



# PRAKTIKER-REPORT (PR)

Monatsschrift für den praktisch tätigen Juristen

---

35. Jahrg.

März 2010

Heft 03

---

Aus dem Inhalt:

- BGH:** Voraussetzungen für Verweis auf freie Fachwerkstatt
- BGH:** Tötung von Tieren als künstlerische Veranstaltung
- BVerfG:** Ladenöffnungszeiten an Sonn- und Feiertagen
- BVerfG:** Organstreit wegen Kosovoeinsatz der Bundeswehr
- BGH:** Verjährungshemmung durch Streitverkündung
- OVG Lüneburg:** Kein Verwertungsverbot für polizeiliche Blutprobenentnahme
- BVerfG:** Gebot effektiven Rechtsschutzes und Suspensiveffekt



#### **Impressum:**

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

Juristischer Verlag Juridicus  
Hiberniastraße 6  
45879 Gelsenkirchen

Tel.: 0209 / 945 806 - 35

Fax: 0209 / 945 806 - 50

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

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

#### **Verantwortliche Redakteure:**

Silke Wollburg, Hiberniastraße 6, 45879 Gelsenkirchen

Britta Wegner, Hiberniastraße 6, 45879 Gelsenkirchen

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

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

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

**Erscheinungsweise:** monatlich

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

Zahlung quartalsweise im Voraus

## Inhalt

### Aus der Gesetzgebung

A. Bekämpfung von Kinderpornographie .....	1
B. Einführung der elektronischen Aktenführung .....	1

### Brandaktuell

BVerfG: Regelleistungen nach SGB II verfassungswidrig (Leistungen für besonderen Bedarf erforderlich) .....	3
--	---

### Entscheidungen materielles Recht

#### Zivilrecht

BGH: Verbraucherdarlehen und Restschuldversicherung (verbundene Verträge) .....	4
BGH: Verweis auf freie Fachwerkstatt (Unzumutbarkeit trotz Gleichwertigkeit) .....	8

#### Strafrecht

BGH: Fälschung von Zahlungskarten mit Garantiefunktion (Zahlungskartenrohlinge) .....	11
BGH: Tierschutz (Tötung von Tieren als künstlerische Veranstaltung) .....	13

#### öffentl. Recht

BVerfG: Ladenöffnungszeiten an Sonn- und Feiertagen (staatliche Schutzpflicht aus Art. 4 I, II GG) .....	16
BVerfG: Organstreit wegen Kosovo-Einsatz der Bundeswehr (Erforderlichkeit erneuter Zustimmung) .....	21

#### Kurzauslese I

AG Neunkirchen: Grundstücksscheinbestandteil (massive Gartenlaube) .....	24
BGH: Widerrufs- und Rückgaberecht (auch bei nichtigem Fernabsatzvertrag) .....	24
OLG Jena: Einrede der Aufrechenbarkeit (unzulässiger Verzicht) .....	25
BGH: Geldfälschung (Gewerbsmäßigkeit) .....	25
BGH: Vergewaltigung (körperliche Misshandlung) .....	26
BGH: gefährliches Werkzeug (beschuhter Fuß) .....	26
BGH: versuchter (schwerer) Raub (Erlangung wertloser Sachen) .....	26
OLG Köln: Betrug durch Unterlassen (unberechtigter Bezug von Arbeitslosengeld II) .....	27
VGH Mannheim: Rücksichtnahmegebot (Aufrechterhaltung der typischen Baugebietsprägung) .....	27
VG Berlin: Religionsausübungsfreiheit (islamisches Gebet in der Schule) .....	28
OVG Münster: beamtenrechtl. Beschäftigungsanspruch (kein Anspruch auf Beschäftigung über Vollendung des 65. Lebensjahres hinaus) .....	28
OVG Berlin: Abmeldung von Rundfunkgeräten (Begründungserfordernis) .....	29
OVG Lüneburg: erkennungsdienstliche Maßnahme (Anordnung nur zur Verhütung einer Gefahr) .....	29

## Entscheidungen Verfahrensrecht

### Zivilrecht

BGH:	selbständiges Beweisverfahren (rechtsmissbräuchlicher Antrag für Frist auf Klage ) .....	30
BGH:	Verjährungshemmung durch Streitverkündung (bereits mit Eingang der Schrift bei Gericht ) .....	32

### Strafrecht

OVG Lüneburg:	Verwertungsverbot (nicht für polizeilich angeordnete Blutprobenentnahme im Fahrerlaubnisentziehungsverfahren) .....	35
---------------	---	----

### öffentl. Recht

BVerwG:	Zulässigkeit der Verpflichtungsklage (vorheriger Antrag auf Erlass des begehrten VA) .....	37
BVerfG:	Gebot effektiven Rechtsschutzes (Anordnung der aufschiebenden Wirkung) .....	39

### Kurzauslese II

BGH:	Zustellung (an Geschäftsanschrift ohne Briefkasten) .....	42
BGH:	Vollstreckungsschutzantrag (nach Rechtskraft des Zuschlags im Zwangsversteigerungsverfahren) .....	42
BGH:	Pfändung (Arbeitnehmerbeiträge zur VBL-Pflichtversicherung) .....	42
OLG Hamm:	Zeugnisverweigerungsrecht (Krankenschwester) .....	43
BGH:	DNA-Verwertung (Einverständnis des Angekl.) .....	43
OLG Brandenburg:	Videoaufzeichnung (erforderliche Schilderung des Aussagegehalts im Urteil) .....	44
VG Trier:	Rechtsbehelfsbelehrung (fehlender Hinweis auf Möglichkeit der elektronischen Kalgeerhebung) .....	44
OVG Schleswig:	Bescheidanfechtung (zulässiger „Austausch“ der Rechtsgrundlage) .....	45
OVG Bautzen:	Berufungszulassung (mangelhafte Entscheidungsgründe) .....	45

## Speziell für Rechtsanwälte und Notare

### Gebühren und Kosten

OLG Karlsruhe:	Einigungsgebühr (Verzicht auf Durchführung des Versorgungsausgleichs) .....	46
BGH:	Prozesskostenhilfe (Bewilligung nach Klagerücknahme) .....	47
OLG Koblenz:	Anrechnung der Geschäftsgebühr (maßgeblicher Zeitpunkt der Anwendung des § 15a RVG) .....	48
BGH:	Geschäftsgebühr (Anrechnung bei Tätigkeit verschiedener Rechtsanwälte) .....	48
OLG München:	Terminsgebühr im Berufungsverfahren (für Mitwirkung an Besprechung) .....	49
OLG Brandenburg:	Kostenentscheidung bei Freispruch (keine analoge Anwendbarkeit) .....	50

### Aus der Praxis

BGH:	Feierabendanwalt (kein Anspruch auf Zulassung als Rechtsanwalt) .....	51
------	--	----

## Inhaltsverzeichnis

---

OLG Karlsruhe:	unentgeltliche Rechtsdienstleistungen (Zulässigkeit) .....	51	
OLG Karlsruhe:	abstrakte Schadensberechnung (Weiternutzung eines teilreparierten Kfz) .....	53	
BGH:	Erforderlichkeit des Unfallersatztarifs (Beweislast des Anspruchstellers) .....	53	
OLG Koblenz:	Zugewinnausgleich (keine Berücksichtigung bereits aufgeteilten Vermögens) .....	53	
BGH:	Prozesskostenvorschussanspruch (gegen neuen Ehegatten für Zugewinnausgleichsanspruch) .....	54	
BGH:	Selbstständiges Beweisverfahren (Ermittlung eines Personenschadens) .....	55	
OLG Köln:	Handy-Verbot (Festnetz-Mobilteil) .....	56	
OLG Köln:	Handy-Verbot (Abhören von Musikdateien) .....	57	
FG Köln:	Bekanntgabe eines VA (per Computerfax) .....	57	
 <b>Steuern</b>			
BGH:	Jahresabschlussprüfer (Haftung) .....	59	
BFH:	Teilabfindung für Arbeitsreduzierung (steuerlich begünstigte Entschädigungszahlung) .....	60	
 <b>Weitere Schrifttumsnachweise</b> .....			61
 <b>Mandantenbrief</b> .....			65



## Aus der Gesetzgebung

### A. Bekämpfung von Kinderpornographie

Gesetz zur Bekämpfung der Kinderpornographie in Kommunikationsnetzen v. 17.02.2010, In-Kraft-Treten i. W. am 23.02.2010 (BGBl I, S. 78)

#### I. Allgemeines

Die neuen gesetzlichen Regelungen enthalten **Änderungen zum Telemediengesetz (TMG) und zum Telekommunikationsgesetz (TKG)** und beschränken sich auf **Zugangerschwererungen zu kinderpornographischen Inhalten**.

Kinderpornographie ist die Dokumentation von Kindesmissbrauch und der sexuellen Ausbeutung von Kindern. Trotz internationaler Anstrengungen zur Täterermittlung und Schließung von Websites bleiben Angebote mit kinderpornographischen Inhalten im Internet abrufbar und nehmen beständig zu. Da die polizeiliche Kriminalstatistik seit Jahren einen Anstieg bei der Verbreitung der Kinderpornographie im Netz verzeichnet, soll daher gegen die sexuelle Ausbeutung von Kindern im Internet mit allen rechtsstaatlichen Mitteln vorgegangen werden. Das Gesetz will - im Rahmen einer Gesamtstrategie gegen den sexuellen Missbrauch von Kindern und seiner Darstellung im Internet - die bereits bestehenden Möglichkeiten wirksam ergänzen. Ziel des Gesetzes ist die Erschwerung des Internetzugangs zu kinderpornografischen Inhalten durch die Zugangsanbieter in Deutschland.

#### II. Wesentliche Inhalte des Gesetzes

1. Im Gesetz ist vorgesehen, dass das **Bundeskriminalamt (BKA) Sperrlisten erstellt**, die Kinderpornografie i. S. des § 184 b StGB enthalten oder darauf verweisen. Diese Listen stellt das BKA täglich aktualisiert zur Verfügung.

Ferner **gilt der Grundsatz "Löschen vor Sperren"**: Das BKA setzt nur dann entsprechende Einträge auf die Sperrliste, wenn andere Maßnahmen sich als nicht erfolgreich erweisen. Ein beim Bundesbeauftragten für den Datenschutz und die Informationsfreiheit bestelltes Expertengremium kann jederzeit Einsicht in die Sperrliste nehmen und die Einträge überprüfen.

2. Auf der Basis dieser Sperrlisten des BKA werden alle großen privaten **Internetzugangsanbieter verpflichtet**, den **Zugang zu kinderpornographischen Inhalten** im Internet **durch geeignete technische Maßnahmen zu erschweren**. Die Zugangsanbieter haften nur, wenn und soweit sie die Sperrliste des Bundeskriminalamts nicht ordnungsgemäß umsetzen.
3. Aus präventiven Gründen wird gegenüber den betroffenen Nutzern über eine sog. **Stoppmeldung** klargestellt, warum der Zugang zu einem kinderpornographischen Angebot erschwert wird. Personenbezogene Daten, die aufgrund der Stoppmeldung anfallen, dürfen nicht zu Zwecken der Strafverfolgung verwendet werden.

### B. Einführung der elektronischen Aktenführung

Verordnung zur Einführung der elektronischen Aktenführung und zur Erweiterung des elektronischen Rechtsverkehrs bei dem Patentamt, dem Patentgericht und dem BGH v. 10.02.2010; In-Kraft-Treten am 01.03.2010 (BGBl 2010, 83)

#### I. Allgemeines

Elektronischer Rechtsverkehr (ERV) ist der Oberbegriff für alle Schritte zur Vereinfachung und Durchführung von Prozessen der Information, Kommunikation und Transaktion innerhalb und zwischen Institutionen der Judikative, sowie zwischen diesen Institutionen und Bürgerinnen und Bürgern, Unternehmen und wei-

teren staatlichen Institutionen durch den Einsatz von Informations- und Kommunikationstechnologien.

Ein Kennzeichen des ERV ist die Forderung nach einem **rechtssicheren Austausch von Dokumenten** (z.B. Anträge, Klageschriften, gerichtliche Entscheidungen, Beschlüsse), d.h. das Verfahren muss einen äquivalenten Ersatz für den Austausch von papiergebundenen Dokumenten darstellen. Ziel ist es, den Weg über das Herstellen von Papierunterlagen, Versand, Posteingang und -verteilung erheblich zu beschleunigen, da die Dokumente unmittelbar zwischen den IT-Systemen der Beteiligten ausgetauscht werden können.

Das Bundespatentgericht beispielsweise hat deshalb bereits im Jahr 2003 die BundOnline-Dienstleistung "Elektronischer Rechtsverkehr in einzelnen Verfahren" online gestellt, die auf Basis eines elektronischen Gerichtspostfachs elektronischen Rechtsverkehr mit externen Partnern erlaubt.

Weiterhin führt das Bundespatentgericht seit 2006 das Projekt "Elektronische Gerichts- und Verwaltungsakte (EGuVA)" mit der Zielsetzung durch, die elektronische Registratur, Aktenführung und Vorgangsbearbeitung in sämtlichen Senaten und allen Verwaltungsreferaten umzusetzen. Erkenntnisse und Erfahrungen dieses Projekts werden nicht nur anderen Bundesbehörden, sondern auch den Bundesländern zur Verfügung gestellt.

## II. Die wesentlichen Neuregelungen

1. Laut Verordnung können das Patentamt, das Patentgericht und der BGH - soweit er für Verhandlungen und Entscheidungen über Rechtsmittel gegen Entscheidungen des Patentamts zuständig ist – gem. § 1 **Verfahrensakten ganz oder teilweise auch elektronisch führen**, wobei für das Verfahren vor dem Patentamt die Regelungen der ZPO über die elektronische Aktenführung entsprechend gelten.

Werden Schriftstücke oder sonstige Unterlagen in ein elektronisches Dokument übertragen, so dürfen sie nicht vernichtet werden, wenn in Betracht kommt, über ihr Vorhandensein oder ihre Beschaffenheit Beweis zu erheben.

Enthält eine Akte sowohl elektronische als auch papiergebundene Bestandteile, so muss beim Zugriff auf jeden der Teile ein Hinweis auf den jeweils anderen Teil sichtbar sein.

2. Ist die **handschriftliche Unterzeichnung** eines Schriftstückes nicht erforderlich, so kann in elektronischen Bestandteilen der Akte statt der **elektronischen Signatur** ein **anderer eindeutiger Herkunftsnachweis** verwendet werden, der nicht unbemerkt verändert werden kann. Ein elektronisches Dokument des Patentamts wird unterzeichnet, indem der Name der unterzeichnenden Person eingefügt und eine fortgeschrittene elektronische Signatur an das Dokument angebracht wird.
3. Wird ein **elektronisches Dokument** durch das Patentamt **ausgefertigt**, genügt es, in den Ausdruck folgende Angaben aufzunehmen:
  - den Namen der Person, die eine elektronische Signatur angebracht hat,
  - den Tag, an dem die Signatur oder ein anderer Herkunftsnachweis angebracht wurde, sowie
  - den Hinweis, dass die Ausfertigung nicht unterschrieben wird.
4. Steht die **Akteneinsicht** beim Patentamt jedermann frei, so kann sie auch **durch elektronischen Zugriff auf den Inhalt der Akten** gewährt werden.
5. Sind Akten einem anderen Gericht oder einer Behörde vorzulegen, werden alle **elektronischen Aktenbestandteile übersandt oder der unbeschränkte Zugriff** darauf **ermöglicht**; die Aktenbestandteile dürfen **keinen Kopierschutz** tragen.

Kann das Gericht oder die Behörde den Inhalt der Dateien nicht in eine lesbare Form bringen, sind die betreffenden Aktenteile in einer anderen, geeigneten Form zu übersenden.

## Brandaktuell

### GG Art. 1, 20      **Regelleistungen nach SGB II nicht verfassungsgemäß**      VerfR **Verstoß gegen Menschenwürde und Sozialstaatsprinzip**

(BVerfG, becklink 298051; Urteil vom 09.02.2010 -1 BvL 1/09)

Die Vorschriften des SGB II, die die Regelleistung für Erwachsene und Kinder betreffen, sind verfassungswidrig. Sie genügen dem verfassungsrechtlichen Anspruch auf Gewährleistung eines menschenwürdigen Existenzminimums nicht.

1. Das Grundrecht auf Gewährleistung eines **menschenwürdigen Existenzminimums** aus Art. 1 I GG i.V.m. dem Sozialstaatsprinzip des Art. 20 I GG sichert jedem Hilfebedürftigen diejenigen materiellen Voraussetzungen zu, die für seine physische Existenz und für ein Mindestmaß **an Teilhabe am gesellschaftlichen, kulturellen und politischen Leben** unerlässlich sind.
2. Dieses Grundrecht aus Art. 1 I GG hat als **Gewährleistungsrecht** in seiner Verbindung mit Art. 20 I GG neben dem **absolut wirkenden Anspruch** aus Art. 1 I GG auf **Achtung der Würde jedes Einzelnen** eigenständige Bedeutung. Es bedarf der **Konkretisierung** und stetigen **Aktualisierung durch den Gesetzgeber**, der die zu erbringenden Leistungen an dem jeweiligen Entwicklungsstand des Gemeinwesens und den bestehenden Lebensbedingungen auszurichten hat. Dabei steht ihm ein **Gestaltungsspielraum** zu.
3. Zur **Ermittlung des Anspruchumfangs** hat der Gesetzgeber alle existenznotwendigen Aufwendungen in einem **transparenten und sachgerechten Verfahren** realitätsgerecht sowie nachvollziehbar auf der Grundlage verlässlicher Zahlen und **schlüssiger Berechnungsverfahren** zu bemessen.
4. Die in den Ausgangsverfahren noch geltenden Regelleistungen von 345, 311 und 207 Euro können zur **Sicherstellung eines menschenwürdigen Existenzminimums** nicht als evident unzureichend angesehen werden könnten.
  - a) Für den Betrag der Regelleistung für Alleinstehende von 345 Euro könne eine evidente Unterschreitung nicht festgestellt werden, weil sie zur **Sicherung der physischen Seite des Existenzminimums** zumindest ausreiche und der Gestaltungsspielraum des Gesetzgebers bei der sozialen Seite des Existenzminimums besonders weit sei.
  - b) Dies gilt auch für den Betrag von 311 Euro für erwachsene Partner einer Bedarfsgemeinschaft. Der Gesetzgeber hat davon ausgehen dürfen, dass durch das **gemeinsame Wirtschaften Aufwendungen gespart** werden und deshalb zwei zusammenlebende Partner einen finanziellen Mindestbedarf hätten, der geringer als das Doppelte des Bedarfs eines Alleinlebenden sei.
  - c) Ebenfalls kann nicht festgestellt werden, dass der für Kinder bis zur Vollendung des 14. Lebensjahres einheitlich geltende Betrag von 207 Euro zur Sicherung eines menschenwürdigen Existenzminimums offensichtlich unzureichend sei. Es sei insbesondere **nicht ersichtlich**, dass dieser Betrag **nicht ausreiche**, um das physische Existenzminimum, insbesondere den **Ernährungsbedarf** von Kindern im Alter von sieben bis zur Vollendung des 14. Lebensjahres **zu decken**.
5. Der Gesetzgeber darf insofern den **typischen Bedarf** zur Sicherung des menschenwürdigen Existenzminimums durch einen **monatlichen Festbetrag** decken, muss aber für einen darüber **hinausgehenden** unabweisbaren, laufenden, nicht nur einmaligen, **besonderen Bedarf** einen **zusätzlichen Leistungsanspruch** einräumen. Dieser besondere Bedarf wird nach der aktuellen Regelung von den Leistungen nach §§ 20 ff. SGB II nicht erfasst. **Bis zur Neuregelung** kann dieser **Anspruch** laut BVerfG nach Maßgabe der Urteilsgründe **unmittelbar aus Art. 1 I GG i.V.m. Art. 20 I GG** zu Lasten des Bundes geltend gemacht werden.

## Entscheidungen materielles Recht

**BGB**                      **Verbraucherdarlehen und Restschuldversicherung**                      **SchuldR**  
**§ 358 III**                      **verbundene Verträge**  
**(BGH in NJW 2010, 531; Urteil vom 15.12.2009 – XI ZR 45/09)**

1. Verbraucherdarlehen und Restschuldversicherung **können** bei Vorliegen der Voraussetzungen des § 358 III BGB **verbundene Verträge** sein.
2. Wird mit dem Darlehensvertrag die Prämie der Restschuldversicherung finanziert, so dient das Darlehen der Finanzierung des anderen Vertrages.
3. Es ist davon auszugehen, dass der Darlehensvertrag nicht ohne Restschuldversicherung abgeschlossen worden wäre ebenso wie ohne Darlehen kein Bedarf für eine Absicherung bestanden hätte. Die **Verträge bedingen sich** daher.

**Fall:** Bank K macht gegenüber den Verbrauchern B Ansprüche auf Rückzahlung eines mit Vertrag vom 12.09.2005 in der Form des § 492 BGB gewährten und infolge eines unstreitigen Zahlungsrückstands der B mit Schreiben vom 08.06.2007 unter Einhaltung der Vorgaben des § 498 BGB gekündigten und fällig gestellten Darlehens geltend.

Sie hatte den B bereits mit Vertrag vom 13.08.2002 einen - nicht zweckgebundenen - Kredit über netto 26.600,00 Euro gewährt, dessen Restsaldo - unter gleichzeitiger Einräumung eines zusätzlichen, ebenfalls nicht zweckgebundenen Kredits von 2 Mio. Euro - durch ein weiteres Darlehen vom 26.01.2004 abgelöst wurde.

Am 12.09.2005 schlossen die Parteien sodann den streitgegenständlichen Kreditvertrag über eine Nettokreditsumme von 47.505,53 Euro, der zum einen i.H.v. 35.505,53 Euro der Ablösung des Darlehens vom 26.01.2004 diente und zum anderen einen erneuten, nicht zweckgebundenen Zusatzkredit von 12.200,00 Euro enthielt. Im Zusammenhang mit den vorgenannten Kreditverträgen hatten die B jeweils eine Restschuldversicherung bei der D-Versicherung - ausweislich der Versicherungsverträge eine „Partnerin“ der K - abgeschlossen, wobei die Versicherungsprämien - für den Kredit vom 12.09.2005 ein Betrag i.H.v. 10.241,90 Euro - durch entsprechende Erhöhung der Darlehenssumme von der B mitfinanziert wurde. Die nach §§ 495, 355 BGB erforderliche Widerrufsbelehrung wurde erteilt. Sie enthält jedoch keinen Hinweis darauf, dass bei Widerruf des einen Vertrages (z.B. des Darlehensvertrages) auch die Bindung an die auf Abschluss des anderen Vertrages (z.B. der Restschuldversicherung) nach § 358 I BGB entfällt.

Die B wenden sich nicht gegen den Vortrag der K zum Kontenverlauf und zu den auf dieser Basis fälligen Rückzahlungsansprüchen, machen aber geltend, ihre auf den Abschluss der vorgenannten Darlehensverträge gerichteten Willenserklärungen durch eine - im Schriftsatz vom 20.02.2008 enthaltene - Erklärung wirksam widerrufen zu haben.

Hat K einen Anspruch auf Rückzahlung des Gesamtdarlehens?

### A. Vorentscheidung des OLG Köln

K könnte gegen B einen Anspruch auf Rückzahlung des Gesamtdarlehens nach §§ 488 I 2, 498 BGB haben. Es wurde ein Verbraucherdarlehensvertrag nach §§ 491, 492 BGB abgeschlossen. Auch die Voraussetzungen des § 498 BGB für eine Gesamtfälligstellung liegen vor. Es könnte jedoch durch wirksamen Widerruf nach §§ 495, 355 BGB ein Rückabwicklungsverhältnis nach §§ 375, 346 ff. BGB entstanden sein, mit der Folge, dass B nach § 358 IV 1, 3 BGB jedenfalls den auf die Restschuldversicherung entfallenden Nettokreditbetrag nicht zurückzahlen müssten.

Bei Abschluss eines Verbraucherdarlehensvertrages steht dem Verbraucher nach § 495 I BGB grundsätzlich ein Widerrufsrecht nach § 355 BGB zu. Der Widerruf hat nach § 355 I 2 BGB grundsätzlich innerhalb von 2 Wochen zu erfolgen, wobei die Widerrufsfrist nach § 355 II BGB erst zu laufen beginnt, wenn der Verbraucher ordnungsgemäß über sein Widerrufsrecht belehrt wurde. Hier greift auch nicht § 355 III 1 BGB zugunsten der K ein, wonach das Widerrufsrecht spätestens 6 Monate nach Vertragsschluss erlischt, da diese Regelung nach § 355 III 3 BGB gegenüber Verbrauchern nicht gilt.

## I. Anforderungen an Belehrung bei verbundenen Verträgen

Die B sind bei Vertragsabschluss über das Bestehen des Widerrufsrechts belehrt worden. Allerdings ist bei sog. verbundenen Verträgen nach § 358 V BGB auch darüber zu belehren, das der Widerruf des einen Vertrages sich nach Maßgabe des § 358 I, II BGB auch auf den anderen Vertrag auswirkt. Eine solche Belehrung bezüglich des Verbraucherdarlehensvertrages und der Restschuldversicherung ist jedoch unterblieben. Wäre sie erforderlich, so hätte die Widerrufsfrist noch nicht zu laufen begonnen und der Widerruf mit Schreiben vom 20.02.2008 wäre noch rechtzeitig gewesen.

## II. Voraussetzungen für verbundene Verträge

Es kommt also maßgeblich darauf an, ob der Verbraucherdarlehensvertrag und die Restschuldversicherung als verbundene Verträge i.S.d. § 358 III BGB anzusehen sind.

Das OLG Köln hatte sich der Auffassung angeschlossen, dass es sich bei Restschuldversicherung und Verbraucherdarlehen nicht um verbundene Verträge handeln kann. Ein im Zusammenhang mit einem Darlehensvertrag geschlossener Restschuldversicherungsvertrag werde von der Regelung in § 358 III BGB ihrem Sinn und Zweck nach nicht erfasst. Liegt aber **kein verbundenes Geschäft** vor, war die **Widerrufsbelehrung ordnungsgemäß** und der **Widerruf ist wegen Verfristung unwirksam**, so dass K einen Anspruch auf Gesamtrückzahlung nach §§ 488 I 2, 498 BGB hat.

## B. Verbraucherdarlehen und Restschuldversicherung können verbundene Verträge sein (BGH in NJW 2010, 531)

Ob diese Verträge als verbundene Verträge i.S. von § 358 III BGB anzusehen sind, ist in der Rechtsprechung der Instanzgerichte und im Schrifttum umstritten.

**„bejahend:** OLG Rostock, NJW-RR 2005, 1416; OLG Schleswig, NJW-RR 2007, 1347 [1348]; LG Hamburg, VuR 2008, 111 [112] = NZI 2008, 576L; LG Bonn, BKR 2008, 78 [79f.]; LG Bremen, NZI 2009, 811 = WM 2009, 2215 [2216]; Emmerich, in: v. Westphalen/Emmerich/v. Rottenburg, VerbrKrG, 2. Aufl., § 9 Rn 74; Staudinger/Kessal-Wulf, § 358 Rn. 40; Habersack, in: MünchKomm, § 358 Rn 12; Palandt/Grüneberg, BGB, 69. Aufl., § 358 Rn 7; Erman/Saenger, BGB, 12. Aufl., § 358 Rn 4; Möller, in: Bamberger/Roth, BGB, 2. Aufl., § 358 Rn 13; Wildemann, in: jurisPK-BGB, 4. Aufl., § 358 Rn. 7 und 9; Geßner, VuR 2008, 84; Reifner, WM 2008, 2329 [2337]; Fliegner/Fehst, EWIR 2009, 232; Bülow, WuB I E 2. § 358 BGB 1/09; Dawe, NZI 2008, 513 [515]; Hackländer, ZInsO 2009, 497; Knops, VersR 2006, 1455 [1457f.];

**verneinend:** OLG Celle, NZI 2009, 523 = WM 2009, 1600 [1601f.]; OLG Oldenburg, WM 2009, 796 [797] = BeckRS 2009, 6228; OLG Karlsruhe, Ur. v. 16.10.2009 – Aktenzeichen 14 U 32/07; LG Essen, Beschl. v. 03.05.2007 – Aktenzeichen 6 O 108/07; LG Bremen, Beschl. v. 18.06.2008 – Aktenzeichen 2 O 2019/06; LG Kiel, Ur. v. 26.06.2008 – Aktenzeichen 13 O 8/07; LG Münster, Ur. v. 19.02.2009 – Aktenzeichen 14 O 547/08 = BeckRS 2009, 16630; LG Braunschweig, Ur. v. 27.10.2008 – Aktenzeichen 4 O 2320/07 [275]; Mülbart/Wilhelm, WM 2009, 2241 [2242]; Münstermann/Hannes, VerbrKrG, 1991 Rn 545; Lange/Schmidt, BKR 2007, 493 [495f.]; Godefroid, Verbraucherkreditverträge, 3. Aufl., Teil 2 Rn 557; Freitag, ZIP 2009, 1297;

**offengelassen:** OLG Hamm, VuR 2008, 104 = BeckRS 2008, 5565; OLG Schleswig, NZI 2009, 656 = WM 2009, 1607; OLG Stuttgart, NZI 2009, 445 = WM 2009, 1361 [1362].“ (BGH aaO)

In Abweichung der vorinstanzlichen Entscheidung des OLG hat der BGH nunmehr klargestellt:

*„Der Senat entscheidet die Frage dahin, dass ein Darlehensvertrag und ein Restschuldversicherungsvertrag **verbundene Verträge bilden**, sofern die Voraussetzungen des § 358 III BGB vorliegen.“* (BGH aaO)

Es kommt also maßgeblich darauf an, ob der Verbraucherdarlehensvertrag und die Restschuldversicherung als verbundene Verträge i.S.d. § 358 III BGB anzusehen sind.

*„Nach § 358 III BGB sind ein Vertrag über die Lieferung einer Ware oder die Erbringung einer anderen Leistung und ein Verbraucherdarlehensvertrag dann miteinander verbunden, wenn das Darlehen ganz oder teilweise der Finanzierung des anderen Vertrags dient und beide Verträge eine wirtschaftliche Einheit bilden. Eine **wirtschaftliche Einheit** ist insbesondere dann anzunehmen, wenn der **Unternehmer selbst die Gegenleistung des Verbrauchers finanziert**, oder im Falle der **Finanzierung durch einen***

*Dritten, wenn sich der Darlehensgeber bei der Vorbereitung oder dem Abschluss des Verbraucherdarlehensvertrags der Mitwirkung des Unternehmers bedient.*“ (BGH aaO)

## I. Vorliegen der Voraussetzungen des § 358 III BGB

### 1. rechtliche Selbständigkeit der Verträge

„Der **Darlehensvertrag** und der **Restschuldversicherungsvertrag** sind **rechtlich selbstständige Verträge** über die Gewährung eines Darlehens und die Gewährung von Versicherungsschutz. Dementsprechend unterscheidet § 492 I 5 Nr. 4, 6 BGB zwischen den **Kosten des Darlehens** und den **Kosten der Restschuldversicherung**. Dass die Kosten der Restschuldversicherung gem. § 492 I 5 Nr. 6 BGB in der vom Darlehensnehmer zu unterzeichnenden Vertragserklärung angegeben werden müssen, ändert nichts daran, dass es sich um die **Kosten einer zu der Darlehensgewährung hinzutretenden, „anderen“ Leistung** i.S. des § 358 III 1 BGB handelt.“ (BGH aaO)

### 2. Restschuldversicherung nicht mit Kreditsicherheit gleichzustellen

„Anders als Sicherungsmittel wie Bürgschaft oder Grundschuld deckt die Restschuldversicherung **nicht jeden Fall der Nichterfüllung der gesicherten Forderung**, sondern nur den Fall des Todes, der Arbeitsunfähigkeit und der Arbeitslosigkeit des Darlehensnehmers ab. In diesen Fällen gewährt sie **Versicherungsschutz**, für den, anders als für die genannten Sicherungsmittel, als Gegenleistung eine Versicherungsprämie zu zahlen ist.“ (BGH aaO)

### 3. Finanzierungsfunktion des Darlehens

„Das **Darlehen** diene in Höhe von 10.241,90 Euro der **Finanzierung der Versicherungsprämie**. Es ist tatsächlich **für diesen Zweck verwendet** worden. Die Parteien haben im Darlehensvertrag auch ausdrücklich vereinbart, dass das **Darlehen** in Höhe dieses Teilbetrags **zur Bezahlung der Versicherungsprämie** verwandt werden soll (vgl. hierzu Staudinger/Kessal-Wulf, § 358 Rn. 24). Zwischen beiden Verträgen bestand eine **finale Verknüpfung**, weil die Parteien die Darlehensaufnahme in Höhe von 10 241,90 Euro nur vereinbart haben, um mit diesem Betrag die Restschuldversicherungsprämie zu bezahlen.“ (BGH aaO)

### 4. Vorliegen einer wirtschaftlichen Einheit

Es könnte eine wirtschaftliche Einheit nach § 358 III 1 BGB anzunehmen sein.

„Eine wirtschaftliche Einheit ist danach anzunehmen, wenn **über ein Zweck-Mittel-Verhältnis hinaus** beide Verträge derart miteinander verbunden sind, dass der **eine Vertrag nicht ohne den anderen geschlossen** worden wäre. Dazu bedarf es der Verknüpfung beider Verträge durch konkrete Umstände, die sich nicht wie notwendige Tatbestandsmerkmale abschließend umschreiben lassen, sondern im Einzelfall verschieden sein oder gar fehlen können, wenn sich die wirtschaftliche Einheit aus anderen Umständen ergibt (Senat, NJW-RR 2008, 1436 = WM 2008, 967, Rn 25).

Zu diesen **Indizien** gehören die **Zweckbindung des Darlehens** zur Finanzierung eines bestimmten Geschäfts, durch die dem Darlehensnehmer die freie Verfügbarkeit über die Darlehensvaluta genommen wird, der zeitgleiche Abschluss beider Verträge, das Verwenden einheitlicher Formulare mit konkreten wechselseitigen Hinweisen auf den jeweils anderen Vertrag, die Einschaltung derselben Vertriebsorganisation durch Darlehensgeber und Unternehmer sowie das Abhängigmachen des Wirksamwerdens des Erwerbsvertrags vom Zustandekommen des Finanzierungsvertrags mit einer vom Unternehmer vorgegebenen Bank (BGH, NJW-RR 2008, 1436 = WM 2008, 967 Rn 26 m.w.N.).“ (BGH aaO)

Nach diesen Maßstäben liegt eine wirtschaftliche Einheit vor.

„Das Darlehen vom 12.09.2005 war **zweckgebunden**, soweit der Darlehensvertrag seine Verwendung zur **Bezahlung der Prämie** der am selben Tag abgeschlossenen Restschuldversicherung vorsah. Dadurch wurde den Bekl. die **freie Verfügungsbefugnis** über diesen unmittelbar an den Versicherer gezahlten Teil der Darlehensvaluta in Höhe von 10.241,90 Euro **genommen**. Darlehens- und Restschuldversicherungsvertrag nehmen wechselseitig aufeinander Bezug. Im **Darlehensvertrag** wird der **Versicherungsbeitrag selbstständig** neben dem Nettokredit **ausgewiesen**. Im Vertrag über die **Restschuldversicherung** wird darauf hingewiesen, dass dieser Vertrag nur in Verbindung mit dem gleichzeitig bei der Kl. aufgenommenen Kredit gilt und der **Absicherung dieses Kredits** dient. Damit wird die **Wirksamkeit des Restschuldversicherungsvertrags** ausdrücklich **vom Zustandekommen des Darlehensvertrags abhängig gemacht**. Diese Umstände rechtfertigen die Annahme, dass Darlehensvertrag und Restschuldversicherungsvertrag über ein Zweck-Mittel-Verhältnis hinaus derart miteinander verbunden sind, dass ein Vertrag nicht ohne den anderen geschlossen worden wäre.“ (BGH aaO)

II. **Ergebnis:** Es liegen daher verbundene Verträge vor. Die Sache ist zur weiteren Tatsachenermittlung hinsichtlich der bestehenden Ansprüche an das OLG Köln zurückverwiesen worden.

BGB  
§§ 249, 254 II**Verweis auf freie Fachwerkstatt  
Unzumutbarkeit trotz Gleichwertigkeit**

BGB

(BGH in NJW 2010, 606; Urteil vom 20.10.2009 – VI ZR 53/09)

- I. Grundsätzlich ist der Geschädigte berechtigt, seiner Schadensberechnung die üblichen Stundenverrechnungssätze einer markengebundenen Fachwerkstatt zu Grunde zu legen.
- II. Will der Schädiger im Rahmen des § 254 II BGB auf eine gleichwertige Reparaturmöglichkeit in einer „freien Fachwerkstatt“ verweisen, trägt er die Darlegungs- und Beweislast für die Gleichwertigkeit.
- III. Auch bei Nachweis der Gleichwertigkeit kann der Verweis für den Geschädigten unzumutbar sein.
- IV. Bis zu einem Alter von 3 Jahren ergibt sich diese Unzumutbarkeit aus dem Interesse des Geschädigten an der Gewährleistung sowie an Garantie- und Kulanzleistungen. Hiervon ist im Interesse einer einheitlichen Handhabung stets auszugehen.
- V. Auch bei älteren Fahrzeugen kann Unzumutbarkeit gegeben sein, insbesondere wenn diese scheckheftgepflegt sind. Die Darlegungs- und Beweislast hierfür trägt der Geschädigte.

**Fall:** Der Kl. macht gegen den Bekl. restlichen Schadensersatz aus einem Verkehrsunfall geltend. Dabei wurde das Fahrzeug des Kl., ein zum Unfallzeitpunkt circa 9 ½ Jahre alter VW Golf mit einer Laufleistung von über 190 000 km, beschädigt. Die Haftung des Bekl. steht dem Grunde nach außer Streit.

Die Parteien streiten nur noch um die Frage, ob sich der Kl. im Rahmen der fiktiven Abrechnung seines Fahrzeugschadens auf niedrigere Stundenverrechnungssätze einer ihm vom Schädiger bzw. von dessen Haftpflichtversicherer benannten „freien Karosseriefachwerkstatt“ verweisen lassen muss oder ob er auf der Grundlage des von ihm vorgelegten Sachverständigengutachtens die Stundenverrechnungssätze einer markengebundenen VW-Fachwerkstatt erstattet verlangen kann. Der Haftpflichtversicherer des Beklagtenfahrzeugs hat die Stundenverrechnungssätze (Arbeitslohn und Lackierkosten) entsprechend den günstigeren Preisen der benannten freien Reparaturwerkstatt um insgesamt 220,54 Euro gekürzt und im Verfahren die Gleichwertigkeit der Reparatur nachgewiesen. Dieser Differenzbetrag nebst Zinsen ist Gegenstand der vorliegenden Klage.

Nachdem das erstinstanzliche Urteil die Klage abgewiesen hatte, war ihr in der Berufung mit Hinweis darauf stattgegeben worden, dass zwar ein Verweis auf die Reparatur in einer freien Fachwerkstatt bei Gleichwertigkeit zulässig sei, es hierbei aber nicht allein auf die technische Gleichwertigkeit ankomme. Vielmehr müsse der in der Praxis honorierte wertbildende Faktor einer Reparatur in einer markengebundenen Fachwerkstatt Berücksichtigung finden, um der Dispositionsbefugnis und der dem Geschädigten zustehenden Ersetzungsbefugnis in ausreichender Weise gerecht zu werden. Daher könne der Kläger seiner Schadensberechnung die fiktiven Reparaturkosten einer markengebundenen Fachwerkstatt zu Grunde legen. Hiergegen hat der Bekl. Revision eingelegt.

Die zulässige Revision wird Erfolg haben, wenn sie begründet ist. Da die Haftung dem Grunde nach außer Streit steht, kommt es lediglich auf die Frage an, ob sich Kl. im Rahmen seiner Schadensminderungspflicht auf eine Abrechnung nach den Stundenverrechnungssätzen einer nicht markengebundenen, „freien Fachwerkstatt“ gefallen lassen muss.

**I. Anspruch auf Reparatur in markengebundener Fachwerkstatt**

Der BGH hat in seinem sog. Porscheurteil (BGH NJW 2003, 2086) klargestellt, dass nicht nur ein Anspruch auf Reparatur in einer markengebundenen Fachwerkstatt besteht, sondern dass auch bei einer fiktiven Abrechnung auf Gutachtenbasis die Stundenverrechnungssätze einer markengebundenen Fachwerkstatt zu Grunde gelegt werden dürfen.

*„Ist wegen der Beschädigung einer Sache Schadensersatz zu leisten, kann der Geschädigte vom Schädiger gem. § 249 II 1 BGB den **zur Herstellung erforderlichen Geldbetrag** beanspruchen. Was insofern erforderlich ist, richtet sich danach, wie sich ein **verständiger, wirtschaftlich denkender Fahrzeugeigentümer** in der Lage des Geschädigten verhalten hätte (vgl. BGHZ 61, 346 [349f.] = NJW 1974, 34; BGHZ 132, 373 [375f.] = NJW 1996, 1958; NJW 1985, 793 = VersR 1985, 283 [284f.]; NJW 2005, 1041 = VersR 2005, 568).*

Der Geschädigte leistet im Reparaturfall dem Gebot zur **Wirtschaftlichkeit** im Allgemeinen Genüge und bewegt sich in den für die Schadensbehebung nach § 249 II 1 BGB gezogenen Grenzen, wenn er der Schadensabrechnung die **üblichen Stundenverrechnungssätze einer markengebundenen Fachwerkstatt** zu Grunde legt, die ein von ihm eingeschalteter Sachverständiger auf dem allgemeinen regionalen Markt ermittelt hat (vgl. BGHZ 155, 1 [3] = NJW 2003, 2086). Wählt der Geschädigte den vorbeschriebenen Weg der Schadensberechnung und genügt er damit bereits dem Wirtschaftlichkeitsgebot nach § 249 II 1 BGB, so begründen **besondere Umstände** wie das Alter des Fahrzeugs oder seine Laufleistung **keine weitere Darlegungslast** des Geschädigten.“ (BGH aaO)

## II. Einschränkung dieses Anspruchs

Die Abrechnung nach den Stundenverrechnungssätzen einer markengebundenen Fachwerkstatt stellt jedoch nur dann einen Verstoß gegen die Schadensminderungspflicht des § 254 II BGB dar, wenn die Reparatur in einer „freien Fachwerkstatt“ dem Geschädigten auch **zumutbar** ist. Wann dies der Fall ist, ist in der Literatur und instanzgerichtlichen Rechtsprechung **umstritten** (vgl. zum Überblick über den Meinungsstand etwa Figgner, NJW 2008, 1349; ders., NZV 2008, 633; Rütten, SVR 2008, 241; Balke, SVR 2008, 56; Zschieschack, NZV 2008, 326; Eggert, Verkehrsrecht aktuell 2007, 141; Engel, DAR 2007, 695; Nugel, ZfS 2007, 248; Wenker, VersR 2005, 917).

„Nach Auffassung des erkennenden Senats ist eine **differenzierte Betrachtungsweise** geboten, die sowohl dem Interesse des Geschädigten an einer Totalreparation als auch dem Interesse des Schädigers an einer Geringhaltung des Schadens angemessen Rechnung trägt.“ (BGH aaO)

### 1. technische Gleichwertigkeit der Reparatur

Die Zumutbarkeit für den Geschädigten, sich auf eine kostengünstigere Reparatur in einer nicht markengebundenen Fachwerkstatt verweisen zu lassen, setzt – jedenfalls eine **technische Gleichwertigkeit der Reparatur** voraus.

„Will der Schädiger mithin den Geschädigten unter dem Gesichtspunkt der Schadensminderungspflicht i.S. des § 254 II 1 BGB auf eine **günstigere** Reparaturmöglichkeit in einer mühelos und ohne Weiteres zugänglichen „freien Fachwerkstatt“ verweisen, muss der **Schädiger darlegen und gegebenenfalls beweisen**, dass eine Reparatur in dieser Werkstatt vom **Qualitätsstandard** her der Reparatur in einer **markengebundenen Fachwerkstatt** entspricht. Dabei sind dem Vergleich die **(markt-)üblichen Preise der Werkstätten** zu Grunde zu legen.

Das bedeutet insbesondere, dass sich der Geschädigte im Rahmen seiner Schadensminderungspflicht **nicht auf Sonderkonditionen von Vertragswerkstätten des Haftpflichtversicherers** des Schädigers verweisen lassen muss. Anderenfalls würde die ihm nach § 249 II 1 BGB zustehende Ersetzungsbefugnis unterlaufen, die ihm die Möglichkeit der Schadensbehebung in eigener Regie eröffnet (vgl. BGHZ 143, 189 [194f.] | NJW 2000, 800; NJW 1992, 903 = VersR 1992, 547; NJW 1993, 1849 = VersR 1993, 769; BGHZ 163, 362 = NJW 2005, 3134 = VersR 2005, 1448 [1449]). Dies entspricht dem gesetzlichen Bild des Schadensersatzes, nach dem der **Geschädigte Herr des Restitutionsgeschehens** ist und grundsätzlich selbst bestimmen darf, wie er mit der beschädigten Sache verfährt (vgl. BGHZ 143, 189 [194f.] = NJW 2000, 800; BGHZ 163, 362 = NJW 2005, 3134).“ (BGH aaO)

### 2. Unzumutbarkeit trotz Gleichwertigkeit

Aber auch bei nachgewiesener technischer Gleichwertigkeit der Reparatur in einer „freien Fachwerkstatt“ kann die dortige Reparatur für den Geschädigten unzumutbar sein.

#### a) Fahrzeugalter bis zu drei Jahren

„Dies gilt vor allem bei **Fahrzeugen bis zum Alter von drei Jahren**. Denn bei neuen bzw. neuwertigen Kraftfahrzeugen muss sich der Geschädigte im Rahmen der Schadensabrechnung grundsätzlich nicht auf Reparaturmöglichkeiten verweisen lassen, die ihm bei einer **späteren Inanspruchnahme von Gewährleistungsrechten**, einer **Herstellergarantie** und/oder von **Kulanzleistungen** Schwierigkeiten bereiten könnten.

Im **Interesse einer gleichmäßigen und praxisgerechten Regulierung** bestehen deshalb bei Fahrzeugen bis zum Alter von drei Jahren grundsätzlich keine rechtlichen Bedenken gegen eine (generelle) tatrichterliche Schätzung der erforderlichen Reparaturkosten nach den Stundenverrechnungssätzen einer markengebundenen Fachwerkstatt.“ (BGH aaO)

## b) Fahrzeugalter über drei Jahre

„Auch bei älteren Fahrzeugen kann die Frage Bedeutung haben, wo das Fahrzeug regelmäßig gewartet, **„scheckheftgepflegt“** oder gegebenenfalls nach einem Unfall repariert worden ist. Dabei besteht – wie entsprechende Hinweise in Verkaufsanzeigen belegen – bei einem **großen Teil des Publikums** insbesondere wegen fehlender Überprüfungsmöglichkeiten die **Einschätzung**, dass bei einer (regelmäßigen) **Wartung und Reparatur** eines Kraftfahrzeugs in einer **markengebundenen Fachwerkstatt** eine höhere Wahrscheinlichkeit besteht, dass diese **ordnungsgemäß** und **fachgerecht** erfolgt ist. Deshalb kann auch dieser Umstand es rechtfertigen, der Schadensabrechnung die Stundenverrechnungssätze einer markengebundenen Fachwerkstatt zu Grunde zu legen, obwohl der Schädiger oder dessen Haftpflichtversicherer dem Geschädigten eine ohne Weiteres zugängliche, gleichwertige und günstigere Reparaturmöglichkeit aufzeigt.

Dies kann etwa auch dann der Fall sein, wenn der Geschädigte konkret darlegt (zur sekundären Darlegungslast vgl. BGHZ 163, 19 [26] = NJW 2005, 1933), dass er sein Kraftfahrzeug **bisher stets in der markengebundenen Fachwerkstatt hat warten und reparieren lassen** oder – im Fall der konkreten Schadensberechnung – sein besonderes Interesse an einer solchen Reparatur durch die Reparaturrechnung belegt. Dabei kann der Tatrichter unter anderem nach §142 ZPO anordnen, dass der Geschädigte oder ein Dritter die in ihrem oder seinem Besitz befindlichen Urkunden und sonstigen Unterlagen, auf die sich der Geschädigte bezogen hat, etwa das „Scheckheft“ oder Rechnungen über die Durchführung von Reparatur- und/oder Wartungsarbeiten, vorlegt.“ (BGH aaO)

## 3. Anwendung auf den Fall

„Nach diesen Grundsätzen kann das Berufungsurteil nicht Bestand haben. Da der **Kl. keine erheblichen Umstände dargetan** hat, nach denen ihm eine Reparatur seines 9 ½ Jahre alten Fahrzeugs außerhalb einer markengebundenen Fachwerkstatt auch unter dem Gesichtspunkt seiner Schadensminderungspflicht **unzumutbar** sein könnte, war der Bekl. nicht daran gehindert, den Kl. auf eine gleichwertige günstigere Reparaturmöglichkeit zu verweisen. Im Streitfall war das Urteil des BerGer. mithin aufzuheben und an das BerGer. zurückzuverweisen, weil das BerGer. zur **Frage der Gleichwertigkeit** der aufgezeigten alternativen Reparaturmöglichkeit **noch keine Feststellungen** getroffen hat.“ (BGH aaO)

(BGH in NJW 2010, 623; Urteil vom 13.01.2010 – 2 StR 439/09)

1. Bei **Zahlungskartenrohlingen** handelt es sich **noch** nicht um „**falsche Karten**“ i. S. der §§ 152b, 152a StGB.
2. Zum **Versuch des Nachmachens von Zahlungskarten** mit Garantiefunktion **setzt** noch **nicht an, wer sich** lediglich darum **bemüht, Kartenrohlinge ausgehändigt zu erhalten**, um zu einem nicht festgestellten späteren Zeitpunkt mit der Manipulation zu beginnen.

