



ZEITSCHRIFTENAUSWERTUNG (ZA)

Zeitschrift für Jurastudium und Ausbildung

39. Jahrg.

Juni 2014

Heft 06

Aus dem Inhalt

- BGH:** Vorsätzliche sittenwidrige Schädigung
- BGH:** Schlossaustauschkosten bei Schlüsselverlust durch Mieter
- BGH:** Versuchsbeginn beim "Skimming"
- BVerfG:** Durchsuchung zum Zwecke der Strafverfolgung
- BGH:** Abweichung von richterlichem Hinweis
- OLG Karlsruhe:** Folgewirkungen bei Verständigung in Berufungsinstanz
- BVerwG:** Präklusion von Einwendungen im Normenkontrollverfahren



Impressum:

Verlag und Redaktion:

Juristischer Verlag Juridicus GbR
Hiberniastraße 6
45879 Gelsenkirchen

Tel.: 0209 / 945 806 –35

Fax: 0209 / 945 806 – 50

info@juridicus.de

www.juridicus.de

Verantwortliche Redakteure:

Silke Wollburg, Hiberniastraße 6, 45879 Gelsenkirchen

Britta Wegner, Hiberniastraße 6, 45879 Gelsenkirchen

Urheber und Verlagsrechte:

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

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

Erscheinungsweise: monatlich

Bezugspreis: vierteljährlich 17,40 € (3 Hefte), inkl. Versandkosten

Zahlung quartalsweise im Voraus

Inhalt

Aus der Gesetzgebung

Die Förderung des elektronischen Rechtsverkehrs.....	1
--	---

Brandaktuell

BGH: Ausschluss des Rücktritts wegen Geringfügigkeit (Mängelbeseitigungskosten weniger als 5 % des Kaufpreises).....	2
---	---

Zivilrecht

OLG Karlsruhe: Zurechnung der Betriebsgefahr (zu Lasten des Eigentümers ohne Haltereigenschaft).....	3
BGH: Rückforderung wegen ungerechtfertigter Bereicherung (Bösgläubigkeit des Wissensvertreters).....	6

Strafrecht

BGH: Fälschung von Zahlungskarten mit Garantiefunktion (Versuchsbeginn beim „Skimming“).....	10
OLG Köln: Betrug (Versendung rechtsmissbräuchlicher Abmahnungen).....	13

Öffentl. Recht

OLG Karlsruhe: Enteignungsgleicher Eingriff (Haftung des Staates für „feindliches Grün“).....	16
BVerfG: Behördliche Vaterschaftsanfechtung (Nichtigkeit der Regelung).....	19

Kurzauslese I

BGH: Kaufrechtlicher Nacherfüllungsanspruch (Sachverständigenkosten zur Vorbereitung eines Gewährleistungsanspruchs)....	23
BGH: Kauf-/Werklieferungsvertrag (Abgrenzung).....	24
BGH: Aufrechnung (Anspruch gegen die Gesellschafter bei Klage der GbR).....	24
OLG Celle: Dauerwohnrecht (Zulässigkeit einer zeitlichen Befristung).....	25
OLG Hamm: Diebstahl/Computerbetrug (Abgrenzung).....	25
BGH: Gefährliche / Schwere Körperverletzung (Tateinheit).....	26
OLG Köln: Urkundenfälschung (Herstellung eines falschen digitalen Ablieferbelegs).....	26
OVG Münster: Ehrenamtlicher Richter (Ausschluss eines Fraktionsmitarbeiters).....	26
OVG Münster: Untersuchungsaufforderung (Verwaltungsaktqualität).....	27
OVG Lüneburg: Anforderung öffentlicher Abgaben und Kosten (Forderung von Schadensersatz durch Leistungsbescheid).....	27

Zivilrecht

BAG:	Änderungsschutzklage (Auflösungsantrag des Arbeitnehmers).....	28
OLG Brandenburg:	Anforderungen an richterliche Hinweispflicht (bei unzureichend substantiiertem Klagevorbringen).....	32

Strafrecht

OLG Karlsruhe:	Verständigung in Berufungsinstanz (Folgewirkungen).....	35
----------------	--	----

Öffentl. Recht

VGH Mannheim:	Wiederaufgreifen des Verfahrens (Hinderung ohne grobes Verschulden und Unerträglichkeit).....	37
OVG Münster:	Vollstreckung gegen mittellosen Schuldner (Verhängung von Zwangsgeld).....	40

Kurzauslese II

KG:	Befangenheitsantrag (Ablehnung eines vom gegnerischen Anwalt vertretenen Richters).....	43
BGH:	Berücksichtigung verspäteten Vorbringens (verspätete Ausübung eines Schriftsatzrechts nach richterlichem Hinweis).....	43
OLG Köln:	Verfahrensbeendigung (Nichtzahlung des angeforderten Gerichtskostenvorschusses).....	43
BGH:	Rechtsbeschwerdezulassung (keine Zulassung durch Beifügung einer Rechtsmittelbelehrung).....	44
BGH:	Zustellungsmangel (Heilung).....	44
BGH:	Verständigung (Information über Bewährungsauflagen).....	44
OLG Karlsruhe:	Strafantragsrecht (Betreuer).....	45
KG:	Verfahrenseinstellung (gerichtliche Mitteilungspflicht).....	45
OLG Brandenburg:	Rechtsmitteleinlegungsfrist (Fristbeginn).....	46
VGH Mannheim:	Widerspruchsverfahren (Auslegung eines Widerspruchsschreibens).....	46
BVerwG:	Parteiöffentlichkeit (Ortstermin eines Sachverständigen).....	47
VGH Mannheim:	Einstweilige Einstellung der Zwangsvollstreckung (Rechtsmittelausschluss).....	47

Weitere Schrifttumsnachweise	48
---	----

Übersicht:	Rechtmäßigkeit der Verwaltungsvollstreckung im gestreckten Verfahren.....	52
-------------------	---	----

Aus der mdl. Prüfung

Referendarprüfung:	Strafrecht.....	53
Assessorprüfung:	Zivilrecht.....	54

Aus der Gesetzgebung

Die Förderung des elektronischen Rechtsverkehrs

Gesetz zur Förderung des elektronischen Rechtsverkehrs mit den Gerichten vom 10.10.2013 (BGBl I, S. 3786); In-Kraft-Treten am 01.01.2018

I. Allgemeines

Das Gesetz zur Förderung des elektronischen Rechtsverkehrs mit den Gerichten ist am 16.10.2013 im Bundesgesetzblatt verkündet worden. Durch die **Neuregelung in der ZPO und in den anderen Verfahrensordnungen** können vorbereitende **Schriftsätze und deren Anlagen ab dem 01.01.2018 nur noch als elektronische Dokumente bei Gericht eingereicht werden**. Diese elektronischen Zugangswege wurden ebenso in das ArbGG, die FGG, das SGG, die VwGO und in die FGO eingeführt. Ausgenommen von der elektronischen Einreichung sind lediglich die Verfassungs- und die Strafgerichtsbarkeit.

II. Die wichtigsten Neuregelungen im Überblick

Gem. **§ 130a ZPO-neu** können ab 2018 elektronische Dokumente dann entweder - wie bereits nach der derzeit geltenden Fassung des § 130a ZPO - **qualifiziert elektronisch signiert** oder über einen „**sicheren Übermittlungsweg**“ bei Gericht eingereicht werden. Ein solcher Übermittlungsweg ist das besondere **elektronische Anwaltspostfach**.

Das Gesetz verpflichtet daher die BRAK gem. § 31a BRAO, zum 01.01.2016 für jeden Rechtsanwalt und jede Rechtsanwältin ein besonderes elektronisches Anwaltspostfach einzurichten, über das zukünftig die elektronische Kommunikation von Anwälten abgewickelt wird.

Spätestens ab dem **01.01.2022** wird die elektronische Einreichung von Schriftsätzen und Anlagen dann für die Anwaltschaft verpflichtend sein; die händische Einreichung wird unzulässig. Von dieser Regelung **ausgenommen sind nur Urkunden in Urkundenverfahren**. Das Gesetz sieht vor, dass jede Landesjustizverwaltung den verpflichtenden elektronischen Rechtsverkehr separat auf den 01.01.2020 oder auf den 01.01.2021 vorverlegen kann (sog. „Opt In“). Dies ist jedoch nur dann zulässig, wenn allen Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälten die Nutzung des besonderen elektronischen Anwaltspostfachs bzw. der anderen elektronischen Versandmöglichkeiten mindestens zwei Jahre lang vorher freiwillig ermöglicht wurde. Sofern die Landesregierungen von der Möglichkeit des „Opt-Out“ Gebrauch gemacht haben, kann ein Inkrafttreten der verpflichtenden Benutzung nur zum 01.01.2021 erfolgen.

Eine **händische Einreichung** bleibt **ausnahmsweise** auch nach dem 01.01.2022 für die Anwaltschaft **zulässig, wenn der elektronische Versand vorübergehend aus technischen Gründen nicht möglich** ist. Die Unmöglichkeit des Versandes muss dann jedoch unverzüglich glaubhaft zu machen.

Zudem wird durch das Gesetz **ab dem 01.01.2016** ein **zentrales, länderübergreifendes elektronisches Schutzschriftenregister** eingeführt (§ 945a ZPO-neu).

Brandaktuell

BGB
§ 823 I

Ausschluss des Rücktritts wegen Geringfügigkeit Mängelbeseitigungskosten weniger als 5 % des Kaufpreises

BGB

(BGH in Pressemitteilung Nr. 87/14 vom 28.05.2014, Urteil vom 28.5.2014 - VIII ZR 94/13)

1. Bei einem behebbaren Sachmangel ist die Erheblichkeitsschwelle des § 323 V 2 BGB im Rahmen der auf der Grundlage der Einzelfallumstände vorzunehmenden Interessenabwägung in der Regel bereits dann erreicht ist, wenn der **Mängelbeseitigungsaufwand** einen Betrag von **fünf Prozent des Kaufpreises überschreitet**.
2. Von einem **geringfügigen Mangel**, der zwar den Rücktritt, nicht aber die übrigen Gewährleistungsrechte ausschließt, kann hingegen in der Regel noch gesprochen werden, wenn der Mängelbeseitigungsaufwand die vorgenannte **flexible Schwelle von fünf Prozent des Kaufpreises nicht übersteigt**.

Fall: Der Kläger begehrt von dem beklagten Autohaus die Rückabwicklung eines Kaufvertrags über einen zum Preis von 29.953 € erworbenen Neuwagen. Nach der Übergabe des Fahrzeugs machte er verschiedene Mängel geltend, unter anderem Fehlfunktionen des akustischen Signals und das völlige Fehlen des optischen Signals der Einparkhilfe. Wegen der Mängel suchte er wiederholt das Autohaus der Beklagten und eine andere Vertragswerkstatt auf und setzte schließlich – erfolglos – in Bezug auf einige Mängel, darunter die Mängel an der Einparkhilfe, eine letzte Frist zur Mängelbeseitigung. Die Beklagte teilte dem Kläger hierauf schriftlich mit, die Einparkhilfe funktioniere nach einem vorangegangenen Nachbesserungsversuch einwandfrei und entspreche dem Stand der Technik. Der Kläger erklärte daraufhin den Rücktritt vom Kaufvertrag. Mit seiner Klage begehrt er die Rückzahlung des Kaufpreises abzüglich einer Nutzungsentschädigung, insgesamt 27.257,23 €.

Das Landgericht hat die Klage nach Einholung eines Sachverständigengutachtens abgewiesen. Die hiergegen gerichtete Berufung des Klägers hat keinen Erfolg gehabt. Das Berufungsgericht hat unter Zugrundelegung des Sachverständigengutachtens festgestellt, das Fahrzeug sei insoweit mangelhaft, als die Sensoren der Einparkhilfe in falscher Höhe und mit falschem Abstand zueinander eingebaut seien, was dazu führe, dass die Einparkhilfe immer wieder Warnsignale ohne erkennbares Hindernis abgebe. Der Mängelbeseitigungsaufwand betrage gemäß dem Gutachten des Sachverständigen 1.958,85 €. Ist der Rücktritt des Klägers wirksam?

Die Rücktrittsvoraussetzungen nach §§ 437 Nr. 2, 440, 323 BGB liegen grundsätzlich vor, da die Kaufsache bei Gefahrübergang mangelhaft war und die Nacherfüllung fehlgeschlagen ist. Allerdings könnte der Rücktritt nach §§ 440, 323 V 2 BGB ausgeschlossen sein. Danach ist ein Rücktritt ausgeschlossen, wenn die in der Mangelhaftigkeit der Kaufsache liegende Pflichtverletzung unerheblich, der Mangel also geringfügig ist. Fraglich ist, ob dies hier angenommen werden kann.

*„Der unter anderem für das Kaufrecht zuständige VIII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat entschieden, dass bei einem **behebbaeren Sachmangel** die **Erheblichkeitsschwelle** des § 323 V 2 BGB im Rahmen der auf der Grundlage der Einzelfallumstände vorzunehmenden Interessenabwägung in der Regel bereits dann erreicht ist, wenn der **Mängelbeseitigungsaufwand** einen Betrag von **fünf Prozent des Kaufpreises überschreitet**. Von einem geringfügigen Mangel, der zwar den Rücktritt, nicht aber die übrigen Gewährleistungsrechte ausschließt, kann hingegen in der Regel noch gesprochen werden, wenn der Mängelbeseitigungsaufwand die vorgenannte flexible Schwelle von fünf Prozent des Kaufpreises nicht übersteigt. Eine generelle Erhöhung der Erheblichkeitsschwelle über diesen Prozentsatz hinaus ist mit dem durch den Gesetzeswortlaut und durch die Gesetzesmaterialien klar zum Ausdruck gebrachten Willen des Gesetzgebers, dem Sinn und Zweck des § 323 Abs. 5 Satz 2 BGB sowie der Systematik der Rechte des Käufers bei Sachmängeln nicht zu vereinbaren. Die Erheblichkeitsschwelle von (nur) fünf Prozent des Kaufpreises steht im Einklang mit den Vorgaben der EU-Verbrauchsgüterkaufrichtlinie.“* (BGH aaO)

Da im vorliegenden Fall bereits für die Beseitigung der festgestellten Fehlfunktion der Einparkhilfe ein die oben genannte Erheblichkeitsschwelle übersteigender Aufwand in Höhe von **6,5 Prozent des Kaufpreises** erforderlich ist und keine besonderen Umstände vorliegen, die es rechtfertigten, den Mangel gleichwohl ausnahmsweise als unerheblich anzusehen, ist der vom Kläger erklärte Rücktritt vom Kaufvertrag nicht gemäß § 323 V 2 BGB ausgeschlossen. Der Kläger kann daher die Rückabwicklung des Kaufvertrages verlangen.

Entscheidungen materielles RechtStVG
§ 7 I**Zurechnung der Betriebsgefahr
(nicht zu Lasten des Eigentümers ohne Haltereigenschaft)
(OLG Karlsruhe in NJW 2014, 1392; Urteil vom 02.12.2013 – 1 U 74/13)**

ZivilR

1. Ist der Eigentümer eines Kfz nicht zugleich dessen Halter, kann ihm die einfache Betriebsgefahr des Kfz weder auf einen Schadensersatzanspruch aus Delikt noch auf den Anspruch aus § 7 StVG entgegengehalten werden.
2. Ermächtigt der nicht haltende Eigentümer eines Kfz dessen Halter zur Geltendmachung von Schadensersatzansprüchen gegen einen Dritten wegen der Verletzung des Eigentums im eigenen Namen, so führt dies nicht dazu, dass der Dritte/Schädiger dem Halter gegen jene Ansprüche gem. § 17 II StVG die Betriebsgefahr entgegengehalten kann.

Fall: Die Kl. verlangt von den Bekl. im eigenen Namen Ersatz für den auf Grund eines Verkehrsunfalls entstandenen Sachschaden in Höhe von 6.894,67 EUR an dem von ihr von der C-GmbH geleasten Pkw. Am 12.09.2011 befuhr der Zeuge S gegen 17:35 Uhr mit seiner Tochter und seiner Ehefrau mit dem von der Kl. gemieteten Pkw Audi A6 die linke Spur der BAB 5 aus Frankfurt a. M. in Richtung Basel auf Höhe des Autobahndreiecks Karlsruhe mit einer Geschwindigkeit von ca. 160 km/h. Zur gleichen Zeit befuhr auch der Bekl. zu 2 mit seinem bei der Bekl. zu 1 haftpflichtversicherten Pkw Ford Mondeo die BAB 5 in derselben Fahrtrichtung. Kurz nach dem Autobahndreieck Karlsruhe kollidierte das klägerische Fahrzeug mit der Mittelleitplanke. Die Kl. trug insoweit vor, der Fahrer des Audi A6 sei dem Bekl. zu 2 ausgewichen, der sein Fahrzeug schnell und ohne Beachtung der in dieser Situation gebotenen besonderen Sorgfalt von der linken auf die rechte Fahrspur gezogen habe. Die Bekl. hingegen ist der Auffassung, dass sie wegen der der Kl. zuzurechnenden Betriebsgefahr lediglich auf eine Quote von 75 % hafte. Hat die Klage Aussicht auf Erfolg?

Die Klage hat Aussicht auf Erfolg, wenn sie zulässig und begründet ist.

I. Zulässigkeit der Klage

Die Klage ist zulässig, wenn die Prozess-, sowie die allgemeinen und besonderen Sachentscheidungs Voraussetzungen vorliegen.

Bedenken bestehen hier nur dahingehend, dass die Kl. in eigenem Namen einen Anspruch der C-GmbH geltend macht. Es handelt sich daher um einen **Fall der gewillkürten Prozessstandschaft**, die nur unter besonderen Voraussetzungen zulässig ist.

*„Die Prozessführungsbefugnis der Kl. hinsichtlich der Ansprüche aus dem Eigentum, die gem. § 56 I ZPO von **Amts wegen zu prüfen** ist, ergibt sich aus der von der Eigentümerin des unfallbeschädigten Fahrzeugs unter Bezugnahme auf den konkreten Schadensfall erteilten **Ermächtigung zur Geltendmachung der Schadensersatzansprüche** im eigenen Namen vom 04.02.2013.*

*Die **gewillkürte Prozessstandschaft** der Kl. ist zulässig, da die Kl. als Leasingnehmerin ein wirtschaftliches Interesse an der Durchsetzung der streitgegenständlichen Schadensersatzansprüche hat und von der Leasinggeberin auch ermächtigt wurde, diese Ansprüche durchzusetzen.*

Eine Benachteiligung der Bekl. auf Grund der Prozessstandschaft ist nicht ersichtlich. Insbesondere ist die Geltendmachung der Eigentumsansprüche der Leasinggeberin durch die Fahrzeughalterin auch unter Berücksichtigung dessen, dass die Bekl. diesen Ansprüchen etwaige Ansprüche aus der eigenen Gefährdungshaftung der Kl. nicht entgegenhalten können (s. u. II 2), für die Bekl. nicht nachteilig im Vergleich zu der Geltendmachung dieser Ansprüche durch die Eigentümerin selbst.“ (OLG Karlsruhe aaO)

II. Begründetheit der Klage

Die Klage ist begründet, wenn der Kl. der geltend gemachte Anspruch vollumfänglich zusteht.

1. Vorliegen der Anspruchsvoraussetzungen

Der von der Kl. geltend gemachte Anspruch der Leasinggeberin wegen Beschädigung deren Eigentums ergibt sich neben § 7 StVG auch aus § 823 I BGB, § 115 VVG.

*„Das LG hat sich auf Grund der durchgeführten Beweisaufnahme die Überzeugung gebildet, dass der Bekl. zu 2 durch den **Wechsel von einem der rechten auf den linken Fahrstreifen** der Autobahn das Bremsmanöver des Fahrers des klägerischen Fahrzeugs, das zu dessen Kollision mit der Leitplanke und zur **Be-***

schädigung des Fahrzeugs geführt hat, unter Verstoß gegen § 7 V 1 StVO schuldhaft verursacht hat.“ (OLG Karlsruhe aaO)

2. Höhe des Anspruchs

Fraglich ist jedoch, ob der Anspruch der Höhe nach zu reduzieren ist.

a) Mitverschulden

„Ein Mitverschulden des Fahrers des klägerischen Fahrzeugs wurde indes nicht festgestellt. Diese Beweiswürdigung und Tatsachenfeststellung lässt keine Rechtsverletzung erkennen und wird von der Berufung insoweit auch nicht angegriffen. Die Rechtswidrigkeit der Eigentumsverletzung wird nach gefestigter höchstrichterlicher Rechtsprechung durch die Rechtsgutsverletzung indiziert.“ (OLG Karlsruhe aaO)

b) Anrechnung der Betriebsgefahr

Möglicher Weise muss sich die Kl. aber die Betriebsgefahr des Fahrzeugs anrechnen lassen. Die Kl. war mit einer Geschwindigkeit von 160 km/h unterwegs. Sie hat die Autobahnrichtgeschwindigkeit von 130 km/h daher um 30 km/h überschritten. In solchen Fällen geht die Rechtsprechung von einer erhöhten Betriebsgefahr aus, welche eine Mithaftung des Geschädigten rechtfertigt (z.B. BGH NJW 1992, 1684; OLG Stuttgart NZV 2010, 346; OLG Hamm NZV 2011, 248; OLG Nürnberg NJW 2011, 1154).

Fraglich ist jedoch, ob der Leasinggeberin als Anspruchsinhaberin hier eine solche Betriebsgefahr zugerechnet werden kann.

aa) Anrechnung der Betriebsgefahr nach § 17 II StVG auf den Anspruch nach § 7 StVG

„§ 17 II StVG kommt nicht in Betracht, da diese Vorschrift die Haftungsverteilung der Halter untereinander regelt. Der BGH hat in der oben zitierten Entscheidung auch in Ansehung der Änderung des § 17 III 3 StVG durch das 2. Gesetz zur Änderung schadensersatzrechtlicher Vorschriften vom 19.07.2002 an seiner bisherigen Rechtsprechung festgehalten, die eine Erstreckung der Anwendung des § 17 StVG auf den Eigentümer, der nicht Halter ist, wegen des eindeutigen Wortlauts des § 17 I, II StVG ablehnt (vgl. BGHZ 173, 182 [186 f.] = NJW 2007, 3120; vgl. auch Wagner, Deliktsrecht, 12. Aufl. 2013, 224 Rn. 564). Mit der Gesetzesänderung sei vom Gesetzgeber ausweislich der Gesetzesmaterialien, aus denen ein Bewusstsein für das mögliche Auseinanderfallen von Halter- und Eigentümerstellung gerade beim Leasing hervorgehe, keine durchgehende Gleichstellung von Eigentümer und Halter, sondern nur für den geregelten Fall des unabwendbaren Ereignisses angestrebt worden.“ (OLG Karlsruhe aaO)

Eine Anrechnung nach § 17 II StVG kommt daher nur in Betracht, wenn die Anspruchsinhaberin als Leasinggeberin auch Halterin ist.

„Die Haltereigenschaft der Leasinggeberin ist jedoch vorliegend weder vorgetragen noch gibt es Anhaltspunkte hierfür. Bei üblicher Gestaltung des Leasingvertrags ist nach der ständigen Rechtsprechung des BGH der Leasingnehmer, nicht jedoch der Leasinggeber Halter des Leasingfahrzeugs (vgl. BGHZ 87, 133 [135 f.] = NJW 1983, 1492; BGH, NJW 1986, 1044 = VersR 1986, 169).“ (OLG Karlsruhe aaO)

bb) Anrechnung der Betriebsgefahr nach § 9 StVG auf den Anspruch nach § 823 I BGB

„Im Rahmen der deliktischen Haftung scheidet eine direkte Anwendung des § 9 StVG bereits daran, dass sich die Norm unmittelbar nur auf Ansprüche aus der straßenverkehrsrechtlichen Gefährdungshaftung, damit gerade nicht auf deliktische Schadensersatzansprüche bezieht (vgl. König in Hentschel/König/Dauer, Straßenverkehrsrecht, 42. Aufl. 2013, StVG, § 9 Rn. 17, 24 m.w.N.).“ (OLG Karlsruhe aaO)

Fraglich ist, ob eine analoge Anwendung des § 9 StVG in Betracht kommt. Dies setzt eine planwidrige Regelungslücke und eine vergleichbare Interessenlage voraus. Hier fehlt es aber schon an einer Regelungslücke.

„Die Haftungserweiterung des § 9 StVG gegenüber § 254 BGB durch die Zurechnung des Verschuldens dessen, der die tatsächliche Gewalt über die geschädigte Sache ausübt, dient gerade dem Ausgleich für die schärfere Gefährdungshaftung des Schädigers nach StVG gegenüber der Verschuldenshaftung des allgemeinen Deliktsrechts (vgl. BGHZ 173, 182 [186] = NJW 2007, 3120 und BGH, NJW 2013, 3235).“ (OLG Karlsruhe aaO)

cc) Anrechnung der Betriebsgefahr nach § 9 StVG auf den Anspruch nach § 7 StVG

Anwendbar ist § 9 StVG aber grundsätzlich auf den Anspruch nach § 7 StVG. Allerdings setzt § 9 StVG ein Verschulden voraus. Bei der Anrechnung der Betriebsgefahr geht es jedoch um eine verschuldensunabhängige Mithaftung.

„Eine entsprechende und verschuldensunabhängige Anwendung auf die mitwirkende Betriebsgefahr würde entgegen dem Haftungssystem des StVG, nach dem der Halter für das von ihm geschaffene Wagnis der Betriebsgefahr haftet, zur Zuweisung der Betriebsgefahr allein auf Grund des Eigentums und damit zu einer Erweiterung des Anwendungsbereichs des § 17 StVG führen. Dies hat der BGH aber bereits, wie oben im Rahmen der Prüfung des § 17 StVG als Zurechnungsnorm ausgeführt, auf Grund des klaren Wortlauts des Gesetzes eindeutig abgelehnt.

Zwar kann sich die Betriebsgefahr eines Kraftfahrzeugs nach ständiger Rechtsprechung des BGH in erweiternder Auslegung des § 254 BGB grundsätzlich anspruchsmindernd auswirken. Voraussetzung hierfür ist aber, dass sich der Geschädigte die Betriebsgefahr seines Kraftfahrzeugs dem Schädiger gegenüber zurechnen lassen muss, was beim Fahrzeugeigentümer, der nicht zugleich Halter ist, nicht der Fall ist. Der BGH hat in seinen Entscheidungen ausdrücklich die Zurechnung der Betriebsgefahr über § 254 BGB gegen eigene Ansprüche des Halters aus Eigentum bejaht, gegen Ansprüche des Eigentümers, der nicht Halter ist, aber ebenso ausdrücklich verneint (vgl. BGH, NJW 2013, 3235).“ (OLG Karlsruhe aaO)

dd) Anrechnung der Betriebsgefahr wegen Geltendmachung durch die KI.

Wenn auch die Leasinggeberin als Eigentümerin ohne Haltereigenschaft nicht für die von dem Fahrzeug ausgehende Betriebsgefahr einstehen muss, so kann diese jedoch grundsätzlich gegenüber der KI. als Halterin des Fahrzeugs geltend gemacht werden. Wenn die KI. im vorliegenden Fall zwar keinen eigenen Anspruch, sondern ein fremdes Recht in eigenem Namen geltend macht, so könnte sich jedoch aus diese Konstellation ergeben, dass die Betriebsgefahr gleichwohl berücksichtigungsfähig ist.

„Die Tatsache, dass hier diejenige, die für die Betriebsgefahr nach StVG haften würde, die Ansprüche aus Eigentum geltend macht, führt nicht zum Zusammenfallen des Anspruchs aus Eigentum und der Haftung aus Betriebsgefahr in einer Person, was Voraussetzung für die vom BGH begründete Anspruchsminderung über § 254 BGB wäre; denn die KI. macht ein fremdes Recht in Prozessstandschaft gelten.

Der Senat sieht auch in Anbetracht dessen, dass die Bekl. die Halterin als Prozessgegnerin hat, keine Möglichkeit, aus Billigkeitsgründen zu Gunsten der Bekl. eine etwaige mitwirkende Betriebsgefahr, für die die KI. haften würde, ohne Zurechnungsnorm den Ansprüchen der Eigentümerin, die nicht Halterin ist, entgegenzuhalten. Diese Situation der Bekl., die, sofern ein Gesamtschuldnerausgleich zwischen den Bekl. und der KI. und dem Fahrer des geleasteten Fahrzeugs an deren fehlender verschuldensunabhängiger Haftung gegenüber der Leasinggeberin scheitert, im Ergebnis unbillig erscheinen kann, hat ihren Grund nicht in der Prozessstandschaft, sondern ergibt sich aus den gesetzlichen Haftungsnormen und deren durch die zitierte höchstrichterliche Rechtsprechung geklärten Anwendungsbereich.

Die Entscheidung, ob – de lege ferenda – eine haftungsrechtliche Gleichstellung des geschädigten Eigentümers, der nicht zugleich Halter ist, mit dem Eigentümer, der auch Halter des Kraftfahrzeugs ist, vorzugswürdig wäre (so die Empfehlung der Arbeitskreise II und IV des 49. Deutschen Verkehrsgerichtstags 2011 sowie Lemcke, r + s 2011, 134; ders., r + s 2011, 373), ist dem Gesetzgeber vorbehalten.“ (OLG Karlsruhe aaO)

III. Ergebnis

Die zulässige Klage ist in vollem Umfang begründet.

„Die Leasinggeberin, deren Ansprüche die KI. vorliegend geltend macht, muss sich weder ihrem Schadenersatzanspruch wegen unfallbedingter Verletzung ihres Eigentums am Leasingfahrzeug aus § 823 BGB noch aus § 7 StVG dessen Betriebsgefahr anspruchsmindernd zurechnen lassen, da es hierfür keine Zurechnungsnorm gibt (vgl. BGHZ 173, 182 = NJW 2007, 3120; Heß in Burmann/Heß/Jahnke/Janker, Straßenverkehrsrecht, 22. Aufl. 2010, § 9 StVG Rn. 9 b; Lemcke, r + s 2011, 134 und ders., r + s 2011, 373).“ (OLG Karlsruhe aaO)

BGB Rückforderung wegen ungerechtfertigter Bereicherung ZivilR
§§ 812 I 1, 166 I Bösgläubigkeit des Wissensvertreters
 (BGH in NJW 2014, 1294; Urteil vom 23.01.2014 – III ZR 436/12)

1. Aus dem der Vorschrift des § 166 BGB innewohnenden allgemeinen Rechtsgedanken hat der BGH hergeleitet, dass sich – unabhängig von dem Vorliegen eines Vertretungsverhältnisses – **derjenige, der einen anderen mit der Erledigung bestimmter Angelegenheiten in eigener Verantwortung betraut, das in diesem Rahmen erlangte Wissen des anderen zurechnen lassen muss** (sog. Wissensvertreter).
2. Eine entsprechend § 166 I BGB erfolgende Zurechnung des Wissens eines Vertreters des Gläubigers von den Anspruch begründenden Umständen im Sinne von § 199 I Nr. 2 BGB kommt auch dann nicht in Betracht, wenn sich der Anspruch zwar nicht gegen den Vertreter selbst richtet, jedoch mit einem gegen ihn gerichteten Anspruch in einem so engen Zusammenhang steht, dass auch hier die Befürchtung besteht, der Vertreter werde nicht zu einer sachgerechten Verfolgung des Anspruchs beitragen

Fall: Die Parteien, zwei Wohnungseigentümergeinschaften, streiten um die Rückzahlung eines Betrags von 10.000,00 EUR, der am 31.07.2006 durch den Verwalter L von dem Konto der Kl. auf das Konto der Bekl. überwiesen wurde. L war nicht nur der Verwalter beider Parteien, sondern auch der zahlreicher anderer Wohnungseigentümergeinschaften. Er hob jahrelang von den Konten der von ihm verwalteten Wohnungseigentümergeinschaften Geldbeträge für eigene Zwecke ab. Zur Verdeckung der Abhebungen nahm er eine Vielzahl von Überweisungen zwischen den Konten der Wohnungseigentümergeinschaften vor. Nach der Überweisung am 31.07.2006 überwies L noch am gleichen Tag einen Teilbetrag von 5.000,00 EUR vom Konto der Bekl. auf das Konto einer anderen von ihm verwalteten Wohnungseigentümergeinschaft. Einen weiteren Teilbetrag von 5.000,00 EUR hob er am 01.08.2006 vom Konto der Bekl. für eigene Zwecke ab. L wurde im Jahr 2010 wegen Untreue in 740 Fällen zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von drei Jahren verurteilt. Die Kl. erfuhr von der Überweisung von ihrem Konto auf das Konto der Bekl. im Sommer 2007. Sie hat wegen der streitgegenständlichen Forderung am 21.12.2010 einen Mahnbescheid beantragt, der am 22.12.2010 erlassen und der Bekl. am 19.01.2011 zugestellt worden ist. Hat die Kl. gegen die Bekl. einen Anspruch auf Rückzahlung von 10.000,00 EUR?

Die Kl. könnte gegen die Bekl. einen Anspruch auf Rückzahlung von 10.000,00 EUR wegen ungerechtfertigter Bereicherung haben.

I. Anspruch aus Leistungskondiktion, § 812 I 1 Alt. 1 BGB

Ein Anspruch nach § 812 I 1 Alt. 1 BGB setzt voraus, dass die Bekl. **durch die Leistung** der Kl. etwas **ohne Rechtsgrund** erlangt hat. Das erlangte Etwas kann **jeder vermögenswerte Vorteil** sein, hier die Gutschrift von 10.000,00 EUR auf dem Konto der Bekl. Leistung ist die bewusste und zweckgerichtete Mehrung fremden Vermögens.

„Eine Leistung der Kl. an die Bekl. i.S.v. § 812 I 1 Alt. 1 BGB scheidet schon deshalb aus, weil aus Sicht beider Parteien ein mit der Überweisung verfolgter Leistungszweck fehlte. Insbesondere war kein Kausalverhältnis erkennbar, auf das sich die Überweisung hätte beziehen können.“ (BGH aaO)

Ein Anspruch aus Leistungskondiktion nach § 812 I 1 Alt 1 BGB besteht daher nicht.

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

Ein Anspruch könnte sich jedoch aus § 812 I 1 Alt. 2 BGB ergeben.

1. Vorliegen der Tatbestandsvoraussetzungen

Die Bekl. hat die 10.000,00 € erlangt, ohne dass eine **bewusste und zweckgerichtete Mehrung** ihres Vermögens durch die Kl. oder eine dritte Person vorliegt. Sie hat daher etwas in sonstiger Weise erlangt. Das Geld hat sie auch auf Kosten der Kl. erlangt, da das Vermögen der Kl. gerade um diesen Betrag gemindert wurde. Ein Rechtsgrund für diese Vermögensmehrung ist nicht ersichtlich, so dass das Geld auch ohne Rechtsgrund erlangt wurde.

Es liegt daher eine ungerechtfertigte Bereicherung der Bekl. nach § 812 I 1 Alt. 2 BGB vor.

2. Wegfall der Bereicherung, § 818 III BGB

Allerdings ist nach § 818 III BGB ein Anspruch auf Herausgabe des Erlangten ausgeschlossen, wenn die Bereicherung der Bekl. weggefallen ist. Dies könnte hier anzunehmen sein, da von den 10.000,00 EUR ein Betrag von 5.000,00 EUR weiterüberwiesen und ein weiterer Betrag von 5.000,00 EUR von L abgehoben wurde, so dass letztlich von der Bereicherung nichts – auch keine Gegenleistung – bei der Bekl. verblieben ist.

Die Berufung auf den Wegfall der Bereicherung könnte der Bekl. jedoch nach §§ 818 IV, 819 I BGB verwehrt sein. Nach § 819 I BGB ist dies der Fall, wenn die Bekl. den Mangel des rechtlichen Grundes bei dem Empfang des Geldes kannte.

a) Zurechnung der Kenntnis des L als Wissensvertreter

Eine solche Kenntnis hatte die Bekl. selbst nicht, jedoch hat L als ihr Vertreter gehandelt. Fraglich ist, ob dessen Bösgläubigkeit der Bekl. zugerechnet werden kann.

„Nach der Rechtsprechung des BGH ist die Vorschrift des **§ 166 I BGB**, der Kenntnisse des Vertreters dem Vertretenen zurechnet, **im Rahmen des § 819 I BGB zumindest entsprechend anwendbar** (BGHZ 83, 293 [295 f.] = NJW 1982, 1585; NJW 1980, 115 = VersR 1979, 523 [526] und WM 1962, 609 [610] = BeckRS 1962, 31189858; so auch OLG Hamm, VersR 2009, 1416 [1417] = BeckRS 2009, 26734; OLG Köln, NJW 1998, 2909 = OLG-Report 1998, 141; Palandt/Sprau, BGB, 73. Aufl., § 819 Rn. 3).

Nach § 166 I BGB muss derjenige, der sich im rechtsgeschäftlichen Verkehr bei der Abgabe von Willenserklärungen eines Vertreters bedient, es im schutzwürdigen Interesse des Adressaten hinnehmen, dass ihm die **Kenntnis des Vertreters als eigene zugerechnet** wird. Er kann sich nicht auf eigene Unkenntnis berufen. Aus diesem der Vorschrift des § 166 BGB innewohnenden allgemeinen Rechtsgedanken hat der BGH hergeleitet, dass sich – unabhängig von dem Vorliegen eines Vertretungsverhältnisses – **derjenige, der einen anderen mit der Erledigung bestimmter Angelegenheiten in eigener Verantwortung betraut, das in diesem Rahmen erlangte Wissen des anderen zurechnen lassen muss** (BGHZ 83, 293 [295 f.] = NJW 1982, 1585; NJW 1980, 115 = VersR 1979, 523 [526] und WM 1962, 609 [610] = BeckRS 1962, 31189858).“ (BGH aaO)

Fraglich ist, ob diese Voraussetzungen im vorliegenden Fall erfüllt sind.

