



# PRAKTIKER-REPORT (PR)

Monatsschrift für den praktisch tätigen Juristen

---

34. Jahrg.

April 2009

Heft 04

---

Aus dem Inhalt:

**BGH:** Sittenwidrige Leistungen im Schenkkreis

**OLG Jena:** unbefugte Verwendung des Bundesadlers

**OLG Weimar:** Nutzung einer Stadthalle für Bundesparteitag

**BGH:** Zubehöreigenschaft einer Einbauküche

**BGH:** Unterbrechung der Verfolgungsverjährung

**OLG Magdeburg:** Beschwerdebegründung beim unzuständigen Gericht

**BVerwG:** Inhaltliche Anforderungen an die Anhörungsrüge



### **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

Neuordnung des Zugangs zum Notariat .....	1
Änderung des Betäubungsmittelrechts .....	2
Reform des Versorgungsausgleichs .....	3

### Brandaktuell

BGH: Schadensersatz bei vorgetäushtem Eigenbedarf (auch bei formal unwirksamer der Kündigung) .....	5
--	---

### Entscheidungen materielles Recht

#### Zivilrecht

OLG Hamm: Mangelhaftigkeit eines Motorrades (Pendelschwingungen bei Hochgeschwindigkeit) .....	6
BGH: Sittenwidrige Leistungen im Schenkkreis (keine Anwendung von § 817 S. 2 BGB) .....	9

#### Strafrecht

AG Rosenheim: Körperverletzung (Tätowierung eines Mitgefangenen) .....	11
OLG Jena: unbefugte Verwendung des Bundesadlers (Verwendung von Ausweispapieren des „Dt. Reichs“ mit Reichsadler) .....	13

#### öffentl. Recht

OVG Weimar: Anspruch auf Nutzung einer Stadthalle (Durchführung eines Bundesparteitages) .....	15
OVG Magdeburg: Anspruch auf bauaufsichtliches Einschreiten (nachbarliches Rücksichtnahmegebot) .....	18

### Kurzauslese I

BGH: Verjährungshemmung („Einschlafenlassen“ von Verhandlungen) .....	21
BGH: Unwirksamkeit starrer Dekorationsfristen (§§ 535 I 2, 307, 242 gilt auch im Gewerberaummietrecht) .....	21
OLG Schleswig: Nutztierhaltung (Haftungsprivilegierung ist verfassungsgemäß) .....	22
BGH: Kindstötung (Mord aus niedrigen Beweggründen) .....	23
OLG Celle: Rechtsberatung unter Strafgefangenen (Störung der Ordnung in der JVA) .....	23
VG Leipzig: Störerhaftung (Kostentragungspflicht für Feuerwehreinsatz bei Brandstiftung) .....	23
VG Frankfurt: Kreistagsfraktion (Anspruch auf Eröffnung eines Sparkassenkontos) .....	24

### Entscheidungen Verfahrensrecht

#### Zivilrecht

BGH: Herausgabevollstreckung in ein Grundstück (Einweisung in den Besitz) .....	25
BGH: Ersteigerung eines Grundstücks (Zubehöreigenschaft einer Einbauküche) .....	27

**Strafrecht**

BGH:	Verfolgungsverjährung (Unterbrechung).....	29
------	--	----

**öffentl. Recht**

OVG Magdeburg:	Beschwerdebegründung beim unzuständigen Gericht (Nachwirkende Fürsorgepflicht und Wiedereinsetzung) .....	33
BVerwG	Inhaltliche Anforderungen an die Anhörungsrüge (neue und eigenständige Verletzung des rechtlichen Gehörs).....	35

**Kurzauslese II**

BGH:	Anschlussberufung (nach nicht wirksam gesetzter Berufungserwiderungsfrist) .....	36
BGH:	Revision (Geltendmachung der Verletzung von Landesrecht).....	36
KG:	Fortsetzungszusammenhang (keine Anwendbarkeit im Zwangsvollstreckungsverfahren).....	36
BGH:	WEG-Novelle 2007 (keine Anwendung des geänderten ZVG in Altverfahren).....	37
BGH:	Tatbeteiligung (ausreichend ist Mitwirkung an einem einheitlichen geschichtlichen Vorgang).....	37
BVerfG:	Rechtsschutzbedürfnis (Überprüfung erledigter Ermittlungsmaßnahmen).....	37
LG Mosbach:	Entscheidung ohne Hauptverhandlung (erforderliche Zustimmung des Verteidigers).....	38
OVG Hamburg:	Berufungszulassungsantrag (kann nicht zur Niederschrift des Urkundsbeamten gestellt werden).....	38
BVerwG:	Berufungsrücknahme (kann bis zur Stellung der Anträge in der mdl. Verhandlung erklärt werden).....	39
BFH:	Postulationsfähigkeit vor dem BFH (pensionierter Richter).....	39