**Fall:** Die Angekl. schlossen sich als Bande zusammen, um gewerbsmäßig zur Täuschung im Rechtsverkehr in einer Vielzahl von Fällen falsche Kreditkarten mit Garantiefunktion herzustellen. Auf die der getroffenen Verabredung entsprechenden Bestellung des Angekl. S hin versandte D, ein in Valencia lebender rumänischer Staatsangehöriger, insgesamt 98 Kreditkartenrohlinge, die eingefärbt und mit einem Logo der vermeintlich ausstellenden Bank versehen waren. Auf 61 Rohlingen war zudem ein Visa- und auf 37 weiteren ein Mastercardlogo aufgedruckt. Zudem versendete D zwei weiße Rohlinge. Weitere Fälschungsmerkmale wie Namen oder Hologramme wiesen die Rohlinge nicht auf. Die auf den Rückseiten der Rohlinge befindlichen Magnetstreifen enthielten keine Daten. Die zuständige Mitarbeiterin in der deutschen Ausgabestelle des Kurierdienstes verständigte die Polizei, welche die Angekl. S und N bei dem erfolglosen Versuch, das Päckchen abzuholen, festnahm. Bei der etwa einen Monat später durchgeführten Durchsuchung der Wohnung des Angekl. V wurden – neben 27.033,92 € Bargeld – 23 gefälschte Visa- und Mastercardrohlinge mit entsprechenden Fälschungsmerkmalen sichergestellt, ferner 221 Visa- und 161 Mastercard-Hologramme, die zum Aufkleben auf Kartenrohlingen geeignet waren. In der Wohnung wurden ferner drei gefälschte ausländische Reisepässe sowie fünf gefälschte ausländische Identitätskarten aufgefunden. Sämtliche Gegenstände hatte V im Besitz bzw. sich zuvor verschafft.

Die Angekl. könnten sich wegen der **Verabredung zur gewerbs- und bandenmäßigen Fälschung von Zahlungskarten mit Garantiefunktion** strafbar gemacht haben.

**Zu prüfen ist, ob** die Angekl. mit ihren - gescheiterten - Bemühungen, das Paket mit den Zahlungskartenrohlingen ausgehändigt zu erhalten, bereits **unmittelbar zur Verwirklichung des Tatbestands des § 152b StGB angesetzt** haben.

- I. Nach den **allgemeinen Grundsätzen zur Abgrenzung von Vorbereitungshandlungen zum strafbaren Versuch** liegt ein unmittelbares Ansetzen bei solchen Gefährdungshandlungen vor, die nach der Tätervorstellung in ungestörtem Fortgang unmittelbar zur Tatbestandserfüllung führen oder mit ihr in einem unmittelbaren räumlichen und zeitlichen Zusammenhang stehen.

Dies ist insbes. dann 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 tatbestandsmäßigen Angriffshandlung ansetzt, so dass sein Tun ohne Zwischenakte in die Erfüllung des Tatbestands übergeht. Dabei ist im Einzelfall bei der Abgrenzung in wertender Betrachtung auf die strukturellen Besonderheiten der jeweiligen Tatbestände Bedacht zu nehmen.

st.Rspr.; vgl. BGH NStZ 2008, 409; BGHR AO, § 373 Versuch 1 m.w. Nachw.

- II. Danach ist ein **Versuch** des (gewerbs- und bandenmäßigen) Nachmachens von Zahlungskarten mit Garantiefunktion (§§ 152b I 1, II, 152a I Nr.1, 22, 23 I StGB ) **erst dann gegeben, wenn der Täter vorsätzlich und in der tatbestandsmäßigen Absicht mit der Fälschungshandlung selbst** – also dem Herstellen der falschen Karte (vgl. BGHSt 46, 146 = NJW 2001, 140) – **beginnt**.

**Zum Versuch** des Nachmachens **setzt hingegen noch nicht an, wer sich** lediglich – wie hier – **darum bemüht, Kartenrohlinge ausgehändigt zu erhalten**, um zu einem nicht festgestellten späteren Zeitpunkt mit der Manipulation zu beginnen.

vgl. OLG Jena wistra 2009, 204 = NStZ-RR 2009, 236; Fischer, StGB, 57. Aufl., § 152a Rn 16

„Hierfür spricht auch die Wertung des Gesetzes in § 152b V StGB i.V.m. § 149 I StGB. Eine Zurechnung der Beiträge des D zur Fälschung der 98 bereits vorbehandelten Kreditkartenrohlinge scheidet aus, da er nicht als Mitglied der Bande und auch nicht sonst als Mittäter [anzusehen ist].“ (BGH aaO)

- III. Auch ein **Versuch des (gewerbs- und bandenmäßigen) Sichverschaffens falscher Zahlungskarten mit Garantiefunktion** i.S. der §§ 152b I, II 152a I Nr. 2 StGB scheidet aus, da es sich bei den in dem von D versandten Paket befindlichen Zahlungskartenrohlingen noch nicht um „falsche Karten“ i. S. des Gesetzes gehandelt hat.

Falsch sind Zahlungskarten (mit Garantiefunktion), wenn sie fälschlicherweise den Anschein erwecken, sie seien von demjenigen ausgegeben worden, auf den die lesbaren Angaben auf der Karte oder die auf ihr unsichtbar gespeicherten Informationen als Aussteller hinweisen.

**Optische Wahrnehmungsmöglichkeit und digitale Maschinenlesbarkeit müssen nicht gleichzeitig gegeben sein**, so dass eine „falsche“ Karte nicht die kumulative Nachahmung beider Komponenten voraussetzt. Es **genügt, dass die Fälschung entweder nur die Urkundenfunktion zum Gegenstand hat** – was etwa bei einer gefälschten Kreditkarte der Fall ist, die nur in ihrem äußeren Erscheinungsbild einer echten Kreditkarte entspricht, aber keinen funktionsfähigen Magnetstreifen oder Mikrochip enthält – **oder ein Magnetstreifen bzw. ein Mikrochip** zwecks ausschließlicher Verwendung an Automaten **gefälscht und auf ein unbedrucktes Stück Plastik oder Pappe geklebt ist** (MüKo-StGB/Erb, § 152a Rn 6; Fischer, StGB, § 152a Rn 11; vgl. auch BGHSt 46, 146 = NJW 2001, 163 = NStZ 2001, 140).

„Zwar verfügten 98 der übersandten Karten bereits über einen Aufdruck der angeblich ausstellenden Bank sowie über ein Visa- oder Mastercardlogo; ansonsten aber waren sie – und erst recht die „white plastics“ – noch mit keinen weiteren Datenangaben wie etwa Namen, Kontonummer und Gültigkeitsdauer versehen. Daher wären sie bei Vorlage nicht geeignet gewesen, eine Zahlung zu veranlassen. Auch ein Einsatz an einem Automaten wäre nicht möglich gewesen, weil sich noch keine Daten auf den Magnetstreifen der Zahlungskartenrohlinge befanden (vgl. OLG Jena wistra 2009, 204 = NStZ-RR 2009, 236).“ (BGH aaO)

TierSchG

Tierschutz

StrafR

§ 17 Nr. 1

Tötung von Tieren als künstlerische Veranstaltung

(BGH in NJW 2010, 623; Urteil vom 13.01.2010 – 2 StR 439/09)

Das **Töten von Tieren im Rahmen einer Kunstinszenierung** kann bei Vorliegen weiterer Umstände, die den **Akt der Tötung in den Vordergrund stellen**, indem diese gleichsam zelebriert und dem Publikum die **Leichtigkeit der bewussten Tötung von Tieren** der betroffenen Art vor Augen geführt wird, zur Bewertung des Vorgangs als **sinnlose Tötung i.S.d. § 17 Nr. 1 TierSchG** führen.

**Fall:** Die Angekl. A und R haben im Rahmen einer als Kunstinszenierung beworbenen Vorführung zwei Kaninchen durch Genickbrechen und Abschlagen der Köpfe getötet. Dabei wurde der weiße Anzug des Angekl. R bewusst mit Blut besudelt, ein abgehackter Kaninchenkopf – der zweite war beim Versuch des Abtrennens vom Körper versehentlich zertrümmert worden – wurde in einem Glas mit einer Formaldehydlösung zur Schau gestellt und (als „Hase in Phormol“) für 9.800 € zum Verkauf angeboten.

Die Angekl. könnten in mittäterschaftlichem Zusammenwirken die beiden **Kaninchen „ohne vernünftigen Grund“ i.S.d. § 17 Nr. 1 TierSchG getötet** haben.

- I. Als **vernünftig** ist ein **Grund** anzusehen, **der triftig, einsichtig sowie von einem schutzwürdigen Interesse getragen ist** und unter den konkreten Umständen **schwerer wiegt als das Interesse an der Unversehrtheit und am Wohlbefinden des Tieres**.

vgl. Erbs/Kohlhaas, Strafrechtl. NebenG, § 1 TierSchG Rn 24; MüKo-StGB/Pfohl, § 17 TierSchG Rn 34

1. Zwar kann in der **Fleischgewinnung** ein vernünftiger Grund für das Töten von Wirbeltieren liegen (vgl. Kluge, Tierschutzgesetz, § 17 Rn 165f; Lorz/Metzger, Tierschutzgesetz, 6. Aufl., § 1 Anh. Rn 21, § 17 Rn 19; Hirt/Maisack/Moritz, TierSchG, 2. Aufl., § 1 Rn 47; krit. Caspar NuR 1997, 577ff.), **um eine solche ging es vorliegend aber nicht primär**.

*„Werden mit einem Eingriff mehrere Zwecke verfolgt, so ist für die Rechtfertigung allein der – nach objektiver Betrachtung zu bestimmende – **Hauptzweck maßgeblich**. Nicht gerechtfertigt ist eine Tötung, wenn sie hauptsächlich um ihrer selbst Willen erfolgt oder im Mittelpunkt des Interesses des Tötenden steht. So liegt bei Jagd- oder Beuteerstreben auch dann kein vernünftiger Grund vor, wenn das Tier später noch verzehrt werden soll (vgl. Lorz/Metzger aaO; OLG Celle NStZ 1993, 291).*

*Die hier zu betrachtenden Tötungshandlungen dienten in erster Linie einem anderen Zweck als dem der Nahrungsgewinnung: Den Angekl. ging es zwecks **Umsetzung ihres künstlerischen Projekts** um eine möglichst **publikumswirksame Tötung der beiden Tiere**, die zudem „speziell für die Kunstinszenierung ... besorgt“ worden waren. Die gesamte Vorführung, die entsprechend beworben wurden, war hierauf ausgerichtet, die Tötung war gleichsam deren Hauptbestandteil. Dass die Tiere 1 Woche später noch gegessen wurden, ändert daran nichts; die Tötung der Kaninchen zur Nahrungsgewinnung hätte schon vor der „Performance“ und insbesondere unter Beachtung der lebensmittelrechtlichen Hygienebestimmungen erfolgen können. Bei der Prüfung, ob das tatbestandsmäßige Verhalten „als im Lebenszusammenhang gerechtfertigt“ erscheint (vgl. dazu OLG Koblenz NStZ-RR 2000, 155 mwN; Metzger aaO, Rn 23), zeigt sich, dass das vorliegende Geschehen **nicht als sozial adäquater Vorgang der Fleischgewinnung** zu betrachten ist.*

*Dies erhellt auch das weitere Geschehen: So wurde etwa der weiße Anzug des Angekl. R bewusst mit Blut besudelt, ein abgehackter Kaninchenkopf – der zweite war beim Versuch des Abtrennens vom Körper versehentlich zertrümmert worden – wurde in einem Glas mit einer Formaldehydlösung zur Schau gestellt und (als „Hase in Phormol“) für 9.800 € zum Verkauf angeboten. Bei dieser Sachlage ist es nicht zu beanstanden, den Akt des Tötens nicht als dem späteren Verzehr untergeordnet, sondern als im Vordergrund stehend [zu bewerten].“ (BGH aaO)*

2. Eine **andere Betrachtung ist auch bei einem Vergleich mit einem Dokumentarfilmer**, der über Schlachtbetriebe berichtet und dabei die dortigen Arbeitsabläufe zeigt, nicht begründet.

*„Die Konstellationen sind von vornherein nicht vergleichbar: Bei den im Dokumentarfilm gezeigten Schlachtungen geht es um die Fleischgewinnung. Die Tötung der Tiere geschieht dort nicht eigens*

zur Darstellung in einem Film; vielmehr werden die ohnehin und allein zur Versorgung mit Fleischprodukten stattfindenden Nutztierschlachtungen schlicht dokumentiert.“ (BGH aaO)

II. Auch die **Kunstfreiheit des Art. 5 III GG** schließt die Verurteilung nicht aus. Dies gilt ungeachtet der Frage, ob die verfassungsrechtliche Gewährleistung auf der Ebene des Tatbestands Bedeutung gewinnt oder bei der Rechtswidrigkeit.

1. BGH aaO lässt dahinstehen, ob angesichts der Regelung in § 3 Nr. 6 TierSchG, der untersagt, ein Tier zu einer Schauausstellung, Werbung oder ähnlichen Veranstaltung heranzuziehen, sofern damit Schmerzen, Leiden oder Schäden für das Tier verbunden sind, überhaupt eine **Abwägung zwischen der Kunstfreiheit und dem Tierschutz geboten oder** ob eine solche **wegen dieser ausdrücklichen gesetzlichen Grenzziehung entbehrlich** ist.

„Denn auch eine **Güter- und Pflichtenabwägung unter Berücksichtigung der Kunstfreiheit** ergibt, dass die grundrechtliche Gewährleistung bei der Verurteilung der Angekl. nicht missachtet wurde. Das gesamte **Tierschutzgesetz wird von dem mit dem Verhältnismäßigkeitsprinzip in Einklang stehenden Leitgedanken beherrscht, Tieren nicht „ohne vernünftigen Grund“ Schmerzen, Leiden oder Schäden zuzufügen** (vgl. BVerfGE 36, 47; OLG Koblenz aaO). Entgegen der Ansicht der Revision **geht die schrankenlos gewährleistete Kunstfreiheit dem Tierschutz nicht von vornherein vor**. Anderslautende Einzelentscheidungen (etwa AG Kassel NStZ 1991, 443 mit abl. Anm. Selk) lassen sich – wollte man sie überhaupt anerkennen – jedenfalls nicht mehr aufrechterhalten (vgl. Pfohl aaO, Rn 111; BK-Kloepfer Art. 20a Rn 91f.). **Jedes Grundrecht unterliegt vielmehr verfassungsimmanenten Schranken; zu diesen gehören auch Staatszielbestimmungen**, die den Grundrechten gleichrangig sind (vgl. Kloepfer aaO, Rn 27). Jedenfalls seit der **Aufnahme des Tierschutzes als Staatszielbestimmung in das Grundgesetz im Jahr 2002** bedarf es deshalb auch bei schrankenlos gewährleisteten Grundrechten einer Abwägung mit den Interessen des Tierschutzes und des Ausgleichs im Wege der praktischen Konkordanz (vgl. Kloepfer aaO, Rn 27f.; Dreier, GG, 2. Aufl., Art. 20a Rn 88; Jarass/Pieroth, GG, 10. Aufl., Art. 5 Rn 113f; Hirt/Maisack/Moritz aaO, Art. 20a GG Rn 8).“ (BGH aaO)

2. Die **Abwägung** zwischen dem Recht aus Art. 5 III GG und der Staatszielbestimmung des Art. 20a GG **führt** – auch unter Berücksichtigung der schrankenlosen Gewährung der Kunstfreiheit durch den Verfassungsgeber – **zu einer verfassungskonformen Inhaltsbestimmung der Strafnorm; die Grundrechtsbeschränkung im Interesse des Tierschutzes ist insbes. nicht** aus Gründen der Verhältnismäßigkeit **zu beanstanden**.

„Das in Art. 20a GG vorgegebene und in § 17 Nr. 1 TierSchG konkretisierte **Ziel**, einen **verantwortungsvollen Umgang mit Tieren** zu erreichen, ist legitimer Zweck der Einschränkung der Kunstfreiheit. Die Erforderlichkeit dieser Einschränkung ist zu bejahen. Durch ein **strafbewehrtes Verbot sinnloser Tötungen** können die **gesamtgemeinschaftliche Wirkung des Tierschutzanliegens** verwirklicht und Umgehungsversuche, etwa durch die Aufstellung von Schutzbehauptungen, verhindert werden.

Das LG hat auch die Angemessenheit der Einschränkung zu Recht angenommen: Zwar weisen die Revisionsführer zu Recht auf die Wechselwirkung zwischen Staatszielen und Grundrechten hin (vgl. dazu Kloepfer aaO, Rn 27). Aber auch eine kunstfreundliche Auslegung des Tierschutzes unter Berücksichtigung der Strukturmerkmale der hier vorliegenden Kunstform (vgl. BVerfGE 81, 298) führt nicht zu dem von ihnen gewünschten Ergebnis. Motiv der Aufnahme des Tierschutzes in das Grundgesetz war die Anerkennung der Mitgeschöpflichkeit von Tieren im Verhältnis zu Menschen. Dieses Motiv lässt die Staatszielbestimmung des Tierschutzes in der Abwägung mit der Kunstfreiheit besonders schwer wiegen (vgl. Ort/Reckewell aaO, § 17 Rn 158). Die vorliegende Form des künstlerischen Ausdrucks – Eventkunst, die in drastischer Weise durch deutliche Präsentation, gleichsam durch das Zelebrieren der Tötungen, aufrütteln sollte – war besonders geeignet, dem Ziel des Art. 20a GG zuwiderzulaufen. Dem Publikum wurde die Leichtigkeit der bewussten Tötung von Tieren der betroffenen Art vor Augen geführt. Hierdurch verletzte das Verhalten der Angekl. ein kollidierendes Verfassungsgut, um auf die (vermeintliche) Missachtung dieses Verfassungssatzes durch Dritte – Menschen, die im Rahmen ihrer Ernährung Fleisch zu sich nehmen – aufmerksam zu machen; dies widerspricht dem Schutz des Gesamtgefüges der Verfassung (vgl. LG Köln NuR 1991, 42) und ist vom Tatrichter zu Recht als strafbewehrt erachtet worden.“ (BGH aaO)

3. Diese Auslegung nimmt der Kunstfreiheit auch nicht ihren Wesensgehalt.

„Das LG hat zutreffend darauf hingewiesen, dass es den Angekl. freistand, ihr Anliegen auf andere Weise auszudrücken. Im Übrigen erforderte das künstlerische Anliegen nicht die Tötung gleich zweier Tiere.“ (BGH aaO)

- III. Auch die Rüge, das die **Vermeidung unnötiger Leiden durch die vorherige Betäubung der Tiere** nicht hinreichend berücksichtigt worden sei, greift nicht.

*„Ob es sich um **urteilsfremdes Vorbringen** handelt, weil die beiden Tiere nach den Urteilsfeststellungen noch „zappelten“, bevor ihre Genicke gebrochen wurden, oder ob auch Reflexbewegungen in betäubtem Zustand denkbar sind, mag dahinstehen. Denn **für die Verwirklichung des Tatbestands des § 17 Nr. 1 TierSchG wäre ein solcher Gesichtspunkt nicht maßgeblich.** Zwar ist die Tötung eines Tieres unter Zufügung von Schmerzen entgegen den Vorgaben § 4 I 1 TierSchG geeignet, das Vorliegen eines vernünftigen Grundes i.S.v. § 17 Nr. 1 TierSchG auszuschließen (vgl. Selk NSTZ 1991, 445; Ort/Reckewell aaO, § 17 Rn 166). Andererseits ist eine **Tötung nicht bereits dann von einem vernünftigen Grund getragen, wenn sie für das Tier schmerzfrei abläuft. Der vernünftige Grund entscheidet über die Zulässigkeit des „Ob“ der Tötung, die Schmerzvermeidung über das „Wie“.** Bereits erstere war hier zu verneinen.“ (BGH aaO)*

- IV. Schließlich hätten die Angekl. auch einen (anzunehmenden) **Verbotsirrtum** vermeiden können.

*„Mag die Möglichkeit, Tiertötungen zu künstlerischen Zwecken zu rechtfertigen, vor Aufnahme des Tier-schutzes als Staatszielbestimmung umstritten gewesen sein (vgl. OLG Köln NStE Nr. 6 zu § 17 TierSchG), so wird eine derartige Rechtfertigung seit der Aufnahme des Staatsziels in Art. 20a GG ganz überwiegend abgelehnt. Die Angekl. hätten dies durch **Einholung von Rechtsrat** erkennen können. Auf Grund sachkundiger Beratung wären **mindestens Zweifel an der Rechtmäßigkeit ihres Vorhabens aufkommen**, die sie von der Durchführung hätten Abstand nehmen lassen (müssen). Von solcher Erkundigung haben sie indessen von vornherein abgesehen.“ (BGH aaO)*

GG **Ladenöffnungszeiten an Sonn- und Feiertagen** VerfR  
 Art. 4 **staatliche Schutzpflicht aus Art. 4 I, II GG**  
 (Art. 139 WRV)

(BVerfG in GewA 2010, 29= DÖV 2010, 189; Urteil vom 01.12.2009 – 1 BvR 2857/07)

1. Aus Art. 4 I, II GG i.V.m. Art. 139, 140 GG ergibt sich eine **Schutzverpflichtung des Staates** bezüglich eines Sonn- und Feiertagsschutzes.
2. Diese Schutzverpflichtung kann auch von den **öffentlich-rechtlichen Religionsgemeinschaften** im Rahmen einer Verfassungsbeschwerde geltend gemacht werden.
3. Die Schutzpflicht wird allerdings nur verletzt, wenn die getroffenen Regelungen und Maßnahmen **offensichtl. ungeeignet** oder **völlig unzulänglich** sind, das gebotene Schutzziel zu erreichen, oder wenn sie erheblich hinter **dem Schutzziel zurückbleiben**.
4. Ausnahmen von der Sonn- und Feiertagsruhe sind zur Wahrung **höher- oder gleichwertiger Rechtsgüter** möglich. Rein wirtschaftliche Interessen oder Freizeitinteressen sind hierfür grundsätzlich nicht ausreichend.
5. **Ausnahmen** müssen als solche für die Öffentlichkeit **erkennbar bleiben** und dürfen **nicht** auf eine **weitgehende Gleichstellung** der sonn- und feiertäglichen Verhältnisse mit den Werktagen und ihrer Betriebsamkeit hinauslaufen.

**Fall:** Die Beschwerdeführer (BF) sind öffentlich-rechtlich verfasste Religionsgemeinschaften i.S.v. Art. 140 GG i. V. m. Art. 137 V der Weimarer Reichsverfassung (WRV). Sie wenden sich mit ihren Verfassungsbeschwerden unmittelbar gegen die Regelung der Ladenöffnungsmöglichkeiten an Sonn- und Feiertagen im Land Berlin.

Das BerlLadÖffG sieht – insoweit über die Regelungen in anderen Ländern hinausreichend – die Freigabe von jährlich bis zu zehn Sonn- und Feiertagen für die Ladenöffnung vor. Eine nach der Zahl der Tage nicht begrenzte, § 23 LadSchlG entsprechende allgemeine, aber einzelfallbezogene Ausnahmeregelung mit eng gefassten Voraussetzungen kennt das BerlLadÖffG nicht. Die Ladenöffnung an Werktagen ist vollständig freigegeben (24-Stunden-Öffnungsmöglichkeit).

Die Ladenöffnung an Sonn- und Feiertagen ist im BerlLadÖffG wie folgt geregelt: Kraft Gesetzes und ohne weitere Voraussetzungen dürfen Verkaufsstellen an allen vier Adventssonntagen in der Zeit von 13.00 bis 20.00 Uhr geöffnet werden (§ 3 I Alt. 2). Vier weitere Sonn- und Feiertage jährlich können „im öffentl. Interesse“ durch Allgemeinverfügung der Senatsverwaltung freigegeben werden; eine uhrzeitliche Begrenzung sieht diese Regelung nicht vor (§ 6 I BerlLadÖffG). Zusätzlich dürfen an zwei weiteren Sonn- oder Feiertagen Verkaufsstellen nach vorheriger Anzeige gegenüber dem zuständigen Bezirksamt aus Anlass „besonderer Ereignisse, insbes. von Firmenjubiläen und Straßenfesten“, von 13.00 bis 20.00 Uhr offen gehalten werden (§ 6 II BerlLadÖffG). Von den Ladenöffnungsmöglichkeiten nach § 6 I, II BerlLadÖffG ausgenommen sind der 01.01., der 01.05., Karfreitag, Ostersonntag, Pfingstsonntag, Volkstrauertag, Totensonntag und die Feiertage im Dezember (§ 6 I 2, II 3 BerlLadÖffG).

Werden die Verfassungsbeschwerden Erfolg haben?

## I. Zulässigkeit der Verfassungsbeschwerde

Die Verfassungsbeschwerde ist nach Art. 93 Nr. 4a GG, 13 Nr. 8a GG grundsätzlich **statthaft** gegen eine gesetzliche Regelung als staatlicher Maßnahme. Auch von der Einhaltung der **Monatsfrist** des § 93 BVerfGG für die Verfassungsbeschwerde ist auszugehen.

Die BF müssten aber auch **beschwerdebefugt** sein. Dies ist der Fall, wenn die Verletzung eines Grundrechts oder eines grundrechtsgleichen Rechts i.S.d. Art. 93 Nr. 4a GG, 13 Nr. 8a GG nicht von vornherein und nach jeder Betrachtungsweise ausgeschlossen erscheint und die BF **selbst, unmittelbar** und **gegenwärtig** betroffen ist.

### 1. Beschwerdefähigkeit

Problematisch ist hier, dass es sich bei BF um juristische Personen der öffentlichen Rechts handelt. Die Grundrechte und grundrechtsgleichen Rechte sind grundsätzlich **Abwehrrechte** gegen den Staat. Juristische Personen des öffentlichen Rechts als Teil der mittelbaren Staatsverwaltung

*„Die BF sind als jur. Personen ungeachtet ihrer öffentlich-rechtlichen Organisationsform hinsichtlich des Grundrechts der Religionsfreiheit beschwerdefähig (vgl. BVerfGE 42, 312, 321 f.; 53,*

366, 387 f.) und auch beschwerdebefugt. Das Grundrecht aus Art. 4 I, II GG steht auch den Religions- und Weltanschauungsgemeinschaften zu (vgl. nur BVerfGE 24, 236). Schon nach der bisherigen Rspr. des BVerfG sind die **Gewährleistungen der Weimarer Kirchenartikel funktional** auf die Inanspruchnahme und **Verwirklichung des Grundrechts der Religionsfreiheit** angelegt (vgl. BVerfGE 102, 370, 387).“ (BVerfG aaO)

## 2. Möglichkeit der Rechtsverletzung

Ein Betroffensein in einem eigenen Grundrecht wäre von vornherein ausgeschlossen, wenn auf der Grundlage der bisherigen Rspr. des BVerfG bereits entwickelte Grundsätze zur Reichweite des Grundrechts der BF aus Art. 4 I, II GG angewandt werden könnten und auf deren Grundlage eine Verletzung dieses Grundrechts i. V. m. Art. 140 GG und Art. 139 WRV ohne weiteres zu verneinen wäre (vgl. BVerfGE 110, 274, 287 ff. zu Art. 12 I GG).

„Die **Möglichkeit einer Grundrechtsverletzung** ist hingegen dann gegeben, wenn die Verfassungsbeschwerde eine **bislang vom BVerfG noch nicht entschiedene, offene verfassungsrechtl. Frage** aufwirft (vgl. BVerfGE 94, 49, 84; Magen, in: Umbach/Clemens/Dollinger, BVerfGG, 2. Aufl., § 92 Rn. 50), die die Annahme eines **verfassungsbeschwerdefähigen Rechts** jedenfalls nicht von vornherein ausschließt.“ (BVerfG aaO)

Die BF werfen die Frage auf, ob und inwieweit sich Religionsgemeinschaften im Wege einer Verfassungsbeschwerde auf die verfassungsrechtl. Sonn- und Feiertagsgarantie des Art. 139 WRV berufen können.

„Es handelt sich hierbei um einen in der Rspr. des BVerfG **noch nicht geklärten Problemkreis**, da bislang nur die **Wirkung des Art. 139 WRV gegenüber Grundrechtsträgern** beurteilt wurde, die sich in ihrer **Berufsausübungsfreiheit eingeschränkt** sahen und denen an Ausnahmen vom Sonn- und Feiertagsschutz gelegen war (vgl. BVerfGE 111, 10). Daneben wurde in der Rspr. des BVerfG lediglich ausgesprochen, dass Art. 140 GG selbst keine Grundrechtsqualität beizumessen ist (vgl. BVerfGE 19, 129, 135; siehe dazu auch BVerfG, Beschl. der 1. Kammer des Ersten Senats v. 18.09.1995 – 1 BvR 1456/95 –, NJW 1995, S. 3378 f.). **Offen geblieben** ist bisher aber, ob und inwieweit **gerade Art. 139 WRV im Zusammenwirken mit Art. 4 I, II GG** oder anderen Grundrechten Religionsgemeinschaften oder anderen Betroff. eine **Durchsetzung des Sonn- und Feiertagsschutzes** ermöglicht.“

Unbeantwortet ist weiter, ob und inwieweit der Schutzgehalt eines Grundrechts – hier des Art. 4 I, II GG – durch den Sonntagsschutz des Art. 139 WRV (i. V. m. Art. 140 GG) konkretisiert und verstärkt werden kann und dabei die **Gewährleistungen der Arbeitsruhe und der Möglichkeit zu seelischer Erhebung** in die Bestimmung des Schutzgehalts der Grundrechtsnorm einzubeziehen sind. Bejahendenfalls stellt sich die bislang ebenso ungeklärte Frage, ob es gerade wegen der Bedeutung des Sonntagsschutzes für die **Ladenöffnung** konkrete, auch **grundrechtsverbürgte Grenzen** für diese gibt und wo sie verlaufen. Danach erscheint eine Verletzung der BF in einem durch die Gewährleistung des Art. 140 GG i. V. m. Art. 139 WRV konkretisierten Grundrecht aus Art. 4 Abs. 1 und 2 GG durch die gesetzl. Erweiterung der Ladenöffnungsmöglichkeiten an Sonn- und Feiertagen als möglich.“ (BVerfG aaO)

## 3. Selbstbetroffenheit

Fraglich ist, ob die BF überhaupt selbst betroffen sind, obgleich sie nicht unmittelbar Adressaten der landesgesetzl. Regelungen über die Verkaufsstellenöffnung sind.

„Aus ihrem Vortrag ergibt sich die **Möglichkeit eines rechtl. erheblichen Nachteils auch für sie**. Geöffnete Läden und eine Inanspruchnahme des Sonn- oder Feiertages seitens der BF zum Zwecke der **seelischen Erhebung** schließen sich zwar nicht gänzlich aus.“

Eine Selbstbetroffenheit der BF kommt ... unter dem Gesichtspunkt in Betracht, dass sich durch die in Rede stehenden Ladenöffnungszeiten generell der **Charakter der Sonn- und Feiertage** als Tage der Arbeitsruhe, aber auch der Besinnung verändert, weil diese **Tage auch in ihrer Ganzheit als Tage der Ruhe und der seelischen Erhebung religiöse Bedeutung für die BF** haben („... am siebten Tage sollst Du ruhen, ...“; vgl. in der Bibel Ex 23, 12; dazu weiter Dtn 5, 12 - 14 und in den Zehn Geboten Ex 20, 8 - 11). Das gilt jedenfalls auf der Grundlage der Annahme einer Konkretisierung des Schutzgehalts des Art. 4 I, II GG durch Art. 140 GG i. V. m. Art. 139 WRV, auf die sich die BF berufen.“ (BVerfG aaO)

## 4. Gegenwärtigkeit und Unmittelbarkeit

„Die BF sind durch die in Rede stehenden Normen zudem **gegenwärtig** betroffen, weil das **Berl-LadÖffG in Kraft** ist.“

Die **unmittelbare Betroffenheit** der BF folgt daraus, dass die angegriffenen Vorschriften über die Möglichkeit der Verkaufsstellenöffnung an den Adventssonntagen (§ 3 I Alt. 2 BerlLadÖffG) **keines weiteren Vollzugsaktes bedürfen**, also sog. **selbstvollziehende Gesetzesnormen** sind (vgl. BVerfGE 109, 279, 306 f. m. w. N.). Das gilt auch für die Bestimmungen in § 4 I Nr. 4, II Nr. 1 Berl-

LadÖffG. Soweit die Regelungen des § 6 I, II BerlLadÖffG jeweils noch einer **Umsetzung** bedürfen, also einer Allgemeinverfügung oder einer vorherigen Anzeige mit folgender Duldung seitens der Verwaltung, steht dies der Annahme unmittelbaren Betroffenseins nicht entgegen. Von den **Anzeigen der Verkaufsstellen** werden die BF zumeist **nicht rechtzeitig Kenntnis erlangen**. Angesichts der Kumulation der im Gesetz an verschiedenen Stellen angelegten Ladenöffnungsmöglichkeiten an Sonn- und Feiertagen ist eine unmittelbare Betroffenheit auch durch § 6 I BerlLadÖffG kraft Sachzusammenhangs gegeben.“ (BVerfG aaO)

## 5. Rechtswegerschöpfung/Subsidiarität

„Gegen die **„selbstvollziehenden“ Bestimmungen** der § 3 I. Alt. 2, § 4 I Nr. 4, II Nr. 1 BerlLadÖffG, welche die Öffnungen an den vier Adventssonntagen sowie für den Verkauf von leicht verderblichem Obst und Gemüse und für einen auf den Sonntag fallenden Heiligabend betreffen, ist für die BF **kein wirkungsvoller Rechtsschutz außerhalb des Verfassungsbeschwerdeverfahrens** gegeben.

Hinsichtl. der Regelung der mit einer **Anzeigepflicht** verbundenen Befugnis der Verkaufsstellen zur **Öffnung aus besonderem Anlass** (§ 6 Abs. 2 BerlLadÖffG) besteht ebenso wenig ein wirkungsvoller fachgerichtl. Rechtsschutz. Die erforderlichen Anzeigen, die **sechs Tage vor der beabsichtigten Ladenöffnung** zu erfolgen haben, müssen den **BF nicht zur Kenntnis gebracht** werden.

Wegen der Möglichkeit, **vier Sonn- und Feiertage durch Allgemeinverfügung** aufgrund des § 6 I BerlLadÖffG für die Verkaufsstellenöffnung freizugeben, ist den BF **eine Verweisung auf den fachgerichtl. Rechtsweg nicht zumutbar**. Sie erstreben eine verfassungsgerichtl. Überprüfung des Normenkomplexes der § 3 I. Alt. 2, § 4 I Nr. 4, II Nr. 1, § 6 I, II BerlLadÖffG insgesamt; die anderen Vorschriften können aber nicht ohne den damit **im Sachzusammenhang stehenden § 6 I BerlLadÖffG erschöpfend beurteilt** werden.“ (BVerfG aaO)

Die Verfassungsbeschwerde ist daher zulässig.

## II. Begründetheit der Verfassungsbeschwerde

Die Verfassungsbeschwerde ist begründet, wenn die BF durch die angegriffenen Regelungen in Art. 4 I, II GG i. V. m. Art. 140 GG und Art. 139 WRV verletzt werden.

### 1. Bestehen einer Schutzpflicht des Staates

Das BerlLadÖffG greift weder gezielt in die Religionsfreiheit der BF ein, noch liegt in den verschiedenen Bestimmungen und Optionen zur Ladenöffnung an Sonn- und Feiertagen das „funktionale Äquivalent“ eines Eingriffs. Allerdings erschöpft sich der Grundrechtsschutz nicht in seinem klassischen Gehalt als subj. Abwehrrecht gegenüber staatl. Eingriffen.

„Aus Grundrechten ist vielmehr auch eine **Schutzpflicht des Staates** für das geschützte Rechtsgut abzuleiten, deren **Vernachlässigung** von dem Betroff. **mit der Verfassungsbeschwerde geltend gemacht werden** kann (vgl. BVerfGE 92, 26, 46; ähnlich BVerfGE 56, 54, 80 f.; 77, 170, 215; 79, 174, 202). Auch die **Religionsfreiheit** beschränkt sich nicht auf die Funktion eines Abwehrrechts, sondern gebietet auch im positiven Sinn, **Raum für die aktive Betätigung der Glaubensüberzeugung und die Verwirklichung der autonomen Persönlichkeit auf weltanschaulich-religiösem Gebiet zu sichern** (vgl. BVerfGE 41, 29, 49).

Das **Grundrecht aus Art. 4 I, II GG** wird in seiner **Bedeutung als Schutzverpflichtung** des Gesetzgebers durch den objektivrechtl. **Schutzauftrag für den Sonn- und Feiertagsschutz aus Art. 139 WRV (i. V. m. Art. 140 GG) konkretisiert**, der neben seiner weltlich-sozialen Bedeutung in einer religiös-christlichen Tradition wurzelt. Danach ist ein **Mindestniveau des Schutzes der Sonntage und der gesetzl. anerkannten – hier der kirchlichen – Feiertage** durch den Gesetzgeber zu gewährleisten.

Diese **Schutzpflicht trifft den Staat auch gegenüber den als Körperschaften des öffentl. Rechts verfassten Religionsgemeinschaften**. Dabei kommt ihm ein weiterer Einschätzungs-, Wertungs- und Gestaltungsspielraum zu.“ (BVerfG aaO)

### 2. Verletzung der Schutzpflicht

#### a) Prüfungsmaßstab

„Das BVerfG kann die Verletzung einer solchen Schutzpflicht nur feststellen, wenn **Schutzvorkehrungen** entweder **überhaupt nicht** getroffen sind, wenn die getroffenen Regelungen und Maßnahmen **offensichtl. ungeeignet** oder **völlig unzulänglich** sind, das gebotene Schutzziel zu erreichen, oder wenn sie erheblich hinter dem Schutzziel zurückbleiben (vgl. BVerfGE 92, 26, 46; ähnlich BVerfGE 56, 54, 80 f.; 77, 170, 215; 79, 174, 202).“ (BVerfG aaO)

#### b) Umfang der Pflicht

„Der Gesetzgeber verletzt die sich aus Art. 4 Abs. 1 u. 2 GG ergebende Schutzpflicht, wenn er die aus Art. 140 GG i. V. m. Art. 139 WRV folgenden Mindestanforderungen an den Sonn- und Feiertagsschutz unterschreitet.“ (BVerfG aaO)

Art. 139 WRV enthält einen Schutzauftrag an den Gesetzgeber (vgl. BVerfGE 87, 363, 393), der für die Arbeit an Sonn- und Feiertagen u. a. ein **Regel-Ausnahme-Verhältnis statuiert** (vgl. BVerfGE 87, 363, 393; 111, 10, 53).

*„Der verfassungsrechtl. garantierte Sonn- und Feiertagsschutz ist nur begrenzt einschränkbar. Ausnahmen von der Sonn- und Feiertagsruhe sind zur Wahrung **höher- oder gleichwertiger Rechtsgüter** möglich; in jedem Falle muss der ausgestaltende Gesetzgeber aber ein hinreichendes Niveau des Sonn- und Feiertagsschutzes wahren (vgl. BVerfGE 111, 10, 50).„Der Gesetzgeber kann bei dem **Ausgleich gegenläufiger Schutzgüter** im Rahmen seines Gestaltungsspielraums auf eine **geänderte soziale Wirklichkeit**, insb. auf Änderungen im Freizeitverhalten, Rücksicht nehmen. Allerdings führt der Schutz der **Verwirklichung von Freizeitwünschen** der Bürger insoweit zu einem Konflikt, als diese auf die **Bereitstellung von Leistungen** angewiesen sind, die den Arbeitseinsatz der Anbieter solcher Leistungen erfordern.*

*Einfachrechtl. werden schon seit jeher an Sonn- und Feiertagen **Arbeiten** gestattet, die aus **gesellschaftlichen oder technischen Gründen notwendig** sind. Stets aber muss ein hinreichendes Niveau des Sonn- und Feiertagsschutzes gewahrt bleiben (vgl. BVerfGE 111, 10, 51 f.). Das gilt auch im Blick auf die Berufsausübungsfreiheit (Art. 12 Abs. 1 GG; vgl. BVerfGE 111, 10, 50, 52. Auf dieser Grundlage ergibt sich, dass gesetzl. Schutzkonzepte für die Gewährleistung der Sonn- und Feiertagsruhe erkennbar diese Tage als solche der Arbeitsruhe zur Regel erheben müssen.“ (BVerfG aaO)*

Fraglich ist daher, ob die geregelten Ausnahmen zum Sonn- und Feiertagschutz in den angegriffenen Regelungen diese Anforderungen erfüllen.

*„Hinsichtl. der hier in Rede stehenden Ladenöffnung bedeutet dies, dass die Ausnahme eines dem Sonntagsschutz gerecht werdenden **Sachgrundes** bedarf. Ein **bloß wirtschaftl. Umsatzinteresse** der Verkaufsstelleninhaber und ein alltägliches Erwerbsinteresse („**Shopping-Interesse**“) potenzieller Käufer **genügen grds. nicht**, um Ausnahmen von dem verfassungsunmittelbar verankerten Schutz der Arbeitsruhe und der Möglichkeit zu seelischer Erhebung an Sonn- und Feiertagen zu rechtfertigen.*

*Darüber hinaus müssen **Ausnahmen** als solche für die Öffentlichkeit **erkennbar bleiben** und dürfen **nicht** auf eine **weitgehende Gleichstellung** der sonn- und feiertäglichen Verhältnisse mit den Werktagen und ihrer Betriebsamkeit hinauslaufen.“ (BVerfG aaO)*

### c) Anwendung auf den Fall

#### aa) Adressat der Schutzpflicht

Mit der ausdrücklichen Herausnahme des Rechts des Ladenschlusses aus dem Katalog der Gegenstände der konkurrierenden Gesetzgebung in Art. 74 I Nr. 11 GG im Zuge der Föderalismusreform I ist die Gesetzgebungskompetenz auf die Länder übergegangen (Art. 70 Abs. 1 GG).

Der Berliner Landesgesetzgeber ist daher Adressat der grundrechtl. Schutzpflicht; denn ihm kommt die Gesetzgebungsbefugnis für die hier in Rede stehenden Regelungen zu.

#### bb) Öffnung an 4 Adventssonntagen

Die angegriffene Regelung lässt zunächst die Ladenöffnung an allen vier Adventssonntagen zu. Dies müsste die staatliche Schutzverpflichtung des Staates gegenüber dem Sonn- und Feiertagsschutz noch erfüllen können.

*„Die Besonderheit dieser Regelung besteht darin, dass schon kraft Gesetzes **ohne irgendeine weitere Voraussetzung** vier Sonntage in Folge für die Dauer von jeweils sieben Stunden zur Ladenöffnung freigegeben werden. Diese Vorschrift hält der Anforderung, dass die Sonntagsruhe die Regel ist, nicht stand, weil sie einen in sich geschlossenen Zeitblock von etwa einem **Zwölftel des Jahres** vollständig vom Grundsatz der Arbeitsruhe ausnimmt. Der Sache nach läuft die Regelung mithin darauf hinaus, den Sonn- und Feiertagsschutz für die Dauer eines Monats für die Verkaufsstellen, die den äußeren Charakter des Tages auch*

*Dies steht angesichts der Bedeutung der Verkaufsstellenöffnung für die Gewährleistung der Arbeitsruhe an Sonn- und Feiertagen mit dem Grundrecht der BF aus Art. 4 Abs. 1 u. 2 GG i. V. m. Art. 140 GG u. Art. 139 WRV nicht mehr in Einklang.“ (BVerfG aaO)*

Die betreffende Regelung ist verfassungswidrig.

### cc) Öffnung nach Festlegung in Allgemeinverfügung

Die Berliner Regelung sieht darüber hinaus vor, dass 4 weitere Sonn- oder Feiertage im Jahr durch Allgemeinverfügung für die Öffnung freigegeben werden können. Fraglich ist, ob dies einer Prüfung standhält.

#### (1) Anzahl der verkaufsoffenen Tage

*„Hinsichtl. der Zahl von vier Tagen lässt sich gegen die Regelung im Blick auf die Gesamtzahl von regelhaft 52 Sonntagen im Jahr und von insgesamt neun je nicht zwingend auf einen Sonntag fallenden weiteren Feiertagen nichts erinnern, zumal bestimmte Feiertage von dieser Öffnungsmöglichkeit ausgenommen sind (§ 6 I 2 BerlLadÖffG). Da die Freigabe durch Allgemeinverfügung erfolgt, bedarf es einer Verwaltungsentscheidung, die die Möglichkeit eröffnet, die jeweils betref. Interessen und Rechtsgüter konkret in eine Abwägung einzubeziehen.“*

#### (2) verfassungskonforme Auslegung des „öffentlichen Interesses“

*„Bedenken begegnet indessen die weite, allgem. gehaltene Voraussetzung für die Ausnahmeregelung: Erforderlich ist lediglich, dass die ausnahmsweise Öffnung „im öffentl. Interesse“ liegt. Dabei handelt es sich um einen ausfüllungsbedürftigen unbestimmten Rechtsbegriff, der es bei einem allein am Wortlaut orientierten Verständnis ermöglicht, jedes noch so geringe öffentl. Interesse genügen zu lassen. Hier ist eine der Wertung des Art. 139 WRV genügende Auslegung geboten. Danach ist ein öffentl. Interesse solchen Gewichts zu verlangen, das die Ausnahmen von der Arbeitsruhe rechtfertigt. Dazu genügen das alleinige Umsatz- und Erwerbsinteresse auf Seiten der Verkaufsstelleninhaber und das alltägliche „Shopping-Interesse“ auf der Kundenseite nicht.“ (BVerfG aaO)*

#### (3) verfassungskonforme Auslegung hinsichtlich Öffnungszeiten

Die angegriffene Regelung enthält, anders als die anderen Regelungen, keine uhrzeitliche Beschränkung. Danach dürften die Geschäfte an den betreffenden Tage – wie in Berlin allgemein üblich – 24 h geöffnet haben.

*„Ein solches Verständnis liefe allerdings darauf hinaus, dass die werktägliche Geschäftigkeit an diesen Tagen wegen der prägenden öffentl. Betriebsamkeitswirkung der Verkaufsstellenöffnung in vollem Umfang auf die Sonn- und Feiertage übertragen würde. Diese Tage würden sich insoweit – jedenfalls nach der maßgeblichen Rechtslage – nicht mehr deutlich vom Werktag unterscheiden. Der Ausnahmecharakter der Regelung käme in der praktischen Anwendung und in der öffentl. Wahrnehmung nicht mehr hinreichend zum Ausdruck. Auch insoweit ist allerdings die Möglichkeit einer einengenden, grundrechts- und sonntagsschutzgeleiteten Auslegung der Ausnahmebestimmung eröffnet.“ (BVerfG aaO)*

Bei verfassungskonformer Auslegung hält diese Regelung daher einer Prüfung stand.

### dd) Öffnung nach Anzeige an zwei weiteren Sonn- oder Feiertagen

*„Die Regelung, dass Verkaufsstellen aus Anlass besonderer Ereignisse, insb. von Firmenjubiläen und Straßenfesten, an jährlich höchstens zwei weiteren Sonn- oder Feiertagen von 13.00 bis 20.00 Uhr öffnen dürfen (§ 6 II 1 BerlLadÖffG), ist verfassungsrechtl. weder für sich gesehen noch im schutzkonzeptionellen Kontext zu beanstanden. Diese Ladenöffnungsmöglichkeit ist wegen ihrer engen örtl. Begrenzung ohnehin von geringer prägender Wirkung für den öffentl. Charakter des Tages. Auch besteht wegen des sechstägigen Vorlaufs der Anzeige eine ausreichende Möglichkeit zur Kontrolle und ggfs. zum Einschreiten der Verwaltung. Dass damit gerade in einem überwiegend städtisch strukturierten Land ein sog. Flickenteppich entstehen kann, auf dem aufs Jahr gesehen irgendwelche Verkaufsstellen mit uneingeschränktem Wareangebot immer geöffnet haben, erscheint bei dieser Lösung unvermeidlich, aber hinnehmbar. Daher lässt sich nicht sagen, diese Ausnahme unterschreite ein als hinreichend zu erachtendes Mindestschutzniveau.“ (BVerfG aaO)*

Die betreffende Regelung entspricht daher der staatlichen Schutzverpflichtung und ist verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden.

### 3. Ergebnis: Die Verfassungsbeschwerde ist daher teilweise begründet.

ParlBG  
§ 8**Organstreit wegen Kosovo-Einsatz**  
**Erforderlichkeit erneuter Zustimmung**

VerfR

(BVerfG in NVwZ-RR 2010, 41= DÖV 2010, 144; Urteil vom 13.10.2009 – 2 BvR 4/08)

1. Die Bundeswehr ist ein Parlamentsheer, zu dessen Einsatz es der vorherigen, konstitutiven Zustimmung des Bundestages bedarf.
2. Der Bundestag verantwortet den weiteren Einsatz fortlaufend mit, so dass seine Zustimmung auch stets erneuert werden muss.
3. Zwischen den regelmäßigen Zustimmungsperioden bedarf es einer konstitutiven Zustimmung des Bundestages nur, wenn nachträglich tatsächliche oder rechtliche Umstände zweifelsfrei wegfallen, die der vorausgegangenen Zustimmungsbeschluss selbst als notwendige Bedingungen für einen Einsatz nennt.
4. Der Bundestag bleibt Herr seiner Zustimmungsentscheidung zu einem Bundeswehreinsatz. Er kann auch die Änderung solcher Umstände, die er in seiner Zustimmungsentscheidung nicht erkennbar in den Rang wesentlicher Einsatzbedingungen erhoben hat, stets zum Anlass nehmen, seine Zustimmung nachträglich nach § 8 ParlBG zu widerrufen.
5. Die Bundesregierung war nach der Unabhängigkeitserklärung des Kosovo vom 17.02.2008 von Verfassungs wegen nicht verpflichtet, eine erneute Zustimmung des Deutschen Bundestages für die Fortsetzung des Bundeswehreinsatzes im Kosovo herbeizuführen.

**Fall:** Nach Beendigung der militärischen Intervention der NATO zum Schutz der Bevölkerung des Kosovo beschloss der Sicherheitsrat der Vereinten Nationen am 10. 6. 1999 mit seiner Resolution Nr. 1244 (1999) die Stationierung einer internationalen Militär- sowie Zivilpräsenz. Auf der Grundlage dieses Mandats wurde unter der militärischen Führung der NATO die Mission „Kosovo Force“ (KFOR) entsandt mit der Aufgabe, ein Wiederaufflammen der gewaltsamen Auseinandersetzungen zwischen Serben und Kosovo-Albanern zu verhindern, Sicherheit und Ordnung im Kosovo herzustellen sowie die parallele zivile Mission „Interim Administration Mission in Kosovo“ (UNMIK) zu unterstützen.