„L war als Verwalter der **organschaftliche Vertreter der Bekl.**, der für die Wohnungseigentümer im Rechtsverkehr in weitem Umfang handeln konnte (vgl. zur Stellung des Verwalters einer Wohnungseigentümergeinschaft BGH, NJW 2003, 589 [590] = NZM 2003, 118; BGHZ 163, 154 [162] = NJW 2005, 2061 = NZM 2005, 543). Er war insbesondere nach § 27 I Nr. 4 WEG in der bis zum 30.06.2007 geltenden Fassung **für die Verwaltung der eingenommenen Gelder zuständig**. Die Bekl. hat sich daher seine Kenntnis von dem fehlenden Rechtsgrund der Überweisung entsprechend § 166 I BGB zurechnen zu lassen mit der Folge, dass sie sich gem. § 819 I i.V.m. § 818 IV BGB nicht auf den Wegfall der Bereicherung berufen kann.“ (BGH aaO)

b) Zurechnungsausschluss wegen Veruntreuung

Fraglich ist, ob deshalb vorliegend etwas anderes gilt, weil L im Rahmen der Überweisung als Verwalter nicht nur auf Seiten der Bekl., sondern auch auf Seiten der Kl. – veruntreuend – tätig war.

„Hierdurch wird die **Schutzwürdigkeit** der Interessen der Kl. **nicht verringert**. Die Haftungsverstärkung in § 819 I BGB hat ihren Grund darin, dass der Bereicherungsschuldner ab Kenntniserlangung von dem mangelnden Rechtsgrund auf die Rechtsbeständigkeit des Erwerbs nicht vertrauen darf und ihn daher **gesteigerte Sorgfaltspflichten im Umgang mit dem Erlangten** treffen. Er kann gleichsam als „Verwahrer fremden Guts“ angesehen werden (BeckOK BGB/Wendehorst, 01.11.2013, § 819 Rn. 2 unter Hinweis auf die Motive zu dem Entwurf eines BGB für das Deutsche Reich, Bd. II, 55). Die gesteigerten Sorgfaltspflichten des Bereicherungsschuldners finden ihre Begründung mithin in der von ihm erkannten Zuordnung des Erlangten zu einer fremden Vermögenssphäre. Sie bestehen unabhängig davon, wer auf Seiten des Bereicherungsgläubigers konkret in dessen Vermögen zum Vorteil des Bereicherungsschuldners eingegriffen hat.“ (BGH aaO)

Die Bekl. kann sich daher wegen der Zurechnung des Wissens des L analog § 166 I BGB nicht auf den Wegfall der Bereicherung nach § 818 III BGB berufen, so dass der Anspruch aus § 812 I 1 Alt. 2 BGB entstanden ist.

3. Durchsetzbarkeit des Anspruchs

Der Durchsetzbarkeit des Anspruchs könnte die Einrede der Verjährung nach § 214 I BGB entgegenstehen.

Für den bereicherungsrechtlichen Anspruch gilt die **regelmäßige Verjährungsfrist** des § 195 BGB, die drei Jahre beträgt und nach § 199 I BGB mit dem Schluss des Jahres beginnt, in dem der Anspruch entstanden ist und der Gläubiger von den den Anspruch begründenden Umständen und der Person des Schuldners **Kenntnis erlangt hat** oder ohne grobe Fahrlässigkeit erlangen musste.

Es kommt insofern darauf an, auf wen abzustellen ist. Die Kl. selbst hat erst im Sommer 2007 Kenntnis erlangt, so dass die Verjährungsfrist am 31.12.2010 abgelaufen wäre. Der Mahnbescheidsantrag ist am 22.12.2010 erlassen und der Bekl.

am 19.01.2011 zugestellt worden, so dass die Verjährungsfrist nach §§ 693 I, 167 ZPO gewahrt worden wäre.

a) keine Wissenszurechnung analog § 166 I BGB

Fraglich ist jedoch, ob es auf die Kenntnis der Kl. selbst ankommt. Schließlich hat L auch als ihr Vertreter gehandelt, so dass insofern eine Wissenszurechnung analog § 166 I BGB ebenfalls in Betracht kommt.

*„Hinsichtlich der vorgenannten **subjektiven Voraussetzungen** ist grundsätzlich auf die **Person des Gläubigers** abzustellen. Im Fall der gesetzlichen Vertretung muss sich allerdings der Vertretene das **Wissen seines gesetzlichen Vertreters** zurechnen lassen (MüKo-BGB/Grothe, 6. Aufl., § 199 Rn. 33; Palandt/Ellenberger, § 199 Rn. 24). Demgegenüber ist die **Kenntnis eines rechtsgeschäftlichen Vertreters** für den Verjährungsbeginn regelmäßig **unerheblich** (BGH, NJW 1993, 648 [652] zu § 852 BGB aF). **§ 166 BGB** ist in diesem Bereich wegen des Zwecks der Verjährungsvorschriften **nicht anwendbar** (BGH, NJW 1993, 648; Gehrlein/Weinland, jurisPK-BGB, 6. Aufl., § 166 Rn. 18).“ (BGH aaO)*

Das Wissen des L um die von ihm vorgenommene rechtsgrundlose Überweisung vom 31.07.2006 ist der Kl. im Rahmen von § 199 I Nr. 2 BGB grundsätzlich nicht zuzurechnen.

b) Ausnahmefälle

Es könnte jedoch ein Ausnahmefall vorliegen, in dem gleichwohl eine Zurechnung des Wissens des L an die Kl. vorzunehmen ist mit der Folge, dass der Anspruch Ende 2009 verjährt gewesen wäre.

aa) Willkürliche Hinauszögerung der Verjährungsfrist

Von dem Grundsatz, dass im Rahmen der Verjährungsfrist das Wissen eines Vertreters von den anspruchsbegründenden Tatsachen und dem Anspruchsgegner dem Anspruchsinhaber nicht zugerechnet wird, hat die Rechtsprechung jedoch – schon anhand § 852 BGB a.F. – Ausnahmen angenommen.

*„Dem liegt die Erwägung zu Grunde, dass es gegen **Treu und Glauben** verstoßen würde, wenn jemand, der einen Vertreter mit einem bestimmten Aufgabenkreis betraut und ihm in diesem Aufgabenkreis die **Kenntnisnahme von Tatsachen überträgt**, aus der inneren Geschäftsverteilung einem Dritten gegenüber den Einwand der Unkenntnis herleiten wollte. Der Anspruchsteller könnte auf diese Weise den **Beginn der Verjährungsfrist durch Einschaltung eines Wissensvertreters willkürlich hinauszögern** (BGH, NJW 1968, 988). Zur Vermeidung eines solchen, mit dem Schutzgedanken von § 852 BGB aF nicht zu vereinbarenden Ergebnisses hat die Rechtsprechung den **Grundsatz** entwickelt, dass sich der **Anspruchsinhaber** im Rahmen des § 852 BGB aF das **Wissen eines Dritten entsprechend § 166 I BGB als eigenes Wissen zurechnen** lassen muss, wenn er den Dritten mit der Erledigung bestimmter Angelegenheiten, insbesondere mit der Betreuung und Verfolgung der in Frage stehenden Ersatzforderung, **in eigener Verantwortung betraut** hat (Senat, NJW 1968, 988; BGHZ 171, 1 = NJW 2007, 1584; BGHZ 134, 343 [347] = NJW 1997, 1584 und NJW 1994, 1150 [1151]). Wesentlich für die Wissenszurechnung ist dabei, dass die **Erlangung der Tatsachenkenntnis**, die dem Anspruchsteller zugerechnet werden soll, **zu dem Aufgabenkreis des Vertreters** gehört, auch wenn dieser die zur Kenntnis genommenen Tatsachen nicht an den Vertretenen weitergibt (Senat, NJW 1968, 988; Erman/Schmidt-Räntsch, BGB, 13. Aufl., § 199 Rn. 15).*

*Nach der Rechtsprechung des Senats können diese zu § 852 BGB aF entwickelten **Grundsätze auch auf § 199 BGB übertragen werden** (Senat, NJW 2013, 448 [449]; so auch MüKo-BGB/Grothe, § 199 Rn. 34; Palandt/Ellenberger, § 199 Rn. 24; Mansel, NJW 2002, 89 [92]; Gaier, NZM 2003, 90 [94]). Der Verjährungsbeginn ist in § 199 I Nr. 2 BGB der Regelung des § 852 BGB aF nachgebildet (Entwurf eines Gesetzes zur Modernisierung des Schuldrechts, BT-Drs. 14/6040, 107). Für ihn gelten die vorgenannten, an Treu und Glauben (§ 242 BGB) ausgerichteten Erwägungen in gleichem Maße. Dementsprechend wäre es auch im Hinblick auf den Verjährungsbeginn nach § 199 I Nr. 2 BGB treuwidrig, wenn **durch die Einschaltung eines Dritten als Wissensvertreter die Verjährung willkürlich hinauszögert** werden könnte.“ (BGH aaO)*

bb) Anwendung auf den Fall

Fraglich ist daher, ob L von der Kl. in eigener Verantwortung mit der Betreuung und Verfolgung der Ersatzforderung betraut hat und die Erlangung der Tatsachenkenntnis daher zu seinem Aufgabenkreis als Vertreter gehörte.

„Nach Maßgabe der vorstehenden Ausführungen ist es zwar nicht von vorneherein ausgeschlossen, das durch L im Zusammenhang mit der Verwaltung der Gelder dieser Gemeinschaften erlangte Wissen der jeweils betroffenen Wohnungseigentümergeinschaft zuzurechnen (vgl. OLG München, NJW-RR 2007, 1097 [1098] = NZM 2007, 526; OLG Hamm, NJOZ 2009, 3753 [3759]; Palandt/Ellenberger, § 199 Rn. 24; Gaier, NZM 2003, 90 [94 ff.]; Otto, Die Bestimmung des § 199 I Nr. 2 BGB, 2006, 179 f.).“ (BGH aaO)

Allerdings liegen im vorliegenden Fall besondere Umstände vor, die eine andere Beurteilung rechtfertigen könnten. Immerhin hat L durch sein Verhalten selbst eine Straftat begangen und vor diesem Hintergrund kein Interesse an einer Anspruchsverfolgung gehabt.

„Dem Anspruchsgegner kann es im **Einzelfall nach Treu und Glauben verwehrt** sein, sich auf die Wissenszurechnung eines Vertreters des Anspruchstellers zu berufen. Dies kommt unter anderem dann in Betracht, wenn sich der betreffende **Anspruch gerade gegen diejenige Person richtet, deren Wissen zugerechnet werden soll** (BGH, NJW-RR 2011, 832 Rn. 10 und NJW-RR 1989, 1255 [1259]; MüKo-BGB/Grothe § 199 Rn. 33 a; Otto, 184). In solchen Fällen kann nicht erwartet werden, dass der Schuldner dafür sorgt, dass die Ansprüche gegen ihn selbst geltend gemacht werden (BGH, NJW-RR 2011, 832).

Ein derartiger, eine Wissenszurechnung des Vertreters ausschließender Ausnahmefall liegt nicht nur vor, wenn sich der Anspruch allein gegen den Wissensvertreter selbst richtet. Er ist vielmehr auch dann anzunehmen, wenn sich der **Anspruch zwar gegen einen Dritten richtet, jedoch mit einem gegen den Wissensvertreter gerichteten Anspruch in einem so engen Zusammenhang** steht, dass auch hier die Befürchtung besteht, der Vertreter werde nicht zu einer sachgerechten Verfolgung des Anspruchs beitragen (vgl. BGH, NJW-RR 2013, 1321 = WM 2013, 763 Rn. 25; Otto, 184; Staudinger/Peters/Jacoby, BGB, Neubearb. 2009, § 199 Rn. 61). In einer solchen Situation ist der Vertreter einer **vergleichbaren Interessenkollision** ausgesetzt wie bei der Durchsetzung von Schadensersatzansprüchen gegen sich selbst (vgl. BGH, NJW-RR 2009, 123 Rn. 17, für die Interessenkollision eines in einem Gesamtvollstreckungsverfahren bestellten Verwalters bei Ansprüchen gegen Mitglieder des Gläubigerausschusses wegen unzureichender Überwachung desselben Verwalters). Auch hier kann nicht erwartet werden, dass er für die Geltendmachung der Ansprüche des Vertretenen (gegen den Dritten) sorgt. Denn auch hier würde ihm zugleich die Geltendmachung eines Anspruchs gegen ihn selbst drohen.“ (BGH aaO)

Ein solcher Ausnahmefall ist vorliegend gegeben. Der streitgegenständliche Bereicherungsanspruch der Kl. richtet sich zwar nicht gegen ihren ehemaligen Verwalter L. Für diesen bestand indes im Hinblick auf die Verfolgung des Anspruchs der Kl. gegen die Bekl. dennoch eine erhebliche Interessenkollision.

„Bei der **unberechtigten Überweisung** handelt es sich nämlich um eine – **doppelrelevante – Tatsache**, deren Aufdeckung nicht nur zur Geltendmachung von Ansprüchen der Kl. gegen die Bekl., sondern auch zur Geltendmachung von Ansprüchen – der Kl. oder der Bekl. – gegen L selbst hätte führen können. Dessen Situation war damit ohne Weiteres mit derjenigen vergleichbar, in der sich der streitgegenständliche Anspruch unmittelbar gegen den Wissensvertreter selbst richtet. Auch vorliegend war daher **nicht zu erwarten, dass L die Verfolgung des Bereicherungsanspruchs gegen die Bekl. in die Wege leiten** oder auch nur zu ihr beitragen würde. Das bereits am 31.07.2006 bei L vorhandene Wissen um die anspruchsbegründende Überweisung kann der Kl. im Rahmen von § 199 I Nr. 2 BGB daher nicht zugerechnet werden.“ (BGH aaO)

Eine Zurechnung des Wissens L kommt daher angesichts der besonderen Umstände des vorliegenden Falls dennoch nicht in Betracht.

III. Ergebnis

Somit war die den Verjährungsbeginn auslösende Kenntnis der Kl. i.S.v. § 199 I Nr. 2 BGB erst im Sommer des Jahres 2007 gegeben. Die Ende des Jahres 2010 eintretende Verjährung des Anspruchs der Kl. wurde sodann gem. § 204 I Nr. 3 BGB, § 167 ZPO durch die am 21.12.2010 erfolgte Beantragung eines der Bekl. am 19.01.2011 zugestellten Mahnbescheids rechtzeitig gehemmt. Die Kl. hat gegen die Bekl. einen durchsetzbaren Anspruch auf Rückzahlung von 10.000,00 EUR gem. § 812 I 1 Alt. 2 BGB.

StGB **Fälschung von Zahlungskarten mit Garantiefunktion** StGB
 §§ 22, 152a, 152b **Versuchsbeginn beim „Skimming“**
 (BGH in NJW 2014, 1463; Beschluss vom 29.01.2014 – 1 StR 654/13)

Durch das **Auswerten und Systematisieren von Videoaufzeichnungen der PIN-Eingaben** sowie dem **Erfassen der ausgelesenen Kartendaten** der Kunden auf einem Datenträger wird noch **nicht unmittelbar zur Fälschung von Zahlungskarten mit Garantiefunktion angesetzt**.

Fall: Der Angekl. gehörte einer professionell strukturierten Bande an, die sich gebildet hatte, um gewerbsmäßig Zahlungskarten mit Garantiefunktion zu fälschen. Dem Angekl. kam dabei die Aufgabe eines „Skimmers“ zu, d. h. er war dafür zuständig, jeweils eine Kameraliste an Geldautomaten anzubringen, um mit Hilfe der Kamera die Eingabe der PIN durch die Nutzer des Automaten zu filmen. Zudem brachte er Kartenlesegeräte auf die jeweilige Einzugsvorrichtung der Geldautomaten für die verwendeten Zahlungskarten auf. Damit konnten die auf dem Magnetstreifen der Karten gespeicherten Daten ausgelesen werden.

Außerdem hatte der Angekl. die Aufgabe, die aufgenommenen Videoaufzeichnungen auszuwerten, die PINs der Nutzer anhand der Videoaufzeichnungen herauszuschreiben und zu ordnen, sowie die – für ihn nicht lesbaren – ausgelesenen Kartendaten auf einen Datenträger zu überschreiben, um diese zusammen mit den PINs unter Verwendung von Chat- oder Messenger-Programmen über das Internet an namentlich nicht ermittelte Bandenmitglieder im Ausland zu übermitteln. Diese stellten auf der Grundlage der übersandten Informationen die später zur Bargeldabhebung eingesetzten Kartendoubletten her. Für seine Tätigkeit war dem Angekl. von dem Anführer der Bande jeweils die Hälfte der mit den Kartendoubletten abgehobenen Gelder zugesagt worden.

Der Angekl. baute in einem Zeitraum von rund einer Woche täglich die beschriebenen Skimming-Gerätschaften an dem Geldautomaten in einer Bankfiliale an- und ab. Dabei konnten Kartendaten ausgelesen und PINs ermittelt werden. Die entsprechenden Daten befanden sich im Zeitpunkt der Festnahme des Angekl. auf einem Datenträger. Der Angekl. hatte auch bereits Teile der Videoaufzeichnungen ausgewertet, die PINs erfasst und geordnet. Eine Übertragung der Daten an die im Ausland agierenden Bandenmitglieder ließ sich jedoch nicht feststellen.

I. **Fraglich ist, ob mit dem Verwenden der „Skimming-Gerätschaften“ an den Geldautomaten oder mit dem Auswerten der Videoaufzeichnungen, dem systematischen Erfassen der so ermittelten PINs oder dem Aufspielen der ausgelesenen Kartendaten auf einen Datenträger der Angekl. unmittelbar zu der Begehung einer Tat gem. § 152 b I, II, IV i. V. m. § 152 a I Nr. 1 StGB angesetzt hat.**

1. Gem. § 22 StGB versucht eine Straftat, wer nach seiner Vorstellung von der Tat **unmittelbar zu der Verwirklichung des Tatbestands ansetzt**.

a) Der Verwirklichung eines Tatbestandsmerkmals bedarf es dafür nicht, es genügt vielmehr, dass der Täter solche **Handlungen vornimmt, die nach seinem Tatplan der Erfüllung eines Merkmals des gesetzlichen Tatbestands vorgelagert sind und unmittelbar in die strafatbestandliche Handlung einmünden**. Der Versuch einer Straftat erstreckt sich damit auch auf Handlungen, die bei ungestörtem Fortgang unmittelbar zur Tatbestandsverwirklichung führen sollen oder die in unmittelbarem räumlichen und zeitlichen Zusammenhang mit ihr stehen. Dies ist der Fall, wenn der Täter subjektiv die **Schwelle zum „jetzt geht es los“ überschreitet**, es eines weiteren Willensimpulses nicht mehr bedarf und er objektiv zur tatbestandlichen Ausführungshandlung dergestalt ansetzt, dass sein Tun ohne Zwischenakte in die Erfüllung des Tatbestands übergeht (BGHSt 48, 34 = NJW 2003, 150 = NSTZ 2003, 149 m. w. Nachw.; BGH NSTZ 2011, 517; BGH wistra 2011, 299; BGH NSTZ-RR 2011, 367).

b) Die vorstehenden **abstrakt-generellen Maßstäbe des Versuchsbeginns** bedürfen angesichts der Vielzahl denkbarer Sachverhaltsgestaltungen aber stets einer **wertenden Konkretisierung unter Beachtung der Umstände des Einzelfalls** (BGH NJW 2002, 1057 = NSTZ 2002, 309; BGH NSTZ 2011, 517). Auf die strukturellen Besonderheiten des in Frage kommenden Tatbestands ist dabei Rücksicht zu nehmen (BGH NSTZ 2008, 409; BGH wistra 2011, 299).

2. Bei der Bestimmung des **Versuchsbeginns** zu der Straftat des Nachmachens (§ 152 a I Nr. 1 StGB) einer Zahlungskarte mit Garantiefunktion i. S. von § 152 b IV StGB **muss** – den vorgenannten Grundsätzen entsprechend – das **unmittelbare Ansetzen auf die Fälschungshandlung**, also das Übertragen der zuvor ausgespähten Kartendaten auf die Kartendublette, **bezogen** werden (vgl. BGH wistra 2011, 299; Saliger StV 2012, 528 m. w. Nachw.).

In der **Rspr. des BGH** ist deshalb anerkannt, dass das **bloße Anbringen von Skimming-Gerätschaften an einem Geldautomaten noch kein unmittelbares Ansetzen** zu der Tat des Nachmachens von Zahlungskarten begründet (BGH wistra 2011, 299, BGH NSTZ-RR 2011, 367; s. auch BGH NSTZ 2011, 89). Gelingt es dem Täter nicht, die mit Hilfe der Skimming-Geräte aufgezeichneten Datensätze in seinen Besitz zu bringen, fehlt es ebenfalls am Versuchsbeginn des Nachmachens von Zahlungskarten (BGH NSTZ 2011, 89).

3. Ob bei der gebotenen wertenden tatbestands- und einzelfallbezogenen Konkretisierung des Versuchsbeginns ein unmittelbares Ansetzen zu der Tat gem. § 152 b i. V. m. § 152 a I Nr. 1 StGB bei dem **zeitlich gestreckten Vorgang von der Erlangung der Kartendaten durch die Skimming-Gerätschaften bis zu der Übertragung dieser Daten** auf die Kartendubletten vor dem Beginn der Fälschungshandlung selbst gegeben sein kann, ist **in der BGH-Rspr. noch nicht vollständig geklärt**:

- Der **4. Strafsenat** hat bei der geplanten Zahlungskartenfälschung unter Verwendung mittels „Skimming“ erlangter Kartendaten die Übermittlung der gewonnenen, aber noch nicht ausgewerteten Daten an die für die Herstellung der Dubletten zuständigen Mittäter im Ausland als unmittelbares Ansetzen ausreichen lassen (BGH NSTZ 2011, 517).

Dabei hat er maßgeblich auf das – für den konkreten Fall festgestellte – eingespielte System von Tatbeiträgen abgestellt, innerhalb dessen den für die Erstellung der Dubletten zuständigen Mittätern im Ausland die einzelnen Datenübersendungen jeweils avisiert wurden. Der die Übersendung veranlassende Angekl. habe damit „gleichsam einen automatisierten Ablauf“ in Gang gesetzt, bei dem die Auswertung der Speichermedien durch Abgleich der Videoaufzeichnungen und der ausgelesenen Kartendaten als der Fälschung vorgelagerte Verhaltensweisen bei wertender Betrachtung keine dem Versuchsbeginn entgegenstehenden Zwischenschritte bedeuteten (BGH NSTZ 2011, 517).

- Der **3. Strafsenat** des BGH hat dahinstehen lassen, ob dieser Rspr. zu folgen wäre (BGH wistra 2011, 299).
 - Der **2. Strafsenat** nimmt ein unmittelbares Ansetzen zum Nachmachen von Zahlungskarten mit Garantiefunktion „erst dann“ an, wenn der „Täter vorsätzlich und in der tatbestandsmäßigen Absicht mit der Fälschungshandlung selbst beginnt“ (BGH NSTZ-RR 2011, 367).
4. **BGH aaO** muss nicht zu entscheiden, ob und ggf. unter welchen Voraussetzungen ein unmittelbares Ansetzen zum Nachmachen von Zahlungskarten mit Garantiefunktion vor dem Beginn der eigentlichen Fälschungshandlung den Versuchsbeginn begründen kann.

*„Die festgestellten Umstände lassen selbst unter Berücksichtigung der vom 4. Strafsenat vertretenen Rechtsauffassung die Annahme unmittelbaren Ansetzens jedenfalls nicht zu. Es wären hier auch bei wertender Betrachtung der innerhalb der Bande verabredeten und durchgeführten Abläufe durch den Angekl. **weitere Zwischenschritte bis zu dem Beginn der Fälschungshandlung durch das „Beschreiben“ der Kartendubletten erforderlich** gewesen.*

*Anders als in der dem 4. Strafsenat vorliegenden tatsächlichen Konstellation fehlte es hier nicht nur an der Weitergabe der ermittelten Kartendaten und den die PINs betreffenden Informationen an die für den Fälschungsakt allein zuständigen weiteren Mittäter. Vielmehr war selbst die dem Angekl. nach der verabredeten Vorgehensweise überantwortete **Aufgabe nicht vollständig abgeschlossen**. Nach den Urteilsfeststellungen hatte er in beiden Fällen lediglich einen Teil der täglich gefertigten Videoaufnahmen hinsichtlich der Ermittlung der PINs ausgewertet und die erkannten Identifikationsnummern geordnet. Es sollte aber eine Übersendung sämtlicher Informationen („Kartendaten und zugehörige PINs“) per Internetübertragung an die*

im Ausland tätigen Mitglieder erfolgen. Die Informationsübermittlungen [erfolgten] nicht täglich nach dem jeweiligen Abbau der Skimming-Gerätschaften, sondern erst nach einer gewissen Dauer der Informationsauswertung durch den Angekl. In den fraglichen Fällen hatte der Angekl. die Skimming-Gerätschaften zumindest jeweils über einen Zeitraum von acht bzw. sieben Tagen an den Geldautomaten täglich angebracht und wieder abgebaut, ohne dass eine Weitergabe erlangter Informationen an die mit dem Fälschen der Dubletten befassten Mittäter festgestellt werden konnte.

Angesichts dessen kann nicht davon gesprochen werden, es habe sich auf der **Grundlage der Tätervorstellungen** um dem Beginn der Fälschungshandlung unmittelbar vorgelagerte Verhaltensweisen gehandelt, die ohne weitere Zwischenschritte in die Tatbestandserfüllung einmünden sollen. Solange den für das Herstellen der zu fälschenden Zahlungskarten zuständigen Tatbeteiligten die erforderlichen Kartendaten nicht zugänglich gemacht sind, lässt sich aus der Perspektive der Tätervorstellungen auch noch keine Gefährdung des tatbestandlich geschützten Rechtsguts annehmen.“ (BGH aaO)

- II. Der Angekl. könnte sich aber wegen **Verabredung zur gewerbs- und bandenmäßigen Fälschung von Zahlungskarten mit Garantiefunktion** strafbar gemacht haben, §§ 152 b I, II und IV, 152 a I Nr. 1, 30 II StGB.

„Die Feststellungen belegen, dass der Angekl. gemeinsam mit – wenigstens – den Bandenmitgliedern N, L und M verabredet hatte, bei arbeitsteiligem Vorgehen Zahlungskarten mit Garantiefunktion auf der Grundlage zuvor durch „Skimming“ erlangter Daten echter Zahlungskarten zu fälschen. Nach den getroffenen Abreden waren dem Angekl. **Funktionen im Vorbereitungsstadium der Fälschungstaten zugewiesen**, die zusammen mit dem bei beiden vorhandenem erheblichen Tatinteresse im Hinblick auf die Höhe ihres Anteils an den erlangten und erwarteten abgehobenen Geldbeträgen eine Beteiligung als Mittäter begründen. Die Anzahl der verabredeten Verbrechen mit mittäterschaftlicher Beteiligung des Angekl. (dazu BGH wistra 2011, 299) hat das Tatgericht ebenfalls festgestellt.“ (BGH aaO)

Betrug
Versendung rechtsmissbräuchlicher Abmahnungen
 (OLG Köln in NStZ 2014, 327; Beschluss vom 14.05.2013 – III-1 RVs 67/13)

Die **Versendung von rechtsmissbräuchlichen wettbewerbsrechtlichen Abmahnungen** stellt **keinen Betrug** i. S. des § 263 StGB dar.

Fall: Der angekl. A, der über das Auktionsportal Ebay einen Kleinhandel mit Schuhen betrieb, ist im Jahr 2005 wegen Verwendung der Bezeichnung „UVP“ in seinen Angeboten abgemahnt worden.

Weil er die Gebührenforderung des von ihm in dieser Sache beauftragten Rechtsanwalts B nicht bezahlen konnte, schlug B ihm vor, mit seiner Hilfe andere Wettbewerber in gleicher Weise abzumahnern und Gebühren, Aufwendungs- und Schadensersatzansprüche geltend zu machen. Die Einnahmen sollten absprachegemäß aufgeteilt werden. Beiden Angekl. kam es dabei nur auf die Erzielung von Erlösen und nicht auf die Wahrung und Wiederherstellung eines lautereren Wettbewerbs an. Der Angekl. B erkannte, dass der Umfang der Geschäftstätigkeit des Angekl. A, dessen Schuhhandel schlecht lief und 2006 nur Umsätze von knapp 33.000 Euro erbracht hatte, ein Vorgehen in der praktizierten Weise nicht rechtfertigen konnte. Im Internet wurden mittels einer Suchmaschine – teils durch eine Angestellte des Angekl. B, teils durch den Angekl. A – Anbieter von Schuhen ausfindig gemacht, deren Angebote Wettbewerbsverstöße wie etwa Preisangaben mit der nicht näher erläuterten Abkürzung „UVP“ enthielten. Die im Zeitraum vom Januar bis Oktober 2006 versandten Abmahnschreiben lauteten – beispielhaft – wie folgt:

„... Mein Mandant vertreibt unter dem Ebay-Mitgliedsnamen ... in großem Umfang vor allem Damen- und Herrenschuhe auf der Auktionsplattform Ebay, wobei er besonderen Wert auf einen professionellen Auftritt legt und sich zu diesem Zweck einer aufwendigen Gestaltung bedient, um die Auktionsseiten zu erstellen. Kopie eines entsprechenden Ebay-Angebots meines Mandanten ist in der Anlage zu Ihrer Information beigelegt. Sie vertreiben ebenfalls über die Verkaufsplattform Ebay in großem Umfang Schuhe. Zwischen Ihnen und meinem Mandanten besteht somit ein Wettbewerbsverhältnis. Meinem Mandanten liegt nunmehr Ihr Angebot ... bei Ebay vor. Sie bieten dort eine Vielzahl von Schuhen zum Verkauf an. ... werben Sie mit Preisgegenüberstellungen dergestalt, dass Sie einem höheren ‚UVP‘-Preis einen deutlich niedrigeren, von Ihnen verlangten Preis gegenüberstellen. ... Soweit Sie diesen höheren Preis ohne jegliche weitere Erläuterungen als ‚UVP‘ bezeichnen, ist dies in erheblichem Umfang irreführend und damit wettbewerbswidrig i. S. der §§ 3, 5 UWG. ... Meinem Mandanten stehen deshalb Ihnen gegenüber Unterlassungsansprüche ebenso wie Auskunft- und Schadensersatzansprüche zu. ... Aus dem Gesichtspunkt des Schadensersatzes bzw. gem. § 12 II UWG ebenso wie der Geschäftsführung ohne Auftrag sind Sie auch dazu verpflichtet, die hier entstandenen Kosten für dieses Abmahnungsschreiben zu übernehmen. ...“

Zu prüfen ist, ob das Vorgehen der Angekl. eine **Täuschung der Adressaten der wettbewerbsrechtlichen Abmahnungen über Tatsachen** darstellt. Dann müsste dadurch das objektive Tatbestandsmerkmal einer Täuschung i.S. des § 263 StGB erfüllt sein.

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

Tatsachen sind **alle konkreten vergangenen oder gegenwärtigen Geschehnisse oder Zustände der Außenwelt und des menschlichen Innenlebens**, die **sinnlich wahrnehmbar, empirisch überprüfbar** und damit **dem Beweis zugänglich** sind (Schönke/Schröder, StGB, 28. Aufl., § 263 Rn 8 m. w. Nachw.). Dabei kann die **Täuschung auch konkludent** erfolgen, wenn dem irreführenden Verhalten nach der Verkehrsanschauung ein gewisser Erklärungswert beizumessen ist (BGHR StGB § 263 Abs. 1 Täuschung 20).

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

II. Die **Angabe in den Abmahnschreiben**, der Angekl. A **vertreibe in großem Umfang** auf der Auktionsplattform Ebay **Schuhe**, stellt **keine tatbestandsrelevante Täuschung** i. S. des § 263 StGB dar.

*„Soweit es in den Abmahnschreiben heißt, der Angekl. A vertreibe auf der Auktionsplattform Ebay in großem Umfang Schuhe, mag darin ein **Tatsachenkern** in dem Sinn enthalten sein, dass er bei Ebay angemeldet ist und dort als gewerblicher Händler nicht nur ganz vereinzelte Geschäftsabschlüsse tätigt. Das ist indes nicht unrichtig, da der Angekl. A im Jahr 2006 auf diese Weise Umsätze von knapp 33.000 € erzielt hat. Die Bezeichnung des Umfangs seiner Geschäftstätigkeit als groß enthält demgegenüber mangels jedweder Bezifferung eine bloße Wertung. Ihr **fehlt** zudem ein **täuschender Charakter**, weil es in den Abmahnschreiben auch in Bezug auf die*

Abgemahnten selbst, heißt, dass sie über die Verkaufsplattform Ebay in großem Umfang Schuhe vertreiben. Da ausschließlich Kleinanbieter mit geringen Umsätzen abgemahnt worden sind, konnte so ersichtlich nicht der Eindruck erweckt werden, die Geschäftstätigkeit des Angekl. A sei größer als diejenige der Abgemahnten.“ (OLG Köln aaO)

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

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

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

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

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

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

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

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

- V. Auch eine **konkludente Täuschung** darüber ist ihnen nicht zu entnehmen. Eine solche käme in Betracht, wenn schlüssig miterklärt worden wäre, dass keine sachfremden Motive verfolgt würden. Welcher Inhalt einer Erklärung zukommt, bestimmt sich jedoch maßgeblich nach dem **Empfängerhorizont des Adressaten**.

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

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

*„Durch die Abmahnschreiben wird zwar der Eindruck erweckt, die Abgemahnten seien verpflichtet, die Abmahnkosten zu erstatten bzw. weitergehenden Schadensersatz zu leisten. Tatsächlich bestanden entsprechende Ansprüche nicht, da das rechtsmissbräuchliche Vorgehen der Angekl. nicht geeignet war, Erstattungsansprüche zu begründen (vgl. BGH WRP 2012, 930). **In dem Einfordern einer Leistung, auf die kein Anspruch besteht, liegt eine Täuschung über Tatsachen aber nur, wenn entweder ein Bezug zu einer unzutreffenden Tatsachenbasis hergestellt wird - was vorliegend, wie ausgeführt, nicht der Fall ist - oder wenn die rechtliche Wirksamkeit des Anspruchs wahrheitswidrig als - etwa durch Gerichtsentscheidungen - gesichert dargestellt wird (Schönke/Schröder aaO, § 263 Rn 16 c m. w. Nachw.). Die vom Angekl. B in dem Abmahnschreiben zitierte Rspr. bezieht sich aber ausschließlich auf die Begründung der Wettbewerbsverstöße, nicht aber auf die Berechtigung der daraus abgeleiteten Forderungen.“** (OLG Köln aaO)*

VII. **Ergebnis:** Die Angekl. haben sich durch die Versendung der rechtsmissbräuchlichen Abmahnschreiben nicht wegen Betruges nach § 263 StGB strafbar gemacht.

1. Wird ein Verkehrsunfall durch einen **Fehler einer Ampelanlage** verursacht („feindliches Grün“), **haftet der für die Straßenverkehrsbehörde verantwortliche Rechtsträger** nach den Grundsätzen des enteignungsgleichen Eingriffs.
2. Der Geschädigte muss den **Fehler der Ampelanlage zum Unfallzeitpunkt** beweisen. Die Anforderungen an die Beweisführung hängen vom Einzelfall ab. Unter Umständen können Zeugenangaben ausreichen, auch wenn technische Fragen des aufgetretenen Fehlers unklar bleiben.
3. Bei einem enteignungsgleichen Eingriff schuldet der Staat keinen vollen Schadensersatz i.S.v. § 249 BGB, sondern **nur eine „angemessene Entschädigung“**. Dazu gehören bei einem Verkehrsunfall der Selbstbehalt in der Kaskoversicherung, der Rückstufungsschaden in der Kaskoversicherung und vorgerichtliche Anwaltskosten.
4. Hingegen sind **mittelbare Folgekosten**, wie die Anwaltsgebühren für die Verteidigung in einem Bußgeldverfahren **nicht erstattungsfähig**.

Fall: Die Kl. machte Schadensersatzansprüche gegen das bekl. Land geltend. Dieses sei für den Schaden aus einem Verkehrsunfall verantwortlich, der durch „feindliches Grün“ an einer Ampelanlage verursacht worden sei. Am 26.05.2009 kam es gegen 22:00 Uhr auf einer Kreuzung in E. zu einem Verkehrsunfall, an welchem die Kl. und die Zeugin K jeweils mit ihren Fahrzeugen beteiligt waren. Die Kl. befuhr mit ihrem Pkw Skoda die F.-Straße in Richtung Innenstadt, während die Zeugin K von rechts auf der K.-Straße auf die Kreuzung mit der F.-Straße zu fuhr. Im Bereich der Kreuzung befindet sich eine Ampelanlage. Die Verkehrsregelung durch Lichtzeichen der Ampeln wird normalerweise abends um 22:00 Uhr ausgeschaltet. Nach dem Ausschalten sind die Ampeln auf der – dann bevorrechtigten – K.-Straße dunkel, während die Ampeln auf der untergeordneten F.-Straße dann normalerweise auf gelbes Blinklicht umgeschaltet haben. Im Bereich der Kreuzung kam es zur Kollision der beiden Fahrzeuge, wodurch am Pkw der Kl. Sachschaden entstand. Die Kl. hat vorgetragen: Sie habe zunächst mit ihrem Fahrzeug vor der Kreuzung angehalten, da die Ampel für sie „rot“ gezeigt habe. Die Ampel sei dann auf „grün“ umgesprungen, so dass sie mit ihrem Fahrzeug in die Kreuzung eingefahren sei. Ein gelbes Blinklicht, welches nach dem Umschalten der Ampelanlage gegen 22:00 Uhr zu erwarten gewesen wäre, habe es beim Einfahren der Kl. in die Kreuzung nicht gegeben. Die Zeugin K sei gleichzeitig in die Kreuzung eingefahren, weil aus ihrer Richtung die Ampel bereits ausgeschaltet (dunkel) gewesen sei. Die Kl. hat vor dem LG von dem bekl. Land Erstattung der ihr entstandenen Unkosten verlangt, nämlich 300,00 EUR Selbstbehalt ihrer Kaskoversicherung, 120,67 EUR vorgerichtliche Anwaltskosten und 150,00 EUR Selbstbehalt in ihrer Rechtschutzversicherung. Die Rechtschutzversicherung habe sie in Anspruch genommen, um sich in einem gegen sie eingeleiteten Bußgeldverfahren zu verteidigen. Außerdem hat die Kl. die Feststellung begehrt, dass das bekl. Land verpflichtet ist, ihr den Schaden zu ersetzen, der durch die Höherstufung in der Kaskoversicherung entstanden ist und noch entstehen wird. Das bekl. Land ist der Klage entgegnetreten und hat gleichzeitig der Streithelferin den Streit verkündet. Diese habe sich vertraglich zur Wartung und Unterhaltung der Ampelanlage verpflichtet. Für einen eventuellen Fehler der Ampelanlage sei die Streithelferin verantwortlich, so dass diese im Falle einer Verurteilung die Schadensersatzleistungen an das bekl. Land zu erstatten habe. Die Streithelferin ist erstinstanzlich dem Rechtstreit nicht beigetreten. Ist die Klage begründet?

