zumutbarkeitsprüfung unter Berücksichtigung aller Umstände bedarf.

„Insoweit unterscheidet sich die Vorschrift von der früheren Regelung in § 66 EheG, die eine Verwirkung des Unterhaltsanspruchs vorsah. Ändern sich später die Gegebenheiten, die die Unzumutbarkeit der Inanspruchnahme des früheren Ehegatten auf Unterhalt begründet haben, bleiben diese Änderungen weder unberücksichtigt noch führen sie ohne Weiteres zur Wiederherstellung der unterhaltsrechtlichen Lage, die vor dem Eintritt der die Unzumutbarkeit begründenden Umstände bestanden hat. Erforderlich ist nach st. Rspr. des Senats vielmehr eine neue umfassende Prüfung, ob die aus einer wiederauflebenden Unterhaltspflicht erwachsenden Belastungen für den Unterhaltspflichtigen weiterhin die Zumutbarkeitsgrenze überschreiten (BGH FamRZ 1987, 689; BGH FamRZ 1986, 443).“ (BGH aaO)

II. **Bei Beendigung der verfestigten Lebensgemeinschaft lebt ein versagter Unterhaltsanspruch regelmäßig im Interesse gemeinsamer Kinder als Betreuungsunterhalt wieder auf**. Für andere Unterhaltstatbestände gilt dies nur dann, wenn trotz der für eine gewisse Zeit verfestigten neuen Lebensgemeinschaft noch ein Maß an nachehelicher Solidarität geschuldet ist, das im Ausnahmefall eine weitergehende nacheheliche Unterhaltspflicht rechtfertigen kann.

1. In diese Prüfung sind grds. **alle Umstände einzubeziehen, die die gebotene Billigkeitsabwägung beeinflussen können**.

a) Erhebliche Bedeutung kommt dabei zunächst dem **Maß der nachehelichen Solidarität** zu.

- Insbesondere in Fällen, in denen der unterhaltsberechtigte Ehegatte während der Ehezeit seine Erwerbstätigkeit aufgegeben hatte, um den gemeinsamen Haushalt zu führen oder die gemeinsamen Kinder zu betreuen, gewinnt auch die **Ehedauer** an Bedeutung (vgl. BGH FamRZ 2010, 1971; BGH FamRZ 2010, 1637).
- Auf der anderen Seite ist auch zu berücksichtigen, **wie lange die Verhältnisse gedauert haben, die eine Unterhaltsgewährung als objektiv unzumutbar erscheinen ließen** (OLG Celle FamRZ 2008, 1627). Entsprechend wird in der Lit. einhellig die Auffassung vertreten, dass ein nach

§ 1579 Nr. 2 BGB beschränkter oder versagter nachehelicher Unterhaltsanspruch grds. wiedererstarken kann, wobei es einer umfassenden Zumutbarkeitsprüfung unter Berücksichtigung aller Umstände bedarf.

Wendl/Gerhardt, Das Unterhaltsrecht in der familienrichterlichen Praxis, 8. Aufl., Rn 1384; Scholz/Kleffmann/Motzer, Praxishandbuch Familienrecht, Teil H Rn 280; Johannsen/Henrich/Büttner, Familienrecht, 5. Aufl., § 1579 BGB Rn 68 ff.; Hoppenz/Hülsmann, Familiensachen, 9. Aufl., § 1579 BGB Rn 54 ff.; Borth, Praxis des Unterhaltsrechts, 2. Aufl., Rn 414 und 476; Luthin/Koch, Handbuch des Unterhaltsrechts, 11. Aufl., Rn 2244; Büttner/Niepmann/Schwamb, Die Rspr. zur Höhe des Unterhalts, 11. Aufl., Rn 1190; E-hinger/Griesche/Rasch, Handbuch Unterhaltsrecht, 6. Aufl., Rn 535 d; Büte/Poppen/Menne, Unterhaltsrecht, 2. Aufl., § 1579 Rn 50 und Weinreich/Klein, Fachanwaltskommentar, Familienrecht, 4. Aufl., § 1579 Rn 166 f.

2. Im Rahmen dieser notwendigen umfassenden Zumutbarkeitsprüfung sind auch solche **Umstände zu berücksichtigen, die erst nach der Scheidung hinzugetreten sind.**

- a) Zum einen ist deswegen die **Kinderschutzklausel** zu beachten, die im Einklang mit der Rspr. des BVerfG (BVerfGE 57, 361 = FamRZ 1981, 745) durch das Unterhaltsrechtsänderungsgesetz vom 20. Februar 1986 (BGBl. I S. 301) Eingang in den Einleitungssatz des § 1579 BGB gefunden hat.
- b) Andererseits ist zu berücksichtigen, dass sich der Unterhaltsberechtigte durch die Aufnahme einer verfestigten neuen Lebensgemeinschaft **aus der nachehelichen Solidarität der Ehegatten herausgelöst** und zu erkennen gegeben hatte, dass er diese nicht mehr benötigt (vgl. BT-Drucks. 16/1830 S. 21).

*„Insoweit unterscheidet sich die Rechtslage nur unwesentlich von der Regelung des § 1586 a I BGB, wonach bei Auflösung einer Zweitehe gegenüber dem geschiedenen ersten Ehegatten lediglich der Betreuungsunterhalt wieder auflebt. Denn eine **neue Ehe des Unterhaltsberechtigten führt stets zur endgültigen Auflösung der nachehelichen Solidarität**, so dass es für ein Wiederaufleben anderer Tatbestände an einer Legitimation fehlt, während ein Wiederaufleben des Betreuungsunterhalts auf das schutzwürdige Interesse der gemeinsamen Kinder zurückzuführen ist (vgl. BT-Drucks. 16/1830 S. 22).*

Das OLG weist zwar zutreffend darauf hin, dass die Eingehung einer verfestigten Lebensgemeinschaft nicht notwendig eine gleiche endgültige Wirkung beinhaltet wie die Eingehung einer neuen Ehe. Auch der Vorschrift des § 1579 Nr. 2 BGB liegt allerdings die Überlegung zugrunde, dass ein widersprüchliches Verhalten des Unterhaltsberechtigten vorliegt, wenn er sich in eine neue verfestigte Lebensgemeinschaft begibt, aber gleichzeitig die nacheheliche Solidarität aus der geschiedenen Ehe einfordert.“ (BGH aaO)

**FamFG
§ 13 II 1**

**Akteneinsichtsrecht
nicht für gewerblichen Erbenermittler**

FamFG

(KG in FamRZ 2011, 1415; Beschluss vom 18.01.2011 – 1 W 340/10)

Das **allgemeine berufliche Interesse eines gewerblichen Erbenermittlers begründet** grds. **kein berechtigtes Interesse i. S. v. § 13 II 1 FamFG** an der Einsicht in Nachlassakten.

I. Der **Begriff des berechtigten Interesses** ist **weitergehend als der des rechtlichen Interesses i. S. v. § 299 II ZPO oder § 62 I PStG**, das sich auf ein **bereits bestehendes Rechtsverhältnis** stützen muss.

- 1. **Berechtigtes Interesse** ist **jedes vernünftigerweise gerechtfertigte Interesse tatsächlicher, wirtschaftlicher oder wissenschaftlicher Art**, das sich nicht auf vorhandene Rechte zu gründen oder auf den Verfahrensgegenstand zu beziehen braucht (vgl. BGH NJW-RR 1994, 381; KG NJW-RR 2006, 1294; OLG Hamm Rpfleger 2011, 33, 34).
- 2. **Dem unterfällt nicht das allgemeine Interesse eines gewerblichen Erbenermittlers** an Informationen, auf deren Grundlage er möglicherweise Erben ermitteln und von diesen eine Vergütung erhalten kann (vgl. OLG Hamm aaO; OLG Schleswig OLGR 1999, 109; LG Berlin NJW-RR 2004, 1234; Prütting/Jennissen, FamFG, § 13 Rn 35).

*„Das ergibt sich aus dem **Recht auf informationelle Selbstbestimmung** der Verfahrensbeteiligten und sonstiger Dritter (Art. 2 I, 1 I GG) sowie dem postmortalen Persönlichkeitsrecht des Erblassers (Art. 1 I GG), die schon bei der Auslegung des unbestimmten Rechtsbegriffs einzubeziehen sind (vgl. KG NJW-RR 2004, 1316). Das Interesse an der Sammlung von Daten und deren wirtschaftlicher Verwertung rechtfertigt es nach vernünftigen Erwägungen nicht, Einblick in persönliche Verhältnisse zu gewähren, die in einem gerichtlichen Verfahren offenbart wurden. Das **berufliche Interesse des Erbenermittlers genügt nur dann, wenn es durch den Auftrag eines Berechtigten** - z. B. eines Nachlasspflegers - **legitimiert ist.**“ (KG aaO)*

II. Aber selbst wenn das Interesse des Beteiligten berechtigt wäre, stünden der Akteneinsicht jedenfalls **schutzwürdige Interessen i. S. v. § 13 II 1 FamFG** entgegen.

„Das Erfordernis eines Datenschutzes entfällt nicht etwa deshalb, weil Erben nach der allgemeinen Lebenserfahrung ein überwiegendes Interesse an ihrer Ermittlung haben. Zum einen obliegt es allein dem Nachlassgericht und ggf. dem von ihm bestellten Nachlasspfleger (§ 1960 II BGB) zu entscheiden, welche Maßnahmen zur Erbenermittlung erforderlich sind. Zum anderen ist wie bei jedem Erbenermittler ungewiss, ob der Beteiligte Erben ausfindig machen würde.