Am 17.02.2008 erklärte sich der Kosovo unter Loslösung von Serbien einseitig für unabhängig und wurde in den Folgetagen von zahlreichen Staaten, darunter die Bundesrepublik Deutschland, anerkannt. Der Präsident des Kosovo teilte dem Generalsekretär der NATO namens der kosovarischen Regierung mit, dass diese die Fortsetzung der KFOR-Mission auf der Grundlage der Sicherheitsratsresolution Nr. 1244 (1999) wünsche. Daraufhin sagte der NATO-Rat die Fortsetzung des militärischen Engagements im Kosovo zu. Deutsche Soldaten beteiligten sich an der KFOR-Mission von Beginn an. Bereits am 11.06.1999 beschloss die Ag. eine deutsche Beteiligung an der internationalen Sicherheitspräsenz und beantragte die parlamentarische Zustimmung zu diesem Einsatz. Der Deutsche Bundestag stimmte dem Antrag am gleichen Tag mit breiter Mehrheit zu. In der Folge etablierte die Bundesregierung die Praxis, den Kosovo-Einsatz trotz nicht bestehender zeitlicher Befristung des Mandats alljährlich neu zu beschließen und sodann erneut um Zustimmung des Deutschen Bundestages nachzusuchen. Am 13.06.2007 beschloss die Ag. erneut die unveränderte Fortsetzung des Einsatzes. Der Deutsche Bundestag stimmte der Fortsetzung des Einsatzes am 21.06.2007 und am 05.06.2008 – gegen die Stimmen der Ast. (Fraktion Die Linke) wiederum mit breiter Mehrheit zu. Mit ihrem am 09.06.2008 gestellten Antrag im Organstreitverfahren begehrte die Ast. die Feststellung, dass die Bundesregierung dadurch, dass sie nach der Unabhängigkeitserklärung des Kosovo vom 17.02.2008 keine erneute Zustimmung zur Fortführung des Bundeswehreinsatzes im Kosovo eingeholt hat, Rechte des Deutschen Bundestages verletzt habe. Ist dies zutreffend?

**A. Zulässigkeit des Antrags**

Grundsätzlich muss der Antrag auf die begehrte Feststellung im Organstreitverfahren zulässig sein.

Zweifel bestehen hier, da mit dem Feststellungsbegehren eine **rechtswidrige Unterlassung** geltend gemacht wird, nachdem am 17.02.2008 die Unabhängigkeitserklärung erfolgte. Allerdings war am 05.06.2008 die erneute Zustimmung erteilt worden. Der Antrag ist jedoch erst am 09.06.2008 gestellt worden, also zu einem Zeitpunkt, als die **Unterlassung schon beendet** war. Daher bestehen **Zweifel am Rechtsschutzbedürfnis**.

Allerdings hat das Bundesverfassungsgericht nach § 24 S. 1 BVerfGG die Möglichkeit, unzulässige oder **offensichtlich unbegründete Anträge** können durch ein-

stimmigen Beschluss zu verwerfen. Fraglich ist, ob bei einem offensichtlich unbegründeten Antrag die Zulässigkeit zunächst noch zu prüfen ist.

„Bei einem Beschluss nach § 24 S. 1 BVerfGG kann es **dahinstehen**, ob der Antrag im Organstreitverfahren **zulässig** ist, **wenn er offensichtlich unbegründet** ist (vgl. BVerfGE 6, BVerfGE 6, 7 = NJW 1956, 1833; BVerfGE 60, 243 = NJW 1982, 1804; BVerfGE 97, 350, 368 = NJW 1998, 1934 = NVwZ 1998, 834).“ (BVerfG aaO)

Die Zulässigkeit kann daher dahinstehen, da das BVerfG von einer offensichtlichen Unbegründetheit ausgegangen ist.

## B. Begründetheit

Der Antrag ist begründet, wenn die Bundesregierung als Ag. nach der Unabhängigkeitserklärung eine erneute Zustimmung des Bundestages hätte einholen müssen.

### I. Grundsätzliches Erfordernis einer konstitutiven Zustimmung

Ob der Einsatz der Bundeswehr im Kosovo von der Zustimmung des Bundestages abhängig ist, hängt davon ab, wie diesbezüglich die **Zuständigkeiten zwischen der Bundesregierung und dem Bundestag** verteilt sind.

„Wie die Zuständigkeiten zwischen Deutschem Bundestag und Bundesregierung beim Einsatz bewaffneter Streitkräfte verteilt sind, ist in der Rechtsprechung des BVerfG geklärt. In seinem Urteil vom 12.07.1994 hat der Senat festgestellt, dass die **Bundeswehr ein Parlamentsheer** ist und dass deshalb jeder Einsatz bewaffneter Streitkräfte der grundsätzlich **vorherigen konstitutiven Zustimmung des Deutschen Bundestages bedarf** (vgl. BVerfGE 90, 286 [381] = NJW 1994, 2207; zuletzt BVerfG, NJW 2009, 2237 [2291]).

Die Frage, wann es sich um einen **Einsatz bewaffneter Streitkräfte** handelt, der eine parlamentarische Zustimmung erfordert, hat der Senat in seinem Urteil vom 07.05.2008 (BVerfGE 121, 135 = NJW 2008, 2018) beantwortet und zudem hervorgehoben, dass dem Deutschen Bundestag beim Einsatz bewaffneter Streitkräfte nicht lediglich die Rolle eines nachvollziehenden, nur mittelbar lenkenden und kontrollierenden Organs zukommt. Das **Parlament** ist vielmehr zur **grundlegenden, konstitutiven Entscheidung** berufen, weil ihm die maßgebliche Verantwortung für den bewaffneten auswärtigen Einsatz der Bundeswehr obliegt (vgl. BVerfGE 121, 135 = NJW 2008, 2018). Nach diesem Urteil stellen die **Beschlüsse von Bundesregierung und Deutschem Bundestag über ein militärisches Unternehmen** einen auf den konkreten Streitkräfteeinsatz bezogenen **Entscheidungsverbund** her, bei dem der **Deutsche Bundestag den Einsatz nicht nur in Form eines einmaligen Zustimmungsakts bestätigt, sondern fortlaufend mitverantwortet**.“ (BVerfG aaO)

Der **wehrverfassungsrechtliche Parlamentsvorbehalt** ist beim Kosovo-Einsatz der Bundeswehr nicht verletzt worden.

„**Erstmals** stimmte der Deutsche Bundestag diesem Einsatz mit Beschluss vom **11.06.1999** zu und **wiederholte** seine **Zustimmung** jeweils in den darauffolgenden Jahren. Vor der Unabhängigkeitserklärung des Kosovo am 17.02.2008 hatte der Deutsche Bundestag **zuletzt** am **21.06.2007** zugestimmt. Diese Zustimmung hat auch **über den 17.02.2008** hinaus bis zu ihrer Erneuerung **wirksam fortbestanden**.“ (BVerfG aaO)

### II. Erfordernis einer Zustimmung bei wesentlicher Änderung der notwendigen Einsatzbedingungen

Hat der Bundestag in seinem Zustimmungsbeschluss notwendige Bedingungen für den Einsatz bezeichnet, die durch eine nachträgliche tatsächliche oder rechtliche Änderung der Umstände entfallen sind, so entfällt die Zustimmung bei Eintritt der auflösenden Bedingung und die Bundesregierung muss eine erneute konstitutive Zustimmung herbeiführen.

„Der Bundestag kann in solchen Fällen seine Mitverantwortung für den Einsatz auch **nicht durch ein Handeln nach § 8 ParlBG** wahrnehmen; denn wenn seine **Zustimmung** bereits durch das **Eintreten auflösender Bedingungen entfallen** ist, greift ein Widerruf der Zustimmung notwendig ins Leere.“ (BVerfG aaO)

Fraglich ist, wann eine solche notwendige Bedingung anzunehmen ist.

„Eine notwendige Bedingung in diesem Sinne kann die **explizite Verknüpfung** einer Zustimmung mit dem Fortbestand eines völkerrechtlichen Mandats des Sicherheitsrats der Vereinten Nationen sein. Sofern sich im Zeitpunkt der Zustimmung bereits die konkrete Möglichkeit abzeichnet, dass sich Bedingungen, die der Deutsche Bundestag für notwendig hält, in absehbarer Zeit ändern, kann in die Zustimmung auch ein **ausdrücklicher Vorbehalt** dahingehend aufgenommen werden, dass der Deutsche Bundestag erneut befasst werden muss, sobald solche Veränderungen eintreten; derlei Vorbehalte hat der Deutsche Bundestag etwa für die deutsche Beteiligung an den Missionen der Vereinten Nationen im Sudan oder im Libanon formuliert (vgl. BT-Dr 16/2900, S. 1; BT-Dr 16/6278, S. 1). Durch **Veränderung dieser Umstände** entfällt dann entweder eine **notwendige**

**Bedingung** oder ein **ausdrücklich erklärter Vorbehalt** wird wirksam. In einem solchen Fall kann auch eine Mehrheit des Deutschen Bundestages **nicht stillschweigend** von der Fortgeltung der einmal erteilten Zustimmung ausgehen, vielmehr bedarf es dann schon aus Gründen der Rechts- und Verantwortungsklarheit einer **erneuten parlamentarischen Entscheidung**.“ (BVerfG aaO)

Die Änderungen von Umständen, die weder als Bedingung im Zustimmungsbeschluss genannt werden noch Anlass für einen Vorbehalt waren, führt selbst bei Unsicherheiten über den Willen des Bundestages nicht zum Wegfall der Zustimmung.

„In solchen Fällen kann der Deutsche Bundestag seine politische Verantwortung notfalls durch **Ausübung seines Rückholrechts nach § 8 ParlBG** betätigen. Der Deutsche Bundestag hat nach der durch Erteilung seiner Zustimmung begründeten Verantwortung die Möglichkeit, Zweifel über das Fortbestehen von Bedingungen, an die er seine Zustimmung gebunden hat, selbst auszuräumen; dadurch bleibt er – im Einklang mit den verfassungsrechtlichen Vorgaben – **Herr seiner Zustimmungsecheidung** (vgl. BVerfGE 121, 135 [161f] = NJW 2008, 2018). Deshalb kann der Deutsche Bundestag sogar die Änderung solcher Umstände, die er in seiner Zustimmungsecheidung **nicht erkennbar in den Rang wesentlicher Einsatzbedingungen** erhoben hat, stets zum Anlass nehmen, seine **Zustimmung nachträglich zu revidieren**.“ (BVerfG aaO)

Im vorliegenden Fall kommt es daher allein darauf an, ob eine explizite Einsatzbedingung weggefallen ist oder ein Vorbehalt erklärt wurde.

„Im vorliegenden Fall ist **weder** in einer evidenten Weise das **völkerrechtliche Mandat** für den Einsatz im Kosovo **entfallen**, **noch** ist **erkennbar**, dass der Deutsche Bundestag die **Unabhängigkeitserklärung** des Kosovo als **auflösende Bedingung** seiner Zustimmung ausdrücklich erklärt hätte.

### 1. Fortgeltung des Mandats des UN-Sicherheitsrates

Der Deutsche Bundestag hat keine anderen **wesentlichen Bedingungen** für die Zustimmung formuliert als die **Fortgeltung des Mandats des Sicherheitsrats**.

„Die **Resolution Nr. 1244 (1999)** ist als **völkerrechtliche Grundlage** der KFOR-Mission nach Kap. VII der Charta der Vereinten Nationen nach der Unabhängigkeitserklärung des Kosovo **weder aufgehoben noch** durch eine neue Resolution **ersetzt** worden. Sie ist vielmehr mit ihrem unbefristeten Mandat für die internationale Sicherheitspräsenz im Kosovo – jedenfalls formal – **weiterhin in Kraft**, nachdem im Sicherheitsrat kein Konsens über den Ahtisaari-Plan für die Zukunft des Kosovo erzielt werden konnte.“ (BVerfG aaO)

Insofern ergibt sich kein neues Zustimmungserfordernis.

### 2. Änderung der Statusfrage des Kosovo

Die Unabhängigkeitserklärung und damit die Änderung des völkerrechtlichen Status des Kosovo könnte jedoch eine so wesentliche Änderung darstellen, dass einer erneute Zustimmung des Bundestages erforderlich wurde.

„Der Zustimmungsbeschluss vom 21.06.2007 enthält **keine Ausführungen**, aus denen hervorgeht, dass die **Zustimmung nur bis zur Lösung der Statusfrage** des Kosovo gelten sollte.

Eine nähere Auseinandersetzung mit den Erwägungen der Ast., die mit **völkerrechtlichen Argumenten** herzuleiten versucht, dass die fragliche **Resolution bei materieller Betrachtung nicht als fortgeltend angesehen werden dürfe**, muss hier bei Anlegung des gebotenen Evidenzmaßstabs unterbleiben. Zwar hat die Ast. erkennen lassen, dass es ihr gerade auf die Klärung dieser völkerrechtlichen Fragen durch das BVerfG ankommt. Das **Organstreitverfahren** dient aber dem **Schutz der Rechte der Staatsorgane** im Verhältnis zueinander und **eröffnet keine hiervon losgelöste Kontrolle außenpolitischer Maßnahmen der Bundesregierung** im Sinne einer allgemeinen Verfassungs- oder gar Völkerrechtsaufsicht (vgl. BVerfGE 68, 1 [69 ff.] = NJW 1985, 603; BVerfGE 100, 266 [268] = NJW 1999, 2030; BVerfGE 104, 151 [193f] = NJW 2002, 151 [193f]; BVerfGE 118, 244 [257f.] = NVwZ 2007, 1039)). (BVerfG aaO)

**III. Ergebnis:** Die Unabhängigkeitserklärung des Kosovo löste keine erneute Zustimmungspflicht für die Fortsetzung des Bundeswehreinsatzes aus. Eine Verletzung von Rechten der As. ist daher nicht festzustellen. Der Antrag ist offensichtlich unbegründet.

## 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  
§§ 94, 95 I 1

### Grundstücksscheinbestandteil massive Gartenlaube

BGB

(AG Neunkirchen in NJOZ 2010, 498; Urteil vom 13.01.2009 – 13 C 48/07)

Zu **Scheinbestandteilen** gehören solche **Sachen, die nur zu einem vorübergehenden Zweck mit dem Grund und Boden verbunden sind**, was sich in erster Linie nach dem **Willen des Erbauers** beurteilt, sofern dieser mit dem nach außen in Erscheinung tretenden Sachverhalt in Einklang zu bringen ist.

Auch bei der **Errichtung eines massiven Baus durch einen Pächter** spricht daher mangels besonderer Vereinbarung regelmäßig eine **Vermutung dafür, dass dies nur in seinem Interesse für die Dauer des Vertragsverhältnisses** und damit zu einem **vorübergehenden Zweck** geschieht.

*„Zwar werden üblicherweise auf Grundstücken errichtete Gebäude gem. § 94 I BGB deren wesentlicher Bestandteil und gehen damit in das Eigentum des Grundstückseigentümers über; sie können von daher nicht Gegenstand besonderer Rechte sein. Dies gilt jedoch gem. § 95 I 1 BGB nicht für sog. Scheinbestandteile. Zu Scheinbestandteilen gehören solche Sachen, die nur zu einem vorübergehenden Zweck mit dem Grund und Boden verbunden sind. Ob eine Sache zu einem vorübergehenden Zweck mit einem Grundstück verbunden wird, beurteilt sich in erster Linie nach dem Willen des Erbauers, sofern dieser mit dem nach außen in Erscheinung tretenden Sachverhalt in Einklang zu bringen ist. **Verbindet ein Mieter Pächter** oder in ähnlicher Weise schuldrechtlich berechtigter **Sachen mit dem Grund und Boden**, so spricht regelmäßig eine **Vermutung dafür, dass dies mangels besonderer Vereinbarungen nur in seinem Interesse für die Dauer des Vertragsverhältnisses** und damit **zu einem vorübergehenden Zweck** geschieht. Diese **Vermutung wird nicht schon bei massiver Bauart des Bauwerks oder bei langer Dauer des Vertrags** entkräftet. Hierfür ist vielmehr erforderlich, dass der Erbauer bei der Errichtung des Baus den Willen hat, das Bauwerk bei Beendigung des Vertragsverhältnisses in das Eigentum seines Vertragspartners übergehen zu lassen (vgl. insoweit Palandt/Heinrichs, BGB, 60. Aufl., zu § 95 Rn 3 sowie OLG Celle NJOZ 2007, 4202 sowie BGHZ 131, 368 = NJW 1996, 916).“* (AG Neunkirchen aaO)

BGB  
§ 312d

### Widerrufs- und Rückgaberecht auch bei nichtigem Fernabsatzvertrag

BGB

(BGH in NJW 2010, 610; Urteil vom 25.11.2009 – VIII ZR 318/08)

Einem **Verbraucher** steht, sofern nicht Treu und Glauben (§ 242 BGB) etwas anderes gebieten, ein **Widerrufsrecht** nach § 312d BGB **auch dann zu, wenn der Fernabsatzvertrag nichtig ist**.

I. **Ob das Widerrufsrecht** des Verbrauchers – jedenfalls grds.– **auch bei einem unwirksamen Vertrag besteht, ist umstritten:**

- Es wird die Auffassung vertreten, dass dies **aus Gründen des Verbraucherschutzes zu bejahen** sei, um dem Verbraucher die gegenüber einer kondiktionsrechtlichen Rückabwicklung günstigeren Rechtsfolgen der §§ 355, 346 ff BGB zu erhalten.

MüKo-BGB/Wendehorst, 5. Aufl., § 312d Rn 13; MüKo-BGB/Masuch, 5. Aufl., § 355 Rn 28; Erman/Saenger, BGB, 12. Aufl., § 355 Rn 20; v. Westphalen/Emmerich/v.Rottenburg, VerbraucherkreditG, 2. Aufl., § 7 Rn 13; Schulze, HK-BGB, 6. Aufl., § 355 Rn 5; Wildemann, jurisPK-BGB, § 355 Rn 7

- Dagegen wird eingewandt, das Widerrufsrecht nach § 312d BGB setze einen wirksamen Fernabsatzvertrag voraus, da **nur von einem wirksam geschlossenen Vertrag zurückgetreten** werden könne und es den **dogmatischen Strukturen des Vertragsrechts** widerspreche, wenn auch nichtige Verträge nach den Rücktrittsvorschriften rückabgewickelt werden könnten.

Staudinger/Thüsing, BGB, Neubearb. 2005, § 312d Rn10; ebenso Lütcke, FernabsatzR, § 312d Rn 17; Bülow/Artz, VerbraucherkreditR, 6. Aufl., § 495 BGB Rn 53, zum Widerrufsrecht beim Verbraucherdarlehensvertrag

II. Der **BGH hat die Frage**, ob ein Widerrufsrecht unabhängig davon besteht, ob die Willenserklärung bzw. der Vertrag ansonsten wirksam ist, **bislang offengelassen** (NJW-RR 2004, 1058 = WM 2004, 2451). **Nunmehr bejaht er sie** in Übereinstimmung mit der in der Kommentarlit. überwiegend vertretenen Auffassung.

*„Der Sinn des Widerrufsrechts beim Fernabsatzvertrag besteht darin, dem Verbraucher ein an keine materiellen Voraussetzungen gebundenes, einfach auszuübendes Recht zur einseitigen Loslösung vom Vertrag in die Hand zu geben, das neben und unabhängig von den allgemeinen Rechten besteht, die jedem zustehen, der einen Vertrag schließt. Dies kommt etwa im **Erwägungsgrund 14 der Richtlinie 97/7/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 20.05.1997 über den Verbraucherschutz bei Vertragsabschlüssen im Fernabsatz** (ABIEG Nr. L 144, S. 19) zum Ausdruck, wonach das Widerrufsrecht nicht die im einzelstaatlichen Recht vorgesehenen Rechte des Verbrauchers berührt.*

*Dementsprechend hat der Verbraucher etwa ein Wahlrecht, ob er einen Fernabsatzvertrag nach §§ 312d, 355 BGB mit der Rechtsfolge einer Rückabwicklung nach §§ 346 ff BGB widerruft oder ob er den Vertrag – ggf. – wegen Irrtums*

oder arglistiger Täuschung gem. §§ 119ff, 142 BGB anfecht und sich damit für eine bereicherungsrechtliche Rückabwicklung nach §§ 812 ff BGB entscheidet (ebenso v. Westphalen/Emmerich/v. Rottenburg, § 7 Rn 13; Bülow/Artz, § 495 BGB Rn 53). Es besteht unter dem Gesichtspunkt des **bei einem Fernabsatzvertrag gebotenen Verbraucherschutzes** kein Grund, den Verbraucher schlechter zu stellen, wenn der Fernabsatzvertrag nicht anfechtbar, sondern nach §§ 134, 138 BGB nichtig ist. Auch in einem solchen Fall rechtfertigt es der **Schutzzweck des Widerrufsrechts**, dem Verbraucher die Möglichkeit zu erhalten, sich von dem geschlossenen Vertrag auf einfache Weise durch Ausübung des Widerrufsrechts zu lösen, ohne mit dem Unternehmer in eine rechtliche Auseinandersetzung über die Nichtigkeit des Vertrags eintreten zu müssen. Auch bei einer etwaigen Nichtigkeit des Vertrags hat der Verbraucher deshalb grundsätzlich die Wahl, seine auf den Abschluss des Fernabsatzvertrags gerichtete Willenserklärung zu widerrufen oder sich auf die Nichtigkeit des geschlossenen Vertrags zu berufen.“ (BGH aaO)

III. Die dagegen vorgebrachten **dogmatischen Einwände greifen nicht durch.**

„Das **begriffslogische Argument**, nur ein wirksamer Vertrag könne widerrufen werden (Staudinger/Thüsing, § 312d Rn 10), **berücksichtigt nicht**, dass in der **Zivilrechtsdogmatik** seit langem anerkannt ist, dass auch nichtige Rechtsgeschäfte angefochten werden können (sog. Doppelwirkungen im Recht; Staudinger/Dilcher, BGB, 12. Aufl., Einl. zu §§ 104ff. Rn 80 m.w. Nachw.; Bülow/Artz, § 495 BGB Rn 53; vgl. auch BGH JZ 1955, 500). Für den Widerruf eines nichtigen Vertrags gilt unter dogmatischem Gesichtspunkt nichts anderes als für dessen Anfechtung.

Nicht zu folgen vermag der Senat der Auffassung, dass der Verbraucher sich bei einer Nichtigkeit des Fernabsatzvertrags schon dann nicht auf sein Widerrufsrecht berufen könne, wenn er den die Vertragsnichtigkeit nach §§ 134, 138 BGB begründenden Umstand jedenfalls teilweise selbst zu vertreten habe (so MüKo-BGB/Masuch, § 355 Rn 28). Ein **Ausschluss des Widerrufsrechts wegen unzulässiger Rechtsausübung** (§ 242 BGB) kann **nur unter dem Gesichtspunkt besonderer Schutzbedürftigkeit des Unternehmers** in Betracht kommen, etwa bei arglistigem Handeln des Verbrauchers gegenüber dem Unternehmer (v. Westphalen/Emmerich/v. Rottenburg, § 7 Rn 14). Arglistiges Handeln der Kl. gegenüber der Bekl. liegt hier jedoch nicht vor. Vielmehr fällt bei dem wichtigen Kaufvertrag beiden Parteien – auch der Bekl. – ein Verstoß gegen die guten Sitten zur Last (vgl. Senat NJW 2005, 1490). Unter diesen Umständen gebietet es der Gesichtspunkt von Treu und Glauben jedenfalls nicht, der Kl. das Widerrufsrecht zu Gunsten der Bekl. vorzuenthalten.“ (BGH aaO)

BGB  
§ 770 II

**Einrede der Aufrechenbarkeit  
unwirksamer Verzicht**

BGB

(OLG Jena in MDR 2010, 259; Beschluss vom 17.11.2009 – 4 W 485/09)

Der **Verzicht auf die Einrede der Aufrechenbarkeit** gem. § 770 II BGB ist gem. § 307 I und II Nr. 1 BGB jedenfalls dann **unwirksam**, wenn der **Ausschluss auch für den Fall gilt, dass die Gegenforderung des Hauptschuldners unbestritten oder rechtskräftig festgestellt ist.**

„**Er benachteiligt den Bürgen entgegen den Geboten von Treu und Glauben unangemessen und ist mit wesentlichen Grundgedanken der §§ 765 ff BGB nicht zu vereinbaren.** Die Einrede der Aufrechenbarkeit gem. § 770 II BGB ist eine Ausprägung des Subsidiaritätsgrundsatzes. Der meist uneigennützig handelnde Bürge soll grds. erst dann in Anspruch genommen werden können, wenn sich der Gläubiger nicht durch Inanspruchnahme des Hauptschuldners, etwa durch Aufrechnung, befriedigen kann (BGH NJW 2003, 1521 ff).

Wie oben schon ausgeführt, ist der in einem Bürgschaftsformular vorformulierte Verzicht auf die Einrede der Aufrechenbarkeit gem. § 770 II BGB nach § 307 I und II Nr. 1 BGB unwirksam, weil er **mit dem wesentlichen Grundgedanken der Subsidiarität der Bürgschaft nicht zu vereinbaren** ist und den Bürgen entgegen den Geboten von Treu und Glauben unangemessen benachteiligt. Der Auftraggeber kann von dem Auftragnehmer aber nicht verlangen, dass dieser ihm eine Bürgschaft mit einem unzulässigen Regelungsinhalt verschafft (so auch OLG Düsseldorf IBR 2008, 462). Dies führt auch zur Gesamtnichtigkeit der Sicherungsabrede nach § 306 III BGB, denn ein Verzicht auf die Einrede der Aufrechenbarkeit gem. § 770 II BGB stellt im Rahmen der beizubringenden Bürgschaft keinen von der Sicherungsvereinbarung im Übrigen abtrennbaren Teil dar (anders OLG Düsseldorf aaO wie vor). Die Bestimmung über den Verzicht auf die Einrede der Aufrechenbarkeit stellt nicht nur einen Einzelaspekt der im Rahmen der Sicherungsabrede zu stellenden Bürgschaft dar, die inhaltlich sowohl von den übrigen Bürgschaftsbedingungen als auch von der Sicherungsabrede zu trennen wäre.“ (OLG Jena aaO)

StGB  
§ 146 I Nr. 2, II

**Geldfälschung  
Gewerbsmäßigkeit**

StGB

(BGH in NStZ 2010, 148; Beschluss vom 01.09.2009 – 3 StR 601/08)

I. Der **Täter handelt nicht gewerbsmäßig i.S.d. § 146 I Nr.2, II StGB**, wenn er sich eine **Falschgeldmenge in einem Akt verschafft** hat und seine Absicht lediglich darauf gerichtet ist, die falschen Banknoten in mehreren Teilmengen in Verkehr zu bringen.

„Die **besondere Kennzeichnung einer gewerbsmäßigen Straftat** besteht nicht darin, dass der Täter durch die – ggf. sukzessiv erfolgende – Verwertung des durch die Straftat erlangten Gegenstandes eine Gewinnerzielung zur Finanzierung seiner Bedürfnisse anstrebt (vgl. OLG Hamm NStZ-RR 2004, 335). Der Täter einer Geldfälschung nach § 146 I Nr.2 StGB handelt deshalb nur dann gewerbsmäßig i.S.d. § 146 II StGB, wenn er beabsichtigt, sich die **erstrebte Einnahmequelle gerade durch die wiederholte Begehung der von ihm begangenen konkreten Straftat** – mithin dem wiederholten Sichverschaffen von Falschgeld in der Absicht, dieses als echt in Verkehr zu bringen oder ein solches Inverkehrbringen zu ermöglichen – **zu erschließen.** Die **bloße Absicht, wiederholt eine Straftat** nach § 146 I Nr. 3 StGB **zu begehen, macht das einmalige Sichverschaffen von Falschgeld i.S.d. § 146 I Nr.2 StGB demgegenüber nicht gewerbsmäßig** und vermag eine Qualifikation der nach dieser Tatbestandsalternative strafbaren Tat i.S.d. § 146 II StGB nicht zu begründen.“ (BGH aaO)

II. Diese Wertung wird durch die **Rspr. zur Gewerbsmäßigkeit bei anderen Tatbeständen** gestützt.

„So handelt auch ein Dieb nicht allein deswegen gewerbsmäßig i.S.d. § 243 I 2 Nr. 3 StGB, weil er die in einem Akt erlangte Diebesbeute in mehreren Tranchen verwerten will. Erforderlich ist vielmehr, dass sich seine Wiederholungsabsicht auf den verwirklichten Tatbestand, mithin die Begehung von Diebstählen, bezieht (vgl. OLG Hamm NStZ-RR

2004, 335; OLG Köln NStZ 1991, 585). Auch i.S.d. § 30 I Nr. 2 BtMG geht der Täter nur dann gewerbsmäßig vor, wenn er sich eine fortlaufende Einnahmequelle durch wiederholte Vornahme gerade solcher Handlungen verschaffen will, die einen der Tatbestände des § 29a I Nr. 1 BtMG erfüllen (vgl. BGH NJW 1996, 1069). Ebenso fehlt es an der für die Gewerbsmäßigkeit des Handelns mit Betäubungsmitteln erforderlichen **Wiederholungsabsicht**, wenn lediglich die Vergütung für ein Einzelgeschäft in Teilbeträgen gezahlt werden soll (vgl. BGH bei Schmidt MDR 1989, 1033; Schönke/Schröder-Stree/Sternberg-Lieben, StGB, 27. Aufl., Vorb. §§ 52ff. Rn 95).

Schließlich steht der Nichtannahme der Gewerbsmäßigkeit im vorliegenden Fall nicht entgegen, dass bei einem Betäubungsmittelhändler gewerbsmäßiges Handelstreiben in Betracht kommen kann, wenn er von vorneherein beabsichtigt, eine durch einen einheitlichen Vorgang erworbene Rauschgiftmenge nach und nach in mehreren Teilmengen weiter zu veräußern (vgl. BGHR BtMG § 29 III Nr. 1 gewerbsmäßig 3, 4); denn in diesen Fällen treibt der Täter bereits durch den Erwerb der Betäubungsmittel mit diesen Handel und verwirklicht – im Unterschied zu der hier vorliegenden Konstellation – damit diejenige Tatbestandsvariante, auf die sich auch seine Wiederholungsabsicht bezieht.“ (BGH aaO)

---

StGB  
§ 177 IV Nr. 2a

**Vergewaltigung**  
**körperliche Misshandlung**

StGB

(BGH in NStZ 2010, 150; Beschluss vom 16.07.2009 – 4 StR 241/09)

Eine **Anwendung des Qualifikationstatbestandes des § 177 IV Nr. 2a StGB scheidet aus, wenn die schwere Misshandlung nur das Mittel einer auf einem neuen Tatentschluss beruhenden Bedrohung war.**

„Zwar **erfasst die Qualifikation**, wie die Formulierung „bei“ belegt, darüber hinaus **auch solche Gewalttätigkeiten, die nicht final auf die Möglichkeit der sexuellen Handlung gerichtet sind** (vgl. MüKo-StGB/Renzikowski, § 177 Rn 84). Ob insoweit, wie der GBA unter Berufung auf Stimmen im Schrifttum meint (LK-Laufhütte, StGB, 11. Aufl., § 176 Rn 24; Schönke/Schröder-Lenckner/Perron/Eisele, StGB, 27. Aufl., § 177 Rn 27, § 176 Rn 14; a.A. MüKo-StGB/Renzikowski aaO), ein **zeitlich-räumlicher Zusammenhang zwischen einer vollendeten Vergewaltigung und einer nachfolgenden schweren Misshandlung** – etwa wenn der Täter sein Opfer nach den sexuellen Handlungen durch Schläge zum Schweigen bringen will – für die Annahme des Merkmals „bei der Tat“ ausreicht, bedarf hier keiner Entscheidung; für den insoweit gleich lautenden § 250 II Nr. 3a StGB hat der BGH dies im Hinblick auf den systematischen Zusammenhang mit § 252 StGB jüngst verneint (BGH JR 2009, 297 m. Anm. Mitsch; vgl. auch BGHSt 51, 276; MüKo-StGB/Renzikowski aaO). Jedenfalls reicht im Hinblick auf die deutlich angehobene Strafraumenuntergrenze für einen solchen Zusammenhang das bloße Übergehen zur schweren körperlichen Misshandlung nur bei Gelegenheit einer bereits vollendeten Tat nicht aus (BGH JR 2009, 297). Eine Anwendung des Qualifikationstatbestandes des § 177 IV Nr. 2a StGB kommt namentlich dann nicht in Betracht, wenn die **schwere Misshandlung nur das Mittel einer auf einem neuen Tatentschluss beruhenden Bedrohung war** (so vgl. schon BGH NStZ-RR 2007, 12).

So liegt der Fall hier (wird ausgeführt).“ (BGH aaO)

---

StGB  
§ 224 I Nr. 2

**gefährliches Werkzeug**  
**beschutzer Fuß**

StGB

(BGH in NStZ 2010, 151; Urteil vom 24.09.2009 – 4 StR 347/09)

Der **Schuh am Fuß des Täters** ist i.d.R. dann als **gefährliches Werkzeug i.S.v. § 224 I Nr. 2 StGB** anzusehen, **wenn es sich entweder um einen festen, schweren Schuh handelt oder wenn mit einem „normalen“ Straßenschuh mit Wucht oder zumindest heftig dem Tatopfer in besonders empfindliche Körperteile getreten wird.**

„Nach der **st. Rspr. des BGH** ist ein Werkzeug „gefährlich“ i.S.v. § 224 I Nr. 2 StGB, wenn es nach seiner objektiven Beschaffenheit und nach der Art seiner Benutzung im konkreten Einzelfall geeignet ist, erhebliche Körperverletzungen herbeizuführen (vgl. nur BGH NStZ 2007, 96). Die **potentielle Gefährlichkeit eines Gegenstandes im Einzelfall reicht aus**, ohne dass es darauf ankommt, ob dessen Einsatz gegen den Körper des Opfers tatsächlich erhebliche Verletzungen hervorgerufen hat (BGHSt 30, 375; vgl. auch Fischer, StGB, 56. Aufl., § 224 Rn 9 mwN). Ob ein Schuh am Fuß des Täters in diesem Sinne als gefährliches Werkzeug anzusehen ist, lässt sich nur nach den Umständen des Einzelfalles entscheiden (BGHSt 30, 375; BGHR StGB § 223a I Werkzeug 3). Erforderlich ist dazu regelmäßig, dass es sich entweder um einen **festen, schweren Schuh handelt oder dass mit einem „normalen Straßenschuh“ mit Wucht oder zumindest heftig dem Tatopfer in das Gesicht oder in andere besonders empfindliche Körperteile getreten wird** (BGH – jew. aaO; vgl. auch BGH NStZ 1984, 328).

Danach hat das LG die Anforderungen an das Tatbestandsmerkmal des gefährlichen Werkzeugs i.S.d. § 224 I Nr. 2 StGB im vorliegenden Fall überspannt und zu Unrecht darauf abgestellt, dass bei dem Geschädigten keine sichtbaren Verletzungen oder von ihm geschilderte Beschwerden als Folge der Tritte des Angekl. festgestellt werden konnten. Dass der von dem Angekl. getragene Schuh geeignet war, bei Tritten in die Bauchgegend eines am Boden liegenden Menschen erhebliche Verletzungen hervorzurufen, steht nicht in Frage. Ob dies ohne Rücksicht auf die Heftigkeit der damit ausgeführten Tritte schon deshalb nahe liegt, weil der Angekl. schweres, zur Dienstausrüstung der Schutzpolizei gehörendes Schuhwerk trug, kann letztlich dahinstehen, zumal insoweit genauere Feststellungen fehlen. Die StrK hat jedenfalls mehrere, nicht bloß leichte, sondern heftige Tritte in die Bauchgegend des Geschädigten als erwiesen angesehen. Schon deshalb waren diese in der konkreten Situation geeignet, bei dem erheblich alkoholisierten und damit eingeschränkt verteidigungsfähigen Zeugen, der zudem am Boden lag, erhebliche Verletzungen herbeizuführen.“ (BGH aaO)

---

StGB  
§§ 22, 23, 249 I

**versuchter (schwerer) Raub**  
**Erlangung wertloser Sachen**

StGB

(BGH in NStZ 2010, 75; Beschluss vom 17.11.2009 – 3 StR 425/09)

Es liegt ein **versuchter (schwerer) Raub** vor, **wenn der Täter, dessen Zueignungswille auf Bargeld gerichtet war, nur aus seiner Sicht wertlose Sachen erlangt.**

---

„Das LG hat insoweit festgestellt, dass der Angekl. von einem der Sparkassenangestellten unter Vorhalt einer Scheinwaffe die Herausgabe von Geld forderte, dann um den Kassentresen herum ging und dort aus einer Schublade die darin befindliche Handgelenkstasche des vorher bedrohten Zeugen an sich nahm, in der sich Schlüssel der Bankfiliale und ein privater TAN-Block befanden. Mit welcher Absicht der Angekl. die Tasche an sich nahm und was er im Weiteren mit ihr machte, hat das LG nicht festgestellt. Die getroffenen Feststellungen belegen mithin nicht, dass es dem Angekl. darauf ankam, sich die Tasche und deren – dem Angekl. ersichtlich unbekanntes – Inhalt zuzueignen.

Für eine derartige Absicht des Angekl. ist auch sonst nichts ersichtlich. Vielmehr hatte der Angekl. die Sparkassenfiliale überfallen, um sich Bargeld zu verschaffen, was er im weiteren Verlauf der Tat auch verwirklichte. Daher liegt es überaus nahe, dass der Angekl. in der Tasche des Zeugen, die sich zudem im Kassenbereich befand, Geld vermutete und sie deshalb an sich nahm. Danach wollte sich der Angekl. nicht das Behältnis selbst, sondern allein dessen Inhalt zueignen; dieser bestand jedoch aus – für den Angekl. wertlosen – Sachen, auf die sein Zueignungswille zum Zeitpunkt der Wegnahme nicht gerichtet war (vgl. BGH NStZ 2004, 333; Fischer, StGB, 56. Aufl., § 242 Rn 1a mwN). Somit belegen die getroffenen Feststellungen lediglich einen versuchten schweren Raub.“ (BGH aaO)

StGB  
§ 263

**Betrug durch Unterlassen**  
**unberechtigter Bezug von Arbeitslosengeld II**

StGB

(OLG Köln in NStZ-RR 2010, 79; Urteil vom 11.08.2009 – 83 Ss 54/09)

Die **Verletzung der sich aus § 60 I SGB I ergebenden Mitwirkungspflicht** des Sozialleistungsempfängers kann eine **Täuschungshandlung darstellen** (hier: im Rahmen des Bezugs von Arbeitslosengeld II).

- I. Gem. **§ 60 I Nr. 2 SGB I** hat der Empfänger von Sozialleistungen, zu denen auch das Arbeitslosengeld II zählt, **Änderungen in den Verhältnissen**, die für die Leistung erheblich sind, **unverzüglich mitzuteilen**. Diese Mitteilungspflicht ist **Teil einer effektiven Mitwirkungspflicht des Leistungsempfängers**, auf deren Erfüllung die Arge im Rahmen der sie treffenden umfassenden Aufklärungspflicht angewiesen ist. Die **Vorschrift begründet eine Garantenpflicht kraft Gesetzes**. Es ist daher in Rspr. und Lit. anerkannt, dass die Verletzung der Pflicht aus § 60 I SGB I eine Täuschungshandlung darstellen kann.

OLG Köln NStZ 2003, 374 = StraFo 2003, 144; NJW 1984, 1979; OLG Hamburg wistra 2004, 151; OLG Stuttgart NJW 1986, 1767; Schönke/Schröder/Cramer/Perron, StGB, 27. Aufl., § 263 Rn 21; Fischer, StGB, 56. Aufl., § 263 Rn 23; Tiedemann, in: LK-StGB, 11. Aufl., § 263 Rn 57

- II. Der **Umfang der Mitteilungspflicht ist aus ihrer Zweckbestimmung herzuleiten**.

„Der **Normzweck des § 60 I SGB I** ist **Richtschnur bei der Bestimmung der inhaltlichen Anforderungen**, die an die Angaben zu stellen sind, die der Leistungsempfänger zur Erfüllung seiner Mitwirkungspflicht zu machen hat.

Die **Vorschrift des § 60 I SGB I** dient der Ermittlung der entscheidungserheblichen Informationen, die mit Hilfe des Leistungsberechtigten zu erlangen sind. Damit soll dem Leistungsträger die Erfüllung seiner Aufgaben ermöglicht werden (Kassler Komm., SozialVersR, § 60 SGB I Rn 2). Ihre **Verletzung ist daher durch § 404 II Nr. 26 SGB III bußgeldbewehrt**. Inhaltlich hat die Mitteilung vollständig und richtig zu sein (Eicher/Schlegel, SGB III, § 404 Rn 80). Unter den von § 60 I Nr. 2 SGB I genannten „Verhältnissen“, deren Änderung der Leistungsempfänger anzuzeigen hat, sind alle tatsächlichen Umstände zu verstehen, die für das Sozialleistungsverhältnis Rechtsfolgen zeitigen können (Seewald, § 60 Rn 23). Vor diesem Hintergrund – und insbesondere mit Blick auf den vorstehend dargestellten Zweck der Mitwirkungspflicht – müssen die Angaben des Leistungspflichtigen so konkret sein, dass die Arbeitsverwaltung den Sachverhalt prüfen, über den Fortbestand von Leistungsansprüchen entscheiden und hieran Rechtsfolgen – insbesondere die Einstellung von Leistungen im Falle der Arbeitsaufnahme – knüpfen kann.

Davon ausgehend genügt die Angabe des Angekl., dass er „demnächst Arbeit habe“, nicht, um seine Mitteilungspflicht zu erfüllen. An eine künftige – möglicherweise auch noch ungewisse – Arbeitsaufnahme können Rechtsfolgen nicht geknüpft werden. Nicht die künftige Aufnahme einer Erwerbstätigkeit ist für den Fortbestand des Leistungsanspruchs und die darauf bezogene Prüfungspflicht des Leistungsträgers von Bedeutung, sondern der tatsächliche Eintritt der entsprechenden Veränderung in den Einkommensverhältnissen des Leistungsempfängers.“ (OLG Köln aaO)

BauNVO  
§ 15 I

**Rücksichtnahmegebot**  
**Aufrechterhaltung der typischen Baugebietsprägung**

öffR

(VGH Mannheim in NVwZ-RR 2010, 45; Beschluss vom 26.08.2009 – 3 S 1057/09)

**§ 15 I BauNVO** enthält nicht nur das **Gebot der Rücksichtnahme**, sondern vermittelt – unterhalb der Ebene des aus dem Gebot der Gebietsverträglichkeit hergeleiteten Anspruchs auf Bewahrung des Gebietscharakters – daneben **auch einen Anspruch auf Aufrechterhaltung der typischen Prägung eines Baugebiets**; hierbei kommt es nicht darauf an, ob ein im Baugebiet ansässiger Nachbar durch das Vorhaben konkret unzumutbar beeinträchtigt wird.

„Die **Eigenart eines einzelnen Baugebiets** i.S. von § 15 I BauNVO **ergibt sich nicht allein aus den typisierenden Regelungen der BauNVO**; nach der Rspr. des BVerwG lässt sich die Eigenart eines in einem Bebauungsplan festgesetzten Gebiets abschließend erst bestimmen, wenn zusätzlich auch die jeweilige **örtliche Situation, in die ein Gebiet „hineingeplant“ worden ist**, und der jeweilige **Planungswille der Gemeinde**, soweit dieser in den zeichnerischen und textlichen Festsetzungen des Bebauungsplans unter Berücksichtigung der hierfür gegebenen Begründung zum Ausdruck gekommen ist, berücksichtigt werden. Bei unbeplanten Gebieten i.S. von § 34 II BauGB ist dementsprechend auf den sich aus den örtlichen Verhältnissen ergebenden **besonderen Gebietscharakter des konkreten Baugebiets** abzustellen (BVerwG ZfBR 2009, 376 m.w. Nachw.).

Bei der Beurteilung, ob das Vorhaben nach Maßgabe des § 15 I 1 BauNVO im faktischen Plangebiet ausnahmsweise zulässig ist, ist nicht nur die regelhafte Zulässigkeit nach § 8 II BauNVO, sondern erst recht der vom Verordnungsgeber vorgeordnete Ausnahmereich des § 8 III BauNVO in den Blick zu nehmen. Zwischen der jeweiligen spezifischen Zweckbestimmung des Baugebietstypus und dem jeweils zugeordneten Ausnahmekatalog besteht ein gewollter funktionaler Zusammenhang. Das bedeutet: **Die normierte allgemeine Zweckbestimmung ist auch für die Auslegung und Anwendung**

**der tatbestandlich normierten Ausnahmen bestimmend** (BVerwGE 116, 155 = NVwZ 2002, 1118; BVerwG NVwZ 2002, 1384). Diese Erwägungen betreffen zwar in erster Linie die Frage, ob das zur Genehmigung gestellte Vorhaben nach seiner Typik den der Einzelfall-Korrekturvorschrift des § 15 BauNVO rechtlich vorgelagerten Anforderungen des (ungeschriebenen) Gebots der Gebietsverträglichkeit entspricht (BVerwG NVwZ 2008, 786; BVerwGE 116, 155 = NVwZ 2002, 1118; BVerwG NVwZ 2002, 1384). Da aber § 15 I 1 BauNVO ebenfalls der **Aufrechterhaltung der gebietstypischen Prägung** dient (BVerwG aaO), hat der Senat keine Bedenken, **diese Erwägungen bei der Gesamtbetrachtung und bei der Beurteilung der örtlichen Verhältnisse in der näheren Umgebung des beabsichtigten Vorhabens mit in den Blick zu nehmen.**“ (VG Mannheim aaO)

GG  
Art. 4 II

**Religionsausübungsfreiheit  
islamisches Gebet in der Schule**

öffRR

(VG Berlin in NVwZ-RR 2010, 189; Urteil vom 29.09.2009 – 3 A 984/07)

Aus **Art. 4 II GG** ergibt sich für einen **islamischen Schüler** ein **Anspruch** darauf, **während des Schulbuchs außerhalb der Unterrichtszeit** einmal täglich **sein islamisches Gebet verrichten zu dürfen.**

„In den **Schutzbereich des Art. 4 GG** fällt insbesondere das **Beten** (BVerfGE 24, 236 = NJW 1969, 31); denn die „Religionsausübung“ hat zentrale Bedeutung für jeden Glauben und jedes Bekenntnis (BVerfGE 24, 236 = NJW 1969, 31). Das **Beten in der Schule** ist davon nicht ausgenommen (vgl. BVerfGE 108, 282 = NJW 2003, 3111 für das religiös motivierte Tragen eines Kopftuchs in der Schule).

Das offenbar vom Bkl. vertretene Verständnis der **weltanschaulich-religiösen Neutralität des Staates i. S. einer strikten Trennung von Staat und Religion** vermag das Gericht nicht zu teilen. Dies gilt insbesondere, soweit der Bkl. meint, aus der sog. „... Klausel“ des Art. 141 GG, wonach (auch) in B. Art. 7 III 1 GG keine Anwendung findet und der Religionsunterricht in den öffentlichen Schulen kein ordentliches Lehrfach ist, ergebe sich, dass der Bkl. im Rahmen seiner Schulhoheit die Schule zu einem „Ort weltanschaulicher und religiöser Neutralität“ habe machen dürfen. Gem. § 13 BerlSchulG wird Religionsunterricht in den öffentlichen Schulen B. von den Religionsgemeinschaften erteilt, wobei die Schule dafür wöchentlich zwei Unterrichtsstunden im Stundenplan der Klassen freizuhalten und unentgeltlich Unterrichtsräume zur Verfügung zu stellen hat (§ 13 V 1 BerlSchulG).

Daraus folgt, dass **Schulen** auch in B. gerade **keine „religionsfreien Räume“** sind. Das Verbot religiöser oder weltanschaulicher Symbole und Kleidungsstücke gilt nach § 2 des Gesetzes zu Art. 29 BerlVerf. nur für Lehrkräfte und andere Beschäftigte mit pädagogischem Auftrag. Entsprechende Vorschriften für Schüler enthält auch das Schulgesetz nicht. Vielmehr liegt den im BerlSchulG festgelegten Bildungs- und Erziehungszielen die Form der offenen, übergreifenden Neutralität i. S. der Rspr. des BVerfG zu Grunde, wonach Schüler unter anderem befähigt werden sollen, die eigene Kultur sowie andere Kulturen kennen zu lernen und zu verstehen, Menschen anderer Herkunft, Religion und Weltanschauung vorurteilsfrei zu begegnen, zum friedlichen Zusammenleben der Kulturen durch die Entwicklung von interkultureller Kompetenz beizutragen und für [...] die Würde aller Menschen einzutreten“ (§ 3 III Nr.3 BerlSchulG). Der so konkretisierte Bildungs- und Erziehungsauftrag erfordert es nicht, religiöses Verhalten eines Schülers zu verhindern.“ (VG Berlin aaO)

NWRiG  
§ 3

**beamtenrechtl. Beschäftigungsanspruch  
kein Anspruch auf Beschäftigung über Vollendung des 65. Lebensjahres hinaus**

BeamtenR

(OVG Münster in NVwZ-RR 2010, 203; Beschluss vom 30.09.2009 – 1 B 1412/09)

**Richter, die vor 1947 geboren sind, haben** in Nordrhein-Westfalen **keinen Anspruch** darauf, **über die Vollendung des 65. Lebensjahres hinaus beschäftigt zu werden.**

„Zwar ist gem. **§ 3 NWRiG** für den Richter regelmäßig das vollendete 67. Lebensjahr die Altersgrenze (Abs. 1), mit der Folge, dass ein Richter auf Lebenszeit wie der Ast. mit dem Ende des Monats, in welchem er diese Altersgrenze erreicht, in den Ruhestand tritt (Abs. 2 S.1), ohne dass dieser Eintritt in den Ruhestand hinausgeschoben werden kann (Abs. 3).

Diese **Regelaltersgrenze gilt aber nicht für den Ast., sondern nur für Richter, die am 01.01.1964 oder später geboren sind.** Dies ergibt sich zum einen aus der Vorschrift des § 3 II 2 NWRiG, nach welcher Richter, die vor dem 01.01.1947 geboren sind, die Altersgrenze mit Vollendung des 65. Lebensjahres erreichen. Zum anderen folgt die abweichende Altersgrenze aus der die Geburtsjahrgänge 1947 bis 1963 erfassenden Staffelungsregelung des § 3 II 3 NWRiG, nach welcher sich die Altersgrenze jahrgangsabhängig zwischen 65 Jahren plus einem Monat und 66 Jahren plus 10 Monaten bewegt. An diese Regelungen ist der Ag. gebunden. Er hat namentlich keine Handhabe, die gesetzliche Anordnung des Eintritts in den Ruhestand zu dem jeweiligen gesetzlich vorgesehenen Zeitpunkt zu ändern.