Die Klage ist begründet, wenn die Kl. einen Schadensersatzanspruch gegen das bekl. Land hat. Als Anspruchsgrundlage kommt hier

Eine Haftung des bekl. Landes kommt aus dem rechtlichen Gesichtspunkt des enteignungsgleichen Eingriffs in Betracht.

I. Begriff des enteignungsgleichen Eingriffs

„Die Rechtsfigur des enteignungsgleichen Eingriffs ist **gewohnheitsrechtlich anerkannt**.

Der Staat **haftet**, wenn ein Bürger durch eine **rechtswidrige Maßnahme des Staats** unmittelbar geschädigt worden ist. Diese Grundsätze kommen insbesondere dann zum Tragen, wenn ein Verkehrsunfall durch die **Fehlfunktion einer Ampelanlage** („feindliches Grün“) verursacht wird. Denn das **Grün** einer Ampel bedeutet das **Gebot**: „Der Verkehr ist freigegeben.“ Dies ist **rechtswidrig, wenn zur gleichen Zeit für den Querverkehr eine widersprechende Anordnung gilt** (vgl. BGH, NJW 1987, 1945; OLG Karlsruhe, NJW 1993, 1402; Greger, Haftungsrecht des Straßenverkehrs, 4. Aufl. 2007, § 18 Rn. 2).“ (OLG Karlsruhe aaO)

II. „feindliches Grün“

„Feindliches Grün“ in diesem Sinne liegt nicht nur dann vor, wenn der **Verkehr für zwei sich kreuzende Straßen gleichzeitig durch „Grün“** der jeweiligen Ampel freigegeben ist. Vielmehr handelt es sich auch dann um „feindliches Grün“, wenn lediglich auf der untergeordneten Straße das Lichtzeichen „Grün“ leuchtet, während auf der bevorrechtigten Straße die Ampelanlage ausgeschaltet ist. Denn auch dann besteht eine **widersprüchliche und damit rechtswidrige Verkehrsregelung**, weil der Verkehr gleichzeitig auf der untergeordneten Straße durch das Lichtzeichen „grün“ freigegeben ist, während er auf der kreuzenden Straße – bei ausgeschalteter Ampel – durch das Verkehrszeichen freigegeben ist, welches den Vorrang anordnet. Die Feststellungen des LG (Grün für die Kl. bei gleichzeitig ausgeschalteter Ampel für die Zeugin K) reichen mithin für eine Haftung des bekl. Landes aus enteignungsgleichem Eingriff aus.“ (OLG Karlsruhe aaO)

III. Vorliegen der Voraussetzungen

Die Haftung des bekl. Landes aus enteignungsgleichem Eingriff ist **verschuldensunabhängig** (vgl. Greger, § 18 Rn. 1). Es ist daher ohne Bedeutung, ob und inwieweit den Mitarbeitern der zuständigen Straßenverkehrsbehörde einerseits und/oder den Mitarbeitern der Streithelferin andererseits eine für den Fehler der Ampelanlage ursächliche Pflichtverletzung zur Last fällt.

„Für die Haftung kommt es [zudem] nicht darauf an, wie lange das Lichtzeichen „Grün“ aufgeleuchtet hat. Entscheidend für die Rechtswidrigkeit des „feindlichen Grüns“ ist allein, dass die Dauer des Zeichens „Grün“ ausreichend war, um die Kl. (unfallursächlich) zum Einfahren in die Kreuzung zu veranlassen.“ (OLG Karlsruhe aaO)

IV. Passivlegitimation

Das bekl. Land ist müsste passivlegitimiert sein. Bei einer Haftung des Staates aus enteignungsgleichem Eingriff kommt es darauf an, welcher Hoheitsträger „begünstigt“ ist. Es ist dabei darauf abzustellen, wessen Aufgaben durch die rechtswidrige Maßnahme erfüllt wurden (vgl. bspw.: Geigel/Kapsa, Der Haftpflichtprozess, 26. Aufl. 2011, 21. Kap., Rn. 64).

„Bei feindlichem Grün handelt es sich um eine **Anordnung im Straßenverkehr**, für welche die **Straßenverkehrsbehörde** zuständig ist (vgl. BGH, NJW 1987, 1945 f.; Greger, § 18 Rn. 7). Für die Haftung aus enteignungsgleichem Eingriff kommt es dabei nicht darauf an, welche Behörde für die Straßenverkehrssicherungspflicht bzw. für die Straßenbaulast zuständig ist (für Amtshaftungsansprüche kann etwas Anderes gelten, vgl. BGH, NJW 1984, 2097 = VersR 1984, 759). In Baden-Württemberg nimmt das **Landratsamt als untere staatliche Verwaltungsbehörde** die Aufgaben der Straßenverkehrsbehörde wahr (§ 44 I 1 StVO, §§ 15 I Nr. 1, 18 I LVG BW). Mithin haftet das **Land Baden-Württemberg**, für welches das Landratsamt als untere staatliche Verwaltungsbehörde tätig wird.“ (OLG Karlsruhe aaO)

Das bekl. Land ist daher passivlegitimiert.

V. Höhe des Anspruchs

Fraglich ist jedoch, in welchem Umfang der Staat für einen entstandenen Schaden haftet.

1. Haftungsumfang beim enteignungsgleichen Eingriff

„Bei einem enteignungsgleichen Eingriff schuldet der Staat grundsätzlich **keinen Ersatz sämtlicher adäquat verursachten Schäden**. Vielmehr ist wie bei einer Enteignung nur eine **angemessene Entschädigung** zu gewähren. Dabei wird der Substanzverlust, der an einem bestimmten Rechtsgut des Geschädigten entstanden ist, ausgeglichen (vgl. bspw.: Greger, § 18 Rn. 6; Ossenbühl/Cornils, Staatshaftungsrecht, 6. Aufl. 2013, S. 252 ff.).“ (OLG Karlsruhe aaO)

2. Bestimmung der angemessenen Entschädigung im vorliegenden Fall

a) Fahrzeugschaden

Die Kl. hat durch die Beschädigung ihres Fahrzeugs in diesem Sinne einen Substanzverlust erlitten. Die Entschädigung kann in einem derartigen Fall bemessen werden im Minderwert des beschädigten Fahrzeugs oder in den Reparaturkosten, die zur Wiederherstellung des Fahrzeugs erforderlich sind. Der überwiegende Teil des Substanzverlustes ist für die Kl. durch die Leistung ihrer Kaskoversicherung ausgeglichen worden. Ihr ist allerdings ein Selbstbehalt der Kaskoversicherung von 300,00 EUR verblieben. Dieser Betrag stellt sich damit als ein Teil des Substanzverlustes dar, den das bekl. Land auszugleichen hat.

„Der Entschädigungsanspruch wird **nicht gemindert durch die mitwirkende Betriebsgefahr** des Fahrzeugs der Kl. (§ 254 I BGB, § 17 I, II StVG). Zwar kommt grundsätzlich auch bei einem Entschädigungsanspruch aus enteignungsgleichem Eingriff ein Mitverschulden des Geschädigten (bzw. die Berücksichtigung einer mitwirkenden Betriebsgefahr) in Betracht. Dabei sind jeweils die Umstände des

Einzelfalls zu berücksichtigen (vgl. BGH, NJW 1987, 1954 [1956]; OLG Celle, NZV 1999, 244). Bei einer solchen Abwägung können zulasten der Kl. jedoch nur solche Umstände berücksichtigt werden, die unstreitig oder nachgewiesen sind. Da es keine exakten Feststellungen zu der Frage gibt, wie lange die Ampel für die Kl. „Grün“ zeigte, ist im Rahmen dieser Abwägung aus Beweislastgründen zugunsten der Kl. davon auszugehen, dass jedenfalls so lange „Grün“ zu sehen war, dass die Kl. keine Chance mehr hatte, vor dem Einfahren in die Kreuzung das Wechseln auf gelbes Blinklicht zu erkennen. Ein solcher Sachverhalt erscheint nach den Angaben der vom LG vernommenen Zeugin T zumindest möglich. **Wenn die Kl. – was im Rahmen der Abwägung aus Beweislastgründen zu unterstellen ist – keine Chance hatte, den Unfall durch eine eigene Reaktion zu vermeiden**, erscheint es angemessen, die **mitwirkende Betriebsgefahr bei der Haftung gänzlich zurücktreten** zu lassen (vgl. die im Ergebnis ähnlichen Entscheidungen: OLG Hamm, NZV 2003, 577; OLG Celle, NZV 1999, 244.)“ (OLG Karlsruhe aaO)

b) Selbstbehalt der Rechtsschutzversicherung

Fraglich ist, ob das bekl. Land auch verpflichtet ist, der Kl. den Betrag von 150,00 EUR zu erstatten, den sie als Selbstbehalt ihrer Rechtsschutzversicherung für ihre Verteidigung im Bußgeldverfahren aufgewendet hat.

„**Unkosten für die Verteidigung im Bußgeldverfahren haben nichts mit dem Substanzverlust zu tun, der an dem im Eigentum der Kl. befindlichen Fahrzeug entstanden ist. Es handelt sich vielmehr um Folgekosten des Verkehrsunfalls. Folgekosten sind bei einem enteignungsgleichen Eingriff – anders als im Schadensersatzrecht des Bürgerlichen Gesetzbuchs – jedoch nur in engen Grenzen ersatzfähig**, nämlich wenn es sich um Folgeschäden handelt, welche durch die Enteignung bzw. **durch den enteignungsgleichen Eingriff „unmittelbar und zwangsnötig“ begründet wurden** (vgl. Ossenbühl/Cornils, S. 254; BGHZ 55, 294 [296] = NJW 1971, 1176). Die Aufwendungen für die Verteidigung im Bußgeldverfahren sind (nur) eine **mittelbare Folge** des Verkehrsunfalls und daher bei einem enteignungsgleichen Eingriff **nicht ersatzfähig**.“ (OLG Karlsruhe aaO)

c) Rückstufungsschaden

Die Kl. macht darüber hinaus ihren Rückstufungsschaden in der Kaskoversicherung geltend. Fraglich ist, ob es sich hierbei um einen unmittelbaren Schaden aufgrund des erlittenen Substanzverlustes handelt.

„Der Sache nach handelt es sich bei dem Rückstufungsschaden, wie bei dem Selbstbehalt in der Kaskoversicherung, um **Wiederherstellungskosten**, welche die Kl. **aufgewendet hat, um den Sachschaden ihres Kraftfahrzeugs auszugleichen**. Bei einem Sachschaden, der insgesamt deutlich höher liegt als (zusammengerechnet) Selbstbehalt der Kaskoversicherung und Rückstufungsschaden, liegen die beiden von der Kl. geltend gemachten Beträge (Kaskoselbstbehalt und Rückstufungsschaden) in jedem Fall unter der vollständigen Entschädigung für den Schaden am Kraftfahrzeug.“ (OLG Karlsruhe aaO)

Daher hat das bekl. Land auch die in der Rückstufung begründete Vermögenseinbuße der Kl. zu entschädigen.

„Zweifel können allerdings bestehen, ob das bekl. Land bei einem enteignungsgleichen Eingriff den **gesamten Sachschaden**, beispielsweise beziffert durch die erforderlichen Reparaturkosten, **neben dem Rückstufungsschaden** zu ersetzen hat, da die vom bekl. Land zu leistende Entschädigung auf der Basis der Substanzrechtsprechung möglicherweise durch die Höhe der erforderlichen Reparaturkosten oder durch den Minderwert des Fahrzeugs begrenzt wird (vgl. die entsprechende Problematik zur Ersatzfähigkeit von Finanzierungskosten bei einem enteignungsgleichen Eingriff bei: Schmidt-Assmann, NJW 1974, 1265 [1269]). Diese Frage ist **vorliegend allerdings nicht erheblich**. Denn die Frage, auf welche Höhe die vom bekl. Land zu leistende Entschädigung, einschließlich Rückstufungsschaden, ggf. zu begrenzen ist, ist bei einem eventuellen **Rückgriff der Kaskoversicherung** gegenüber dem bekl. Land zu prüfen und nicht im vorliegenden Prozess. Dies ergibt sich aus § 86 I 2 VVG (**Quotenvorrecht des Versicherungsnehmers**).“ (OLG Karlsruhe aaO)

d) vorgerichtliche Rechtsanwaltskosten

Die Kl. verlangt zudem von dem bekl. Land auch Ersatz der vorgerichtlichen Anwaltskosten in Höhe von 120,67 EUR.

„Zwar sind die Anwaltskosten **nicht Teil des ersatzfähigen Substanzschadens**. Beauftragt der Geschädigte, wie vorliegend die Kl., nach einem enteignungsgleichen Eingriff einen Anwalt, um die erforderliche Entschädigung geltend zu machen, handelt es sich hierbei jedoch um einen bei einer Enteignung **ersatzfähigen Folgeschaden**. Dies ist in der Rechtsprechung für entsprechende Fälle anerkannt (vgl. BGHZ 61, 240 [241] = NJW 1973, 2202).“ (OLG Karlsruhe aaO)

VI. Ergebnis

Die Klage ist in Höhe von 420,67 EUR begründet und im Übrigen abzuweisen.

(BVerfG in NJW 2014, 1364; Beschluss vom 17.12.2013 - 1 BvL 6/10)

1. Die Regelung der behördlichen Vaterschaftsanfechtung (§ 1600 I Nr. 5 BGB) ist als **absolut verbotene Entziehung der Staatsangehörigkeit** anzusehen (Art. 16 I 1 GG), weil der mit der Behördenanfechtung verbundene Wegfall der Staatsangehörigkeit durch die Betroffenen teils gar nicht, teils nicht in zumutbarer Weise beeinflussbar ist.
2. Die Regelung genügt nicht den verfassungsrechtlichen Anforderungen an einen sonstigen Verlust der Staatsangehörigkeit (Art. 16 I 2 GG), weil sie keine Möglichkeit bietet, zu berücksichtigen, ob das Kind staatenlos wird, und weil es an einer dem **Grundsatz des Gesetzesvorbehalts** genügenden Regelung des Staatsangehörigkeitsverlusts sowie an einer angemessenen Fristen- und Altersregelung fehlt.
3. **Verfassungsrechtliche Elternschaft** (Art. 6 II 1 GG) besteht bei einer durch Anerkennung begründeten rechtlichen Vaterschaft auch dann, wenn der **Anerkennende weder der biologische Vater des Kindes ist noch eine sozial-familiäre Beziehung zum Kind begründet hat**. Allerdings hängt die Intensität des verfassungsrechtlichen Schutzes davon ab, ob die rechtliche Vaterschaft auch sozial gelebt wird.

Fall: Die Vorlage des AG Hamburg-Altona (NJW 2010, 2160 Ls. = BeckRS 2010, 11093) betrifft die Frage, ob die Regeln zur so genannten Behördenanfechtung, welche die Vaterschaft und die durch Vaterschaftsanerkennung begründete deutsche Staatsangehörigkeit des Kindes rückwirkend entfallen lässt, mit dem Grundgesetz vereinbar sind. Das in §§ 1600 ff. BGB geregelte Recht der Vaterschaftsanfechtung wurde im Jahr 2008 um die hier zu überprüfenden Regeln zur Behördenanfechtung ergänzt. Hintergrund war der Eindruck des Gesetzgebers, dass das im Familienrecht gezielt voraussetzungsarm ausgestaltete Instrument der Vaterschaftsanerkennung (§ 1592 Nr. 2 BGB) in bestimmten Konstellationen zur Umgehung der gesetzlichen Voraussetzungen des Aufenthaltsrechts genutzt wird. Die Regelungen der Vaterschaftsanerkennung lassen es zu, die Vaterschaft für ein ausländisches Kind anzuerkennen, um beim Kind den automatischen Abstammungserwerb der deutschen Staatsangehörigkeit nach § 4 I, III StAG herbeizuführen und so mittels Familiennachzugs nach § 28 I 1 Nr. 3 AufenthG ein Aufenthaltsrecht des ausländischen Elternteils zu begründen oder zu stärken.

Mit Beschluss vom 15.04.2010 hat das AG Hamburg-Altona (NJW 2010, 2160 Ls. = BeckRS 2010, 11093) ein laufendes Verfahren ausgesetzt, um die Entscheidung des BVerfG darüber einzuholen, ob § 1600 I Nr. 5 BGB i.V.m. Art. 229 § 16 EGBGB mit dem Grundgesetz vereinbar ist.

I. Verstoß gegen Art. 16 I GG

Nach Art. 16 I GG darf die deutsche Staatsangehörigkeit nicht entzogen werden. Der Verlust der Staatsangehörigkeit darf nur auf Grund eines Gesetzes und gegen den Willen des Betroffenen nur dann eintreten, wenn der Betroffene dadurch nicht staatenlos wird.

1. Schutzbereich

Art. 16 I GG schützt vor dem Wegfall der deutschen Staatsangehörigkeit.

*„Dieser Schutz kommt **auch Kindern** zu, die die deutsche **Staatsangehörigkeit** nach § 4 I oder III StAG **auf Grund einer Vaterschaftsanerkennung erworben** haben. Dem verfassungsrechtlichen Schutz der Staatsangehörigkeit steht nicht entgegen, dass die den Staatsangehörigkeitserwerb auslösende Vaterschaft behördlicher Anfechtung unterliegt. Die gerichtliche Feststellung des Nichtbestehens der Vaterschaft, an die der Geburtserwerb der deutschen Staatsangehörigkeit des Kindes geknüpft ist, beseitigt eine zuvor bestehende deutsche Staatsangehörigkeit des Kindes und nicht etwa nur den Schein einer solchen. Nach § 1592 Nr. 2 BGB ist der Mann, der die Vaterschaft anerkannt hat, Vater dieses Kindes. Bis zur Rechtskraft eines auf Anfechtung hin ergehenden Urteils, in dem das Nichtbestehen der Vaterschaft festgestellt wird, besteht im Rechtssinne die Vaterschaft dieses Mannes. Die **durch Anerkennung erworbene Vaterschaft ist eine rechtlich vollwertige Vaterschaft**, keine bloße Scheinvaterschaft. Schon deshalb ist auch die nach Maßgabe des § 4 I oder III StAG von ihr abgeleitete deutsche Staatsangehörigkeit **keine bloße Scheinstaaatsangehörigkeit** (vgl. BVerfGK 9, 381 [383 f.] = NJW 2007, 425 entsprechend zur Vaterschaftsanfechtung durch den rechtlichen Vater nach § 1600 I Nr. 1 BGB).*

*Am verfassungsrechtlichen Schutz der zwischenzeitlich bestehenden deutschen Staatsangehörigkeit ändert auch der Umstand nichts, dass der Verlust der Staatsangehörigkeit durch Vaterschaftsanfechtung einfachrechtlich als anfängliche Unwirksamkeit der Vaterschaft und Staatsangehörigkeit konstruiert wird und damit rückwirkend entfällt. Es handelt sich insoweit lediglich um eine **Regelungstechnik zur nachträglichen Korrektur** eines bestimmten Ergebnisses, das die zwischenzeitlich Realität gewordene rechtliche Anerken-*

nung von Vaterschaft bzw. Staatsangehörigkeit nicht ungeschehen und ihre Schutzwürdigkeit nicht automatisch hinfällig macht (vgl. BVerfGE 116, 24 [46] = NVwZ 2006, 807 = NJW 2006, 2542 Ls.).“ (BVerfG aaO)

Der Schutzbereich ist daher eröffnet.

2. Eingriff

Eine erfolgreiche Behördenanfechtung der Vaterschaft greift in die grundrechtlichen Gewährleistungen des Art. 16 I GG ein.

„Die Vaterschaftsanfechtung führt beim betroffenen Kind zum **Verlust der deutschen Staatsangehörigkeit**, wenn das Kind die deutsche Staatsangehörigkeit allein von dem Mann, der die Vaterschaft anerkannt hat, also dem bisherigen rechtlichen Vater, ableitet. Zwar verhält sich das von der Behörde durch die Vaterschaftsanfechtung erwirkte familiengerichtliche Urteil ausdrücklich allein zur Vaterschaft. Mit dem nach ständiger Rechtsprechung der Zivilgerichte rückwirkenden Wegfall der Vaterschaft tritt jedoch, **ohne dass dies gesetzlich ausdrücklich geregelt wäre, nach ebenfalls gefestigter Rechtsprechung der Verwaltungsgerichte automatisch auch der Verlust der Staatsangehörigkeit ein** (s. A III 2; abrufbar unter BeckRS 2014, 46474), der an Art. 16 I GG zu messen ist.

Ein Eingriff in Art. 16 I GG ist auch nicht etwa deshalb zu verneinen, weil der Verlust der Staatsangehörigkeit nur eine **ungewollte Nebenfolge** der behördlichen Vaterschaftsanfechtung wäre. Abgesehen davon, dass eine solche Einordnung der Behördenanfechtung **nicht ihren Eingriffscharakter nähme**, trifft sie auch in der Sache nicht zu; die Beseitigung der Staatsangehörigkeit des Kindes ist das eigentliche Ziel der Maßnahme, da die Aufenthaltsrechtlichen Vorteile für den anderen Elternteil, die damit beseitigt werden sollen, gerade aus dem Staatsangehörigkeitserwerb des Kindes resultieren.“ (BVerfG aaO)

3. Rechtfertigung

a) Entziehung der Staatsangehörigkeit, § 16 I 1 GG

Der Grundrechtseingriff ist verfassungsrechtlich nicht zu rechtfertigen, weil die Regelungen über die Behördenanfechtung als absolut verbotene Entziehung der Staatsangehörigkeit i.S.d. Art. 16 I 1 GG anzusehen sind.

„Eine Entziehung der deutschen Staatsangehörigkeit i.S.d. Art. 16 I 1 GG ist **„jede Verlustzufügung**, die die – für den Einzelnen und für die Gesellschaft gleichermaßen bedeutsame – **Funktion der Staatsangehörigkeit als verlässliche Grundlage gleichberechtigter Zugehörigkeit** beeinträchtigt. Eine Beeinträchtigung der Verlässlichkeit und Gleichheit des Zugehörigkeitsstatus liegt insbesondere in jeder Verlustzufügung, die der Betroffene nicht oder nicht auf zumutbare Weise beeinflussen kann“ (BVerfGE 116, 24 [44] = NVwZ 2006, 807 = NJW 2006, 2542 Ls. m.w.N.).

Die Regelung über die Behördenanfechtung ist als verfassungswidrige Entziehung der Staatsangehörigkeit (Art. 16 I 1 GG) anzusehen, weil die Betroffenen den Staatsangehörigkeitsverlust teils gar nicht, teils nicht in zumutbarer Weise beeinflussen können. [wird ausgeführt]“ (BVerfG aaO)

b) Nichtberücksichtigung von Staatenlosigkeit und fehlen gesetzlicher Regelung

Die zu überprüfenden Normen verstoßen darüber hinaus gegen Art. 16 I 2 GG.

„Sie genügen nicht den verfassungsrechtlichen Anforderungen, die Art. 16 I 2 GG an einen sonstigen Verlust der Staatsangehörigkeit stellt, weil sie keine Möglichkeit bieten, zu berücksichtigen, ob das Kind staatenlos wird, weil es an einer ausdrücklichen gesetzlichen Regelung des Staatsangehörigkeitsverlusts fehlt und weil keine angemessene Fristen- und Altersregelung getroffen wurde, die verhindern könnte, dass auch ältere Kinder, die die deutsche Staatsangehörigkeit über einen längeren Zeitraum besessen haben, diese noch verlieren. [wird ausgeführt]“ (BVerfG aaO)

4. Zwischenergebnis

Damit liegt ein nicht zu rechtfertigender Eingriff in Art. 16 I GG vor.

II. Verstoß gegen Art. 6 II GG

Die Regelung könnte gegen das durch Art. 6 II 1 GG geschützte Elternrecht verstoßen.

1. Schutzbereich

„Art. 6 II 1 GG **schützt** als Grundlage und Kern des Elternrechts **auch den Bestand der Elternschaft**. Die Behördenanfechtung betrifft das Bestandsinteresse des Vaters wie auch das ebenfalls geschützte (vgl. BVerfGE 38, 241 [252] = NJW 1975, 203) Interesse der Mutter am Fortbestand einer zuvor willentlich begründeten gemeinsamen Elternschaft.

Eine **verfassungsrechtlich geschützte Elternschaft besteht auch dann, wenn die Vaterschaft durch Anerkennung nach § 1592 Nr. 2 BGB begründet wurde** und der Anerkennende – wie in § 1600 III BGB vorausgesetzt – **weder der biologische Vater** des Kindes ist **noch eine sozial-familiäre Beziehung** zum Kind begründet hat. Die durch Vaterschaftsanerkennung nach § 1592 Nr. 2 BGB erlangte Vaterstellung

macht den anerkennenden Mann unabhängig von den biologischen Abstammungsverhältnissen zugleich zum Träger des verfassungsrechtlichen Elternrechts des Art. 6 II 1 GG, ohne dass es auf die Begründung einer sozial-familiären Beziehung ankäme. Freilich hängt die Intensität des durch Art. 6 II 1 GG garantierten Schutzes davon ab, ob die rechtliche Vaterschaft auch sozial gelebt wird.“ (BVerfG aaO)

Der Schutzbereich ist daher eröffnet.

2. Eingriff

Die Behördenanfechtung beendet die rechtliche Vaterschaft rückwirkend gegen den Willen der Familienmitglieder und greift so in das Bestandsinteresse beider Eltern ein.

3. Rechtfertigung

Der Eingriff ist nicht zu rechtfertigen, weil er unverhältnismäßig ist.

*„Das Elterngrundrecht enthält **keinen allgemeinen Gesetzesvorbehalt**. Eine Beschränkung des Elterngrundrechts kann indessen auf Grund **verfassungsimmanenter Schranken** erfolgen. Die Behördenanfechtung dient der Durchsetzung aufenthaltsrechtlicher Steuerungszwecke und verfolgt damit ein **legitimes Ziel**, das eine verfassungsimmanente Schranke des Elterngrundrechts bildet. Zwar erteilt das Grundgesetz dem Gesetzgeber nicht ausdrücklich den Auftrag, den Zuzug ausländischer Staatsangehöriger zu regeln. Die Eröffnung bzw. Verwehrung von **Zuzugsmöglichkeiten** berührt das Gemeinwesen jedoch im Kern und **bedarf** darum **rechtlicher Steuerung**.*

*Zielte die Vaterschaftsanerkennung gerade auf aufenthaltsrechtliche Vorteile, ist die Schutzwürdigkeit der Elternposition gering. Der Eingriff durch eine behördliche Anfechtung ist insoweit angesichts ihrer legitimen Zwecksetzung verhältnismäßig. Soweit die Behördenanfechtung hingegen nach den zu breit formulierten Voraussetzungen des § 1600 I Nr. 5 BGB **Vaterschaften erfasst**, die **nicht zur Umgehung gesetzlicher Voraussetzungen des Aufenthaltsrechts** anerkannt wurden, ist sie nicht vom Gesetzeszweck getragen und ist darum im Hinblick auf das Elterngrundrecht unverhältnismäßig.“ (BVerfG aaO)*

4. Zwischenergebnis

Es liegt ein Verstoß gegen Art. 6 II GG vor

III. Verstoß gegen Art. 2 I i.V.m. Art. 6 II 1 GG

Die überprüften Regelungen verstoßen gegen das durch Art. 2 I i.V.m. Art. 6 II 1 GG geschützte **Recht des Kindes auf Gewährleistung elterlicher Pflege und Erziehung**.

1. Schutzbereich

*„Kinder, denen ein **eigenes Recht auf freie Entfaltung ihrer Persönlichkeit** zu kommt (Art. 2 I GG), bedürfen des Schutzes und der Hilfe, um sich zu eigenverantwortlichen Persönlichkeiten innerhalb der sozialen Gemeinschaft entwickeln zu können. Art. 2 I i.V.m. Art. 6 II 1 GG verleiht dem Kind darum ein **Recht auf staatliche Gewährleistung** elterlicher Pflege und Erziehung (vgl. BVerfG, NJW 2013, 847 Rn. 41 ff.) und schützt Kinder zugleich dagegen, durch staatliche Maßnahmen von der spezifisch elterlichen Hinwendung abgeschnitten zu werden.“ (BVerfG aaO)*

2. Eingriff

*„Ist die behördliche Anfechtungsklage erfolgreich, entfällt rückwirkend auf den Tag der Geburt des Kindes die bisherige Vaterschaftszuordnung. Dem Kind wird mit der erfolgreichen Vaterschaftsanfechtungsklage **durch eine staatliche Behörde der rechtliche Vater genommen**. Dies greift in das Recht des Kindes auf Gewährleistung elterlicher Pflege und Erziehung ein.“ (BVerfG aaO)*

3. Rechtfertigung

*„Der Eingriff in das Recht des Kindes ist **unverhältnismäßig**, sofern die Behördenanfechtung Vaterschaftsanerkennungen betrifft, die **nicht zur Umgehung des Aufenthaltsrechts** erfolgt sind.*

*Wurde die Vaterschaftsanerkennung hingegen allein zu aufenthaltsrechtlichen Zwecken vorgenommen, ist der **soziale Gehalt der Vaterschaft** für das Kind typischerweise nicht hoch. Dass der Gesetzgeber demgegenüber dem Interesse an der Durchsetzung aufenthaltsrechtlicher Zielsetzungen den Vorrang gegeben hat, ist verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden.“ (BVerfG aaO)*

4. Zwischenergebnis

Es liegt ein Verstoß gegen Art. 2 I i.V.m. Art. 6 II 1 GG vor

IV. Verstoß gegen Art. 6 I GG

*„Ein – nur in Teilen durch verfassungskonforme Auslegung zu vermeidender – **Verstoß gegen das allgemeine Familiengrundrecht** aus Art. 6 I GG liegt vor, weil die Regelung ein tatsächlich bestehendes Familienleben im Rahmen des Anfechtungsverfahrens nach § 1600 I Nr. 5 BGB **unnötig mit behördlichen und gerichtlichen Ausforschungen belastet**.“ (BVerfG aaO)*

V. Verstoß gegen Art. 6 V GG

„Art. 6 V GG setzt als **Konkretisierung des allgemeinen Gleichheitssatzes** und als Schutznorm zu Gunsten nichtehelicher Kinder der gesetzgeberischen Gestaltungsfreiheit Grenzen (vgl. BVerfGE 84, 168 [184 f.] = NJW 1991, 1944). Auch eine **mittelbare Schlechterstellung nichtehelicher Kinder** im Verhältnis zu ehelichen Kindern ist durch Art. 6 V GG verboten (vgl. BVerfGE 118, 45 [62] = NJW 2007, 1735 m.w.N.). Eine ungleiche Behandlung nichtehelicher Kinder, die sich als Benachteiligung gegenüber ehelichen Kindern auswirkt, bedarf stets einer überzeugenden Begründung (vgl. BVerfGE 84, 168 [185] = NJW 1991, 1944).“ (BVerfG aaO)

1. Vorliegen einer Ungleichbehandlung

Die Regelungen über die Behördenanfechtung bewirken mittelbar eine Benachteiligung nichtehelicher Kinder.

„Der Gesetzgeber hat die **rechtliche Vaterschaft kraft Anerkennung** (§ 1592 Nr. 2 BGB), **nicht** aber die **rechtliche Vaterschaft kraft Ehe** (§ 1592 Nr. 1 BGB) behördlicher Anfechtung unterworfen, obwohl auch im Fall der auf Ehe beruhenden Vaterschaft eine lediglich rechtliche Vaterschaft ohne biologische Abstammungsbeziehung vorliegen kann, die unter Umständen – ähnlich wie die Vaterschaftsanerkennung – einen besseren Aufenthaltsstatus vermittelt. Die **Behördenanfechtung** im Fall der Vaterschaftsanerkennung knüpft zwar nicht an das Merkmal der Nichtehelichkeit des Kindes an. Praktisch **trifft** sie jedoch **gerade die nichtehelichen Kinder** und führt so zu einer (**mittelbaren**) **Ungleichbehandlung** nichtehelicher Kinder rechtlicher Väter gegenüber ehelichen Kindern von rechtlichen Vätern. Zwar sieht das Gesetz in §§ 1314 II Nr. 5, 1316 I Nr. 1 BGB auch die Möglichkeit eines behördlichen Antrags auf Aufhebung einer zu Aufenthaltswzwecken geschlossenen Ehe vor. Die Aufhebung der Ehe führt jedoch nicht zur Beendigung der Vaterschaft eines in der Ehe geborenen Kindes, obwohl das Kind auch hier – wie im Fall der Behördenanfechtung – dem ausländischen Elternteil weiterhin über § 28 I 1 Nr. 3 AufenthG einen besseren Aufenthaltsstatus vermitteln kann. Eine Anfechtung der durch eine zu Aufenthaltswzwecken geschlossenen Ehe begründeten Vaterschaft sieht das Gesetz nicht vor, und zwar auch dann nicht, wenn die Ehe gem. §§ 1313, 1314 II Nr. 5, 1316 I Nr. 1 BGB aufgehoben wurde.“ (BVerfG aaO)

2. Rechtfertigung der Ungleichbehandlung

Die Ungleichbehandlung nichtehelicher Kinder, deren rechtliches Verhältnis zum Vater auf Anerkennung beruht (§ 1592 Nr. 2 BGB) und ehelicher Kinder, deren rechtliches Verhältnis zum Vater auf der Ehe der Mutter beruht (§ 1592 Nr. 1 BGB), könnte gerechtfertigt sein.

„Der **Gesetzgeber** ist von Verfassungswegen **nicht gezwungen**, behördliches Einschreiten **in allen Konstellationen allein rechtlicher Vater-Kind-Beziehungen** anzuordnen, die den Beteiligten aufenthaltsrechtliche Vorteile bringen. Vielmehr steht ihm ein **politischer Spielraum** zu, sich auf Konstellationen zu beschränken, in denen er besonderen Handlungsbedarf sieht. Offenbar hat der Gesetzgeber den Handlungsbedarf bei einer durch Aufenthaltsehe begründeten Vaterschaft für geringer gehalten als bei auf Anerkennung beruhender Vaterschaft. Dabei ist der Gesetzgeber auch bezüglich **aufenthaltsrechtlich motivierter Ehen** nicht untätig geblieben, sondern hat, wie gesehen, die Aufenthaltsehe behördlicher Aufhebung unterworfen. Freilich hat er darauf verzichtet, auch die durch diese aufgehobene Ehe vermittelte Vaterschaft für Kinder des ausländischen Elternteils der Anfechtung zu unterwerfen.

Dass der Gesetzgeber sich darauf konzentriert hat, die Aufhebung der Aufenthaltsehe zu ermöglichen, nicht aber dadurch etwa vermittelte Vaterschaften aufheben wollte, ist **hinreichend plausibel** und darum **verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden**. Die auf einer Ehe beruhende Vaterschaft hat im Vergleich zur durch Anerkennung begründeten Vaterschaft quantitativ ein deutlich geringeres Potenzial, anderen Personen einen besseren Aufenthaltsstatus zu vermitteln: Ein Mann kann in Deutschland gleichzeitig nur mit einer Frau die Ehe eingehen; er kann aber jederzeit für zahlreiche Kinder die Vaterschaft anerkennen. Zudem kann im Wege der Ehe nur künftig auf die Welt kommenden Kindern die Vaterschaft vermittelt werden, wohingegen die **Anerkennung der Vaterschaft auch für früher geborene Kinder** möglich ist. Ein einzelner Mann kann darum mittels Vaterschaftsanerkennung sehr viel mehr Personen zu einer aufenthaltsrechtlich vorteilhaften Position verhelfen als ihm durch Eingehung einer Ehe möglich wäre.“ (BVerfG aaO)

Die Ungleichbehandlung kann daher verfassungsrechtlich gerechtfertigt werden.

3. Zwischenergebnis

Es liegt kein Verstoß gegen Art. 6 V GG vor.

VI. Ergebnis

Die Regelungen über die Behördenanfechtung (§ 1600 I Nr. 5 BGB und Art. 229 § 16 EGBGB) sind verfassungswidrig. Sie verstoßen gegen Art. 16 I GG, gegen Art. 6 II 1 GG, gegen Art. 2 I i.V.m. Art. 6 II 1 GG und gegen Art. 6 I GG. Ein Verstoß gegen Art. 6 V GG liegt hingegen nicht vor.

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
§ 439 II

Kaufrechtlicher Nacherfüllungsanspruch Sachverständigenkosten zur Vorbereitung eines Gewährleistungsanspruchs (BGH in BB 2014, 1409; Beschluss vom 13.02.2014 – 16 F 2/14)

BGB

Der **Nacherfüllungsanspruch aus § 439 II BGB erfasst** verschuldensunabhängig auch **Sachverständigenkosten**, die einem Käufer entstehen, um die Ursache der Mangelerscheinungen des Kaufgegenstandes aufzufinden und auf diese Weise zur Vorbereitung eines die Nacherfüllung einschließenden Gewährleistungsanspruchs die Verantwortlichkeit für den Mangel zu klären.

- I. § 439 II BGB bestimmt, dass der **Verkäufer die zum Zwecke der Nacherfüllung erforderlichen Kosten**, insbesondere Transport-, Wege-, Arbeits- und Materialkosten zu **tragen** hat.