**Speziell für Rechtsanwälte und Notare****Gebühren und Kosten**

OLG Rostock:	Honoraranspruch (bei Kündigung eines Anwaltsvertrages Wegen vertragswidrigem Verhalten).....	41
OLG Düsseldorf:	Einigungsgebühr (Zustimmung zur Klagerücknahme).....	41
AG Traunstein:	Geschäftsgebühr bei Beratungshilfe (Erhöhung bei Prozessstandschaft).....	42
OLG Frankfurt:	Honorarvereinbarung (keine Anrechnung der Geschäftsgebühr auf Verfahrensgebühr) .....	42
OLG München:	Anwaltswechsel (keine Anrechnung der Geschäftsgebühr auf Verfahrensgebühr).....	42
OLG Düsseldorf:	Verfahrensgebühr (Berufung).....	43
OLG Hamm:	Auslagenpauschale bei Beratungshilfe (keine Orientierung an fiktiven Wahlenwaltskosten).....	43
LG Köln:	Post- und Telekommunikationspauschale (Bußgeldverfahren).....	44

**Aus der Praxis**

OLG Rostock:	Prozesskostenhilfe (Beiordnung eines Rechtsanwalts zu ortsüblichen Bedingungen).....	45
--------------	---	----

LG Heidelberg:	Schadensersatzanspruch (Ersatz der Anwaltskosten bei Kündigung wegen Zahlungsverzugs).....	45
BGH:	Verbraucherdarlehen (Unternehmensbegriff).....	45
LG M.-gladbach:	Aufklärungspflicht des Werkunternehmers (Unwirtschaftlichkeit einer Reparatur) .....	46
OLG Bremen:	Trennungsunterhalt (keine zeitliche Begrenzung).....	47
BAG:	Kündigungsschutzklage (verlängerte Anrufungsfrist bei zwei Kündigungen).....	47
BGH:	Feststellungsklage (Streitwert bei Forderung aus unerlaubter Handlung).....	49
OLG Köln:	Abänderungsklage (Präklusionswirkung).....	49
OLG Nürnberg:	Vollstreckungsabwehrklage (Erfüllungseinwand).....	49
BAG:	Revisionsbegründung (inhaltliche Anforderungen).....	49
BGH:	Zahlungsfiktion bei freiwilliger Leistung an den Gerichtsvollzieher (Anwendbarkeit des § 815 III ZPO).....	50
VG Berlin:	Rundfunkgebührenpflicht (nicht für internetfähige PC in Büros).....	51
<b>Steuern</b>		
BFH:	Zustellung eines vordatierten Bescheids (Wirksamkeit).....	52
OLG Zweibrücken:	Steuerberater (bußgeldrechtliche Verantwortlichkeit).....	52
BFH:	Arbeitslohn (vom Arbeitgeber übernommene Geldbußen und -auflagen).....	53
BFH:	Schadensersatzrente nach § 844 II BGB (unterliegt nicht der Einkommenssteuerpflicht).....	53
BFH:	haushaltsnahe Dienstleistungen (Barzahlung ist steuerschädlich).....	54
<b>Weitere Schrifttumsnachweise</b> .....		57
<b>Mandantenbrief</b> .....		61



## Aus der Gesetzgebung

### A. Neuordnung des Zugangs zum Notariat

Gesetz zur Änderung der BNotO vom 02.04.2009, In Kraft treten im Frühjahr 2011 (BGBl I, 696)

#### I. Allgemeines

Eine Neuregelung der BNotO ist erforderlich geworden, da das BVerfG mit Beschluss vom 20. April 2004 (1 BvR 838/01) die bisherige Zugangspraxis für Notare für verfassungswidrig erklärt hatte.

Bei Vorhandensein mehrerer Bewerber beschränkte sich die Verwaltungspraxis neben dem Ergebnis des zweiten Staatsexamens auf eine formalisierte Auswahl nach eher quantitativ bestimmten Kriterien (Zahl von Beurkundungen und Fortbildungen). Dies hatte zur Folge, dass die Bewerber eine Vielzahl von Fortbildungsveranstaltungen unter hohem Kostenaufwand besuchten, aber nicht sicher sein konnten, überhaupt ein Notariat zugewiesen zu bekommen. Das BVerfG forderte daher eine stärkere und differenziertere Gewichtung notarspezifischer Leistungen gegenüber dem Ergebnis der unter Umstand zum Zeitpunkt der Bewerbung lange zurückliegenden jur. Staatsprüfung oder der Dauer der anwaltlichen Berufstätigkeit.