Diese Regelungen des § 3 NWRiG sind auch wirksam; insbesondere **verstößt** die hier in Rede stehende **Ausnahmeregelung des § 3 II 2 NWRiG**, die die bis zum 30.06.2009 für sämtliche Richter geltende Regelaltersgrenze des § 3 I NWRiG a.F. für die Geburtsjahrgänge vor 1947 beibehalten hat, **nicht gegen höherrangiges Recht.** Entgegen der Ansicht des Ast. war der Gesetzgeber namentlich nicht aus Gründen der **Gleichbehandlung (Art. 3 III 1 GG)** gezwungen, Richter der soeben angeführten Geburtsjahrgänge mit weiteren zwei Jahren Dienstleistungspflicht zu belasten. Er konnte vielmehr in Anknüpfung an die der Regelaltersgrenze des § 3 I NWRiG a.F. zu Grunde liegenden Erwägungen davon ausgehen, dass eine Verschonung dieses Personenkreises mit einer Verlängerung der Dienstleistungspflicht über das Ende des Monats der Vollendung des 65. Lebensjahres hinaus in Ansehung entsprechend seit Jahrzehnten bestehender (als schutzwürdig bewerteter) Erwartungen der Betr. dem durch **Fürsorge und gegenseitige Rücksichtnahme geprägten Dienstverhältnis** entspricht, und gleichgerichteten **schutzwürdigen Erwartungen der Geburtsjahrgänge 1947 bis 1963** durch die in § 3 II 3 NWRiG normierte Staffelungsregelung zumindest in zunehmend abgeschwächter Form Rechnung tragen. Zudem beruht die in § 3 II 2 und 3 NWRiG enthaltene Staffelung der Dienstzeitverlängerung ersichtlich auf dem Bestreben, die Folgen der von dem Gesetzgeber vor dem Hintergrund der weiter steigenden Lebenserwartung und sinkender Geburtszahlen grundsätzlich für notwendig erachteten Dienstzeitverlängerung abzufedern (vgl. insoweit die Gesetzesbegr., LT-Dr 14/8903, S. 5) und zwar auch zu Gunsten der parallel laufenden Möglichkeit, weiteres (junges) Personal einzustellen bzw. zu befördern. Den gleichen Zwecken dient damit aber auch die Bestimmung einer Altersgrenze durch die hier einschlägige Vorschrift des § 3 II 2 NWRiG, nach der es generell bei der Regelaltersgrenze des § 3 I NWRiG a.F. verbleibt. Die Differenzierung nach dem Alter ist im gegebenen Zusammenhang also durch Sachgründe gerechtfertigt, die das – grds. anzuerkennende – Bestreben des Ast., weiterhin in seinem bisherigen Beruf tätig sein zu können, nicht unangemessen zurückstellen, sich

insoweit ganz offensichtlich innerhalb des gesetzgeberischen Gestaltungsspielraums halten und damit zugleich den Anforderungen des § 10 S. 1 u. 2 AGG genügen.“ (OVG Münster aaO)

---

RGebStV  
§ 3 II Nr. 9

**Abmeldung von Rundfunkgeräten**  
**Begründungserfordernis**

öffR

(OVG Berlin-Bbg in NVwZ-RR 2010, 134; Beschluss vom 14.08.2009 – 11 S 40/09)

Nach § 3 II Nr. 9 RGebStV ist **bei der Anzeige der Abmeldung eines Rundfunkempfangsgerätes der Grund der Abmeldung mitzuteilen**. Die Abmeldung erfordert hierbei die **Schilderung eines individuellen Lebenssachverhalts**, aus dem sich nachvollziehbar ergibt, dass der Rundfunkteilnehmer bestimmte Empfangsgeräte ab einem bestimmten Zeitpunkt nicht mehr zum Empfang bereithält.

*„Erst diese Schilderung ermöglicht es der Behörde zu beurteilen, ob der der Abmeldung zu Grunde liegende Sachverhalt den Schluss rechtfertigt, der Rundfunkteilnehmer halte die in Rede stehenden Rundfunkempfangsgeräte nicht mehr zum Empfang bereit, oder ob der Abmeldung möglicherweise eine fehlerhafte Subsumtion des Rundfunkteilnehmers zu Grunde liegt. Nicht hingegen geht es darum, die sonstige Motivation des Rundfunkteilnehmers für die Abmeldung zu ergründen.*

*Diesen Anforderungen genügt die vom Ast. angezeigte Abmeldung nicht: In der formularmäßigen Abmeldung hat er als Grund der Abmeldung lediglich angegeben: „Zu hohe Gebühren, weil Verwendung für Fußball-Übertragungsrechte“. Damit wird kein Sachverhalt geschildert, der dem Ag. eine verlässliche Subsumtion ermöglicht hätte. Nichts Anderes gilt, soweit der Ast., was er geltend macht, in dem vorgedruckten Hinweis, dass nach der Abmeldung ein Rundfunkgerät nicht mehr zum Empfang bereitgehalten werden darf, den Begriff „Rundfunkgerät“ durch den Begriff „Fernsehgerät“ ersetzt hat. Da der Ast. zu den genannten Angaben unmittelbar kraft Gesetzes verpflichtet war, kommt es nicht darauf an, dass das vom Ag. verwandte Abmeldungsformular auch aus Sicht des Senats gerade hinsichtlich der Frage nach dem Grund der Abmeldung durchaus verbesserungswürdig ist.“ (OVG Berlin-Bbg aaO)*

---

NdsSOG  
§§ 15 I 1 Nr. 2

**erkennungsdienstliche Maßnahme**  
**Anordnung nur zur Verhütung einer Gefahr**

POR

(OVG Lüneburg in NVwZ 2010, 69; Beschluss vom 16.09.2009 – 111 ME 402/09)

Eine **erkennungsdienstliche Maßnahme nach § 15 I 1 Nr. 2 NdsSOG** kann **nur (noch) zur Verhütung einer Gefahr**, ggf. zur vorbeugenden Verhütung einer Gefahr angeordnet werden.

*„Nachdem das **BVerfG** (BverfGE 113, 348 = NJW 2005, 2603; Waechter NordÖR 2005, 3933) zum Niedersächsischen Gesetz über die öffentliche Sicherheit und Ordnung konkret zwar nur für den Bereich der Telekommunikationsüberwachung, letztlich aber generell zwischen der Gesetzgebungskompetenz des Bundes zur Regelung der dem gerichtlichen Verfahren i.S. des Art. 74 I Nr. 1 GG zuzuordnenden Vorsorge für die spätere Verfolgung von Straftaten einerseits und der Gesetzgebungskompetenz der Länder zur Regelung der Verhütung von Straftaten einschließlich einer vorbeugenden Verhütung als Aufgabe der Gefahrenabwehr andererseits unterschieden hat, hat der niedersächsische Gesetzgeber diesen Vorgaben durch das o.a. **Änderungsgesetz vom 25.11.2007** Rechnung getragen (vgl. dazu Gesetzentwurf der Landesregierung, LT-Dr 15/3810). Die Vorsorge für die Verfolgung von Straftaten (Strafverfolgungsvorsorge) ist seitdem nicht (mehr) im niedersächsischen SOG geregelt (OVG Lüneburg NdsVBI 2009, 202).*

*Auf der Grundlage des § 15 I Nr. 2 NdsSOG in seinem derzeitigen Wortlaut kann daher lediglich zur Verhütung von Gefahren eine erkennungsdienstliche Maßnahme angeordnet werden. Inwieweit eine erkennungsdienstliche Anordnung ausschließlich zur Verhütung von Gefahren (und nicht zur Vorsorge für eine etwaige spätere Strafverfolgung) notwendig ist, hat die anordnende Behörde im Rahmen des ihr in § 15 NdsSOG eingeräumten Ermessens in dem Bescheid darzulegen.“ (OVG Lüneburg aaO)*

## Entscheidungen Verfahrensrecht

ZPO  
§ 494a

### selbständiges Beweisverfahren rechtsmissbräuchlicher Antrag auf Frist für Klage (BGH in jurisAnwaltLetter Nr. 4, Beschluss vom 14.01.2010 – VII ZB 56/07)

ZPO

1. Ein Antragsgegner, der nach Abschluss eines selbständigen Beweisverfahrens mit seinem Antrag auf Erhebung der Klage über eine angemessene Überlegungsfrist hinaus so lange wartet, bis der etwaige Anspruch des Antragstellers verjährt ist, handelt rechtsmissbräuchlich, wenn es für ihn keine triftigen Gründe gab, den Antrag nicht früher zu stellen.
2. Es kommt hierfür nicht darauf an, ob eine Klage zu dem Zeitpunkt, in dem der Antragsgegner redlicherweise spätestens den Antrag auf Fristsetzung hätte stellen müssen, Aussicht auf Erfolg gehabt hätte. (amtlicher Leitsatz)

**Fall:** A hatte im Jahr 2000 unter anderem gegen B ein selbständiges Beweisverfahren zur Feststellung von Mängeln an einem Natursteinboden in ihrem Verwaltungs- und Schulungsgebäude eingeleitet, der 1999 von A verlegt worden war. Der Sachverständige E. hat am 23.04.2001 ein Gutachten erstattet, in dem er Mängel festgestellt hat, die er unter anderem auf eine Verlegungsart ohne Fugen zurückgeführt hat, die dem Leistungsverzeichnis widersprochen habe.

B hat mit Antrag vom 29.08.2006 beantragt, der A gemäß § 494a I ZPO eine Frist zur Klageerhebung zu setzen. Dem ist A entgegengetreten; sie habe nur aufgrund der Vermögenslosigkeit der B von einer Erhebung der Klage abgesehen. Der nunmehr nach Eintritt der Verjährung gestellte Antrag auf Setzung einer Frist zur Klageerhebung sei rechtsmissbräuchlich. Wie wird das Gericht entscheiden?

I. Das Recht der B, bei Gericht die Setzung einer Frist zur Klageerhebung zu begehren, ergibt sich aus § 494a I ZPO. Hieran besteht deshalb grundsätzlich ein rechtliches Interesse, weil bei fruchtlosem Fristablauf nach § 494a II ZPO ein Kostenerstattungsanspruch der B gegen A gerichtlich festgestellt wird.

1. Hier ist allerdings zu beachten, dass die Mangelbeseitigungsansprüche der A, die nach dem Gutachten wohl bestanden haben, zwischenzeitlich bereits verjährt sind und B den Antrag nach § 494a ZPO erst nach Eintritt der Verjährung der gegen sie gerichteten Ansprüche gestellt hat, dies könnte rechtsmissbräuchlich sein.

*„Der Senat hat bereits entschieden, dass es mit **Sinn und Zweck des § 494 a I ZPO nicht zu vereinbaren** ist, dem Antragsteller die Erhebung einer **Klage aufzugeben**, die einen Anspruch zum Gegenstand hat, der **aufgrund der Mängelbeseitigung** durch den Antragsgegner bereits **erfüllt und damit erloschen** ist (BGH, Baurecht 2003, 575 = NZBau 2003, 216 = ZfBR 2003, 257). Das beruht auf dem Gedanken, dass der **Antragsgegner rechtsmissbräuchlich** handelt, wenn er zunächst durch sein Verhalten dazu **beiträgt**, dass ein etwaiger **Anspruch erlischt**, dann aber von dem Antragsteller **verlangt**, eben diesen **Anspruch** ihm gegenüber **geltend zu machen**, widrigenfalls der Antragsteller eine ihm ungünstige Kostenentscheidung hinzunehmen hätte.“ (BGH aaO)*

2. Allerdings liegt hier kein Fall des Anspruchsuntergangs durch Mangelbeseitigung der B vor. Fraglich ist daher, ob Rechtsmissbräuchlichkeit auch dann anzunehmen ist, wenn der Antragsgegner nach Abschluss eines selbständigen Beweisverfahrens mit der Stellung eines Antrages nach § 494 a I ZPO über eine angemessene Überlegungsfrist hinaus so lange zuwartet, bis etwaige Ansprüche des Antragstellers inzwischen verjährt sind und die Klage deshalb keine Aussicht auf Erfolg mehr haben kann. Dies hat der BGH nunmehr angenommen:

*„Denn die Vorschrift des § 494 a ZPO soll eine **Lücke schließen**, die dadurch entsteht, dass **keine Entscheidung über die Kosten des selbständigen Beweisverfahrens** ergeht, wenn der Antragsteller nach Durchführung der Beweisaufnahme von der Einleitung des Hauptprozesses absieht. Sie ermöglicht es dann, den Antragsgegner **kostenrechtlich so zu stellen**, als habe er in einem nachfolgenden Klageverfahren **obsiegt** (BGH, Baurecht 2007, 1933 = NZBau 2007, 780 = ZfBR 2007, 786 m.w.N.; Baurecht 2009, 1619 = ZfBR 2009, 783).“*

Mit dieser Systematik soll **nicht derjenige Antragsgegner geschützt** werden, der die zur Beurteilung seiner Erfolgsaussicht **angemessene Zeit ohne triftige Gründe verstreichen** lässt und mit seinem Antrag so lange wartet, bis der etwaige Anspruch des Antragstellers verjährt ist. In diesem Fall hätte der Antragsgegner **durch sein abwartendes Verhalten eine Lage geschaffen**, die derjenigen **vergleichbar** ist, die dadurch entsteht, dass er die im selbständigen Beweisverfahren **festgestellten Mängel** beseitigt hat. Die Klage des Antragstellers müsste aufgrund der regelmäßig zu erwartenden Einrede der Verjährung ohne weiteres schon wegen der Verjährung des Anspruchs abgewiesen werden. Die **Ausübung des Antragsrechts** entfernt sich in einem solchen Fall so weit von der gesetzlichen Intention, dass sie **rechtsmissbräuchlich** ist.

Sähe man dies anders, **zwänge man einen Antragsteller** in jedem Fall auch ohne den Antrag des Antragsgegners faktisch dazu, **vor Ablauf einer etwaigen Verjährungsfrist Klage zu erheben**, wenn er nicht negative Kostenfolgen gewärtigen möchte. Es kann eine **Vielzahl von Gründen** geben, aus denen der Antragsteller nach Durchführung eines selbständigen Beweisverfahrens auf die **Durchführung des Hauptsacheverfahrens verzichtet**. Hierzu können **ungewisse Erfolgsaussichten** oder aber die Einschätzung des Antragstellers gehören, wirtschaftlich sei die Klage sinnlos, weil wegen der **Vermögensverhältnisse** eine Befriedigung nicht zu realisieren ist.

Das Gesetz gibt dem Antragsgegner die Möglichkeit, einen Kostenerstattungsanspruch zu realisieren. Er hat das Antragsrecht nach § 494 a I ZPO, so dass es auch an ihm ist, die Erfolgsaussichten eines solchen Antrags einzuschätzen. Der **Antragsgegner**, der meint, dass eine Klage des Antragstellers keinen Erfolg hätte, ist **hinreichend geschützt**, wenn ihm nach Abschluss des selbständigen Beweisverfahrens ein **ausreichend zu bemessender Zeitraum** für den Antrag auf Fristsetzung zur Klageerhebung verbleibt.“ (BGH aaO)

3. Fraglich ist jedoch, ob es für die Frage der Rechtsmissbräuchlichkeit auf die **Erfolgsaussichten der Klage in der Hauptsache** ankommt.

„Für die Beurteilung eines Antrags erst nach Eintritt der Verjährung als rechtsmissbräuchlich kommt es nicht darauf an, ob eine Klage zu dem Zeitpunkt, in dem der Antragsgegner redlicherweise spätestens den Antrag auf Fristsetzung hätte stellen müssen, Aussicht auf Erfolg gehabt hätte. Maßgeblich ist allein der Umstand, dass der Antragsgegner durch sein zögerliches Verhalten dazu beigetragen hat, dass eine Klage von vornherein aussichtslos geworden ist.“ (BGH aaO)

- II. **Ergebnis:** Der Antrag der B ist **rechtsmissbräuchlich**, da unstreitig zwischenzeitlich die Verjährung der Ansprüche der A eintreten ist. Das Gericht wird daher keine Frist nach § 494a ZPO setzen.

ZPO  
§ 167**Verjährungshemmung durch Streitverkündung  
bereits mit Eingang der Schrift bei Gericht**

ZPO

(BGH in BeckRS 2010 02213; Beschluss vom 17.12.2009 – IX ZR 4/08)

1. Soll durch die Zustellung einer Streitverkündung die Verjährung gehemmt werden, tritt diese Wirkung nach § 167 ZPO auch dann bereits mit dem Eingang der Streitverkündungsschrift bei Gericht ein, wenn der Anspruch zum Zeitpunkt der demnächst erfolgten Zustellung noch nicht verjährt war.
2. § 167 ZPO soll von seinem Sinn und Zweck her den Kläger vor jeglichen Nachteilen schützen. Ein solcher Nachteil tritt auch durch einen späteren Eintritt der Hemmung ein, da der Zeitraum der Hemmung hierdurch verkürzt wird.

**Fall** Der Kläger beauftragte zu Beginn des Jahres 1999 den Beklagten mit der Durchsetzung eines Vergütungsanspruchs aus einem nicht durchgeführten Bauvertrag des Jahres 1998. Der Beklagte entwarf eine auf Zahlung von 153.160,19 DM gerichtete Klageschrift, reichte diese aber nicht bei Gericht ein. Im Jahr 2002 beauftragte der Kläger andere Rechtsanwälte, die gegen den Bauherrn eine Teilklage über 16.000 € erhoben. In diesem Verfahren verkündete der Kläger dem Beklagten mit einem am 25. Oktober 2002 bei Gericht eingegangenen und am 13.11.2002 zugestellten Schriftsatz den Streit. Die Klage gegen den Bauherrn wurde abgewiesen, weil mit Ablauf des 31. Dezember 2000 Verjährung eingetreten war. Das Urteil wurde am 19.04.2003 rechtskräftig.

Der Kläger nimmt nunmehr den Beklagten auf Schadensersatz in Höhe von 82.044,94 € nebst Zinsen in Anspruch. Seine Klage ging am 13.12.2004 bei Gericht ein und wurde dem Beklagten am 31. Dezember 2004 zugestellt. Der Beklagte beruft sich auf die Verjährung des Anspruchs. Zu Recht?

### I. Bestimmung der Verjährungsfrist

Der **Beginn der Verjährung** der klägerischen Ansprüche bestimmt sich gem. Art. 229 § 12 I 1 Nr. 3, 2, Art. 229 § 6 I 1, 2 EGBGB nach **§ 51b BRAO a.F.**, der mit Wirkung vom 15.12.2004 aufgehoben worden ist (vgl. Art. 4 des Gesetzes zur Anpassung von Verjährungsvorschriften an das Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts vom 9. Dezember 2004, BGBl. I S. 3214). Maßgeblich ist danach der **Zeitpunkt**, in dem der **Anspruch entstanden** ist.

Der Anspruch des Klägers ist mit **Eintritt des Schadens** durch das möglich anwaltliche Fehlverhalten entstanden. Der Schaden des Klägers besteht darin, dass seine **Ansprüche** aus dem Jahr 1998, mit deren Durchsetzung er den Beklagten beauftragt hatte, nach §§ 196 I Nr. 1, 198 S. 1, 201 BGB a.F. mit Ablauf des 31.12.2000 **verjährt waren**. Sein Anspruch ist daher am 01.01.2001 entstanden. Die **Verjährungsfrist** von drei Jahren nach § 51b BRAO a.F. lief daher **bis zum 31.12.2003**.

### II. Hemmung der Verjährung

Der Lauf der Verjährungsfrist ist jedoch durch die im Vorprozess gegen den Bauherrn im Jahr 2002 erklärte **Streitverkündung** nach § 204 I Nr. 6 BGB **gehemmt**. Die Hemmung **endete** nach § 204 II 1 BGB **6 Monate nach der rechtskräftigen Entscheidung** des Vorprozesses, also am 18.10.2003.

Der Zeitraum der Verjährungshemmung wird nach § 209 BGB nicht in die Berechnung der Verjährungsfrist mit einbezogen. Fraglich ist daher, wie die **Dauer der Hemmung der Verjährung** zu berechnen ist.

1. § 204 I Nr. 6 BGB stellt auf die **Zustellung der Streitverkündung** ab. Diese erfolgte am 13.11.2002, so dass eine Hemmung von 340 Tagen anzunehmen wäre. Die **Verjährungsfrist** hätte dann **am 05.12.2004 geendet**. Im Zeitpunkt der Klageerhebung am 13.12.2004 wäre der Anspruch daher verjährt gewesen.
2. Kommt es jedoch nach § 167 ZPO auch in diesem Fall auf den **Eingang bei Gericht** an, der schon am 25.10.2002 erfolgte, so wäre eine Hemmung für 359 Tage erfolgt, so dass die **Verjährungsfrist am 24.12.2004 endete** und der Eingang der Klage am 13.12.2004 unter Berücksichtigung von § 167 ZPO auch in diesem Fall noch vor Ablauf der Verjährungsfrist erfolgt wäre.

### III. Beginn der Hemmung

Soll durch die Zustellung eine Frist gewahrt werden oder die Verjährung neu beginnen oder nach § 204 des Bürgerlichen Gesetzbuchs gehemmt werden, tritt diese **Wirkung** nach § 167 ZPO bereits mit **Eingang des Antrags** oder der Erklärung bei Gericht ein, wenn die **Zustellung demnächst** erfolgt.

Diese Regelung gilt ohne weiteres für den Eingang der Klageschrift am 13.12.2004 bei Gericht. Fraglich ist jedoch, ob diese Vorschrift auch auf den **Eingang der Streitverkündungsschrift bei Gericht** anzuwenden ist, wo doch selbst mit der Zustellung am 13.11.2002 die Verjährungsfrist noch nicht abgelaufen wäre. Dies ist umstritten.

#### 1. § 167 ZPO anwendbar, nur wenn Anspruch bei Zustellung verjährt wäre

*„Das **Berufungsgericht** meint im Anschluss an das **Oberlandesgericht München** (NJW-RR 2005, 1108, 1109; ihm folgend Musielak/Wolst, ZPO 7. Aufl. § 167 Rn. 2 a.E.; Thomas/Putzo/Hübstege, ZPO 30. Aufl. § 167 Rn. 5), der Anwendungsbereich des § 167 ZPO sei **nach seinem Sinn und Zweck nur eröffnet**, wenn die Streitverkündungsschrift **vor Ablauf der Verjährungsfrist ein- gereicht, aber erst danach zugestellt werde**. Nur dann entstehe für den Gläubiger durch die Dauer des Zustellungsverfahrens ein rechtlicher Nachteil, vor dem er zu schützen sei. Bei **Zustellung der Streitverkündung in unverjährter Zeit** sei ein solcher Nachteil nicht zu besorgen, denn die Hemmung ende erst sechs Monate nach der rechtskräftigen Beendigung des Verfahrens; diese Zeit reiche aus, um die Verjährung gegebenenfalls erneut durch weitere Maßnahmen zu hemmen.“* (BGH aaO)

#### 2. § 167 ZPO stets anwendbar

Der BGH ist dieser Auffassung nun entgegengetreten. Die **Rückwirkung** der Zustellung der Streitverkündung auf den Eingang der Streitverkündungsschrift bei Gericht nach § 167 ZPO setzt **nicht voraus**, dass die **Verjährung** zum Zeitpunkt der Zustellung **ohne die Rückwirkung** eingetreten wäre.

##### a) Wortlautauslegung

*„Die vom Berufungsgericht befürwortete Beschränkung der Rückwirkung lässt sich dem **Wortlaut des § 167 ZPO nicht entnehmen**. Danach tritt die Rückwirkung unter anderem ein, wenn durch die Zustellung die Verjährung nach § 204 BGB gehemmt werden soll. Dies ist auch dann der Fall, wenn die Streitverkündung noch vor Ablauf der Verjährungsfrist zugestellt wird.“* (BGH aaO)

##### b) Gesetzesmaterialien

*„Eine entsprechende Regelung wurde erstmals durch die Novelle vom 01.06.1909 als § 496 III in die Zivilprozessordnung aufgenommen (RGBl. 1909 S. 483) Grund dafür war, dass mit der damaligen Novelle für das Verfahren vor dem Amtsgericht die **Amtszustellung** an Stelle der Zustellung im Parteibetrieb eingeführt wurde (§ 496 I, II ZPO a.F.). Da die **Zustellung** dadurch der **Einwirkung** und insbesondere der Beschleunigung **seitens der Parteien entzogen** wurde, sollte dafür Sorge getragen werden, dass in den Fällen, in welchen die Zustellung zur Wahrung einer Frist oder zur Unterbrechung der Verjährung erforderlich war, der **Zeitraum**, den die **Ausführung der Zustellung** nach der Einreichung oder Anbringung des Antrags oder der Erklärung durch die Partei noch in Anspruch nimmt, dieser **nicht zum Nachteile gereichte** (Entwurfsbegründung RT-Drucks.1907/1908 Nr. 735, S. 32).*

*Ein **Nachteil für den Gläubiger** konnte nach damaligem Recht zwar nur entstehen, wenn während des Zustellungsverfahrens die **Frist ablief** oder **Verjährung** eintrat. Erfolgte die Zustellung noch vor Fristablauf oder Eintritt der Verjährung, war die Frist eingehalten oder die **Verjährung unterbrochen** (§ 209 BGB a.F.). Nach Ende der Unterbrechung begann die Verjährungsfrist **neu zu laufen** (§ 217 BGB a.F.). Ob die **Unterbrechung** zu einem **früheren oder späteren Zeitpunkt** eintrat, war **nicht von Bedeutung**. Daraus kann jedoch nicht geschlossen werden, die Rückbeziehung der Wirkung der Zustellung auf den Zeitpunkt des **Eingangs bei Gericht** habe nur den Nachteil ausgleichen sollen, der durch den Fristablauf oder durch den Eintritt der Verjährung während der Dauer des Zustellungsverfahrens entstehen konnte. Wie sich aus dem **Wortlaut der Vorschrift** und der **Begründung** ergab, sollte der Gläubiger vielmehr, wenn die Zustellung der Wahrung einer Frist oder der Unterbrechung der Verjährung diene, **vor jeglichen Nachteilen geschützt** werden, welche die **Dauer des** dem Gericht übertragenen **Zustellungsverfahrens** verursachte.“* (BGH aaO)

##### c) teleologische Auslegung

**Sinn und Zweck des § 167 ZPO** verlangen keine einschränkende Auslegung.

Durch das **Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts** vom 26.11.2001 (BGBl. I S. 3138) wurde mit Wirkung vom 01.01.2002 auch das Verjährungsrecht geändert. Nach neuem Recht führt die Zustellung der Streitverkündung nicht mehr zur Unterbrechung, sondern zur **Hemmung der Verjährung**. Der Zeitraum, während dessen die Verjährung gehemmt ist, wird in die Verjährungsfrist nicht eingerechnet (§ 209 BGB). **Zustellungsverzögerungen** wirken sich nun **auch vor Eintritt der Verjährung nachteilig für den Gläubiger aus**.

*„Beginnt die Hemmung wegen der Dauer des gerichtlichen Zustellungsverfahrens **später, verkürzt** dies die **Dauer der Hemmung** und damit auch den nach dem Ende der Hemmung noch verbleibenden Teil der Verjährungsfrist. Der damit verbundene Nachteil mag sich praktisch selten auswirken, weil die nach § 204 I BGB eintretende Hemmung der **Verjährung erst sechs Monate** nach der rechtskräftigen Entscheidung oder anderweitigen Beendigung des eingeleiteten Verfahrens endet (§ 204 Abs. 2 Satz 1 BGB) und dem Gläubiger deshalb meist genügend Zeit bleibt, um eine Verjährung zu verhindern. Dies **mindert das Gewicht des Nachteils, beseitigt ihn aber nicht**. Weil er eine Folge des gerichtlichen Zustellungsverfahrens ist, fällt auch dieser Nachteil in den Schutzbereich des § 167 ZPO.*

*Der **Bundesgerichtshof** hat den **Zweck des § 167 ZPO** und entsprechender früherer Normen (§§ 207, 270 III, § 693 II ZPO a.F.) schon bisher in einem weiten Sinn verstanden. In gefestigter Rechtsprechung hat er **Sinn und Zweck** der Rückbeziehung der Zustellungswirkung auf den Zeitpunkt der Einreichung des Antrags darin gesehen, die **Partei** bei der Zustellung von Amts wegen **vor Nachteilen durch Zustellungsverzögerungen innerhalb des gerichtlichen Geschäftsbetriebs zu bewahren** (BGH, Urt. v. 18. Mai 1995 - VII ZR 191/94, NJW 1995, 2230, 2231; v. 11.11.2003 - V ZR 414/02, NJW 2003, 2830, 2831 m.w.N.). Entsprechend diesem Zweck hat er gefordert, die **Auslegung** müsse so erfolgen, dass der **beabsichtigte Schutz** des Gläubigers vor Verzögerungen, die außerhalb seines Einflussbereichs liegen, nach Möglichkeit **gewährleistet** sei.*

*Deshalb hat er bei der Beurteilung, ob die Zustellung noch "**demnächst**" erfolgte, **keine absolute zeitliche Grenze** gesetzt (BGH, Urt. v. 11. Juli 2003 aaO m.w.N.) und den Zeitraum vor Ablauf der Verjährungsfrist nicht berücksichtigt (Urt. v. 18.05.1995 aaO und v. 27.09.1995 - VIII ZR 257/94, NJW 1995, 3380, 3381, jeweils m.w.N.). Soweit im Urteil vom 18.05.1995 - ohne dass dies dort entscheidungserheblich gewesen wäre -ausgeführt wurde, die Frage einer Rückwirkung und damit auch des Schutzes der Partei vor Hinauszögerungen stelle sich erst dann, wenn die Verjährung nach Einreichung, aber vor Zustellung eintrete, entsprach dies der **Rechtslage vor der Änderung des Verjährungsrechts** zum 01.01. 2002.*

*Für die **neue Rechtslage** hat der Bundesgerichtshof die Rückwirkung der **Zustellung eines Mahnbescheids** auf den **Zeitpunkt seiner Einreichung** nicht davon abhängig gemacht, dass ohne die Rückwirkung Verjährung eingetreten wäre (BGH, Urt. v. 06.03.2008 - III ZR 206/07, NJW 2008, 1674). Eine **unterschiedliche Behandlung** der Zustellung eines **Mahnbescheids** (§ 204 I 1 Nr. 3 BGB) und einer **Streitverkündung** (§ 204 I Nr. 6 BGB) ist **nicht gerechtfertigt**. In beiden Fällen muss vermieden werden, dass ein Gläubiger, der die Streitverkündung zu einem frühen Zeitpunkt einreicht und eine Zustellung noch vor Ablauf der Verjährungsfrist ermöglicht, schlechter steht als ein Gläubiger, der die Streitverkündung so spät bei Gericht einreicht, dass sie erst nach Ablauf der Verjährungsfrist gestellt werden kann (vgl. BGH, Urt. v. 27.09.1995 aaO).“ (BGH aaO)*

- IV. Ergebnis:** Danach begann die Hemmung bereits am 25.10.2002, so dass die Verjährungsfrist bis zum 24.12.2004 lief. Bei Einreichung der Klage am 13.12.2004 war der Anspruch des Klägers daher noch nicht verjährt.

StPO  
§ 81a

## Verwertungsverbot nicht für polizeilich angeordnete Blutprobenentnahme im Fahrerlaubnisentziehungsverfahren

StPO

(OVG Lüneburg in NJW 2010, 629; Beschluss vom 16.12.2009 – 12 ME 234/09)

1. Für den Bereich des Fahrerlaubnisrechts ist **weder im Straßenverkehrsgesetz noch in der Fahrerlaubnis-Verordnung ein ausdrückliches Verwertungsverbot für nicht richterlich angeordnete körperliche Untersuchungen bestimmt.**
2. Die **Fahrerlaubnisbehörde darf daher** in einem auf Entziehung der Fahrerlaubnis gerichteten Verwaltungsverfahren **auch ein unter Verstoß gegen den Richtervorbehalt des § 81a StPO gewonnenes Ergebnis einer Blutprobenuntersuchung berücksichtigen.**

**Fall:** Das VG hat im Fall des Ast. einen gelegentlichen Konsum von Cannabis und ein fehlendes Vermögen zur Trennung von Konsum und Fahren i.S. von Nr. 9.2.2 der Anlage 4 zur FeV angenommen, da dieser am 20.05.2009 mit einer THC-Konzentration von 7,5 ng/ml und einem THC-COOH-Gehalt von 160 ng/ml ein Kraftfahrzeug geführt und eingeräumt hat, in der Woche vom 23. bis 30.04.2009 Cannabis konsumiert zu haben.

**Fraglich ist, ob die Fahrerlaubnisbehörde** in einem auf Entziehung der Fahrerlaubnis gerichteten Verwaltungsverfahren **auch ein unter Verstoß gegen den Richtervorbehalt des § 81a StPO gewonnenes Ergebnis einer Blutprobenuntersuchung berücksichtigen darf.**

- I. Die Annahme der fehlenden **Fahreignung des Ast.** begegnet bei den hier in Frage stehenden Werten und den vom Ast. gemachten Angaben zu seinem Konsumverhalten keinen Bedenken.

*„Der vom Ast. vorgebrachte Einwand, nicht unter dem Einfluss von Cannabis ein Kraftfahrzeug im Straßenverkehr geführt zu haben, ist durch den hier festgestellten THC-Wert von 7,5 ng/ml widerlegt, bei dem nach verkehrswissenschaftlichen Erkenntnissen von einem zeitnahen Konsum mit einer entsprechenden Beeinträchtigung der Fahrtüchtigkeit auszugehen ist.“ (OVG Lüneburg aaO)*

- II. Der Ast. kann der Fahrerlaubnisentziehung auch nicht mit Erfolg entgegenhalten, dass die Blutentnahme am 20.05.2009 ohne richterliche Anordnung erfolgt sei und das Ergebnis der Blutuntersuchung daher von der Fahrerlaubnisbehörde nicht verwertet werden dürfe.

1. Nach **§ 81a II StPO** steht die Anordnung einer körperlichen Untersuchung dem Richter und nur bei Gefährdung des Untersuchungserfolgs durch Verzögerung auch der Staatsanwaltschaft und – nachrangig – ihren Ermittlungspersonen zu.

*„Die Frage, ob im Fall des Ast. im Rahmen der durchgeführten Verkehrskontrolle am 20.05.2009 die Voraussetzungen der Gefährdung des Untersuchungserfolgs vorgelegen haben, ist – soweit ersichtlich – bislang nicht Gegenstand einer strafgerichtlichen Entscheidung oder einer Bußgeldentscheidung gewesen. Diese Frage lässt sich im vorliegenden Verfahren auf Grundlage der im Verwaltungsvorgang des Ag. befindlichen polizeilichen Ermittlungsunterlagen auch nicht abschließend beantworten. Gegen eine Gefährdung des Untersuchungserfolgs könnte allerdings sprechen, dass der Ast. laut polizeilichem Bericht vom 26.05.2009 um 11.15 Uhr kontrolliert worden ist und keine Anhaltspunkte dafür ersichtlich sind, dass angesichts des **einfach gelagerten und ohne Weiteres überschaubaren Sachverhalts** ein Richter zu dieser Zeit nicht hätte angerufen werden und dieser auch ohne Aktenvorlage fernmündlich die begehrte Anordnung hätte treffen können, so dass vermutlich bei Einschaltung des Richters eine (erhebliche) zeitliche Verzögerung nicht eingetreten wäre (vgl. dazu OLG Celle NJW 2009, 3524 = NZV 2009, 611).“ (OVG Lüneburg aaO)*

2. Selbst wenn man von einem **Verstoß gegen die strafprozessuale Beweiserhebungsvorschrift des § 81a II StPO** ausgeht, **folgt daraus nicht zugleich ein Verbot für die Fahrerlaubnisbehörde, das Ergebnis der Blutuntersuchung im Fahrerlaubnisentziehungsverfahren zu verwerten.**

*„Für den **Strafprozess** ist anerkannt, dass über das **Vorliegen eines Beweisverwertungsverbots** – mit Ausnahme ausdrücklich geregelter Verwertungsverbote wie in § 136a III 2*

StPO – jeweils nach den Umständen des Einzelfalls, insbesondere nach der Art des Verbots und dem Gewicht des Verstoßes unter Abwägung der widerstreitenden Interessen zu entscheiden ist (vgl. BVerfG NJW 2009, 3225). Im **Anwendungsbereich des §81a StPO**, der – wie dargelegt – eine Eilanordnung durch Polizeibeamte ohnehin nicht schlechterdings ausschließt, tritt das staatliche Strafverfolgungsinteresse gegenüber dem Individualinteresse des Einzelnen an der Bewahrung seiner Rechtsgüter zurück, wenn Gefahr im Verzug willkürlich angenommen und der Richtervorbehalt bewusst und gezielt umgangen bzw. ignoriert wird oder wenn die Rechtslage bei Anordnung der Maßnahme in gleichwertiger Weise verkannt worden ist (OLG Oldenburg NJW 2009, 3591; ferner OLG Celle NJW 2009, 3524, jew. m.w. Nachw.).

**Gegen die Annahme eines strafprozessualen Verwertungsverbots spricht hier, dass bei einem Sachverhalt der hier vorliegenden Art eine richterliche Anordnung mit hoher Wahrscheinlichkeit regelmäßig auch fernmündlich und typischerweise zu ergehen pflegt, dass eine Blutentnahme durch einen Arzt einen eher geringfügigen Eingriff in die körperliche Unversehrtheit des Betroffenen darstellt, dem andererseits ein erhebliches öffentliches Interesse an der Abwendung erheblicher Gefährdungen anderer Verkehrsteilnehmer gegenübersteht, und dass die die Blutentnahme anordnende Polizeibeamtin die Notwendigkeit einer richterlichen Anordnung nicht schlechthin verkennt, sondern eine solche im Einzelfall wegen Eilbedürftigkeit als entbehrlich angesehen hat (vgl. dazu OLG Celle NJW 2009, 3524).**“ (OVG Lüneburg aaO)

3. Auch die Annahme eines strafprozessualen Verwertungsverbots würde nicht bedeuten, dass im vorliegenden Zusammenhang eine entsprechende Beurteilung geboten wäre.

*„Zwar muss die Behörde auch im Verwaltungsverfahren bei ihrer Ermittlungstätigkeit die sich aus Gesetzen, allgemeinen Verfahrensgrundsätzen und Grundrechten ergebenden Grenzen beachten (vgl. Bader/Ronellenfitsch, VwVfG, § 24 Rdnr. 30). Für den Bereich des Fahrerlaubnisrechts ist aber weder im StVG noch in der Fahrerlaubnis-Verordnung ein ausdrückliches Verwertungsverbot für nicht richterlich angeordnete körperliche Untersuchungen bestimmt. Ebenso wie im Strafprozessrecht kann daher ein solches Verbot nur unter Berücksichtigung der konkreten Umstände des Einzelfalls unter Abwägung der gegenläufigen Interessen angenommen werden, wobei jedoch in Verwaltungsverfahren, die wie das Fahrerlaubnisrecht der Gefahrenabwehr dienen, nicht ohne Weiteres dieselben Maßstäbe wie im repressiven Bereich des Straf- und Ordnungswidrigkeitenrechts gelten (vgl. bereits OVG Lüneburg VD 2008, 242). Denn im Verfahren zur Entziehung der Fahrerlaubnis hat die Behörde maßgeblich und mit besonderem Gewicht weitere Rechtsgüter Drittbetroffener und das öffentliche Interesse am Schutz der Allgemeinheit vor Fahrerlaubnisinhabern, die sich als ungeeignet zum Führen von Kraftfahrzeugen erwiesen haben, zu beachten. Dieser Gesichtspunkt rechtfertigt es, ein von der Fahrerlaubnisbehörde rechtswidrig angeordnetes Gutachten über die Fahreignung bei der Entscheidung über die Entziehung der Fahrerlaubnis zu berücksichtigen, wenn das Gutachten ein eindeutig negatives Ergebnis ausweist.“* (OVG Lüneburg aaO)

4. Dieser Gedanke gilt umso mehr, wenn der **Verstoß gegen Beweiserhebungsvorschriften nicht von der Fahrerlaubnisbehörde selbst zu verantworten ist.**

*„Da der Verstoß gegen die strafprozessuale Beweiserhebungsvorschrift des § 81a StPO in Konstellationen wie vorliegend nicht von der für das Verwaltungsverfahren zuständigen Fahrerlaubnisbehörde ausgeht, kann die für das Strafverfahren gültige Überlegung, dass das Interesse des Einzelnen an der Bewahrung seiner Rechtsgüter zu Lasten des staatlichen Strafverfolgungsinteresses bei groben Verstößen durch die für die Strafverfolgung zuständigen Behörden unter dem Gesichtspunkt einer fairen Verfahrensgestaltung überwiegt, auf das Fahrerlaubnisentziehungsverfahren nicht übertragen werden. Die Fahrerlaubnisbehörde darf daher im überwiegenden Interesse an dem Schutz hochrangiger Rechtsgüter einer großen Zahl von Verkehrsteilnehmern in einem auf Entziehung der Fahrerlaubnis gerichteten Verwaltungsverfahren auch ein unter Verstoß gegen den Richtervorbehalt des § 81a StPO gewonnenes Ergebnis einer Blutprobenuntersuchung berücksichtigen, wenn aus diesem ohne Weiteres eine fehlende Kraftfahreignung des Betroffenen hervorgeht.“* (OVG Lüneburg aaO)

5. Für dieses Ergebnis spricht schließlich auch, dass weder das StVG noch die Fahrerlaubnis-Verordnung für die Anordnung von ärztlichen Untersuchungen und Begutachtungen einen Richtervorbehalt vorsehen und es einen Wertungswiderspruch bedeutete, wenn Fälle, die ihren Ausgang in einem straf- oder bußgeldrechtlich ahndungsfähigen Verkehrsverstoß nehmen, anders behandelt würden als solche, in denen die Behörde nach § 11 II FeV auf Grund ihr bekannt gewordener Tatsachen selbst Zweifeln an der Kraftfahreignung eines Betroffenen nachgeht (OVG Lüneburg aaO).

VwGO

**Zulässigkeit der Verpflichtungsklage**

VwGO

§ 68 II, 75 S. 1

**vorheriger Antrag auf Erlass des begehrten VA**

(BVerwG in jurisAnwaltsLetter Nr. 4, 23.02.2010; Urteil vom 16.12.2009– 6 C 40/07)

1. Aus §§ 68 II, 75 S. 1 VwGO ergibt sich, dass die Zulässigkeit der Verpflichtungsklage von der vorherigen Beantragung des begehrten VA bei der Behörde abhängt.
2. Ausnahmen gelten nur, wenn sie im nationalen Recht oder im Gemeinschaftsrecht vorgesehen sind.

**Fall:** Der Kläger als deutscher Staatsangehöriger bestand 1994 die erste juristische Staatsprüfung. Den Vorbereitungsdienst für das zweite juristische Staatsexamen brach er nach 1 Jahr ab. 1997 wurde er durch den Supreme Court des Staates New York als Attorney-at-Law zugelassen. 2004 als Solicitor des Supreme Court of England and Wales.

Mit verschiedenen Anträgen begehrte der Kläger vom Gemeinsamen Prüfungsamt der beklagten 8 Bundesländer seine Zulassung zur Eignungsprüfung für die Zulassung zur Rechtsanwaltschaft und den Erlass aller Prüfungsleistungen. Im Rahmen des Berufungsverfahrens gegen die ablehnenden Entscheidungen des Gemeinsamen Prüfungsamtes ist der Kläger dann zur Eignungsprüfung und in der Folge zur Rechtsanwaltschaft zugelassen worden. Erst im Berufungsverfahren hatte der Kläger jedoch darüber hinaus beantragt, ihm eine Bescheinigung darüber auszustellen, dass er auch alle beruflichen Tätigkeiten eines Anwaltsnotars ausüben dürfe. Kann er über diese Frage eine Entscheidung herbeiführen?

Das Gericht wird über die Zulassung auch als Anwaltsnotar entscheiden, wenn die Antragstellung im Berufungsverfahren zulässig und begründet ist.

**I. neues Begehren**

Die Zulassung zur Tätigkeit als Anwaltsnotar stellt ein weiteres Begehren des Klägers dar, welches von ihm erstmalig im Berufungsverfahren geltend gemacht wird.

„Ein **erster Hinweis** auf die Forderung des Klägers, Zugang auch zu notariellen Tätigkeiten zu erhalten, findet sich in seinem Schriftsatz vom 4. Juni 2003 zur **Begründung** der gegen das verwaltungsgerichtliche Urteil eingelegten **Berufung**. In diesem Schriftsatz hat er unter anderem den **Antrag angekündigt**, die Beklagten zu verpflichten, ihn zur Eignungsprüfung für die Zulassung zur Rechtsanwaltschaft und zum Notariat zuzulassen, hilfsweise ein innerstaatliches Verfahren einzurichten und anzuwenden, um seinen Zugang zum Anwalts- und Notarberuf im Wege der materiellen Gleichwertigkeitsprüfung zu gewährleisten. Dieses Begehren war allerdings erheblich enger gefasst als die nunmehr erhobene Forderung nach einer **prüfunglosen Diplomanerkennung für den Beruf als Anwaltsnotar** unter Erteilung einer darauf bezogenen Bescheinigung. Diesen **prozessualen Antrag** hat der Kläger **erstmalig in dem zweiten Verhandlungstermin vor dem Oberverwaltungsgericht** am 16. November 2006 unter Bezugnahme auf einen im Termin zur Akte gegebenen und an die Beklagtenseite weitergereichten Schriftsatz vom 14. November 2006 gestellt und sodann im dritten Verhandlungstermin am 20. Dezember 2006 aufrechterhalten.“ (BVerwG aaO)

**II. neuer Streitgegenstand**

„Das Begehren bildet, wie der Senat in seinem Beschluss vom 19. November 2007 (Az.: BVerwG 6 B 23.07) über die Beschwerde des Klägers gegen die Nichtzulassung der Revision festgestellt hat, einen **selbstständigen** Streitgegenstand. Dies folgt aus dem Umstand, dass die **Tätigkeit als** Notar im Verhältnis zu der Tätigkeit als Rechtsanwalt einen eigenständigen Beruf, bei einem Anwaltsnotar einen **Neben- oder Zweitberuf**, darstellt. Rechtsanwälte und Notare haben in der Rechtspflege **verschiedene Aufgaben** zu erfüllen und sind demgemäß verschiedenen berufsrechtlichen Regelungen unterworfen.

Der **Rechtsanwalt** übt einen **freien Beruf** aus und wird von einer Partei auf Grund privatrechtlichen Vertrages zur Wahrnehmung ihrer Interessen bestellt. Der **Notar** - der Anwaltsnotar ebenso wie der **Nur-Notar** - nimmt hingegen kraft öffentlich-rechtlicher Bestellung ein **öffentliches Amt** wahr und ist gemäß § 14 I 2 BNotO unabhängiger und unparteiischer Betreuer der Beteiligten (BVerfGE 17, 371 [380f.]).“ (BVerwG aaO)

Es handelt sich daher um eine gesonderte Begünstigung daher um ein neues Begehren, das zu einem neuen Streitgegenstand führt. Es stellt sich als Klageerweiterung dar, die als Klageänderung anzusehen ist. Eine solche ist zwar grundsätzlich auch im Berufungsverfahren möglich, soweit die Voraussetzungen des § 91 VwGO vorliegen. Da die Beklagten hier widersprochen haben, kommt eine Zulassung des neuen Antrags nur in Betracht, wenn er sachdienlich ist. Dies wurde vom Berufungsgericht angenommen.

Allerdings setzt die Entscheidung hierüber voraus, dass eine entsprechende Verpflichtungsklage überhaupt zulässig ist. Zweifel an der Zulässigkeit bestehen, da der Kläger den Antrag auf Erlass einer Bescheinigung, dass er die Voraussetzungen für die Übertragung des Notaramtes erfüllt, bestehen, weil der Kläger dies erst im Rahmen des Berufungsverfahrens begehrt, jedoch zuvor keinen entsprechenden Antrag an die zuständige Verwaltungsbehörde gestellt hatte.

### III. Zulässigkeit einer auf dieses Begehren gestützten Verpflichtungsklage

#### 1. Antrag auf Erlass der begehrten VA als Zulässigkeitsvoraussetzung

„In der **Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts** (BVerwG Buchholz 232 § 181 BBG Nr. 6 S. 12, BVerwG Buchholz 235 § 1 BBesG Nr. 1 S. 7 f., BVerwGE 57, 204 [209 f.]; BVerwGE 99, 158 [160]; BVerwGE 130, 39 [46]; BVerwG Buchholz 442.066 § 10 TKG Nr. 2 S. 35) und im **Schrifttum** (Sodan, in: Sodan/Ziekow, VwGO, 2. Aufl. 2006, § 42 Rn. 37; Pietzcker, in: Schoch/Schmidt-Abmann/Pietzner, VwGO, Stand: Oktober 2008, § 42 I 1 Rn. 96; Dolde/Porsch, ebendort, § 75 Rn. 5; Happ, in: Eyermann, VwGO, 12. Aufl. 2006, § 42 Rn. 36; Rennert, ebendort, § 68 Rn. 22; Kopp/Schenke, VwGO, 16. Aufl. 2009, § 42 Rn. 6) ist **anerkannt**, dass die **Zulässigkeit einer Verpflichtungsklage** grundsätzlich von einem vorher im **Verwaltungsverfahren erfolglos gestellten Antrag auf Vornahme des eingeklagten Verwaltungsakts** abhängt. Diese mit Art. 19 IV 4 GG vereinbare Zulässigkeitsvoraussetzung folgt aus § 68 II 2, § 75 S. 1 VwGO („Antrag auf Vornahme“) und zusätzlich aus dem **Grundsatz der Gewaltenteilung**, nach dem es zunächst Sache der Verwaltung ist, sich mit Ansprüchen zu befassen, die an sie gerichtet werden. Sie ist auch im Revisionsverfahren von Amts wegen zu prüfen.“ (BVerwG aaO)

#### 2. Ausnahmen vom Antragserfordernis

Die Zulässigkeitsvoraussetzung der vorherigen Antragstellung bei der Verwaltungsbehörde steht unter dem **Vorbehalt**, dass sich dem einschlägigen **bundesrechtlich** geordneten Verwaltungsrecht **keine anderweitigen Maßgaben entnehmen** lassen (vgl. BVerwGE 69, 198 [199 f.]) Im Hinblick auf etwa **abweichende Regelungen im europäischen Recht** kann nichts anderes gelten.

##### a) Ausnahme vom Antragserfordernis nach nationalem Recht

„Das nationale Regelwerk, dem das von dem Kläger weiterhin verfolgte und hier streitgegenständliche Begehren auf Diplomanerkennung im Hinblick auf den Beruf des (Anwalts-)Notars der Sache nach zugeordnet werden muss, ist die **Bundesnotarordnung**. Diese befindet sich im Hinblick auf den Vorrang der behördlichen vor der gerichtlichen Sachbefassung sowohl verwaltungsverfahrensrechtlich als auch prozessual in **Gleichklang mit den allgemeinen Regelungen**. Die verwaltungsverfahrensrechtliche Vorschrift des § 64a I BNotO und die prozessrechtliche Bestimmung des § 111b I BNotO verweisen jeweils auf die **Regelungen des Verwaltungsverfahrensgesetzes** und der **Verwaltungsgerichtsordnung**.“ (BVerwG aaO)

Das nationale Recht sieht daher im vorliegenden Fall keine Ausnahme vom Antragserfordernis vor.