Schließlich ist bei der Interessenabwägung auch die Wertung des Gesetzgebers in § 62 I 2 und II PStG zu berücksichtigen: Der Bet. will durch die Akteneinsicht Informationen erhalten, die er auch durch Einsicht in Personenstandsurkunden erlangen könnte. Ist die Registerinsicht an ein rechtliches Interesse geknüpft, das dem Bet. hier fehlt, erscheint es nicht angemessen, ihm durch Akteneinsicht die Kenntnisnahme von Daten zu ermöglichen, die sich aus Angaben der Beteiligten oder zu den Akten gereichten Personenstandsurkunden ergeben.“ (KG aaO)

Steuerrecht

StPO
§ 81g

DNA-Identitätsfeststellung Steuerstrafat

SteuerR

(LG Saarbrücken in NSTz 2011, 423; Beschluss vom 08.12.2010 – 2 Qs 26/10)

Auch **Straftaten der Steuerhinterziehung** können grds. Grundlage für die Anordnung einer **DNA-Identitätsfeststellung** gem. § 81g StPO sein.

- I. Gem. § 81g I 1 StPO dürfen dem Besch. einer **Straftat von erheblicher Bedeutung** zur Identitätsfeststellung in künftigen Strafverfahren Körperzellen entnommen und zur Feststellung des DNA-Identifizierungsmusters sowie des Geschlechts molekulargenetisch untersucht werden, wenn wegen der Art oder Ausführung der Tat, der Persönlichkeit des Besch. oder sonstiger Erkenntnisse Grund zu der Annahme besteht, dass gegen ihn künftig Strafverfahren wegen einer Straftat von erheblicher Bedeutung zu führen sind.
- II. Bei den von dem Betr. begangenen Delikten handelt es sich um Straftaten von erheblicher Bedeutung. Hierzu zählen alle **Verbrechen** und **schwerwiegenden Vergehen, die zumindest dem Bereich der mittleren Kriminalität zuzurechnen** und geeignet sind, den **Rechtsfrieden empfindlich zu stören** und das Gefühl der Rechtssicherheit der Bevölkerung erheblich zu beeinträchtigen (KK-Senge, 6. Aufl., § 81g Rn 5; Heghmanns/Scheffler [Hrsg.], Hdb. zum Strafverfahren, 2008, Kap. III Rn 390).

„Angesichts des Umfangs der durch den Betr. verursachten Steuerverkürzung, der bandenmäßigen Begehungsweise und der Höhe der verhängten Gesamtfreiheitsstrafe, die auf einen gesteigerten Tat- und Schuldgehalt verweist, sind diese Voraussetzungen erfüllt.“ (LG Saarbrücken aaO)

- III. Die durch den Betr. begangenen Straftaten rechtfertigen zudem die Annahme, dass gegen ihn auch künftig Strafverfahren wegen Straftaten von erheblicher Bedeutung zu führen sein werden.

Diese **Negativprognose** muss sich auf tatsächliche Anhaltspunkte stützen können, die nach kriminalistischer Erfahrung die nicht ganz fernliegende und nicht nur theoretische Möglichkeit der Begehung zukünftiger Straftaten von erheblicher Bedeutung rechtfertigt (Murmans aaO, Rn 394). Eine **„erhöhte Wahrscheinlichkeit“ der Begehung zukünftiger erheblicher Straftaten** ist allerdings **nicht erforderlich** (BVerfGE 103, 21, 37; OLG Celle NSTz 2006, 717).

„Ausgehend von diesen Maßstäben sind vorliegend hinreichende Anhaltspunkte für eine solche Negativprognose vorhanden: Diese ergeben sich aus der organisierten Tatausführung sowie der Verschleierung der Identität durch Verwendung von Alias-Personalien, die auf eine erhöhte kriminelle Energie und damit auf eine gesteigerte Bereitschaft zur Begehung von Straftaten schließen lassen. Der Umstand, dass es sich bei der Anlasstat des Betr. um dessen erste Verurteilung handelt, steht dem nicht entgegen.“ (LG Saarbrücken aaO)

- IV. Bei der Anordnung einer Identitätsfeststellung gem. § 81g StPO ist hinsichtlich der Wahrscheinlichkeit der Spurenverursachung unter dem Gesichtspunkt der Erforderlichkeit der Maßnahme (BVerfGE 103, 21; vgl. auch BT-Dr 13/10791, S. 5) zu prüfen, ob nach kriminalphänomenologischer Erfahrung bei der Tatausführung der prognostizierten Straftaten **„deliktstypisch“** (zur einschlägigen Untersuchung geeignete) **Körperzellen abgesondert** werden (vgl. Eisenberg, BeweisR der StPO, 6. Aufl., Rn 1689; KK-Senge aaO, Rn 8). Unerheblich ist jedoch, ob der Betr. bereits bei der Anlasstat Körperzellen abgesondert hat (Meyer-Goßner, 53. Aufl., § 81g Rn 7a).

Diese Wahrscheinlichkeit wird bei Straftaten aus dem Bereich der Vermögensdelikte oftmals zu verneinen sein (vgl. LG Aachen StraFo 2009, 18). Jedoch hat die **Prüfung stets einzelfallbezogen** zu erfolgen. Demnach können auch Straftaten der Steuerhinterziehung Grundlage für die Anordnung einer DNA-Identitätsfeststellung gem. § 81g StPO sein (LG Bielefeld Beschl. v. 25. 2. 2010 – 1 Qs 78/10, juris).

„Denn es ist zu berücksichtigen, dass durch die Verbesserung der DNA-Analysemethoden hin zu der Möglichkeit, etwa die DNA aus Hautabriebsspuren zu untersuchen, auch der Deliktsbereich der Vermögensdelikte der Aufklärung mit Hilfe molekulargenetischer Maßnahmen zunehmend erschlossen wird (vgl. Murmans aaO, Rn 395). Gerade bei der Beteiligung an Umsatzsteuerkarussellen werden regelmäßig Scheinrechnungen verwendet, um diese im Rahmen der monatlichen Umsatzsteuervoranmeldungen zum unberechtigten Vorsteuerabzug zu nutzen. Deshalb ist zugleich damit zu rechnen, dass die Betr. auch DNA-Spuren an den Rechnungen und anderen im Zusammenhang mit der Deliktsbegehung verwendeten Unterlagen zurücklassen.“ (LG Saarbrücken aaO)

EStG
§ 9 I 1

berufl. veranlasste Fortbildungskosten Sprachkurs im Ausland

SteuerR

(BFH in NJW 2011, 2543; Urteil vom 24.02.2011 – VI R 12/10)

Die **Wahl, einen Sprachkurs auswärts zu besuchen, ist regelmäßig privat mitveranlasst**. Bei der deshalb gebotenen Aufteilung der Reisekosten in Werbungskosten und Kosten der privaten Lebensführung kann dann **auch ein anderer als der zeitliche Aufteilungsmaßstab** angezeigt sein.

- I. Als sachgerechter Aufteilungsmaßstab für **doppelmotivierte Kosten** einer Reise kommt grds. das Verhältnis der beruflichen und privaten Zeiteile der Reise in Betracht (BFHE 227, 1 = NJW 2010, 891; BFHE 229, 219 = DStR 2010, 1126).

Dieser Maßstab hat jedoch zur Voraussetzung, dass die maßstabsbildenden, unterschiedlich eindeutig zuzuordnenden **Veranlassungsbeiträge nacheinander verwirklicht** werden. Unterschiedliche Veranlassungsbeiträge,

die gleichzeitig verwirklicht werden, können auch nach einem anderen als dem zeitlichen Aufteilungsmaßstab aufzuteilen sein.

- II. Bei Sprachreisen darf der **touristische Wert des Aufenthalts am Kursort** nicht unbeachtet bleiben.

„Anders als bei sonstigen der Fortbildung dienenden Reisen besteht bei Sprachreisen für die **Wahl des auswärtigen Kursortes regelmäßig keine unmittelbare berufliche Veranlassung**. Deshalb wird die Ortswahl in diesen Fällen auch von privaten, in der Regel touristischen Interessen des Steuerpflichtigen bestimmt sein.

Davon ist insbes. auch im Streitfall auszugehen: Die **Teilnahme an einem Sprachkurs in englischer Sprache in Südafrika ist außergewöhnlich** und indiziert bereits, dass der Kl. die Reisekosten auch aus privaten Erwägungen auf sich genommen hat. Daher kann auch bei einem Intensivsprachkurs, der dem Steuerpflichtigen unter der Woche wenig Zeit für touristische Aktivitäten belässt und diese deshalb im Wesentlichen auf das Wochenende beschränkt sind, eine Aufteilung der mit dem auswärtigen Aufenthalt verbundenen Kosten gerechtfertigt sein.“ (BFH aaO)

ESTG **Arbeitsstätte eines Außendienstmitarbeiters** SteuerR
§ 9 I 3 Nr. 4 **unregelmäßig aufgesuchter Betriebsitz**
(BFH in DB 2011, 1894 = DStR 2011, 1655; Urteil vom 09.06.2011 – VI R 58/09)

- I. Der **Betriebsitz** des Arbeitgebers, den der Arbeitnehmer zwar regelmäßig, aber **lediglich zu Kontrollzwecken aufsucht**, ohne dort seiner eigentlichen beruflichen Tätigkeit nachzugehen, ist **nicht eine regelmäßige Arbeitsstätte** i. S. des § 9 I 3 Nr. 4 EStG.