Die Änderungen treten zwei Jahre nach Verkündung des Gesetzes in Kraft. Die Verkündung ist im April diesen Jahres erfolgt, so dass mit dem Inkrafttreten im Frühjahr 2011 zu rechnen ist. Bereits im Jahr 2010 könnte das bei der Bundesnotarkammer einzurichtende Prüfungsamt erstmals eine notarielle Fachprüfung anbieten.

#### II. Die Neuerungen im Überblick

1. Die Reform sieht nunmehr die **Einführung einer notariellen Fachprüfung** vor, deren Bestehen künftig Voraussetzung für die Bestellung zum Anwaltsnotar sein wird.

- Bei mehreren Bewerbern um eine ausgeschriebene Notarstelle entscheiden die Note der notariellen Fachprüfung zu 60 % und die Note des Zweiten Staatsexamens zu 40 % über die Auswahl. Das bisherige Punktsystem, das in Verwaltungsvorschriften der Länder geregelt war, entfällt vollständig.
- Im **schriftlichen Teil der Prüfung** sind künftig **vier** statt sechs **5-stündige Aufsichtsarbeiten** anzufertigen.
- Daneben findet eine **mündliche Prüfung**, bestehend aus einem **Vortrag** und einem **Prüfungsgespräch**, statt. Die Leistungen des schriftlichen Teils werden bei der Ermittlung der Prüfungsnote mit 75 %, die des mündlichen Teils mit 25 % gewichtet.

An der Prüfung kann teilnehmen, wer seit **mindestens drei Jahren zur Rechtsanwaltschaft zugelassen** ist und die **Voraussetzungen für die Bestellung zum Notar gem. § 5 BNotO erfüllt**.

2. Als weitere Neuerung ist vorgesehen, dass vor der Bestellung zum Anwaltsnotar der Nachweis zu erbringen ist, dass der Bewerber mit der notariellen Berufspraxis hinreichend vertraut ist. Der Nachweis soll in der Regel durch **160 Stunden Praxisausbildung bei einem Notar** erbracht werden. Unter bestimmten Voraussetzungen kann die Stundenzahl auf 80 reduziert werden.

Nach Bestehen der notariellen Fachprüfung hat der Bewerber außerdem je Kalenderjahr **mindestens an 15 Zeitstunden notarspezifischer Fortbildungsveranstaltungen** teilzunehmen.

3. Wie bisher sieht auch das Gesetz künftig eine **allgemeine Wartezeit von fünf Jahren** (bezogen auf die Ausübung des Rechtsanwaltsberufs) bzw. eine **örtliche Wartezeit von drei Jahren** (bezogen auf die Tätigkeit als Rechtsanwalt in dem jeweiligen notariellen Amtsbereich) vor.

## B. Änderung des Betäubungsmittelrechts

23. Verordnung zur Änderung betäubungsmittelrechtlicher Vorschriften (Dreiundzwanzigste Betäubungsmittelrechts-Änderungsverordnung - 23. BtMÄndV) v. 19.03.2009, in Kraft treten zum 25.03.2009 (BGBl. I S. 560)

### I. Allgemeines

Zum 25.03.2009 ist die 23. Verordnung zur Änderung betäubungsmittelrechtlicher Vorschriften (23. BtMÄndV) in Kraft getreten. Damit ist der Weg für eine noch effizientere Substitutionstherapie von Betäubungsmittelabhängigen frei geworden.

### II. Die wichtigsten Neuerungen im Überblick

#### 1. Vor allem die **Vorschriften zur Substitutionsbehandlung in § 5 BtMVV** werden um zwei für die Substitutionspraxis wichtige Punkte **erweitert**:

- Um Urlaubs- und Krankheitsphasen substituierender Ärztinnen und Ärzte - im Sinne einer kontinuierlichen Substitutionsbehandlung - besser überbrücken zu können, wird eine **modifizierte Regelung für Vertretungsfälle** eingeführt.
- Daneben besteht nunmehr die Möglichkeit, **Substitutionsmittel für die Dauer von bis zu zwei Tage zu verschreiben**. Hierdurch werden insbesondere zur Überbrückung von Wochenenden und Feiertagen die Voraussetzungen für eine kontinuierliche und flächendeckende Versorgung von Substitutionspatientinnen und -patienten geschaffen.

#### 2. Erleichterungen bei der **Urlaubs- und Krankheitsvertretung**

Mit der neuen Regelung in **§ 5 III BtMVV** wird klargestellt, dass die **Vertretung substituierender, suchtmmedizinisch qualifizierter Ärztinnen und Ärzte grds. nur dann möglich ist, wenn die Vertreterin oder der Vertreter ebenfalls suchtmmedizinisch qualifiziert ist**.