##### b) Ausnahmen vom Antragserfordernis nach Gemeinschaftsrecht

„Dem für die Beurteilung des streitgegenständlichen Begehrens des Klägers in Betracht kommenden Gemeinschaftsrecht in Gestalt der Richtlinie 2005/36/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 7. September 2005 über die Anerkennung von Berufsqualifikationen (ABI EG Nr. L 255 S. 22) lässt sich ebenfalls kein Anhaltspunkt dafür entnehmen, dass gerichtlicher Rechtsschutz auch ohne vorherigen Antrag bei der Verwaltungsbehörde gewährt werden müsste. Im Gegenteil sieht diese **Richtlinie** in Art. 50 I und Art. 51 I, II **ausdrücklich** vor, dass der Niederlassungsberechtigte, der im Aufnahmemitgliedstaat auf Grund seiner Berufsqualifikation die Zulassung zu einem reglementierten Beruf erreichen will, einen **Antrag** unter Beifügung der erforderlichen Unterlagen und Bescheinigungen **bei der zuständigen Behörde** des Aufnahmemitgliedstaates stellen muss. Ein **Rechtsbehelf** nach innerstaatlichem Recht ist erst **gegen eine ablehnende oder unterbliebene Entscheidung** garantiert (Art. 51 III 3).“ (BVerwG aaO)

Auch das Gemeinschaftsrecht lässt einen Antrag auf Vornahme des begehrten VA nicht entbehrlich erscheinen, bestätigt dieses Erfordernis vielmehr.

**IV. Ergebnis:** Die Verpflichtungsklage im Rahmen der Klageerweiterung im Berufungsverfahren ist mangels vorhergehenden Antrags an die Beklagte unzulässig.

GG  
Art. 19 IV

## Gebot effektiven Rechtsschutzes Anordnung der aufschiebenden Wirkung

VerfR

(BVerfG in DÖV 2010, 189; Beschluss vom 30.10.2009 – 1 BvR 2395/09)

1. Art. 19 IV GG gewährleistet **nicht die aufschiebende Wirkung** von Rechtsbehelfen
2. Es ist **erforderlich, aber auch ausreichend**, dass der Betroffene trotz einer von Gesetzes wegen **fehlenden aufschiebenden Wirkung** die Möglichkeit hat, effektiven - das heißt hier auch vorläufigen - Rechtsschutz durch eine **gerichtliche Anordnung der aufschiebenden Wirkung zu erhalten**.
3. Eine Abwägung zwischen dem öffentlichen Vollzugsinteresse und dem privaten Aufschubinteresse ist hierbei zulässig und mit Art. 19 IV GG zu vereinbaren.

**Fall:** K erhält Leistungen nach dem SGB II. B wollte mit ihm eine Eingliederungsvereinbarung nach § 15 SGB II schließen. Dies verweigerte K. Daraufhin erließ B nach § 15 I 6 SGB II einen entsprechenden Verwaltungsakt. Der hiergegen eingelegte Widerspruch des B blieb ohne Erfolg, so dass er fristgerecht Klage einreichte. Weder Widerspruch nach Klage hatte nach § 39 SGB II aufschiebende Wirkung. Ein Antrag auf Anordnung der aufschiebenden Wirkung wurde vom Sozialgericht abgelehnt, die Beschwerde an das Landessozialgericht hatte keinen Erfolg. Nunmehr erhebt K Verfassungsbeschwerde und rügt die Verletzung seines Rechts auf effektiven Rechtsschutz nach Art. 19 IV GG durch § 39 Nr. 1 2. Var. SGB II. Ist die Verfassungsbeschwerde begründet?

Durch die grundgesetzlichen Gewährleistungen ist der Bürger vor unzulässigen Eingriffen in seine Rechte nur dann effektiv geschützt, wenn er die Beachtung seiner Rechte auch vor einem Gericht einklagen kann. Art. 19 IV GG ist jedoch nicht nur auf den Schutz der Grundrechte beschränkt, sondern bezieht sich auf die Prüfung der **Verletzung einfachgesetzlicher Normen**. Anderenfalls wären die Grundrechte leere Formeln ohne praktische Bedeutung. Insofern ist Art. 19 IV GG sowohl ein formelles Grundrecht als auch ein Verfahrensgrundrecht. Es bietet einen **lückenlosen gerichtlichen Rechtsschutz vor staatlichen Maßnahmen**.

Der Rechtsweg ist gewährleistet gegen **Maßnahmen der öffentlichen Gewalt**, die eine **Rechtsverletzung** herbeiführen können. Von dieser Gewährleistung ist nicht das Recht umfasst, wegen einer vermeintlichen Grundrechtsverletzung das Bundesverfassungsgericht anrufen zu können. Diese Möglichkeit wird durch Art. 93 Abs. 1 Nr. 4a GG als Spezialnorm ausdrücklich geregelt und unterfällt der Rechtsschutzgarantie nicht.

### I. Maßnahme der öffentlichen Gewalt

Grundsätzlich fallen unter den Begriff der öffentlichen Gewalt die **drei Staatsgewalten** Legislative, Judikative und Exekutive. Fraglich ist, ob dieser Begriff auch im Rahmen des Art. 19 IV GG gilt.

#### 1. Exekutive

Der Schutz gegen Maßnahmen der Exekutive als der Gewalt, die **Gesetze ausführt**, ist ohne weiteres gegeben.

#### 2. Judikative

Es ist zweifelhaft, ob Art. 19 IV GG nicht nur den Schutz durch den Richter gewährleistet, sondern auch gegen Entscheidungen des Richters. Dies ist nach nahezu einhelliger Auffassung jedoch nicht der Fall. Diese Auslegung berücksichtigt das Erfordernis der **Rechtssicherheit**. Wäre gegen jede richterliche Entscheidung wegen Art. 19 IV GG immer und immer wieder eine gerichtliche Prüfung möglich, könnte nie von einer Bestandskraft ausgegangen werden und Rechtssicherheit würde nicht mehr bestehen (BVerfG 15, 280; 65, 90; BVerfG NJW 2003, 3687).

### 3. Legislative

Die gerichtliche Überprüfung von Gesetzen durch die abstrakte und konkrete Normenkontrolle ist in Art. 93 GG ausdrücklich geregelt. Danach steht es grundsätzlich nicht in der Macht des Einzelnen unabhängig von einer konkreten Rechtsverletzung die Prüfung eines formellen Gesetzes zu veranlassen. Die **Gesetzgebung** durch das Parlament ist damit vom **Schutzbereich des Art. 19 IV GG ausgenommen**.

## II. Gewährleistungsinhalt des Art. 19 IV GG

Die Rechtsweggarantie umfasst den **Zugang zum Gericht**, das **Verfahren vor dem Gericht** und **die Entscheidung durch das Gericht**. Hierbei muss es sich um ein staatliches Gericht handeln, das den Anforderungen an Art. 92 und 97 GG genügt. Allerdings ist verbürgt nur der **einmalige Zugang** zum Gericht, hingegen ist der Gesetzgeber **nicht** verpflichtet, einen mehrstufigen **Instanzenzug** zur Verfügung zu stellen.

Art. 19 IV GG garantiert darüber hinaus aber nicht nur, dass sich ein Gericht überhaupt mit der Angelegenheit befasst, sondern erforderlich ist vielmehr die **Zurverfügungstellung effektiver Rechtsschutzmöglichkeiten**, die vom Betroffenen tatsächlich in Anspruch genommen werden können und nicht nach unangemessen langer Zeit zu einer Entscheidung führen.

„Art. 19 IV GG gewährleistet **nicht die aufschiebende Wirkung** von Rechtsbehelfen **schlechthin** (vgl. BVerfGE 35, 382 [402]; 67, 43 [58]; 69, 220 [227 f.]; BVerfG, NVwZ 2009, S. 581 [583]). Der Gesetzgeber ist vielmehr berechtigt, Ausnahmen von der grundsätzlich aufschiebenden Wirkung von Widerspruch und Anfechtungsklage zu normieren (vgl. BVerfGE 35, 382 [402]; 69, 220 [228]; 80, 244 [252]). Mit Blick auf Art. 19 IV GG ist es **erforderlich, aber auch ausreichend**, dass der Betroffene trotz einer von Gesetzes wegen **fehlenden aufschiebenden Wirkung** seines Widerspruchs oder seiner Klage die Möglichkeit hat, effektiven - das heißt hier auch vorläufigen - Rechtsschutz durch eine **gerichtliche Anordnung der aufschiebenden Wirkung zu erhalten** (vgl. BVerfGE 80, 244 [252]; Papier, in: Isensee/Kirchhof, HStR VI, 2. Aufl. 2001, § 154 Rn. 79; Schulze-Fielitz, in: Dreier, GG, Bd. 1, 2. Aufl. 2004, Art. 19 IV Rn. 113).“ (BVerfG aaO)

## III. Einhaltung der Gewährleistung

Da ein Eingriff in Abgrenzung zur Ausgestaltung nur dann anzunehmen ist, wenn die Maßnahme durch Gründe Rechtspflege und Rechtssicherheit nicht mehr gedeckt ist, scheidet bei Vorliegen eines Eingriffs eine Beschränkung des Gewährleistungsbereiches unter Hinweis auf die Sicherung der Funktionsfähigkeit der Rechtspflege und dem Erfordernis nach Rechtssicherheit aus. Andere **kollidierende Verfassungsrechte** kommen als Einschränkungen des Art. 19 IV GG nicht in Betracht. Dies führt dazu, dass jeder Eingriff in Art. 19 IV GG verfassungsrechtlich nicht zu rechtfertigen und damit verfassungswidrig ist.

„Diese Möglichkeit ist durch § 86b Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 SGG hinreichend gewährleistet. Dass die Gerichte hierbei das **Suspensivinteresse** des Bürgers mit dem **Vollzugsinteresse** der Allgemeinheit abwägen und dabei auch die Erfolgsaussichten des Rechtsbehelfes, dessen aufschiebende Wirkung begehrt wird, berücksichtigen, ist aus verfassungsrechtlicher Sicht nicht zu beanstanden (vgl. BVerfGE 38, 52 [60]; 69, 220 [230]; BVerfG, NVwZ 1996, 58 [59]; NVwZ-RR 1999, 217 [218]; NVwZ 2009, 581 [583]; Ibler, in: Friauf/Höfling, GG, Art. 19 IV Rn. 220 [Oktober 2002]), soweit sie beachten, dass für die sofortige Vollziehung eines Verwaltungsaktes ein **besonderes öffentliches Interesse** erforderlich ist, das über jenes hinausgeht, das den Verwaltungsakt selbst rechtfertigt (vgl. BVerfGE 35, 382 [402]; 38, 52 [58]; 69, 220 [228]; BVerfG, NVwZ 1996, S. 58 [59]).“ (BVerfG aaO)

III. **Ergebnis:** Das Gebot effektiven Rechtsschutzes ist gewahrt. Die Verfassungsbeschwerde wird keinen Erfolg haben.

## 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. Sie können auch einzelne Passagen ausschneiden und auf Karteikarten kleben. Aus diesem Grund sind die nachfolgenden Seiten der Kurzauslese lediglich einseitig bedruckt.

**Zustellung** ZPO  
**an Geschäftsanschrift ohne Briefkasten**  
 (BGH in BeckRS 2010, 03336; Beschluss vom 21.01.2010 – IX ZB 83/06)

Erhält ein Verfahrensbeteiligter ein durch Aufgabe zur Post zugestelltes gerichtliches Schriftstück nicht, weil **an seiner Geschäftsanschrift ein Briefkasten nicht vorhanden** ist, ist ein von ihm gestellter Antrag auf Wiedereinsetzung in den vorigen Stand zurückzuweisen.

„Die Schuldnerin ist **im Verfahren unter ihrer Geschäftsanschrift aufgetreten**, ohne darauf hinzuweisen, dass dort ein Briefkasten nicht vorhanden war, so dass **Ersatzzustellungen nach § 180 ZPO ausschieden** und nur während der Geschäftszeit gem. § 178 I Nr. 2 ZPO in den Geschäftsräumen durch Übergabe an eine dort beschäftigte Person vorgenommen werden konnten. Die Schuldnerin durfte nach § 168 I 2 ZPO, § 33 I PostG auch nicht davon ausgehen, dass jedes gerichtlich beauftragte lizenzierte Zustellunternehmen Kenntnis von ihrem Postfach, welches sie in diesem Verfahren gleichfalls nicht mitgeteilt hatte, besaß und eine Zustellung dort bewirken würde.“ (BGH aaO).

Vgl. hierzu auch die Entsch. BGH in Rpfleger 2010, 91 = ZA 02/10 S. 37

**Vollstreckungsschutzantrag** ZPO  
**nach Rechtskraft des Zuschlags im Zwangsversteigerungsverfahren**  
 (BGH in NZM 2009, 878; Beschluss vom 01.10.2009 – V ZB 37/09)

Ein **rechtskräftiger Zuschlagsbeschluss kann nicht nach § 765a ZPO aufgehoben werden.**

„Eine Maßnahme der Zwangsvollstreckung kann nach § 765a I ZPO aufzuheben sein, wenn sie unter voller Würdigung der **Schutzbedürfnisse des Gläubigers wegen besonderer Umstände für den Schuldner eine Härte bedeutet, die mit den guten Sitten nicht vereinbar ist.** Ob die Vorschrift es ermöglicht, ein angeordnetes Zwangsversteigerungsverfahren insgesamt aufzuheben, kann dahingestellt bleiben. Die beantragte Entscheidung müsste die Aufhebung des rechtskräftigen (Zuschlags-) Beschlusses umfassen. Dies wäre nur möglich, wenn das Verfahrensrecht die Aufhebung zuließe. Daran fehlt es: Die **Entscheidung über den Zuschlag ist der Rechtskraft fähig** (BGH WM 1960, 25; NJW-RR 1986, 1115; Stöber, ZVG, 19. Aufl., § 81 Rn 9.1). Die Verkündung der Entscheidung hindert gem. § 318 ZPO das VollstreckungsG an einer Aufhebung. Ist die Entscheidung rechtskräftig geworden, scheidet ihre Aufhebung auch im Rechtsmittelverfahren aus.

Der **Zuschlagsbeschluss ist eine hoheitliche Maßnahme**, die in der Person des Zuschlagsbegünstigten Eigentum schafft und das Recht, aus dem die Zwangsversteigerung betrieben wird, und die diesem nachgehenden Rechte als Rechte an dem Grundstück erlöschen lässt, §§ 52 I, 91 I ZVG. Einen Wegfall dieser Wirkungen nach Eintritt der Rechtskraft des Zuschlagsbeschlusses sieht das Zwangsversteigerungsgesetz nicht vor. Sie würde eine **Enteignung des Zuschlagbegünstigten** bedeuten, für die es an einer Grundlage fehlt.“ (BGH aaO)

**Pfändung** ZPO  
**Arbeitnehmerbeiträge zur VBL-Pflichtversicherung**  
 (BGH in NZI 2010, 118 = NZA-RR 2010, 86; Beschluss vom 15.10.2009 – VII ZB 1/09)

**Pflichtbeiträge des Arbeitnehmers**, die er an die Versorgungsanstalt des Bundes und der Länder zahlt, sind **denjenigen Beiträgen gleichzustellen, die unmittelbar auf Grund sozialrechtlicher Vorschriften zur Erfüllung gesetzlicher Verpflichtungen des Schuldners abzuführen sind**; bei der Berechnung des pfändbaren Einkommens sind diese daher nicht zu berücksichtigen.

- I. Entgegen der Meinung des *LAG Baden-Württemberg* (BeckRS 2008, 58334) ist nach Auffassung des BGH aaO die **Pfändbarkeit der VBL-Pflichtbeiträge bereits durch § 850e Nr.1 S.1 ZPO ausgeschlossen.**

„Es handelt sich um Beiträge, die denjenigen gleichzustellen sind, die unmittelbar auf Grund sozialrechtlicher Vorschriften zur Erfüllung gesetzlicher Verpflichtungen des Schuldners abzuführen sind. In dem Gesetzgebungsverfahren zur Änderung von Vorschriften über den Pfändungsschutz für Arbeitseinkommen, das die Vorgängerregelung zu § ZPO § 850e Nr. 1 S. 1 ZPO, nämlich § 7 Nr. 1 S. 1 der Verordnung zur einheitlichen Regelung des Pfändungsschutzes für Arbeitseinkommen (Lohnpfändungsverordnung) vom 30.10.1940 (RGBl I, 1451), zum Gegenstand hatte, hat der Bundesrat zu Art. 1 Nr. 7 Nr. 1a des Gesetzes beschlossen, dass nur die zur Weiterversicherung, nicht aber die zur freiwilligen Höherversicherung aufgewandten Beiträge bei der Berechnung des pfändungsfreien Arbeitseinkommens unberücksichtigt bleiben sollen (BR-Dr 662/51). Bei der zweiten und dritten Beratung im Deutschen Bundestag hat dieser darauf hingewiesen, dass durch § 7 Nr. 1a des Gesetzes die Beiträge, die für die freiwillige Weiterversicherung in der Sozialversicherung geleistet würden, nunmehr für abzugsfähig erklärt würden (BT-Dr 2917).

Aus den **Materialien** lässt sich damit ableiten, dass im Gesetzgebungsverfahren die **Abzugsfähigkeit von freiwilligen Beiträgen als problematisch angesehen** wurde. Pflichtbeiträge, wie sie auch seinerzeit schon an die Zusatzversorgungskasse zu zahlen waren, wurden in diesem Zusammenhang nicht erörtert. Dies kann sich nur in der Weise erklären, dass der Gesetzgeber von vornherein davon ausgegangen ist, dass für diese Beiträge bereits eine Regelung, und zwar durch § 850e Nr. 1 S.1 ZPO, getroffen worden ist.“ (BGH aaO)

- II. Es ist auch **sachgerecht**, die Pflichtbeiträge des Arbeitnehmers zu der VBL denjenigen Beiträgen gleichzustellen, die unmittelbar auf Grund sozialrechtlicher Vorschriften zur Erfüllung gesetzlicher Verpflichtungen des Schuldners abzuführen sind.

„Zwar handelt es sich insoweit nicht um eine gesetzlich, sondern um eine tarifvertraglich statuierte Verpflichtung des Schuldners. Dieser **kann sich jedoch wie bei einer gesetzlichen Beitragsverpflichtung auf Grund einer sozialrechtlichen Vorschrift der Abführung der Beiträge nicht entziehen**, so dass ihm in der Höhe der Pflichtbeiträge zur VBL sein **Nettoverdienst nicht zur Verfügung steht**.“ (BGH aaO)

- III. Auch der **Zweck der Zusatzversorgung**, die Versorgungsbezüge der im öffentlichen Dienst angestellten Arbeitnehmer entsprechend der Versorgung der Beamten auszugestalten (vgl. BGHZ 103, 370 = NVwZ-RR 1988, 103 = NJW 1988, 3151), erfordert die Gleichstellung der Pflichtbeiträge mit denjenigen Beiträgen, die unmittelbar auf Grund sozialrechtlicher Vorschriften zur Erfüllung gesetzlicher Verpflichtungen des Schuldners abzuführen sind (BGH aaO).

---

StPO  
§ 53 I Nr.3

**Zeugnisverweigerungsrecht  
Krankenschwester**

StPO

(OLG Hamm in NStZ 2010, 164; Beschluss vom 20.01.2009 – 5 Ws 24/09)

Auch **Krankenschwestern** als Gehilfen des Arztes **steht das Zeugnisverweigerungsrecht nach §§ 53a I, 53 I Nr. 3 StPO zu**. Das Zeugnisverweigerungsrecht besteht jedoch nicht, soweit es sich um Informationen handelt, die weder im funktionalen (inneren) Zusammenhang mit der ärztlichen/pflegerischen Tätigkeit noch im Zusammenhang mit dem Vertrauensverhältnis zwischen Arzt und Patient stehen.

„Gem. § 53 I Nr. 1 StPO ist ein Arzt zur Verweigerung des Zeugnisses über das berechtigt, was ihm in seiner Eigenschaft als Arzt anvertraut oder bekannt geworden ist. Die **Vertrauensbeziehung zwischen Arzt und Patient** erstreckt sich auf alles, was dem Arzt bei der Untersuchung oder Heilbehandlung anvertraut oder bekannt geworden ist, wozu die Identität des Patienten und die Tatsache seiner Behandlung (BGH NStZ 1985, 372) als auch die Tatsachen gehören, die der Arzt im Rahmen der Anbahnung des Beratungs- und Behandlungsverhältnisses vom Patienten erhält (BGH aaO).

**Einem Arzt stehen gem. § 53a I StPO seine Gehilfen und die Personen gleich, die zur Vorbereitung auf den Beruf an der berufsmäßigen Tätigkeit teilnehmen**, da ansonsten der erstrebte Schutz des Vertrauensverhältnisses zwischen Patient und Arzt durch die Vernehmung der Hilfspersonen des Arztes umgangen werden könnte. Dabei muss ein **innerer (funktionaler) Zusammenhang zwischen der Tätigkeit des Arztes und seines Gehilfen bestehen**, der daraus resultiert, dass der Arzt die Tätigkeit des Gehilfen ohne die organisationsbedingte Arbeitsteilung mit erledigen müsste, um die Behandlung des Patienten durchführen zu können. Die von dem Gehilfen bei seiner Tätigkeit erlangte Kenntnis beruht auf der ärztlichen Behandlung (OLG Oldenburg NJW 1982, 2615). Insoweit ist anerkannt, dass auch Krankenschwestern als Gehilfen des Arztes das Zeugnisverweigerungsrecht nach § 53 I StPO in Anspruch nehmen können (Meyer-Goßner, StPO, 51. Aufl., § 53a Rn 5). Wie sich allerdings aus dem **Gesetzeswortlaut** ergibt, erstreckt sich das Recht zur Zeugnisverweigerung nicht auf Tatsachen, von denen der Arzt bzw. dessen Gehilfe zwar bei Gelegenheit der Berufsausübung erfahren hat, nicht aber in seiner Eigenschaft als Arzt/Gehilfe. Deshalb ist ein Zeugnisverweigerungsrecht nicht anzuerkennen, soweit es sich um Informationen handelt, die weder im funktionalen (inneren) Zusammenhang mit der ärztlichen/pflegerischen Tätigkeit noch im Zusammenhang mit diesem Vertrauensverhältnis stehen.“ (OLG Hamm aaO)

---

StPO  
§ 81a

**DNA-Verwertung  
Einverständnis des Angekl.**

StPO

(BGH in NStZ 2010,157; Beschluss vom 15.10.2009 – 5 StR 373/09)

**Hat sich der Angekl.** in einem anderen Verfahren **freiwillig** nach Belehrung und ohne schriftliche Einwilligung **mit der Entnahme seines Speichels einverstanden erklärt**, so **liegt es in seiner Dispositionsfreiheit, ob er davon abrückt** und ggf. durch Erhebung eines Widerspruchs einer weiteren Verwertung seiner DNA entgegentritt.

„Durch die vorliegend vom Angekl. – wenn auch ein anderes Verfahren betreffend, aber freiwillig nach Belehrung und ohne schriftliche Einwilligung – gestattete Entnahme seines Speichels hat sich der Angekl. im Grundsatz mit der Verwertung seiner DNA einverstanden erklärt (§§ 81f I, 81g III 1 u. 2 StPO). Dies geschah lediglich nicht in der vom Gesetz vorgesehenen Schriftform.

Jedenfalls bei dieser Sachlage ist es bei dem hier in Frage stehenden **höchstpersönlichen Rechtsgut der Dispositionsfreiheit** des Angekl. zu überantworten, ob er von seinem geäußerten Willen abrückt und ggf. durch Erklärung eines Verwertungswiderspruchs eine weitere rechtliche Klärung der Verwertbarkeit erstrebt (vgl. auch BGHSt 51, 285). Hierfür sprechen auch **Gründe der Verfahrensökonomie**, die ebenfalls den Interessen des Angekl. dienen. Auf einen begründeten Widerspruch hätte nämlich das Tatgericht ohne weiteres gem. §§ 244 II, 81a I, 81e I 1, 81f I 1 StPO die Entnahme, Untersuchung und Verwertung einer neuen Speichelprobe anzuordnen (vgl. Meyer-Goßner, StPO, 52. Aufl., § 81a Rn 25c). Bei der hier nach Belehrung freiwillig abgegebenen Speichelprobe liegt die Annahme eines Grundes, an der rechtzeitigen Erhebung eines Widerspruchs gehindert gewesen zu sein, völlig fern (vgl. BGHSt 52, 43).“ (BGH aaO)

StPO  
§ 267 I 3

**Videoaufzeichnung**  
**erforderliche Schilderung des Aussagegehalts im Urteil**  
(OLG Brandenburg in NStZ-RR 2010, 89; Beschluss vom 22.09.2009 – 1 Ss 74/09)

StPO

Die **Schilderung des Aussagegehalts der Videoaufzeichnung darf auch bei einer Bezugnahme nicht vollständig entfallen.**

*„Soweit sich die Beweiswürdigung auf die Videoaufzeichnung stützt, ist dies nicht nachvollziehbar; mit der Bezugnahme liegt überdies ein **Verstoß gegen § 267 I 3 StPO** vor. Hierzu heißt es in den Urteilsgründen:*

*„Die Videoaufzeichnung gibt das objektive Tatgeschehen wieder. Zur Darstellung der Einzelheiten wird auf die Videoaufzeichnung Bezug genommen.“*

*Diesen Ausführungen lässt sich nicht entnehmen, **welche Wahrnehmungen der Tatrichter bei Inaugenscheinnahme der Videoaufzeichnungen gemacht hat**. Ein Verstoß gegen § 267 I 3 StPO, der auch die Videoaufzeichnung erfasst (OLG Zweibrücken VRS 102, 102), liegt insoweit vor, als nach dieser Norm zum einen nur wegen Einzelheiten eine Bezugnahme erlaubt ist, zum anderen nur auf Abbildungen (hier: Videoaufzeichnungen) verwiesen werden darf, die Bestandteil der Akte sind. Entgegen dem Wortlaut der Urteilsgründe wird hier faktisch auf die gesamte Videoaufzeichnung verwiesen. Die Schilderung des Aussagegehalts der Videoaufzeichnung darf auch bei einer Bezugnahme nicht ganz entfallen; eine Beschreibung des Wesentlichsten in knapper Form ist erforderlich (OLG Düsseldorf VRS 74, 449; OLG Düsseldorf JMinBINW 1997, 263), woran es hier jedoch fehlt.“ (OLG Brandenburg aaO)*

VwGO  
§ 58 I

**Rechtsbehelfsbelehrung**  
**fehlender Hinweis auf Möglichkeit der elektronischen Klageerhebung**  
(VG Trier in BeckRS 2009, 40016; Teilurteil vom 22.09.2009 – 1 K 365/09)

VwGO

Eine **Rechtsbehelfsbelehrung, die nur auf die Möglichkeit hinweist, eine Klage schriftlich oder zur Niederschrift des Urkundsbeamten der Geschäftsstelle zu erheben, ist irreführend und setzt** daher gem. § 58 I VwGO eine **Klagefrist nicht in Gang**, wenn bei dem betreffenden Gericht auch die Möglichkeit besteht, eine Klage durch Übersendung eines elektronischen Dokuments nach § 55 a VwGO zu erheben.

- I. Nach § 58 I VwGO ist lediglich **über den Rechtsbehelf, die Verwaltungsbehörde oder das Gericht**, bei denen der Rechtsbehelf anzubringen ist, den **Sitz** und die einzuhaltende **Frist** schriftlich oder elektronisch **zu belehren**.
- II. **Fehlerhaft ist eine Rechtsbehelfsbelehrung** allerdings dann, **wenn sie lediglich darauf hinweist, dass die Klage schriftlich oder zur Niederschrift des Urkundsbeamten der Geschäftsstelle zu erheben ist, ohne auf die durch § 55 a VwGO in Verbindung mit der Landesverordnung über den elektronischen Rechtsverkehr mit den öffentlich-rechtlichen Fachgerichtsbarkeiten vom 09.01.2008 (GVBl. 2008, 33) unzweifelhaft eröffnete Möglichkeit der Übermittlung elektronischer Dokumente und damit auch der elektronischen Klageerhebung hinzuweisen**.

1. Zwar setzt der Beginn des Laufs der Klagefrist nach § 58 I VwGO keine Belehrung über die Formerfordernisse des einzulegenden Rechtsbehelfs voraus, eine **Rechtsbehelfsbelehrung ist** aber nicht nur dann **fehlerhaft, wenn eines der zwingend erforderlichen Elemente der Belehrung fehlt oder unrichtig ist**, sondern auch dann, **wenn sie einen unrichtigen oder irreführenden Zusatz enthält**, der geeignet ist, beim Betroffenen einen Irrtum über die formellen oder materiellen Voraussetzungen des in Betracht kommenden Rechtsbehelfs hervorzurufen und ihn dadurch abzuhalten, den Rechtsbehelf einzulegen bzw. rechtzeitig einzulegen (vgl. BVerwGE 57, 188; BVerfG DVBl. 2002, 1553).

*„In diesem Sinne irreführend ist der in der dem Kl. erteilten Rechtsbehelfsbelehrung enthaltene Hinweis, dass die Klage schriftlich oder zur Niederschrift des Urkundsbeamten der Geschäftsstelle erhoben werden könne, denn er ist bei einem objektiven Empfänger geeignet den **Eindruck zu erwecken, dass eine elektronische Klageerhebung nicht möglich ist**.“*

*Dabei kommt es nicht entscheidend darauf an, ob im Sinne der Verwaltungsgerichtsordnung die Klageerhebung durch Übersendung eines elektronischen Dokuments eine eigenständige Form der Klageerhebung neben der Schriftform oder der Niederschrift durch den Urkundsbeamten der Geschäftsstelle ist. Der Umstand, dass die Klageerhebung durch Übermittlung eines elektronischen Dokumentes in § 81 I VwGO nicht gesondert erwähnt wird, spricht freilich für die Annahme, dass nach der Terminologie der Verwaltungsgerichtsordnung die elektronische Klageerhebung als Unterfall der schriftlichen Klageerhebung zu verstehen sein könnte. Doch bereits durch die Verwaltungsgerichtsordnung selbst wird eine solche Begriffsbildung infrage gestellt. Wenn es etwa in § 58 I VwGO heißt, dass die Rechtsbehelfsbelehrung ihrerseits „schriftlich oder elektronisch“ zu erfolgen hat, deutet dies darauf hin, dass die elektronische Klageerhebung doch eine eigenständige Form neben der schriftlichen oder der Klageerhebung zur Niederschrift des Urkundsbeamten der Geschäftsstelle darstellt. Formulierungen in der Amtlichen Begründung zu § 130 a ZPO, der Parallelvorschrift zu § 86 a VwGO, der Vorgängerregelung des § 55 a VwGO, deuten in eine ähnliche Richtung, da dort das elektronische Dokument als „Alternative zur Schriftform“, „modifizierte Schriftform“ sowie „neue prozessuale Form“ charakterisiert wird (BT-Drs. 14/4987, Zu Art. 2, insb. zu Nr. 2, S. 23 f.).“ (VG Trier aaO)*

2. Schließlich trägt auch das bekl. Land selbst dazu bei, dass ein **objektiver Empfänger** den Hinweis auf die Möglichkeit der schriftlichen Klageerhebung dahingehend **missverstehen** kann, dass eine elektronische Klageerhebung nicht möglich sein soll.

*„In den an alle Behörden des Landes und der kommunalen Gebietskörperschaften sowie alle sonstigen der Aufsicht des Landes unterstehenden Körperschaften, Anstalten und Stiftungen des öffentlichen Rechts gerichteten*

Rundschreiben der Staatskanzlei und der Ministerien vom 01.02.2006 und vom 23.06.2008 sind zur Erleichterung der Erteilung von Rechtsbehelfsbelehrungen Muster für Rechtsbehelfsbelehrungen veröffentlicht worden, in denen Hinweise auf die Möglichkeit, Klagen schriftlich, in elektronischer Form und zur Niederschrift zu erheben, enthalten sind. Aufgrund dessen ist zu vermuten, dass der ausdrückliche Hinweis auf die Möglichkeit der elektronischen Klageerhebung bei rheinland-pfälzischen Behörden mittlerweile eine gewisse Verbreitung gefunden hat, so dass auch dies bei einem objektiven Empfänger den Eindruck hervorrufen kann, dass das Fehlen eines solchen Hinweises bedeutet, dass die elektronische Klageerhebung im konkreten nicht möglich ist. Im Übrigen enthalten auch die Rechtsmittelbelehrungen - zumindest - der rheinland-pfälzischen Verwaltungsgerichte einschließlich des Oberverwaltungsgerichts ausdrückliche Hinweise auf die Möglichkeit der elektronischen Einlegung von Rechtsmitteln.“ (VG Trier aaO)

3. Nach alledem ist der Hinweis auf die Möglichkeit, eine Klage schriftlich oder zur Niederschrift des Urkundsbeamten der Geschäftsstelle zu erheben, geeignet, bei einem **objektiven Empfänger** die **Fehlvorstellung hervorzurufen, dass eine elektronische Klageerhebung nicht möglich ist**, so dass die Monatsfrist des § 74 VwGO nicht zu laufen beginnt, sondern lediglich die Jahresfrist gem. § 58 II VwGO.

---

VwGO  
§ 113 I 1

**Bescheidanfechtung**  
**zulässiger „Austausch“ der Rechtsgrundlage**  
(OVG Schleswig in NVwZ 2010, 200; Urteil vom 26.05.2009 – 1 LB 38/08)

VwGO

Ein **angefochtener Bescheid kann unter einer anderen als der von der Behörde angewandten Rechtsgrundlage aufrechterhalten werden**. Ein solcher „Austausch“ der den Bescheid tragenden **Rechtsgrundlage** durch das Gericht ist **zulässig, wenn**

- die **Identität der im Bescheid getroffenen behördlichen Regelung nicht verändert** wird und
- der Bescheid und die ihn tragenden **Ermessenserwägungen** nach ihrem „normspezifischen Zuschnitt“ dadurch **keine Wesensänderung erfahren**.

„Die Verwaltungsgerichte haben im Rahmen des § 113 I 1 VwGO von Amts wegen zu prüfen, ob das materielle Recht die durch einen Verwaltungsakt getroffene Regelung trägt oder nicht. Hierzu gehört – in rechtlicher Hinsicht - die Prüfung, ob ein angegriffener Verwaltungsakt kraft einer anderen als der angegebenen Rechtsgrundlage rechtmäßig ist (vgl. BVerwGE 80, 96 ff.; BVerwGE 82, 185; BVerwG NVwZ 1991, 999). Weiter sind – in tatsächlicher Hinsicht – alle Umstände zu berücksichtigen, die die - gesamte oder teilweise - Aufrechterhaltung des angefochtenen Bescheids zu rechtfertigen vermögen (BVerwGE 95, 176/184).

Wird die in einem Bescheid (im „Bescheidtenor“) verfügte Regelung auf einer anderen Rechtsgrundlage als der im Bescheid genannten aufrechterhalten, lässt dies die Identität der im Bescheid getroffenen behördlichen Regelung unberührt, wenn sie **auf dasselbe Regelungsziel gerichtet** bleibt und infolge des „Austauschs“ der Rechtsgrundlage **keine Wesensänderung erfährt**.“ (OVG Schleswig aaO)

---

VwGO  
§ 138 Nr. 6

**Berufungszulassung**  
**mangelhafte Entscheidungsgründe**  
(OVG Bautzen in NVwZ-RR 2010, 167; Beschluss vom 18.09.2009 – 1 A 498/09)

VwGO

Eine **Entscheidung ist nur dann als nicht mit Gründen versehen** i. S. des § 138 Nr. 6 VwGO anzusehen, wenn sie so **mangelhaft begründet** ist, dass die **Entscheidungsgründe ihre Funktion nicht erfüllen** können.

„Nach der Rspr. des BVerwG (BVerwG NJW 1998, 3290 = NVwZ 1998, 1297), welcher der Senat folgt, bezieht sich § 138 Nr. 6 VwGO auf den notwendigen (formellen) Inhalt eines Urteils nach § 117 II Nr. 5 VwGO. Danach müssen im Urteil diejenigen **Entscheidungsgründe schriftlich niedergelegt** werden, **welche für die richterliche Überzeugungsbildung leitend gewesen sind** (vgl. § 108 I 2 VwGO). Sinn der Regelung des § 117 II Nr. 5 VwGO ist es zum einen, die Bet. über die dem Urteil zu Grunde liegenden tatsächlichen und rechtlichen Erwägungen zu unterrichten, und zum anderen, **dem RechtsmittelGer. die Nachprüfung der Entscheidung auf ihre inhaltliche Richtigkeit in prozessrechtlicher und materiell-rechtlicher Hinsicht zu ermöglichen** (BVerwGE 115, 1 = NVwZ 2002, 101 m.w. Nachw.).

Als nicht mit Gründen versehen i.S. des § 138 Nr. 6 VwGO ist eine Entscheidung deshalb nur dann anzusehen, wenn sie so mangelhaft begründet ist, dass die Entscheidungsgründe ihre doppelte Funktion nicht erfüllen können. Das ist dann der Fall, wenn dem Tenor der Entscheidung überhaupt keine Gründe beigegeben sind und im Übrigen auch dann, wenn die Begründung völlig unverständlich und verworren ist, so dass sie in Wirklichkeit nicht erkennen lässt, welche Überlegungen für die Entscheidung maßgebend gewesen sind (BVerwG, Buchholz 310 § 117 VwGO Nr. 31). Der „**grobe Formmangel**“ (vgl. BVerwG, Buchholz 310 § 133 VwGO Nr. 80) liegt mit anderen Worten immer dann vor, wenn die **Entscheidungsgründe rational nicht nachvollziehbar, sachlich inhaltslos oder aus sonstigen Gründen derart unbrauchbar** sind, dass die angeführten Gründe unter keinem denkbaren Gesichtspunkt geeignet sind, den Urteilstenor zu tragen. Nach allgemeiner Ansicht verletzt ein Urteil dagegen § 138 Nr. 6 VwGO nicht schon dann, wenn die Entscheidungsgründe lediglich unklar, unrichtig, unvollständig und oberflächlich sind.“ (OVG Bautzen aaO)

## Speziell für Rechtsanwälte und Notare

### Gebühren und Kosten

VVRVG  
Nr. 1000

#### **Einigungsgebühr** **Verzicht auf Durchführung des Versorgungsausgleichs**

RVG

(OLG Karlsruhe in Rpfleger 2010, 110; Beschluss vom 28.08.2009 – 16 WF 133/09)

**Steht zum Zeitpunkt des Abschlusses einer gerichtlichen Vereinbarung** nach § 1587o BGB, mit der die Parteien wechselseitig auf die Durchführung des Versorgungsausgleichs verzichten, die **Person des Ausgleichsberechtigten noch nicht fest, fällt eine Einigungsgebühr gem. Nr. 1000 VVRVG an.**

- I. Gem. Nr. 1000 VV RVG entsteht eine **Einigungsgebühr für die Mitwirkung beim Abschluss eines Vertrages, durch den der Streit oder die Ungewissheit der Parteien über ein Rechtsverhältnis beseitigt wird**, es sei denn, der Vertrag beschränkt sich ausschließlich auf ein Anerkenntnis oder einen Verzicht. Das Rechtsanwaltsvergütungsgesetz (RVG), das gem. Art. 8 des Gesetzes zur Modernisierung des Kostenrechts (Kostenrechtsmodernisierungsgesetz – KostRMoG, BGBl I, 718) als dessen Art. 3 (BGBl. I, 788) zum 01. Juli 2004 in Kraft getreten ist, ersetzt mit Nr. 1000 VV RVG den bis dahin gültigen § 23 BRAGO. In diesem wurde die Vergleichsgebühr geregelt. Für die Festsetzung einer Vergleichsgebühr war ein **gegenseitiges Nachgeben** erforderlich, durch den der Streit oder die Ungewissheit über ein Rechtsverhältnis beseitigt wurde. Dies ist für die Festsetzung einer Einigungsgebühr nicht der Fall.

*„Soweit OLG Karlsruhe bisher auch zu Nr. 1000 VV RVG für die Festsetzung einer Einigungsgebühr auf ein gegenseitiges Nachgeben abgestellt hat (OLG Karlsruhe FamRZ 2007, 843), wird hieran nicht festgehalten. Maßgeblich ist nach dem Wortlaut der Vorschrift, dass ein Streit oder eine Ungewissheit über ein Rechtsverhältnis beseitigt wird und sich die Streitbeilegung nicht in einem Anerkenntnis oder Verzicht erschöpft.“ (OLG Karlsruhe aaO)*

- II. Gleichwohl entsteht nach **bisheriger Rspr. des OLG Karlsruhe** dann **keine Einigungsgebühr, wenn sich die Regelung in einem bloßen Verzicht erschöpft.**

Dies hat OLG Karlsruhe FamRZ 2007, 843 auch für den Fall der fehlenden Klärung der in der Ehezeit erworbenen Versorgungsansprüchen mit der Begründung angenommen, dass letztlich nur eine der Prozessparteien vollständig auf den ihr allein zustehenden Ausgleich verzichte, da der Versorgungsausgleich nur einem der Ehepartner zustehe (OLG Karlsruhe aaO, unter Bezugnahme auf OLG Stuttgart FamRZ 2007, 232; im dort zugrundeliegenden Verfahren lagen allerdings sämtliche Auskünfte vor).

Die **überwiegende Auffassung in Rspr. und Lit. folgt dem nicht**: Das OLG Düsseldorf vertritt die Auffassung, dass dann, wenn wegen fehlender Aufklärung der Anrechte noch nicht einmal die Person des Ausgleichsberechtigten feststehe, der von jeder Partei erklärte Verzicht nur so verstanden werden könne, dass jede Partei für den Fall, dass sich ein Ausgleich zu ihren Gunsten ergebe würde, auf einen Ausgleich verzichte. Dann könne nicht von einem einseitigen Verzicht des letztlich Ausgleichsberechtigten ausgegangen werden.

OLG Düsseldorf FamRZ 2008, 1463; ebenso: OLG Köln NJW 2009, 237; OLG Naumburg FamRZ 2009, 1089; OLG Dresden NJW-Spezial 2009, 524; Gerold/Schmidt/Müller-Rabe, RVG, 18. Auflage, Rdn. 189 zu Nr. 1000 VV; Bischof/Jungbauer, RVG, 3. Auflage, Rn 93 zu Nr. 1000 VV; Hartmann, Kostengesetze, 39. Auflage, Rn 26 zu Nr. 1000 VV

Anders sei es nur in den Fällen, in denen nach Einholung der Auskünfte bereits feststehe, wem und in welcher Höhe der Versorgungsausgleich zustehe; dann werde schon keine Ungewissheit über ein Rechtsverhältnis beseitigt mit der Folge, dass keine Einigungsgebühr entstehe. Auch wenn die Person des Ausgleichsberechtigten, nicht aber die Höhe des durchzuführenden Versorgungsausgleichs feststehe, könne keine Einigungsgebühr zugesprochen werden, weil dann nur ein einseitiger Verzicht vorliege (OLG Düsseldorf FamRZ 2008, 2142).

- III. **OLG Karlsruhe aaO schließt sich** unter Aufgabe seiner bisherigen Rspr. **nunmehr der überwiegenden Meinung in Lit. und Rspr. an.**

*„Wenn die Person des Ausgleichsberechtigten in einem Versorgungsausgleichsverfahren noch nicht feststeht, kann nicht davon ausgegangen werden, dass nur eine Partei auf einen ihr zustehenden Anspruch verzichtet. Nach dem zweiten Halbsatz des Abs. 1 der Nr. 1000 VV RVG reicht nur die bloße Annahme eines einseitigen Verzichts oder ein Anerkenntnis für die Entstehung der Einigungsgebühr nicht aus (BGH MDR 2007, 492). Im Hinblick auf das ungeklärte Ausgleichsverhältnis kann zum Zeitpunkt des Abschlusses der Vereinbarung, auf den abzustellen ist, sowohl der einen als auch der anderen Partei ein Ausgleichsanspruch zustehen. Damit liegt jedoch kein einseitiger Verzicht vor, der den Anfall einer Einigungsgebühr ausschließen würde.“ (OLG Karlsruhe aaO)*

(BGH in FamRZ 2010, 197; Beschluss vom 18.11.2009 – XII ZB 152/09)

Dem Bekl. ist **Prozesskostenhilfe auch noch nach Klagerücknahme zu bewilligen, wenn die Rechtsverteidigung und die Prozesskostenhilfeantragstellung bereits zuvor erfolgt waren und die Rechtsverteidigung hinreichende Aussicht auf Erfolg hatte.**

I. Die **Frage, ob** bei Vorliegen der sachlichen und persönlichen Voraussetzungen auch **nach Rücknahme der Klage vor Entscheidungsreife** noch **Prozesskostenhilfe für die Rechtsverteidigung zu bewilligen ist, ist vom BGH bislang nicht entschieden, in Rspr. und Lit. ist sie umstritten.**

1. **Zum einen wird vertreten, dass Prozesskostenhilfe für die Rechtsverteidigung nicht mehr bewilligt werden kann, wenn die Klage bereits bei Entscheidungsreife des Prozesskostenhilfesuchts zurückgenommen worden war.**

OLG Hamburg OLGR 1997, 13; jeweils zur teilweisen Klagerücknahme: OLG Hamm FamRZ 2003, 1761; OLG Celle OLGR 1999, 215; OLG Brandenburg OLGR 2007, 246; Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann, ZPO, 67. Aufl., § 114 Rn 94; Kalthoener/Büttner/Wrobel-Sachs, Prozesskostenhilfe und Beratungshilfe, 4. Aufl., Rn 483; Zöller/Philippi, § 119 Rn 45

Etwas anderes soll nur dann gelten, wenn die Klage nach Entscheidungsreife zurückgenommen wird. Hat das Gericht die Bewilligungsentscheidung durch nachlässige Bearbeitung verzögert und ist dadurch eine ursprünglich bestehende Erfolgsaussicht nachträglich weggefallen, so soll Prozesskostenhilfe bewilligt werden können (OLG Hamm aaO; OLG Hamburg aaO).

Dabei wird u.a. darauf abgestellt, dass der Rechtsstreit gem. § 269 III 1 ZPO nach Klagerücknahme als nicht anhängig geworden anzusehen sei, so dass eine Rechtsverteidigung nicht mehr möglich sei (vgl. OLG Hamburg aaO).

2. Nach der **Gegenmeinung** kann dem Bekl. **auch nach Rücknahme der Klage** und damit nach Abschluss des Verfahrens **Prozesskostenhilfe für seine Rechtsverteidigung bewilligt** werden.

OLG Hamm FamRZ 2005, 463; OLG Köln MDR 1997, 690; OLG Frankfurt NJW-RR 1995, 703; Zimmermann, Prozesskostenhilfe, 3. Aufl., Rn 265

Diese Auffassung wird u.a. damit begründet, dass man dem Bekl. die Möglichkeit für seine Rechtsverteidigung entziehen würde, wenn man die Bewilligung von Prozesskostenhilfe für die Rechtsverteidigung nach Klagerücknahme ablehnen würde. Dass das Verteidigungsvorbringen so überzeugend sei, dass der Kläger mit der sofortigen Klagerücknahme reagiere, dürfe nicht zu Lasten des Beklagten gehen und zur Folge haben, dass dieser seinen Rechtsanwalt selbst bezahlen müsse (OLG Hamm aaO). Ferner wird darauf hingewiesen, dass die Bescheidung des Prozesskostenhilfeantrages nicht voraussetze, dass der Rechtsstreit schon oder noch anhängig sei; vielmehr handle es sich um zwei verschiedene Verfahren (OLG Köln aaO; OLG Frankfurt aaO).

3. Das **OLG München** (FamRZ 2001, 1309) vertritt eine **vermittelnde Auffassung**: Zwar kann auch seiner Ansicht nach die Rücknahme eines Antrages die Erfolgsaussicht entfallen lassen. Es stellt dabei aber maßgeblich darauf ab, ob das Gericht (zugunsten der Prozesskostenhilfe begehrenden Partei) bereits eine Kostenentscheidung erlassen habe (s. auch OLG Hamm FamRZ 2003, 1761); sei dies nicht der Fall, habe die Rechtsverteidigung noch Aussicht auf Erfolg, weil das Verfahren noch nicht endgültig abgeschlossen sei (OLG München aaO).

II. **BGH aaO** folgt der unter 2) dargestellten Auffassung, wonach dem Bekl. auch noch nach Rücknahme der Klage und damit nach Abschluss des Verfahrens Prozesskostenhilfe für seine Rechtsverteidigung bewilligt werden kann.

1. Gem. **§ 114 S.1 ZPO** ist Prozesskostenhilfe zu bewilligen, wenn die Rechtsverteidigung hinreichende Aussicht auf Erfolg bietet und nicht mutwillig erscheint. Diese **Voraussetzungen sind erfüllt, wenn Rechtsverteidigung und Prozesskostenhilfeantragstellung bereits vor Klagerücknahme erfolgt** waren und die Rechtsverteidigung hinreichende Aussicht auf Erfolg hatte.

*„Zwar weist die Gegenauffassung zutreffend darauf hin, dass mit der Klagerücknahme der Rechtsstreit gem. § 269 III 1 ZPO als nicht anhängig bzw. rechtshängig geworden anzusehen sei (vgl. etwa OLG Hamburg OLGR 1997, 13). Dieser Umstand steht einer Bewilligung von Prozesskostenhilfe indes nicht entgegen: Denn § 114 S. 1 ZPO setzt für die Bewilligung der Prozesskostenhilfe die bereits oder noch bestehende Anhängigkeit des entsprechenden Hauptsacheverfahrens nicht voraus. Insoweit handelt es sich bei dem Prozesskostenhilfeverfahren einerseits und dem Hauptsacheverfahren andererseits um zwei verschiedene Verfahren (vgl. BGHZ 91, 311; OLG Frankfurt NJW-RR 1995, 703; OLG Köln MDR 1997, 690).“* (BGH aaO)

2. Der Bewilligung von Prozesskostenhilfe **steht auch nicht entgegen, dass die Rechtsverteidigung bereits erfolgt ist.**

*„Denn § 114 S. 1 ZPO setzt nicht voraus, dass die Rechtsverteidigung, für die um Prozesskostenhilfe nachgesucht wird, im Zeitpunkt der Entscheidung noch aussteht. Die Rechtsverteidigung kann vielmehr bei Antragsstellung auch schon begonnen haben (Musielak/Fischer, ZPO, 7. Aufl., § 114 Rn 13).“*

Dem Bekl. ist es regelmäßig nicht zumutbar, sich auf eine Prüfung der Rechtsfragen im Prozesskostenhilfeprüfungsverfahren zu beschränken. Zutreffend weist das OLG Hamm (FamRZ 2005, 463) darauf hin, dass man - folgte man der Gegenauffassung - dem Bekl. die Möglichkeit für seine Rechtsverteidigung entzöge. Denn in einem bereits anhängigen Verfahren, in dem Fristen laufen, wird er sich regelmäßig bereits in der Sache verteidigen müssen, will er nicht Rechtsnachteile hinnehmen. Um sich sachgerecht verteidigen zu können, wird er vielfach einen Rechtsanwalt beauftragen und dadurch Kosten verursachen müssen.