1. **Arbeitsstätte i. S. des § 8 II 3 EStG** ist die i. S. des § 9 I 3 Nr. 4 EStG: Dies ist

- jede **ortsfeste dauerhafte betriebliche Einrichtung des Arbeitgebers**,
- der der **Arbeitnehmer zugeordnet** ist und
- die er nicht nur gelegentlich, sondern **mit einer gewissen Nachhaltigkeit**, d. h. **fortdauernd und immer wieder aufsucht**.

Auf diese **mit den immer gleichen Wegen verbundene Arbeitsstätte** kann sich der Arbeitnehmer in unterschiedlicher Weise einstellen und so insbes. auch auf eine Minderung der Wegekosten hinwirken, etwa durch Bildung von Fahrgemeinschaften, Nutzung öffentlicher Verkehrsmittel und ggf. durch entsprechende Wohnsitznahme (st. Rspr., zuletzt BFHE 230, 533 = DStR 2010, 2392 m. w. Nachw.).

2. **Arbeitsstätte i. d. S. ist** allerdings **nicht jeder beliebige Tätigkeitsort**, sondern **der Ort, an dem der Arbeitnehmer typischerweise seine Arbeitsleistung im Schwerpunkt zu erbringen hat** (BFHE 199, 329 = DStR 2002, 1942). Dies wird regelmäßig der Betrieb oder eine Betriebsstätte des Arbeitgebers sein.

„Der erk. Senat hatte schon früher entschieden, dass es für die Annahme einer Arbeitsstätte nicht ausreicht, wenn zahlreiche Tätigkeitsstätten im zeitlichen Abstand immer wieder aufgesucht werden, sondern dass auch eine gewisse zeitliche Nachhaltigkeit und Dauerhaftigkeit in der Tätigkeit an diesen Orten erforderlich sei (BFHE 173, 179 = DStR 1994, 459, zu § 9 I 3 Nr. 4 EStG). Daran ist festzuhalten.

Soweit dort allerdings entschieden wurde, dass es ohne Belang sei, in welchem zeitlichen Umfang der Arbeitnehmer an der regelmäßigen Arbeitsstätte beruflich tätig werde (zuletzt BFHE 209, 523 = DStRE 2005, 996), hält der Senat daran nicht weiter fest. Für die regelmäßige Arbeitsstätte ist vielmehr entscheidend, wo sich der **ortsgebundene Mittelpunkt der beruflichen Tätigkeit** eines Arbeitnehmers befindet. Dort liegt die eine regelmäßige Arbeitsstätte, die ein Arbeitnehmer nur haben kann (vgl. BFH DStR 2011, 1609). Dieser Mittelpunkt der dauerhaft angelegten beruflichen Tätigkeit bestimmt sich nach den qualitativen Merkmalen einer wie auch immer gearteten Arbeitsleistung, die der Arbeitnehmer an dieser Arbeitsstätte im Einzelnen wahrnimmt oder wahrzunehmen hat sowie nach dem konkreten Gewicht dieser dort verrichteten Tätigkeit.“ (BFH aaO)

3. Angesichts dessen liegt die regelmäßige Arbeitsstätte am Betriebsitz des Arbeitgebers oder an einer sonstigen ortsfesten dauerhaften betrieblichen Einrichtung, welcher der Arbeitnehmer zugeordnet ist, wenn er diesen **Ort nicht nur gelegentlich, sondern mit einer gewissen Nachhaltigkeit**, d. h. **fortdauernd und immer wieder aufsucht** und dort **schwerpunktmäßig tätig** wird.

Dagegen genügt allein der Umstand, dass ein Arbeitnehmer den Betriebsitz oder sonstige Einrichtungen des Arbeitgebers mit einer gewissen Nachhaltigkeit aufsucht, für sich betrachtet nicht, um eine regelmäßige Arbeitsstätte zu begründen (so aber noch BFHE 207, 225 = DStR 2004, 1741, für den Heimatflughafen einer Flugbegleiterin).

„Nach diesen Rechtsgrundsätzen erfüllt der Betriebsitz der KG für den Kl. nicht die Voraussetzungen einer Arbeitsstätte i. S. des § 9 I 3 Nr. 4 EStG. Denn der Kl. war am Betriebsitz seines Arbeitgebers nicht in einer Weise tätig, die es rechtfertigt, diesen Tätigkeitsort als die (regelmäßige) Arbeitsstätte i. S. des § 9 I 3 Nr. 4 EStG zu qualifizieren. Nach den Feststellungen des FG hat der Kl. die **Betriebsstätte lediglich zu Kontrollzwecken aufgesucht**, war **dort ansonsten beruflich nicht tätig** und hatte dort auch **keinen eingerichteten Arbeitsplatz** zur Verfügung. Es genügt nach der insoweit geänderten Rspr. des Senats nicht, wenn der Arbeitnehmer den Betriebsitz seines Arbeitgebers allein zu Kontrollzwecken aufsucht, aber seiner eigentlichen Tätigkeit außerhalb des Betriebsitzes nachgeht. Von einer solchen außerhalb des Betriebsitzes ausgeübten Tätigkeit war im Streitfall bei dem als Außendienstmitarbeiter beschäftigten Kl. auszugehen.“ (BFH aaO)

- II. **Konsequenz:** Nutzt der Arbeitnehmer den ihm überlassenen Dienstwagen **für Fahrten zum Betriebsitz** seines Arbeitgebers, der nicht die regelmäßige Arbeitsstätte ist, so **steht ihm dafür die Entfernungspauschale nicht zu**. Werbungskosten nach § 9 I 1 EStG kann er nur abziehen, soweit ihm dafür Aufwendungen entstehen.

Weitere Schrifttumsnachweise

I. Zivilrecht

1. **Oechsler:** Haftung beim Missbrauch eines eBay-Mitgliedskontos - Verantwortung für die freiwillige Überlassung und das Ausspähen von Verbindungsdaten (MMR 2011, 631)

Der BGH MMR 2011, 447 = ZA 08/2011, 8 hat jüngst die Voraussetzungen einer Anscheinsvollmacht verneint, wenn der Inhaber eines eBay-Mitgliedskontos durch nachlässige Aufbewahrung der Zugangsdaten den einmaligen Missbrauch seines Kontos durch einen Familienangehörigen ermöglicht hat. - Beim Missbrauch eines von einem Provider eingerichteten und zugangsgeschützten Mitgliedskontos ist dem Inhaber eine **Anscheinsvollmacht** danach wohl **nur dann zuzurechnen, wenn er dem Dritten die Zugangsdaten bewusst überlassen** hat; dies legt ein **Erst-Recht-Schluss aus § 172 I BGB** nahe. - Wird eine Willenserklärung über ein Mitgliedskonto abgegeben, kommt allerdings regelmäßig kein Anscheinsbeweis dafür in Betracht, dass der Inhaber oder eine von ihm autorisierte Person gehandelt hat; auch bleibt wenig Raum für Beweiserleichterungen zu Gunsten der anderen Seite. - Ermöglicht der Kontoinhaber den Missbrauch dadurch, dass er die Zugangsdaten nicht sorgfältig aufbewahrt, kommt eine Haftung aus §§ 280 I 1, 311 II Nr. 3, 241 II BGB in Betracht, wobei in Anlehnung an § 675 II BGB ein **Vertretenmüssen** wohl **nur im Falle der groben Fahrlässigkeit** in Betracht zu ziehen ist.

2. **Beyer:** Kleinreparaturen im Wohnraummietverhältnis: wer zahlt? (NZM 2011, 697)

Kleinreparaturen gehören grds. zur gesetzlichen Instandhaltungspflicht des Vermieters (§ 535 I 2 BGB); eine Zahlungspflicht des Mieters für die Kosten einer Kleinreparatur besteht deshalb nur dann, wenn sie wirksam vereinbart worden ist. - Eine **formulärmäßige Kleinreparaturklausel ist (nur) wirksam, wenn sie gegenständlich auf die in § 28 III 2 der II. BerechnungsVO genannten Bagatellschäden und der Höhe nach auf einen Betrag für die Einzelmaßnahme und außerdem auf einen Gesamtbetrag für mehrere innerhalb eines bestimmten Zeitraums (regelmäßig eines Jahres) anfallende Reparaturen beschränkt** ist. - **Unwirksam** wegen unangemessener Benachteiligung des Mieters **ist eine Klausel, wenn sie den Mieter nicht lediglich zur Kostentragung, sondern zur Vornahme einer Kleinreparatur („Vornahmeklausel“), zur Beteiligung an den Kosten einer größeren Reparaturmaßnahme („Beteiligungsklausel“) oder zur Kostentragung von Wartungsarbeiten („Wartungsklausel“) verpflichtet**. - Bei den **Folgen der Unwirksamkeit einer Kleinreparaturklausel** ist für die Zahlungspflicht zu unterscheiden: **Im preisfreien Wohnungsbau fällt die Zahlungspflicht kraft Gesetzes vom Mieter auf den Vermieter zurück** (kein wirtschaftlicher Ausgleich durch Mieterhöhung); **im preisgebundenen Wohnungsbau kann der Vermieter durch einseitige schriftliche Erklärung die Kostenmiete erhöhen**, indem er die volle, nicht durch den Abzug von 1,05 € gekürzte Instandhaltungspauschale (§ 28 II, III der II. BerechnungsVO) ansetzt; die Zahlungspflicht des Mieters bleibt – wenn auch auf einer anderen Rechtsgrundlage – im Ergebnis erhalten. - Ist die **Gebrauchstauglichkeit der Wohnung** durch einen Bagatellschaden **nicht nur unerheblich beeinträchtigt, bleibt dem Mieter die Minderung der Miete** (§ 536 BGB) **selbst bei wirksamer Kleinreparaturklausel uneingeschränkt erhalten**.