Ob und unter welchen Voraussetzungen darunter auch Kosten fallen, die der Käufer durch Einholung eines Sachverständigengutachtens zur Feststellung des Vorliegens eines Mangels aufwendet, hat der BGH bislang noch nicht entschieden. Er hat in anderem Zusammenhang lediglich ausgesprochen, dass es sich hierbei um eine **Kostentragungsregelung mit Anspruchscharakter** handelt, welche die von Art. 3 III 1, IV der Richtlinie geforderte Unentgeltlichkeit der Nacherfüllung gewährleisten soll, dabei aber keine Rückschlüsse auf sonstige Rechte und Pflichten der Kaufvertragsparteien zulässt (BGHZ 189, 196). Außerdem hat der BGH klar gestellt, dass die Vorschrift, nach der der Käufer Anspruch auf Übernahme der "zum Zwecke der Nacherfüllung erforderlichen Aufwendungen" durch den Verkäufer hat, in zeitlicher Hinsicht voraussetzt, dass sich der Vollzug des Kaufvertrags bei Entstehung der Aufwendungen im Stadium der Nacherfüllung gem. § 439 I BGB befindet (BGHZ 177, 224), und dass solche zum Zwecke der Nacherfüllung getätigten Aufwendungen nur dann vom Verkäufer zu tragen sind, wenn tatsächlich ein Mangel vorliegt (vgl. BGHW 2006, 1355).

- II. Im **Schrifttum** ist umstritten, ob zu den zum Zwecke der Nacherfüllung erforderlichen Kosten, die § 439 II BGB zu Gunsten des Käufers ersatzfähig stellt, auch Aufwendungen zählen, die nötig sind, um die Ursache der Mangelerscheinungen aufzufinden und auf diese Weise zur Vorbereitung eines die Nacherfüllung einschließenden Gewährleistungsanspruchs die Verantwortlichkeit für den Mangel zu klären.

1. **Teilweise** wird angenommen, dass § 439 II BGB keine Anspruchsgrundlage bilde für Aufwendungen des Käufers, die lediglich der Vorbereitung von Gewährleistungsansprüchen dienen; derartige Aufwendungen seien, da sie mit der Behebung des Mangels nicht zusammenhängen, nur auf der Grundlage von § 280 I BGB ersatzfähig.

MüKo-BGB/Westermann, 6. Aufl., § 439 Rn 15; BeckOK-BGB/Faust, Stand März 2011, § 439 Rn 21 f.

2. **Überwiegend** wird jedoch die Auffassung vertreten, dass darunter auch Aufwendungen zur Klärung einer unklaren Mängelursache fielen, weil das damit verbundene Kostenrisiko grds. dem Verkäufer zugewiesen sei.

Staudinger/Matusche-Beckmann, BGB, Neubearb. 2014, § 439 Rn 16, 90; Palandt/Weidenkaff, BGB, 73. Aufl., § 439 Rn 11; Jauernig/Berger, BGB, 15. Aufl., § 439 Rn 37; Erman/Grunewald, BGB, 13. Aufl., § 439 Rn 7; jurisPK-BGB/Pammler, 6. Aufl., § 439 Rn 51; Reinking/Eggert, Der Autokauf, 12. Aufl., Rn 757 f.; Martis MDR 2011, 1218

- III. Letztgenannte, der Senatsrechtsprechung zum früheren Recht (BGHZ 113, 251) entsprechende Ansicht verdient nach Auffassung des **BGH aaO** den Vorzug.

1. § 439 II BGB stellt eine **eigenständige Anspruchsgrundlage** dar. Der Wortlaut lässt es ohne Weiteres zu, darunter auch die zur Klärung der Mangelursache erforderlichen Sachverständigenkosten zu fassen.

„Denn letztere werden mit der Zielrichtung, dem Käufer die Durchsetzung eines daran anknüpfenden Nacherfüllungsanspruchs zu ermöglichen, und damit "zum Zwecke der Nacherfüllung" aufgewandt.

Dieses Verständnis spiegelt sich bereits in der Entstehungsgeschichte der Norm wider. Denn es war die Absicht des Gesetzgebers, mit Schaffung des § 439 II BGB den auf das vereinbarte Nachbesserungsrecht bezogenen, ansonsten aber weitgehend wortlautidentischen bisherigen § 476a S. 1 BGB a. F. zu übernehmen und darin aufgehen zu lassen (BT-Drucks. 14/6040, S. 205, 231). Für diesen war durch die höchstrichterliche Rspr. (BGH NJW-RR 1999, 813; ähnlich auch schon BGH WM 1979, 724) geklärt, dass es sich um eine eigenständige, von einem Verschulden des Verkäufers unabhängige Anspruchsgrundlage des Käufers auf Erstattung seiner notwendigen Aufwendungen handelt. Dazu zählen auch Kosten, die für ein die Schadensursache untersuchendes und der Vorbereitung der Nachbesserung dienendes Gutachten aufgewandt werden. Dass der Gesetzgeber von dem so geprägten Normverständnis abrücken wollte, ist nicht ersichtlich.“ (BGH aaO)

2. Zu Unrecht geht die **Gegenansicht** davon aus, dass die in Art. 3 II der Richtlinie aufgeführten Rechtsbehelfe keine verschuldensunabhängige Haftung für die in § 439 II BGB genannten Aufwendungen zuließen, sondern dass es dazu einer in Art. 8 I der Richtlinie angesprochenen Verschuldenshaftung bedürfe.

„Diese Sichtweise verkennt nicht nur den gegenüber den sonstigen Rechten und Pflichten der Kaufvertragsparteien eigenständigen Anspruchscharakter des § 439 II BGB und die hiermit verbundene Absicht des nationalen deutschen Gesetzgebers, mit dieser Norm die von Art. 3 III 1, IV der Richtlinie geforderte Unentgeltlichkeit der Nacherfüllung verschuldensunabhängig zu gewährleisten (BT-Drucks. 14/6040, S. 231; vgl. dazu auch BGHZ 192, 148). Sie lässt auch außer Acht, dass der deutsche Gesetzgeber, nicht gehindert gewesen wäre, die Richtlinie durch die Übernahme der in

§ 476a S. 1 BGB a. F. vorgefundenen Regelung überschießend umzusetzen, ohne dabei auf die von der Revision angenommenen gesetzessystematischen Grenzen zu stoßen. Denn Art. 8 II der Richtlinie hat es - wie in Erwägungsgrund 24 eigens hervorgehoben ist - den Mitgliedstaaten freigestellt, im Anwendungsbereich der Richtlinie strengere Bestimmungen zu erlassen oder aufrechtzuerhalten, um ein höheres Schutzniveau für die Verbraucher sicherzustellen. Das schließt es ein, den nach bisherigem Recht gem. § 476a S. 1 BGB a. F. für das vertraglich vereinbarte Nachbesserungsrecht enthaltenen Schutzstandard beizubehalten und auf das gesetzliche Nacherfüllungsrecht gem. § 439 I BGB auszudehnen.“ (BGH aaO)

3. Dem Ersatzanspruch des Käufers aus § 439 II BGB steht nicht entgegen, dass sie nach der Erstellung des Privatgutachtens nicht mehr gem. § 439 I BGB Nacherfüllung verlangt, sondern den Kaufpreis gem. § 441 BGB gemindert haben.

„Dies ändert nichts daran, dass die angefallenen **Sachverständigenkosten** jedenfalls **zum Zeitpunkt ihrer für den Ersatzanspruch maßgeblichen Entstehung** zumindest auch **zum Zwecke der Nacherfüllung** als dem anderen Gewährleistungsrechten vorgeschalteten Gewährleistungsrecht **aufgewandt** worden sind und aus damaliger Sicht zur Klärung der Ursache des Mangels und seiner Zurechnung erforderlich waren (vgl. BGH WM 2012, 1189 zu § 670 BGB). Ob derartige Aufwendungen anschließend tatsächlich zu einer (erfolgreichen) Nacherfüllung führen, ist für den zuvor bereits wirksam entstandenen Ersatzanspruch ohne Bedeutung (jurisPK-BGB/Pammler aaO, Rn 50). Das **gilt insbesondere auch dann, wenn der Verkäufer anschließend weiterhin jegliche Mängel bestritten hat und deshalb der Käufer eine Nacherfüllung auch im Falle einer Fristsetzung unter keinen Umständen erwarten konnte**, so dass für ihn gem. § 437 Nr. 2, § 440, § 323 II Nr. 1, § 441 I BGB der letztlich eingeschlagene Weg zur Kaufpreisminderung eröffnet war.“ (BGH aaO)

BGB
§ 651 S. 1

Kauf-/Werklieferungsvertrag Abgrenzung

BGB

(BGH in BB 2014, 1345; Urteil vom 02.04.2014 – VIII ZR 46/13)

Der **vom Verkäufer eingeschaltete Hersteller der Kaufsache** ist bei einem Kaufvertrag **nicht Erfüllungsgehilfe des Verkäufers**; dies gilt gem. § 651 S. 1 BGB auch beim Werklieferungsvertrag, wenn der Lieferant einen Dritten mit der Bearbeitung der Sache betraut

„Der Auffassung des Berufungsgerichts, dass der Bekl. das Verschulden der Nebenintervenientin nach § 278 BGB zuzurechnen sei, weil der Werklieferungsvertrag insoweit dem Werkvertrag gleichzustellen sei (ebenso Wältermann/Kluth ZGS 2006, 296), kann nicht gefolgt werden. Der Senat hat bereits vor der Schuldrechtsreform den Grundsatz, dass sich der Verkäufer seines Vorlieferanten nicht als Erfüllungsgehilfen bedient, entsprechend gelten lassen, wenn der Werklieferer einer vertretbaren Sache diese durch einen Dritten hatte bearbeiten lassen. Nach der durch die Schuldrechtsreform vollzogenen **gesetzlichen Gleichstellung des Werklieferungsvertrags mit dem Kaufvertrag** (§ 651 S. 1 BGB) gilt dies erst recht.

Das Berufungsgericht meint, für die Verschuldenszurechnung eines Dritten könne es nicht darauf ankommen, ob es sich bei dem zugrunde liegenden Vertrag um einen Werkvertrag oder um einen Werklieferungsvertrag handele. Da den Werklieferer ebenfalls eine Pflicht zur Herstellung der Sache treffe, seien Dritte, soweit sie zur Herstellung notwendige Leistungen erbrächten, ungeachtet des Vertragstyps - Werk- oder Werklieferungsvertrag - als Erfüllungsgehilfen anzusehen.

Dem steht die **gesetzliche Regelung des § 651 BGB** entgegen, die für den Werklieferungsvertrag nicht auf das Werkvertragsrecht, sondern - anders als vor der Schuldrechtsreform - uneingeschränkt auf das Kaufrecht verweist. Grund dafür ist die mit der Einführung des kaufrechtlichen Nachbesserungsanspruchs vollzogene Angleichung der Haftung für Sachmängel beim Werkvertrag und beim Kaufvertrag, die das Bedürfnis nach einem gesonderten Typus des Werklieferungsvertrags entfallen lässt und es rechtfertigt, auch Verträge mit einer Herstellungsverpflichtung dem Kaufrecht zu unterstellen (BT-Drucks. 14/6040, S. 268).

Davon abgesehen hat das Berufungsgericht aus dem Blick verloren, dass es im Verhältnis zwischen den Bauherren und dem Kl. einerseits und zwischen dem Kl. und der Bekl. andererseits um unterschiedliche Anspruchsgrundlagen geht. Gegenüber den Bauherren ist der Kl. zum Ausbau der mangelhaften und zum Einbau mangelfreier Aluminium-Außenschalen unter dem Gesichtspunkt der werkvertraglichen Nacherfüllung verpflichtet (§ 634 Nr. 1, § 635 BGB), nicht dagegen unter dem Gesichtspunkt eines Anspruchs der Bauherren auf Schadensersatz statt der Leistung (§ 634 Nr. 4, §§ 636, 280, 281 BGB). Ein Anspruch auf Schadensersatz statt der Leistung steht den Bauherren gegenüber dem Kl. wegen der mangelhaften Aluminium-Profile ebenso wenig zu wie dem Kl. gegenüber der Bekl. Denn der Kl. hat als Werkunternehmer gegenüber den Bauherren für ein Verschulden seines Lieferanten - sei es der Bekl. oder der Nebenintervenientin - ebenso wenig nach § 278 BGB einzustehen wie der Bekl. gegenüber dem Kl. Das Verschulden der Nebenintervenientin nach § 278 BGB zuzurechnen ist. Nach der **Rspr. des BGH**, auf die auch die **Gesetzesbegründung zur Schuldrechtsreform** verweist, ist ein Lieferant, der einen Werkunternehmer mit von diesem zu beschaffenden Ausstattungsgegenständen für ein Bauvorhaben beliefert, im Verhältnis zum Auftraggeber nicht Erfüllungsgehilfe des Werkunternehmers; für Fehler der gelieferten Sachen aufgrund eines Verschuldens des Lieferanten hat der Werkunternehmer daher nicht einzustehen.“ (BGH aaO)

BGB
§ 705

Aufrechnung Anspruch gegen die Gesellschafter bei Klage der GbR

BGB

(BGH in NZG 2014, 385; Urteil vom 19.11.2013 – II ZR 150/12)

Gegen den **von einer GbR geltend gemachten Zahlungsanspruch** kann der in Anspruch genommene Schuldner ausnahmsweise **mit einem ihm gegen die Gesellschafter zustehenden Schadensersatzanspruch aufrechnen**, wenn die Berufung der GbR auf ihre Eigenständigkeit gegen Treu und Glauben verstößt.

„Die Kl. ist als **GbR** zwar keine juristische Person. Als Gesamthand ist sie aber ein **eigenes Zuordnungssubjekt**, das rechtsfähig ist und grds. am Rechtsverkehr teilnehmen kann (BGHZ 146, 341 = NZG 2001, 311 = NJW 2001, 1056). Die **Vermögensrechte der Gesellschafter beschränken sich auf ihre gesamthänderische Beteiligung an der Gesellschaft** (MüKo-BGB/Ulmer/Schäfer, 6. Aufl., vor § 705 Rn 11; Soergel/Hadding/Kießling, BGB, 13. Aufl., vor § 705 Rn 21). Handelt es sich bei der Kl. um ein eigenständiges Zuordnungssubjekt, ist zwischen ihr und ihren Gesellschaftern zu trennen. Dies hat zur Folge, dass eine Treuepflichtverletzung der Gesellschafter der Kl., die sie sich als Gesellschafter der Alt-GbR gegenüber dem Bekl. als Mitgesellschafter haben zuschulden kommen lassen, der Kl. grds. nicht anzulasten ist.

Das **Trennungsprinzip** zwischen einer Gesellschaft als selbstständigem Rechtsträger und ihren Gesellschaftern [gilt] im Gesellschaftsrecht nicht ausnahmslos: Es ist für die GmbH allgemein anerkannt, dass in besonders gelagerten Ausnahmefällen ausnahmsweise eine Durchbrechung des zwischen der Gesellschaft und ihren Gesellschaftern geltenden Trennungsprinzips in Betracht kommen kann. Eine Abweichung vom Trennungsprinzip wird unter anderem dann zugelassen, wenn die Berufung auf die Verschiedenheit von Gesellschaft und Gesellschafter gegen Treu und Glauben verstoßen würde (vgl. BGHZ 22, 226 = NJW 1957, 181; BGHZ 68, 312 = NJW 1977, 1449, jeweils zur Einpersonen-GmbH; BSG, NJW-RR 1997, 94 = ZIP 1996, 1134, zur GmbH; Baumbach/Hueck, GmbHG, 20. Aufl., § 13 Rn 10).

Für die GbR, die anders als die GmbH kein gegenüber ihren Gesellschaftern völlig verselbständigt Rechtssubjekt ist, kann nichts anderes gelten. Soweit für die hier gegebene Fallgestaltung von Bedeutung, kann die Durchbrechung des Trennungsprinzips dadurch geschehen, dass rechtserhebliche Umstände auf Seiten der Gesellschafter der Gesellschaft zugerechnet werden. Sie ist – anders als bei einer GmbH (vgl. BGH DStR 1999, 1822, mit Anm. von Goette; MüKo-GmbHG/Merkel, § 13 Rn 361 m. w. Nachw.) – bei einer GbR, für deren Verbindlichkeiten ihre Gesellschafter den Gesellschaftsgläubigern analog § 128 HGB persönlich haften, auch in der Weise denkbar, dass bei Vorliegen besonderer Umstände ein Dritter dem gegen ihn erhobenen Anspruch der Gesellschaft seinen – gegen alle Gesellschafter gerichteten – Schadensersatzanspruch im Wege der Einwendung entgegenhalten kann.

Das BerGer. ist in rechtsfehlerfreier tatrichterlicher Würdigung der hier gegebenen Umstände des Falls zu dem Ergebnis gekommen, dass die Berufung der Kl. auf ihre Eigenständigkeit gegen Treu und Glauben verstößt und der Bekl. deshalb seinen Schadensersatzanspruch gegen die Gesellschafter der Kl. auch ihrem Zahlungsbegehren entgegenzusetzen kann (wird ausgeführt.) (BGH aaO)

WEG
§ 31

Dauerwohnrecht
Zulässigkeit einer zeitlichen Befristung

WEG

(OLG Celle in ZWE 2014, 207; Beschluss vom 26.03.2014 – 4 W 51/14)

Ein **Dauerwohnrecht** i. S. v. § 31 WEG kann wirksam **zeitlich befristet**, z.B. auf Lebenszeit des Berechtigten bestellt werden.

„Ein **Dauerwohnrecht** i. S. v. § 31 WEG kann zwar **nicht unter eine Bedingung gestellt werden** (§ 33 I 2 WEG), es **kann aber zeitlich begrenzt werden** (§ 41 I WEG). Nach der ganz überwiegenden Auffassung, der sich der Senat anschließt, ist nach dieser Maßgabe eine Bestellung des Dauerwohnrechts auf Lebenszeit des Berechtigten möglich (vgl. Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, 15. Aufl., Rn 3002; Meikel/Morvilius, GBO, 10. Aufl., Einleitung C Rn 375; Hügel/Wilsch, GBO, 2. Aufl., § 35 Rn 15; Palandt/Bassenge, BGB, 73. Aufl., § 33 WEG Rn 2; MüKo-BGB/Engelhardt, 6. Aufl., § 33 WEG Rn 2; Weitnauer/Mansel, WEG, 9. Aufl., § 33 Rn 3; Erman/Grziwotz, BGB, 13. Aufl., § 33 WEG Rn 3; Jennißen/Grziwotz, WEG, 3. Aufl., § 33 Rn 9; Bärmann/Pick, WEG, 12. Aufl., § 33 Rn 64; Marshall DNotZ 1962, 381; anderer Auffassung: OLG Neustadt/Weinstr. NJW 1961, 1974; Demharter, Grundbuchordnung, 28. Aufl., § 23 Rn 5; Böttcher MittRhNotK 1987, 219).

Für die herrschende Auffassung spricht, dass die **Begrenzung eines Rechtes auf die Lebensdauer einer Person keine Bedingung, sondern eine Zeitbestimmung** darstellt („dies certus an incertus quando“). Dieser Auffassung steht entgegen der vorstehend zitierten Mindermeinung nicht entgegen, dass § 33 I WEG die Vererblichkeit zwingend vorschreibt. Denn andererseits ist **vom Gesetzgeber auch eine Befristung zugelassen** worden. Durch die Vorgabe der Vererblichkeit ist demgemäß lediglich eine Möglichkeit eröffnet, nicht aber ein Zwang ausgeübt worden, das Dauerwohnrecht von der Dauer des Lebens des Berechtigten unabhängig zu machen.“ (OLG Celle aaO)

StGB
§§ 242, 263a

Diebstahl/Computerbetrug
Abgrenzung

StGB

(OLG Hamm in NSTZ 2014, 275; Beschluss vom 08.08.2013 – III-5 RVs 56/13)

Der Tatbestand des **Computerbetrugs** nach § 263 a StGB erfordert, dass die **Manipulation des Datenverarbeitungsvorgangs unmittelbar eine vermögensrelevante Disposition des Computers verursacht**. Die **Vermögensminderung** muss **ohne weitere Zwischenhandlung des Täters**, des Opfers oder eines Dritten eintreten.

Fall: Der Angekl. begab sich in einem Supermarkt zu dem dortigen Zeitschriftenregal und entnahm eine Zeitschrift für 5 €. Mit dieser ging er zur Selbstbedienungskasse. Dort scannte er nicht den auf der Zeitschrift befindlichen Strichcode ein, sondern hielt den zuvor von der Tageszeitung „WAZ“ ausgerissenen Strichcode, den er in seinem Portemonnaie mit sich geführt hatte, unter das Lesegerät. Die Kasse warf daraufhin den Preis für eine „WAZ“ von 1,20 € aus, welchen der Angekl. bezahlte. Sodann verließ er mit der Zeitschrift das Geschäft.

- I. Unabhängig von der Frage nach einer einschlägigen Tathandlung des Computerbetruges fehlt es an dem für **§ 263 a StGB** notwendigen (Zwischen-)Erfolg der **Beeinflussung des Ergebnisses des Datenverarbeitungsvorgangs**. Dieser tritt in der Entsprechung zu § 263 StGB an die Stelle der (irrtumsbedingten) Vermögensverfügung. Der Tatbestand des § 263 a StGB erfordert daher, dass die **Manipulation des Datenverarbeitungsvorgangs unmittelbar eine vermögensrelevante Disposition des Computers verursacht** (vgl. OLG Hamm NJW 2006, 2341; Fischer, StGB, 60. Aufl., § 263 a Rn 20; Lackner/Kühl, StGB, 28. Aufl., § 263 a Rn 16).

„Die **Vermögensminderung muss unmittelbar**, d. h. ohne weitere Zwischenhandlung des Täters, des Opfers oder eines Dritten durch den Datenverarbeitungsvorgang selbst **eintreten**. Daran fehlt es, wenn durch die Manipulation der Datenverarbeitung nur die Voraussetzungen für eine vermögensmindernde Straftat geschaffen werden, z. B. beim Ausschalten oder Überwinden elektronischer Schlösser (vgl. Lackner/Kühl aaO § 263 a Rn 19). Hier führt das Einscannen des Strichcodes der „WAZ“ allein zu der Anzeige eines im Verhältnis zu den tatsächlich ausgewählten Zeitschriften geringeren Kaufpreises. Diese **Anzeige bewirkt noch keinen verfügungsähnlichen Vorgang**, der sich als unmittelbare Vermögensbeeinträchtigung darstellte. Die nachfolgende Mitnahme der Zeitschriften wird durch den Datenverarbeitungsvorgang als solchen weder ermöglicht noch erleichtert. Hierzu bedurfte es vielmehr einer selbstständigen, den Übergang der Sachherrschaft bewirkenden Handlung des Angekl.“ (OLG Hamm aaO)

- II. Die Mitnahme der Zeitschrift erfüllt jedoch den Tatbestand des **Diebstahls gem. § 242 I StGB**, denn indem der Angekl. mit der Zeitschrift den Kassenbereich passiert und lediglich 1,20 € an der Selbstbedienungskasse gezahlt hat, hat er **fremde bewegliche Sachen weggenommen**.

„Die Zeitschrift war weiterhin für ihn fremd, weil mit dem Bezahlvorgang an der Selbstbedienungskasse **keine Übereignung der Zeitschrift stattgefunden hat**, die nicht zuvor durch den ihr zugewiesenen Strichcode eingescannt und sodann zu „ihrem“ Preis bezahlt worden war.

Eine Wegnahme liegt vor, weil der Angekl. mit dem Passieren des Kassenbereichs neuen, eigenen Gewahrsam an den Zeitschriften begründet hat, ohne dass der frühere Gewahrsamsinhaber – der Geschäftsinhaber bzw. Geschäftsführer – hierzu sein Einverständnis erklärt hätte. Zwar ist davon auszugehen, dass mit dem Aufstellen von Selbstbedienungskassen durchaus ein **generelles Einverständnis in einen Gewahrsamsübergang** erklärt werden soll, weil – nicht zuletzt unter dem Gesichtspunkt der Einsparung von Personalkosten – gerade kein Kassenpersonal zur Verfügung steht, das den einzelnen Kauf- bzw. Zahlvorgang abwickeln soll; die in dem Kassenbereich anwesenden Mitarbeiter dienen allein der Unterstützung bei etwaigen technischen Schwierigkeiten. Jedoch ist unter Berücksichtigung der Verkehrsanschauung und hier namentlich der **berechtigten Geschäftsinteressen des Verkäufers** zu unterstellen, dass dieser sein Einverständnis nur unter der Bedingung erteilt, dass die Selbstbedienungskasse äußerlich ordnungsgemäß bedient wird. Hierzu gehört unzweifelhaft das korrekte Einscannen und Bezahlen der tatsächlich zur Selbstbedienungskasse mitgebrachten Ware. Da der Angekl. eine andere als die zuvor eingescannte und bezahlte Zeitschrift mitgenommen hat, sind die **Bedingungen für ein Einverständnis in den Gewahrsamswechsel nicht gegeben**. Soweit die Mitnahme der Zeitschriften durch einen als Detektiv angestellten Mitarbeiter beobachtet worden ist, schließt dies die Gewahrsamerlangung durch den Angekl. nicht aus, weil § 242 StGB Heimlichkeit gerade nicht voraussetzt (vgl. BGHSt 16, 271; OLG Düsseldorf NJW 1988, 1335; Fischer aaO, § 242 Rn 21).“ (OLG Hamm aaO)

StGB
§§ 244 I Nr. 4, 226 I, 52

Gefährliche / Schwere Körperverletzung Tateinheit

StGB

(BGH in NStZ 2014, 269; Beschluss vom 26.11.2013 – 3 StR 301/13)

Die **gefährliche Körperverletzung** in Form der gemeinschaftlichen Begehung (§ 224 I Nr. 4 StGB) steht in **Tateinheit** mit der durch die Tathandlung verursachten **schweren Körperverletzung** (§ 226 I Nr. 1 und 3 StGB).

„Die Annahme von **Gesetzeskonkurrenz** mit der Folge, dass die gefährliche Körperverletzung zurückträte, würde das **gesonderte Tatunrecht des § 224 I Nr. 4 StGB nicht angemessen berücksichtigen**. Dieses besteht - über die schweren Folgen der Körperverletzung hinausgehend - in der **besonders verwerflichen Art der Tatbegehung** mit der Folge **eingeschränkter Verteidigungsmöglichkeiten des Opfers** (vgl. BGHSt 47, 383; MüKo-StGB/Hardtung, 2. Aufl., § 224 Rn 31; Schönke/Schröder-Stree/Sternberg-Lieben 28. Aufl., § 224 Rn 2, 11; zum Verhältnis von § 224 I Nr. 5 StGB zu § 226 StGB vgl. BGHSt 53, 23).“ (BGH aaO)

StGB
§§ 267, 269

Urkundenfälschung Herstellung eines falschen digitalen Ablieferbelegs

StGB

(OLG Köln in NStZ 2014, 276; Beschluss vom 01.10.2013 – 1 RVs 191/13)

Stellt der Täter zum Nachweis der angeblichen Auslieferung eines Pakets einen **falschen digitalen Ablieferungsbeleg** her, indem er selbst auf einem elektronischen Lesegerät die Unterschrift des vermeintlichen Empfängers der Sendung vermerkt, ist der **Straftatbestand der Urkundenfälschung mangels Herstellung einer verkörperten Gedankenerklärung nicht erfüllt**, wenn die Empfangsbestätigung sofort digital archiviert wird. In diesem Fall kann aber der Straftatbestand der **Fälschung beweisbarer Daten nach § 269 StGB** gegeben sein.

„Eine Strafbarkeit wegen Urkundenfälschung scheidet an der **Verkörperung einer menschlichen Gedankenerklärung**: Wird die **Empfangsbestätigung sofort digital erzeugt**, indem sie auf einem sogenannten Touchscreen oder Notepad erzeugt und **direkt digital archiviert** wird, so wird durch die Wiedergabe des digital archivierten Ablieferbelegs und dessen Ausdruck auf Papier **keine Urkunde erzeugt**, weil das digitale Dokument **nicht auf einem Material dauerhaft verkörpert** ist, solange es nur im Speicher oder auf dem Bildschirm existiert, und weil es nur die Kopie eines elektronisch gespeicherten Dokuments ist, wenn es ausgedruckt wird (zu vgl. Tunn VersR 2005, 1646 m. w. Nachw.).“ (OLG Köln aaO)

VwGO
§ 22 Nr. 3

Ehrenamtlicher Richter Ausschluss eines Fraktionsmitarbeiters

VwGO

(OVG Münster in NVwZ-RR 2014, 445; Beschluss vom 13.02.2014 – 16 F 2/14)

Ein/e FraktionsassistentIn ist im öffentlichen Dienst beschäftigt und darf daher nicht zum ehrenamtlichen Richter bestellt werden.

„Der **Zweck der Vorschrift des § 22 Nr. 3 VwGO** liegt darin, **Interessen- und Pflichtenkollisionen zu vermeiden**, die **richterliche Unabhängigkeit zu gewährleisten** und das VG, vor dem typischerweise ein Staatsbürger Rechtsschutz gegenüber der Behörde einer staatlichen oder gemeindlichen Institution begehrt, nicht in den Verdacht zu bringen, dass es die Verwaltung zum Nachteil des Bürgers schütze. Durch die Inkompatibilitätsnorm des § 22 Nr. 3 VwGO soll daher erreicht werden, dass der Rechtssuchende auf der Richterbank neben den Berufsrichtern nicht ehrenamtliche Richter antrifft, die ihrerseits etwa der Verwaltung des Bundes, eines Landes, einer Kommune oder einer anderen juristischen Person des öffentlichen Rechts als Beamte oder Angestellte unmittelbar angehören (Schoch/Schneider/Bier, Loseblslg.-Kommentar VwGO, Stand: April 2013, § 22 Rn 7 f.). Hiervon ausgehend ist der **Begriff des öffentlichen Dienstes weit auszulegen** (so: OVG Münster DÖV 1961, 910; OVG Münster NVwZ 1984, 593; OVG Münster NVwZ 1986, 1029; OVG Münster NVwZ-RR 1994, 704; OVG Münster DÖV 2013, 40).

Danach beurteilt ist eine Fraktionsassistentin eine Angestellte im öffentlichen Dienst i. S. von § 22 Nr. 3 VwGO. **Fraktionen stellen nämlich regelmäßig eine mit eigenen Rechten ausgestattete Teigliederung des Vertretungsorgans dar**. Sie sind Zusammen-

schlüsse von Mitgliedern der Volksvertretungen in Ausübung von deren organschaftlichen Mitgliedschaftsrechten und daher **Organisationsformen des öffentlichen Rechts** (vgl. OVG Münster OVGE 41, 16 = NVwZ 1989, 1192 = DöD 1990, 197; Sodan/Ziekow, Kommentar VwGO, 3. Aufl. 2010, § 22 Rn 16).

Dies hat zur Folge, dass ein Fraktionsassistent im öffentlichen Dienst beschäftigt ist und daher nicht zu einem ehrenamtlichen Richter bestellt werden darf.“ (OVG Münster aaO)

VwVfG
§ 35

Untersuchungsaufforderung
Verwaltungsaktqualität

VwVfG

(OVG Münster in NWVBI 2014, 223; Beschluss vom 27.11.2013 – 6 B 975/13)

Bei der **an einen Beamten gerichteten Aufforderung, sich zur Klärung der Dienstfähigkeit amtsärztlich untersuchen zu lassen**, handelt es sich **nicht** um einen **Verwaltungsakt i. S. des § 35 VwVfG**.

„Dabei geht das BVerwG (vgl. BVerwG ZBR 2013, 348; BVerwG NVwZ. 2012, 1483) davon aus, dass der **Untersuchungsaufforderung keine Außenwirkung** zukomme. Ob eine Maßnahme einer Behörde auf unmittelbare Rechtswirkung nach außen gerichtet sei, hänge davon ab, ob sie nach ihrem objektiven Sinngehalt dazu bestimmt sei, Außenwirkung zu entfalten, nicht aber darauf, wie sie sich im Einzelfall auswirke. Zwar greife die Aufforderung, sich körperlich untersuchen zu lassen und sich einem Gespräch mit dem Gutachter zu stellen, in die grundrechtsbewehrte persönliche Sphäre des Beamten ein. Ihr **Schwerpunkt** liege aber in der **Frage der künftigen Dienstleistung** und der Konkretisierung der darauf bezogenen **Pflicht des Beamten, bei der Klärung seiner Dienstfähigkeit mitzuwirken**. Als **gemischte dienstlich-persönliche Weisung** regule die Untersuchungsaufforderung einen einzelnen Schritt in dem gestuften Verfahren, das bei Feststellung seiner Dienstunfähigkeit mit seiner Zuruhesetzung ende.

Der Senat folgt dieser Rspr. zwecks Wahrung der Rechtseinheit, soweit die Aufforderung zur amtsärztlichen Untersuchung nicht in der Gestalt einer Entscheidung ergangen ist, die aus der Sicht eines verständigen Adressaten schon wegen ihrer äußeren Form als Verwaltungsakt zu qualifizieren ist.“ (OVG Münster aaO)

VwGO
§ 80 II 1 Nr. 1

Anforderung öffentlicher Abgaben und Kosten
Forderung von Schadensersatz durch Leistungsbescheid

VwGO

(OVG Lüneburg in NVwZ-RR 2014, 449; Beschluss vom 26.03.2014 – 13 ME 21/14)

Die **Forderung von Schadensersatz durch Leistungsbescheid** fällt **nicht** unter den Begriff der **Anforderung öffentlicher Abgaben und Kosten** i. S. des § 80 II 1 Nr. 1 VwGO.

I. Nach § 80 I 1 VwGO haben **Widerspruch und Anfechtungsklage aufschiebende Wirkung**. Diese **Wirkung entfällt** nach § 80 II 1 Nr. 1 VwGO bei der **Anforderung von öffentlichen Abgaben und Kosten**.

Öffentliche Kosten sind grds. alle Gebühren und Auslagen, die dem Betroffenen wegen der Durchführung eines Verwaltungsverfahrens auferlegt werden. Hierunter sind - nach Maßgabe der einschlägigen kostenrechtlichen Bestimmungen - die in einem Verwaltungsverfahren nach tariflichen Vorgaben oder doch leicht erkennbaren Merkmalen erhobenen **(Verwaltungs-)Gebühren nebst den mit ihnen verbundenen Auslagen** zu verstehen (vgl. Bader/Funke-Kaiser/Stuhlfauth/von Albedyll, VwGO, 5. Aufl. 2011, § 80 Rn 30; Kopp/Schenke, VwGO, 19. Aufl. 2013, § 80 Rn 62 jew. m. w. Nachw.).

Keine Kosten i. d. S. sind indes **Geldforderungen der Behörde, die lediglich einen Ersatz solcher finanzieller Aufwendungen darstellen**, für die sie in Vorlage getreten ist.

„Denn dabei handelt es sich um die **Erstattung konkreter Ausgaben**, und **nicht um eine Einnahmequelle zur Deckung des allgemeinen Finanzbedarfs der Verwaltung** (vgl. Funke-Kaiser aaO, Rn 29; Sodan/Ziekow, VwGO, 3. Aufl. 2010, § 80 Rn 58 f.).“ (OVG Lüneburg aaO)

II. Nach diesen Grundsätzen handelt es sich bei mit Leistungsbescheid angeforderten „Mehrkosten“ nicht um öffentliche Kosten i. S. des § 80 II 1 Nr. 1 VwGO.

„Diese Geldforderung soll dem Ersatz der der Ag. für die Entsorgung des in ihrer Kläranlage angefallenen verunreinigten Klärschlammes sowie für die Reinigung dieser Kläranlage entstandenen zusätzlichen Kosten dienen, die die Ag. auf eine satzungswidrige Nutzung der Abwasseranlage durch die Ast. zurückführt. Für die dadurch entstandenen Schäden haftet nach Auffassung der Ag. die Ast. auf der Grundlage des § 18 I der Abwasserbeseitigungssatzung. Es handelt sich mithin um eine der Erstattung von Aufwendungen vergleichbare **Forderung von Schadensersatz** und nicht um einen in einem Verwaltungsverfahren entstandenen Gebühren- oder Auslagenanspruch.

Unter dem **Begriff der öffentlichen Abgaben i. S. des § 80 II Nr. 1 VwGO** sind **hoheitlich geltend gemachte öffentlich-rechtliche Geldforderungen** zu verstehen, die den Zweck haben, den Finanzbedarf des Hoheitsträgers für die Erfüllung seiner öffentlichen Aufgaben zu decken. Die Abgabe muss jedoch nicht allein oder primär der Finanzierung dienen, sondern kann daneben - mit gleichem Stellenwert - auch eine **Lenkungs-, Antriebs-, Zwangs- oder Straffunktion** besitzen, solange die **Finanzierungsfunktion** gegenüber den übrigen Zwecken der Abgabe nicht in den Hintergrund tritt und nur noch als Nebeneffekt. Für die geforderte Finanzierungsfunktion reicht allerdings die schlechte Absicht der Erzielung von Einnahmen nicht aus, die jeder Geldforderung der öffentlichen Hand in Zeiten angespannter Haushalte immanent ist. Die Finanzierungsfunktion muss vielmehr der **einer Steuer, einer Gebühr oder eines Beitrags vergleichbar** sein. Das ist dann der Fall, wenn mit der betreffenden „Abgabe“ eine stetig fortlaufende und vorhersehbare **Deckung des öffentlichen Finanzbedarfs** im Sinne einer geordneten Haushaltsführung erreicht wird und beabsichtigt ist. Der am fortlaufenden Eingang finanzieller Mittel interessierten öffentlichen Hand sollen nach dem Zweck der Ausnahmevorschrift des § 80 II 1 Nr. 1 VwGO durch die Einlegung von Rechtsbehelfen lediglich solche Gelder nicht vorenthalten werden, auf deren Eingang sie fest rechnen durfte, und die sie daher für ihre Aufgabenerfüllung eingeplant hat (vgl. Schoch/Schneider/Bier, VwGO, § 80 Rn 132, Loseblatt, Stand September 2011; jew. m. w. Nachw.). Nur dann ist das Entfallen der gesetzlich grds. angeordneten aufschiebenden Wirkung gerechtfertigt.“ (OVG Lüneburg aaO)

Entscheidungen Verfahrensrecht

KSchG
§ 9 I 1**Änderungsschutzklage**
Auflösungsantrag des Arbeitnehmers

ArbGG

(BAG in NJW 2014, 1405, Urteil vom 24.10.2013 – 2 AZR 320/13)

§ 9 I 1 KSchG findet im Rahmen einer Änderungsschutzklage nach § 4 S. 2 KSchG weder unmittelbare noch analoge Anwendung.