Dies gilt umso mehr, wenn sich die beklagte Partei gegen ein bereits erlassenes Versäumnisurteil verteidigen will, weil dieses gem. § 709 Nr. 2 ZPO ohne Sicherheitsleistung vorläufig vollstreckbar ist. Insoweit hat das Verfahren - anders als etwa bei einer noch nicht begründeten Revision (vgl. BGH NJW 1982, 446) - einen Stand erreicht, in dem die beklagte Partei zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung der Vertretung eines Anwaltes bedurfte.“ (BGH aaO)

3. Zudem spricht einiges dafür, dass die Klägerseite **erst das - Erfolg versprechende - Verteidigungsvorbringen dazu veranlasst hat, die Klage zurückzunehmen** (vgl. dazu auch OLG Hamm FamRZ 2005, 463).

„Würde man hier Prozesskostenhilfe versagen, hinge es schließlich vom Zufall ab, nämlich vom Zeitpunkt der Klagerücknahme (vor oder nach Prozesskostenhilfebewilligung), ob der hilfsbedürftigen Partei der Anspruch auf Gewährung einer staatlichen Sozialleistung rückwirkend genommen wird.

Etwas anderes gilt allerdings dann, wenn die Beklagtenseite im Zeitpunkt der Klagerücknahme lediglich Prozesskostenhilfe beantragt, sich in der Sache aber noch nicht verteidigt hatte. Denn in diesem Fall fehlt es an einer Rechtsverteidigung. Da die Klage zurückgenommen wurde, bleibt auch kein Raum mehr für eine beabsichtigte Rechtsverteidigung. Würde man hier Prozesskostenhilfe bewilligen, liefe das auf Prozesskostenhilfe für das Prozesskostenhilfe-Prüfungsverfahren hinaus, worauf nach den §§ 114 ff. ZPO indes kein Anspruch besteht.“ (BGH aaO)

RVG  
§ 15a

### Anrechnung der Geschäftsgebühr maßgeblicher Zeitpunkt der Anwendung des § 15a RVG

RVG

(OLG Koblenz in NJOZ 2010, 52; Beschluss vom 01.09.2009 – 14 W 553/09)

**§ 15a RVG ist in allen noch nicht rechtskräftig abgeschlossenen Kostenfestsetzungsverfahren unmittelbar anzuwenden.**

„Die Regelung des § 15a RVG findet nach Auffassung des Senats in allen noch nicht rechtskräftig abgeschlossenen Kostenfestsetzungsverfahren Anwendung, da sie am 05.08.2009 unmittelbar in Kraft getreten ist (ebenso OLG Stuttgart BeckRS 2009, 22700; OVG Münster BeckRS 2009, 37678; a.A. LAG Hessen BeckRS 2009, 68213).

**§ 60 I RVG steht** einer solchen Sichtweise **nicht entgegen**: Nach § 60 RVG ist die Vergütung nach bisherigem Recht zu berechnen, wenn der unbedingte Auftrag zur Erledigung derselben Angelegenheit i.S. des § 15 RVG vor dem Inkrafttreten einer Gesetzesänderung erteilt oder der Rechtsanwalt vor diesem Zeitpunkt gerichtlich bestellt oder beigeordnet worden ist. Dem reinen Wortlaut folgend, wäre für die Anwendung des § 15a RVG damit auf den Zeitpunkt der Erteilung des Auftrags abzustellen, wobei an dieser Stelle dahin stehen könnte, ob auf den die Geschäftsgebühr oder den die Verfahrensgebühr auslösenden Zeitpunkt der Auftragserteilung abzustellen ist.

Es kann aber **nicht unberücksichtigt bleiben, dass der Gesetzgeber davon ausgegangen ist, dass die in § 15a RVG niedergelegten Grundsätze von Anfang an seiner Intension entsprochen haben** und aus seiner Sicht der BGH (NJW 2008, 1323; BGH WuM 2008, 618; BGH NJW-RR 2008, 1095; BGH AGS 2008, 44AGS 2008, 377, jeweils m.w. Nachw.) einer vom wahren Willen des Gesetzgebers abweichenden Auslegung den Vorzug gegeben hat (BT-Dr 16/12717, S. 67, 68). Ziel der Einführung von § 15a RVG war also nicht eine Änderung des Gesetzes, sondern eine Änderung der Rechtsprechung. Der Gesetzgeber wollte den unverändert vorhandenen Begriff der Anrechnung klären (BT-Dr 16/12717, S. 68). Der Gesetzgeber führt wörtlich aus:

„Da die Geschäftsgebühr für die außergerichtliche Vertretung nach Vorbem. 3 IV VV-RVG zur Hälfte auf die Verfahrensgebühr für die Vertretung im Prozess anzurechnen ist, mindert sich der Anspruch auf die Erstattung der Verfahrensgebühr entsprechend. Eine kostenbewusste Partei müsste deshalb die außergerichtliche Einschaltung eines Rechtsanwalts ablehnen und ihm stattdessen sofort Prozessauftrag erteilen. Soweit Rahmengebühren anzurechnen sind, wird das Kostenfestsetzungsverfahren überdies mit einer materiell-rechtlichen Prüfung belastet, für die es sich nicht eignet. Beides läuft unmittelbar den Absichten zuwider, die der Gesetzgeber mit dem Rechtsanwaltsvergütungsgesetz verfolgt hat.“

Wollte aber der Gesetzgeber mit der Einführung des § 15a RVG im Kern eine Rspr. bei aus seiner Sicht unveränderter Gesetzeslage ändern und nicht das Gesetz selbst, so ist dieser Fall von § 60 I 1 RVG nicht erfasst (im Ergebnis ebenso OLG Stuttgart BeckRS 2009, 22700; OVG Münster BeckRS 2009, 37678; Hansens AnwBl 2009, 535; Schons AGS 2009, 216; Kallenbach AnwBl 2009, 442). Die abweichende Auffassung des LAG Hessen (BeckRS 2009, 68213) überzeugt den Senat nicht.

Eine solche Sichtweise ist auch im Ergebnis **sachgerecht**, weil sie einen von der Praxis einhellig als unbefriedigend erachteten Zustand beseitigt und eine klare Zäsur schafft, statt über Jahre eine gesplittete Kostenfestsetzung mit der jeweils erforderlichen Feststellung der Auftragserteilung und den hierbei auftretenden weiteren Streitfragen zu belasten.“ (OLG Koblenz aaO)

VVRVG  
Nr. 2300 - 2303

### Geschäftsgebühr Anrechnung bei Tätigkeit verschiedener Rechtsanwälte

RVG

(BGH in MDR 2010, 293; Beschluss vom 10.12.2009 – VII ZB 41/09)

Die **Anrechnung einer Geschäftsgebühr nach Nr. 2300 - 2303 VVRVG** auf die Verfahrensgebühr des gerichtlichen Verfahrens kommt **nicht** in Betracht, **wenn beide Gebühren von verschiedenen Rechtsanwälten verdient worden sind.**

„Der BGH hat entschieden, dass die einem Rechtsanwalt vorgerichtlich erwachsene Geschäftsgebühr in Anwendung der Anrechnungsvorschrift der Vorbem. 3 IV RVG VV teilweise auf die im gerichtlichen Verfahren entstandene Verfahrensgebühr anzurechnen ist und der Prozessgegner sich im Kostenfestsetzungsverfahren auf diese Anrechnung berufen kann (vgl. z.B. BGH NJW 2008, 1323).

Eine Kürzung der Verfahrensgebühr im Kostenfestsetzungsverfahren kommt nach dieser Rspr. jedoch nur dann in Betracht, wenn **im Innenverhältnis zwischen Rechtsanwalt und Mandant eine Anrechnung zu erfolgen hat**. Entscheidend für die Anrechnung und damit für die von selbst einsetzende Kürzung der Verfahrensgebühr ist nämlich, ob der Rechtsanwalt zum Zeitpunkt des Entstehens der Verfahrensgebühr schon einen Anspruch auf eine Geschäftsgebühr aus seinem vorprozessualen Tätigwerden erlangt hat. Hat der erstmals im Verfahren tätige Anwalt eine solche Gebühr nicht verdient, wovon das Beschwer- degericht - von der Rechtsbeschwerde nicht angegriffen - ausgeht, so scheidet eine Anrechnung aus. Die von einem anderen, vorprozessual tätigen Anwalt verdiente Gebühr muss sich der prozessual tätige Anwalt nicht anrechnen lassen.

Die Ast. macht geltend, aus dem Grundsatz, dass eine Partei die Kosten so gering wie möglich zu halten habe und aus Art. 3 GG folge, dass sie so gestellt werden müsse, als habe der Ag. nur einen Anwalt beauftragt; in diesem Fall wäre die Verfahrensgebühr nach der Rspr. des BGH vor Geltung des § 15 a RVG zu kürzen gewesen. Diese Rüge ist unbegründet: Die Ast. verkennt, dass die **Anrechnungsregelung der Vorbem. 3 IV VV RVG nicht dem Schutz des Prozessgegners dient**. Unabhängig davon, ob § 15 a RVG auf das vor seinem Inkrafttreten eingeleitete und zu diesem Zeitpunkt noch nicht beendete Kostenfestsetzungsverfahren anwendbar ist (vgl. BGH NJW 2009, 3101), besteht kein Anlass die Verfahrensgebühr nur deshalb zu kürzen, weil eine Partei vorprozessual einen anderen Anwalt hatte, der allein die Geschäftsgebühr verdient hat.“ (BGH aaO)

VV RVG  
Nr. 3202

### Terminsgebühr im Berufungsverfahren für Mitwirkung an Besprechung

RVG

(OLG München in Rpfleger 2010, 163; Beschluss vom 29.10.2009 – 11 W 1953/09)

Die **Terminsgebühr für die Berufungsinstanz** nach Nr. 3202 VV RVG entsteht nach Vorbem. 3 III VV RVG **auch dann, wenn die Prozessbevollmächtigten der Parteien an einer auf die Vermeidung oder Erledigung des Verfahrens gerichteten Besprechung mitgewirkt haben und die Berufung sodann zurückgenommen wurde, bevor ein Verhandlungstermin anberaumt wurde.**

- I. Mit der Einführung der Terminsgebühr nach dem RVG, die sowohl die Verhandlungs- als auch die Erörterungsgebühr nach § 31 I Nr. 2 und 4 BRAGO ersetzt, **sollte erreicht werden, dass der Anwalt** nach seiner Bestellung zum Verfahrens- oder Prozessbevollmächtigten **in jeder Phase des Verfahrens zu einer möglichst frühen, der Sach- und Rechtslage entsprechenden Beendigung des Verfahrens beiträgt**. Deshalb soll die **Gebühr auch schon verdient sein, wenn der Rechtsanwalt an auf die Erledigung des Verfahrens gerichteten Besprechungen ohne Beteiligung des Gerichts mitwirkt**, insbesondere wenn diese auf den Abschluss des Verfahrens durch eine gütliche Regelung zielen (BT-Drucksache 15/1971, Seite 209).
- II. Eine **Terminsgebühr** kann nach Vorbem. 3 III VV RVG **in folgenden Fällen** entstehen:
  - für die **Vertretung in einem Verhandlungs-, Erörterungs- oder Beweisaufnahmetermin**;
  - für die **Wahrnehmung eines von einem gerichtlich bestellten Sachverständigen anberaumten Termins**;
  - für die **Mitwirkung an** auf die Vermeidung oder Erledigung des Verfahrens gerichteten **Besprechungen** auch ohne Beteiligung des Gerichts.

Daneben kann nach Abs. 1 der Anm. zu Nr. 3104 VV RVG, die nach Abs. 1 der Anm. zu Nr. 3202 VV RVG auch für die Terminsgebühr im Berufungsverfahren gilt, eine **Terminsgebühr auch in** im einzelnen aufgeführten **Fällen** entstehen, **in denen keine mündliche Verhandlung stattgefunden hat**, sondern der Rechtsanwalt nur schriftlich tätig geworden ist. In diesen Fällen ist dafür außerdem Voraussetzung, dass in den betreffenden Verfahren eine mündliche Verhandlung vorgeschrieben ist, da nur dann die schriftliche Tätigkeit des Anwalts einen Verhandlungstermin ersetzen und somit auch vergütungsrechtlich als gleichwertig angesehen werden kann (BT-Drucksache 15/1971, S. 212).

„Diese Vorschrift enthält allerdings **keine Einschränkung der Grundregel** der Vorbem. 3 III, **sondern ergänzt und erweitert diese auf Fälle, in denen eine mündliche Verhandlung oder Besprechung, ob mit oder ohne Beteiligung des Gerichts, nicht stattfand** (Gerold/Schmidt/Müller-Rabe RVG 18. Auflage, Nr. 3104 VV RVG Rn 7; Schneider/Wahlen, 3. Auflage, Nr. 3140 VV RVG Rn 1). Daraus folgt, dass bei Vorliegen der Voraussetzungen der Vorbem. 3 III die Entstehung einer Terminsgebühr nicht davon abhängig ist, dass zusätzlich eine der Voraussetzungen der Anmerkung zu Nr. 3104 VV RVG vorliegt (Gerold/Schmidt/Müller-Rabe aaO Vorb. 3 VV RVG Rn 92; so auch jedenfalls für das Berufungsverfahren OLG Dresden NJW-RR 2008, 1667).“ (OLG München aaO)

- III. Der gegenteiligen Ansicht (BGH JurBüro 2007, 252 und BGH JurBüro 2007, 525) kann sich der Senat nicht anschließen.

„Schon der **Wortlaut** der Anm. zu Nr. 3104 VV RVG, Abs. 1, besagt, dass die Terminsgebühr „auch“, aber nicht „nur“ unter den darin genannten Voraussetzungen entsteht, während die Vorbem. 3 III VV RVG gerade keine Beschränkung auf bestimmte Verfahrensarten enthält. Würde die Anm. zu Nr. 3104 VV RVG eine gleichwohl zu beachtende Einschränkung der allgemeinen Voraussetzungen nach Vorb. 3 III VV RVG darstellen, könnte z. B. im Mahnverfahren grds. keine Terminsgebühr anfallen, während die Vorbemerkung 3.3.2. VV RVG eine solche gerade vorsieht. Ebenso könnte in vielen Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit, die auch keine obligatorische mündliche Verhandlung kennen, nie eine Terminsgebühr nach Vorbem. 3 III 3. Alt. VV RVG anfallen. Entsprechendes gilt für eine Terminsgebühr nach Vorbem. 3 III 2. Alt. VV RVG im selbstständigen Beweisverfahren, deren Anfall jedoch allgemein für möglich gehalten wird (s. Bischof/Jungbauer, RVG, 3. Aufl., Vorb. 3 VV RVG Rn 36). Dies würde der erklärten **Absicht des**

**Gesetzgebers**, die rasche und einvernehmliche Beilegung von Rechtsstreitigkeiten zu fördern, widersprechen. Etwas anderes ergibt sich auch nicht aus der Begründung zum Gesetzentwurf (BT Drucksache 15/1971 S. 212). Der Aufwand des Anwalts, auf den diese abstellt, ist nämlich im Fall einer Verhandlung mit dem Prozessgegner nicht deswegen geringer oder weniger wert, weil eine mündliche Verhandlung im konkreten Fall nicht vorgeschrieben ist. Dies wird besonders dann deutlich, wenn wie im vorliegenden Fall die Berufung nicht nach § 522 II ZPO zurückgewiesen, sondern letztlich vom Berufungsführer zurückgenommen wird, und dadurch die vom Gesetzgeber angestrebten Ziele, nämlich sowohl eine frühzeitige Beendigung des Rechtsmittelverfahrens als auch eine Entlastung der Gerichte, erreicht wurden.“ (OLG München aaO)

StPO

## Kostenentscheidung bei Freispruch

StPO

§ 467 III 2 Nr. 1

keine analoge Anwendbarkeit

(OLG Brandenburg in NStZ-RR 2010, 95; Beschluss vom 27.04.2009 – 1 Ws 28/09)

Die **Anwendung des Ausnahmetatbestands** des § 467 III 2 Nr. 1 StPO **setzt die Abgabe einer belastenden oder die Unterlassung einer entlastenden Erklärung des Besch. im Ermittlungsverfahren** gegenüber einer Strafverfolgungsbehörde oder dem Ermittlungsrichter **voraus**. Die Vorschrift ist **nicht auf Erklärungen bzw. Unterlassungen des Angekl. in Verfahrensabschnitten nach Anklageerhebung anzuwenden**. Angesichts des Fehlens einer planwidrigen Regelungslücke ist auch eine analoge Anwendung des § 467 III 2 Nr. 1 StPO zu Lasten des freigesprochenen Angekl. nicht möglich

- I. Gem. **§ 467 I StPO trägt im Falle des Freispruches** des Angekl. **grds. die Staatskasse die Kosten des Verfahrens und die notwendigen Auslagen des Angekl.** Ausnahmsweise kann jedoch das Gericht nach § 467 III 2 Nr. 1 StPO davon absehen, die notwendigen Auslagen des Angekl. der Staatskasse aufzuerlegen, wenn er die Erhebung der öffentlichen Klage dadurch veranlasst hat, dass er sich selbst in wesentlichen Punkten wahrheitswidrig oder im Widerspruch zu seinen späteren Erklärungen belastet oder wesentliche entlastende Umstände verschwiegen hat, obwohl er sich zur Beschuldigung geäußert hat.
- II. Der **Ausnahmetatbestand des § 467 III 2 Nr. 1 StPO setzt die Abgabe einer belastenden Erklärung des Besch.** im Ermittlungsverfahren entweder im Rahmen einer förmlichen Vernehmung oder anlässlich einer informatorischen Befragung gegenüber einer Strafverfolgungsbehörde oder dem Ermittlungsrichter **voraus** (vgl. Gieg, KK-StPO, 6. Aufl., § 467 Rn 7; Meyer-Goßner, StPO, 51. Aufl., § 467 Rn 8).
- III. Auch **lässt sich die Vorschrift** auf die vorliegende Fallgestaltung, dass die in § 467 III 2 Nr. 1 StPO benannten Erklärungen bzw. Unterlassungen des Angekl. in Verfahrensabschnitten nach Anklageerhebung erfolgen, **nicht ausdehnen**. Bei der Regelung des § 467 III 2 Nr. 1 StPO handelt es sich bereits **nach ihrem Wortlaut um eine präzise formulierte und klar umrissene Ausnahmeregelung zulasten des freigesprochenen Angekl.**, die **für eine erweiternde Auslegung keinen Raum** lässt (OLG Frankfurt a.M. JürBüro 1981, 886). Darüber hinaus steht einer solchen Auslegung der Grundsatz entgegen, dass Ausnahmebestimmungen eng auszulegen sind (Meyer-Goßner, Einl. Rn 199).
- IV. Zudem **scheidet eine analoge Anwendung** des § 467 III 2 Nr. 1 StPO **aus**.

*„Die Voraussetzungen für eine analoge Anwendung liegen nicht vor. Dieser steht das Fehlen einer unbeabsichtigten Regelungslücke in der Vorschrift des § 467 StPO entgegen (vgl. Meyer-Goßner, § 467 Rn 11; Gieg aaO § 467 Rn 6; Degener, SK-StPO, § 467 Rn 15; Hilger, Löwe/Rosenberg, StPO, 25. Aufl., § 467 Rn 47; OLG Frankfurt a.M. JürBüro 1981, 886; OLG Koblenz MDR 1982, 252).*

*Um eine planwidrige Lücke handelt es sich dann, wenn der Gesetzgeber bei der Fassung einer Bestimmung einen Fall ersichtlich nicht bedacht hat. Dem Willen des Gesetzgebers im Rahmen der Neufassung des § 467 StPO durch das EG OWiG vom 24.05.1968 (BGBl. I, S. 503) ist zu entnehmen, dass er ausdrücklich darauf verzichtet hat, eine – über die in § 467 III StPO beschriebenen Ausnahmefälle hinausgehende – allgemeine Versagungsregelung des Auslagenansatzes aufzunehmen, weil er die Schaffung einer unbestimmten und damit in der Praxis schwierig zu handhabenden Regelung verhindern wollte (vgl. Bericht des Rechtsausschusses des Bundestages, BT-Dr., V/2600, Nr. 21). Danach war sich der Gesetzgeber sehr wohl darüber im Klaren, dass über die gesetzlich normierten Fälle des § 467 III StPO hinaus weitere Konstellationen denkbar sind, welche es rechtfertigen können, die Auslagen des Angekl. trotz seines Freispruches nicht der Staatskasse aufzuerlegen.*

*Gleichwohl hat der Gesetzgeber bewusst von einer allgemeinen Unbilligkeitsklausel und damit auch von einer Ausdehnung des Anwendungsbereichs der Vorschrift auf den Zeitraum nach Anklageerhebung abgesehen. Zwar lässt sich dem Normgebungsverfahren nicht explizit entnehmen, ob der Gesetzgeber im Rahmen seiner damaligen Entscheidung gegen die Aufnahme einer Unbilligkeitsklausel gerade auch die vorliegende Fallgestaltung vor Augen hatte, jedoch spricht für deren planmäßige und bewusste Nichterfassung das Verhalten des Gesetzgebers selbst. Denn er hätte in der Vergangenheit durchaus eine Änderung der Vorschrift herbeiführen können, wenn er bei der Fassung der Bestimmung die vorliegende Fallkonstellation übersehen hätte. Stattdessen hat er es seit der Neufassung des § 467 StPO im Jahr 1968 konsequent unterlassen, über die von Anfang an normierten Ausnahmefälle des § 467 III StPO hinaus weitere Ausnahmetatbestände zu schaffen, obwohl seit Jahren von der Rspr. und der Lit. die Konsequenzen der geltenden Gesetzeslage kritisiert worden sind (vgl. hierzu Hilger, § 467 Rn 47) und daher davon auszugehen ist, dass diese auch dem Gesetzgeber bekannt sind.*

*Die daraus resultierenden und in der Sache auch durchaus nachvollziehbaren Versuche der Rspr., die Grenzen des § 467 III 2 Nr. 1 StPO im Wege der analogen Anwendung dieser Vorschrift zu sprengen (vgl. hierzu OLG Koblenz MDR 1980, 162; OLG Hamm MDR 1981, 423; OLG München NStZ 1984, 185; OLG Düsseldorf MDR 1996, 319) mögen verfassungsrechtlich unbedenklich sein (vgl. hierzu BVerfG NJW 1982, 275, die Auslagerstattung im Bußgeldverfahren betreffend). Der Senat hält jedoch – angesichts des Fehlens einer planwidrigen Regelungslücke – eine analoge Anwendung des § 467 III 2 Nr. 1 StPO zu Lasten des freigesprochenen Angekl. nicht für möglich.“ (OLG Brandenburg aaO).*

## Aus der Praxis

**BRAO**

§§ 7 Nr.8, 14 II Nr.8

**Feierabendanwalt**

**kein Anspruch auf Zulassung als Rechtsanwalt**

**RA/Nt**

(BGH in AnwBI 2010, 214; Beschluss vom 09.11.2009 – AnwZ (B) 83/08)

Ein im **Hauptberuf als Sachbearbeiter** mit einer **wöchentlichen Arbeitszeit von 38,5 Stunden** tätiger Jurist hat – selbst wenn eine Freistellungserklärung des Arbeitgebers vorliegt – **keinen Anspruch auf Zulassung** als Rechtsanwalt.

*„In seinem Hauptberuf als Sachbearbeiter hat der Ast. 38,5 Stunden in der Woche zu arbeiten. Nähere Angaben dazu, zu welchen Zeiten er seinem Hauptberuf nachgeht, hat er nicht gemacht. Aus der vom Anwaltsgerichtshof eingeholten Auskunft ergibt sich, dass Sachbearbeiter und Referenten - eine solche Stellung hat der Ast. inne - eine Präsenzpflicht trifft. Der Ast. hat die 38,5 Stunden pro Woche an seinem Arbeitsplatz zu verbringen und in dieser Zeit nach Weisung seiner Vorgesetzten zu arbeiten. Seine **Arbeitszeit im Hauptberuf steht** danach **für eine Anwaltstätigkeit grds. nicht zur Verfügung.***

*Für seine Anwaltstätigkeit bleibt dem Ast. folglich rechtlich gesehen nur diejenige Zeit, die er nicht [bei seinem Arbeitgeber] zu verbringen hat. Im Wesentlichen wird es sich dabei um den frühen Morgen, die Abendstunden sowie die Wochenenden handeln. Nun kann ein Rechtsanwalt nach eigenem Ermessen entscheiden, wie viele und welche Mandate er annimmt und wie und wann er die zur angemessenen Erledigung der Aufträge notwendigen Arbeiten leisten will (Feuerich/Weyland, BRAO, 7. Aufl., § 7 Rn 124). Dem Ast. stünde es - bliebe er als Anwalt zugelassen – grds. frei, nur einige wenige Mandate annehmen und zu ihrer Bearbeitung diejenige Zeit verwenden, die ihm sein Hauptberuf belässt. Mandantengespräche können auch abends und an Wochenenden stattfinden. Gleiches gilt für das Fertigen von Schriftsätzen, für Recherchen sowie für die Fortbildung. In seinem Büro ist der Ast. jedoch während der üblichen Büro- und Sprechzeiten für aktuelle und potentielle Mandanten, für gegnerische Anwälte und sonstige Verhandlungspartner sowie für Behörden und Gerichte nicht ansprechbar. Er mag über sein Handy jederzeit und überall erreichbar sein. Anfragen beantworten oder in anderer Weise sachgerecht reagieren kann ein Anwalt ohne seine im Büro verwahrten Handakten und seine sonstige informationelle Ausstattung vielfach jedoch nicht.*

*Über die erforderliche Unabhängigkeit und die damit verbundene **rechtliche und tatsächliche Möglichkeit, den Anwaltsberuf auch auszuüben**, verfügt der Anwalt nach gefestigter Rspr. des BGH nur dann, wenn er **über seine Dienstzeit im Zweitberuf hinreichend frei verfügen kann** und während der Dienstzeiten bei seinem Arbeitgeber nicht nur in Ausnahmefällen erreichbar ist. Im Interesse einer geordneten Rechtspflege und im Interesse des rechtsuchenden Publikums an einer wirksamen Vertretung und Beratung durch einen unabhängigen Rechtsanwalt muss auch der in einem anderen Beruf tätige Anwalt grundsätzlich - auch während der Dienststunden bei seinem Arbeitgeber - in der Lage sein, Gerichtstermine, eilige Schriftsätze, Telefongespräche und alle sonstigen nicht aufschiebbaren Tätigkeiten zu erledigen. Diese Voraussetzung ist im vorliegenden Fall nicht erfüllt.*

*Die vom Ast. beigebrachte Erklärung [seines Arbeitgebers] ändert daran im Ergebnis nichts: Gestattet [wird] dem Ast. mit dieser Erklärung, "neben seiner Tätigkeit" den Beruf als Rechtsanwalts auszuüben. Entgegen der Ansicht des Ast. liegt darin nicht zugleich das Einverständnis des Arbeitgebers damit, dass der Ast. während der Arbeitszeit Schriftsätze abfasst, E-Mails schreibt oder Telefonate führt. Die Erlaubnis, den Beruf des Rechtsanwalts "neben" der Tätigkeit auszuüben, bedeutet gerade nicht, dass die mit dem Anwaltsberuf verbundenen Tätigkeiten während der mit dem Hauptarbeitgeber vereinbarten Arbeitszeit stattfinden darf.“ (BGH aaO)*

**RDG**

§ 3

**unentgeltliche Rechtsdienstleistungen  
Zulässigkeit**

**RA/Nt**

(OLG Karlsruhe in AnwBI 2010, 220; Urteil vom 26.11.2009 – 4 U 60/09)

**Rechtsdienstleistungen sind** dann keine **geschäftlichen Handlungen** i.S.d. § 8 I 1 UWG, **wenn sie unentgeltlich** erfolgen. Einem Rechtsanwalt steht daher kein Unterlassungsanspruch gegen einen Nichtanwalt nach den Vorschriften des UWG zu, wenn der Nichtanwalt unerlaubte Rechtsleistungen unentgeltlich erbringt.

I. Ein Unterlassungsanspruch ergibt sich nicht aus **§§ 8 I 1, 3 I UWG** (ggf. in Verbindung mit § 4 Nr. 11 UWG).

*„Der Bkl. hat die beiden Arbeitskollegen vor dem Arbeitsgericht vertreten. Mit dieser Vertretung dürfte gleichzeitig wohl eine außergerichtliche Tätigkeit für diese Arbeitskollegen (Beratung) erfolgt sein, die den Vorschriften des Rechtsdienstleistungsgesetzes unterliegt (vgl. hierzu Kleine/Cosack, Rechtsdienstleistungsgesetz, 2. Aufl. 2008, § 1 RDG, Rn 5). Für einen wettbewerbsrechtlichen Unterlassungsanspruch kommt es allerdings nicht darauf an, ob und inwieweit diese Tätigkeiten zulässig waren. Denn für einen Unterlassungsanspruch nach dem UWG fehlt es in jedem Fall an einer geschäftlichen Handlung i. S. von §§ 8 I 1, 2 I Nr. 1 UWG.*

*Eine „geschäftliche Handlung“ würde einen **Unternehmensbezug** voraussetzen. Dieser war jedoch nicht vorhanden, da der Bkl. nicht Unternehmer i. S. des Wettbewerbsrechts ist: Ein „Unternehmen“ liegt nur dann vor, wenn eine Tätigkeit auf Dauer angelegt ist (vgl. Köhler in Hefermehl/Köhler/Bornkamm, Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, 27. Aufl. 2009, § 2 UWG, Rn 23). Einzelne Prozessvertretungen oder Rechtsdienstleistungen für Arbeitskollegen erfüllen diese Voraussetzungen nicht. Dass mit einer weiteren Tätigkeit des Bkl. in einem gewissen Umfang, der die Privatsphäre übersteigt, zu rechnen wäre, hat der Kl. weder dargelegt noch glaubhaft gemacht.*

*Eine unternehmerische Tätigkeit scheidet im Übrigen noch aus einem weiteren Grund aus: Die Regelungen des Wettbewerbsrechts sind nur dann anwendbar, wenn **Dienstleistungen gegen Entgelt** erbracht werden. Dies war vorliegend nicht der Fall, der Bkl. hat seine Kollegen unentgeltlich beraten und vertreten.“ (OLG Karlsruhe aaO)*

II. Ein Unterlassungsanspruch ergibt sich auch nicht aus § 1004 I 2 BGB i. V. mit § 11 II, VI ArbGG.

Der Kl. wirft dem Bekl. zum Einen vor, dass er in den Terminen vor dem Arbeitsgericht gemeinsam mit dem klagenden Kollegen aufgetreten ist. Insoweit könnte möglicherweise ein Verstoß gegen § 11 VI ArbGG (entspricht § 90 ZPO) in Betracht kommen; denn diese Vorschrift regelt das Auftreten von Beiständen in Verhandlungen vor dem Arbeitsgericht.

Zum Anderen wirft der Kl. dem Bekl. vor, dass er in den beiden Verfahren die Klagen für die Kollegen erhoben hat. Wegen dieses zweiten Vorwurfs könnte ein Verstoß gegen § 11 II ArbGG (entspricht im Wesentlichen § 79 II ZPO) in Betracht kommen. Denn diese Vorschrift regelt die Vertretung durch Prozessbevollmächtigte. § 11 II ArbGG ist daher einschlägig, wenn es um die Frage geht, ob ein Bevollmächtigter für eine Partei einen Schriftsatz zum Arbeitsgericht verfassen und einreichen darf.

*„Die Frage, ob der Bekl. gegen § 11 VI ArbGG oder gegen § 11 II ArbGG verstoßen hat, bedarf keiner Entscheidung durch den Senat. Denn mögliche Verstöße gegen § 11 ArbGG würden einen Unterlassungsanspruch des Kl. aus § 1004 I 2 BGB nicht rechtfertigen.“*

**Aus prozessualen Verstößen in den Verfahren vor dem Arbeitsgericht kann der Kl. keine eigenen Rechte herleiten.** Die Regelungen in § 11 II, III ArbGG (bzw. § 79 II, III ZPO) sowie in § 11 VI ArbGG (bzw. § 90 ZPO) haben **nur eine innerprozessuale Bedeutung.** Sie sind **kein Schutzgesetz i. S. von § 823 II BGB zugunsten konkurrierender Rechtsanwälte**, die berechtigt wären, entsprechende Klagen als Prozessbevollmächtigte zu erheben. Daher kommt auch ein Unterlassungsanspruch gem. § 1004 I 2 BGB analog nicht in Betracht.“ (OLG Karlsruhe aaO)

1. Ein **Schutzgesetz i. S. von § 823 II BGB** setzt voraus, dass die betreffende Norm zumindest auch dazu dienen soll, den Einzelnen oder einzelne Personenkreise gegen die Verletzung eines bestimmten Rechtsguts zu schützen. Dabei kommt es nicht auf die Wirkung, sondern auf **Inhalt und Zweck des Gesetzes** an sowie darauf, ob der Gesetzgeber bei Erlass gerade einen Rechtsschutz, wie er wegen der behaupteten Verletzung in Anspruch genommen wird, zugunsten der betreffenden Personen intendiert hat (vgl. Palandt/Sprau, BGB, 68. Aufl. 2009, § 823 BGB Rn 57).
2. Diesen Anforderungen entsprechen § 11 II, III ArbGG (bzw. § 79 II, III ZPO) und § 11 VI ArbGG (bzw. § 90 ZPO) nicht.

*„Die Regelungen in den Prozessordnungen zu den Voraussetzungen einer Vertretung dienen nicht dem wettbewerblichen Schutz von Rechtsanwälten. Der **Ausschluss professioneller Vertretung unterhalb der Ebene der Rechtsanwaltschaft dient vielmehr dem Schutz der Parteien vor unqualifizierter Rechtsberatung und dem reibungslosen Verfahrensablauf mit dem Gericht** (vgl. beispielsweise Zöller/Vollkommer, Zivilprozessordnung, 28. Aufl. 2010, § 79 Rn 1 ZPO). Jedenfalls seit der Reform des Rechtsdienstleistungsrechts zum 01.07.2008 - und der damit verbundenen Änderungen in den Prozessordnungen - dienen die Vertretungsbeschränkungen (nur) der Sicherstellung einer sachgerechten Vertretung der Partei im gerichtlichen Verfahren und andererseits der Ordnung des Prozesses (vgl. die amtliche Begründung BT-Dr 16/3655, S. 34). Adressaten dieses Schutzes sind einerseits die Parteien und andererseits die Gerichte, die für einen ordnungsgemäßen Prozessablauf zu sorgen haben. Die prozessualen Regelungen dienen nicht dem Schutz geschäftlicher Tätigkeit von Rechtsanwälten. Dementsprechend können Rechtsanwälte aus Verstößen im gerichtlichen Verfahren gegen § 11 ArbGG bzw. § 79 ZPO keine eigenen Rechte gem. § 823 II BGB oder gem. § 1004 I 2 BGB analog herleiten.“*

*Es kommt hinzu, dass auch nach der früheren Rechtslage die entsprechenden Beschränkungen der prozessualen Vertretung von der Rspr. nicht als Schutzgesetz i. S. von § 823 II BGB angesehen wurden. Der BGH hat zwar vor der Änderung der Rechtslage durch das zum 01.07.2008 in Kraft getretene Rechtsdienstleistungsgesetz die alten Regelungen nach dem Rechtsberatungsgesetz als Schutzgesetz i. S. von § 823 II BGB angesehen (vgl. BGH NJW 1955, 422; BGH NJW 1967, 1558; BGH GRUR 2002, 987). Diese Entscheidungen bezogen sich allerdings nur auf das Rechtsberatungsgesetz und nicht auf die Vorschriften zur Beschränkung von Prozessvertretungen, insbesondere nicht auf die früher einschlägige Regelung in § 157 ZPO a. F. Vielmehr hat die h. M. in Lit. und Rspr. in den Prozessvorschriften keine Regelungen gesehen, aus denen Wettbewerber (insbesondere Rechtsanwälte) bei einer unzulässigen Vertretung eigene Rechte hätten herleiten können (vgl. OLG Köln AnwBl 1988, 493; Stein/Jonas, Zivilprozessordnung, 22. Aufl. 2005, § 157 ZPO Rn 1).*

*Für einen weitergehenden Schutz von Rechtsanwälten gibt es auch **kein sachliches Bedürfnis**: Rechtsanwälte können sich gegen eine unlautere Konkurrenz in gleicher Weise wehren wie andere Selbstständige. D. h. bei einer auf Dauer angelegten und entgeltlichen Tätigkeit von Konkurrenten, die gegen Vorschriften des Rechtsdienstleistungsgesetzes verstoßen, kommen weiterhin Unterlassungsansprüche nach dem Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb in Betracht (vgl. Kleine/Cosack, Allgemeiner Teil II, Rn 144; Köhler, § 4 UWG Rn 11.61 ff.). Liegen die Voraussetzungen für einen Schutz nach dem UWG (insbesondere Entgeltlichkeit und auf Dauer angelegte Tätigkeit des Konkurrenten) nicht vor, gibt es keinen Anlass, Rechtsanwälten einen weitergehenden Schutz zukommen zu lassen als anderen Unternehmern bzw. Freiberuflern.“ (OLG Karlsruhe aaO)*

III. Der Kl. kann einen Unterlassungsanspruch auch nicht auf § 1004 I 2 BGB i. V. mit den Vorschriften des Rechtsdienstleistungsgesetzes, insbes. § 3 RDG stützen.

*„Die **Tätigkeit des Bekl.** in den Verfahren vor dem Arbeitsgericht (Anfertigung von Schriftsätzen und Auftreten als Beistand) **unterfällt nicht den Regelungen des Rechtsdienstleistungsgesetzes.** Denn das **Rechtsdienstleistungsgesetz regelt** - anders als das frühere Rechtsberatungsgesetz - **nur außergerichtliche Rechtsdienstleistungen.** Die Tätigkeit vor Gericht wird von diesem Gesetz nicht erfasst (§ 1 I 1 RDG).“*

*Allerdings ist davon auszugehen, dass der Bekl. im Zusammenhang mit dem Anfertigen von Schriftsätzen auch außergerichtliche Rechtsdienstleistungen (Beratung) für seine beiden Arbeitskollegen erbracht hat. Solche Beratungsleistungen sind als außergerichtliche Tätigkeiten zu qualifizieren und unterfallen dem Rechtsdienstleistungsgesetz auch dann, wenn sie in unmittelbarem Zusammenhang mit dem Anfertigen von Schriftsätzen für ein gerichtliches Verfahren erbracht werden (vgl. Kleine/Cosack, § 1 RDG Rn 5).*

*Für die Entscheidung des Senats spielen solche Beratungsleistungen des Bekl. allerdings keine Rolle; denn außergerichtliche Beratungsleistungen des Bekl. werden vom Antrag des Kl. nicht erfasst.“ (OLG Karlsruhe aaO)*

BGB  
§ 249

**abstrakte Schadensberechnung**  
**Weiternutzung eines teilreparierten Kfz**

BGB

(OLG Karlsruhe in NJW-RR 2010, 96; Urteil vom 12.05.2009 – 4 U 173/07)

I. Bei einer **abstrakten Schadensabrechnung** gem. § 249 II 1 BGB gibt es **grds. zwei mögliche Rechenwege**:

- Zum einen kann als **Naturalrestitution** derjenige Betrag angesetzt werden, der – abstrakt – erforderlich ist, um ein Fahrzeug zu reparieren, wobei ein merkantiler Minderwert, der nach einer Reparatur verbleibt, zu addieren ist.
- Zum anderen können die Kosten für eine Naturalrestitution auch so berechnet werden, dass – statt der Reparaturkosten – **diejenigen Kosten** angesetzt werden, **die für die Beschaffung eines gleichwertigen (gebrauchten) Fahrzeugs erforderlich wären**, wobei von diesem Betrag der Restwert des beschädigten Fahrzeugs abzuziehen ist.

Der BGH lässt in den Fällen, in denen die Reparaturkosten niedriger sind als der Wiederbeschaffungswert, eine (teurere) Schadensabrechnung auf Reparaturkostenbasis jedoch dann zu, wenn das Integritätsinteresse des Geschädigten eine solche Abrechnung gebietet (vgl. BGH NJW 2003, 2085; BGH NJW 2006, 2179).

II. Aber auch dann, wenn der Geschädigte sein Fahrzeug erst mehr als sechs Monate nach dem Verkehrsunfall verkauft, kann er den ihm **entstandenen Sachschaden i. d. R. abstrakt auf der Basis der fiktiven Reparaturkosten abrechnen**, wenn die Reparaturkosten laut Schadensgutachten niedriger sind als der Wiederbeschaffungswert.

*„Mit dem Grundsatz der Naturalrestitution (§ 249 II 1 BGB) soll der Geschädigte die Möglichkeit haben, die beschädigte Sache weiter zu nutzen. Eine (abstrakte) Abrechnung auf Reparaturkostenbasis ist daher – ungeachtet einer günstigeren Abrechnung bei einer Ersatzbeschaffung – immer zulässig, wenn der Geschädigte in derartigen Fällen sein Interesse an der weiteren Nutzung des beschädigten Fahrzeugs eindeutig dokumentiert. Hiervon geht die Rspr. im Regelfall aus, wenn der Geschädigte das Fahrzeug – ggf. auch unrepariert – mindestens sechs Monate nach dem Unfall weiternutzt (vgl. BGH NJW 2006, 2179)“ (OLG Karlsruhe aaO)*

BGB  
§ 249

**Erforderlichkeit des Unfallersatztarifs**  
**Beweislast des Anspruchstellers**

BGB

(BGH in BeckRS 2010, 03142; Urteil vom 19.01.2010 – VI ZR 112/09)

Wenn die „Erforderlichkeit“ des geltend gemachten Unfallersatztarifs nicht feststeht, **trifft den Anspruchsteller die Beweislast** dafür, dass ihm ein wesentlich günstigerer Tarif nicht zugänglich war.

*„Insoweit geht es nicht um die Verletzung der Schadensminderungspflicht, für die grds. der Schädiger die Beweislast trägt, sondern um die Schadenshöhe, die der Geschädigte darzulegen und erforderlichenfalls zu beweisen hat (vgl. BGH VersR 2008, 1706; BGH VersR 2008, 699; BGH VersR 2007, 1577; BGH VersR 2006, 669 und BGH VersR 2005, 850). Steht fest, dass der Unfallersatztarif betriebswirtschaftlich gerechtfertigt ist, sodass er grds. dem Geschädigten als unfallbedingter Herstellungsaufwand zu ersetzen wäre, möchte jedoch der Schädiger nach § 254 BGB nur einen niedrigeren Schadensersatz leisten, so hat er nach allgemeinen Grundsätzen darzulegen und zu beweisen, dass dem Geschädigten in der konkreten Situation ein günstigerer Normaltarif ohne weiteres zugänglich war“ (BGH aaO)*

BGB  
§§ 1380, 1378 I

**Zugewinnausgleich**  
**keine Berücksichtigung bereits aufgeteilten Vermögens**

BGB

(OLG Koblenz in FamRZ 2010, 296; Urteil vom 01.07.2008 – 11 UF 563/07)

**Vermögen**, das bereits **während der Ehe aufgeteilt** wurde, kann **bei der Berechnung des Zugewinnausgleichsanspruchs außer Betracht** bleiben.

*„In der jeweils hälftigen Auszahlung ist ein vorgezogener teilweiser Zugewinnausgleich zu sehen. Denn den Parteien kam es ersichtlich in ihrer Ehe darauf an, vorhandenes und erworbenes Vermögen direkt - in Natur - zu teilen. Im Hinblick darauf, dass die Zahlungen in der Trennungszeit zeitnah zur Scheidung vorgenommen wurden, ist davon auszugehen, dass damit diese Vermögenspositionen bereits erledigt sein sollten. Wenn diese dann jedoch - wie hier - bei der Ermittlung des Endvermögens außer Betracht bleiben, kann auch für eine Anrechnung gem. § 1380 BGB diesbzgl. kein Raum sein.*

*Eine Korrektur dieses Ergebnisses über die Anwendung von § 1380 BGB ist nicht angezeigt: Die Voraussetzungen des § 1380 BGB sind für die zwischen den Parteien erfolgten Vermögensverschiebungen nicht gegeben. Denn Voraussetzung für die Anwendung des § 1380 BGB ist, dass die Zuwendung mit der Bestimmung erfolgt, dass sie auf die Ausgleichsforderung angerechnet werden soll. Die Anrechnungsbestimmung muss vor oder bei der Zuwendung getroffen werden. Sie ist formlos, ausdrücklich oder schlüssig möglich, allein der Zuwendungszeitpunkt ist entscheidend (juris PK-Roth, BGB, 2. Aufl. 2004, § 1380 BGB Rn 10). Eine solche Anrechnungsbestimmung wurde unstreitig nicht erklärt.*

*Es ist auch vorliegend nicht die Regelung des § 1380 I 2 BGB anzuwenden, wonach im Zweifel anzunehmen ist, dass Zuwendungen angerechnet werden sollen, wenn ihr Wert den Wert von Gelegenheitsgeschenken übersteigt, die nach den Lebensverhältnissen der Ehegatten üblich sind. Dabei ist es streitig, ob § 1380 I 2 BGB als ergänzender Rechtssatz, als Auslegungsregel oder als Beweislastregel anzusehen ist (BeckOK-Meyer, BGB, § 1380 BGB Rn 5). Gemeinsam ist diesen Auffassungen jedoch, dass diese Vorschrift keine Anwendung findet, wenn ein gegenteiliger Wille der Parteien bzw. des zuwendenden Ehegatten feststellbar ist. Vorliegend ist von dem übereinstimmenden Willen der Parteien auszugehen, dass eine Anrechnung der Vermögensverschiebungen nicht stattfinden sollte (wird ausgeführt). Angesichts dieses Parteiwillens besteht für die Anwendung des § 1380 I 2 BGB nach Überzeugung des Senats kein Raum mehr.“ (OLG Koblenz aaO)*

**Prozesskostenvorschussanspruch  
gegen neuen Ehegatten für Zugewinnausgleichsanspruch**  
(BGH in FamRZ 2010, 189; Beschluss vom 25.11.2009 – XII ZB 46/09)

Für die **gerichtliche Geltendmachung eines Anspruchs auf Zugewinnausgleich** besteht ein **Prozesskostenvorschussanspruch gegenüber dem neuen Ehegatten**.

- I. **§ 1360a IV BGB** gewährt einem Ehegatten, der nicht in der Lage ist, die Kosten eines Rechtsstreits zu tragen, der eine persönliche Angelegenheit betrifft, einen Anspruch auf Vorschuss gegen den anderen Ehegatten, soweit dies der Billigkeit entspricht.

Ob diese Vorschusspflicht auch den neuen Ehegatten trifft, wenn sein Partner einen Rechtsstreit gegen den alten Ehepartner führt, ist streitig.

1. In der **OLG-Rspr.** wird die Vorschusspflicht des neuen Ehegatten teils bejaht (OLG Frankfurt a.M. FamRZ 1983, 588; OLG Koblenz FamRZ 1986, 466), teils verneint (OLG Nürnberg FamRZ 1986, 697; OLG Düsseldorf FamRZ 1984, 388; OLG Hamm FamRZ 1989, 277).

Die **Lit.** spricht sich überwiegend gegen eine Vorschusspflicht aus.

Wendl/Scholz, Das UnterhaltsR in der familienrichterlichen Praxis, 7. Aufl., § 6 Rn 28; Staudinger/Voppel, BGB, Neubearb. 2007, § 1360a Rn 69; MüKo-BGB/Wacke, 4. Aufl., § 1360a Rn 28; Göppinger/Wax, UnterhaltsR, 9. Aufl., Rn 2633; Ermann/Heckelmann, BGB, 11. Aufl., § 1360a Rn 20; a.A. Schwab/Borth, Hdb. des ScheidungsR, 5. Aufl., Teil IV Rn 72

Die Befürworter einer Vorschusspflicht betonen, eine persönliche Angelegenheit bleibe eine solche auch, wenn der betroffene Ehegatte wieder heirate (OLG Frankfurt a.M. FamRZ 1983, 588; OLG Koblenz FamRZ 1986, 466).

Die Gegner argumentieren zum Teil dahin, der Anspruch auf Zugewinnausgleich habe seine Wurzeln in der ehelichen Lebensgemeinschaft. Wenn die Ehe rechtskräftig geschieden sei, ende diese enge Verknüpfung. Ausgleichsansprüche seien dann nicht mehr eingebettet in familienrechtliche Beziehungen, sondern stellten sich letztlich als gewöhnliche Zahlungsansprüche dar (OLG Nürnberg FamRZ 1986, 697; MüKo-BGB/Wacke, § 1360a Rn 28).

Zum Teil wird darauf hingewiesen, der neue Ehegatte sei deshalb nicht vorschusspflichtig, weil der Anspruch seine Wurzeln nicht in der neuen Ehe habe (OLG Düsseldorf FamRZ 1984, 388; Göppinger/Wax, Rn 2633; Staudinger/Voppel, § 1360a Rn 69).

Andere begründen ihre ablehnende Auffassung damit, dem neuen Ehepartner sei es nicht zumutbar, Altlasten des Partners aus dessen früherer Ehe zu finanzieren (Knops NJW 1993, 1237).

Nach einer weiteren Auffassung (Dose, Einstweiliger Rechtsschutz in Familiensachen, 3. Aufl., Rn 49ff.) kann es – im Einzelfall – unbillig sein, den zweiten Ehegatten mit den Kosten eines Rechtsstreits zu belasten, in dem um vermögensrechtliche Ansprüche gegen den früheren Ehegatten gestritten wird. Schwab/Borth (Teil IV Rn 72) halten es für erwägenswert, in solchen Fällen aus Gründen der Billigkeit eine Begrenzung der Vorschusspflicht in Betracht zu ziehen, weil es für den neuen Ehegatten unzumutbar sein kann, einen Rechtsstreit aus der geschiedenen Ehe seines Partners finanzieren zu müssen.