3. **Schwab:** Geldschulden als Bringschulden? (NJW 2011, 2833)

Die **Geldschuld ist** auch unter Berücksichtigung der Zahlungsverzugsrichtlinie **als qualifizierte Schickschuld und nicht etwa als Bringschuld anzusehen**. - Bei Geldschulden ist das **Verzugsmerkmal** „Nichtleistung“ mit Rücksicht auf die Vorgaben der Zahlungsverzugsrichtlinie nicht an der Leistungshandlung, sondern **am Leistungserfolg auszurichten**; der **Zustand der „Nichtleistung“ endet erst mit dem Zahlungseingang beim Gläubiger**. - Hat der Schuldner die **Übermittlung des Geldes so zeitig in Auftrag gegeben**, dass bei gewöhnlichem Verlauf mit einem rechtzeitigen Zahlungseingang zu rechnen ist, **hat er die Verspätung der Zahlung nicht zu vertreten** (§ 286 IV BGB); der **Zahlungsmittler des Schuldners** (insbes. die Überweisungsbank) **ist nicht dessen Erfüllungsgehilfe bei der Übermittlung des Geldes**. - Hat der Zahlungsmittler des Schuldners durch pflichtwidriges Verhalten die Verspätung des Zahlungseingangs beim Gläubiger verursacht, so ist der Schuldner berechtigt, den Verzögerungsschaden des Gläubigers gegenüber dem Zahlungsmittler zu liquidieren. - Es ist zu betonen, dass die hier vertretene Ansicht den Vorgaben aus dem Urteil des EuGH wesentlich besser entspricht als die Ansicht, die Geldschuld sei fortan als Bringschuld anzusehen, denn der EuGH hat die Verantwortung des Geldschuldners für Versäumnisse des Zahlungsmittlers ausdrücklich verneint; diese Aussage wird nur dann in der Auslegung des nationalen Rechts gespiegelt, wenn man den Erfüllungsort am Wohn- bzw. Geschäftssitz des Schuldners ansiedelt.

4. **Fleischer:** Zur Einschränkung der Geschäftsführerhaftung in der GmbH (BB 2011, 2435)

Angesichts der **enorm gestiegenen Haftungsrisiken für GmbH-Geschäftsführer** stellt sich die Frage nach der Zulässigkeit privatautonomer Haftungsbeschränkungen durch Herabsenkung des Pflichten- und Sorgfaltsmaßstabs: Die bisherige Auffassung hielt dies ebenso wie im Aktien- und Genossenschaftsrecht für ausgeschlossen, **in jüngerer Zeit haben sich indes in der Rspr. und Lehre liberalere Stimmen durchgesetzt**, jedoch sind viele **Einzelheiten nach wie vor umstritten**: Nach zutreffender **h. M.** ist eine **Haftungsbeschränkung heute nicht**

mehr generell unzulässig; ebenso wenig lässt sich de lege lata eine Unabdingbarkeit der Geschäftsführerhaftung begründen, soweit Ersatz zur Gläubigerbefriedigung benötigt wird. Auch für eine Analogie zu § 93 V 2 u. 3 AKtG bei gröblichen Sorgfaltspflichtverletzungen besteht im GmbH-Recht kein Raum. - Äußere **Grenzen** sind der Disponibilität der Geschäftsführerhaftung aber **durch § 43 III 2 u. 3 GmbHG** gezogen: Wenn schon der nachträgliche Verzicht auf einen Schadensersatzanspruch im Anwendungsbereich des § 43 III 1 GmbHG unwirksam ist, dann muss dies erst für eine vorherige Haftungsbeschränkung gelten; in entsprechender Anwendung dieser Vorschrift besteht ein **Verzichts-, Vergleichs- und Haftungsbeschränkungsverbot auch für Schadensersatzansprüche der Gesellschaft wegen der Verletzung unmittelbar kapital-schützender Vorschriften**; dagegen ist eine Erstreckung des § 43 III 2 u. 3 GmbHG auf alle gläubigerschützenden Geschäftsführerpflichten und ein hierauf aufbauendes Haftungsbeschränkungsverbot methodisch weit weniger gesichert, als die herrschende Lehre glauben macht. - Die **Haftung wegen Vorsatzes** kann dem Geschäftsführer schon nach § 276 III BGB **nicht im Voraus erlassen werden**; ein generelles Freizeichnungsverbot für grobe Fahrlässigkeit lässt sich dem gegenüber nicht begründen. - Für die Haftungsbeschränkung bedarf es keiner Satzungsregelung, sie kann vielmehr auf der Grundlage eines Gesellschafterbeschlusses auch in Anstellungsvertrag oder Geschäftsordnung geregelt werden; es genügt insofern ein Mehrheitsbeschluss, der aber einer gerichtlichen Treuepflichtkontrolle unterliegt.

5. **Skusa**: Anwendbarkeit der Verbraucherschutzvorschriften auf Leasing- und Mietkaufverträge (NJW 2011, 2993)

Der **neu gefasste § 506 BGB** hat zu **gravierenden Einschränkungen des Verbraucherschutzes bei Leasing- und Mietkaufverträgen** geführt: Es wird ein **präziser Rahmen für den sachlichen Anwendungsbereich vorgegeben**; eine **Anwendung des Verbraucherschutzes wird auf entgeltliche Zahlungsaufschübe, Teilzahlungsgeschäfte und entgeltliche Nutzungsüberlassungen mit Erwerbspflicht, Andienungsrecht oder Restwertgarantie beschränkt**; der Begriff des „Finanzierungsleasingvertrags“ findet sich im Gesetzeswortlaut nicht mehr. - Der deutsche Gesetzgeber hat sich bei der Umsetzung und Begründung eng an die Verbraucher-kreditrichtlinie 2008 gehalten, die nicht allein auf eine Vollamortisationszusage abstellt, sondern darüber hinaus den Erwerb der Substanz voraussetzt; insbes. beim Kilometerleasingvertrag führt dies zu einem Ergebnis, das der Intention des Gesetzgebers (Verbesserung des Verbraucherschutzes) scheinbar zuwider läuft.

6. **Hoffmann**: Die Entwicklung des Internetrechts bis Mitte 2011 (NJW 2011, 2623)

II. Strafrecht

1. **Patzak/Volkmer**: „Legal-High“-Produkte – wirklich legal? - Kräutermischungen, Badezusätze und Lufterfrischer aus betäubungs- und arzneimittelrechtlicher Sicht (NSTZ 2011, 498)

Problemstellung: In der Drogenszene werden vermehrt synthetische Substanzen als Kräutermischungen, Badesalze oder Lufterfrischer angeboten, die indes nicht zu diesen Zwecken verwendet, sondern als Rauschmittel missbraucht werden sollen; die Verkäufer preisen diese Substanzen als legale Produkte an und erwecken dadurch den Eindruck einer gesundheitlichen Ungefährlichkeit, die nicht mit der Wirklichkeit übereinstimmt. Tatsächlich enthalten die Produkte synthetische Zusätze, die beim Konsum psychoaktive Wirkungen haben, i. d. R. aber nicht den betäubungsmittelrechtlichen Bestimmungen unterliegen. - Da die Hersteller von „Legal Highs“ systematisch versuchen, das BtMG zu unterlaufen, indem sie ihren Produkten nicht dem BtMG unterliegende synthetische Substanzen zusetzen, erweist sich das Betäubungsmittelstrafrecht als nicht hinreichend wirksames Mittel gegen den Handel mit einschlägigen Erzeugnissen; trotz Bezeichnung der Produkte als „Legal High“ ist der Umgang mit ihnen keinesfalls straflos, denn sie sind vielmehr regelmäßig als **bedenkliche Arzneimittel i.S.d. § 5 II AMG** einzustufen; ihr **Inverkehrbringen ist daher nach § 95 I Nr. 1 AMG strafrechtlich relevant**; im Einzelfall sind **straf- oder bußgeldbewehrte Verstöße gegen die Apotheken- und die Verschreibungspflicht** zu prüfen (§§ 95 I Nr. 4, 97 II Nr. 10 AMG); die ohne eine Erlaubnis vorgenommene **Einfuhr** der genannten Produkte ist **nach § 96 Nr. 4 AMG strafbar, wenn der Import gewerbsmäßig oder berufsmäßig aus Ländern erfolgt, die nicht Mitgliedstaaten der Europäischen Union oder andere Vertragsstaaten des Abkommens über den Europäischen Wirtschaftsraum sind**; das Verbringen in den Geltungsbereich des AMG ist nach § 97 II Nr. 8 AMG ordnungswidrig.