Fall: Die Parteien streiten über einen Antrag des Kl. auf Auflösung des zwischen ihnen bestehenden Arbeitsverhältnisses. Die Bekl. betreibt Tief- und Straßenbauarbeiten. Der Kl. ist bei ihr seit dem 21.10.1985 als Baumaschinenführer beschäftigt. Er erhielt zuletzt gemäß der Lohngruppe 5 des einschlägigen Tarifvertrags ein Bruttomonatsentgelt in Höhe von 3.500,00 EUR. Mit Schreiben vom 14.12.2011 kündigte die Bekl. das Arbeitsverhältnis der Parteien zum 31.07.2012 und bot dem Kl. zugleich eine Weiterbeschäftigung ab 01.08.2012 zu den Bedingungen der Lohngruppe 4 an. Der Kl. nahm das Änderungsangebot mit Schreiben vom 20.12.2011 unter dem Vorbehalt an, dass die Änderungskündigung nicht sozial ungerechtfertigt oder aus sonstigen Gründen rechtsunwirksam ist.

Er hat rechtzeitig Änderungsschutzklage erhoben und zugleich beantragt, das Arbeitsverhältnis gegen Zahlung einer Abfindung aufzulösen. Der Kl. hat gemeint, die Änderungskündigung sei sozial ungerechtfertigt. Eine Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses sei ihm jedoch nicht zumutbar. Die Bekl. habe ihn vor Ausspruch der Kündigung immer wieder schikaniert und habe grob gegen vertragliche und gesetzliche Bestimmungen verstoßen. Die gerichtliche Auflösung des Arbeitsverhältnisses könne nach einer ungerechtfertigten Änderungskündigung auch dann erfolgen, wenn der Arbeitnehmer das Änderungsangebot unter Vorbehalt angenommen habe. Die Interessenlage sei dieselbe wie bei dessen Ablehnung. Auflösung i.S.v. § 9 I 1 KSchG könne auch die Auflösung des Arbeitsverhältnisses zu den bisherigen Bedingungen sein.

Der Kl. hat beantragt,

- (1) festzustellen, dass die Änderung der Arbeitsbedingungen auf Grund der Änderungskündigung der Bekl. vom 14.12.2011 unwirksam ist;
- (2) das Arbeitsverhältnis gegen eine angemessene Abfindung – von mindestens 50.000,00 EUR – aufzulösen.

Das ArbG Essen (Urteil vom 18.04.2012 – 4 Ca 3381/11, BeckRS 2014, 67655) hat festgestellt, dass die Änderung der Arbeitsbedingungen unwirksam ist. Den Auflösungsantrag hat es abgewiesen. Erfolgte die Abweisung des Auflösungsantrags zu Recht?

Stellt das Arbeitsgericht in einem Kündigungsschutzprozess fest, dass ein Arbeitsverhältnis durch die Kündigung nicht aufgelöst ist, so kann es auf Antrag des Arbeitnehmers nach § 9 I KSchG das Arbeitsverhältnis auflösen und den Arbeitgeber zur Zahlung einer angemessenen Abfindung zu verurteilen, wenn dem Arbeitnehmer die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses nicht zuzumuten ist. Fraglich ist, ob im vorliegenden Fall die Voraussetzungen für eine solche Entscheidung vorlagen.

I. Anwendbarkeit des § 9 I KSchG

§ 9 I KSchG findet ohne weiteres Anwendung, wenn eine Kündigung erfolgt ist, mit der ein Arbeitsverhältnis ohne weiteres aufgelöst werden sollte. Dies ist hier jedoch nicht der Fall. Vielmehr ist hier eine Änderungskündigung erfolgt.

Eine **Änderungskündigung** liegt vor, wenn der Arbeitgeber das Arbeitsverhältnis kündigt und dem betroffenen Arbeitnehmer im Zusammenhang mit der Kündigung die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses zu geänderten Arbeitsbedingungen anbietet.

In einem solchen Fall kann der Arbeitnehmer dieses Angebot nach § 2 KSchG unter dem Vorbehalt annehmen, dass die Änderung der Arbeitsbedingungen nicht sozial ungerechtfertigt ist (§ 1 II 1-3, III 1, 2 KSchG). Diesen Vorbehalt muss der Arbeitnehmer dem Arbeitgeber innerhalb der Kündigungsfrist, spätestens jedoch innerhalb von drei Wochen nach Zugang der Kündigung erklären. Das Arbeitsverhältnis wird dann vorerst zu den geänderten Bedingungen fortgesetzt, allerdings hat der Arbeitnehmer die Möglichkeit, nach § 4 S. 2 KSchG innerhalb von drei Wochen eine sog. Änderungsschutzklage einzureichen, mit der er geltend machen kann, dass die Änderung der Arbeitsbedingungen nicht sozial gerechtfertigt ist. Um eine solche Klage handelt es sich hier.

Ob eine **gerichtliche Auflösung des Arbeitsverhältnisses** nach § 9 I 1 KSchG auch im **Rahmen einer Klage nach § 4 S. 2 KSchG** möglich ist, hat das BAG noch nicht entschieden.

„Es hat lediglich angenommen, eine Auflösung sei bei Klagen gegen Änderungskündigungen jedenfalls dann möglich, wenn der Arbeitnehmer das Änderungsangebot nicht unter dem Vorbehalt des § 2 KSchG angenommen habe (BAG, NZA 2002, 1277 [zu B II 1]; BAGE 38, 348 = NJW 1982, 2687 [zu III 1]; BAGE35, 30 = NJW 1982, 1118 [zu II 1]).“ (BAG aaO)

In Rechtsprechung und Literatur werden hierzu **verschiedene Auffassungen** vertreten.

1. Keine Anwendbarkeit bei Annahme unter Vorbehalt

„Im **Schrifttum** und in der **Rechtsprechung der Instanzgerichte** ist die Auffassung vorherrschend, eine Auflösung des Arbeitsverhältnisses nach § 9 I 1 KSchG scheidet aus, wenn der Arbeitnehmer das Änderungsangebot unter Vorbehalt angenommen habe. Die **Parteien stritten dann nicht mehr über die Beendigung des Arbeitsverhältnisses**. Für einen Antrag nach § 9 I 1 KSchG sei kein Raum (Bauer, DB 1985, 1181; Becker-Schaffner, BB 1991, 135; Ascheid/Preis/Schmidt/Biebl, 4. Aufl. 2012, § 9 KSchG Rn. 14; HaKoKSchR/Fiebig, 4. Aufl., § 9 Rn. 81; MüKo-BGB/Hergenröder, 6. Aufl., § 2 KSchG Rn. 67; ErfK/Kiel, 13. Aufl. 2013, § 9 KSchG Rn. 2; Linck in v. Hoyningen-Huene/Linck, KSchG, 15. Aufl. 2013; § 9 Rn. 9; Müller, DB 2002, 2597; ErfK/Oetker, § 2 KSchG Rn. 73; HaKoKSchR/Pfeiffer, § 2 Rn. 67; KR/Spilger, 10. Aufl. 2012 § 9 KSchG Rn. 30; Spinner in Löwisch/Spinner/Wertheimer, KSchG, 10. Aufl., § 9 Rn. 4; Vossen in Stahlhacke/Preis/Vossen, 10. Aufl. 2010, Rn. 2199; Willemsen, NJW 2000, 2785; LAG Köln, Urteil vom 16.08.2011 – 12 Sa 948/10, BeckRS 2011, 77686 Rn. 52; LAG Düsseldorf, NZA-RR 1998, 111; LAG München, Urteil vom 29.10.1987 – 6 [7] Sa 816/86 [zu I 2]; LAG Rheinland-Pfalz, Urteil vom 24.01.1986 – 6 Sa 1008/85 [zu 3], BeckRS 2014, 67920; LAG Berlin, Urteil vom 02.03.1984 – 10 Sa 122/83.“ (BAG aaO)

2. Auflösung auch bei Änderungsschutzklage möglich

„Nach der **Gegenauffassung** (Bauer/Krets, DB 2002, 1937; Corts [Anm. zu BAG, NJW 1982, 1118], SAE 1982, 103 [104]; Herbst, BArbBl. 1969, 491; Maurer, BB 1971, 1327; Neumann, AR-Blattei, 32. Lfg. 7/96, SD 1020, 6 Rn. 8; Schaub, RdA 1970, 230; Wenzel, MDR 1969, 968) findet § 9 KSchG auch in diesem Fall Anwendung. Es sei eine großzügige Auslegung geboten, weil es „**überflüssige Förmerei**“ bedeute, den Arbeitnehmer auf die Möglichkeit einer Eigenkündigung zu verweisen (Bauer/Krets, DB 2002, 1939). Als Voraussetzung der Auflösung **genüge ein „Streit über die Feststellung der sozialen Unwirksamkeit einer Kündigung“** (Neumann, SD 1020.6 Rn. 8). Auch bei dem Verfahren nach § 2 KSchG handele es sich um eine Kündigungsschutzklage (Herbst, BArbBl. 1969, 491 [492]). Aus § 8 Hs. 2 KSchG ergebe sich, dass auch in dessen Rahmen „über die Änderungskündigung“ entschieden werde (Maurer, BB 1971, 1327). Eine Unzumutbarkeit, das Arbeitsverhältnis fortzusetzen, trete zudem nicht immer innerhalb der Frist von drei Wochen nach § 2 KSchG ein, so dass eine Auflösung auch im Rahmen der Änderungsschutzklage noch bis zum Schluss der letzten mündlichen Verhandlung möglich sein müsse (Corts, SAE 1982, 103 [104]). Zumindest enthalte das **Kündigungsschutzgesetz** insoweit eine **Lücke** (Schaub, RdA 1970, 235). Es lasse an keiner Stelle erkennen, dass es auch dem Arbeitgeber den Auflösungsantrag nach § 9 I 2 KSchG für den Fall der Annahme unter Vorbehalt abschneiden wolle (Wenzel, MDR 1969, 977).“ (BAG aaO)

3. Rechtsstandpunkt des BAG

Das BAG hat sich nunmehr der Auffassung angeschlossen, derzufolge ein Antrag auf gerichtliche Auflösung des Arbeitsverhältnisses nach §§ 9, 10 KSchG unbegründet ist, wenn der Arbeitnehmer das mit einer Kündigung verbundene Änderungsangebot unter Vorbehalt angenommen und ausschließlich Änderungsschutzklage nach § 4 S. 2 KSchG erhoben hat.

a) methodische Auslegung des § 9 I 1 KSchG

Das BAG hat zunächst unter Anwendung der Auslegungsmethodik begründet, warum eine unmittelbare Anwendung des § 9 I 1 KSchG nicht in Betracht kommt.

aa) Wortlaut

Schon der Wortlaut des § 9 I 1 KSchG spricht nach Auffassung des BAG gegen eine Anwendung auf Änderungsschutzklagen.

„Danach ist Voraussetzung für eine gerichtliche Auflösung des Arbeitsverhältnisses, dass das **Gericht feststellt**, es sei „das **Arbeitsverhältnis durch die Kündigung nicht aufgelöst**“ und dem Arbeitnehmer die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses nicht zuzumuten. Eine solche **gerichtliche Feststellung kommt** im Rahmen einer Änderungsschutzklage nach § 4 S. 2 KSchG **nicht in Betracht** (ebenso LAG Köln, Urteil vom 16.08.2011 – 12 Sa 948/10, BeckRS 2011, 77686 Rn. 52; ErfK/Oetker, § 2 KSchG Rn. 73; HaKoKSchR/Pfeiffer, § 2 KSchG Rn. 67; Vossen in Stahlhacke/Preis/Vossen, Rn. 2199). Der Arbeitnehmer, der das mit einer Kündigung verbundene Änderungsangebot unter dem Vorbehalt des § 2 KSchG annimmt, hat nach § 4 S. 2 KSchG Klage auf Feststellung zu erheben, dass die Änderung der Arbeitsbedingungen sozial ungerecht-

fertigt oder aus sonstigen Gründen unwirksam ist. Die **Beendigungswirkung der Kündigung steht in diesem Fall nicht mehr im Streit**. Infolge der Annahme des Änderungsangebots – wenn auch unter Vorbehalt – steht vielmehr fest, dass das Arbeitsverhältnis fortbesteht. **Streitgegenstand der Änderungsschutzklage ist allein, zu welchen Bedingungen es fortbesteht** (BAG, NJOZ 2013, 1835 Rn. 29 = NZA 2014, 280 Os.; NZA 2012, 1038 Rn. 20). Hat die Klage Erfolg, stellt das Gericht entsprechend § 4 S. 2 KSchG fest, dass die Änderung der Arbeitsbedingungen sozial ungerechtfertigt oder aus einem anderen Grund unwirksam ist. Anderenfalls weist es die Änderungsschutzklage ab und das Arbeitsverhältnis besteht zu den für diesen Fall akzeptierten, geänderten Bedingungen fort. Aus § 8 KSchG ergibt sich trotz der missverständlichen Formulierung nichts anderes. Die Bestimmung stellt lediglich klar, dass die mit der Annahme unter Vorbehalt verbundene auflösende Bedingung rückwirkend eintritt, der Arbeitsvertragsinhalt also von Anfang an unverändert fortbesteht, wenn der Kl. mit der Änderungsschutzklage obsiegt (ebenso ErfK/Kiel, § 8KSchG Rn. 1; Linck in v. Hoyningen–Huene/Linck, § 2 Rn. 209).“ (BAG aaO)

bb) Entstehungsgeschichte

Die Entstehungsgeschichte des gesetzlichen Schutzes gegen Änderungskündigungen spricht nach Auffassung des BAG ebenfalls für die Ansicht, § 9 KSchG finde im Rahmen einer Änderungsschutzklage nach § 4 S. 2 KSchG keine Anwendung.

„Während die gerichtliche Auflösung des Arbeitsverhältnisses auf Antrag einer der Parteien im Zusammenhang mit einer Beendigungskündigung schon seit Inkrafttreten des Kündigungsschutzgesetzes 1951 gesetzlich vorgesehen ist (§ 7 KSchG1951), sind die Bestimmungen zum **Rechtsschutz gegen Änderungskündigungen** in §§ 2, 4 S. 2, 7 Hs. 2 und 8 KSchG erst durch das Arbeitsrechtsbereinigungsgesetz vom 14.08.1969 (damals als §§ 1 a, 3 S. 2, 6 Hs. 2 und 6 a KSchG, BGBl. I 1969, 1106) **in das Gesetz eingefügt worden**. Sie sollten die Rechte des Arbeitnehmers im Falle einer Änderungskündigung lediglich klarstellen (vgl. BT-Dr V/3913, 8). Dieser sollte – wie von der Rechtsprechung bereits judiziert – das **Änderungsangebot unter Vorbehalt annehmen und Klage begrenzt auf die Prüfung der Berechtigung der vorgesehenen Änderungen** erheben können. Dagegen war nicht Gegenstand der gesetzgeberischen Überlegungen, dass auch in diesem Fall eine gerichtliche Auflösung des Arbeitsverhältnisses möglich werden sollte. Dementsprechend wird weder in § 2 KSchG noch in §§ 4 S. 2, 7 oder 8 auf 9 KSchG Bezug genommen. Umgekehrt ist in § 9 KSchG, anders als etwa in § 7 KSchG, keine Regelung für den Fall der Änderungsschutzklage getroffen worden.“ (BAG aaO)

cc) systematische Auslegung

Für den Ausschluss von § 9 I 1 KSchG im Zusammenhang mit der Änderungsschutzklage nach § 4 S. 2 KSchG sprechen nach Auffassung des BAG auch Gesetzessystematik und Regelungszusammenhang.

„Eine Auflösung des Arbeitsverhältnisses kann nach § 9 KSchG nur erfolgen, wenn der Arbeitnehmer mit der **Kündigungsschutzklage Erfolg** hat. Wird die Klage abgewiesen, besteht für eine gerichtliche Auflösung des Arbeitsverhältnisses kein Anlass. In diesem Fall hat schon die Kündigung die Auflösung bewirkt. Bei einer **Änderungsschutzklage besteht das Arbeitsverhältnis** dagegen **unabhängig von ihrem Ausgang fort**. Dies ist eine systematisch grundlegend andere Konstellation.

Die gerichtliche Auflösung des Arbeitsverhältnisses nach einem Obsiegen mit der Änderungsschutzklage brächte zudem Schwierigkeiten im Hinblick auf den Auflösungszeitpunkt mit sich. Nach § 9 II KSchG ist das Arbeitsverhältnis zu dem Zeitpunkt aufzulösen, an dem es bei sozial gerechtfertigter Kündigung geendet hätte. Hat der Arbeitnehmer das mit einer Kündigung verbundene **Änderungsangebot unter Vorbehalt** angenommen, ist das Arbeitsverhältnis aber über diesen Zeitpunkt hinaus **einvernehmlich fortgesetzt** worden. Dies stünde zum einen in gewissem **Widerspruch zu der Annahme**, eine Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses sei für eine der Parteien **unzumutbar**. Zum anderen müsste ein **einvernehmlich fortgeführtes Arbeitsverhältnis rückwirkend beendet** werden. Zwar erfolgt auch bei einer Beendigungskündigung die gerichtliche Auflösung des Arbeitsverhältnisses häufig auf einen zurückliegenden Zeitpunkt. Das Arbeitsverhältnis wurde in diesem Fall aber nicht einvernehmlich über den vorgesehenen Beendigungstermin hinaus fortgesetzt. Für die Berechtigung der Ansicht, wegen dieser Schwierigkeiten habe die Auflösung im Rahmen einer Änderungsschutzklage entgegen der Vorgabe des § 9 II KSchG auf den Zeitpunkt der Rechtskraft des Urteils zu erfolgen (so Neumann, SD 1020.6 Rn. 8; Schaub, RdA 1970, 230 [236]; Wenzel, MDR 1969, 968), fehlt es an Anhaltspunkten im Gesetz.“ (BAG aaO)

dd) teleologische Auslegung

Nicht zuletzt stehen Sinn und Zweck der Möglichkeit einer gerichtlichen Auflösung des Arbeitsverhältnisses nach §§ 9, 10 KSchG nach Ansicht des BAG der

Auffassung entgegen, eine solche Auflösung sei auch im Falle einer Änderungsschutzklage nach § 4 S. 2 KSchG möglich.

„Für die Schaffung der gesetzlichen Regelung war unter anderem die Erwägung maßgebend, dass es während eines Kündigungsschutzprozesses zu **zusätzlichen Spannungen zwischen den Parteien** kommen kann, die eine Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses unzumutbar erscheinen lassen (BAG, NZA 2009, 312 Rn. 42; NZA 1988, 16 [zu B II 1]; BAG, Urteil vom 25.11.1982 – 2 AZR 21/81, BeckRS 2013, 74134 [zu B I 2 a]).

Zu solchen Belastungen kann es zwar auch im Zusammenhang mit dem Ausspruch einer Änderungskündigung kommen. Dies unterscheidet das Änderungsschutzverfahren aber nicht **von sonstigen Verfahren**, in denen die Parteien über den Inhalt ihres Arbeitsverhältnisses streiten. In diesen Fällen kann mangels einer gesetzlichen Regelung die gerichtliche Auflösung des Arbeitsverhältnisses zweifellos nicht verlangt werden. Eine Sonderstellung der Änderungsschutzklage wiederum ist insoweit nicht erkennbar. Der Streit über eine Änderung der Arbeitsbedingungen nach § 4 S. 2 KSchG unterscheidet sich von den anderen Rechtsstreitigkeiten zwar dadurch, dass er durch eine Kündigung des Arbeitgebers veranlasst ist. Deren beendigende Wirkung ist aber durch die Annahme des Änderungsangebots unter Vorbehalt gerade entfallen.

Dieser letzte Gesichtspunkt unterscheidet die Situation bei einer Änderungsschutzklage maßgeblich von der bei einer Kündigungsschutzklage nach § 4 S. 1 KSchG. Anders als mit einer reinen Beendigungskündigung bringt der **Arbeitgeber** mit einer Änderungskündigung **zum Ausdruck**, dass er – wenn auch unter anderen Bedingungen – zur **Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses bereit** ist. Der Arbeitnehmer hat die Wahl, ob er das Änderungsangebot ablehnen oder – unter Vorbehalt – annehmen will. Entscheidet er sich – und sei es unter Vorbehalt – für die Annahme, erklärt er damit ebenfalls, das Arbeitsverhältnis fortsetzen zu wollen. Es besteht damit in jedem Fall weiter. Bei dieser Ausgangslage ist **kein sachlicher Grund ersichtlich**, warum das Gericht ein Arbeitsverhältnis, dessen Bestand – nicht anders als sonst im ungekündigten Arbeitsverhältnis – nicht im Streit steht, sollte auflösen können. Bei § 9 KSchG handelt es sich um eine Ausnahmevorschrift. Das Kündigungsschutzgesetz ein Bestandsschutz-, kein Abfindungsgesetz (BAG, NZA-RR 2012, 243 Rn. 20; Urteil vom 08.10.2009 – 2 AZR 682/08, BeckRS 2010, 65523 Rn. 13).“ (BAG aaO)

b) analoge Anwendung des § 9 I KSchG

Das BAG sieht aber auch die Voraussetzungen für eine analoge Anwendung des § 9 I 1 KSchG als nicht gegeben an (ebenso LAG Rheinland-Pfalz, Urteil vom 04.06.2009 – 11 Sa 66/09, BeckRS 2010, 65390; HaKoKSchR/Fiebig, § 9 KSchG Rn. 1; SPV/Vossen, Rn. 2199).

„Analoge Gesetzesanwendung setzt voraus, dass der **gesetzlich unregelte Fall** nach Maßgabe des Gleichheitssatzes und zur Vermeidung von **Wertungswidersprüchen** nach der gleichen Rechtsfolge verlangt, wie die erfassten Fälle (BAG, NZA-RR 2013, 515 Rn. 20; BAGE 121, 212 = NZA 2007, 999 Rn. 56 m.w.N.). Daran fehlt es hier. Der geregelte und der nicht geregelte **Sachverhalt sind nicht vergleichbar**.

Die **Auflösung eines Arbeitsverhältnisses** durch das Gericht stellt einen **Eingriff in die Vertrags- und Berufsfreiheit (Art. 2 I, 12 I GG)** der Parteien dar. Der Schutzbereich der Berufsfreiheit umfasst sowohl die Wahl des Arbeitsplatzes durch den Arbeitnehmer als auch die Auswahl der Arbeitnehmer durch den Arbeitgeber (vgl. BVerfGK1, 308 = NZA 2003, 959 [zu B II 1 a] m.w.N.). Zwar ist nach § 9 KSchG die gerichtliche Auflösung des Arbeitsverhältnisses nur auf Antrag zulässig. Der Schutzbereich der Vertragsparteien ist gleichwohl betroffen.

Streiten die Parteien nur über die Bedingungen des bestehenden Arbeitsverhältnisses, gibt es keinen Grund, einen solchen gerichtlichen Eingriff vorzusehen. Die Situation ist im wesentlichen Punkt anders als in einem Fall, in dem die Parteien über den Bestand ihres Arbeitsverhältnisses streiten, die Beendigung zumindest vom Arbeitgeber gewollt und sie durchaus ein mögliches Ergebnis des Prozesses ist.

Arbeitnehmer und Arbeitgeber sind auch ohne die Möglichkeit einer gerichtlichen Auflösung des Arbeitsverhältnisses nicht gezwungen, an einem unzumutbar gewordenen Arbeitsverhältnis festzuhalten. Beide können das Arbeitsverhältnis bei Vorliegen eines wichtigen Grundes nach § 626 I BGB fristlos kündigen, der Arbeitnehmer kann dies ohne Weiteres auch ordentlich, der Arbeitgeber dann, wenn ein Kündigungsgrund nach § 1 II KSchG gegeben ist. Kündigt der Arbeitnehmer wegen eines vertragswidrigen Verhaltens des Arbeitgebers fristlos, kann er zudem nach § 628 II BGB Ersatz des entstehenden Schadens verlangen.“ (BAG aaO)

II. Ergebnis

Danach ist der Auflösungsantrag des Kl. unbegründet.

1. § 139 ZPO ist Ausdruck dessen, dass der Richter nach dem Willen des Gesetzgebers auch im allgemeinen Zivilprozess, wo der **Beibringungsgrundsatz** gilt, nicht allein die Aufgabe eines rein passiven Beobachters und distanzierten Entscheiders hat, sondern **aktiv zur Klärung der Sach- und Rechtslage beitragen** soll.
2. Die richterliche Hinweispflicht als Teil der materiellen Prozessleitung dient der **Erfüllung des Anspruchs der Parteien auf rechtliches Gehör**, der Gewährleistung eines fairen Verfahrensablaufs und der Erzielung eines richtigen Prozessergebnisses.
3. Die vom Gesetz gebotenen Hinweise sind **so früh wie möglich** – spätestens im letzten Termin der mündlichen Verhandlung mit ausreichender Gelegenheit zur Stellungnahme (§ 139 V und § 156 II Nr. 1 ZPO) – zu erteilen und aktenkundig zu machen.
4. Nach der höchstrichterlichen Judikatur, der sich der Senat angeschlossen hat, muss der Richter **grundsätzlich auch eine anwaltlich vertretene Partei auf Bedenken gegen die Zulässigkeit oder die Schlüssigkeit der Klage hinweisen**.

A. Grundlagenwissen: Der Anspruch auf ein faires Verfahren

Aus Art. 2 I GG i.V.m. mit dem Rechtsstaatsprinzip wird als „allgemeines Prozessgrundrecht“ der Anspruch auf ein faires Verfahren abgeleitet (vgl. BVerfGE 57, 250 [275] = NJW 81, 1719; BVerfGE 78, 123 [126] = NJW 88, 2787). Der Richter muss das Verfahren so gestalten, wie die beteiligten Parteien es von ihm erwarten dürfen. Er darf sich nicht widersprüchlich verhalten (vgl. BVerfGE 69, 381 [387] = NJW 86, 244), insbesondere aus eigenen oder ihm zuzurechnenden Fehlern oder Versäumnissen keine Verfahrensnachteile für die Bet. ableiten (vgl. BVerfGE 60, 1 [6] = NJW 82, 1453; BVerfGE 75, 183 [190] = NJW 87, 2003). Allgemein ist er zur Rücksichtnahme gegenüber den Verfahrensbeteiligten in ihrer konkreten Situation verpflichtet (vgl. BVerfGE 46, 202 [210] = NJW 78, 151; zum Ganzen s. auch BVerfG [3. Kammer des Ersten Senats] NJW 98, 2044).

B. Anforderungen an richterliche Hinweispflicht bei unzureichend substanziertem Klagevorbringen (vgl. OLG Brandenburg in NJW-RR 2014, 574)

Fall: Der Kl., von Beruf Kfz-Mechaniker-Meister und zuletzt als Werkstattleiter und Kundendienstberater bei einem Autohaus angestellt, nimmt die Bekl., einen Lebensversicherer, aus einer Berufsunfähigkeits-Zusatzversicherung in Anspruch. Der Versicherung liegen die Bedingungen der Bekl. für die Berufsunfähigkeits-Zusatzversicherung, Version 1D14 (im Folgenden BUZ), zu Grunde. Im Mittelpunkt des Streits stehen die Fragen, ob der Kl. infolge einer Erkrankung an Morbus Crohn bedingungsgemäß berufsunfähig ist und ob die Bekl. befugt war, die Vertragsbedingungen wegen einer vorvertraglichen Anzeigepflichtverletzung nach § 19 IV 2 VVG nF rückwirkend durch eine Ausschlussklausel anzupassen.

Das LG Frankfurt (Oder) (Urt. v. 05.09.2012 – 14 O 352/11) hat die Klage (nach Durchführung des schriftlichen Vorverfahrens) im dem zur Güteverhandlung und zur unmittelbar anschließenden mündlichen Verhandlung bestimmten Termin – ohne persönliche Anhörung des anwesenden Kl. und ohne Protokollierung richterlicher Hinweise – am Schluss der Sitzung mit der Begründung abgewiesen, der Anspruchsteller habe den Eintritt des Versicherungsfalls nicht gehörig dargetan; es fehle an einer hinreichend detaillierten Beschreibung der zuletzt in gesunden Tagen ausgeübten Tätigkeit, weshalb sich eine Einschränkung seiner Berufsfähigkeit im Umfang von mindestens 50 % nicht feststellen lasse. Der Kl. ist der Auffassung, dass das Urteil vor diesem Hintergrund verfahrensfehlerhaft ergangen ist, da das Gericht seiner richterlichen Hinweispflicht nicht hinreichend nachgekommen sei. Zu Recht?

Das Gericht der ersten Instanz könnte seiner zivilprozessualen Pflicht zur materiellen Prozessleitung nicht hinreichend nachgekommen sein.

I. Regelungsgehalt des § 139 I 2 ZPO

Nach § 139 I 2 ZPO hat das Gericht **darauf hinzuwirken**, dass die Parteien sich rechtzeitig und vollständig über alle erheblichen Tatsachen erklären, insbesondere **ungenügende Angaben zu den geltend gemachten Tatsachen ergänzen**, die Beweismittel bezeichnen und die sachdienlichen Anträge stellen.

„Die Vorschrift ist Ausdruck dessen, dass der Richter nach dem Willen des Gesetzgebers auch im allgemeinen Zivilprozess, wo der **Beibringungsgrundsatz** gilt, nicht allein die Aufgabe eines rein passiven Beobachters und distanzierter Entscheiders hat, sondern **aktiv zur Klärung der Sach- und Rechtslage beitragen** soll (vgl. dazu die Begründung zum Regierungsentwurf eines Gesetzes zur Reform des Zivilprozesses, BT-Drs. 14/4722, 58, 77; ferner Zöller/Greger, § 139 Rn. 1).

Damit ist **weder eine Verzerrung des Konkurrenzverhältnisses** der anwaltlich vertretenen Parteien noch die **Preisgabe der richterlichen Neutralität oder des Gleichbehandlungsgrundsatzes** verbunden, solange es bei einer – gesetzlich ausdrücklich gewollten – ergänzenden richterlichen Hilfestellung verbleibt, durch die es lediglich zu einer **Modifizierung der Verhandlungsmaxime** kommt und bei der speziell keine neuen Anspruchsgrundlagen, Einreden oder Anträge in den Prozess eingeführt werden, die im bisherigen streitigen Vorbringen beider Seiten nicht zumindest andeutungsweise eine Grundlage haben (vgl. Begründung, BT-Drs. 14/4722, 58, 77; Musielak/Stadler, § 139 Rn. 1 u. 5). Vielmehr dient die materielle Prozessleitung durch das Gericht der **Erfüllung des Anspruchs der Parteien auf rechtliches Gehör**, der Gewährleistung eines fairen Verfahrensablaufs und der Erzielung eines richtigen Prozessergebnisses (vgl. Musielak/Stadler, § 139 Rn. 1; Thomas/Putzo/Reichold, § 139 Rn. 1).“ (OLG Brandenburg aaO).

Hierbei reicht es nicht aus, wenn das Gericht erst in seinem Urteil auf Substanziierungsmängel hinweist.

„Die vom Gesetz gebotenen Hinweise sind so **früh wie möglich – spätestens im letzten Termin der mündlichen Verhandlung mit ausreichender Gelegenheit zur Stellungnahme** (§ 139 V und § 156 II Nr. 1 ZPO) – zu erteilen und aktenkundig zu machen (§ 139 IV 1 ZPO). Inhaltlich dürfen sie keineswegs allgemein oder pauschal gehalten werden, sondern müssen die Adressaten **unmissverständlich auf den fehlenden Sachvortrag aufmerksam machen**, den der Richter für entscheidungserheblich hält; dies gilt insbesondere in Konstellationen, in denen die Notwendigkeit ergänzenden Vortrags – wie etwa bei den Anforderungen an die Darlegung eines Anspruchs – von der Bewertung des Gerichts im Einzelfall abhängt und sich nicht schon aus dem erheblichen Bestreiten der Gegenseite ergibt (vgl. dazu BGHZ 140, 365 = NJW 1999, 1867 = WM 1999, 811; BGH, NJW 2002, 3317 = BGH-Report 2002, 966 = WM 2003, 541; BGHZ 164, 166 = NJW 2006, 60 = WM 2006, 1026 Rn. 29; ferner BeckOK ZPO/v. Selle, Ed. 10, § 139 Rn. 44; Thomas/Putzo/Reichold, § 139 Rn. 27).“ (OLG Brandenburg aaO)

II. Umfang der Hinweispflicht im Anwaltsprozess

Allerdings könnten die Anforderungen an die Ausübung der richterlichen Hinweispflicht reduziert sein, wenn die betroffene Partei anwaltlich vertreten ist, weil davon ausgegangen werden kann, das auch der betreffende Rechtsanwalt in der Lage ist, den Umfang der Substantiierungspflicht richtig zu bewerten.

„Gemäß dem Wortlaut von § 139 I 2 ZPO obliegt es dem Gericht darauf hinzuwirken, dass die Prozessparteien ungenügende Angaben zu den von ihnen geltend gemachten Tatsachen rechtzeitig ergänzen. Dabei **unterscheidet das Gesetz nicht zwischen Anwalts- und Parteiprozessen** (vgl. dazu Schellhammer, Zivilprozess, 14. Aufl., Rn. 409). Deshalb entfällt die Aufgabe, die es dem Richter zugewiesen hat, keineswegs schon dadurch, dass die jeweilige Partei selbst von einem Rechtsanwalt vertreten wird oder dass die anwaltlichen Bevollmächtigten des Gegners Ausführungen zur Sach- und Rechtslage gemacht haben, die das erkennende Gericht für zutreffend erachtet. Nach der höchstrichterlichen Judikatur, der sich der Senat angeschlossen hat, muss der Richter **grundsätzlich auch eine anwaltlich vertretene Partei auf Bedenken gegen die Zulässigkeit oder die Schlüssigkeit der Klage hinweisen**; das gilt jedenfalls dann, wenn der Anwalt die Rechtslage falsch beurteilt oder – wie im vorliegenden Zivilprozess – ersichtlich darauf vertraut, sein schriftsätzliches Vorbringen sei ausreichend (vgl. dazu BGH, BGHR ZPO § 139 I Anwaltsprozess 3 Rn. 8 = BeckRS 1989, 06599; BGHZ 127, 254 = NJW 1995, 399 = WM 1995, 498; BGH, NJW-RR 1997, 441 Rn. 11 = LM ZPO § 139 Nr. 27 a). Entsprechend verhält es sich, wenn der Prozessgegner Bedenken gegen die Schlüssigkeit des Vortrags der anderen Partei geltend gemacht hat (vgl. dazu BGH, NJW 2001, 2548 = BGH-Report 2001, 485 = MDR 2001, 1009; BGH, NJW-RR 2004, 1247 = BauR 2004, 1477; BGH, NJW 2012, 3035 = MDR 2012, 1235 Rn. 8; ferner BeckOK ZPO/v. Selle, § 139 Rn. 19; Thomas/Putzo/Reichold, § 139 Rn. 12; Zöller/Greger, § 139 Rn. 6 a).“ (OLG Brandenburg aaO)

Da die Rechtsvertreter der Parteien schon in der vorbereitenden Korrespondenz hinsichtlich des Umfangs der Substantiierungspflicht unterschiedlicher Auffassung waren, der klägerische Anwalt also erkennbar darauf vertraut hat, dass sein Vorbringen ausreichend war, ergibt sich aus der anwaltlichen Vertretung keine Modifizierung der richterlichen Hinweispflicht.

III. Anwendung auf den Fall

Hier hat der Richter der unterschiedlichen Positionierung beider Seiten in den vorbereitenden anwaltlichen Schriftsätzen zu den Anforderungen an das Maß der Substantiierung des Klagevorbringens betreffend die Voraussetzungen für eine Berufsunfähigkeit des Anspruchstellers lediglich zugesehen und erst im instanzabschließenden Urteil sei-

ne eigene – dem Kl. ungünstige – Auffassung offenbart. Dies könnte gegen die vorgenannten Anforderungen an die Ausübung der richterlichen Hinweispflicht verstoßen.

*„Im Streitfall konnte der Kl. die nötige Unterrichtung von der Bekl. bereits deswegen nicht erhalten, weil die Erforderlichkeit ergänzenden Vortrags – insbesondere zu weiteren Einzelheiten der in gesunden Tagen ausgeübten Berufstätigkeit – von der **Bewertung des erkennenden Gerichts im Einzelfall** abhing.*

Den detaillierten Ausführungen in der Klageschrift, die durch eine – mit Zeitangaben versehene – wochenbezogene Arbeitsbeschreibung in der Anlage K4 komplettiert werden und deren lediglich auszugsweise Wiedergabe im Tatbestand des angefochtenen Urteils allein rund vier Seiten umfasst, ist die Bekl. im Kern – zulässigerweise – durch Bestreiten mit Nichtwissen entgegengetreten; darüber hinaus hat sie gerügt, es fehle Vorbringen dazu, welche Aufgaben der Anspruchsteller in seiner Eigenschaft als Werkstattleiter an seine Mitarbeiter delegiere, welchen Zeitumfang seine Tätigkeit als Kundendienstberater einnehme und inwieweit er – nicht mit körperlichen Beanspruchungen einhergehende – organisatorische Arbeiten durchführe. Der Kl. hatte sein Unverständnis darüber geäußert, darauf verwiesen, dass seine wochenbezogene Tätigkeitsbeschreibung vollständig sei, und ergänzend angemerkt, die Erkrankung verlaufe schubweise, wobei er während der Exazerbation wegen starken Schmerzen keinerlei Tätigkeit ausüben könne.

*Angesichts dessen durfte die Vorinstanz den **Berufungsführer nicht darüber im Unklaren lassen**, zu welchen Punkten und inwieweit sie selbst das bisherige tatsächliche Vorbringen für substanziierungsbedürftig erachtet, zumal in den Anwaltsschriftsätzen der Parteien noch andere Fragen – speziell die einer vorvertraglichen Anzeigepflichtverletzung durch den Versicherungsnehmer – breiten Raum eingenommen haben. Indem sich das LG bedeckt hielt und schon am Schluss der Sitzung ein instanzabschließendes Urteil verkündete, hat es das **Prinzip fairer Verfahrensführung verletzt**.“ (OLG Brandenburg aaO)*

IV. Ergebnis

Das Verfahren des ersten Rechtszugs leidet an einem wesentlichen – entscheidungsrelevanten, auf Grund dessen eine sehr umfangreiche und aufwändige Beweisaufnahme erforderlich ist.