2. Zudem bereitet die Auslegung des Begriffs „persönliche Angelegenheit“ seit jeher Schwierigkeiten. Weder in Lit. noch in Rspr. wurde bisher eine allgemein anerkannte Definition gefunden (Wendl/Scholz, § 6 Rn 28; Dose, Rn 49ff.). Die **Praxis** behilft sich daher mit **Fallgruppen** (Palandt/Brudermüller, BGB, 68. Aufl., § 1360a Rn 14; Dose, Rn 49ff.). Besondere Probleme bereitet die Einordnung vermögensrechtlicher Ansprüche.

- a) Nach der **Rspr. des BGH** (BGHZ 31, 384 = NJW 1960, 765; BGHZ 41, 184 = NJW 1964, 1522) ist die Unterscheidung zwischen vermögensrechtlichen und nicht vermögensrechtlichen Ansprüchen nicht maßgeblich. Neben den die Person berührenden nicht vermögensrechtlichen Angelegenheiten (wie Vormundschafts-, Pflschafts-, Betreuungs-, Unterbringungs- und Strafsachen) können auch auf vermögensrechtliche Leistungen gerichtete Ansprüche zu den persönlichen Angelegenheiten eines Ehegatten gehören, insbes. dann, wenn sie ihre Wurzeln in der Lebensgemeinschaft der Ehegatten haben, die auch die wirtschaftliche Existenz der Ehegatten umgreife. Das Recht, an dem wirtschaftlichen Ergebnis der gemeinsamen Tätigkeit in der Ehe beteiligt zu werden, zähle deshalb zu seinen persönlichen Angelegenheiten.

Einigkeit besteht aber, dass die Verfahren, die nur dem allgemeinen wirtschaftlichen Interesse eines Ehegatten dienen, nicht zu den persönlichen Angelegenheiten zählen. Die Geltendmachung erbrechtlicher Ansprüche, gesellschaftsrechtlicher Ansprüche sowie von Ansprüchen auf Zahlung von Provision wurde deshalb von der Rspr. nicht als persönliche Angelegenheiten angesehen (Nachw. bei Schwab/Borth, Teil IV Rn 72; Dose, Rn 51). Bei vermögensrechtlichen Streitigkeiten mit einem Dritten ist eine persönliche Angelegenheit nur dann zu bejahen, wenn der Rechtsstreit eine genügend enge Verbindung zur Person des betroffenen Ehegatten aufweist, eine personenbezogene Funktion (Dose, Rn 50) hat. Für Rechtsstreitigkeiten über Schadensersatzansprüche nach § 844 II BGB, § 10 II StVG und sozialgerichtliche Verfahren, die die Zahlung einer Rente wegen Berufs- und Erwerbsunfähigkeit oder die Altersrente betreffen, ist die Rspr. deshalb von persönlichen Angelegenheiten ausgegangen (Nachw. bei Schwab/Borth, Teil IV Rn 72; Dose, Rn 50). Eine allgemein gültige begriffliche Formel, wann ein Rechtsstreit eine genügend enge Verbindung zur Person des betroffenen Ehegatten hat, wurde aber nicht gefunden.

b) Nach diesen Grundsätzen ist ein **Anspruch auf Zugewinnausgleich**, weil aus der Ehe herrührend, zutreffend als **persönliche Angelegenheit des Ehegatten** i.S. des § 1360a IV BGB anzusehen.

aa) Diese Einordnung ist **nicht mit der Wiederverheiratung** der Ast. **weggefallen**.

*„Der Senat schließt sich der Auffassung an, dass ein Anspruch, der bei seiner Entstehung als persönliche Angelegenheit einzuordnen ist, diese Eigenschaft nicht durch eine neue Eheschließung des Anspruchsinhabers verliert. Ein Anspruch auf Prozesskostenvorschuss gegen den neuen Ehepartner wäre deshalb nur abzulehnen, wenn § 1360a IV BGB verlangen würde, dass der Anspruch seine Wurzel in der persönlichen Beziehung zum neuen Partner hat. Eine dahingehende Auslegung ist aber abzulehnen.*

*Wie dargelegt ist § 1360a IV BGB zwar unklar, soweit es um den Begriff der persönlichen Angelegenheit geht. Hinsichtlich der Adressaten lässt der Wortlaut aber keinen Zweifel offen. Der Anspruch auf Prozesskostenvorschuss richtet sich gegen den „anderen Ehegatten“, das heißt den jeweiligen Ehegatten zum Zeitpunkt der Geltendmachung oder der Abwehr eines Anspruchs. Der Anspruch auf Prozesskostenvorschuss gegen den früheren Ehegatten erlischt mit Rechtskraft der Scheidung. Darüber besteht weitgehend Einigkeit (BGH NJW 1984, 291 = FamRZ 1984, 148; a.A. MüKo-BGB/Wacke, § 1360a Rn 28).“ (BGH aaO)*

bb) **Sinn und Zweck der Regelung** verlangen keine vom Wortlaut abweichende Auslegung.

*„Es gibt weder Anhaltspunkte dafür, dass der Gesetzgeber den neuen Ehepartner nicht als Schuldner eines Anspruchs auf Prozesskostenvorschuss gewollt hat, noch gebieten dies Gerechtigkeits- und Zweckmäßigkeitserwägungen (zu den Voraussetzungen einer teleologischen Reduktion Palandt/Heinrichs, Einl. Rn 46).“ (BGH aaO)*

cc) Auch die Auffassung, vermögensrechtliche Ansprüche müssten ihre Wurzeln in der ehelichen Lebensgemeinschaft oder in den aus der Ehe erwachsenen persönlichen oder wirtschaftlichen Beziehungen haben, Unterhalts- oder Zugewinnausgleichsansprüche aus einer früheren Ehe seien vom jetzigen Ehepartner nicht zu finanzieren, weil ihnen die **Beziehung zur gemeinsamen Lebensführung in der jetzigen Ehe** fehle, findet im Gesetz keine Stütze.

*„§ 1360a IV BGB verlangt lediglich eine persönliche Angelegenheit. Dass sie ihre Wurzel im Verhältnis zum neuen Ehepartner haben muss, ist nicht ersichtlich. Die Rechtsbeschwerde kann sich für die von ihr geforderte Auslegung insoweit auch nicht mit Erfolg auf die Rspr. des BGH berufen. Zwar hat der BGH (BGHZ 31, 384 = NJW 1960, 765; NJW 2003, 2910) ausgeführt, dass zu den persönlichen Angelegenheiten eines Ehegatten i.S. des § 1360a IV BGB diejenigen auf vermögenswerte Leistungen gerichteten Ansprüche gehören, die ihre Wurzeln in der Lebensgemeinschaft der Ehegatten haben. Dass die Angelegenheiten zusätzlich ihre Wurzeln in der neuen Ehe haben müssen, um den neuen Partner prozesskostenvorschusspflichtig werden zu lassen, kann den Entscheidungen des BGH aber nicht entnommen werden.“ (BGH aaO)*

dd) Auch die Argumentation, **dem neuen Ehepartner sei nicht zumutbar, Rechtsstreitigkeiten seines Partners gegen den früheren Ehegatten zu finanzieren**, vermag nicht zu überzeugen.

*„Der Anspruch auf Gewährung eines Prozesskostenvorschusses ist unterhaltsrechtlicher Natur (Palandt/Brudermüller, § 1360a Rn 7). Wortlaut und Sinnzusammenhang sprechen dafür, die Prozesskostenvorschusspflicht als eine Unterstützungspflicht des leistungsfähigen Ehegatten anzusehen, die ihre innere Rechtfertigung in der gegenseitigen personalen Verantwortung aus der ehelichen Lebensgemeinschaft findet und der allgemeinen unterhaltsrechtlichen Pflicht zum finanziellen Beistand am Nächsten kommt. Der leistungsfähige Ehegatte soll den wirtschaftlich schwachen bei der Durchsetzung seiner persönlichen Ansprüche unterstützen. Die erfolgreiche Durchsetzung eines berechtigten oder die Abwehr eines unberechtigten Anspruchs berührt die finanzielle Basis der neuen Ehe und kommt damit auch dem neuen Partner zugute. Im Regelfall ist deshalb die Finanzierung eines solchen Rechtsstreits für ihn nicht von vornherein unzumutbar. Soweit die Finanzierung im Einzelfall unzumutbar sein sollte – etwa wenn aus sachfremden Erwägungen prozessiert wird – kann dem mit dem Tatbestandsmerkmal der Billigkeit Rechnung getragen werden. Eine generelle Auslegung gegen den Wortlaut ist nicht geboten.“ (BGH aaO)*

ee) Schließlich widerspräche eine einschränkende Auslegung dem Grundsatz, dass **Familien-solidarität** staatlicher Fürsorge vorgeht.

*„Eine Auslegung, die dazu führt, dass – entgegen dem Wortlaut des Gesetzes – nicht der leistungsfähige (neue) Ehepartner, sondern die staatliche Gemeinschaft in Form der Prozesskostenhilfe einen Rechtsstreit finanzieren muss, ist abzulehnen.“ (BGH aaO)*

ZPO  
§ 485 II 1 Nr.3

### Selbstständiges Beweisverfahren Ermittlung eines Personenschadens

ZPO

(BGH in BeckRS 2009, 86041; Beschluss vom 20.10.2009 – VI ZB 53/08)

Im **selbstständigen Beweisverfahren** nach § 485 II ZPO ist es **grds.** auch **möglich**, nach einem Personenschaden den **entgangenen Gewinn mit Hilfe eines Sachverständigengutachtens ermitteln zu lassen**.

I. **§ 485 II ZPO** hat eine **Sonderregelung** für Fälle geschaffen, in denen ein **selbstständiges Beweisverfahren** unabhängig vom drohenden Verlust eines Beweismittels **zweckmäßig** erscheint, **weil es eine vorprozessuale Einigung der Parteien erleichtert**.

Dies sind Fälle, in denen es in erster Linie auf die Feststellung tatsächlicher Umstände durch eine schriftliche Begutachtung durch Sachverständige ankommt. Gegenstand des Gutachtens kann der Zustand einer Person, der Wert einer Sache, die Ursache eines Personen- oder Sachschadens oder Sachmangels und der Aufwand für die Beseitigung solcher Schäden und Mängel sein, ohne dass ein Sicherungszweck erforderlich ist (vgl. BT-Drucks. 11/3621 vom 01. Dezember 1988, S. 23, 41 f.).

*„Voraussetzung ist lediglich, dass der Ast. ein rechtliches Interesse an der zu treffenden Feststellung hat; ein solches ist anzunehmen, wenn die Feststellung der Vermeidung eines Rechtsstreits dienen kann (§ 485 II 2 ZPO). Der Begriff des „rechtlichen Interesses“ ist weit zu fassen. Insbesondere ist es dem Gericht grundsätzlich verwehrt, bereits im Rahmen des selbstständigen Beweisverfahrens eine Schlüssigkeits- oder Erheblichkeitsprüfung vorzunehmen. Dementsprechend kann ein rechtliches Interesse nur in völlig eindeutigen Fällen verneint werden, in denen evident ist, dass der behauptete Anspruch keinesfalls bestehen kann (vgl. BGHNJW 2004, 3488).“ (BGH aaO)*

- II. Nach diesen Grundsätzen ist der Antrag auf Durchführung eines selbstständigen Beweisverfahrens zur Ermittlung des dem Ast. Entgangenen Gewinns grds. zulässig, weil der Ast. ein **rechtliches Interesse** daran hat, den **Aufwand für die Beseitigung eines von ihm erlittenen Personenschadens festzustellen** (§ 485 II 1 Nr. 3 ZPO).

*„Die Feststellung des dem Ast. möglicherweise entgangenen Gewinns durch eine schriftliche Begutachtung kann der Vermeidung eines Rechtsstreits dienen. Es handelt sich auch um die Feststellung des Aufwands für die Beseitigung eines Personenschadens. Zu den Personenschäden gehören nämlich auch solche Nachteile, die auf die Gesundheitsverletzung zurückzuführen sind, also sich als Folge aus dem in der Person entstandenen Schaden ergeben. Ist wegen der Verletzung einer Person Schadensersatz zu leisten, kann der Geschädigte gem. § 249 BGB Ersatz der erforderlichen Herstellungskosten verlangen, d.h. insbesondere die Kosten für notwendige Heilbehandlungen sowie Kur- und Pflegekosten. Daneben umfasst der zu ersetzende Schaden gemäß §§ 252, 842 BGB auch den entgangenen Gewinn. Wird infolge einer Verletzung des Körpers oder der Gesundheit die Erwerbsfähigkeit des Verletzten aufgehoben oder gemindert oder tritt eine Vermehrung seiner Bedürfnisse ein, so ist ihm darüber hinaus gem. § 843 BGB Schadensersatz durch Entrichtung einer Geldrente zu leisten (vgl. BGH VersR 2006, 521). Der Begriff des Personenschadens bezieht sich somit auch auf den erlittenen Erwerbsschaden oder entgangenen Gewinn und erfasst alle wirtschaftlichen Beeinträchtigungen, die der Geschädigte erleidet, weil und soweit er seine Arbeitskraft verletzungsbedingt nicht verwerten kann, die also der Mangel der vollen Einsatzfähigkeit seiner Person mit sich bringt (vgl. BGHZ 176, 109; vgl. auch OLG Oldenburg VersR 1967, 900; Erman/Ebert, BGB, 12. Aufl., § 252 Rn 1 ff.; Geigel/Pardey, Der Haftpflichtprozess, 25. Aufl., Kap. 4 Rn 1, 56 ff.; Küppersbusch, Ersatzansprüche bei Personenschäden, 8. Aufl., Rn 1; Wussow/Schneider, Unfallhaftpflichtrecht, 15. Aufl., Kap. 80 Rn 27). Demgemäß handelt es sich bei dem entgangenen Gewinn um einen „Aufwand für die Beseitigung eines Personenschadens“ i. S. des § 485 II 1 Nr. 3 ZPO, der alle anfallenden Kosten für eine notwendige Leistung in Geld oder Zeit zur Minderung eines Personenschadens, auch durch einen Dritten, erfasst (vgl. OLG Nürnberg VersR 2009, 803, 805; Baumbach/Lauterbach/Hartmann, ZPO, 67. Aufl., § 485 Rn 13; MüKo-ZPO/Schreiber, 3. Aufl., § 485 Rn 16; Musielak/Huber, ZPO, 7. Aufl., § 485 Rn 12).“ (BGH aaO)*

StVO  
§ 23a

### Handy-Verbot Festnetz-Mobilteil

StVO

(OLG Köln in NJW 2010, 546; Beschluss vom 22.10.2009 – 82 Ss-OWi 93/09)

Das Mobilteil des – zu einem Festnetzanschluss gehörenden – schnurlosen Telefons ist kein Mobiltelefon i.S. des § 23 la StVO.

- I. Das Mobiltelefon kann auf der Grundlage der **technischen Zusammenhänge** als ein tragbares Telefongerät definiert werden, das über Funk mit dem Telefonnetz kommuniziert und daher ortsunabhängig eingesetzt werden kann.

Darunter können demnach neben den umgangssprachlich als „Handy“ bezeichneten Geräten für Gespräche im Mobilfunknetz auch Einrichtungen mit mobilen Hör-/Sprechvorrichtungen für Gespräche im Festnetz erfasst werden, die über eine Basisstation mit dem Festnetz verbunden sind und nur in einer Entfernung von maximal ca. 200 m von dieser Basisstation eingesetzt werden können.

Eine solche Begriffsbestimmung entspricht allerdings nicht dem **allgemeinen Sprachgebrauch und Sprachverständnis** und damit den Vorstellungen der Normadressaten.

*„Danach werden vielmehr Geräte der zuletzt bezeichneten Art – der von den Herstellern und im Handel üblicherweise verwendeten Bezeichnung entsprechend – als „Schnurlostelefon“ angesprochen, deren Bedieneinrichtung als „Mobilteil“ oder „Handgerät“. Dieser Begrifflichkeit ist ersichtlich auch der Ordnungsgeber gefolgt, als in dem Bestreben, den Gefahren des „Telefonierens am Steuer“ zu begegnen, die Bestimmung des § 23 la StVO eingeführt worden ist.*

*Schnurlostelefone sind für den Einsatz während der Teilnahme am öffentlichen Straßenverkehr wegen ihres geringen räumlichen Einsatzbereichs praktisch nicht geeignet. Die Möglichkeit ihrer Verwendung beschränkt sich vielmehr auf Bereiche, in denen herkömmlicherweise Festnetztelefone Verwendung finden. Für eine einschränkende Regelung ihrer Benutzung durch Fahrzeugführer im Straßenverkehr bestand von daher kein Anlass. Sie finden deshalb auch in der Begründung zur 33. Verordnung zur Änderung straßenverkehrsrechtlicher Vorschriften (BT-Dr 599/00 S. 14, 18ff.) an keiner Stelle Erwähnung. Dort zeigt sich vielmehr, dass der Ordnungsgeber allein die gemeinhin „Handy“ genannten Geräte für den Mobilfunkverkehr ins Auge gefasst hatte und deren Gebrauch während des Fahrens auf öffentlichen Straßen nur noch eingeschränkt zulassen wollte, dass Mobilteile von Festnetzanschlüssen hingegen nicht von seinem Regelungswillen umfasst waren.“ (OLG Köln aaO)*

- II. Eine über den **Regelungswillen des Ordnungsgebers** hinausgehende Einbeziehung von Schnurlostelefonen in den Anwendungsbereich des § 23 la StVO unter dem Gesichtspunkt des Normzwecks kommt nicht in Betracht.

*„Zum einen sollte mit der Bestimmung den Gefahren aus der „vom Inhalt eines längeren Telefongesprächs ausgehenden mentalen Überlastung und Ablenkung von der eigentlichen Fahraufgabe“ begegnet werden; längere Telefongespräche während der Fahrt sind über einen Festnetzanschluss aber nicht möglich. „Auch die besonders von*

der Fahraufgabe ablenkenden weiteren Bedienvorgänge" können bei mitgeführten Mobilteilen nicht als ernsthafte Gefahr angesehen werden, weil sie wegen der allseits bekannten Sinnlosigkeit des Vorgangs schon kurz nach Fahrtantritt in der Praxis nicht in einem nennenswerten Umfang vorkommen. Der in vorliegender Sache tatrichterlich festgestellte Vorgang ist derart ungewöhnlich, dass insoweit ein Regelungsbedarf nicht angenommen werden kann.

Zum anderen hat der Ordnungsgeber gerade davon abgesehen, durch ein weitgefasstes oder allgemeines Verbot der Handhabung technischer Geräte während des Fahrens den Gefahren der Ablenkung und mentalen Überforderung zu begegnen. Daher kommt es nicht darauf an, ob mit der Aufnahme und Handhabung eines im Tatbestand nicht erwähnten anderen Geräts – selbst einer Freisprecheinrichtung (OLG Bamberg NJW 2008, 599 = NSTZ-RR 2008, 290 = ZfS 2008, 52) – in gleicher Weise eine vom **Schutzzweck** an sich umfasste **Gefahrerhöhung** auf Grund eingeschränkter Reaktionsfähigkeit des (abgelenkten) Fahrzeugführers einhergeht. Es geht auch nicht darum, einen im Wege der technischen Weiterentwicklung nachträglich entstandenen Sachverhalt, der dem vom Ordnungsgeber bedachten Sachverhalt vergleichbar ist, mit Blick auf den Normzweck dem Verbotstatbestand zuzurechnen und als von ihm mitumfasst zu bewerten. Geräte der hier fraglichen Art waren bei Einführung des § 23 la StVO allgemein bekannt und gebräuchlich. Gleichwohl hat der Ordnungsgeber nicht das Telefonieren am Steuer oder das Aufnehmen eines Telefongeräts generell untersagt, sondern nur die Benutzung von Mobiltelefonen, worunter er ersichtlich „Handys“ verstanden hat.“ (OLG Köln aaO)

StVO  
§ 23 la

### Handy-Verbot Abhören von Musikdateien

StVO

(OLG Köln in NSTZ-RR 2010, 88; Beschluss vom 12.08.2009 – 83 Ss-Owi 63/09)

Der **Verbotstatbestand** des § 23 la StVO ist **auch dann erfüllt, wenn ein Fahrzeugführer während der Fahrt ein Mobiltelefon in die Hand nimmt und auf dem Gerät gespeicherte Musikdateien abhört.**

„Nach dem **Wortlaut** des § 23 la StVO ist dem Fahrzeugführer die Benutzung eines Mobiltelefons untersagt, wenn er hierfür das Mobiltelefon aufnimmt oder hält. Welche Handlungen im Einzelnen der Vorschrift unterfallen, ist in der obergerichtlichen Rspr. durch zahlreiche Entscheidungen (vgl. die umfangr. Nachweise in OLG Köln NJW 2008, 3368; vgl. auch OLG Köln NZV 2009, 302) hinreichend geklärt. Danach schließt der Begriff der Benutzung die Inanspruchnahme sämtlicher Bedienfunktionen der nach üblichem Verständnis als Mobiltelefon bezeichneten Geräte ein (OLG Hamm NJW 2005, 2469; OLG Jena DAR 2006, 636 = NJW 2006, 3734 = VRS 111, 215; OLG Bamberg DAR 2008, 217 = NJW 2008, 599).

Mit der Darstellung von Daten hat der Betr. das Mobiltelefon **in einer der zur Verfügung stehenden Funktionen verbotswidrig genutzt**. Die Vorschrift soll gewährleisten, dass der Fahrzeugführer während der Benutzung des Mobiltelefons **beide Hände für die Bewältigung der Fahraufgabe frei hat** (vgl. OLG Stuttgart NJW 2008, 3369). Das ist nicht der Fall, wenn der Betr. das Gerät aufnimmt, um Musik zu hören. Dies setzt zunächst (mindestens) einen Bedienvorgang der Tastatur voraus, der die Aufmerksamkeit des Fahrers bereits in nicht unerheblichem Maße in Anspruch nimmt. Insoweit unterscheidet sich der vorliegende zu beurteilende Sachverhalt nicht von demjenigen, bei dem ein Telefongespräch, etwa durch Auswahl der Rufnummer (vgl. dazu OLG Hamm NZV 2007, 483), vorbereitet wird. Auch während des anschließenden Hörens der Dateien mit dem am Ohr gehaltenen Gerät ist der Fahrer in seiner Bewegungsfähigkeit eingeschränkt. Dadurch erhöht sich das Risiko, dass er auf eventuelle Gefahrensituationen nicht angemessen reagieren kann.“ (OLG Köln aaO)

AO  
§§ 366, 119 II 1

### Bekanntgabe eines VA per Computerfax

VerwR

(FG Köln in DB 2010, 320; Urteil vom 05.11.2009 – 6 K 3931/08)

Die **Bekanntgabe eines Verwaltungsakts** (hier: Einspruchsentscheidung) **per Computerfax verstößt gegen** die Formvorschrift des **§ 366 AO**.

- I. Die gesetzliche Anordnung, die Einspruchsentscheidung in schriftlicher Form zu „erteilen“, geht auf das **3. Gesetz zur Änderung verwaltungsverfahrenrechtlicher Vorschriften** vom 21. August 2002 (BGBl I, S. 3322) zurück. Dieses ersetzt die bis dahin geltende Formulierung in § 366 S. 1 AO, die Einspruchsentscheidung sei schriftlich „abzufassen“.

Damit sollte klargestellt werden, dass sich das Schriftformerfordernis bei Einspruchsentscheidungen nicht auf das bei der Finanzbehörde verbleibende "Aktensexemplar" bezieht (BT-Dr 14/9000 S. 38). In schriftlicher Form zu „erteilen“ verlangt vielmehr, dass die Einspruchsentscheidung dem Einspruchsführer in schriftlicher Form bekannt gegeben wird (BFH BStBl II 1999, 48; Kühn/von Wedelstädt, AO und FGO, 18. Auflage, § 366 Rn 1, Pahlke/Koenig, AO, 2. Auflage, § 366 Rn 1).

- II. Nach **§ 119 II 1 AO** kann ein **Verwaltungsakt nicht nur schriftlich, sondern grds. auch elektronisch erlassen** werden.

1. Die **begriffliche Unterscheidung zwischen „elektronisch“ und „schriftlich“** in der AO ist - ebenso wie im VwVfG und im SGB X - durch das 3. Gesetz zur Änderung verwaltungsverfahrenrechtlicher Vorschriften vom 21. August 2002 (BGBl I, S. 3322) eingeführt worden. Das Gesetz soll rechtsverbindliche Grundlagen für die elektronische Kommunikation zwischen Bürger und Verwaltung schaffen und eine Modernisierung der Verwaltung zum eGovernment hin erreichen. Allerdings werden der Begriff des elektronisch erlassenen Verwaltungsaktes und seine Abgrenzung zum schriftlichen Verwaltungsakt im Gesetz selbst an keiner Stelle definiert.

2. Die **zutreffende Einordnung einer aus dem Computer erzeugten E-Mail mit nachfolgender Umwandlung in ein Fax ist strittig**.

- a) Zum jetzt geltenden Recht lässt sich der Meinungsstand wie folgt zusammenfassen: In der **Rspr.** werden Telefaxe und Computerfaxe kontrovers als elektronische Dokumente (BGHZ 167, 214) bzw. als schriftliche Dokumente (BVerwG NJW 2006, 1989) behandelt (offen gelassen vom FG Düsseldorf EFG 2008, 1088 und EFG 2009, 1078).

Das **FG Köln** (EFG 2009, 1079) hat darauf abgestellt, ob das Empfangsgerät das eingehende Dokument elektronisch aufzeichnen und weiter bearbeiten kann oder ob es die Sendung lediglich auf Papier ausdrucken kann (zustimmend Rosenke EFG 2009). Diese Differenzierung findet sich auch im Schrifttum (Pahlke/Koenig, § 122 Rn 87 und Hübschmann/Hepp/Spitaler, § 122 AO Rn 327).

Andere Stimmen in der **Lit.** machen die Abgrenzung davon abhängig, worauf der Entäußerungswille der Behörde gerichtet sei (Schmitz/Schlattmann NVwZ 2002, 1281).

Die **Finanzverwaltung** sieht Telefaxe grds. als elektronische Dokumente an (vgl. AO-Anwendungserlass zu § 122 Nr. 1.8.2, BStBl I 2003, S. 17 und aktuell BStBl I 2008, S. 26; zustimmend Schwarz, § 122 AO Rn 136a; siehe auch Finanzministerium NRW, Erlass vom 01.04.2004 S 0066 unter 2.1.1).

- b) **FG Köln aaO** ordnet die Einspruchsentscheidung als elektronisches Dokument ein.

*„Im Gesetzgebungsverfahren ist zwar in erster Linie hervorgehoben worden, dass eine verstärkte Nutzung der E-Mail erreicht werden solle (BT-DS 14/9000 S. 2, 27, 29, 30, 31, 40, 43). Gleichwohl wurde das Telefax in der Gesetzesbegründung ausdrücklich als elektronisch übermitteltes Dokument eingestuft (BT-Dr 14/9000 S. 32). Da um die Zulässigkeit einer Klageerhebung durch Computerfax jahrelang vor Gericht gestritten wurde (BVerfG NJW 2002, 3534), liegt es nahe anzunehmen, dass mit dem 3. Gesetz zur Änderung verfahrensrechtlicher Vorschriften alle einschlägigen Fragen - und damit auch die Behandlung von Telefaxen - geregelt werden sollten (Roßnagel NJW 2003, 469).*

*Bei den modernen Telefaxgeräten besteht typischerweise die von § 87a I 2 AO vorausgesetzte Möglichkeit, das eingegangene Dokument in einer für den Empfänger bearbeitbaren Weise aufzuzeichnen. Für einen elektronischen Verwaltungsakt spricht zudem, dass die abschließende Entscheidung des Sachgebietsleiters allein in der Freigabe einer am Bildschirm sichtbaren Datei besteht. Der Sachgebietsleiter ist gleichsam unmittelbar in die elektronische Übermittlung eingebunden. Der Paraphierung der ausgedruckten Einspruchsentscheidung ist demgegenüber keine besondere rechtliche Bedeutung beizumessen.“ (FG Köln aaO)*

- III. **Ist die** durch Gesetz für Verwaltungsakte angeordnete **Schriftform** von der Finanzbehörde **nicht gewahrt** worden, **kann sie** nach § 87a IV 1 AO **durch die elektronische Form ersetzt werden**, soweit nicht durch Gesetz etwas anderes bestimmt ist.

1. Diese Vorschrift gilt für Einspruchsentscheidungen schon deshalb, weil diese nach **§ 366 AO** „schriftlich“ zu erteilen sind.

*„Die Anordnung der Schriftform bedeutet, dass der Inhalt des Verwaltungsakts in einem Schriftstück dokumentiert werden muss, welches die erlassende Behörde erkennen lässt und die Unterschrift oder die Namenswiedergabe des Behördenleiters, seines Vertreters oder seines Beauftragten enthält (§ 119 III AO). Angesichts dieser klaren gesetzlichen Regelung kann sich der Senat nicht der Ansicht der Finanzverwaltung anschließen, durch Telefax bekannt gegebene Verwaltungsakte seien zwar elektronische Verwaltungsakte i. S. des § 122 IIa AO, auf sie sei aber § 87a AO nicht anwendbar (vgl. AO-Anwendungserlass zu § 122 Nr. 1.8.2, BStBl I 2003, S. 17 und aktuell BStBl I 2008, S. 26; zustimmend Schwarz, § 122 AO Rn 136a).*

*Überzeugen kann ferner nicht die Auffassung von Thürmer (in Hübschmann/Hepp/Spitaler, AO und FGO, Loseblattausgabe, § 87a Rn 114), dass eine qualifizierte Signatur unterbleiben könne, wenn einer Erklärung im Papierformat ausnahmsweise auch ohne eigenhändige Unterschrift des Ausstellers im Rechtsverkehr Bedeutung beigemessen würde, wie das nach §§ 366, 119 III 2 AO bei der Einspruchsentscheidung der Fall ist, für welche die Namenswiedergabe ausreicht (wie hier Beermann/Gosch, AO und FGO, Loseblattausgabe, § 87a Rn 99.1). Nach der Auffassung von Thürmer verbliebe für § 87a IV 1 AO praktisch kein Anwendungsbereich mehr. Die Notwendigkeit einer elektronischen Signatur besteht dagegen auch bei einer elektronischen Einspruchsentscheidung; sie soll nämlich deren Authentizität und Integrität gewährleisten.“ (FG Köln aaO)*

2. Für Verwaltungsakte ist die **elektronische Form** i. S. des § 87a IV 1 AO nur **ausgeschlossen**, soweit es um **Pfändungsverfügungen** (§ 309 I 2 AO) und **Arrestanordnungen** (§ 324 II 3 AO) geht; bei Einspruchsentscheidungen besteht ein entsprechender Ausschluss jedoch nicht

3. Die **elektronische Form ersetzt** eine **gesetzliche Schriftform für Verwaltungsakte** jedoch **nur dann**, wenn das **elektronische Dokument mit einer qualifizierten elektronischen Signatur** nach dem Signaturgesetz (§ 2 Nr. 3 SigG) **versehen** ist (§ 87a IV 2 AO) und das der Signatur zugrunde liegende qualifizierte Zertifikat oder ein zugehöriges qualifiziertes **Attributzertifikat** die erlassende Behörde erkennen lässt (§ 119 III 3 AO i.V.m. § 7 SigG).

*„§ 87a VI 1 AO ist hier nicht einschlägig: Nach dieser Norm kann das Bundesministerium der Finanzen durch Rechtsverordnung mit Zustimmung des Bundesrates für die Fälle der Abs. 3 und 4 neben der qualifizierten elektronischen Signatur bis zum 31. Dezember 2011 auch ein anderes sicheres Verfahren zulassen, das die Authentizität und die Integrität des übermittelten elektronischen Dokuments sicherstellt. Die auf dieser Grundlage erlassene Steuerdaten-Übermittlungsverordnung vom 28. Januar 2003 (BGBl I, S. 138) enthält nur Ausnahmen für Fälle nach § 87a III AO, also für der Schriftform unterliegende Anträge, Erklärungen oder Mitteilungen der Steuerpflichtigen an die Finanzbehörde. Für die hier interessierenden formbedürftigen Verwaltungsakte der Finanzbehörde hat das Bundesfinanzministerium von der Möglichkeit des § 87a VI 1 AO keinen Gebrauch gemacht.“ (FG Köln aaO)*

Der Verstoß gegen das gesetzliche Formerfordernis ist ein besonders schwerwiegender Fehler i. S. von § 125 I AO und führt - ebenso wie im Zivilrecht bei Rechtsgeschäften (§ 125 S. 1 BGB) - zur Nichtigkeit des betreffenden Verwaltungsakts (BGH NJW 1991, 2147). Dieselbe Rechtsfolge tritt ein, wenn bei gesetzlich vorgeschriebener Schriftform ein Verwaltungsakt in elektronischer Form ohne qualifizierte elektronische Signatur übermittelt wird (FG Köln aaO).

## Steuerrecht

WIPO  
§ 51a

**Jahresabschlussprüfer**  
**Haftung**

SteuerR

(BGH in NZG 2010, 146; Urteil vom 10.12.2009 – VII ZR 42/08)

- I. Der als **Jahresabschlussprüfer** tätige Wirtschaftsprüfer **unterliegt nicht der für Architekten sowie Rechtsanwälte und Steuerberater entwickelten Sekundärhaftung**, denn die für den Architekten, Rechtsanwalt und Steuerberater insoweit entwickelten **Grundsätze sind nicht übertragbar**.

1. Anknüpfungspunkt für die **Sekundärhaftung des Architekten** ist dessen **Sachwalterstellung** im Rahmen des übernommenen Aufgabenkreises.

*„Dem umfassend beauftragten Architekten obliegt im Rahmen seiner Betreuungsaufgaben nicht nur die Wahrung der Auftraggeberrechte gegenüber dem Bauunternehmer, sondern auch und zunächst die objektive Klärung von Mängelursachen, selbst wenn zu diesen eigene Planungs- oder Aufsichtsfehler gehören. Die dem Architekten vom Bauherrn eingeräumte Vertrauensstellung gebietet es, diesem im Laufe der Mängelursachenprüfung auch Mängel des eigenen Architektenwerks zu offenbaren, so dass der Bauherr seine Auftraggeberrechte auch gegen den Architekten rechtzeitig vor Eintritt der Verjährung wahrnehmen kann (BGHZ 71, 144 = NJW 1978, 13111; BGH NJW 2002, 288 = BauR 2002, 108; NZBau 2002, 42 = ZfBR 2002, 61; NJW 2007, 365 = BauR 2007, 423; NZBau 2007, 108 = ZfBR 2007, 250; NJW 2009, 3360 = BauR 2009, 1607 = ZfBR 2009, 781). Die Sekundärhaftung des Architekten knüpft damit an seine zentrale Stellung während der Errichtung eines Bauvorhabens an.*

*Eine vergleichbare Sachwalterstellung hat der als Jahresabschlussprüfer tätige Wirtschaftsprüfer nicht. Sein Aufgabenkreis ist eng umgrenzt. Er hat den Jahresabschluss der Geschäftsleitung seines Auftraggebers unter Einbeziehung der Buchführung zu prüfen, §§ 316 I, 317 I 1 HGB. Weitergehende Betreuungsaufgaben obliegen ihm auch bei einer freiwilligen Prüfung, die grds. den gleichen Gegenstand und Umfang wie eine Pflichtprüfung hat (vgl. BGH NJW-RR 1992, 167), nicht. Zwar dient die Prüfung des Jahresabschlusses auch den Interessen des Auftraggebers. Sie hat aber ebenfalls Bedeutung sowohl für die Gesellschafter als auch für die Gläubiger, die Arbeitnehmer, die Kunden und die Lieferanten des Unternehmens. Insofern nimmt der Abschlussprüfer eine mit einer Sachwalterstellung nicht vereinbare öffentliche Funktion wahr, da es im öffentlichen Interesse liegt, dass die Rechnungslegung unter Beachtung der Grundsätze ordnungsgemäßer Buchführung ein den tatsächlichen Verhältnissen entsprechendes Bild der Vermögens-, Finanz- und Ertragslage des Unternehmens vermittelt (Schulze-Osterloh, in: Festschr. f. Canaris, Bd. II, 2007, S. 379). Der Abschlussprüfer ist, wie sich auch aus § 319 HGB ergibt, unparteiischer und unbeteiligter Dritter. Dass der Abschlussprüfer erhebliche Aufklärungspflichten hat (vgl. § 321 I 3 HGB), rechtfertigt die Sekundärhaftung allein nicht.“ (BGH aaO)*

2. Die **Sekundärhaftung des Rechtsanwalts** leitet sich daraus her, dass ihm auf Grund des Anwaltsvertrags bei der **Beratung Rechtsunkundiger** besondere Pflichten obliegen.

*„Bei anwaltlicher Rechtsberatung und Prozessvertretung können in vielfältiger Weise Fehler begangen werden, die eine Vermögensschädigung des Mandanten auslösen, ohne dass dies alsbald zu Tage tritt. Der Anwalt kann dies auf Grund seiner **besseren Rechtskenntnisse** eher feststellen als sein Mandant. Für ihn kann sich daher bei fortlaufender Wahrnehmung des Mandats ein begründeter Anlass ergeben zu prüfen, ob er dem Mandanten durch einen eigenen Fehler einen Schaden zugefügt hat. Muss ein sorgfältig arbeitender Anwalt dabei die Möglichkeit einer Regresshaftung erkennen, ist ein Hinweis darauf und auf die kurze Verjährungsfrist des § 51 BRAO a.F. (später § 51b BRAO a.F.) geboten. Unterlässt er das, kann dies den Sekundäranspruch auslösen (BGHZ 94, 380 = NJW 1985, 2250 m.w. Nachw.).*

*Zur Begründung für diese weitgehende Haftung hat der BGH insbesondere auf die dreijährige Verjährungsfrist des § 51 BRAO a.F. verwiesen. Diese trage den Belangen des Anwalts auf Kosten seines Mandanten in einschneidender Weise Rechnung, zumal sie unabhängig von dessen Kenntnis zu laufen beginne. Der Anwalt solle – mit Recht – davor geschützt werden, dass die Folgen berufstypischer Risiken ihn auf unabsehbare Zeit hinaus in nicht überschaubarer Weise wirtschaftlich bedrohen würden. Nicht zuletzt zum Ausgleich dieser im Interesse des Anwalts sehr strengen Verjährungsregelung seien ebenso strenge Anforderungen an die Pflicht des Rechtsanwalts zu stellen, den Mandanten auch über gegen ihn, den Anwalt, selbst gerichtete Ansprüche aufzuklären und gegebenenfalls auch deren Verjährung vorzubeugen (BGH NJW 1975, 1655 und BGHZ 94, 380 = NJW 1985, 2250).*

*Diese für den Rechtsanwalt angenommene Sekundärhaftung wurde wegen des vergleichbaren Berufsbildes und einer ebenfalls dreijährigen Verjährungsfrist für Schadensersatzansprüche des Auftraggebers (vgl. § 68 StBerG a.F.) auf den Steuerberater übertragen (BGHZ 83, 17 und für den im Bauherrenmodell als Treuhänder tätigen Steuerberater: NJW 1990, 2464 = BauR 1990, 749 = ZfBR 1990, 238).“ (BGH aaO)*

3. Ob die für **Rechtsanwalt und Steuerberater** entwickelte Sekundärhaftung auch für Wirtschaftsprüfer gilt, ist **in Rspr. und Lit. umstritten**.

bejahend: OLG Hamburg WPK-Mitt 1990, 44; LG Köln GI 1990, 62; verneinend: OLG Düsseldorf BeckRS 2008, 4418 = MDR 2008, 775 und GI 2000, 270; LG Mannheim GI 1991, 138; Zugehör DStR 2001, 1663; differenzierend nach der Art der Tätigkeit WP-Hdb. 2006, Abschnitt A Rn 624 mit Fn 822

**BGH aaO verneint diese Frage** jedenfalls für den als Jahresabschlussprüfer tätigen Wirtschaftsprüfer.

*„Sein Berufsbild ist mit demjenigen des Rechtsanwalts und Steuerbersaters nicht vergleichbar. Zwar genießt der Abschlussprüfer auf Grund seines fachlichen Wissens gegenüber dem Auftraggeber eine **Vertrauensstellung**. Im Gegensatz zu Rechtsanwalt und Steuerberater **hat er jedoch den Auftraggeber nicht umfas-***

**send rechtlich zu beraten.** Vielmehr **beschränkt sich seine Beratungs- und Prüfungspflicht auf den zu prüfenden Jahresabschluss und die zugehörigen Unterlagen.** Eine darüber hinausgehende Beratungspflicht trifft den Abschlussprüfer nicht.

Damit **fehlt** es von vornherein an einer **tragfähigen Grundlage für die Sekundärhaftung.** Diese kann nicht allein daraus hergeleitet werden, dass die Verjährungsfrist für Ansprüche gegen Wirtschaftsprüfer nach altem Recht kenntnisunabhängig läuft, was im Einzelfall dazu führt, dass der Geschädigte keine Möglichkeit hat, den Anspruch durchzusetzen. Diese Gestaltung der Verjährung beruht auf der Entscheidung des Gesetzgebers und ist hinzunehmen. Im Übrigen gilt für Wirtschaftsprüfer gem. § 51a WIPO a.F. bzw. § 323 V HGB a.F. eine fünfjährige Frist, so dass die Interessen des Auftraggebers nicht in dem Maße beeinträchtigt sind, wie in dem Fall, dass Rechtsanwälte oder Steuerberater in Haftung genommen werden sollen. Die Verjährungsfrist ist zwei Jahre länger, so dass ein Bedürfnis für eine Sekundärhaftung nicht gesehen wird (OLG Düsseldorf BeckRS 2008, 4418 = MDR 2008, 775; Zugehör DStR 2001, 1663).“ (BGH aaO)

- II. Der Jahresabschlussprüfer, der von ihm geprüften Gesellschaft wegen Pflichtverletzungen bei der Prüfung zum Schadensersatz verpflichtet ist, kann ihr die **Mitverursachung** des entstandenen Schadens **durch ihren Geschäftsführer** grds. gem. §§ 254 I, 31 BGB analog **ohne Entlastungsmöglichkeit zurechnen** lassen. Das kann ihr der als Jahresabschlussprüfer tätige Wirtschaftsprüfer auch entgegenhalten.

vgl. BGH NJW 1952, 537; BGHZ 68, 142 = NJW 1977, 1148; BGH NJWE-VHR 1998, 39; Adler/Düring/Schmaltz, Rechnungslegung und Prüfung der Unternehmen, 6. Aufl., § 323 HGB Rn 134; Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn/Wiedmann, HGB, 2. Aufl., § 323 Rn 19f.; Zimmer, Großkomm. z. HGB, 4. Aufl., § 323 Rn 40; a.A. Bärenz BB 2003, 1781

„Zu Unrecht hat das BerGer. bei der gebotenen **Abwägung der beiderseitigen Mitverursachungsbeiträge** nur die Handlungen des Geschäftsführers während der Jahresabschlussprüfung zu Grunde gelegt. Es ist der Meinung, dessen Verhalten vor dieser Prüfung dürfe nicht berücksichtigt werden. Nach der Rspr. des BGH kommt auch insoweit die Berücksichtigung eines Mitverschuldens in Betracht.

Allerdings ist im Hinblick darauf, dass es die **vorrangige Aufgabe des Abschlussprüfers** ist, Fehler in der Rechnungslegung des Unternehmens aufzudecken und den daraus drohenden Schaden von diesem abzuwenden, bei der Anwendung des § 254 I BGB im Rahmen der Haftung des Abschlussprüfers mehr Zurückhaltung als sonst üblich geboten. Daher lässt auch eine **vorsätzliche Irreführung des Prüfers** seine Ersatzpflicht nicht ohne Weiteres gänzlich entfallen. Maßgeblich sind letztlich die Umstände des Einzelfalls (vgl. BGH NJWE-VHR 1998, 39, für die Haftung nach § 323 HGB bei Pflichtprüfungen). Auch in der Rspr. der OLG (vgl. OLG Hamburg StB 1982, 200; OLG Köln NJW-RR 1992, 1184; OLG Bremen OLGR 2006, 856) wird eine Differenzierung nicht vorgenommen.

Daran wird festgehalten: Bei den zu beurteilenden Sachverhalten ist eine **Gesamtschau** notwendig, die es regelmäßig nicht zulässt, die vor der Prüfung liegenden Schadensverursachungen auszublenken. Die **schadensstiftenden Ereignisse hängen nämlich in aller Regel eng miteinander zusammen**, wie auch dieser Fall belegt. Der **Geschäftsführer hat durch sein Verhalten vor der Abschlussprüfung den Schaden mitverursacht.** Dieses Verhalten kann nicht losgelöst von demjenigen während der Prüfung betrachtet werden. Schon bei der Erstellung seines Jahresabschlussberichtes hat der Geschäftsführer diese Vorgänge verschleiert. Diese **Täuschungshandlung** setzte sich fort in der Übergabe des Berichts und der Vollständigkeitsbestätigung an die Bekl. Sie fand ihren Abschluss in den Bemühungen des Geschäftsführers während der Prüfung, eine Aufdeckung seiner Machenschaften zu verhindern. Diese verschiedenen Verursachungsbeiträge bauen aufeinander auf und gehen nahtlos ineinander über. Der eine kann ohne den anderen nicht sachgerecht beurteilt werden. Darin liegt der Unterschied zu den von den Vorinstanzen als Beleg für ihre gegenteilige Meinung angeführten Fällen (vgl. etwa BGH NJW 1972, 334 und NJW 1978, 2502), bei denen ein derart enger Zusammenhang nicht bestand.“ (BGH aaO)

ESTG  
§ 24 Nr. 1a

### Teilabfindung für Arbeitsreduzierung steuerlich begünstigte Entschädigungszahlung

SteuerR

(BFH in NJW 2010, 639; Urteil vom 25.08.2009 – IX R 3/09)

Zahlt der Arbeitgeber einem Arbeitnehmer eine **Abfindung**, weil dieser seine **Wochenarbeitszeit** auf Grund eines Vertrags zur Änderung des Arbeitsvertrags **unbefristet reduziert**, so kann darin eine **begünstigt zu besteuernde Entschädigung i.S. von § 24 Nr. 1a EStG** liegen.

- I. Als **außerordentliche Einkünfte** kommen Entschädigungen i.S. des § 24 Nr. 1 EStG in Betracht: Eine Entschädigung nach § 24 Nr. 1a EStG wird als **Ersatz für entgangene oder entgehende Einnahmen** gewährt. Sie muss deshalb **unmittelbar durch den Verlust von steuerbaren Einnahmen bedingt** sowie **dazu bestimmt** sein, **diesen Schaden auszugleichen** und auf einer neuen Rechts- oder Billigkeitsgrundlage beruhen (vgl. die st. Rspr. des BFH BeckRS 2008, 25014240 m.w. Nachw.).

So verhält es sich, wenn der Arbeitgeber seinen Arbeitnehmer abfindet, weil dieser seine Wochenarbeitszeit auf Grund eines Vertrags zur Änderung des Arbeitsvertrags unbefristet reduziert.

„Diese **Teilabfindung dient als Ersatz für die durch die Verminderung der Arbeitszeit entgehenden Einnahmen** und beruht mit dem Änderungsvertrag auf einer **neuen Rechtsgrundlage**. Denn damit erfüllt der Arbeitgeber keine Leistung im Rahmen des bisherigen Rechtsverhältnisses, sondern entgelt die in der Reduzierung der Wochenarbeitszeit liegende Leistung des Arbeitnehmers.“ (BFH aaO)

- II. **Unerheblich** ist in diesem Zusammenhang, **ob das Arbeitsverhältnis** zwischen dem Arbeitgeber und dem Arbeitnehmer auf reduzierter Grundlage **fortbesteht**.

1. Das **Gesetz verlangt** in § 24 Nr. 1a EStG nicht, das zu Grunde liegende Rechtsverhältnis (hier: Arbeitsverhältnis) **müsse gänzlich beendet werden**.

*„Der Arbeitnehmer muss seine Tätigkeit nicht in vollem Umfang aufgeben. Das **Gesetz setzt lediglich voraus, dass Einnahmen wegfallen und dass dafür Ersatz geleistet wird**. Dies ist der Fall, wenn die Parteien des Arbeitsvertrags eine Verminderung der Arbeitszeit vereinbaren, die Vollzeitbeschäftigung des Arbeitnehmers also in eine Teilzeitbeschäftigung überführen und der Arbeitnehmer dafür abgefunden wird. Der Senat folgt insofern der überwiegenden Auffassung, wie sie im Schrifttum z.B. für eine Änderungskündigung vertreten wird (vgl. insb. Offerhaus DStZ 1994, 225; Kirchhof/Söhn/Mellinghoff, EStG, § 24 Rn B 38; Kirchhof, EStG, 8. Aufl., § 24 Rn 11; Herrmann/Heuer/Raupach, § 24 EStG Rn 41 Stichwort „Änderungskündigung“).“ (BFH aaO)*

2. Der **BFH** hat einen Fall, in dem eine Abfindung für eine Verminderung der Arbeitszeit um die Hälfte gezahlt wurde, noch nicht entschieden.