2. **Spoenle**: Hooligan-Trendsport „Mannschaftskickboxen“ – bloß bizarr oder doch strafbar? (NSTZ 2011, 552)

Bei Drittortauseinandersetzungen, auch als Drittortschlägereien oder – von den Teilnehmern – als „Matches“ bezeichnet, handelt es sich um im Vorfeld abgesprochene Kämpfe zwischen gleich großen Gruppen von zumeist jüngeren Männern, die sich in aller Regel der Hooligan-Kultur zugehörig fühlen und als Gruppierung mit Namen und einheitlicher Kleidung auftreten; die Kämpfe bzw. Schlägereien finden dabei gerade nicht im unmittelbaren Umfeld von Stadien, aber durchaus auch anlässlich von Fußballbegegnungen auf abgelegenen Feldern, Wiesen oder Waldwegen statt; Drittortauseinandersetzungen fungieren auf Grund der zunehmenden Sensibilisierung von Politik und Gesellschaft für die Hooligan-Szene und der damit einhergehenden Polizeipräsenz rund um Sportveranstaltungen bereits seit einiger Zeit als Ersatz für die nur noch selten zu beobachtende Auseinandersetzung im Stadion; Motivation der Teilnehmer ist i. d. R. die Freude an körperlicher Gewalt. - Die **Teilnahme an Drittortauseinandersetzungen ist kein Landfriedensbruch gem. § 125 I Nr. 1 StGB**; bei Einhaltung von Regeln, die schwere Verletzungsfolgen ausschließen, Chancengleichheit wahren und von Schiedsrichtern auch durchgesetzt

werden können, **scheidet auch eine Strafbarkeit der Beteiligten gem. §§ 223 I, 224 I Nr. 4 StGB aus, da die vorliegenden Einwilligungen der anderen Beteiligten gem. § 228 StGB die Rechtswidrigkeit der Verletzungshandlungen beseitigen**; bei abweichender Beurteilung liegt auf subjektiver Ebene die Frage eines Irrtums zumindest nahe. - In jedem Fall einschlägig ist hingegen § 231 I StGB, sofern die dort genannten Folgen eintreten.

3. **Müller/Schmidt**: Aus der Rspr. zum Recht der Strafverteidigung 2010 (NStZ 2011, 503)
4. **Grau/Blehschmidt**: Ersatzansprüche für Schäden durch strafprozessuale Maßnahmen – insbes. Durchsuchungsaktionen und Beschlagnahmen (BB 2011, 2378)

III. öffentliches Recht

1. **Schenke**: Rechtsschutz gegen doppel funktionale Maßnahmen der Polizei (NJW 2011, 2838)

Bei **polizeilichem Handeln zur Gefahrenabwehr** handelt es sich um eine **andere Maßnahme als bei polizeilichem Handeln zur Strafverfolgung**; daher muss der Betroffene, wenn die Polizei ihr Handeln sowohl auf die StPO wie auch auf Polizeirecht stützt, konsequenterweise einen **doppelten Rechtsweg** beschreiten. - Die von Verwaltungsgerichte haben nur zu überprüfen, ob das polizeiliche Handeln eine Rechtsgrundlage im Polizei- und Ordnungsrecht findet, die ordentlichen Gerichte, ob es auf die StPO gestützt werden kann; findet das polizeiliche Handeln in den Polizei- und Ordnungsgesetzen keine Rechtsgrundlage, so ist ein polizeilicher Verwaltungsakt vom Verwaltungsgericht aufzuheben bzw. – bei einem Realakt – der Polizeiträger zu verpflichten, die sich daraus ergebenden fortdauernden Beeinträchtigungen zu beseitigen; der Fortbestand der Maßnahme, die der Strafverfolgung dient, wird durch die verwaltungsgerichtliche Aufhebung der Gefahrenabwehrmaßnahme nicht angetastet. - Bedeutsam ist dies auch für das Bestehen von **Folgenbeseitigungsansprüchen**; diese scheiden tatbestandlich aus, wenn die fortbestehende Beeinträchtigung z. B. aus einer rechtswidrigen, durch die Verwaltungsgerichte aufgehobenen Beschlagnahme zusätzlich auch aus einer noch wirksamen strafprozessualen Beschlagnahme resultiert; in diesem Fall hat das Verwaltungsgericht bei Geltendmachung eines auf die Rückgabe des beschlagnahmten Gegenstands gerichteten Folgenbeseitigungsanspruchs inzidenter zu überprüfen, ob die strafprozessuale Beschlagnahme dem Folgenbeseitigungsanspruch entgegensteht; ist die strafprozessuale Beschlagnahme – obschon rechtswidrig – noch rechtswirksam, ist das Verwaltungsgericht durch die insoweit bestehende Tatbestandswirkung (vom seltenen Sonderfall der Nichtigkeit der Beschlagnahme abgesehen) gebunden und an der (sofortigen) Zuerkennung eines Folgenbeseitigungsanspruchs gehindert. - Entsprechendes gilt für die **Überprüfung der Strafverfolgungsmaßnahme durch die ordentlichen Gerichte**: Auch hier **beeinflusst der Erfolg eines Rechtsschutzverfahrens vor den ordentlichen Gerichten den Bestand der der Gefahrenabwehr dienenden polizeilichen Maßnahme nicht**; selbst wenn die Polizei mit ihrem Handeln zunächst eine doppelte Zielsetzung verfolgte, bleibt es ihr i. Ü. unbenommen, später auf eine dieser Zielsetzungen zu verzichten; darin liegt der Sache nach eine partielle Rücknahme ihres Handelns, dass sich damit erledigt hat; dann kommt diesbzgl. nur noch – bei Bestehen eines berechtigten Interesses – eine **Feststellung der Rechtswidrigkeit dieses Handelns analog § 28 I 4 EGGVG bzw. § 113 I 4 VwGO oder bei Realakten gem. § 43 VwGO** in Betracht; der in einem anderen Rechtsweg gestellte Antrag auf Aufhebung bzw. Beseitigung der mit einer divergierenden Zielsetzung vorgenommenen Handlung wird hierdurch jedoch nicht berührt.

2. **Herrmann/Soiné**: Durchsuchung persönlicher Datenspeicher und Grundrechtsschutz (NJW 2011, 2922)

Problemstellung: Durchsuchung ist die planmäßige Suche nach verborgenen Personen oder Sachen, deren genaue räumliche Lage den Durchsuchungsorganen nicht bekannt ist; zu den Durchsuchungsobjekten zählen auch persönliche Datenspeicher wie PC, lokale Datenspeicher auf nicht vernetzten DV-Geräten, mobile Speichermedien und Speicherlaufwerke in Netzwerken; im Unterschied dazu dienen allgemeine und ungezielte Kontrollen von Speichermedien durch Behörden und Unternehmen ausschließlich dem Schutz der eigenen IT-Infrastruktur; sie betreffen die bestimmungsgemäße Behandlung von Daten sowie die Ausübung von Befugnissen durch die Nutzer (IT-Aufsicht); bereits diese systembezogenen Beschränkungen und Schutzmaßnahmen werfen grundrechtliche und datenschutzrechtliche Fragen auf, da die Nutzer dieser IT-Systeme in der Praxis z. B. über Umfang und Dauer der Speicherung täglicher Sicherheitskopien nicht unterrichtet werden. - Das **Recht auf informationelle Selbstbestimmung** und das **Grundrecht auf Gewährleistung der Vertraulichkeit und Integrität informationstechnischer Systeme** setzen der Durchsuchung persönlicher Datenspeicher verfassungsrechtliche Grenzen: Einfachgesetzlich schränken der Vorbehalt richterlicher Anordnungen, ausgewählte Vollzugskompetenzen und die Pflicht zur Beachtung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit den erlaubten Zugriff von Strafverfolgungsbehörden, Disziplinarvorgesetzten und Arbeitgebern drastisch ein; willigt der Betroffene zuvor in die Einsichtnahme der Speichermedien ein, bedürfen Durchsuchungen keiner gesetzlichen Ermächtigungsgrundlage, denn in diesen Fällen scheidet ein Grundrechtseingriff aus; zu berücksichtigen ist jedoch, dass eine frei von Zwang zu Stande gekommene und ausdrücklich erteilte Einwilligung sich nur auf den Einzelfall bezieht und die eindeutige Kenntnis der Verweigerungsmöglichkeit voraussetzt. Auch kann eine Einwilligung jederzeit vom Betroffenen widerrufen werden.

3. **Lenze:** Sind die neuen Hartz-IV-Sätze verfassungskonform? (NVwZ 2011, 1104)

Bespr. der Entsch. **BVerfGE 125, 175 = NJW 2010, 505 = NVwZ 2010, 580 = NZS 2010, 270**, in der dem Gesetzgeber dezidierte Vorgaben für das Verfahren zur Ermittlung des menschenwürdigen Existenzminimums gemacht wurden; das BVerfG hat festgestellt, dass der gesetzliche Leistungsanspruch ab dem 01.01.2011 so ausgestaltet sein muss, dass er „stets den gesamten existenznotwendigen Bedarf jedes individuellen Grundrechtsträgers deckt“. - Für das im Steuerrecht freizustellende Existenzminimum hatte das BVerfG sich bereits früher außerdem gegen die gesetzgeberische Strategie gewandt, die zu Grunde zu legenden Beträge zu sehr „auf Kante zu nähern“, denn der **existenznotwendige Bedarf sei in der Bundesrepublik in den vergangenen 50 Jahren regelmäßig gestiegen**, nicht gesunken, weshalb allenfalls ein – vorsorgliches oder kompensierendes – Überschreiten der Mindestwerte geboten wäre; dies muss aber erst recht im Grundsicherungsrecht gelten, denn die Leistungsbezieher müssen mit den Minimalbeträgen leben, während im Steuerrecht Steuerpflichtigen regelmäßig ein höherer Betrag zum Leben verbleibt.