*„Geht man von dem durch die Zivilkammer für notwendig erachteten Maß an Substanziierung betreffend die seitens des Anspruchstellers zuletzt in gesunden Tagen ausgeübte berufliche Tätigkeit aus, hätte die Klage nicht abgewiesen werden dürfen, bevor von der Eingangsinstanz gem. § 139 I 2 ZPO **auf eine entsprechende Ergänzung des Vorbringens hingewirkt** worden ist (vgl. dazu Zöller/Heßler, ZPO, 29. Aufl., § 538 Rn. 20 m.w.N.). Der Anspruchsteller hätte dadurch Gelegenheit gehabt, seine Darlegungen noch im ersten Rechtszug zu vervollkommen, wie es nunmehr in der Berufungsinstanz geschehen und in jedem Falle ausreichend ist.“ (OLG Brandenburg aaO)*

StGB
§ 257c**Verständigung in Berufungsinstanz**
Folgewirkungen

StGB

(OLG Karlsruhe in NSTz 2014, 294; Beschluss vom 07.03.2014 – 3 (6) Ss 642/13 – AK 242/13)

1. Ein **Berufungsgericht** ist an eine in der ersten Instanz getroffene **Verständigung** grds. **nicht gebunden**.
2. Macht ein Berufungsgericht von seiner fehlenden Bindung an die in der ersten Instanz erzielten Verständigung Gebrauch, **unterliegt das verständigungsbasierte Geständnis einem Verwertungsverbot**. In diesem Falle muss der Angekl. gem. § 257 c IV 4 StPO qualifiziert über die Unverwertbarkeit des Geständnisses belehrt werden.
3. Ein **Verstoß gegen die Belehrungspflicht begründet** aber **nicht** ohne weiteres ein **Verbot der Verwertung der geständigen Einlassung des Angekl. in der Berufungsinstanz**.

Fall: Das AG verurteilte die Angekl. A und B wegen gemeinschaftlichen Verstoßes gegen § 17 Nr. 2 b TierSchG jeweils zu einer Geldstrafe. Auf die Berufung der StA hat das LG das amtsgerichtliche Urteil aufgehoben und die Angekl. wegen gemeinschaftlich begangener Tiertötung in Tateinheit mit Tiermisshandlung und mit Sachbeschädigung jeweils zu einer Geldstrafe verurteilt. Gegenstand der Verurteilung ist das Erschießen und nachfolgende Verendenlassen zweier zuvor aus dem Rotwildgehege des Reviernachbarn entlaufener Hirschkühe.

Gegen dieses Urteil richten sich die Revisionen der Angekl., die rügen, dass ihre in der Berufungshauptverhandlung getätigten Angaben von der Berufungskammer verwertet wurden, obwohl sie lediglich einfach über ihr Aussageverweigerungsrecht, nicht jedoch qualifiziert über die Unverwertbarkeit ihrer erstinstanzlich abgegebenen Geständnisse belehrt worden seien. Sie machen geltend, sie hätten bei einer entsprechenden Belehrung im Berufungsverfahren von ihrem Schweigerecht Gebrauch gemacht.

Der Verfahrensrüge liegt folgendes Verfahrensgeschehen zu Grunde: Vor dem AG wurde ausweislich des Hauptverhandlungsprotokolls eine Verständigung mit dem folgenden Inhalt getroffen:

„Es wurden Verständigungsgespräche i. S. des § 257 c StPO geführt. Im Verlauf der Erörterung äußerte sich der Sachverständige informatorisch zur Sach- und Rechtslage. Das Gericht schlägt die Verhängung einer Geldstrafe vor für den Fall einer geständigen Einlassung. Die StA stimmt der Verständigung zu, von Seiten der Verteidigung wird der Verständigung ebenfalls zugestimmt.“

Die Verteidiger der Angekl. A und B geben folgende Erklärung ab: Die Vorwürfe aus dem Strafbefehl vom 29.6.2012, bzgl. § 17, 2 b Tierschutzgesetz sind zutreffend.“

Sodann gelangten die Auszüge aus dem Bundeszentralregister zur Verlesung, im Anschluss wurden die Angekl. ohne weitere Beweisaufnahme wegen Verstoßes gegen § 17 Nr. 2 b TierSchG zu einer Geldstrafe verurteilt.

Gegen das Urteil des AG legten die StA sowie die Angekl. Berufung ein. In der Berufungshauptverhandlung vor dem LG wurden die beiden Angekl. darauf hingewiesen, dass es ihnen freistehe, sich zur Anklage zu äußern oder nicht zur Sache auszusagen. Eine weitergehende Belehrung ist nicht erfolgt. Die Angekl. machten in der Berufungshauptverhandlung Angaben zur Sache, die im Urteil verwertet wurden.

Zu prüfen ist, ob ein **Verfahrensfehler** gegeben ist, weil das **Berufungsgericht** den Angekl. **nicht** entsprechend § 257 c IV 4 StPO **über die fehlende Bindungswirkung** der erstinstanzlich erzielten Verständigung und damit über die Unverwertbarkeit seines erstinstanzlich abgegebenen Geständnisses **belehrt** hat.

- I. **Grds.** ist ein **Berufungsgericht** ist an eine **erstinstanzlich erzielte Verständigung** **nicht gebunden**.

BT-Drs. 16/12310 S. 15; OLG Düsseldorf StV 2011, 80; Niemöller/Schlothauer/Weider-Wieder, Gesetz zur Verständigung in Strafsachen, 2010, Teil C Rn 98; Wenske DRiZ 2012, 123; BeckOK/StPO-Eschelbach, Ed. 17, § 257 c Rn 46; a. A. Kuhn StV 2012, 10

*„Dies folgt **systematisch** schon aus der Vorschrift des § 302 I 2 StPO, die einen Rechtsmittelverzicht nach Verständigung generell – und damit auch hinsichtlich einer möglichen Berufung – ausschließt und gerade die Möglichkeit einer substanziellen Überprüfung sicherstellen will (vgl. BGH NSTz 2010, 289). Damit ist jedoch nicht von vornherein ausgeschlossen, dass sich das Berufungsgericht freiwillig – mittelbar – an eine in erster Instanz erzielte Verständigung bindet, indem es das erstinstanzlich im Rahmen einer zulässigen Verständigung abgegebene Geständnis durch Sekundärbeweismittel in die Berufungshauptverhandlung einführt (hierzu OLG Nürnberg NSTz-RR 2012, 255; BeckOK/StPO-Eschelbach aaO; KK/StPO-Moldenhauer/Wenske, 7. Aufl. Rn 37, § 257c Rn 42; a. A. wohl Niemöller/Schlothauer/Weider-Weider aaO., Rn 99: Geständnis grds. unverwertbar).“*

In diesem Fall entsteht eine **Wechselwirkung zwischen der Verwertung des – erstinstanzlichen und auf einer Verständigung beruhenden – Geständnisses und der Bindung des Berufungsgerichts an die weiteren Bedingungen der Verfahrensabsprache**, insbes. den vereinbarten Strafrahmen: Hält das Berufungsgericht den Angekl. nämlich an seinem im Rahmen der erstinstanzlichen Verständigung abgegebenen Geständnis fest, bindet es sich nach dem **Rechtsgedanken des fairen Verfahrens und des Vertrauensschutzes** (Art. 6 I EMRK, Art. 20 III GG), der innerhalb der Instanz in § 257 c IV 3 StPO einfachgesetzlichen Ausdruck findet, im Gegenzug auch selbst an die Bedingungen der Verständigung. Macht umgekehrt das Berufungsgericht von seiner fehlenden Bindung an die erstinstanzlich erzielte Verständigung Gebrauch, unterliegt im Gegenzug das auf der Verständigung beruhende Geständnis in erster Instanz einem Verwertungsverbot (OLG Düsseldorf aaO; OLG Nürnberg aaO; El-Ghazi JR 2012, 406; Mosbacher JuS 2011, 708; KK/StPO-Moldenhauer/Wenske aaO, Rn 42; SK/StPO-Velten 4. Aufl., § 257c Rn 29, 48; Satzger/Schluckebier/Widmaier-Ignor StPO, § 257c Rn 121 ff.; vgl. zur Wechselwirkung bei Lösung von einer Verständigung innerhalb der Instanz Niemöller/Schlothauer/Weider-Niemöller aaO, § 257c Rn 145 ff.; allgemein zur Geltung des Vertrauensschutzes bei § 257 c StPO auch in der Rechtsmittelinstanz s. LR/StPO-Stuckenberg, 26. Aufl., § 257 c Rn 68; KMR/StPO-v. Heintschel-Heinegg, Stand Nov. 2009, § 257c Rn 53).“ (OLG Karlsruhe aaO)

- II. Die fehlende Bindungswirkung führt dazu, dass **für den Angekl. zu Beginn der Berufungshauptverhandlung keine Klarheit darüber besteht, ob das Berufungsgericht sein erstinstanzlich abgegebenes Geständnis verwerten will oder nicht.**

Die Antwort hierauf wird jedoch oftmals maßgeblich sein für das **Verteidigungsverhalten** des Angekl. in der Berufungshauptverhandlung, insbes. für die Entscheidung des Angekl., ob und ggf. wie er sich in der Berufungshauptverhandlung zur Sache einlassen sollte. Es ist jedenfalls nicht ausgeschlossen, dass der Angekl. auf sein Aussageverweigerungsrecht in der Berufungshauptverhandlung nur deshalb verzichtet, weil er möglicherweise glaubt, die erstinstanzlich im Rahmen der Verständigung abgegebene Selbstbelastung nicht mehr aus der Welt schaffen zu können.

Um diese Unsicherheit des Angekl. zu beseitigen, ist der Angekl. im Berufungsverfahren neben der **Belehrung nach §§ 243 1, 332 StPO entsprechend § 257 c IV 4 StPO** qualifiziert über die Unverwertbarkeit seines erstinstanzlich abgegebenen Geständnisses zu belehren, wenn das Berufungsgericht von seiner fehlenden Bindung an die erstinstanzlich erzielte Verständigung Gebrauch machen möchte (OLG Düsseldorf aaO; El-Ghazi aaO, Mosbacher aaO; BeckOK/StPO-Eschelbach aaO; zur Notwendigkeit einer qualifizierten Belehrung bei missglückter Verständigung innerhalb der Instanz s. BGH NSTz 2013, 728).

- III. Aus dem Fehlen der analog § 257 c IV 4 StPO gebotenen qualifizierten Belehrung folgt jedoch nicht ohne weiteres ein **Beweisverwertungsverbot**. Die Verwertbarkeit der im Berufungsverfahren erfolgten Einlassung des Angekl. ist vielmehr durch Abwägung im Einzelfall zu ermitteln, die vorliegend zur Annahme der Verwertbarkeit führt.

„In der Rspr. ist – verfassungsrechtlich grds. unbedenklich (vgl. BVerfG NJW 2014, 532) - anerkannt, dass ein **Verstoß gegen eine Pflicht zur qualifizierten Belehrung nicht in jedem Fall zu einem Beweisverwertungsverbot führen muss**, sondern die **Folgen des Belehrungsfehlers jeweils im konkreten Einzelfall zu ermitteln** sind. Bei einer solchen Abwägung kommt es entscheidend auf das Gewicht des Verfahrensverstößes, das Interesse an der Sachaufklärung sowie das Aussageverhalten des betroffenen Beschuldigten im gesamten Verfahren an (vgl. BGHSt 53, 112; OLG Hamm NSTz-RR 2009, 283). Ergänzend ist zu berücksichtigen, ob der Angekl. verteidigt war und ist, ob die Verständigung in erster Instanz formal rechtsfehlerfrei zustande gekommen und wer Beschwerdeführer ist (KK/StPO-Moldenhauer/Wenske aaO, Rn 48; dies. NSTz 2012, 184; Wenske aaO).

Vorliegend war die vor dem AG erzielte Verständigung zwar einerseits in mehrfacher Hinsicht rechtsfehlerhaft. Doch konnte sie andererseits schon deshalb keine Bindungswirkung entfalten (BeckOK/StPO-Eschelbach aaO; El-Ghazi aaO, 407). Auch war dem Angekl. das Berufungsziel der StA von vornherein bekannt, zudem hat er selbst Berufung eingelegt mit dem Ziel des Freispruchs. Der Angekl. war während des gesamten gerichtlichen Verfahrens verteidigt. Die Belehrung nach §§ 243 V 1, 332 StPO ist ordnungsgemäß erfolgt; Anhaltspunkte für ein **bewusstes Umgehen der Pflicht zur qualifizierten Belehrung** sind in keiner Weise ersichtlich. Schließlich ist von entscheidender Bedeutung, dass der Angekl. erstinstanzlich gar keine geständige Einlassung abgegeben hatte, die das LG hätte verwerten können. Das AG hatte sich vielmehr mit einer weitgehend inhaltsleeren Verteidigerklärung begnügt, die sich der Angekl. selbst nicht einmal zu eigen gemacht hatte. In der Berufungshauptverhandlung hat der Angekl. daher auch nicht etwa seine erstinstanzlichen Angaben nur bestätigt, sondern sich überhaupt erstmals zur Sache eingelassen. Die **Gesamtabwägung** der im Rechtsstaatsprinzip angelegten gegenläufigen Gebote und Ziele führt daher im vorliegenden Fall zur Verwertbarkeit der im Berufungsverfahren getätigten Einlassung des Angekl. Etwas anderes folgt auch nicht aus dem Urteil des BVerfG vom 19.03.2013 zur Bedeutung des § 257 c V StPO (NJW 2013, 1058). Denn im Unterschied zu dessen Zielrichtung befindet sich der Angekl. in der vorliegenden Fallkonstellation einer bereits gescheiterten Verständigung nicht mehr in einer besonderen Anreiz- und Verführungssituation, in der er besonders zu schützen ist.“ (OLG Karlsruhe aaO)

(VGH Mannheim in DÖV 2014, S. 452; Beschluss vom 27.01.2014 – 2 S 2567/13)

- 1 Die **offensichtliche Rechtswidrigkeit** eines Verwaltungsakts nach der Erkenntnislage zum Zeitpunkt seines Erlasses kann die Annahme rechtfertigen, seine Aufrechterhaltung sei schlechthin unerträglich.
2. Dabei genügt es nicht, dass die Behörde bei Erlass des Bescheids Kenntnis von den Umständen hatte, welche seine Rechtswidrigkeit begründeten. Vielmehr ist erforderlich, dass sie selbst **eindeutig und erkennbar von dessen Rechtswidrigkeit ausgegangen ist**.

Fall: Der Kläger begehrt ein Wiederaufgreifen des Verfahrens, nachdem der Beklagte mit - bestandskräftig gewordenem - Bescheid vom 07.05.2010 einen Beihilfeantrag des Klägers für eine stationäre Behandlung in der Schweiz nach einem Unfall zum überwiegenden Teil abgelehnt hatte. Das Verwaltungsgericht hat die Klage des Klägers im Wesentlichen deshalb abgewiesen, weil kein zulässiger Wiederaufgreifensantrag gestellt worden sei, denn der Kläger sei nicht ohne grobes Verschulden gehindert gewesen, den Grund für das Wiederaufgreifen bereits in dem früheren Verfahren durch Einlegung des Widerspruchs geltend zu machen. Es bestehe auch kein Anspruch auf eine Rücknahme des Beihilfebescheids vom 07.05.2010, da seine Aufrechterhaltung nicht schlechthin unerträglich sei. Zwar habe im Zeitpunkt seines Erlasses der Verwaltungsgerichtshof mit Urteil vom 19.01.2010 - 4 S 1070/08 - bereits entschieden gehabt, dass die Beschränkung der Beihilfefähigkeit auf die in Deutschland beihilfefähigen Kosten rechtswidrig sei. Diese Entscheidung sei jedoch noch nicht rechtskräftig gewesen; die Rechtslage sei erst mit den Urteilen des Bundesverwaltungsgerichts vom 17.10.2011 - 2 C 14.10 - und des Verwaltungsgerichtshofs vom 18.06.2012 - 2 S 3165/11 - endgültig geklärt worden. Der Kläger begehrt nun die Zulassung der Berufung. Mit Erfolg?

Der Antrag auf Zulassung der Berufung nach § 124a IV VwGO kann nur auf die in § 124 II VwGO genannten Zulassungsgründe gestützt werden. Hier kommt die Anwendung von § 124 II Nr. 1 und 3 in Betracht. Danach ist die Berufung zuzulassen, wenn ernstliche Zweifel an der Richtigkeit des Urteils bestehen oder die Rechtssache grundsätzlich Bedeutung hat.

I. Zulassung der Berufung nach § 124 II Nr. 1 VwGO

1. Begriff der ernstlichen Zweifel

„Ernstliche Zweifel an der Richtigkeit der verwaltungsgerichtlichen Entscheidung im Sinn des § 124 II Nr. 1 VwGO liegen vor, wenn unter Berücksichtigung der jeweils dargelegten Gesichtspunkte (§124a IV 4 VwGO) die Richtigkeit des angefochtenen Urteils weiterer Prüfung bedarf, ein Erfolg der angestrebten Berufung nach den Erkenntnismöglichkeiten des Zulassungsverfahrens mithin möglich ist (vgl. BVerwG, Beschluss vom 10.03.2004 - 7 AV 4/03 - DVBl. 2004, 838).“ (VGH Mannheim aaO)

2. Bestehen ernstlicher Zweifel

Es bestehen ernstliche Zweifel an der Richtigkeit des erstinstanzlichen Urteils, wenn die Behörde das Verfahren hätte wiederaufgreifen oder den Bescheid zurücknehmen müssen.

a) Anspruch auf Wiederaufgreifen

Der Kläger kann ein Wiederaufgreifen des Verfahrens nur verlangen, wenn er **ohne grobes Verschulden** gehindert war, den Grund für das Wiederaufgreifen bereits in dem früheren Verfahren durch Einlegung des Widerspruchs geltend zu machen.

Der Kläger könnte ohne grobes Verschulden gehindert gewesen sein, weil er sich an der ihm bekannten damaligen Rechtslage orientiert hatte.

*„Das Verwaltungsgericht hat sich maßgeblich darauf gestützt, dass es **auch ohne Kenntnis der einschlägigen Rechtsprechung möglich** sei, die **Fehlerhaftigkeit eines Bescheids durch Einlegung eines Widerspruchs geltend zu machen**. Auf diese für das Verwaltungsgericht maßgebliche Erwägung geht der Kläger in seinem Zulassungsantrag nicht ein. Er führt insbesondere nicht näher aus, weshalb er meint, dass zur Einlegung eines Widerspruchs eine genaue Kenntnis der Rechtslage erforderlich ist. Mithin fehlt es an der im Rahmen des Zulassungsverfahrens gebotenen argumentativen Auseinandersetzung mit der Auffassung des Verwaltungsgerichts.“ (VGH Mannheim aaO)*

b) Anspruch auf Rücknahme

Der Kläger könnte eine Rücknahme des Bescheides nur dann verlangen, wenn die Aufrechterhaltung des Beihilfebescheids vom 07.05.2010 **schlechthin unerträglich**

wäre. Dies könnte sich daraus ergeben, dass der Beklagte bei seinem Erlass das ihm bekannte **Urteil** des Verwaltungsgerichtshofs vom 19.01.2010 - 4 S 1070/08 - **ignoriert** hat. Fraglich ist jedoch, ob dies geeignet wäre, ernstliche Zweifel an dem erstinstanzlichen Urteil zu begründen.

aa) keine Ermessensreduzierung auf Null bezüglich Wiederaufgreifen wegen unzumutbaren Folgen der Aufrechterhaltung

*„Die Behörde kann ein Verwaltungsverfahren nach **pflichtgemäßem Ermessen** (vgl. § 51 V LVwVfG) auch dann wieder aufgreifen und über einen durch unanfechtbaren (rechtswidrigen) Verwaltungsakt beschiedenen materiell-rechtlichen Anspruch erneut sachlich entscheiden, wenn die **Voraussetzungen für ein Wiederaufgreifen im engeren Sinne nach § 51 I LVwVfG nicht vorliegen**. Hier gehen beide Beteiligte und das Verwaltungsgericht zu Recht davon aus, dass ein rechtswidriger - und damit aufhebbarer - Verwaltungsakt i.S.v. § 48 I VwVfG vorliegt.*

*Daraus folgt jedoch noch **kein Anspruch** auf dessen Rücknahme. Ein Rechtsanspruch auf Rücknahme setzt voraus, dass das **Ermessen der Behörde** angesichts der besonderen Umstände des konkreten Einzelfalles **auf Null reduziert** ist. Eine derartige Reduktion des Ermessens ist regelmäßig nur dann zu bejahen, wenn ein **Aufrechterhalten** des ursprünglichen Verwaltungsakts **unerträglich** wäre bzw. für den Betroffenen **unzumutbare Folgen** hätte (vgl. BVerwG, Urteil vom 23.10.2007 - 1 C 10.07 - NVwZ 2008, 326). Das Festhalten an dem Verwaltungsakt ist insbesondere dann schlechthin unerträglich, wenn die Behörde durch unterschiedliche Ausübung der Rücknahmebefugnis in gleichen oder ähnlich gelagerten Fällen **gegen den allgemeinen Gleichheitssatz** verstößt oder wenn Umstände gegeben sind, die die Berufung der Behörde auf die Unanfechtbarkeit als einen **Verstoß gegen die guten Sitten** oder das **Gebot von Treu und Glauben** erscheinen lassen (BVerwG, ebd.).“ (VGH Mannheim aaO)*

bb) offensichtliche Rechtswidrigkeit bei Erlass

Darüber hinaus vermag auch die offensichtliche Rechtswidrigkeit eines Verwaltungsakts nach der Erkenntnislage zum Zeitpunkt seines Erlasses die Annahme zu rechtfertigen, seine Aufrechterhaltung sei schlechthin unerträglich (BVerwG, Urteil vom 17.01.2007 - 6 C 32.06 - NVwZ 2007, 709; OVG Nordrh.-Westf., Beschluss vom 09.09.2009 - 15 A 1881/09 - juris; Sachs in Stelkens/Bonk/Sachs, VwVfG, 8. Aufl. 2014, § 48 Rn. 85).

*„Eine **offensichtliche Rechtswidrigkeit** liegt dann vor, wenn an dem Verstoß der streitigen Maßnahme gegen formelles oder materielles Recht vernünftigerweise kein Zweifel bestehen konnte und sich deshalb die **Rechtswidrigkeit** schon im Zeitpunkt des Erlasses **aufgedrängt** hat (vgl. BayVG, Urteil vom 15.07.2010 - 6 BV 08.197 - VGHE BY 63, 216). Dabei genügt es **nicht**, dass die Behörde bei Erlass des Bescheids **Kenntnis von den Umständen** hatte, welche seine Rechtswidrigkeit begründeten. Vielmehr ist erforderlich, dass sie selbst **eindeutig und erkennbar von dessen Rechtswidrigkeit ausgegangen** ist (vgl. OVG Sachs.-Anh., Beschluss vom 01.02.2011 - 4 L 158/10 - NVwZ-RR 2011, 617; SächsOVG, Urteil vom 14.10.2010 - 2 A 430/09 - BeckRS 2011, 48608).“ (VGH Mannheim aaO)*

Fraglich ist ob diese Voraussetzungen für die Annahme einer offensichtlichen Rechtswidrigkeit des Erstbescheids im Zeitpunkt seines Erlasses hier vorgelegen haben. Es trifft zu, dass der VGH Mannheim mit Urteil vom 19.01.2010 - 4 S 1070/08 – entschieden hat, dass die in § 13 I 1 BVO normierte **Beschränkung der Beihilfefähigkeit von Aufwendungen für medizinische Leistungen im Ausland** das Abkommen der Europäischen Gemeinschaft und ihrer Mitgliedstaaten mit der Schweizerischen Eidgenossenschaft über die Freizügigkeit vom 21.06.1999 verletze. Diese **Entscheidung** ist indes **nicht rechtskräftig geworden**. Erst das Urteil des Bundesverwaltungsgericht vom 17.10.2011 - 2 C 14.10 – hat die Rechtslage endgültig geklärt.

*„Danach verletzt die Beschränkung der Beihilfefähigkeit in § 13 I 1 BVO das Abkommen mit der Schweiz nur, soweit bei der Bewilligung einer Beihilfe zu Aufwendungen für Krankenhausleistungen in der Schweiz der Berechnung **nicht die höchsten Kosten** zugrunde gelegt werden, die **bei einer vergleichbaren Inlandsbehandlung beihilfefähig** gewesen wären. Zwar hat es weiter angenommen, in den Fällen einer **Notfallbehandlung** sei eine **Kostenbegrenzung** wie diejenige für Auslandsbehandlungen in § 13 I 1 BVO unzulässig und deshalb insoweit **nichtig**. Dieses Ergebnis hat es jedoch - anders als der vierte Senat des erkennenden Gerichtshofs - nicht aus dem Abkommen mit der Schweiz, sondern daraus abgeleitet, dass eine allgemeine Kostenbegrenzungsregelung für diese Fallgruppe die im Beihilfesystem angelegte **Sachgesetzlichkeit** und damit den **allgemeinen Gleichheitssatz** des Art. 3 I 1 GG verletze, weil sie ohne zureichenden Grund medizinisch gebotene und angemessene Aufwendungen von der Beihilfe ausschließe.*

Angesichts dessen kann keine Rede davon sein, dass der Beklagte sehenden Auges bewusst eine rechtswidrige Entscheidung getroffen hat.“ (VGH Mannheim aaO)

Auch hierauf kann daher kein Anspruch auf Rücknahme des Bescheides hergeleitet werden. Weitere Anhaltspunkte für ernstliche Zweifel an der Richtigkeit des erstinstanzlichen Urteils liegen nicht vor. Der Zulassungsgrund des § 124 II Nr. 1 VwGO greift nicht ein.

II. Zulassung der Berufung nach § 124 II Nr. 3 VwGO

Die Berufung könnte aber wegen grundsätzlicher Bedeutung zuzulassen sein.

1. Anforderungen an die grundsätzliche Bedeutung

„Dieser Zulassungsgrund ist gegeben, wenn für die Entscheidung des Verwaltungsgerichts eine grundsätzliche, obergerichtlich oder höchstrichterlich noch nicht geklärte Rechtsfrage von Bedeutung war, die auch für die Entscheidung im Berufungsverfahren erheblich wäre und deren Klärung zur Erhaltung der Einheitlichkeit der Rechtsprechung oder zu einer bedeutsamen Weiterentwicklung des Rechts geboten erscheint (vgl. hierzu VGH Bad.-Württ., Beschluss vom 28.05.1997 - A 16 S 1388/97 - AuAS 1997, 261; Beschluss vom 18.01.2007 - 13 S 1576/06 - juris). Im Antrag auf Zulassung der Berufung wegen grundsätzlicher Bedeutung ist die Rechtsfrage, die grundsätzlich geklärt werden soll, zu bezeichnen und zu formulieren. Es ist darüber hinaus näher substantiiert zu begründen, warum sie für grundsätzlich und klärungsbedürftig gehalten wird und weshalb die Rechtsfrage entscheidungserheblich ist und ihre Klärung im Berufungsverfahren zu erwarten ist (vgl. Kopp/Schenke, VwGO, 19. Aufl. 2013, § 124 Rn. 10).“ (VGH Mannheim aaO)

2. Einhaltung dieser Anforderungen

Fraglich ist, ob der Kläger diesen Anforderungen entsprochen hat, da er schon keine konkreten Fragen, die seiner Ansicht nach grundsätzliche Bedeutung haben sollen, formuliert.

„Unabhängig hiervon ist in Rechtsprechung und Literatur geklärt, unter welchen Voraussetzungen eine Rechtspflicht der Behörde zur Rücknahme eines rechtswidrigen Verwaltungsakts besteht. Insoweit kann auf die obigen Ausführungen ... verwiesen werden. Einen darüber hinaus gehenden Klärungsbedarf zeigt der Kläger nicht auf.

Soweit der Kläger in diesem Zusammenhang eine Ermessensreduzierung auf Null damit begründen möchte, dass gegen das Recht der Europäischen Union verstoßen worden sei, geht dies schon deshalb ins Leere, weil er das Urteil des Bundesverwaltungsgericht vom 17.10.2011 - 2 C 14.10 - unzutreffend wiedergibt. Das Bundesverwaltungsgericht hat es entgegen der Auffassung des Klägers grundsätzlich nicht beanstandet, wenn die Erstattung der im Ausland entstandenen Aufwendungen auf die Höhe der im Inland erstattungsfähigen Kosten beschränkt wird, damit also der Umfang der Kostenerstattung für Behandlungen im Inland und im Ausland gleich ist. Eine Verletzung des Abkommens mit der Schweiz hat es nur angenommen, soweit bei der Bewilligung einer Beihilfe zu Aufwendungen für Krankenhausleistungen in der Schweiz der Berechnung nicht die höchsten Kosten zugrunde gelegt werden, die bei einer vergleichbaren Inlandsbehandlung beihilfefähig gewesen wären. Ein Verstoß der in § 13 I 1 BVO getroffenen Regelung gegen europarechtliche Grundsätze kann also höchstens insoweit angenommen werden, als bei der vom Bundesverwaltungsgericht grundsätzlich für zulässig gehaltenen Vergleichsberechnung zwingend auf den Sitz der Beihilfestelle abgestellt wird und nicht auf die möglicherweise höheren Kosten, die in einem anderen nach § 108 SGB V zugelassenen Krankenhaus entstanden wären. Den für den vorliegenden Streitfall maßgeblichen Rechtssatz, dass in den Fällen einer Notfallbehandlung eine Kostenbegrenzung für Auslandsbehandlungen unzulässig ist, hat das Bundesverwaltungsgericht hingegen nicht aus dem Abkommen mit der Schweiz, sondern aus einem nationalen Grundrecht, nämlich dem allgemeinen Gleichheitssatz des Art. 3 I GG, hergeleitet.“ (VGH Mannheim aaO)

Weder ist daher eine grundsätzliche Bedeutung hinreichend dargelegt worden noch ist Klärungsbedarf anzunehmen. Auch der Berufungszulassungsgrund des § 124 II Nr. 3 VwGO liegt daher nicht vor.

Ergebnis: Das Gericht wird die Berufung nicht zulassen.

(OVG Münster in NVwZ-RR 2014, 372; Beschluss vom 15.08.2013 – 2 A 740/13)

1. Für die Rechtmäßigkeit der Zwangsgeldandrohung kommt es allein auf das Vorliegen einer vollstreckbaren Grundverfügung an.
2. Grundsätzlich ist eine Vollstreckungsbehörde nicht gehindert, auch gegen einen mittellosen Vollstreckungsschuldner ein Zwangsgeld zu verhängen.
3. Ein Zwangsgeld kann dann ein ungeeignetes Zwangsmittel sein, wenn der Vollstreckungsschuldner nach seinen Einkommens- und Vermögensverhältnissen dauerhaft nicht in der Lage ist, die Ordnungspflicht selbst zu erfüllen oder erfüllen zu lassen und auch absehbar keine Möglichkeit der Inanspruchnahme unentgeltlicher Hilfe besteht.

A. Grundlagenwissen: gestrecktes Vollstreckungsverfahren und Sofortvollzug**I. gestrecktes Verfahren**

Von einem gestreckten Vollstreckungsverfahren spricht man, wenn der Vollstreckung ein auf ein Tun, Dulden oder Unterlassen gerichteter Verwaltungsakt vorausgeht, für dessen Erfüllung eine Frist gesetzt wird. Im Weiteren muss ein **bestimmtes Zwangsmittel** (Zwangsgeld, Ersatzvornahme, unmittelbarer Zwang) für den Fall **angedroht** werden, dass die Pflicht nicht fristgerecht erfüllt wird. Verstreicht die Frist ergebnislos, so wird das **angedrohte Zwangsmittel festgesetzt**. In der Folge kann dann das Zwangsmittel angewendet werden.

II. Sofortvollzug

Als Sofortvollzug bezeichnet man ein Vollstreckungsverfahren, das nicht unter Einhaltung der obigen Verfahrensstufen ausgeführt wird. Beim Sofortvollzug **fehlt** ein **zuvor erlassener VA**, der zu erlassende VA wird vielmehr im Wege des Sofortvollzuges sofort umgesetzt. Zulässig ist ein solches Vorgehen, wenn es zur Abwehr einer gegenwärtigen Gefahr erforderlich ist.

Der Sofortvollzug ist **zu unterscheiden von der sofortigen Vollziehung**. Bei der sofortigen Vollziehung eines VA nach § 80 II VwGO liegt begriffsnotwendig ein Grund-VA vor, gegen den Rechtsmittel keine aufschiebende Wirkung haben. Hier erfolgt die Vollstreckung daher üblicherweise im gestreckten Verfahren.

Sofortvollzug ist allerdings auch möglich, wenn ein VA noch erlassen werden konnte, dann jedoch die Einhaltung des gestreckten Vollstreckungsverfahrens (Androhung – Festsetzung – Anwendung) wegen einer gegenwärtigen Gefahr nicht mehr möglich ist.

B. Vollstreckung gegen mittellosen Schuldner (vgl. OVG Münster in NVwZ-RR 2014, 372)

Fall: Die Kl. wandte sich gegen eine Zwangsgeldandrohung mit der Begründung, weder sei die dieser zu Grunde liegende bestandskräftige Beseitigungsverfügung rechtmäßig noch sei die Androhung verhältnismäßig. Sie sei wirtschaftlich nicht dazu in der Lage, die Beseitigungsverpflichtung zu erfüllen oder ein Zwangsgeld zu bezahlen. Zu Recht?

I. Rechtsgrundlage für Verwaltungsvollstreckung

Ermächtigungsgrundlage für die Durchführung der Verwaltungsvollstreckung im gestreckten Verfahren ist § 55 I VwVG NW.

§ 55 I VwVG ist immer dann Ermächtigungsgrundlage, wenn - wie hier - der Vollstreckung ein Verwaltungsakt vorausgegangen ist.

II. Zuständigkeit

Zuständig für Maßnahmen der Verwaltungsvollstreckung ist nach § 56 I VwVG NW die Behörde, die den zu vollstreckenden VA erlassen hat. Diese Behörde hat hier gehandelt.

III. vollstreckbare Grundverfügung auf Handlung, Duldung oder Unterlassung

Grundverfügung ist hier die Beseitigungsverfügung. Diese ist vollstreckbar, wenn sie unanfechtbar ist oder Rechtsbehelfe keine aufschiebende Wirkung haben. Hier ist bereits Bestandskraft eingetreten, so dass die Beseitigungsverfügung wegen Unanfechtbarkeit auch vollstreckbar ist.

Fraglich ist, ob es für die Frage der Vollstreckbarkeit auch auf die Rechtmäßigkeit der zu vollstreckenden Verfügung ankommt.

*„Der gegen die Rechtmäßigkeit der zu vollstreckenden Beseitigungsverfügung vom 11.11.2010 gerichtete Zulassungsvortrag im Zusammenhang mit den Einwendungen einer (teilweise) entgegenstehenden Genehmigung, der Verwirkung bzw. Duldung sowie der richtigen Adressierung der Verfügung ist unerheblich. Wie das VG richtig dargelegt hat, kommt es für die Rechtmäßigkeit der Zwangsgeldandrohung **allein auf das Vorliegen einer i.S.v. § 55 I VwVG NW vollstreckbaren Grundverfügung** an (vgl. zuletzt etwa: OVG Münster, Beschluss vom 16.11.2012 – 2 E 1031/12, BeckRS 2013, 45118).“ (OVG Münster aaO)*

Die Rechtmäßigkeit ist unerheblich für die Frage nach der Vollstreckbarkeit eines Verwaltungsaktes, solange nicht die Grenze der Nichtigkeit erreicht und der Verwaltungsakt daher als unwirksam anzusehen ist.

Eine vollstreckbare Grundverfügung liegt daher vor.

IV. Zulässiges Zwangsmittel

Die Verhängung eines Zwangsgeldes müsste auch ein zulässiges Zwangsmittel sein. Das Zwangsgeld ist nach §§ 57 I Nr. 2, 60 VwVG NW sowohl zur Durchsetzung von vertretbaren wie auch von unvertretbaren Handlungen ein grundsätzlich zulässiges Zwangsmittel.

Fraglich ist jedoch, ob die Verhängung eines Zwangsgeldes gegen einen mittellosen Schuldner ermessensgerecht ist. Hierzu müssten die Grenzen der Verhältnismäßigkeit eingehalten werden.

1. Geeignetheit

Die Klägerin wendet sich hier gegen die Geeignetheit des Zwangsgeldes als Zwangsmittel.

Grundsätzlich ist ein Zwangsgeld immer geeignet, eine vertretbare Handlung – wie hier die Beseitigungsverpflichtung – durchzusetzen. Allerdings könnte dann ausnahmsweise eine Ungeeignetheit angenommen werden, wenn der Schuldner ohnehin mittellos ist und daher abzusehen ist, dass er die Kosten für die Erfüllung der Verpflichtung ebenso wenig aufbringen kann wie das Zwangsgeld selbst.