*„Sollte die Rspr. des XI. Senats (vgl. z.B. BFHE 197, 54 = BStBl II 2002, 181 = NJW 2002, 1744 = NZA-RR 2002, 371 und BFH BFH/NV 2000, 1195 m.w. Nachw.) jedoch so verstanden werden, dass eine Entschädigung voraus setze, das zu Grunde liegende Arbeitsverhältnis müsse – in vollem Umfang – beendet werden (anders aber – ohne Begründung im Sinne der oben dargestellten Grundsätze – BFHE 188, 142 = BStBl II 1999, 588 = NZA-RR 1999, 538, bei Ausgleichszahlungen aus Anlass einer betriebsinternen Umsetzung auf einen geringer entlohnten Arbeitsplatz), könnte der erkennende Senat dem nicht folgen:*

*Wenn der XI. Senat auf den Zusammenhang des § 24 Nr. 1a EStG mit den Tatbeständen des § 24 Nr. 1a-c EStG wie auch zu den in § 34 II Nr. 1 EStG aufgeführten Tatbeständen abstellt, die zu erkennen gäben, dass eine Entschädigung die Beendigung der Einkünfteerzielung verlange (so insbes. in BFH, BFH/NV 2000, 1195), führt dies zu einer nicht systemgerechten Verengung des Kontextes: Wie die ebenso durch § 34 II Nr. 3 u. 4 EStG begünstigten Einkünfte zeigen, verlangt das Gesetz eben nicht generell die Aufgabe der bisherigen Erwerbstätigkeit (so zutreffend Kirchhof/Söhn/Mellinghoff, § 34 Rn B 80). Überdies können im Binnensystem des § 24 Nr. 1 EStG die Voraussetzungen der anderen Vorschriften (nämlich § 24 Nr. 1 b und c EStG) nicht zur Voraussetzung des hier maßgebenden § 24 Nr. 1a EStG gemacht werden.*

*Ferner **bedarf es einer restriktiven Interpretation des Entschädigungsbegriffs nicht**: Dem **Zweck des § 34 II EStG**, die Auswirkungen des progressiven Tarifs abzuschwächen (vgl. dazu Kirchhof/Söhn/Mellinghoff, § 34 Rn B 80, EStG § 34 Rn A 1, A 151ff.) genügt es, wenn die Zuordnung der Einkünfte zum Katalog des § 34 II EStG von einem besonderen Ereignis abhängig gemacht (so zutreffend Kirchhof/Söhn/Mellinghoff, § 24 Rn B 38) und nur dann begünstigt besteuert werden, wenn es zu einer Zusammenballung von Einkünften kommt (vgl. dazu BFH BeckRS 2008, 25014570 m.w. Nachw.).“ (BFH aaO)*

## Weitere Schrifttumsnachweise

### I. Zivilrecht

#### 1. **Rensen:** Die Kosten des Prozessfinanziers als Schaden? (MDR 2010, 182)

Ein **Ersatz der Kosten des Prozessfinanziers als Schaden scheidet grds. aus**; will der Geschädigte daher selbst nicht die Erfolgsbeteiligung tragen, muss er die Kosten eines Zivilprozesses zur Durchsetzung seiner Rechte entweder aus eigenen Mitteln bestreiten oder diese Kosten durch einen Kredit finanzieren; ist er hierzu nicht in der Lage, obliegt ihm die Inanspruchnahme von Prozesskostenhilfe. - Die vergleichsweise kostenträchtige Inanspruchnahme eines Prozessfinanzierers ist demgegenüber nicht erforderlich; ihr wesentlicher Vorteil, nämlich die Verlagerung des mit dem Unterliegen verbundenen Kostenrisikos, ist **nach dem Zweck des Schadensersatzrechts nicht berücksichtigungsfähig**; Schadensersatz in Höhe der fiktiven Kosten einer anderen Finanzierung der Kosten des Vorprozesses kommt nur unter den Voraussetzungen des § 249 II 1 BGB in Betracht.

#### 2. **Gremmer:** Wechselhafter und widersprüchlicher Vortrag einer Partei (MDR 2010, 245)

Entgegen einer ersten Vermutung gilt meist nicht der aus dem Schachspiel bekannte Grundsatz „berührt – geführt“ (pièce touchée - pièce jouée): **Aus § 138 I ZPO lässt sich jedenfalls eine Bindung der Partei an ihren Vortrag nicht ableiten, wechselnder Vortrag ist grds. zulässig**; dies zeigen bereits die §§ 263, 264 ZPO, die wechselnde Anträge und ergänzenden oder berichtigenden Vortrag der Klagepartei großzügig behandeln. - Ändert eine Partei ihren Sachvortrag, ist dem mit Hinweis auf Unschlüssigkeit, Unsubstantiiiertheit oder widersprüchliches Verhalten nicht beizukommen, selbst wenn die Gründe für die Abwandlung des Sachverhalts offenkundig sind; vielmehr sind die **angebotenen Beweise zu erheben**; evident taktisch geprägte Veränderungen im Vortrag können dann aber im Rahmen des § 286 ZPO zu Lasten der betroffenen Partei gewürdigt werden. - Irrelevant ist es auch, ob eine Partei das Vorbringen des Gegners zunächst ausdrücklich nicht oder konkulent nach § 138 III ZPO nicht bestreitet und später umschwenkt, indem sie ausdrücklich bestreitet; denn eine **Bindungswirkung tritt nicht ein**: entweder weist der Richter den geänderten Vortrag nach §§ 296, 282, 530, 531 ZPO als verspätet zurück (was jedoch oftmals nicht zulässig sein wird) oder er geht wie in Fallgruppe 1 vor, erforderlichenfalls nach Beweisaufnahme. - Nur bei einem „echten“ **Geständnis nach § 288 ZPO** wird der geständigen Partei die Umkehr erheblich erschwert (§ 290 ZPO); Voraussetzung hierfür ist aber, dass die Partei in der mündlichen Verhandlung – nicht bloß schriftsätzlich – den Vortrag der Gegenseite ausdrücklich zugesteht, „außer Streit stellt“ oder in bestimmten Fällen (z. B. durch Primäraufrechnung) konkulent als unstreitig anerkennt. - Schließlich kann die Klagepartei im Laufe des Prozesses (oder von Anfang an) ihre Klage auf verschiedene Sachverhalte stützen, aber nicht kumulativ, sondern nur im Eventualverhältnis.

#### 3. **Geisler:** Die Gewährleistung rechtlichen Gehörs in den Tatsacheninstanzen (AnwBl 2010, 149)

Unterliegt die Entscheidung einem Rechtsmittel, so ist die **Gehörsverletzung im Rechtsmittelverfahren zu korrigieren** (Berufung, Revision, Nichtzulassungsbeschwerde, sofortige Beschwerde, Rechtsbeschwerde). - Ist ein **Rechtsmittel nicht gegeben**, kann **innerhalb einer Notfrist von zwei Wochen** nach Kenntnis von der Gehörsverletzung die **Gehörsrüge (§ 321a ZPO) bei dem Gericht erhoben werden, dessen Entscheidung angegriffen wird**; sie ist **substantiiert zu begründen**; außerdem besteht Anwaltszwang (§ 78 ZPO); eine Gegenvorstellung wegen Gehörsverletzung ist neben der Gehörsrüge unzulässig. - **Wird der Verletzung des rechtlichen Gehörs nicht abgeholfen**, ist der Rechtsweg erschöpft (§ 90 II BVerfGG) und es kann **Verfassungsbeschwerde** erhoben werden; bei Zurückverweisung an die Vorinstanz ist der Rechtsweg hingegen noch nicht erschöpft; die Gehörsrüge ist nicht deshalb entbehrlich, weil sie offensichtlich aussichtslos gewesen wäre; wird sie versäumt, bleibt eine Verfassungsbeschwerde schon aus diesem Grund insgesamt ohne Erfolg; umgekehrt lastet das BVerfG einem Beschwerdeführer die vorherige Durchführung einer offensichtlich unzulässigen Gehörsrüge an; diese kann die Frist für die Erhebung der Verfassungsbeschwerde nicht offen halten. - Die **Menschenrechtsbeschwerde** (Art. 34, 35 EMRK) kann wegen Verletzung des Rechts auf ein faires Verfahren (Art. 6 EMRK) **erst dann beim EuGH eingelegt werden, wenn der innerstaatliche Verfassungsrechtsweg erschöpft ist** (Art. 35 EMRK).

#### 4. **Thiele:** Die prozessualen Auswirkungen unterlassener oder fehlerhafter Belehrungshinweise gem. § 338 S. 2 ZPO bei Versäumnisurteilen (MDR 2010, 177)

Die Hinweispflicht des § 338 S. 2 ZPO hat den **Zweck, den in Anspruch Genommenen zu schützen und ihn umfassend darüber aufzuklären, wie er sein durch Art. 103 I GG garantiertes Recht wahrnehmen kann, sich vor Gericht rechtliches Gehör zu verschaffen**. - Die **Rechtsfolgen eines unter-**

**lassen oder fehlerhaften Hinweises** hat der **Gesetzgeber nicht geregelt**; in identischen Situationen ist jedoch in anderen Verfahrensordnungen typischerweise vorgesehen, dass die Frist für den jeweils einschlägigen Rechtsbehelf nicht zu laufen beginnt und der Betroffene ein Jahr lang ab Zustellung der Entscheidung Zeit hat, einen Rechtsbehelf einzulegen; es ist nichts dafür ersichtlich, warum dies im Zivilprozess nicht entsprechend gelten soll; die bisherigen sporadisch geäußerten Gegenauffassungen können nicht überzeugen. - Fehler in Bezug auf die Einhaltung des § 338 S. 2 ZPO müssen daher zur Folge haben, dass die Einspruchsfrist des § 339 I ZPO nicht zu laufen beginnt.

## II. Strafrecht

1. **Stegbauer**: Rechtsprechungsübersicht zu den Propaganda- und Äußerungsdelikten (NSTZ 2010, 129)
2. **Röder**: Nach der letzten Änderung des § 184b StGB: Ist das Verbreiten sog. „Posing“-Fotos weiterhin straflos? (NSTZ 2010, 113)

Der Gesetzgeber hat in § 184b I StGB n.F. die frühere Verweisung auf §§ 176b StGB durch eine **eigenständige Regelung der Anknüpfungsmerkmale für kinderpornografische Schriften** ersetzt; kinderpornografisch sind danach solche pornografischen Schriften, die „sexuelle Handlungen von, an oder vor Kindern“ zum Gegenstand haben; dem Gesetzgeber ist es damit im Wesentlichen gelungen, das Verbreiten von Posing-Fotos unter Strafe zu stellen. - Einschlägig ist die Tatbestandsalternative „sexuelle Handlungen von Kindern“; „Posing“ ist regelmäßig eine „Handlung“ in diesem Sinn, und zwar auch dann, wenn das Kind lediglich unbewegt „in Positur steht“ (oder sitzt oder liegt); folglich **sind auch statische Fotos** (und nicht etwa nur Filme) **geeignet, Posing-Handlungen wiederzugeben**. - Gleichwohl gibt es noch immer **Strafbarkeitslücken**, die aus den Grenzen des Handlungsbegriffs resultieren; der mögliche Wort-sinn des Ausdrucks „(sexuelle) Handlung“ wäre überschritten, wenn man darunter auch menschliches Verhalten fassen würde, das nicht willensgetragen ist; straflos ist aus diesem Grund insbesondere das Verbreiten von Bildern, die die sexuell aufreizende Körperhaltung schlafender Kinder wiedergeben oder die Posituren abbilden, die mit vis absoluta erzwungen worden sind (letzteres betrifft vor allem Fotos gefesselter Kinder), sowie das Verbreiten von Bildern, bei denen jedenfalls nicht ausgeschlossen werden kann, dass einer der genannten Fälle vorliegt (was insbesondere bei Nahaufnahmen der Genitalien oder des Gesäßes der Fall ist). - Da die genannten Fälle ebenso strafwürdig sind wie die bereits jetzt tatbestandsmäßigen Fälle, **sollte § 184b StGB zur Vermeidung von Wertungswidersprüchen ergänzt werden**; entsprechend **ergänzungsbedürftig sind auch die §§ 184c ff StGB**.

4. **Fischer**: Strafbarer Gefährdungsschaden oder strafloser Untreueversuch – Zur Bestimmtheit der Untreue-Rechtsprechung (StV 2010, 95)

Die **Kategorie des Gefährdungsschadens** im Tatbestand insbes. der §§ 263, 266 StGB **verstößt nicht** schon wegen der terminologischen Anknüpfung an eine Gefährdung **gegen den Bestimmtheitsgrundsatz**. - Einfachrechtlich hat die Kategorie des Gefährdungsschadens einen sinnvollen Anwendungsbereich und sollte daher nicht zugunsten einer nur scheinbaren Vereinfachung aufgegeben werden; die Verweisung der Tatgerichte auf (kaufmännische und daher für ganz andere Zwecke geschaffene) **Bewertungsregeln**, die sodann nach Maßgabe des Einzelfalls durch „Schätzungen“ ersetzt werden können, würde in der Praxis nicht zu einer höheren Anwendungssicherheit führen, sondern vielmehr nur neue verfahrensrechtliche und praktische Komplikationen sowie zahlreiche auf die Schätzungsgrundlagen und –ergebnisse bezogene Rechtsmittelangriffe provozieren. – Ein Verständnis des Gefährdungsschadens als „Durchgangsschaden“ erlaubt es, den ggf. „gestreckten“ Verlauf der Schadensentstehung bei konkreter Gefährdung einzelner Vermögenspositionen zu betrachten und die Fallgruppen auch insoweit zu unterscheiden; der „Gefährdungsschaden“ liegt nicht an der Grenze, sondern vielmehr im Kern des Tatbestands von Untreue und Betrug.

4. **Wohlers**: Die „unverzögliche“ Beiordnung eines Pflichtverteidigers: Gefährdung des Anspruchs auf effektive Verteidigung? (StV 2010, 151)

## III. öffentliches Recht

1. **Rohlfing**: Die Darlegungs- und Beweislast beim amtschaftungsrechtlichen Verweisungsprivileg, § 839 I 2 BGB (MDR 2010, 237)

Aus dem **Verweisungsprivileg des § 839 I 2 BGB** resultiert für den Kl. die Notwendigkeit, im Amtshaftungsprozess vorzutragen, dass ihm keine anderweitige Ersatzmöglichkeit zur Verfügung steht; erst dieses (**negative**) **Tatbestandsmerkmal begründet den Amtshaftungsanspruch**. - Daher hat der Kl. im Amtshaftungsprozess diejenigen Umstände substantiiert darzulegen (und ggf. zu beweisen), die eine solche Möglichkeit anderweitigen Ersatzes ausräumen zu könnten; dazu hat er darzulegen, dass – im Zeitpunkt der Erhebung der Amtshaftungsklage – eine anderweitige Ersatzmöglichkeit definitiv nicht bestanden hat oder ihm nicht zumutbar war; die diesbezügliche Sachvortragsdichte im Amtshaftungsprozess ist abhängig von der jeweiligen anderweitigen Ersatzmöglichkeit, die der Kl. in Betracht zu ziehen hat.

2. **Gounalakis/Klein:** Zulässigkeit von personenbezogenen Bewertungsplattformen - Die „Spickmich“-Entscheidung des BGH (NJW 2010, 566)

Bespr. der Entsch. BGH NJW 2009, 2888

3. **Schmidl:** Aspekte des Rechts der IT-Sicherheit (NJW 2010, 476)

IT-Sicherheit ist von zunehmender Bedeutung für Unternehmen, da diese im Alltag einem wachsenden Gefahrenpotenzial IT-spezifischer Risiken ausgesetzt sind; anknüpfend an die vier **wichtigsten IT-Sicherheitsziele** (Vertraulichkeit, Verfügbarkeit, Integrität und Prüfbarkeit) bedarf es daher einer anfänglichen und regelmäßig wiederholten **Risikoanalyse**, die sich nicht nur auf die unmittelbare Handhabung und Eignung der Hard- und Software auf Firmencomputern sowie mobilen Speichermedien beschränken darf, sondern auch die **Existenz und Funktionsfähigkeit einer ausreichenden und sicheren Netzwerkinfrastruktur**, einer sicheren Infrastruktur (Gebäude, Räume) und des entsprechenden Gebäudemanagements (Zutrittsregelungen bezüglich Technik- oder Serverräumen, Sicherung von Büros, Schlüsselverwaltung, Klimatisierung von Technikräumen, Notstromversorgung) in die Prüfung mit einbeziehen muss; auch die betroffenen Bereiche und Funktionen, die das Unternehmen ausgelagert hat, sind im Rahmen einer ganzheitlichen Risikoanalyse zu berücksichtigen. - Nur mit Hilfe einer solchen Risikoanalyse lassen sich typische Versäumnisse (z. B. das Fehlen einer angemessenen Strategie zur Herstellung und Erhaltung der IT-Sicherheit, Sicherheitsschwächen im Bereich der internen Netzwerke, permissiver Umgang mit Passwörtern etc.) vermeiden; ein **einheitliches Gesetz, das sämtliche Aspekte der IT-Sicherheit regelt, gibt es nicht**, was unter anderem auf die unterschiedliche Zielsetzung der verschiedenen Pflichten (z. B. Organisationspflichten versus Datenschutzpflichten) zurückzuführen ist; generell lässt sich das Recht der IT-Sicherheit jedoch durch die **Verpflichtung zum Einsatz von sicherer Informationstechnik und die Anordnung organisatorischer Maßnahmen** jeweils mit dem Ziel der Erlangung von Verfügbarkeit, Unversehrtheit oder Vertraulichkeit von Informationen innerhalb eines Unternehmens charakterisieren. - Diese Verpflichtungen werden durch die Prüfungskriterien des Gesetzes zur Schaffung des Bundesamtes für Sicherheit in der Informationstechnik, die **Rahmenbedingungen des SigG** sowie die **Sicherheits- und Schutzmaßnahmen der Datenschutzgesetze** (geeignete Zutritts-, Zugangs-, Zugriffs-, Weitergabe-, Eingabe-, Auftrags- und Verfügbarkeitskontrollen, die Pflicht zur Ernennung eines Datenschutzbeauftragten und die Auflagen im Fall einer Auftragsdatenverarbeitung) weiter spezifiziert. - Die **allgemeinen Organisationspflichten zu IT-technischen Schutzmaßnahmen** (z. B. Firewalls, Virens Scanner) sowie die nicht-technischen Bestimmungen (z. B. der Erlass einer IT-Richtlinie) werden zudem durch bereichsspezifische Normen ergänzt, die für bestimmte Branchen typische Risiken adressieren; zahlreiche Straftatbestände sowie die als Ordnungswidrigkeit oder Straftat sanktionierten Verstöße gegen datenschutzrechtliche Bestimmungen dienen ebenfalls dem Schutz von Informationen im weitesten Sinne. - Die bei der Planung und Umsetzung von Maßnahmen der IT-Sicherheit gleichfalls besonders zu berücksichtigenden Grenzen finden die IT-Sicherheitsziele in den verfassungsrechtlichen (Verstoß der Totalüberwachung gegen Art. 1 GG, gegen das „IT-Grundrecht“ sowie gegen das Fernmeldegeheimnis), datenschutzrechtlichen (Grundsätze der Erforderlichkeit, Datenvermeidung und Datensparsamkeit etc.) und strafrechtlichen Bestimmungen.

4. **Stern:** Die Schutzpflichtenfunktion der Grundrechte :Eine juristische Entdeckung (DÖV 2010, 241)

Die **Schutzpflichtenfunktion der Grundrechte** ist heute in der deutschen und weitgehend in der europäischen Grundrechtsdogmatik **anerkannt**; sie hat ihre Wurzel in den objektiv-rechtlichen Grundrechtsgelalten, die auf der Wertorientierung der Grundrechte beruhen; positiv-rechtlicher Ansatz für die Schutzpflichten ist vor allem Art. 1 I GG, der alle staatliche Gewalt verpflichtet, die Menschenwürde „zu achten und zu schützen“. - Die **Rspr. des BVerfG** hat diese grundrechtliche Dimension wiederentdeckt und in vielfältiger Weise entfaltet; die Verfassungsrechtswissenschaft hat die Entwicklung positiv begleitet und verfeinert; mittlerweile lässt sich über Art. 2 GG hinaus bei fast allen Grundrechtsbestimmungen ein Schutzpflichtengehalt ermitteln. - Über der Bedeutung der Schutzpflichtenfunktion darf allerdings nicht vergessen werden, dass die **Abwehrfunktion der Grundrechte** nach wie vor der **klassische Bestandteil des Grundrechtsverständnisses** bleiben muss; angesichts vielfältiger neuartiger Bedrohungen des Menschen in der Gegenwart ist sein Schutz durch den Staat in fundamentalen Rechtspositionen eine unerlässliche Verpflichtung für die Staatsorgane; um diese verfassungsrechtlich zu legitimieren, ist die grundrechtliche Schutzfunktion ein gutes Fundament.

5. **Shirvani/Heidebach:** Hauptsacherechtsbehelf und vorläufiger Rechtsschutz (DÖV 2010, 254)

Die besseren Argumente sprechen dafür - jedenfalls soweit kein Vorverfahren erforderlich ist - den **Antrag auf einstweiligen Rechtsschutz nach § 80 V 1 bzw. nach § 80 a III VwGO ohne vorherige Erhebung der Anfechtungsklage zuzulassen**. - **Wortlaut- bzw. systematische Argumente** lassen sich für beide Ansichten ins Feld führen, sodass sich hieraus kein eindeutiges Ergebnis ermitteln lässt: Die **Auslegung anhand der teleologischen, auf Art. 19 IV GG gestützten Überlegungen** führt demgegenüber dazu, § 80 V 2 VwGO Vorrang gegenüber § 80 V 1 VwGO einzuräumen. - Erlaubt man den Antrag nach § 80 V 1 VwGO (ggf. i. V. m. § 80a III VwGO) vor Erhebung der Anfechtungsklage, so kann das Gericht nicht nach § 80 V 1 VwGO tenorieren; es kann insbesondere nicht die aufschiebende Wirkung der Anfechtungsklage anordnen oder diese wiederherstellen, wenn eine Anfechtungsklage noch gar nicht erhoben ist.

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

1. **Gassen:** Fachwissen aus dem Internet – Online-Recherche für Notare (RNotZ 2009, 645)
2. **Grunewald:** Rechtliche Befugnisse und Werbemöglichkeiten von Testamentvollstreckern (ZEV 2010, 69)

Das **RDG gestattet die Testamentvollstreckung jedermann**; zur Testamentvollstreckung gehört alles, was mit ihr in Zusammenhang steht; es **spielt dabei keine Rolle, ob die entsprechende Tätigkeit eine Rechtsdienstleistung umfasst**, und es ist **gleichgültig, ob auch schwierige Rechtsfragen zu beantworten sind**; ein **Testamentvollstrecker** muss sich aber darüber im Klaren sein, dass er evtl. **dem Erben gem. § 2219 BGB haftet**. - **Testamentvollstrecker dürfen** damit **werben**, dass sie **in bestimmter Weise zertifiziert** sind; dies **gilt auch für Rechtsanwälte**; allerdings setzt dies voraus, dass der **Zertifizierer vom Zertifizierten unabhängig** ist, dass die Voraussetzungen, unter denen das Zertifikat erworben wird, leicht zugänglich sind, die **Leistungen des Zertifizierten überprüft** worden sind **und regelmäßig kontrolliert** werden.



Überreicht durch:

# Mandantenbrief

- neueste Informationen -

Aus Gesetzgebung, Rechtsprechung und Praxis

März 2010

## A. Aus der Gesetzgebung

### Bekämpfung der Kinderpornographie

Gesetz zur Bekämpfung der Kinderpornographie in Kommunikationsnetzen v. 17.02.2010, In-Kraft-Treten i. W. am 23.02.2010 (BGBl I, S. 78)

#### I. Allgemeines

Die neuen gesetzlichen Regelungen enthalten **Änderungen zum Telemediengesetz (TMG) und zum Telekommunikationsgesetz (TKG)** und beschränken sich auf **Zugangerschwerungen zu kinderpornographischen Inhalten**.

Kinderpornographie ist die Dokumentation von Kindesmissbrauch und der sexuellen Ausbeutung von Kindern. Trotz internationaler Anstrengungen zur Täterermittlung und Schließung von Websites bleiben Angebote mit kinderpornographischen Inhalten im Internet abrufbar und nehmen beständig zu. Da die polizeiliche Kriminalstatistik seit Jahren einen Anstieg bei der Verbreitung der Kinderpornographie im Netz verzeichnet, soll daher gegen die sexuelle Ausbeutung von Kindern im Internet mit allen rechtsstaatlichen Mitteln vorgegangen werden. Das Gesetz will - im Rahmen einer Gesamtstrategie gegen den sexuellen Missbrauch von Kindern und seiner Darstellung im Internet - die bereits bestehenden Möglichkeiten wirksam ergänzen. Ziel des Gesetzes ist die Erschwerung des Internetzugangs zu kinderpornografischen Inhalten durch die Zugangsanbieter in Deutschland.

#### II. Wesentliche Inhalte des Gesetzes

1. Im Gesetz ist vorgesehen, dass das **Bundeskriminalamt (BKA) Sperrlisten erstellt**, die Kinderpornografie i. S. des § 184 b StGB enthalten oder darauf verweisen. Diese Listen stellt das BKA täglich aktualisiert zur Verfügung.  
Ferner **gilt der Grundsatz "Löschen vor Sperren"**: Das BKA setzt nur dann entsprechende Einträge auf die Sperrliste, wenn andere Maßnahmen sich als nicht erfolgreich erweisen. Ein beim Bundesbeauftragten für den Datenschutz und die Informationsfreiheit bestelltes Expertengremium kann jederzeit Einsicht in die Sperrliste nehmen und die Einträge überprüfen.
2. Auf der Basis dieser Sperrlisten des BKA werden alle großen privaten **Internetzugangsanbieter verpflichtet**, den **Zugang zu kinderpornographischen Inhalten** im Internet **durch geeignete technische Maßnahmen zu erschweren**. Die Zugangsanbieter haften nur, wenn und soweit sie die Sperrliste des Bundeskriminalamts nicht ordnungsgemäß umsetzen.
3. Aus präventiven Gründen wird gegenüber den betroffenen Nutzern über eine sog. „**Stoppmeldung**“ klargestellt, warum der Zugang zu einem kinderpornographischen Angebot erschwert wird. Personenbezogene Daten, die aufgrund der Stoppmeldung anfallen, dürfen nicht zu Zwecken der Strafverfolgung verwendet werden.

## B. Aus der Rechtsprechung

BGB  
§ 312d

**Widerrufs- und Rückgaberecht  
auch bei nichtigem Fernabsatzvertrag**

BGB

(BGH in NJW 2010, 610; Urteil vom 25.11.2009 – VIII ZR 318/08)

Einem **Verbraucher** steht, sofern nicht Treu und Glauben (§ 242 BGB) etwas anderes gebieten, ein **Widerrufsrecht** nach § 312d BGB **auch dann** zu, **wenn der Fernabsatzvertrag nichtig ist**.

- I. **Ob das Widerrufsrecht** des Verbrauchers – jedenfalls grds.– **auch bei einem unwirksamen Vertrag** besteht, **ist umstritten**:

- Es wird die Auffassung vertreten, dass dies **aus Gründen des Verbraucherschutzes zu bejahen** sei, um dem Verbraucher die gegenüber einer kondiktionsrechtlichen Rückabwicklung günstigeren Rechtsfolgen der §§ 355, 346 ff BGB zu erhalten.  
MüKo-BGB/Wendehorst, 5. Aufl., § 312d Rn 13; MüKo-BGB/Masuch, 5. Aufl., § 355 Rn 28; Erman/Saenger, BGB, 12. Aufl., § 355 Rn 20; v. Westphalen/Emmerich/v. Rottenburg, VerbraucherKreditG, 2. Aufl., § 7 Rn 13; Schulze, HK-BGB, 6. Aufl., § 355 Rn 5; Wildemann, jurisPK-BGB, § 355 Rn 7
- Dagegen wird eingewandt, das Widerrufsrecht nach § 312d BGB setze einen wirksamen Fernabsatzvertrag voraus, da **nur von einem wirksam geschlossenen Vertrag zurückgetreten** werden könne und es den **dogmatischen Strukturen des Vertragsrechts** widerspreche, wenn auch nichtige Verträge nach den Rücktrittsvorschriften rückabgewickelt werden könnten.  
Staudinger/Thüsing, BGB, Neubearb. 2005, § 312d Rn10; ebenso Lütcke, FernabsatzR, § 312d Rn 17; Bülow/Artz, VerbraucherKreditR, 6. Aufl., § 495 BGB Rn 53, zum Widerrufsrecht beim Verbraucherdarlehensvertrag

II. Der **BGH hat die Frage**, ob ein Widerrufsrecht unabhängig davon besteht, ob die Willenserklärung bzw. der Vertrag ansonsten wirksam ist, **bislang offengelassen** (NJW-RR 2004, 1058 = WM 2004, 2451). **Nunmehr bejaht er sie** in Übereinstimmung mit der in der Kommentarlit. überwiegend vertretenen Auffassung.

*„Der Sinn des Widerrufsrechts beim Fernabsatzvertrag besteht darin, dem Verbraucher ein an keine materiellen Voraussetzungen gebundenes, einfach auszuübendes Recht zur einseitigen Loslösung vom Vertrag in die Hand zu geben, das neben und unabhängig von den allgemeinen Rechten besteht, die jedem zustehen, der einen Vertrag schließt. Dies kommt etwa im **Erwägungsgrund 14 der Richtlinie 97/7/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 20.05.1997 über den Verbraucherschutz bei Vertragsabschlüssen im Fernabsatz** (ABIEG Nr. L 144, S. 19) zum Ausdruck, wonach das Widerrufsrecht nicht die im einzelstaatlichen Recht vorgesehenen Rechte des Verbrauchers berührt.*

*Dementsprechend hat der Verbraucher etwa ein Wahlrecht, ob er einen Fernabsatzvertrag nach §§ 312d, 355 BGB mit der Rechtsfolge einer Rückabwicklung nach §§ 346 ff BGB widerruft oder ob er den Vertrag – ggf. – wegen Irrtums oder arglistiger Täuschung gem. §§ 119ff, 142 BGB anfiicht und sich damit für eine bereicherungsrechtliche Rückabwicklung nach §§ 812 ff BGB entscheidet (ebenso v. Westphalen/Emmerich/v. Rottenburg, § 7 Rn 13; Bülow/Artz, § 495 BGB Rn 53). Es besteht unter dem Gesichtspunkt des **bei einem Fernabsatzvertrag gebotenen Verbraucherschutzes kein Grund**, den Verbraucher schlechter zu stellen, wenn der Fernabsatzvertrag nicht anfechtbar, sondern nach §§ 134, 138 BGB nichtig ist. Auch in einem solchen Fall rechtfertigt es der **Schutzzwang des Widerrufsrechts**, dem Verbraucher die Möglichkeit zu erhalten, sich von dem geschlossenen Vertrag auf einfache Weise durch Ausübung des Widerrufsrechts zu lösen, ohne mit dem Unternehmer in eine rechtliche Auseinandersetzung über die Nichtigkeit des Vertrags eintreten zu müssen. Auch bei einer etwaigen Nichtigkeit des Vertrags hat der Verbraucher deshalb grundsätzlich die Wahl, seine auf den Abschluss des Fernabsatzvertrags gerichtete Willenserklärung zu widerrufen oder sich auf die Nichtigkeit des geschlossenen Vertrags zu berufen.“ (BGH aaO)*

III. Die dagegen vorgebrachten **dogmatischen Einwände greifen nicht durch**.

*„Das **begriffslogische Argument**, nur ein wirksamer Vertrag könne widerrufen werden (Staudinger/Thüsing, § 312d Rn 10), **berücksichtigt nicht**, dass in der **Zivilrechtsdogmatik** seit langem anerkannt ist, dass auch nichtige Rechtsgeschäfte angefochten werden können (sog. Doppelwirkungen im Recht; Staudinger/Dilcher, BGB, 12. Aufl., Einl. zu §§ 104ff. Rn 80 m.w. Nachw.; Bülow/Artz, § 495 BGB Rn 53; vgl. auch BGH JZ 1955, 500). Für den Widerruf eines nichtigen Vertrags gilt unter dogmatischem Gesichtspunkt nichts anderes als für dessen Anfechtung.*

*Nicht zu folgen vermag der Senat der Auffassung, dass der Verbraucher sich bei einer Nichtigkeit des Fernabsatzvertrags schon dann nicht auf sein Widerrufsrecht berufen könne, wenn er den die Vertragsnichtigkeit nach §§ 134, 138 BGB begründenden Umstand jedenfalls teilweise selbst zu vertreten habe (so MüKo-BGB/Masuch, § 355 Rn 28). Ein **Ausschluss des Widerrufsrechts wegen unzulässiger Rechtsausübung** (§ 242 BGB) kann **nur unter dem Gesichtspunkt besonderer Schutzbedürftigkeit des Unternehmers** in Betracht kommen, etwa bei arglistigem Handeln des Verbrauchers gegenüber dem Unternehmer (v. Westphalen/Emmerich/v. Rottenburg, § 7 Rn 14). Arglistiges Handeln der Kl. gegenüber der Bekl. liegt hier jedoch nicht vor. Vielmehr fällt bei dem nichtigen Kaufvertrag beiden Parteien – auch der Bekl. – ein Verstoß gegen die guten Sitten zur Last (vgl. Senat NJW 2005, 1490). Unter diesen Umständen gebietet es der Gesichtspunkt von Treu und Glauben jedenfalls nicht, der Kl. das Widerrufsrecht zu Gunsten der Bekl. vorzuenthalten.“ (BGH aaO)*

RGebStV  
§ 3 II Nr. 9

**Abmeldung von Rundfunkgeräten**  
**Begründungserfordernis**

öffR

(OVG Berlin-Bbg in NVwZ-RR 2010, 134; Beschluss vom 14.08.2009 – 11 S 40/09)

Nach § 3 II Nr. 9 RGebStV ist **bei der Anzeige der Abmeldung eines Rundfunkempfangsgerätes der Grund der Abmeldung mitzuteilen**. Die Abmeldung erfordert hierbei die **Schilderung eines individuellen Lebenssachverhalts**, aus dem sich nachvollziehbar ergibt, dass der Rundfunkteilnehmer bestimmte Empfangsgeräte ab einem bestimmten Zeitpunkt nicht mehr zum Empfang bereithält.

*„Erst **diese Schilderung ermöglicht es der Behörde zu beurteilen, ob der der Abmeldung zu Grunde liegende Sachverhalt den Schluss rechtfertigt, der Rundfunkteilnehmer halte die in Rede stehenden Rundfunkempfangsgeräte nicht mehr zum Empfang bereit**, oder ob der Abmeldung möglicherweise eine fehlerhafte Subsumtion des Rundfunkteilnehmers zu Grunde liegt. Nicht hingegen geht es darum, die sonstige Motivation des Rundfunkteilnehmers für die Abmeldung zu ergründen.*

*Diesen Anforderungen genügt die vom Ast. angezeigte Abmeldung nicht: In der formularmäßigen Abmeldung hat er als Grund der Abmeldung lediglich angegeben: „Zu hohe Gebühren, weil Verwendung für Fußball-Übertragungsrechte“. Damit wird kein Sachverhalt geschildert, der dem Ag. eine verlässliche Subsumtion ermöglicht hätte. Nichts Anderes gilt, soweit der Ast., was er geltend macht, in dem vorgedruckten Hinweis, dass nach der Abmeldung ein Rundfunkgerät nicht mehr zum Empfang bereithalten werden darf, den Begriff „Rundfunkgerät“ durch den Begriff „Fernsehgerät“ ersetzt hat. Da der Ast. zu den genannten Angaben unmittelbar kraft Gesetzes verpflichtet war, kommt es nicht darauf an, dass das vom Ag. verwandte Abmeldungsformular auch aus Sicht des Senats gerade hinsichtlich der Frage nach dem Grund der Abmeldung durchaus verbesserungswürdig ist.“ (OVG Berlin-Bbg aaO)*

ZPO

**Zustellung**

ZPO

§§ 178 I 2, 180

**an Geschäftsanschrift ohne Briefkasten**

(BGH in BeckRS 2010, 03336; Beschluss vom 21.01.2010 – IX ZB 83/06)

Erhält ein Verfahrensbeteiligter ein durch Aufgabe zur Post zugestelltes gerichtliches Schriftstück nicht, weil **an seiner Geschäftsanschrift ein Briefkasten nicht vorhanden** ist, ist ein von ihm gestellter Antrag auf Wiedereinsetzung in den vorigen Stand zurückzuweisen.

„Die Schuldnerin ist **im Verfahren unter ihrer Geschäftsanschrift aufgetreten**, ohne darauf hinzuweisen, dass dort ein Briefkasten nicht vorhanden war, so dass **Ersatzzustellungen nach § 180 ZPO ausschieden** und nur während der Geschäftszeit gem. § 178 I Nr. 2 ZPO in den Geschäftsräumen durch Übergabe an eine dort beschäftigte Person vorgenommen werden konnten. Die Schuldnerin durfte nach § 168 I 2 ZPO, § 33 I PostG auch nicht davon ausgehen, dass jedes gerichtlich beauftragte lizenzierte Zustellunternehmen Kenntnis von ihrem Postfach, welches sie in diesem Verfahren gleichfalls nicht mitgeteilt hatte, besaß und eine Zustellung dort bewirken würde.“ (BGH aaO).

Vgl. hierzu auch die Entsch. BGH in Rpfleger 2010, 91 = ZA 02/10 S. 37

ZPO

**Pfändung**

ZPO

§ 850e Nr.1 S.1

**Arbeitnehmerbeiträge zur VBL-Pflichtversicherung**

(BGH in NZI 2010, 118 = NZA-RR 2010, 86; Beschluss vom 15.10.2009 – VII ZB 1/09)

**Pflichtbeiträge des Arbeitnehmers**, die er an die Versorgungsanstalt des Bundes und der Länder zahlt, sind **denjenigen Beiträgen gleichzustellen, die unmittelbar auf Grund sozialrechtlicher Vorschriften zur Erfüllung gesetzlicher Verpflichtungen des Schuldners abzuführen sind**; bei der Berechnung des pfändbaren Einkommens sind diese daher nicht zu berücksichtigen.

- I. Entgegen der Meinung des *LAG Baden-Württemberg* (BeckRS 2008, 58334) ist nach Auffassung des BGH aaO die **Pfändbarkeit der VBL-Pflichtbeiträge bereits durch § 850e Nr.1 S.1 ZPO ausgeschlossen**.

„Es handelt sich um Beiträge, die denjenigen gleichzustellen sind, die unmittelbar auf Grund sozialrechtlicher Vorschriften zur Erfüllung gesetzlicher Verpflichtungen des Schuldners abzuführen sind. In dem Gesetzgebungsverfahren zur Änderung von Vorschriften über den Pfändungsschutz für Arbeitseinkommen, das die Vorgängerregelung zu § ZPO § 850e Nr. 1 S. 1 ZPO, nämlich § 7 Nr. 1 S. 1 der Verordnung zur einheitlichen Regelung des Pfändungsschutzes für Arbeitseinkommen (Lohnpfändungsverordnung) vom 30.10.1940 (RGBl I, 1451), zum Gegenstand hatte, hat der Bundesrat zu Art. 1 Nr. 7 Nr. 1a des Gesetzes beschlossen, dass nur die zur Weiterversicherung, nicht aber die zur freiwilligen Höherversicherung aufgewandten Beiträge bei der Berechnung des pfändungsfreien Arbeitseinkommens unberücksichtigt bleiben sollen (BR-Dr 662/51). Bei der zweiten und dritten Beratung im Deutschen Bundestag hat dieser darauf hingewiesen, dass durch § 7 Nr. 1a des Gesetzes die Beiträge, die für die freiwillige Weiterversicherung in der Sozialversicherung geleistet würden, nunmehr für abzugsfähig erklärt würden (BT-Dr 2917).

Aus den **Materialien** lässt sich damit ableiten, dass im Gesetzgebungsverfahren die **Abzugsfähigkeit von freiwilligen Beiträgen als problematisch angesehen** wurde. Pflichtbeiträge, wie sie auch seinerzeit schon an die Zusatzversorgungskasse zu zahlen waren, wurden in diesem Zusammenhang nicht erörtert. Dies kann sich nur in der Weise erklären, dass der Gesetzgeber von vornherein davon ausgegangen ist, dass für diese Beiträge bereits eine Regelung, und zwar durch § 850e Nr. 1 S.1 ZPO, getroffen worden ist.“ (BGH aaO)

- II. Es ist auch **sachgerecht**, die Pflichtbeiträge des Arbeitnehmers zu der VBL denjenigen Beiträgen gleichzustellen, die unmittelbar auf Grund sozialrechtlicher Vorschriften zur Erfüllung gesetzlicher Verpflichtungen des Schuldners abzuführen sind.

„Zwar handelt es sich insoweit nicht um eine gesetzlich, sondern um eine tarifvertraglich statuierte Verpflichtung des Schuldners. Dieser kann sich jedoch **wie bei einer gesetzlichen Beitragsverpflichtung auf Grund einer sozialrechtlichen Vorschrift der Abführung der Beiträge nicht entziehen**, so dass ihm in der Höhe der Pflichtbeiträge zur VBL sein **Nettoverdienst nicht zur Verfügung steht**.“ (BGH aaO)

- III. Auch der **Zweck der Zusatzversorgung**, die Versorgungsbezüge der im öffentlichen Dienst angestellten Arbeitnehmer entsprechend der Versorgung der Beamten auszugestalten (vgl. BGHZ 103, 370 = NVwZ-RR 1988, 103 = NJW 1988, 3151), erfordert die Gleichstellung der Pflichtbeiträge mit denjenigen Beiträgen, die unmittelbar auf Grund sozialrechtlicher Vorschriften zur Erfüllung gesetzlicher Verpflichtungen des Schuldners abzuführen sind (BGH aaO).

StVO

**Handy-Verbot**

StVO

§ 23 la

**Abhören von Musikdateien**

(OLG Köln in NSTz-RR 2010, 88; Beschluss vom 12.08.2009 – 83 Ss-Owi 63/09)

Der **Verbotstatbestand** des § 23 la StVO ist **auch dann erfüllt, wenn ein Fahrzeugführer während der Fahrt ein Mobiltelefon in die Hand nimmt und auf dem Gerät gespeicherte Musikdateien abhört**.

„Nach dem **Wortlaut** des § 23 la StVO ist dem Fahrzeugführer die Benutzung eines Mobiltelefons untersagt, wenn er hierfür das Mobiltelefon aufnimmt oder hält. Welche Handlungen im Einzelnen der Vorschrift unterfallen, ist in der obergerichtlichen Rspr. durch zahlreiche Entscheidungen (vgl. die umfangr. Nachweise in OLG Köln NJW 2008, 3368; vgl. auch OLG Köln NZV 2009, 302) hinreichend geklärt. Danach schließt der Begriff der Benutzung die Inanspruchnahme sämtlicher Bedienfunktionen der nach üblichem Verständnis als Mobiltelefon bezeichneten Geräte ein (OLG Hamm NJW 2005, 2469; OLG Jena DAR 2006, 636 = NJW 2006, 3734 = VRS 111, 215; OLG Bamberg DAR 2008, 217 = NJW 2008, 599).

Mit der Darstellung von Daten hat der Betr. das Mobiltelefon **in einer der zur Verfügung stehenden Funktionen verbotswidrig genutzt**. Die Vorschrift soll gewährleisten, dass der Fahrzeugführer während der Benutzung des Mobiltelefons **beide Hände für die Bewältigung der Fahraufgabe frei hat** (vgl. OLG Stuttgart NJW 2008, 3369). Das ist nicht der Fall, wenn der Betr. das Gerät aufnimmt, um Musik zu hören. Dies setzt zunächst (mindestens) einen Bedienvorgang der Tastatur voraus, der die Aufmerksamkeit des Fahrers bereits in nicht unerheblichem Maße in Anspruch nimmt. Insoweit unterschei-

det sich der vorliegend zu beurteilende Sachverhalt nicht von demjenigen, bei dem ein Telefongespräch, etwa durch Auswahl der Rufnummer (vgl. dazu OLG Hamm NZV 2007, 483), vorbereitet wird. Auch während des anschließenden Hörens der Dateien mit dem am Ohr gehaltenen Gerät ist der Fahrer in seiner Bewegungsfähigkeit eingeschränkt. Dadurch erhöht sich das Risiko, dass er auf eventuelle Gefahrensituationen nicht angemessen reagieren kann.“ (OLG Köln aaO)

ESTG  
§ 24 Nr. 1a

**Teilabfindung für Arbeitsreduzierung  
steuerlich begünstigte Entschädigungszahlung**

SteuerR

(BFH in NJW 2010, 639; Urteil vom 25.08.2009 – IX R 3/09)

Zahlt der Arbeitgeber einem Arbeitnehmer eine **Abfindung**, weil dieser seine **Wochenarbeitszeit** auf Grund eines Vertrags zur Änderung des Arbeitsvertrags **unbefristet reduziert**, so kann darin eine **begünstigt zu besteuern**de Entschädigung i.S. von § 24 Nr. 1a EStG liegen.

I. Als **außerordentliche Einkünfte** kommen Entschädigungen i.S. des § 24 Nr. 1 EStG in Betracht: Eine Entschädigung nach § 24 Nr. 1a EStG wird als **Ersatz für entgangene oder entgehende Einnahmen** gewährt. Sie muss deshalb **unmittelbar durch den Verlust von steuerbaren Einnahmen bedingt** so wie **dazu bestimmt** sein, **diesen Schaden auszugleichen** und auf einer neuen Rechts- oder Billigkeitsgrundlage beruhen (vgl. die st. Rspr. des BFH BeckRS 2008, 25014240 m.w. Nachw.). So verhält es sich, wenn der Arbeitgeber seinen Arbeitnehmer abfindet, weil dieser seine Wochenarbeitszeit auf Grund eines Vertrags zur Änderung des Arbeitsvertrags unbefristet reduziert.

„Diese **Teilabfindung dient als Ersatz für die durch die Verminderung der Arbeitszeit entgehenden Einnahmen** und beruht mit dem Änderungsvertrag auf einer **neuen Rechtsgrundlage**. Denn damit erfüllt der Arbeitgeber keine Leistung im Rahmen des bisherigen Rechtsverhältnisses, sondern entgelt die in der Reduzierung der Wochenarbeitszeit liegende Leistung des Arbeitnehmers.“ (BFH aaO)

II. **Unerheblich** ist in diesem Zusammenhang, **ob das Arbeitsverhältnis** zwischen dem Arbeitgeber und dem Arbeitnehmer auf reduzierter Grundlage **fortbesteht**.

1. Das **Gesetz verlangt** in § 24 Nr. 1a EStG **nicht, das zu Grunde liegende Rechtsverhältnis** (hier: Arbeitsverhältnis) **müsse gänzlich beendet werden**.

„Der Arbeitnehmer muss seine Tätigkeit nicht in vollem Umfang aufgeben. Das **Gesetz setzt lediglich voraus**, dass **Einnahmen wegfallen und dass dafür Ersatz geleistet wird**. Dies ist der Fall, wenn die Parteien des Arbeitsvertrags eine Verminderung der Arbeitszeit vereinbaren, die Vollzeitbeschäftigung des Arbeitnehmers also in eine Teilzeitbeschäftigung überführen und der Arbeitnehmer dafür abgefunden wird. Der Senat folgt insoweit der überwiegenden Auffassung, wie sie im Schrifttum z.B. für eine Änderungskündigung vertreten wird (vgl. insb. Offerhaus DStZ 1994, 225; Kirchhof/Söhn/Mellinghoff, EStG, § 24 Rn B 38; Kirchhof, EStG, 8. Aufl., § 24 Rn 11; Herrmann/Heuer/Raupach, § 24 EStG Rn 41 Stichwort „Änderungskündigung“).“ (BFH aaO)

2. Der **BFH** hat einen Fall, in dem eine Abfindung für eine Verminderung der Arbeitszeit um die Hälfte gezahlt wurde, noch nicht entschieden.

„Sollte die Rspr. des XI. Senats (vgl. z.B. BFHE 197, 54 = BStBl II 2002, 181 = NJW 2002, 1744 = NZA-RR 2002, 371 und BFH BFH/NV 2000, 1195 m.w. Nachw.) jedoch so verstanden werden, dass eine Entschädigung voraus setze, das zu Grunde liegende Arbeitsverhältnis müsse – in vollem Umfang – beendet werden (anders aber – ohne Begründung im Sinne der oben dargestellten Grundsätze – BFHE 188, 142 = BStBl II 1999, 588 = NZA-RR 1999, 538, bei Ausgleichszahlungen aus Anlass einer betriebsinternen Umsetzung auf einen geringer entlohnten Arbeitsplatz), könnte der erkennende Senat dem nicht folgen:

Wenn der XI. Senat auf den Zusammenhang des § 24 Nr. 1a EStG mit den Tatbeständen des § 24 Nr. 1a-c EStG wie auch zu den in § 34 II Nr. 1 EStG aufgeführten Tatbeständen abstellt, die zu erkennen gäben, dass eine Entschädigung die Beendigung der Einkünfteerzielung verlange (so insbes. in BFH, BFH/NV 2000, 1195), führt dies zu einer nicht systemgerechten Verengung des Kontextes: Wie die ebenso durch § 34 II Nr. 3 u. 4 EStG begünstigten Einkünfte zeigen, verlangt das Gesetz eben nicht generell die Aufgabe der bisherigen Erwerbstätigkeit (so zutreffend Kirchhof/Söhn/Mellinghoff, § 34 Rn B 80). Überdies können im Binnensystem des § 24 Nr. 1 EStG die Voraussetzungen der anderen Vorschriften (nämlich § 24 Nr. 1 b und c EStG) nicht zur Voraussetzung des hier maßgebenden § 24 Nr. 1a EStG gemacht werden.

Ferner bedarf es einer restriktiven Interpretation des Entschädigungsbegriffs nicht: Dem Zweck des § 34 II EStG, die Auswirkungen des progressiven Tarifs abzuschwächen genügt es, wenn die Zuordnung der Einkünfte zum Katalog des § 34 II EStG von einem besonderen Ereignis abhängig gemacht (so zutreffend Kirchhof/Söhn/Mellinghoff, § 24 Rn B 38) und nur dann begünstigt besteuert werden, wenn es zu einer Zusammenballung von Einkünften kommt (vgl. dazu BFH BeckRS 2008, 25014570 m.w. Nachw.).“ (BFH aaO)

BGB  
§ 249

**Erforderlichkeit des Unfallersatztarifs  
Beweislast des Anspruchstellers**

BGB

(BGH in BeckRS 2010, 03142; Urteil vom 19.01.2010 – VI ZR 112/09)

Wenn die „**Erforderlichkeit**“ des geltend gemachten **Unfallersatztarifs** nicht feststeht, **trifft den Anspruchsteller die Beweislast** dafür, dass ihm ein wesentlich günstigerer Tarif nicht zugänglich war.

„**Insoweit geht es nicht um die Verletzung der Schadensminderungspflicht**, für die grds. der Schädiger die Beweislast trägt, sondern **um die Schadenshöhe, die der Geschädigte darzulegen und erforderlichenfalls zu beweisen hat** (vgl. BGH VersR 2008, 1706; BGH VersR 2008, 699; BGH VersR 2007, 1577; BGH VersR 2006, 669 und BGH VersR 2005, 850). Steht fest, dass der Unfallersatztarif betriebswirtschaftlich gerechtfertigt ist, sodass er grds. dem Geschädigten als unfallbedingter Herstellungsaufwand zu ersetzen wäre, möchte jedoch der Schädiger nach § 254 BGB nur einen niedrigeren Schadensersatz leisten, so hat er nach allgemeinen Grundsätzen darzulegen und zu beweisen, dass dem Geschädigten in der konkreten Situation ein günstigerer Normaltarif ohne weiteres zugänglich war“ (BGH aaO)

# Protokolle für die mündliche Prüfung

## Warum Prüfungsprotokolle?

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

## Wie läuft das ab?

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

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

## Was können Sie sonst noch tun?

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

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

## Was kostet das?

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

**Zahlung nur im Voraus oder bei Abholung**