IV. Richter / Staatsanwälte / Rechtsanwälte / Notare

1. **Wessels:** Die anwaltliche Datenverarbeitung im Spannungsfeld von anwaltlicher Verschwiegenheit und Datenschutz (Kammer Report Hamm 2011, 4)
2. **Sterzinger:** Steuerliche Folgen der Auseinandersetzung freiberuflich tätiger Personengesellschaften (NJW 2011, 3057)

Die **Auseinandersetzung einer freiberuflichen Sozietät** hat sowohl für den ausscheidenden als auch für die verbleibenden Gesellschafter ganz **erhebliche steuerliche Konsequenzen**, die im Vorfeld der Auseinandersetzung zu beachten sind. - Erfolgt die Auseinandersetzung unter Übernahme zu Sachwerten in eine neue Gesamthand, führt dies steuerlich selbst dann zu einer **Realisierung der stillen Reserven im übernommenen Mandantenstamm**, wenn die Beteiligten diese Form deswegen gewählt haben, um etwaige Geldzahlungen und daraus resultierende Liquiditätsprobleme zu vermeiden. - Der ausscheidende Gesellschafter, aber auch die verbleibenden Gesellschafter erzielen im Jahr seines Ausscheidens den laufenden **Gewinnanteil aus der Einnahme-Überschuss-Rechnung** der Sozietät, den anteiligen Übergangsgewinn durch den Wechsel der Gewinnermittlungsart und einen (nur für den ausscheidenden Gesellschafter tarifbegünstigten) Veräußerungsgewinn. - Auch wenn diese steuerlichen Konsequenzen in den Folgejahren durch erhöhte Abschreibungsbeträge oder Übergangsverluste durch den Rückwechsel zur Gewinnermittlung durch Einnahme-Überschuss-Rechnung kompensiert werden, ist die **Steuerbelastung zumindest im Jahr des Ausscheidens erheblich**. - Hinzu kommt ein erheblicher Aufwand wegen des notwendigen **Wechsels der Gewinnermittlungsart**, wenn – wie im Regelfall – der Gewinn im Vorfeld der Auseinandersetzung im Rahmen einer Einnahme-Überschuss-Rechnung ermittelt worden ist. - Dies kann vermieden werden, wenn die als Sachwertabfindung erhaltenen Wirtschaftsgüter, also der entnommene Mandantenstammanteil, nicht in die Nachfolgesozietät eingebracht, sondern in ein **Sonderbetriebsvermögen** überführt werden und im Anschluss der am Markt auftretenden Personengesellschaft im Rahmen eines Pachtvertrags zur Nutzung überlassen werden; Besonderheiten bestehen, wenn eine zweigliedrige Sozietät im Rahmen der Auseinandersetzung mit oder ohne Spitzenausgleich real geteilt wird.

Überreicht durch:

Mandantenbrief

- neueste Informationen -

Aus Gesetzgebung, Rechtsprechung und Praxis

 Oktober 2011

A. Aus der Gesetzgebung

Die Änderung des § 522 II u. III ZPO

I. Allgemeines

Nach der zum 01.01.2002 in Kraft getretenen ZPO-Reform vom 27.07.2001 sind die **Berufungsgerichte** nach § 522 II u. III ZPO verpflichtet, eine Berufung unabhängig vom Streitwert und ohne mündliche Verhandlung **durch einstimmigen und vor allem unanfechtbaren Beschluss zurückzuweisen, wenn** sie davon überzeugt sind, dass

- die Berufung **keine Aussicht auf Erfolg** hat,
- die Rechtssache **keine grundsätzliche Bedeutung** hat und
- die **Fortbildung des Rechts** oder die **Sicherung einer einheitlichen Rspr.** eine **Entscheidung des Berufungsgerichts nicht erfordert.**

Mit Blick auf das verfassungsrechtlich normierte Gebot effektiven Rechtsschutz (Art. 19 IV GG) ist somit nach geltendem Recht in der 2. Instanz Schluss, auch wenn es in der Sache um große Summen geht. Ziel dieser Regelungen waren vor allem eine beabsichtigte Verfahrensbeschleunigung sowie die Schaffung eines Instruments, um der missbräuchlichen Einlegung von Berufungen zum Zwecke der Prozessverschleppung zu begegnen.

In der **Praxis** zeigte sich, dass die Berufungsgerichte die aktuelle **Vorschrift des § 522 ZPO** trotz ihres zwingenden Wortlauts **sehr unterschiedlich anwandten** und so eine **"Zersplitterung" der Zivilrechtspflege drohte**, die sowohl unter dem Gesichtspunkt des Rechtsschutzes als auch unter Vertrauensschutzgesichtspunkten bedenklich und problematisch angesehen wurde.

Der Deutsche Bundesrat hat daher am 23.09.2011 das Gesetz zur Einführung eines Rechtsmittels gegen Zurückweisungsbeschlüsse von Berufungsgerichten, das bereits am 07.07.2011 vom Bundestag beschlossen worden war, erwartungsgemäß gebilligt.

II. Die Neuregelungen im Überblick

- Künftig sind die - nach wie vor möglichen - **Zurückweisungsbeschlüsse** nach § 522 II ZPO **in gleicher Weise anfechtbar wie Berufungsurteile.**
- **Ab einem Streitwert von 20.000 €** wird als statthaftes Rechtsmittel gegen einen Zurückweisungsbeschluss die **Nichtzulassungsbeschwerde zum BGH eingeführt.**
- Darüber hinaus schreibt das neue Gesetz fest, dass eine Zurückweisung nunmehr erfordert, dass die **Berufung offensichtlich ohne Aussicht auf Erfolg** ist.
- Zudem ist die Entscheidung, eine Berufung bei Vorliegen der entsprechenden Voraussetzungen durch einstimmigen Beschluss zurückzuweisen, nicht mehr zwingend, sondern vielmehr als **Soll-Vorschrift** ausgestaltet, sodass **zukünftig in der Berufungsinstanz sehr viel häufiger eine mündliche Verhandlung** stattfinden wird.
- In **Insolvenzverfahren** gibt es künftig **keine zulassungsfreie Rechtsbeschwerde mehr**, da **§ 7 InsO aufgehoben** wird, was zu einer Entlastung des für das Insolvenzrecht zuständigen IX. Zivilsenats des BGH führen wird.

- Schließlich wird auch das **Einführungsgesetz zur ZPO geändert**, indem die zunächst bloß vorübergehend in § 26 Nr. 8 EGZPO normierte **Wertgrenze von 20.000 €** für das Rechtsmittel der Nichtzulassungsbeschwerde im Revisionsrecht **um weitere 3 Jahre verlängert** wird, also bis zum 31.12.2014 gilt. In der Sache kann also nach wie vor eine Nichtzulassungsbeschwerde gegen die Entscheidung des Gerichts, die Revision nicht zuzulassen, nur dann erfolgreich eingelegt werden, wenn der Streitgegenstand 20.000 € übersteigt.

B. Aus der Rechtsprechung

BGB
§§ 346 IV, 347 I

Rückgewährschuldverhältnis
leicht fahrlässige Beschädigung der Sache

BGB

(OLG Frankfurt a. M. in MDR 2011, 976 = NJOZ 2011, 878; Beschluss vom 17.06.2010 – 4 W 12/10)

Der **zum Rücktritt vom Vertrag Berechtigte hat für** eine von ihm **leicht fahrlässig verursachte Verschlechterung der zurückzugebenden Sache**, welche vor Kenntnis vom gesetzlichen Rücktrittsgrund erfolgt ist, **nicht einzustehen**.

- I. Weist im Fall der Rückabwicklung eines Kaufvertrags nach den §§ 346 ff. BGB die zurückzugebende Kaufsache einen Schaden auf, so kann der Rücktrittsgegner (Verkäufer) **allein unter den Voraussetzungen des § 346 IV i. V. mit § 280 I BGB Schadensersatz wegen der Verschlechterung der Kaufsache** verlangen. Ein solcher Ersatzanspruch setzt jedoch voraus, dass die **Beschädigung auf einer vom Rücktrittsberechtigten zu vertretenden Pflichtverletzung beruht**.
- II. **Welche Pflichten den Rücktrittsberechtigten bei der Behandlung der Kaufsache treffen** und welcher Verschuldensmaßstab anzulegen ist, ist (auch) nach der Reform des Rücktrittsrechts durch das Schuldrechtsreformgesetz **Gegenstand lebhafter Diskussion** geblieben.

1. **Einigkeit besteht** – im Anschluss an die Vorstellungen des Gesetzgebers (Begründung des Regierungsentwurfes, BT-Dr 14/6040, S. 190, 195) – jedoch im Ergebnis darüber, dass **bei einem gesetzlichen Rücktrittsrecht den Rücktrittsberechtigten eine Haftung wegen nicht sorgfältigen Umgangs mit dem Leistungsgegenstand erst ab Kenntnis und Kennenmüssen vom Rücktrittsgrund** trifft (Bamberger/Roth/Grothe, § 346 Rn 61; Palandt/Grüneberg, BGB, 69. Aufl., § 346 Rn 18; Prütting/Wegen/Weinreich, BGB, 2. Aufl., § 346 Rn 26; Erman/Bezenberger, BGB, 12. Aufl., § 346 Rn 34: ab Rücktrittserklärung).

„Dieser Freistellung des Rücktrittsberechtigten von einer Haftung wegen unsorgfältigem Umgang mit dem Leistungsgegenstand liegt der Gedanke zu Grunde, dass bei einem gesetzlichen Rücktrittsrecht der Rücktrittsberechtigte bis zur Kenntnis vom Rücktrittsgrund davon ausgehen darf, dass die Sache endgültig in sein Vermögen gelangt ist und er keine Rücksicht auf die Belange eines anderen Vertragspartners zu nehmen braucht (vgl. Bamberger/Roth/Grothe, § 346 Rdnr. 61). Demnach kommt eine Haftung nur im Fall einer vorsätzlichen Beschädigung der eigenen Sache vor Kenntnis vom Rücktrittsgrund in Betracht kommen. Eine solche Haftung ist sachgerecht, weil eine vorsätzliche Missachtung der eigenen Sache durch den Berechtigten der Rücktrittsgegner nicht entschädigungslos hinzunehmen braucht.“ (OLG Frankfurt a. M.)