*„Grundsätzlich ist eine Vollstreckungsbehörde **nicht gehindert**, auch **gegen einen mittellosen Vollstreckungsschuldner** ein Zwangsgeld zu verhängen. Andernfalls könnte sich ein Vollstreckungsschuldner allein unter Hinweis auf seine Mittellosigkeit seiner Ordnungspflicht entziehen, was ein in dieser Allgemeinheit mit dem öffentlichen Recht unvereinbares Ergebnis wäre.*

*Allerdings muss bei der Wahl des Zwangsgelds als Zwangsmittel zu erwarten sein, dass der Vollstreckungsschuldner **unter dem Eindruck einer Zwangsgeldandrohung für die Befolgung der Ordnungsverfügung** sorgen wird. Die Vollstreckungsbehörde hat dazu prognostisch auch zu prüfen, ob der Ordnungspflichtige seiner Verpflichtung in finanzieller Hinsicht nachkommen kann. Ein Zwangsgeld kann dann ein **ungeeignetes** Zwangsmittel sein, wenn der Vollstreckungsschuldner nach seinen Einkommens- und Vermögensverhältnissen **dauerhaft nicht in der Lage** ist, die **Ordnungspflicht selbst zu erfüllen oder erfüllen zu lassen** und auch absehbar keine Möglichkeit der Inanspruchnahme unentgeltlicher Hilfe besteht (vgl. dazu: VGH München, Beschluss vom 12.12.2002 – 20 ZB 02.2853; OVG Magdeburg, Urteil vom 21.11.2003 – 2 L 253/02; OVG Koblenz, NVwZ-RR 1992, 519).*

*Um sich die zur Erfüllung seiner Ordnungspflicht erforderlichen **finanziellen Mittel zu beschaffen**, ist es dem Vollstreckungsschuldner aber regelmäßig zuzumuten, etwa sein **Grundstückseigentum** jedenfalls dann **einzusetzen**, wenn er das einzusetzende Grundstück nicht bewohnt und er es auch sonst nicht für seine Lebensführung benötigt (vgl. VGH München, Beschluss vom 29.07.2002 – 20 ZB 02.1265; Beschluss vom 25.03.1999 – 20 ZS 99.784).“ (OVG Münster aaO)*

Die Kl. ist nicht mittellos. Nach dem von ihr vorgelegten Einkommensteuerbescheid für 2011 erzielten sie und ihr Ehemann in jenem Jahr Einkünfte in Höhe von insgesamt 22.380,00 EUR. Darüber hinaus kann – und muss – die Kl. grundsätzlich das

Grundstück X., das sie nicht bewohnt und auf das sie offenbar auch sonst für ihre Lebensführung nicht angewiesen ist, einsetzen, um die Abrisskosten aufzubringen.

*„Diese Einkommens- und Vermögenslage ermöglicht es der Kl. prognostisch, die von der Beseitigungsverfügung vom 11.11.2010 erfassten baulichen Anlagen mit eigenen finanziellen Mitteln abzubauen bzw. für die **Erfüllung dieser Ordnungspflicht Sorge zu tragen**. Dass es ihr insgesamt unzumutbar sei, ihr Grundstückseigentum einzubringen, um die Kosten der Abrissmaßnahme zu bestreiten, hat die Kl. nicht vorgetragen. Hierzu hätte Anlass bestanden, nachdem das VG Angaben zum Wert der Grundeigentums und seiner Belastungen verlangt hat.“ (OVG Münster aaO)*

Durchgreifende Bedenken gegen die Geeignetheit bestehen daher nicht.

2. Erforderlichkeit

Das Zwangsgeld müsste auch erforderlich sein. Erforderlich ist eine Maßnahme, wenn es kein milderes Mittel gleicher Eignung gibt. Als einzig sonst geeignet erscheinendes Zwangsmittel zur Durchsetzung einer Beseitigungsverfügung kommt die Ersatzvornahme in Betracht. Diese stellt jedoch kein milderes Zwangsmittel dar, so dass auch von der Erforderlichkeit des Zwangsgeldes ausgegangen werden. Gegen die Höhe des Zwangsgeldes wendet die Klägerin sich nicht.

3. Angemessenheit

Auch unter Berücksichtigung der Mittel-Zweck-Relation erscheint die Verhängung des Zwangsgeldes insgesamt verhältnismäßig.

V. richtiger Adressat

Als aus der Ordnungsverfügung Verpflichtete ist die Klägerin auch die richtige Adressatin.

VI. Ordnungsgemäße Androhung

Bedenken hinsichtlich der Einhaltung der Vorgaben von § 63 VwVG NW bestehen nicht. Insbesondere wird die Zwangsgeldandrohung schriftlich und mit angemessener Fristsetzung erfolgt sein. Zudem ist mit dem Zwangsgeld ein bestimmtes Zwangsmittel angegeben und dieses selbst wohl auch in bestimmter Höhe bezeichnet. Von einer Zustellung der Androhung kann ausgegangen werden. Eine vorherige Anhörung war nach § 28 II Nr. 5 VwVfG nicht erforderlich.

VII. Ergebnis

Die Androhung des Zwangsgeldes ist damit rechtmäßig erfolgt.

Kurzauslese II

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

ZPO
§ 42

Befangenheitsantrag Ablehnung eines vom gegnerischen Anwalt vertretenen Richters (KG in NJW-RR 2014, 572; Beschluss vom 30.10.2013 – 23 U 121/13)

ZPO

Wenn ein Richter in eigener Sache Mandant des Prozessbevollmächtigten einer Partei ist, ist gegen ihn die **Besorgnis der Befangenheit objektiv gerechtfertigt**.

„In der Rspr. ist anerkannt, dass persönliche Freundschaft mit dem Prozessbevollmächtigten der Gegenpartei für sich allein, wenn nicht weitere Umstände hinzutreten, keinen Ablehnungsgrund darstellt (vgl. OLG Naumburg BeckRS 2012, 24085; LSG Chemnitz BeckRS 2011, 76764). Das ist deswegen gerechtfertigt, weil von einem Berufsrichter im Allgemeinen erwartet werden kann, dass er private und dienstliche Angelegenheiten auseinanderhält.

Im vorliegenden Fall geht es aber nicht um eine im Privaten wurzelnde persönliche Freundschaft, sondern um ein **Vertrauensverhältnis**, das seinen **Ausgangspunkt gerade auf fachlich-juristischer Ebene** hat: In dem Verhältnis zwischen Rechtsanwalt und Mandant spielt das Vertrauen des Mandanten in die fachliche Befähigung des Anwalts naturgemäß eine bedeutende Rolle. Sich von dem als Mandant gefassten Vertrauen in die fachliche Leistungsfähigkeit des Anwalts als Richter freizumachen, ist nahezu ausgeschlossen. Denn hier geht es nicht um eine Trennung verschiedener Lebensbereiche (fachlich/privat), sondern um die **Auswechslung des Standpunkts gegenüber ein und derselben Person innerhalb desselben Lebensbereichs**. Dass die Bekl. die Besorgnis hegt, dass ein Richter einem Rechtsanwalt, dem er seine persönlichen Angelegenheiten anvertraut hat, nicht objektiv-kritisch, sondern mit einem Vertrauensvorschuss begegnet, ist objektiv gerechtfertigt.“ (KG aaO)

ZPO
§§ 139 V, 283 S. 2

Berücksichtigung verspäteten Vorbringens Verspätete Ausübung eines Schriftsatzrechts nach richterlichem Hinweis (BGH in NJW-RR 2014, 505; Beschluss vom 20.02.2014 – IX ZR 54/13)

ZPO

Wird ein der Partei **nach Hinweis in der mündlichen Verhandlung gewährtes Schriftsatzrecht** erst nach Ablauf der hierfür gesetzten Frist ausgeübt, hat das Gericht in **entsprechender Anwendung des § 283 S. 2 ZPO** zu entscheiden, ob das verspätete Vorbringen gleichwohl berücksichtigt werden kann.

„Nach Schluss der mündlichen Verhandlung, auf die das Urteil ergeht, können Angriffs- und Verteidigungsmittel nicht mehr vorgebracht werden (§ 296 a S. 1 ZPO). Hiervon räumt § 296 a S. 2 ZPO, bezogen auf den Anwendungsbereich des § 139 V ZPO, nur dann eine Ausnahme ein, wenn einer Prozesspartei auf deren Antrag hin ein Schriftsatzrecht nach der Erteilung eines gerichtlichen Hinweises gewährt wird. Nach § 139 V ZPO ist das auf den gerichtlichen Hinweis bezogene Vorbringen beachtlich, wenn es innerhalb der vom Gericht gesetzten Frist ausgeführt wird. Wird nach Ablauf dieser Frist ein Schriftsatz eingereicht, so gilt § 296 a ZPO.

Die Bestimmung des **§ 296 ZPO** betrifft dagegen das Verfahren zwischen der Klagebegründung und der (letzten) mündlichen Verhandlung und ist daher **auf ein Vorbringen nach dem Schluss der mündlichen Verhandlung nicht anwendbar** (Zöller/Greger, ZPO, 30. Aufl., § 296 Rn 4 a; HK-ZPO/Saenger, 5. Aufl., § 296 a Rn 1). Im Schrifttum wird demzufolge eine Anwendung der Bestimmung des § 296 ZPO auf nicht fristgerechtes Vorbringen nach § 139 V ZPO verneint (Stein/Jonas/Leipold, ZPO, 22. Aufl., § 139 Rn 115; MüKo-ZPO/Prütting, 4. Aufl., § 296 a Rn 6 mit Verweis auf § 283 Rn 20; HK-ZPO/Saenger, § 283 Rn 14). Die von der Beschwerde angeführte gegenteilige Ansicht von Stadler (Musielak/Stadler, ZPO, 10. Aufl., § 139 Rn. 30) ist vereinzelt geblieben; auch wird dort die Anknüpfung an § 296 ZPO nicht näher begründet. § 139 V ZPO ist der Vorschrift des § 283 ZPO nachgebildet (vgl. BR-Drs. 536/00, 200; Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann, ZPO, 72. Aufl., § 139 Rn 95; HK-ZPO/Saenger, § 283 Rn 14). Daher hat das Gericht bei nicht fristgerechtem Vorbringen nach § 139 V ZPO in **entsprechender Anwendung von § 283 S. 2 ZPO**, wie vom BerGer. zutreffend beachtet wurde, zu entscheiden, ob das verspätete Vorbringen berücksichtigt werden kann (MüKo-ZPO/Prütting, § 296 a Rn 6; HK-ZPO/Saenger, § 283 Rn 14).“ (BGH aaO)

ZPO
§§ 296 II, 485 ff, 492, 494

Verfahrensbeendigung Nichtzahlung des angeforderten Gerichtskostenvorschusses (OLG Köln in NJW-RR 2014, 534; Beschluss vom 28.10.2013 – 11 W 54/13)

ZPO

Die **Nichtzahlung eines angeforderten Gerichtskostenvorschusses** stellt **keine Antragsrücknahme** dar und führt grds. **nicht zur Beendigung des selbstständigen Beweisverfahrens**.

„Die Beendigung des selbstständigen Beweisverfahrens erfolgt grds. durch sachliche Erledigung. Diese tritt ein durch den Abschluss eines Vergleichs, die Bekanntgabe des Ergebnisses oder durch die Übersendung eines Abdrucks des schriftlichen Gutachtens an die Bet., sofern diese nicht innerhalb einer angemessenen Frist die Ergänzung des Gutachtens oder die Ladung des Sachverständigen zur mündlichen Erläuterung verlangen (vgl. OLG Düsseldorf BauR 2012, 1151 = IBR 2012, 367; Werner/Pastor, Der Bauprozess, 14. Aufl., Rn 111 ff.; Zöller/Herget, ZPO, 29. Aufl., § 492 Rn 4 jew. m. w. Nachw.).

Das Nichtzahlen des für den Sachverständigen angeforderten Kostenvorschusses führt grds. nicht zur Beendigung des Verfahrens (OLG Düsseldorf BauR 2012, 1151 = IBR 2012, 367): Zwar mag die Nichtzahlung des Auslagenvorschusses **im Einzelfall als stillschweigende Antragsrücknahme** zu werten sein (etwa OLG Saarbrücken NJW-RR 2011, 500; OLG Frankfurt a. M. NJW-RR 1995, 1150; Kratz, Beck'scher Online-Komm., ZPO, Stand 15.07.2013, § 494 a Rn 16; w. Nachw. bei Seibel, IBR-online-Komm., Selbstständiges Beweisverfahren, Stand 23.08.2012, § 494 a Rn 28 ff.). Das ist eine Frage der Auslegung und kann in Betracht kommen,

wenn der Ast. den Vorschuss trotz erneuter Erinnerung nicht einzahlte. Das Verhalten der Ast. lässt sich hier aber nicht als Rücknahme auslegen (wird ausgeführt). Zudem beruht das Nichtzahlen des angeforderten Vorschusses offenkundig auf einem Missverständnis. Ohne vorherige Mahnung und den Hinweis auf die Präklusionsfolge kann die Nichtzahlung nicht als grobe Nachlässigkeit der Ast. gewertet werden.“ (OLG Köln aaO)

ZPO
§ 574 I 1 Nr. 2

Rechtsbeschwerdezulassung
Keine Zulassung durch Beifügung einer Rechtsmittelbelehrung
(BGH in NJW-RR 2014, 639; Beschluss vom 13.03.2014 – IX ZB 48/13)

ZPO

Enthalten sowohl der Ausspruch als auch die Gründe einer **Beschwerdeentscheidung keine Aussage zur Frage der Zulassung der Rechtsbeschwerde**, liegt in der **Beifügung einer Rechtsmittelbelehrung keine Zulassung**.

„Gem. § 574 I 1 Nr. 2 ZPO ist die Rechtsbeschwerde in dem Beschluss über die sofortige Beschwerde zuzulassen. Das BeschwGer., das mit dem Sachverhalt und den entscheidungserheblichen Rechtsfragen bereits vertraut ist, hat neben der Zulässigkeit und gegebenenfalls Begründetheit des ersten Rechtsmittels daher auch zu prüfen, ob einer der in § 574 II ZPO genannten Zulassungsgründe für die Rechtsbeschwerde vorliegt. Gegebenenfalls ist die Zulassung auszusprechen (§ 574 III 1 ZPO).

Die **Zulassungsentscheidung** ist eine **gebundene Willensbetätigung des BeschwGer.**, der eine **Prüfung der Zulassungsgründe vorauszugehen** hat. Im Sinne der Rechtsmittelklarheit (vgl. BVerfGE 87, 48 = NJW 1993, 1123) ist es wünschenswert, dass die Zulassung der Rechtsbeschwerde in den Ausspruch des Beschlusses aufgenommen wird. Zwingend ist dies jedoch nicht. Es reicht aus, wenn sich die Zulassung mit hinreichender Deutlichkeit aus den Gründen der Beschwerdeentscheidung ergibt (BGH NJW 2004, 2529; vgl. auch BGH NJW 2008, 1448; BGH NJW-RR 2011, 1569; BGH BeckRS 2013, 07388). Letzteres wird etwa dann der Fall sein, wenn sich das BeschwGer. in den Gründen seiner Entscheidung zu den Zulassungsgründen des § 574 II ZPO verhält und einen oder mehrere annimmt (vgl. BGH BeckRS 2012, 24423; BGH BeckRS 2013, 07388).

Eine Rechtsbehelfsbelehrung vermag diesen Anforderungen grds. selbst dann nicht zu genügen, wenn ihr die Unterschriften der entscheidenden Richter nachfolgen. In diesem Fall wird sie zwar formal ein Bestandteil der Entscheidung. Als Belehrung über die nach (fehlerhafter) Ansicht des BeschwGer. gegebenen Rechtsmittel stellt sie jedoch regelmäßig nur eine Wissenserklärung dar und bringt als solche keinen Zulassungswillen zum Ausdruck. Nur ausnahmsweise kann deshalb allein aus der Rechtsbehelfsbelehrung auf eine Zulassung des in dieser genannten Rechtsmittels geschlossen werden (vgl. BGH NJW 2008, 1448; BVerwGE 71, 73 = NJW 1986, 862 m. w. Nachw.; BFH BeckRS 2004, 25006638).“ (BGH aaO)

StPO
§ 37 I

Zustellungsmangel
Heilung
(BGH in NJW 2014, 1686; Beschluss vom 06.03.2014 – 4 StR 553/13)

StPO

- I. Die **Wirksamkeit einer förmlichen Zustellung** setzt voraus, dass sie auf einer (wirksamen) **Zustellungsanordnung des Vorsitzenden** beruht, § 36 I 1 StPO (vgl. BGH MDR 1976, 814; BGH NStZ 1986, 230 jeweils m. w. Nachw.; BGH NStZ 2011, 591). Die Anordnung ist zwar **nicht an eine besondere Form gebunden** und kann folglich sowohl schriftlich als auch mündlich getroffen werden, in Anbetracht ihrer Bedeutung für die Wirksamkeit der Zustellung muss sie aber im Zeitpunkt der Zustellung aktenkundig, im Falle einer mündlichen Anweisung daher jedenfalls in einem Vermerk der Geschäftsstelle festgehalten sein.

„Denn die **Rechtssicherheit** gebietet es, dass von vornherein auch für Dritte erkennbar ist, ob im Zeitpunkt der Zustellung eine dem § 36 I StPO entsprechende Anordnung vorlag. Anderenfalls ließe sich - wenn überhaupt - unter Umständen erst nach längeren Nachforschungen klären, ob der Zustellung eine wirksame Anordnung zugrunde lag, die Rechtsmittelfrist demnach in Lauf gesetzt worden ist. Die hiermit verbundene Rechtsunsicherheit kann aber nicht hingenommen werden (OLG Zweibrücken MDR 1986, 1047; LG Zweibrücken NStZ-RR 2013, 49; vgl. LR-StPO/Graalmann-Scheerer, 26. Aufl., § 36 Rn 7; SK-StPO/Weßlau, § 36 Rn 4; KK-StPO/Maul, aaO, § 36 Rn 2; Pollähne, HK-StPO, 5. Aufl., § 36 Rn 5; Pfeiffer, StPO, 5. Aufl., § 36 Rn 1; KMR-StPO/Ziegler, 69. EL (Stand: Okt. 2013), § 36 Rn 4; vgl. auch Meyer-Goßner aaO, § 36 Rn 3: stets schriftlich; a. A. SSW-StPO/Mosbacher, § 36 Rn. 5, wonach die Dokumentation im Zeitpunkt der Zustellung keine Wirksamkeitsvoraussetzung darstellt).“ (BGH aaO)

- II. Eine **auf einem solchen Mangel beruhende Zustellung** kann **nicht** nach § 37 I StPO i. V. m. § 189 ZPO **durch den tatsächlichen Zugang geheilt** werden.

„Den Verfahrensakten ist eine den Urteilstenor betreffende Zustellungsanordnung des Vorsitzenden nicht zu entnehmen. Der Zustellungsmangel ist auch nicht gem. § 37 I StPO i. V. m. § 189 ZPO durch den **tatsächlichen Zugang** geheilt worden. Dies würde voraussetzen, dass eine **förmliche Zustellung** von dem für das Verfahren zuständigen Organ - im Fall des § 36 I StPO also vom Vorsitzenden - **beabsichtigt** war (MüKo-ZPO/Häublein, 4. Aufl., § 189 Rn 3; LR-StPO/Graalmann-Scheerer aaO, § 37 Rn 95). Ist ein solcher **Zustellungswille** des zuständigen Organs mangels Zustellungsanordnung nicht feststellbar, so tritt keine Heilung gem. § 37 I StPO i. V. m. § 189 ZPO ein (OLG Celle NStZ-RR 2011, 45).“ (BGH aaO)

StPO
§§ 56 I 1

Verständigung
Information über Bewährungsauflagen
(BGH in NJW 2014, 1831; Beschluss vom 29.01.2014 – 4 StR 254/13)

StPO

Der **Angekl.** muss **vor einer Verständigung** gem. § 257c StPO, deren Gegenstand die Verhängung einer zur Bewährung auszusetzenden Freiheitsstrafe ist, **auf konkret in Betracht kommende Bewährungsauflagen** gem. § 56b I 1 StGB **hingewiesen** werden.

„Die Verständigung im Strafverfahren ist nur dann mit dem **Grundsatz des fairen Verfahrens** zu vereinbaren, wenn durch eine vorherige Belehrung sichergestellt ist, dass der Angeklagte vollumfänglich über die Tragweite seiner Mitwirkung informiert ist. Nur in diesem Fall ist gewährleistet, dass er autonom darüber entscheiden kann, ob er von seiner Freiheit, die Aussage zu verweigern, Gebrauch macht oder sich auf eine Verständigung einlässt (BVerfG NJW 2013, 1058; vgl. auch BT-Drucks. 16/12310, S. 14, 15). Diese Grundsätze erfordern es, dass das Gericht vor einer Verständigung offenlegt, dass es die Verhängung einer zur Bewährung ausgesetzten Freiheitsstrafe allein nicht für ausreichend hält, sondern zur Verwirklichung der **Genugtuungsfunktion** des Strafverfahrens Bewährungsauflagen in Betracht zieht. Denn nur, wenn der Angekl. über den gesamten Umfang der Rechtsfolgenabklärung bei der Verständigung informiert ist, kann er autonom eine Entscheidung über seine Mitwirkung treffen (OLG Saarbrücken NJW 2014, 238).

Bewährungsaufgaben sind Bestandteil dieser Rechtsfolgenabklärung. Sie dienen gem. § 56b I 1 StGB der **Genugtuung für das begangene Unrecht** und stellen damit eine strafähnliche Sanktion dar (Schönke/Schröder, aaO, § 56b Rn 1, 2; Arloth NSTz 1990, 148). Erst die Kenntnis des Umstandes, dass ihm neben der zur Bewährung ausgesetzten Freiheitsstrafe weitere Maßnahmen mit **Vergeltungscharakter** drohen, die - wie im Fall von Zahlungs- oder Arbeitsauflagen, die in Zahlungsaufgaben umgewandelt werden können - eine erhebliche Belastung darstellen können, versetzt den Angeklagten in die Lage, von seiner Entscheidungsfreiheit, ob er auf das Angebot des Gerichts eingehen möchte, auf einer hinreichenden tatsächlichen Grundlage Gebrauch zu machen.“ (BGH aaO)

StGB
§§ 77 II, 77b, 247.

Strafantragsrecht Betreuer

StGB

(OLG Karlsruhe in NSTz-RR 2014, 143; Beschluss vom 12.12.2013 – 3 Ws 397/12)

Der **Betreuer** ist nur dann zur **Stellung eines Strafantrags** für den Betreuten **befugt** i. S. des § 77 III StGB, wenn ihm **dieser Aufgabenkreis** entweder ausdrücklich oder im Rahmen einer Betreuungsanordnung für alle persönlichen Angelegenheiten des Betreuten **übertragen wurde**. Die Übertragung der Aufgabenkreise Vermögenssorge, Sorge für die Gesundheit, Aufenthaltsbestimmung sowie Vertretung gegenüber Körperschaften, Behörden und Rechtsanwälten reicht weder jeweils für sich noch in der Gesamtschau dafür aus.

- I. Die **Entscheidung zur Stellung eines Strafantrags** gem. § 247 StGB **berührt** vorrangig **familienrechtliche und nicht vermögensrechtliche Interessen**. Als **höchstpersönliches Recht** betrifft es die Angelegenheit der Personensorge und nicht der Vermögenssorge (OLG Hamm NJW 1960, 834; LG Hamburg NSTz 2002, 39; OLG Köln wistra 2005, 392; OLG Celle wistra 2012, 242; Schönke/Schröder, StGB, 28. Aufl., § 77 Rn 18; Fischer, StGB, 59. Aufl., § 77 Rn 14).

„Dass die Stellung eines Strafantrags durchaus **auch vermögensrechtliche Auswirkungen** z. B. bei der Geltendmachung und Durchsetzung zivilrechtlicher Ansprüche haben kann, **vermag an der grds. Zuordnung des Strafantragsrechts zur Personensorge nichts zu ändern.**“ (OLG Karlsruhe aaO)

- II. Ebenso wenig umfasst der **Aufgabenkreis der Vertretung gegenüber Behörden** das Strafantragsrecht (OLG Celle wistra 2012, 242; OLG Köln, wistra 2005, 392; Fischer, § 77 Rn 14).

„Dieser Aufgabenkreis wiederholt lediglich die bereits in § 1902 BGB normierte **allgemeine Vertretungsbefugnis** des Betreuers, sagt aber nichts darüber aus, in welchen materiell-rechtlichen Aufgaben diese Befugnis gelten soll.“ (OLG Karlsruhe aaO)

- III. Ob bei Hinzutreten weiterer Aufgabenkreise aus dem Bereich der persönlichen Sorge der Betreuer zur Strafantragstellung befugt sein soll, wird in der Rspr. nicht einheitlich beantwortet:

Das **OLG Celle** (wistra 2012, 242) hat ein Strafantragsrecht des Betreuers bei einer Übertragung der Aufgabenkreise Vermögenssorge, Sorge für die Gesundheit, Aufenthaltsbestimmung sowie Vertretung gegenüber Körperschaften, Behörden und Rechtsanwälten verneint (a.A. LG Ravensburg FamRZ 2001, 937).

Dieser Auffassung schließt sich **OLG Karlsruhe aaO** an.

„Im Betreuungsrecht gilt der **Erforderlichkeitsgrundsatz** sowohl für die Betreuungsbedürftigkeit als auch den Betreuungsbedarf (vgl. Palandt-Diederichsen, BGB, 71. Aufl., § 1896 Rn 8 ff.). Eine Betreuung darf gem. § 1896 II BGB nur für Aufgabenkreise bestellt werden, in denen die Betreuung erforderlich ist. Die Aufgabenkreise sind einerseits so zu bestimmen, dass auch alle erforderlich werdenden Angelegenheiten erfasst sind, andererseits sind sie auf das notwendige Maß zu beschränken (Roth, in: Erman, BGB, 13. Aufl., § 1896 Rn 59). Eine Betreuung zur Besorgung aller Angelegenheiten („Totalbetreuung“) soll die Ausnahme bleiben (Diederichsen, in: Palandt, BGB, 71. Aufl., § 1896 Rn 16). Umgekehrt folgt hieraus, dass die Betreuung strikt auf die vom Betreuungsgericht abschließend festgelegten Bereiche beschränkt ist. Ergibt sich ein darüber hinausgehender Betreuungsbedarf, ist eine Erweiterung der Betreuung durch das Betreuungsgericht zu prüfen.

Für das **Recht zur Strafantragstellung** bedeutet dies, dass – sofern das Betreuungsgericht die Personensorge nicht umfassend wie z. B. bei einer Betreuung für alle Angelegenheiten geregelt hat – es einer **ausdrücklichen Übertragung dieses Aufgabenkreises auf den Betreuer** bedarf. Die **Aufgabenkreise Gesundheitsfürsorge und Aufenthaltsbestimmung machen zwar einen ganz wesentlichen Bereich der Personensorge aus, umfassen diese aber nicht erschöpfend**. Aus dem Umstand, dass sich der Umfang der Betreuung unter Berücksichtigung aller übertragenen Aufgabenkreise dem Gesamtbild einer Totalbetreuung angenähert hat, kann nicht der Schluss gezogen werden, dass der Betreuer den Betr. auch in Bereichen vertreten kann, die ihm nicht ausdrücklich zugewiesen wurden.“ (OLG Karlsruhe aaO)

StPO
§§ 153, 153a

Verfahrenseinstellung Gerichtliche Mitteilungspflicht

StPO

(KG in NSTz 2014, 293; Beschluss vom 10.01.2013 – (2) 161 Ss 132/13)

Gespräche über eine (komplette) Verfahrenseinstellung nach §§ 153, 153 a, 154 StPO stellen **keine Erörterungen** i. S. des § 257 c StPO dar und **unterliegen daher nicht der Mitteilungspflicht des § 243 IV 1 StPO**.

„Der **Inhalt solcher Gespräche** ist jedoch **nicht gem. § 243 IV 1 StPO mitzuteilen, weil sie explizit kein Urteil zum Gegenstand haben**. Denn wenn man bedenkt, dass das Gebot, hinsichtlich eines Verständigungsgeschehens in der öffentlichen Hauptverhandlung (umfassende) Transparenz herzustellen, der Gewährleistung einer (öffentlichen) Kontrolle verständigungsbasierter Urteile dient, setzt die hierzu geschaffene inhaltliche Mitteilungspflicht zwingend voraus, dass überhaupt solche **Gespräche** stattgefunden haben, die **auf eine Verständigung i. S. des § 257 c StPO abzielen**. Verfahrenseinstellungen nach den hier in Rede stehenden Vorschriften (§§ 153, 153 a, 154 StPO) sind jedoch jederzeit - insbesondere auch außerhalb der öffentlichen Hauptverhandlung - zulässig, ohne dass dies bislang Anlass geboten hätte, ernsthaft an der Verfassungsgemäßheit dieser Vorschriften zu zweifeln. Der Angekl. ist dadurch geschützt, dass die Beschlüsse entweder seiner ausdrücklichen Zustimmung bedürfen (§§ 153, 153 a StPO) oder aber er wird vom Gesetzgeber nicht für schutzbedürftig gehalten, weshalb es seiner Mitwirkung nicht bedarf (§ 154 StPO).

Die hier in Rede stehenden verfahrensbeendenden Beschlüsse sind in ihrer Tragweite für den Angekl. auch **nicht mit einem Urteil vergleichbar**: Sie setzen z. B. - anders als eine Verurteilung - keine Schuldfeststellungen voraus und enthalten solche regelmäßig nicht, so dass eine mit einem Urteil vergleichbare Schutzbedürftigkeit des Angekl. nicht erkennbar ist. Die diesbzgl. Gesprächsbereitschaft eines Angekl. hat i. Ü. im Falle des Scheiterns solcher Gespräche keinerlei indizielle Wirkung im Sinne eines Schuldeingeständnisses, so dass sie auch keine indirekte Bedeutung für ein im Anschluss ergangenes Urteil entfalten kann. Etwas **anderes gilt allerdings dann, wenn Teileinstellungen Gegenstand der Erörterungen sind**, denn diese können selbstverständlich Einfluss auf Schuld- und Strafausspruch des i. Ü. ergehenden Urteils haben (vgl. OLG Frankfurt NStZ-RR 2011, 49).“ (KG aaO)

StPO
§§ 311, 453 II 2

Rechtsmitteleinlegungsfrist Fristbeginn

StPO

(OLG Brandenburg in NStZ 2014, 360; Beschluss vom 30.05.2013 – 2 Ws 65/13)

Die **Frist zur Rechtsmitteleinlegung beginnt**, wenn die **Akten zum Zwecke der Zustellung an die StA** bei einer gemeinsamen **Posteinlaufstelle** der Justizbehörden eingehen, der die StA angeschlossen ist.

„In der **höchst- und obergerichtlichen Rspr.** ist anerkannt, dass ein bei einer gemeinsamen Posteinlaufstelle mehrerer Gerichte eingereichter Schriftsatz bei dem Gericht eingeht, an das er adressiert ist. Dieses Gericht erlangt dabei auch die **Verfügungsgewalt** über den Schriftsatz (BGH NJW 1983, 123; OLG Stuttgart NStZ 1987, 185; BayObLG NJW 1988, 714; OLG Braunschweig NStZ 1988, 514; OLG Frankfurt NJW 1988, 2812; OLG Frankfurt NStZ-RR 2000, 212; OLG Hamm NStZ-RR 2010, 21). Soweit darüber hinaus vertreten wird, dass dies auch bei unrichtiger Adressierung gelten soll (vgl. KK-Maul, 6. Aufl., § 43 Rn 16; Meyer-Goßner, 55. Aufl., vor § 42 Rn 17), kommt es darauf hier nicht an.

Dabei wird die Fristwahrung durch den **Eingangsstempel** der gemeinsamen Annahmestelle nachgewiesen, nicht erst durch denjenigen der angeschlossenen Gerichte (vgl. OLG Frankfurt NJW 1988, 2812). Insoweit wird ersichtlich davon ausgegangen, dass es sich bei der gemeinsamen Poststelle um einen vorgelagerten Teil der angeschlossenen Behörden oder jedenfalls ein verwaltungstechnisches Hilfsmittel derselben handelt (so ausdrücklich OLG Frankfurt NJW 1988, 2812).

Zwar geht es hier für die Feststellung des Datums der die Rechtsmittelfrist in Gang setzenden Zustellung noch nicht um die Frage der Wahrung einer Frist, sondern um diejenige ihres Beginns. Die dargelegten Grundsätze müssen jedoch auch in dieser Fallgestaltung zur Geltung kommen, denn in beiden Fällen ist der Zeitpunkt des Eingangs bei der Behörde entscheidend. Es ist kein sachlicher Grund dafür ersichtlich, die Frage, auf welchen Eingang es ankommt, davon abhängig zu machen, ob eine Frist gewahrt werden soll, oder ob deren Lauf in Gang gesetzt wird. Dabei bedeutet mit Blick auf die StA der Begriff der „Vorlegung“ in § 41 StPO nichts anderes als der Eingang bei der Behörde als solcher (vgl. OLG Braunschweig aaO). Demgegenüber ist der in § 41 S. 2 StPO vorgesehene Vermerk über den Tag der Vorlegung für den Fristbeginn ohne Bedeutung (RGSt 57, 55).

Für dieses Ergebnis spricht auch, dass der für die Fristberechnung maßgebende **Zeitpunkt des Eingangs unabhängig von dem weiteren behördeninternen Verfahren** zu bestimmen sein muss. Dies gebietet die Rechtssicherheit.“ (OLG Brandenburg aaO)

VwGO
§§ 69, 70 I

Widerspruchsverfahren Auslegung eines Widerspruchsschreibens

VwGO

(VGH Mannheim in VBIBW 2014, 230; Urteil vom 03.12.2013 – 2 S 978/13)

Ein **Widerspruch** muss **nicht als solcher bezeichnet** werden, es genügt vielmehr, **wenn**

- der **Betroffene deutlich macht**, dass er sich **von der angegriffenen Maßnahme beschwert** fühlt,
- sich deshalb **dagegen wehrt** und
- die **Überprüfung sowie Aufhebung der Maßnahme** begehrt.

„Für die Auslegung der Erklärung ist nach den im öffentlichen Recht entsprechend anzuwendenden §§ 133, 157 BGB maßgebend, wie diese vom Erklärungsempfänger nach Treu und Glauben und nach der Verkehrsauffassung verstanden werden musste. Zu berücksichtigen sind grds. alle Umstände, die dem Empfänger bei Zugang der Erklärung erkennbar waren. Verbleibende **Zweifel sind durch Rückfrage zu klären**. Bei der Auslegung ist auch „erfolgsorientiert“ – insbes. zugunsten des nicht anwaltlich vertretenen Bürgers - davon auszugehen, dass er denjenigen **Rechtsbehelf einlegen will, der seinen Interessen entspricht und den erkennbar angestrebten Erfolg erreichen** kann (vgl. Schoch/Schneider/Bier, VwGO, §69 Rn 4; BVerwGE 115, 302; allg. zur Auslegung von Erklärungen im Vorverfahren VGH Mannheim NVwZ-RR 2013, 398).

Gemessen hieran ist das Schreiben der Kl. als Widerspruch auszulegen. Sie nimmt in ihrem Schreiben Bezug auf die angefochtenen Leistungsbescheide und erhebt in der Sache - wenn auch zum Teil in die äußere Form von Fragen gekleidet - Einwendungen gegen deren Rechtmäßigkeit. Dadurch wird hinreichend deutlich, dass die damals noch nicht anwaltlich vertretene Kl. letztlich deren Überprüfung und Aufhebung begehrt hat. Die Bekl. hätte bei dieser Sachlage allen Anlass gehabt, bei verbleibenden Zweifeln an der Einordnung dieses Schreibens jedenfalls durch Rückfragen bei der Kl. auf eine Klarstellung hinzuwirken. Dass dies nicht geschehen ist, kann im Ergebnis nicht zulasten der Kl. gehen.“ (VGH Mannheim aaO)

(BVerwG in NVwZ 2014, 744; Beschluss vom 18.03.2014 – 10 B 11/14)

Der Grundsatz der Parteiöffentlichkeit (§ 97 S. 1 VwGO) gilt auch für Ortstermine eines Sachverständigen, die nicht der Aufnahme von Sinneseindrücken durch Einnahme des Augenscheins, sondern der Durchführung technischer Untersuchungen (Messungen, Entnahme von Bodenproben) dienen

„Der Grundsatz des fairen Verfahrens und der Anspruch auf Gewährung rechtlichen Gehörs gebieten es, den Verfahrensbeteiligten die Möglichkeit zu geben, der Ermittlung der tatsächlichen Grundlagen eines Gutachtens durch den Sachverständigen beizuwohnen und Stellungnahmen abzugeben, soweit nicht zwingende rechtliche oder tatsächliche Hindernisse entgegenstehen (vgl. Schnapp, FS Menger, 1985, 557; Höffmann, Die Grenzen der Parteiöffentlichkeit, insbesondere beim Sachverständigenbeweis, Diss. jur. 1989, 104 ff.). Denn die Vollständigkeit und Richtigkeit der in dieser Phase einer Begutachtung festgestellten Grundlage für die sachkundige Arbeit des Sachverständigen ist für die Aussagekraft des Gutachtens von ausschlaggebender Bedeutung.“ (BVerwG aaO)

(VGH Mannheim in DÖV 2014, 500; Beschluss vom 26.02.2014 – 5 S 2583/13)

Gegen Entscheidungen der Verwaltungsgerichte über einen Antrag auf einstweilige Einstellung der Zwangsvollstreckung nach § 167 I 1 VwGO i. V. m. § 769 I ZPO ist die Beschwerde nicht statthaft; auch für solche Entscheidungen gilt der Rechtsmittelausschluss des § 707 II 2 ZPO analog.

- I. Nach der Rspr. des BGH (BGHZ 159, 14) schließt § 707 II 2 ZPO die Anfechtung einer Entscheidung über die einstweilige Einstellung der Zwangsvollstreckung nicht nur in den in §§ 707 I und 719 I 1 ZPO ausdrücklich geregelten Fällen, sondern - in entsprechender Anwendung der Vorschrift - auch im Falle des § 769 I ZPO aus.

„Maßgebend für die analoge Anwendung des § 707 II 2 ZPO ist vor allem die Erwägung, dass Verfahren nach § 769 ZPO mit Verfahren, für die der Rechtsmittelausschluss nach § 707 II 2 ZPO unmittelbar gilt, insoweit vergleichbar sind, als in diesen ebenfalls ein schon vollstreckbarer Titel abgeändert und die Entscheidung in der Hauptsache nicht durch Rechtsmittel gegen die Nebenentscheidung über die vorläufige Einstellung der Zwangsvollstreckung verzögert werden soll.“

Daneben entspricht es auch der Wertung des Gesetzgebers, dass das mit der Hauptsache befasste erstinstanzliche Gericht am besten beurteilen kann, ob und gegebenenfalls welche einstweilige Regelung erforderlich ist (vgl. BT-Drucks. 10/3054 S. 14).

Schließlich spricht nach der Rspr. des BGH für die analoge Anwendung des Rechtsmittelausschlusses nach § 707 II 2 ZPO auch der Umstand, dass einstweilige Anordnungen nach den genannten Vorschriften in jeder Instanz frei abänderbar sind und jeweils mit der Entscheidung in der Hauptsache enden.“ (VGH Mannheim aaO)

- II. Der Rechtsmittelausschluss nach § 707 II 2 ZPO analog gilt gem. § 167 I 1 VwGO auch für verwaltungsgerichtliche Entscheidungen über die vorläufige Einstellung der Vollstreckung nach § 167 I VwGO aus verwaltungsgerichtlichen Urteilen (§ 160 I Nr. 1 VwGO).

„Die Erwägungen des BGH aaO gelten gleichermaßen auch für das verwaltungsgerichtliche Vollstreckungsverfahren; dies gilt insbesondere für den Gesichtspunkt, dass im Hinblick auf die Effektivität der Vollstreckung gerichtlicher Titel die Entscheidung in der Hauptsache nicht durch Rechtsmittel gegen Nebenentscheidungen verzögert werden soll. Auch Besonderheiten des verwaltungsgerichtlichen Verfahrens rechtfertigen - im Hinblick auf die in § 167 I 1 VwGO nur subsidiär und entsprechend angeordnete Anwendung der Vorschriften des 8. Buchs der ZPO - keine andere Beurteilung (ebenso Hess.VGH NVwZ-RR 2009, 989; a. A. - jedoch ohne nähere Begründung – BayVGH NVwZ-RR 2007, 353).

Die Verweisung in § 167 I 1 VwGO schließt grds. die besonderen Rechtsbehelfe des zivilprozessualen Zwangsvollstreckungsverfahrens ein (VGH BW VBIBW 1989, 137; Eyermann/Kraft, VwGO, 13. Aufl., § 167 Rn 13; Kopp/Schenke, VwGO, 17. Aufl., § 167 Rn 2). So ist etwa entsprechend § 766 ZPO die Erinnerung in Bezug auf die Art und Weise der Vollstreckung und des bei ihr zu beachtenden Verfahrens zulässig, soweit es um eine reine Vollstreckungsmaßnahme geht (VGH BW aaO). Dagegen verdrängt allerdings die Beschwerde nach § 146 VwGO die in § 793 ZPO vorgesehene sofortige Beschwerde, soweit eine Entscheidung im Rahmen des Vollstreckungsverfahrens nach vorheriger Anhörung des Vollstreckungsschuldners in Rede steht (vgl. ebenfalls VGH BW aaO; Eyermann/Kraft aaO, Rn 15). Da aber im Falle der hier mit der Beschwerde angefochtenen Entscheidung des Verwaltungsgerichts nach § 769 I ZPO die Möglichkeit der sofortigen Beschwerde gem. § 793 ZPO nach der oben wiedergegebenen Rspr. des BGH nicht gegeben ist, kann insoweit auch die sofortige Beschwerde nach dieser Vorschrift nicht durch die Beschwerde nach § 146 VwGO ersetzt werden. Auch sonst ist im Hinblick auf die aufgezeigte Vergleichbarkeit des Zwecks und der Interessenlage bei der Vollstreckung zivil- und verwaltungsgerichtlicher Titel nicht ersichtlich, dass die Eigenart der Vollstreckung verwaltungsgerichtlicher Titel einer entsprechenden Anwendung des § 707 II 2 ZPO entgegenstünde.“ (VGH Mannheim aaO)

Weitere Schriftumsnachweise

I. Zivilrecht

1. **Keiser:** Pflichten im Rückgewährschuldverhältnis und Schadensersatz wegen Sachmangels (NJW 2014, 1473)

Dass die **neue Rspr. zur Ersatzlieferung** im Rahmen des § 439 BGB **Auswirkungen auf einen Schadensersatzanspruch** hat, liegt auf der Hand, wenn es um Schadensersatz statt der Leistung geht. - Für eine Ausweitung „einfacher Schadensersatzansprüche“ gegen den Verkäufer durch **Zurechnung von Herstellerverschulden** taugt die neue Rspr. hingegen nicht als Argumentationsgrundlage, denn Nacherfüllung und Schadensersatz wegen Pflichtverletzung stehen hier auf zu unterschiedlichen Ebenen. - Hingegen ermöglicht die neue Rspr. eine **plausible Begründung von Ausbaupflichten des Verkäufers im Rückgewährschuldverhältnis** jenseits der hergebrachten Argumente im Anschluss an die Dachziegel-Entscheidung des BGH: Wenn der Verkäufer schon im Rahmen des § 439 BGB den Ausbau einer mangelhaften Sache schuldet, ist das erst recht nach Rücktritt des Käufers der Fall; praktisch wird die stets viel diskutierte Frage der Demontagepflichten jedoch beim Verbrauchsgüterkauf an Bedeutung verlieren, weil der Verkäufer im Rahmen der Gewährleistung nun bereits auch unter dem Gesichtspunkt des Schadensersatzes statt der Leistung regelmäßig zu einer Demontage eingebauter Sachen verpflichtet ist.

2. **Benicke/Hellwig:** Das System der Schadensersatzhaftung wegen Leistungspflichtverletzung (NJW 2014, 1697)

Der **Begriff der Pflichtverletzung bei Leistungspflichten** ist **rein objektiv i. S. der Nichterfüllung zu verstehen**; die Pflichtverletzung kommt dabei in zwei Erscheinungsformen vor: als Nichtleistung oder als Schlechtleistung. - Die **Pflichtverletzung ist unabhängig von einem Verstoß des Schuldners gegen eine Verhaltenspflicht**; der Verstoß gegen eine Verhaltenspflicht ist erst relevant, wenn es um die Frage geht, ob den Schuldner ein Verschulden i. S. von § 276 I 1 Hs. 1 BGB trifft und er daher die objektive Pflichtverletzung auch zu vertreten hat. - Der **Haftungsgrund** für den Schadensersatz statt der Leistung und für den Schadensersatz neben der Leistung liegt in einer **fortgesetzten, einheitlichen objektiven Pflichtverletzung (Nichterfüllung)** in Form der **Nichtleistung oder der Schlechtleistung** und einem darauf bezogenen Vertretenmüssen des Schuldners; dies ermöglicht es, die Abgrenzung des Anspruchs auf Schadensersatz statt der Leistung und des Anspruchs auf Schadensersatz neben der Leistung als Frage der Schadensberechnung zu begreifen. - Schadensersatz neben der Leistung verlangt der Gläubiger, wenn er seiner Schadensberechnung zu Grunde legt, dass die Primärleistung letztlich doch noch wie geschuldet erbracht worden ist oder noch erbracht werden muss; Schadensersatz statt der Leistung verlangt der Gläubiger immer dann, wenn er seinen Schadensersatzanspruch auf der Grundlage berechnet, dass die Primärleistung nicht (wie geschuldet) erbracht worden ist und auch endgültig nicht mehr wie geschuldet erbracht werden wird.

3. **Derleder/Kähler:** Die Kombination von Hemmung und Neubeginn der Verjährung (NJW 2014, 1617)

Die **Tatbestände einer Hemmung der Verjährung** nach den §§ BGB § 203 ff. BGB (etwa durch Verhandlungen) **und eines Neubeginns** nach § BGB § 212 BGB (etwa durch ein Anerkenntnis) **können zusammentreffen**. - Ein solches Zusammentreffen scheidet regelmäßig noch aus, wenn **Vergleichsverhandlungen** geführt werden und eine Hemmung nach § 203 BGB eintritt, da die in die Verhandlungen eingestellten Ansprüche und Gegenansprüche im Zweifel nicht mit einem Anerkenntnis verbunden sind, das einen Neubeginn der Verjährung tragen könnte; solange nicht unzweideutig das Bewusstsein des Schuldners vom Bestehen der Schuld bekundet wird, kommt danach ein Neubeginn der Verjährung nicht in Betracht. - **Nachbesserungsarbeiten eines Werkunternehmers** hinsichtlich eines bestimmten gerügten Mangels können sowohl **Verhandlungen nach § 203 BGB** als auch ein **Anerkenntnis nach § 212 I Nr.1 BGB** darstellen, führen aber nicht im Hinblick auf später entdeckte und geltend gemachte Mängel zu einer Verlängerung der Zwei-Jahres-Frist des § 364a I Nr. 1 BGB. - Ein **Neubeginn der Verjährungsfrist schließt nicht an die vorausgegangene Hemmungszeit an**, da es sonst zu einer Kumulierung von Hemmungszeit (etwa durch Mahnbescheid) und spätem Neubeginn der Verjährung am Ende der Hemmungszeit kommen könnte, was zu einer Vervielfachung der Regelverjährungszeit und der kürzeren Verjährungsfristen führen würde; vielmehr läuft die Hemmungszeit nach den §§ 203 ff. BGB selbstständig neben dem Neubeginn der Verjährung gem. § 212 BGB (etwa durch Anerkenntnis). - Das **Verkürzungskonzept des Gesetzes** würde durch die Gefahr einer annähernden Verdopplung der Regelverjährungsdauer missachtet, wenn eine Kombination von Hemmung und Neubeginn der Verjährung auch dann möglich wäre, wenn der Schuldner in einem Akt beide Tatbestände verwirklicht; dann sind die Fristen von Hemmung und Neubeginn in jedem Fall nicht mehr zu summieren; vielmehr bedarf es einer getrennten Subsumtion unter die jeweiligen Normen für Hemmung und Neubeginn.

4. **Ensthaler:** Streaming und Urheberrechtsverletzung (NJW 2014, 1553)

Auch die nur **kurzfristig** in den Zwischenspeicher eines Rechners **kopierten Film- bzw. Tonaufnahmen sind Vervielfältigungen i. S. von § 16 UrhG**. - Der **Normzweck** von § 44 a UrhG ist darauf gerichtet, auch im digita-

len Bereich eine Werknutzung zu erlauben, die im analogen Bereich zulässig ist; danach wäre der **reine Werkgenuss**, das Betrachten und Hören, **erlaubt, soweit nicht für eine Wiederholung gespeichert** wird; dies ist beim Streaming regelmäßig nicht der Fall. - § 44 a UrhG schränkt die im Hinblick auf die durch die Digitalisierungs- und Nutzungsmöglichkeit über das Internet erweiterten Nutzungsmöglichkeiten aber ein: Soweit die **Sozialsschranke des § 44 a UrhG** einer eigenständigen wirtschaftlichen Nutzung entgegensteht, soll sie nicht eingreifen; dies bedeutet für das Streaming, dass bspw. die vollständige Filmbetrachtung nicht unter § 44 a UrhG fallen kann, weil dies in der analogen Welt kaum jemals ohne Zustimmung des Berechtigten möglich wäre; die **Norm stellt nur für ein (digitales) Hineinsehen frei**. - Eine Rechtfertigung des Herunterladens in Zwischenspeicher zum jeweils einmaligen Betrachten kann über die Einwilligung gegeben sein; eine Einwilligung kann aber nicht damit begründet werden, dass der Berechtigte eine für die Verletzung des Rechtsguts gefährliche Situation begründet hat; es wäre lebensfremd, von einer Eigengefährdung des Rechtsguts auf eine Einwilligung in die Rechtsgutsverletzung zu schließen; die Folge solch einer Rspr. wäre, dass die Eigenschaft eines Gutes, geschütztes Rechtsgut zu sein, nicht mehr bestimmbar wäre. - Das vom BGH in die Rspr. eingeführte Rechtsinstitut der „schlichten Einwilligung“ ist abzulehnen; stattdessen ist die Situation der Eigengefährdung über das an Treu und Glauben angelehnte **Rechtsinstitut des widersprüchlichen Verhaltens** zu bewerten; das ist interessengerecht, weil dann ein durch den Berechtigten ermöglichtes sozialtypisches Verhalten für die Rechtfertigung ausschlaggebend ist. - Soweit von einer rechtswidrig auf die jeweilige Internetplattform geladenen Vorlage empfangen wird, ist auf der Grundlage des TMG zu werten; der Nutzer muss die gleichen durch das TMG gewährten Privilegierungen erhalten wie der Portalbetreiber.

5. **Galetzka/Stamer**: Streaming – aktuelle Entwicklungen in Recht und Praxis - Redtube, kinnox.to & Co. (MMR 2014, 292)
6. **Lissner**: Haftung und Verantwortlichkeit des (BB 2014, 1419)

Ein **Verstoß gegen** die dem Insolvenzverwalter obliegenden **insolvenzspezifischen Pflichten betreffen** häufig **auch Dritte**, die nicht unbedingt Gläubiger sein müssen; daher besteht für betroffene Dritte oft auch ein Anspruch gegen die Masse, der bei Realisierung einen internen Anspruch zur Folge haben kann. – Liegt ein **Kollektivschaden der Gläubiger** vor, ist dazu zu raten, einen **Sonderinsolvenzverwalter zu bestellen**, der die Prüfung und Verfolgung dieser Ansprüche zugunsten der Masse realisiert; bei individuellen Schäden sind diese autonom zu verfolgen; die Prüfung, ob ein Schaden entstanden ist, erfolgt dabei auf dem Prozesswege und nicht durch das Insolvenzgericht. – Eine **Entlastung des Insolvenzverwalters** tritt erst **bei Verjährung der Ansprüche** ein.

II. Strafrecht

1. **Eiden/Walter**: Zur konkludenten Täuschung bei unberechtigten Abmahnschreiben durch Rechtsanwälte (NStZ 2014, 297)

Bespr. der Entsch. OLG Köln NJW 2013, 2772

2. **Reichling/Lange**: Der Täterkreis der Steuerhinterziehung durch Unterlassen (NStZ 2014, 311)

Bespr. der Entsch. BGH NJW 2013, 2449 - Bei der **Steuerhinterziehung durch aktives Tun** kann nach nahezu unbestrittener Auffassung „jedermann“ Täter sein, denn es handelt sich insoweit um ein **Allgemeindelikt**. - Die **Deliktsnatur des § 370 I Nr. 2 AO** ist hingegen **umstritten**: Während die st. Rspr. des BGH und die h. M. in der Lit. § 370 I Nr. 2 AO als Sonderdelikt verstehen, betrachtet die auch von Jäger, der dem 1.§Strafsenat des BGH angehört, vertretene Gegenauffassung die Norm als Allgemeindelikt; Folge dieser Auffassung wäre, dass die Verletzung einer Aufklärungspflicht über steuerlich erhebliche Tatsachen einer Person einer anderen selbst nicht erklärungspflichtigen Person zugerechnet werden könnte; somit könnten **auch solche Personen Mittäter einer Steuerhinterziehung durch Unterlassen sein, die selbst keine sie persönlich treffende Pflicht verletzen**. - BGH aaO teilt die Auffassung, dass es sich **bei § 370 I Nr. 2 AO um ein Delikt handelt, das nicht nur vom Steuerpflichtigen und anderen Personen, die sonst durch Steuergesetze verpflichtet sind, sondern von jedermann verwirklicht werden kann**; wenn man mit dem BGH eine Rechtspflicht nicht nur aus den Steuergesetzen herleiten wollte, stellt sich die Frage nach der (dogmatischen) Herleitung einer solchen Pflicht: In Betracht kommen könnten hier insb. Pflichten aus Ingerenz oder aus der Übernahme steuerlicher Pflichten für Dritte; dies könnte auch für die steuerstrafrechtliche Verantwortung eines Compliance Officers in Unternehmen Bedeutung haben, da diesen nach (fragwürdiger) Ansicht des 5. Senates des BGH die Pflicht nach § 13 I StGB treffen soll, Straftaten, die aus dem Unternehmen heraus gegen Dritte begangen werden, zu verhindern. - Hinsichtlich der Rechtspflichten, die über die steuerlichen Pflichten hinausgehen, hat sich der BGH bislang zurückhaltend geäußert: So hat er in einer Entscheidung zu einer Berichtigungspflicht eines Steuerberaters angemerkt, dass außer Zweifel stehe, „dass sich für den Steuerberater aus der bloßen beruflichen Stellung auch keine Garantstellung aus § 13 I StGB herleiten lässt“.

3. **Kramer**: Telekommunikationsüberwachung und Verkehrsdatenabfrage bei Verdacht auf Steuerhinterziehung (NJW 2014, 1561)

Im Besteuerungsverfahren ist weder das Abhören der Telekommunikation noch die Verwertung von Erkenntnissen aus der Überwachung der Telekommunikation aus anderen Verfahren wie dem Strafverfahren **zulässig**. - Auch im Strafverfahren **lässt der Verdacht der Steuerhinterziehung (§ 370 AO) eine TKÜ nach §**

100 a StPO nicht zu; dieser Ausschluss einer TKÜ bei Steuerhinterziehung gilt mit Ausnahme der Konstellation fortgesetzt-bandenmäßiger Verkürzung von Umsatz- oder Verbrauchssteuern auch für besonders schwere Fälle (§ 370 III AO). - Bei sonstigen Steuerdelikten ist eine TKÜ **nur bei gewerbsmäßigem, gewaltsamem und bandenmäßigem Schmuggel oder gewerbsmäßiger oder bandenmäßiger Steuerhelierei vorgesehen**; jedoch ist nicht ausgeschlossen, dass es bei einem engen sachlichen Zusammenhang einer Steuerhinterziehung mit einer der Katalogtaten des § 100 a II StPO zu einer Verwertung von TKÜ-Erkenntnissen in einem Strafverfahren wegen Steuerhinterziehung kommt. - Diese Grundsätze gelten entsprechend bei Abhörmaßnahmen ausländischer Staaten, die ihre Erkenntnisse an deutsche Strafverfolgungsbehörden weitergeben. - Eine **Auskunft über Verkehrsdaten** (Telekommunikationsverbindungsdaten) **an die Strafverfolgungsorgane setzt** nach § 100 g StPO eine **Straftat von erheblicher Bedeutung voraus**, die nach Auffassung des Autors erst ab einem Schadensumfang von 1 Mio. Euro zu bejahren ist.

III. Öffentliches Recht

1. **Zinell**: Rechtsprobleme des Ehrenbürgerrechts (VBIBW 2014, 216)

Die **Verleihung des Ehrenbürgerrechts bedarf** einer **Entscheidung des Gemeinderats**; spätestens mit der Bekanntgabe der Entscheidung über die Verleihung wird das Ehrenbürgerrecht wirksam, ohne dass es weiterer Förmlichkeiten bedarf. – Aufgrund der **rechtlichen Nachwirkungen dieses Persönlichkeitsrechts** bedarf es auch **nach dem Tode des Ehrenbürgers/der Ehrenbürgerin** einer **Entscheidung des Gemeinderats über den Verlust** desselben.

2. **Pleiner**: Richtige und vollständige Rechtsbehelfsbelehrung eines Verwaltungsaktes – unzureichend bei Drittbekanntgabe? (NVwZ 2014, 776)

Die **Anforderungen an die Rechtsbehelfsbelehrung bei der Bekanntgabe eines Verwaltungsaktes gegenüber einem Dritten** sind grds. **gering**: Es reicht aus, den **Ausgangsbescheid samt anhängender Rechtsbehelfsbelehrung zu übermitteln**. – U. U. kann aber auch eine richtige und vollständige Rechtsbehelfsbelehrung im Ausgangsbescheid allein nicht ausreichen, um den Fristbeginn auch gegenüber dem Dritten zu bewirken: So müssen Dritte etwa nur annehmen, dass eine Rechtsbehelfsbelehrung auch für sie gilt, wenn diese im Ausgangsbescheid ausreichend abstrakt und neutral formuliert ist; darüber hinaus hält der Verweis auf die Rechtsbehelfsbelehrung im Ausgangsbescheid bei der Bekanntgabe gegenüber Dritten weitere Probleme bereit; dazu gehört bspw., dass die Angabe eines Fristbeginns unpassend sein kann, wenn nicht allen Beteiligten gegenüber einheitlich zugestellt oder bekannt gegeben wird; diesen rechtlichen Untiefen kann wirksam begegnet werden, indem Dritte doch eigens über die für sie eröffneten Rechtsbehelfe belehrt werden; dies trägt zugleich der gestiegenen Bedeutung des Drittrechtsschutzes Rechnung.

3. **Brocker**: Die „Splitterenquête“: Rechte der nicht qualifizierten („einfachen“) Minderheit im parlamentarischen Untersuchungsverfahren (DÖV 2014, 475)

Die **Rechte der nicht qualifizierten („einfachen“) Minderheit im parlamentarischen Untersuchungsverfahren bleiben deutlich hinter denen der qualifizierten Minderheit zurück**, die einfache Minderheit kann insbesondere nicht die Einsetzung einer „Splitterenquête“ erzwingen; auch **§ 126a I Nr. 1 GOBT vermittelt kein verfassungsfestes Minderheitsrecht**. - Wird die „Splitterenquête“ aber eingesetzt, vermittelt der allgemeine aus Art. 38 I GG resultierende **intra-organschaftliche Anspruch auf eine faire und loyale Handhabung der parlamentarischen Verfahrensregeln** ein Mindestmaß an Minderheitenschutz, der jedoch hinter den Minderheitenrechten der qualifizierten Einsetzungsminderheit zurückbleibt. - Die „einfache“ Minderheit hat aber zumindest einen Anspruch auf willkürfreie Entscheidung über ihre Beweis- und Verfahrensanträge, dessen Einhaltung sie auch verfassungsgerichtlich geltend machen kann; ferner hat die „einfache“ Minderheit einen Anspruch darauf, dem Bericht ihr Sondervotum beizufügen sowie in der Plenardebatte zu Wort zu kommen.

IV. Richter / Staatsanwälte / Rechtsanwälte / Notare

1. **Mayer**: Entwicklungen zur Rechtsanwaltsvergütung 2013 (NJW 2014, 1780)

2. **Fromm**: Die Kostenfestsetzung bei Freispruch in Fällen der notwendigen Verteidigung (NJW 2014, 1708)

Der **Pflichtverteidiger darf** im Falle des Freispruchs für seinen Mandanten die **Wahlverteidigergebühren bei der Staatskasse geltend machen**, womit seine Gebühren um durchschnittlich 20 % steigen; er muss allerdings auf seine Pflichtverteidigervergütung verzichten, um eine doppelte Inanspruchnahme der Staatskasse zu vermeiden. - Die Staatskasse kann gegenüber dem Erstattungsanspruch des Angekl. gegen die Staatskasse die Aufrechnung erklären, wenn der Angekl. aus anderen Strafverfahren noch Schulden beim Staat hat (Geldstrafen, Verfahrenskosten), dagegen kann sich der Rechtsanwalt schützen, indem er sich den Erstattungsanspruch des Mandanten im Rahmen der Bevollmächtigung abtreten lässt und die schriftliche Abtretungserklärung vorlegt; bei einer wirksamen Aufrechnung verbleibt dem Pflichtverteidiger auch bei einem Freispruch immerhin noch die Möglichkeit, seine Pflichtverteidigergebühren abzurechnen. - **Honorare auf der Grundlage einer Vergütungsvereinbarung** gem. § 3 a RVG **werden nicht von der Staatskasse erstattet**. - **Bei Teilfreisprüchen greift** regelmäßig die sog. **Differenztheorie**, wonach gezahlte Pflichtverteidigergebühren bei einem Teilfreispruch nur im

anteiligen Verhältnis von Freispruch zu Verurteilung auf den nach der Differenzmethode berechneten Erstattungsanspruch anzurechnen sind - Gegen Kostenfestsetzungsbeschlüsse, die beziffertes Anwaltshonorar unberechtigtweise nicht anerkannt haben, kann der Rechtsanwalt fristgebunden sofortige Beschwerde oder Erinnerung einlegen.

3. **Rolfs/Marcelli:** Rentenversicherungspflicht für Syndikusanwälte (NZA 2014, 574)

Das **BSG** hat „neue“ Maßstäbe hinsichtlich der materiell-rechtlichen Voraussetzungen des Befreiungsrechts gesetzt und kommt zu dem Schluss, dass **Syndikusanwälte nicht von der Versicherungspflicht in der GRV zu befreien** sind. – Nach Auffassung des BSG sind Syndikusanwälte allerdings nicht „wegen“ ihrer Tätigkeit in dem Unternehmen bzw. Verband Pflichtmitglied in der Rechtsanwaltskammer und dem Anwaltsversorgungswerk, denn diese Pflichtmitgliedschaften beruhen lediglich auf ihrem Beruf als Rechtsanwalt, den sie als bloße Nebentätigkeit ausüben; davon zu trennen ist ihre hauptberufliche Tätigkeit als abhängig Beschäftigter (sog. Zwei-Berufe-, Doppel- oder Zweitberufstheorie); in dieser Eigenschaft sind sie aber nach der Rspr. des BGH und des BVerfG gerade nicht als Rechtsanwalt tätig. - Diese Auffassung gründet sich vor allem auf **§ 46 I BRAO**, der es Rechtsanwälten untersagt, für Auftraggeber, denen sie auf Grund eines ständigen Dienst- oder ähnlichen Beschäftigungsverhältnisses ihre Arbeitszeit und -kraft zur Verfügung stellen müssen, vor Gerichten oder Schiedsgerichten in ihrer Eigenschaft als Rechtsanwälte tätig zu werden. - Die **Tätigkeit als Syndikus begründet nicht die Kammerzugehörigkeit und die Pflichtmitgliedschaft in der Versorgungseinrichtung**, sodass diesbzgl. eine Befreiung ausscheidet. - § 6 I 1 Nr. 1 SGB VI ist in Bezug auf die Anwaltschaft aber nicht gänzlich unanwendbar: Wer als Rechtsanwalt bei einem anwaltlichen Arbeitgeber beschäftigt ist, dem kann ein Befreiungsrecht zustehen; außerdem kann durch eine entsprechende Ausgestaltung des Anstellungsverhältnisses der Pflicht zur unabhängigen und weisungsfreien Berufsausübung Rechnung getragen werden; nach Ansicht des BSG kommt allerdings den Inhabern bereits erteilter – sich nunmehr als rechtswidrig erweisender – Befreiungsbescheide ein **Vertrauensschutz** zu Gute, welcher über die Vorschriften zur Rücknahme und Widerruf sozialrechtlicher Verwaltungsakte (§§ 44 ff. SGB X) hinausgeht. - Das BSG betont, dass auf dieser Grundlage „Lebensentscheidungen über die persönliche Vorsorge“ getroffen worden seien, sodass **bereits ergangene Befreiungsentscheidungen „grds. und in aller Regel“ von der geänderten Rechtsauffassung unberührt bleiben**. - Unter Zugrundelegung dieser Rspr. sind Syndikusanwälte bzgl. ihrer Tätigkeit im Unternehmen gesetzlich rentenversicherungspflichtig; eine Befreiung kommt nicht in Betracht, da es an einer doppelten Versicherungspflicht in GRV und Versorgungswerk fehlt; (nur) hinsichtlich des nebenberuflich ausgeübten Berufs als Rechtsanwalt besteht eine Versicherungspflicht im Anwaltsversorgungswerk.

4. **Schwaiger:** Prozessförderungspflicht vs. Taktisches Zurückhalten von Vortrag – was geht? (AnwBl 2014, 554)

**Rechtmäßigkeit der Verwaltungsvollstreckung im gestreckten Verfahren
(Aufbau bei Anfechtung der Festsetzung)**

- I. Rechtsgrundlage für Verwaltungsvollstreckung: § 55 I NWVwVG
- II. **Zuständigkeit:** Behörde die VA erlassen hat (§ 56 I NWVwVG)
- III. **vollstreckbare Grundverfügung**
 1. VA gerichtet auf Handlung, Duldung oder Unterlassung (bei Fehlen: Sofortvollzug)
 2. Wirksamkeit, § 43 VwVfG
 3. Vollstreckbarkeit
 - a) Unanfechtbarkeit oder
 - b) sofortige Vollziehung (§ 80 II VwGO)
 - aa) Wegfall der aufschiebenden Wirkung
 - bb) Rechtmäßigkeit des VA
 4. **Nichterfüllung der Pflicht** trotz tatsächlicher und rechtlicher Möglichkeit
 5. **zulässiges Zwangsmittel**
 - a) Voraussetzungen des Zwangsmittels
 - b) Verhältnismäßigkeit
 6. **richtiger Adressat**
 7. ordnungsgemäße **Art und Weise der Vollstreckung**
 - a) **ordnungsgemäße Androhung**, § 63 NWVwVG
 - aa) Schriftform (§ 13 I 1 NWVwVG / § 63 NWVwVG)
 - bb) schriftliche Begründung (§ 39 I VwVfG)
 - cc) Anhörung: nach § 28 II Nr. 5 VwVfG nicht erforderlich
 - dd) Verbindung mit dem Grund-VA bei sofortiger Vollziehbarkeit (§ 13 II 2 NWVwVG / § 63 II 2 NWVwVG)
 - ee) Fristsetzung für Erfüllung der Handlungs-, Duldungs- oder Unterlassungspflicht / Angemessenheit der Frist
 - ff) Androhung eines bestimmten Zwangsmittels (§ 13 III NWVwVG / § 63 III NWVwVG)
 - bei Zwangsgeld: Androhung in bestimmter Höhe
 - bei Ersatzvornahme: Angabe der voraussichtlichen Kosten
 - gg) Zustellung (§ 13 VII NWVwVG / § 63 IV NWVwVG)
 - b) **ordnungsgemäße Festsetzung**
 - aa) Schriftform: nicht erforderlich
 - bb) Anhörung nach § 28 II Nr. 5 VwVfG nicht erforderlich
 - cc) Fristablauf
 - dd) Übereinstimmung mit Androhung

AUS DER MÜNDLICHEN PRÜFUNGReferendarprüfung
Strafrecht

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

Land: Hessen	Prüfer (mit Titel usw.) M	Tag d. mündl. Prüfung 07.03.2014
------------------------	-------------------------------------	--

Zur Person:

M gibt den Gutmütigen. Er gibt zwischendurch immer mal wieder zu verstehen, dass er viel Verständnis für unsere missliche Lage hat und lächelt milde. Er ist allerdings schon während der Zivilrechtsprüfung fast eingeschlafen, war aber zum Strafrecht doch wieder einigermaßen wach. Seine Prüfung unterschied sich insofern von den anderen, als dass er den jeweiligen Kandidaten einfach sprechen ließ, ohne ihn zu stoppen. Das galt auch dann, wenn sich der Kandidat etwas neben der Spur befand. M vermittelt den Eindruck, als ob er nicht wirklich ein passionierter Strafrechtler wäre. Jedenfalls bemerkt er manchen Fehler nicht und hält sich an seine Lösungsskizze.

Zur Prüfung:

Fall: A ist knapp bei Kasse und leiht sich von B 1000 €. Das Geld soll in 4 Monatsraten zu je 250 € zurückgezahlt werden. A kann schon nach der 2. Rate nicht mehr zahlen. Daraufhin wird A von B und seinem Bruder C in seiner Wohnung aufgesucht. Sie fordern Zahlung. A kann nicht zahlen, sodass B und C seinen BMW als „Pfand“ mitnehmen wollen. B sieht den Autoschlüssel, bewegt sich auf diesen zu. A stellt sich dazwischen. Da schlägt B dem A mit der Faust mehrfach ins Gesicht, woraufhin A benommen zu Boden geht. B greift sich den Schlüssel. Damit A nicht gleich Hilfe holen kann reißt B das Telefonkabel aus der Wand. Dieses steht im Eigentum der Telekom. C schritt während des Geschehens nicht ein. Erst bei Verlassen der Wohnung des A ist C dem B behilflich, indem er ihm die Tür aufhält. A erstattet Strafanzeige.

Aus welchem Grund auch immer begann die Prüfung mit §§ 242, 22 StGB bzgl. des Schlüssels. Hier mangelt es aber an der Zueignungsabsicht, da ja nur ein Pfand genommen werden sollte, also der Schlüssel und das Auto wieder zurückgegeben werden sollten.

§ 255 StGB scheitert an der fehlenden Bereicherungsabsicht (aus meiner Sicht sehr fraglich, für M aber ein klarer Fall).

§ 249 scheitert an der fehlenden Zueignungsabsicht.

§ 223 StGB liegt vor. Qualifikation gem. § 224 StGB?

Nr. 4: fraglich ob gemeinschaftlich „mittäterschaftlich“ meint und ob dies vorliegt. Angeblich ist beides vertretbar. Jeder wurde nach seiner Meinung gefragt.

Nr. 5: Faustschläge ins Gesicht als eine das Leben gefährdende Behandlung? Auch hier waren verschiedene Meinungen vertretbar.

Nr. 3: (-), Nr. 2: (-)

§ 248 b StGB liegt vor. Strafantragserfordernis gem. § 77 ff. StGB? M wollte wissen, ob A auch dann antragsberechtigt ist, wenn er das Kfz nur geleast hat. Das ist zu bejahen.

§ 240 StGB liegt ebenfalls vor.

Tatobjekt Kabel: Sachbeschädigung liegt vor. Dann ließ uns M nach einer weiteren Vorschrift suchen, auf die er uns schließlich selber stieß: § 317 StGB (ist ebenfalls zu bejahen).

M spannt den **Fall** dann weiter: B fährt mit dem BMW bis der Tank fast leer ist. An der Tankstelle tankt er, fährt jedoch davon ohne zu bezahlen. Er meint, er würde dabei vom Personal beobachtet, tatsächlich merkt das Personal aber nichts.

§§ 263, 22 StGB? B täuscht über seine Zahlungswilligkeit. Problematisch ist aber das Vorliegen eines Vermögensschadens, denn das Benzin bleibt zivilrechtlich Eigentum der Tankstelle da der Tank leer ist und keine Vermischung stattfindet. Aber bei § 263 StGB genügt die schadensgleiche Vermögensgefährdung.

Unterschlagung ist subsidiär.

Viel Erfolg!

AUS DER MÜNDLICHEN PRÜFUNG

Assessorprüfung

Zivilrecht

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

Land: NRW	Prüfer (mit Titel usw.) Ri LG K.	Tag d. mündl. Prüfung 05.03.2014
---------------------	--	--

Zur Person:

Herr K. ist ein netter und angenehmer Prüfer. Er ist bei der Prüfung grds. nach der Sitzreihenfolge vorgegangen. Er kann nicht unbedingt als protokollfest bezeichnet werden. Die Benotung war durchaus fair.

Zur Sache:

Entgegen allgemeiner Erwartungen prüfte K bei uns kein Gesellschaftsrecht. Im ersten Teil der Prüfung ging es vielmehr um das Zwangsvollstreckungsrecht.

Hierzu stellte er zunächst folgenden **Fall**:

A hat von B ein Haus gekauft. A behauptet, der Kaufvertrag sei wegen einer Schwarzgeldabrede nichtig. Zudem hat A den Kaufvertrag wegen arglistiger Täuschung angefochten. Im Prozess wird A zur Zahlung des Kaufpreises verurteilt.

Danach beauftragte A einen Bausachverständigen. Dieser stellte fest, dass zwei Räume nicht genehmigungsfähig sind. Im Kaufvertrag stand, dass der Veräußerer zusichere, keine baulichen Veränderungen vorgenommen zu haben, ohne dass dafür die behördlichen Genehmigungen vorliegen. B vollstreckt aus dem Urteil. Was kann A tun?

Wir besprachen zunächst die Rechtsbehelfe in der Zwangsvollstreckung (Erinnerung, Vollstreckungsgegenklage, sofortige Beschwerde, Drittwiderspruchsklage und Klage auf vorzugsweise Befriedigung). Dann prüften wir die Zulässigkeit der in diesem Fall einschlägigen Vollstreckungsgegenklage. Das Hauptproblem war hier die entgegenstehende Rechtskraft des Urteils. Zu prüfen war, ob A mit der Geltendmachung der Nichtgenehmigungsfähigkeit noch gehört werden kann oder ob dies bereits Streitgegenstand des Vorprozesses gehörte. In diesem Rahmen wurde auch kurz der Streit bzgl. der Präklusion erörtert: Nach Ansicht des BGH greift die Präklusion bereits dann, wenn die Tatsachen objektiv vorgelegen haben. Nach Ansicht von K war hier die Nichtgenehmigungsfähigkeit bereits Streitgegenstand des Vorprozesses und daher stand die Rechtskraft der Klage nach § 767 ZPO entgegen. Dann fragte er noch kurz, was denn mit dem Antrag gemeint sei, hilfsweise die Vollstreckung aus dem Urteil zu unterlassen und den Titel herauszugeben. Gemeint war die Klage § 826 BGB i. V. m. § 371 BGB analog.

Danach stellte er folgenden zweiten **Fall**:

A, der für die B-GmbH Computer repariert, kauft im Namen und mit Vollmacht der B-GmbH Computerteile bei der C-GmbH. A erklärt dabei, persönlich für die Schuld eintreten zu wollen. Die B-GmbH zahlt den Kaufpreis nicht. Daraufhin verklagt die B-GmbH den A auf Kaufpreiszahlung. A wird hierzu durch ein Versäumnisurteil verurteilt. Der Rechtsanwalt des A legt nicht rechtzeitig Einspruch ein. Was kann A nun tun?

Wegen des Ablaufs der Einspruchsfrist kann er nicht mehr gegen das VU vorgehen. Eine Wiedereinsetzung scheitert daran, dass sich A das Verschulden seines Anwalts nach § 85 II ZPO zurechnen lassen muss. A kann gegen seinen Anwalt aus dem Geschäftsbesorgungsvertrag vorgehen, denn der Anwalt hätte vorsorglich Einspruch gegen das VU einlegen müssen. Problematisch war die Feststellung des Schadens. Ein solcher ist nur dann gegeben, wenn A zu Unrecht verurteilt wurde. Das war hier der Fall, da A im Namen und mit Vollmacht der GmbH den Vertrag abgeschlossen hat. Die Erklärung bzgl. des persönlichen Einstehens musste ausgelegt werden. Es kam eine Bürgschaft, ein Schuldbeitritt und Schuldübernahme in Betracht. Letztendlich kamen wir zu dem Ergebnis, dass A Bürge sein wollte (wegen der akzessorischen Haftung). Diesbezüglich fehlte es aber an der Schriftform des § 766 BGB

Protokolle für die mündliche Prüfung

Warum Prüfungsprotokolle?

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

Wie läuft das ab?

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

Was könnt Ihr sonst noch tun?

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

Prüfungsstoff im Mündlichen

1/3 Protokollwissen

Protokolle anfordern!

1/3 Zeitschriftenwissen der letzten Monate

Zeitschriftenauswertung (ZA) lesen!

1/3 unbekannter Stoff

Phantasie zeigen!