2. Zwar ist **umstritten, ob die Haftung deswegen nicht bestehe, weil es vor Kenntnis vom Rücktrittsgrund bereits an einer Pflicht zum sorgsamem Umgang fehle** (Bamberger/Roth/Grothe, § 346 Rn 61; Erman/Bezenberger, § 346 Rn 34; Schwab JuS 2002, 630) oder lediglich das Vertretenmüssen i. S. der §§ 280 I 2, 276 BGB zu verneinen sei (Palandt/Grüneberg, § 346 Rn 15, 18; Prütting/Wegen/Weinreich, § 346 Rn 26).

Diese Frage kann hier jedoch dahin gestellt bleiben, denn **Auswirkungen hat der unterschiedliche Ansatzpunkt lediglich für die Darlegungs- und Beweislast**: Während die Pflichtverletzung vom Gläubiger des Ersatzanspruchs nach §§ 346 IV, 280 I BGB zu beweisen ist, muss der Rückgewährschuldner nach § 280 I 2 BGB darlegen und beweisen, dass er die Pflichtverletzung nicht zu vertreten hat (OLG Frankfurt a. M.).

BGB
§§ 713, 670

Aufwendungsersatzanspruch eines GbR-Gesellschafters
vor Auseinandersetzung

BGB

(BGH in DStR 2011, 827; Urteil vom 22.02.2011 – II ZR 158/09)

Bereits **vor der Auseinandersetzung einer GbR kann jeder Gesellschafter** die von ihm gemachten **Aufwendungen**, die er den Umständen nach für erforderlich halten durfte, **von der Gesellschaft ersetzt verlangen oder**, wenn der Gesellschaft selbst keine freien Mittel zur Verfügung stehen, die **Mitgesellschafter auf Aufwendungsersatz** – beschränkt auf deren Verlustanteil – **in Anspruch nehmen**.

- I. Zwar richtet sich der **durch §§ 713, 670 BGB begründete Ersatzanspruch** gegen die Gesellschaft als solche und ist somit aus deren Vermögen zu begleichen. Der Gesellschafter kann allerdings **gegen seine Mitgesellschafter** beschränkt auf deren Verlustanteil – **Rückgriff nehmen, wenn er aus der Gesellschaftskasse keinen Ausgleich erlangen kann** (BGH NJW 1980, 339; BGH DStR 2002, 319).

Diese Voraussetzung ist nicht erst gegeben, wenn die Zwangsvollstreckung in das Gesellschaftsvermögen aussichtslos wäre. Es **genügt** vielmehr, **dass der Gesellschaft freie Mittel nicht zur Verfügung stehen**.

- II. Der **Aufwendungsersatzanspruch** des GbR-Gesellschafters aus §§ 713, 670 BGB **unterliegt auch keiner Durchsetzungssperre**.

„Zwar würde die Auflösung der Gesellschaft dazu führen, dass die Gesellschafter die ihnen gegen die Gesellschaft und die Mitgesellschafter zustehenden Ansprüche nicht mehr selbständig im Wege der Leistungsklage durchsetzen könnten, diese Ansprüche vielmehr als **unselbständige Rechnungsposten in die Schlussrechnung aufzunehmen** wären (st. Rspr., vgl. nur BGH DSiR 2006, 1238 m. w. Nachw.).“ (BGH aaO)

BGB
§§ 249 II, 823

Nutzungsausfallentschädigung Fahrrad

BGB

(LG Lübeck in NJW-aktuell 40/2011, 10; Urteil vom 08.07.2011 – 1 S 16/11)

- I. Ob eine Nutzungsausfallentschädigung bei Beschädigung eines Fahrrades verlangt werden kann, ist in der Rspr. umstritten.

Die Rspr. zur Nutzungsausfallentschädigung ist zunächst für die Fälle der entgangenen Nutzungsmöglichkeit bei einem Kfz entwickelt worden. Sie beruht auf der Erwägung, dass der auf einen Mietwagen verzichtende vorsichtige und sparsame Eigentümer nicht schlechter gestellt werden soll als derjenige, der einen Ersatzwagen anmietet. Voraussetzung für die Ersatzpflicht ist ein Verlust der Möglichkeit, mithin eine fühlbare Beeinträchtigung der Nutzung. Daher sind das Bestehen eines Nutzungswillens und einer Nutzungsmöglichkeit erforderlich (Palandt, BGB, § 249, Rn 40-42).

Diese Rspr., wonach der Verlust von Gebrauchsvorteilen einer Sache unter bestimmten Voraussetzungen einen ersatzfähigen Vermögensschaden darstellen kann, ist auf weitere Gebrauchsgegenstände ausgedehnt worden: Der Gr. Zivilsenat des BGH (NJW 1987, 50) hat entschieden, dass ein Nutzungsausfall dann als ein zu ersetzender Vermögensschaden anzusehen ist, wenn es sich um einen Gegenstand handelt, auf dessen ständige Verfügbarkeit der Berechtigte für die eigenwirtschaftliche Lebenshaltung typischerweise angewiesen ist.

- II. Unter Zugrundelegung dieser Rspr. folgt LG Lübeck aaO der Auffassung, dass auch der Verlust der Nutzungsmöglichkeit eines Fahrrades als ersatzfähiger Vermögensschaden anzusehen ist (so auch KG NJW-RR 1993, 1438), wenn Fahrräder etwa regelmäßig für den Weg zur Arbeit genutzt werden.

„In diesen Fällen ist die Voraussetzung, dass der Berechtigte auf die ständige Verfügbarkeit typischerweise angewiesen ist, grds. erfüllt. Ein Grund, der es rechtfertigen würde, denjenigen, dessen für den Weg zur Arbeitsstätte genutzter Pkw beschädigt wird, anders zu behandeln als denjenigen, dessen für den Weg zur Arbeit genutztes Fahrrad beschädigt wird, besteht nicht.

Die regelmäßigen Voraussetzungen für die Zahlung einer Nutzungsausfallentschädigung liegen im vorliegenden Fall vor: Aufgrund des Unfalls war das Fahrrad des Kl. derart beschädigt, dass er es nicht mehr nutzen konnte. Er selbst war in der Zeit nach dem Unfall in der Lage, Fahrrad zu fahren und hätte das Fahrrad nach eigenem, unbestrittenem Vortrag während dieser Zeit für den täglichen Weg zur Arbeit genutzt.“ (LG Lübeck aaO)

BGB
§ 309 Nr. 7a u. b, 323 II Nr. 3

Internetformular Vorliegen von AGB

BGB

(OLG Oldenburg in MMR 2011, 656; Urteil vom 27.05.2011 – 6 U 14/11)

Bei einem aus dem Internet heruntergeladenen Vertragsformular handelt es sich um AGB, die für eine mehrfache Verwendung vorformuliert sind.

„Bei dem Kaufvertrag handelt es sich um AGB, auch wenn das – aus dem Internet „heruntergeladene“ – Formular von dem Verwender nur einmal verwendet worden sein sollte, denn es reicht aus, wenn die Geschäftsbedingungen von einem Dritten für mehrfache Verwendung formuliert worden sind (vgl. Palandt/Grüneberg, BGB, 70. Aufl. 2011, § 309 Rn 9).

Der Bekl. war auch Verwender der AGB, weil er diese i.S.d. § 305 Abs. 1 BGB gestellt hat. Dass der Kl. mit der Verwendung einverstanden war, wie der Bekl. nunmehr hervorhebt, ändert nichts daran, dass der Bekl. das Formular als Vertragsgrundlage eingeführt hat.“ (OLG Oldenburg aaO)

BGB
§ 498 S. 1 Nr. 2

Darlehenskündigung wirksam auch ohne Kündigungsandrohung

BGB

(OLG Schleswig in MDR 2011, 1124; Beschluss vom 17.06.2011 – 5 U 34/11)

Eine Fristsetzung mit Kündigungsandrohung ist sinnlos und deshalb entbehrlich, wenn sich der Darlehensnehmer ernsthaft und endgültig geweigert hat, auf das Darlehen weitere Leistungen zu erbringen. In einem solchen Fall ist die Forderung, die Vorschrift des § 498 S. 1 Nr. 2 BGB (entsprechend § 12 I Nr. 2 VerbrKrG a. F.) einzuhalten, eine nutzlose, durch nichts zu rechtfertigende Förmerei.

„Gem. § 498 S. 1 Nr. 2 BGB kann der Darlehensgeber einen Verbraucherdarlehensvertrag nur kündigen, wenn er dem Darlehensnehmer erfolglos eine zweiwöchige Frist zur Zahlung des rückständigen Betrages mit der Erklärung gesetzt hat, dass er bei Nichtzahlung innerhalb der Frist die gesamte Restschuld verlange. Eine Fristsetzung mit Kündigungsandrohung ist sinnlos und deshalb entbehrlich, wenn sich der Darlehensnehmer ernsthaft und endgültig geweigert hat, auf das Darlehen weitere Leistungen zu erbringen. In einem solchen Fall ist die Forderung, die Vorschrift des § 498 S. 1 Nr. 2 BGB (entsprechend § 12 I VerbrKrG a. F.) einzuhalten, eine nutzlose, durch nichts zu rechtfertigende Förmerei (vgl. BGH WM 2007, 440; OLG Düsseldorf WM 1995, 1530; Schimansky/Bunte/Lwowski, Bankrechtshandbuch, 2. Aufl., § 81 Rn 218; a. A. MüKo-BGB/Schürnbrand, § 498 Rn 17; OLG Celle WM 2007, 71m. w. Nachw.).

Der für das Bankrecht zuständige 11. Zivilsenat des BGH hat die juristisch umstrittene Frage, ob eine Fristsetzung mit Kündigungsandrohung gem. § 498 S. 1 Nr. 2 BGB ausnahmsweise dann entbehrlich ist, wenn der Darlehensnehmer die Leistung ernsthaft und endgültig verweigert, bereits höchstrichterlich entschieden (vgl. BGH WM 2007, 440). Die entgegenstehende Rspr. anderer Obergerichte (z.B. OLG Celle WM 2007, 71) ist damit überholt.“ (OLG Schleswig aaO)

ZPO
§§ 103 ff.**Kostenerstattungsanspruch
Fahrkosten einer Prozesspartei**

ZPO

(LAG Nürnberg in ZAP 2011, 778 = NZA-RR 2011, 101; Beschluss vom 12.11.2010 – 4 Ta 145/10)

Werden einer Partei, der Prozesskostenhilfe bewilligt worden ist und die im Rechtsstreit obsiegt hat, Fahrkosten zur Wahrnehmung eines Termins, zu dem sie persönlich geladen worden ist, nicht aus der Staatskasse erstattet, kann sie diese Kosten gegenüber dem unterlegenen Prozessgegner gem. §§ 103 ff. ZPO festsetzen lassen.

„Die Kosten, die dem Kl. durch die persönliche Teilnahme an der [mündlichen Verhandlung] entstanden sind, stellen notwendige Kosten einer zweckentsprechenden Rechtsverfolgung i. S. des § 91 I 1 ZPO dar.

Das Erstgericht hatte eine Erstattung der Fahrkosten aus der Staatskasse – entgegen der Rechtsansicht des LAG Schleswig-Holstein (BeckRS 2009, 60186), der auch die Beschwerdekammer zuneigt – nämlich zuvor abgelehnt und den Kl. gerade auf das Verfahren nach den §§ 103 ff. ZPO verwiesen.

Insoweit verhält sich das Erstgericht nicht nur widersprüchlich, sondern verkennt auch den Regelungsgehalt des § 59 RVG, der nur einen Forderungsübergang auf die Staatskasse hinsichtlich der Ansprüche vorsieht, die zuvor im Rahmen der bewilligten PKH aus der Staatskasse befriedigt worden sind. An einer solchen Konstellation fehlt es im vorliegenden Fall nach der zuvor erfolgten Ablehnung einer Fahrkostenerstattung aus der Staatskasse.“ (LAG Nürnberg aaO)

EStG
§ 9 I 3 Nr. 4**Arbeitsstätte eines Außendienstmitarbeiters
unregelmäßig aufgesuchter Betriebssitz**

SteuerR

(BFH in DB 2011, 1894 = DStR 2011, 1655; Urteil vom 09.06.2011 – VI R 58/09)

I. Der **Betriebssitz** des Arbeitgebers, den der Arbeitnehmer zwar regelmäßig, aber **lediglich zu Kontrollzwecken aufsucht**, ohne dort seiner eigentlichen beruflichen Tätigkeit nachzugehen, ist **nicht eine regelmäßige Arbeitsstätte** i. S. des § 9 I 3 Nr. 4 EStG.

1. **Arbeitsstätte i. S. des § 8 II 3 EStG** ist die i. S. des § 9 I 3 Nr. 4 EStG: Dies ist jede **ortsfeste dauerhafte betriebliche Einrichtung des Arbeitgebers**, der der Arbeitnehmer zugeordnet ist und die er nicht nur gelegentlich, sondern **mit einer gewissen Nachhaltigkeit**, d. h. **fortdauernd und immer wieder aufsucht**.

Auf diese **mit den immer gleichen Wegen verbundene Arbeitsstätte** kann sich der Arbeitnehmer in unterschiedlicher Weise einstellen und so insbes. auch auf eine Minderung der Wegekosten hinwirken, etwa durch Bildung von Fahrgemeinschaften, Nutzung öffentlicher Verkehrsmittel und ggf. durch entsprechende Wohnsitznahme (st. Rspr., zuletzt BFHE 230, 533 = DStR 2010, 2392 m. w. Nachw.).

2. **Arbeitsstätte i. d. S. ist** allerdings **nicht jeder beliebige Tätigkeitsort**, sondern **der Ort, an dem der Arbeitnehmer** typischerweise seine **Arbeitsleistung im Schwerpunkt zu erbringen hat** (BFHE 199, 329 = DStR 2002, 1942). Dies wird regelmäßig der Betrieb oder eine Betriebsstätte des Arbeitgebers sein.

„Der erk. Senat hatte schon früher entschieden, dass es für die Annahme einer Arbeitsstätte nicht ausreicht, wenn zahlreiche Tätigkeitsstätten im zeitlichen Abstand immer wieder aufgesucht werden, sondern dass auch eine gewisse zeitliche Nachhaltigkeit und Dauerhaftigkeit in der Tätigkeit an diesen Orten erforderlich sei (BFHE 173, 179 = DStR 1994, 459, zu § 9 I 3 Nr. 4 EStG). Daran ist festzuhalten.

*Soweit dort allerdings entschieden wurde, dass es ohne Belang sei, in welchem zeitlichen Umfang der Arbeitnehmer an der regelmäßigen Arbeitsstätte beruflich tätig werde (zuletzt BFHE 209, 523 = DStRE 2005, 996), hält der Senat daran nicht weiter fest. Für die regelmäßige Arbeitsstätte ist vielmehr entscheidend, wo sich der **ortsgebundene Mittelpunkt der beruflichen Tätigkeit** eines Arbeitnehmers befindet. Dort liegt die eine regelmäßige Arbeitsstätte, die ein Arbeitnehmer nur haben kann (vgl. BFH DStR 2011, 1609). Dieser Mittelpunkt der dauerhaft angelegten beruflichen Tätigkeit bestimmt sich nach den qualitativen Merkmalen einer wie auch immer gearteten Arbeitsleistung, die der Arbeitnehmer an dieser Arbeitsstätte im Einzelnen wahrnimmt oder wahrzunehmen hat sowie nach dem konkreten Gewicht dieser dort verrichteten Tätigkeit.“ (BFH aaO)*

3. Angesichts dessen liegt die regelmäßige Arbeitsstätte am Betriebssitz des Arbeitgebers oder an einer sonstigen ortsfesten dauerhaften betrieblichen Einrichtung, welcher der Arbeitnehmer zugeordnet ist, wenn er diesen **Ort nicht nur gelegentlich, sondern mit einer gewissen Nachhaltigkeit**, d. h. **fortdauernd und immer wieder aufsucht** und dort **schwerpunktmäßig tätig** wird.

Dagegen genügt allein der Umstand, dass ein Arbeitnehmer den Betriebssitz oder sonstige Einrichtungen des Arbeitgebers mit einer gewissen Nachhaltigkeit aufsucht, für sich betrachtet nicht, um eine regelmäßige Arbeitsstätte zu begründen (so aber noch BFHE 207, 225 = DStR 2004, 1741, für den Heimatflughafen einer Flugbegleiterin).

*„Nach diesen Rechtsgrundsätzen erfüllt der Betriebssitz der KG für den Kl. nicht die Voraussetzungen einer Arbeitsstätte i. S. des § 9 I 3 Nr. 4 EStG. Denn der Kl. war am Betriebssitz seines Arbeitgebers nicht in einer Weise tätig, die es rechtfertigt, diesen Tätigkeitsort als die (regelmäßige) Arbeitsstätte i. S. des § 9 I 3 Nr. 4 EStG zu qualifizieren. Nach den Feststellungen des FG hat der Kl. die **Betriebsstätte lediglich zu Kontrollzwecken aufgesucht**, war **dort ansonsten beruflich nicht tätig** und hatte dort auch **keinen eingerichteten Arbeitsplatz** zur Verfügung. Es genügt nach der insoweit geänderten Rspr. des Senats nicht, wenn der Arbeitnehmer den Betriebssitz seines Arbeitgebers allein zu Kontrollzwecken aufsucht, aber seiner eigentlichen Tätigkeit außerhalb des Betriebssitzes nachgeht. Von einer solchen außerhalb des Betriebssitzes ausgeübten Tätigkeit war im Streitfall bei dem als Außendienstmitarbeiter beschäftigten Kl. auszugehen.“ (BFH aaO)*

II. **Konsequenz:** Nutzt der Arbeitnehmer den ihm überlassenen Dienstwagen **für Fahrten zum Betriebssitz** seines Arbeitgebers, der nicht die regelmäßige Arbeitsstätte ist, so **steht ihm dafür die Entfernungspauschale nicht zu**. Werbungskosten nach § 9 I 1 EStG kann er nur abziehen, soweit ihm dafür Aufwendungen entstehen.

Protokolle für die mündliche Prüfung

Warum Prüfungsprotokolle?

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

Wie läuft das ab?

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

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

Was können Sie sonst noch tun?

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

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

Was kostet das?

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

Zahlung nur im Voraus oder bei Abholung