Zukünftig können Ärztinnen oder Ärzte mit suchtmmedizinischer Qualifikation - **ausnahmsweise und für einen begrenzten Zeitraum - durch eine Ärztin oder einen Arzt ohne diese besondere Qualifikation vertreten** werden (pro Vertretungsfall maximal vier Wochen und insgesamt maximal 12 Wochen im Jahr). Zudem müssen sich die im Vertretungsfall beteiligten Ärztinnen und Ärzte vor dem Beginn der Vertretung über die Art und Weise der konkreten Substitutionsbehandlung abstimmen.

#### 3. Erleichterungen bei der **Wochenend- und Feiertagsversorgung**

Weitere Erleichterungen werden in **§ 5 VIII BtMVV** aufgenommen. In dieser Vorschrift sind die Bedingungen geregelt, unter denen Substitutionsmittel verschrieben werden dürfen. Zukünftig ist es erlaubt, Substitutionspatientinnen und -patienten die erforderlichen Mittel für einen Zeitraum von bis zu zwei Tagen zu verschreiben. Voraussetzung hierfür ist, dass die zur Substitutionsbehandlung sonst erforderliche Überlassung des Substitutionsmittels zum unmittelbaren Verbrauch oder dessen Verabreichung nicht auf andere Weise kontinuierlich gewährleistet werden kann.

Mit dieser **Zwei-Tages-Verordnung** werden Behandlungslücken geschlossen, die aufgrund der Schließzeiten substituierender Praxen und anderer Vergabeeinrichtungen an Sonn- und Feiertagen zu Problemen geführt haben. Eine Zwei-Tages-Verordnung ist auch dann möglich, wenn entsprechende Behandlungsmöglichkeiten, etwa in ländlichen Regionen, nur in unzumutbarer Entfernung zur Verfügung stehen oder wenn bei unaufschiebbaren Terminen von Betäubungsmittelabhängigen an Werktagen eine kontinuierliche Fortführung der Therapie nicht anders gewährleistet werden kann. Die sog. **Take-Home-Verschreibung (Verordnung bis zu sieben Tage)** bleibt davon unberührt.

## C. Reform des Versorgungsausgleichs

Gesetz zur Strukturreform des Versorgungsausgleichs (VAStrRefG) vom 03.04.2009, In Kraft treten zum 01.09.2009 (BGBl I, 700)

### I. Allgemeines

Der Versorgungsausgleich regelt die Verteilung von Rentenansprüchen zwischen Ehegatten nach einer Scheidung. Rentenansprüche können in der gesetzlichen Rentenversicherung, in der Beamtenversorgung und durch betriebliche oder private Altersvorsorge entstehen. Beim Scheitern einer Ehe sorgt der Versorgungsausgleich dafür, dass die von den Ehepartnern erworbenen Ansprüche geteilt werden. Der Versorgungsausgleich ist in den §§ 1587 ff. BGB, im VAHRG (Gesetz zur Regelung von Härten im Versorgungsausgleich), im VAÜG (Versorgungsausgleichs-Überleitungsgesetz) sowie in der Barwert-Verordnung geregelt.

### II. Die gesetzlichen Neuerungen im Überblick

#### 1. Der Grundsatz der internen Teilung

Das bislang geltende Recht verlangte eine Verrechnung aller in der Ehezeit erworbenen Ansprüche aus den unterschiedlichen Versicherungen und einen Ausgleich der Hälfte des Wertunterschieds über die gesetzliche Rentenversicherung.

Bei der Umrechnung der verschiedenartigen Ansprüche mithilfe der sog. BarwertVO entstanden allerdings Wertverzerrungen, weil die Berechnung auf unsicheren Prognosen über die künftige Wertentwicklung der Versicherungen beruhte. Dies führte zu ungerechten Teilungsergebnissen und Transferverlusten zu Lasten der ausgleichsberechtigten Ehepartner, also überwiegend der Ehefrauen.

Zukünftig wird jedes in der Ehe aufgebaute Versorgungsrecht im jeweiligen Versorgungssystem zwischen den Ehegatten hälftig geteilt. Jeder Ehegatte erhält dann sein eigenes „Rentenkonto“, also einen eigenen Anspruch gegen den jeweiligen Versorgungsträger (Grundsatz der „internen Teilung“). Er löst das fehlerbehaftete Prinzip der Verrechnung aller Ansprüche und des Einmalausgleichs über die gesetzliche Rentenversicherung ab. Künftig können so auch die Ansprüche aus der betrieblichen und privaten Altersvorsorge schon bei der Scheidung vollständig geteilt werden. Einbezogen werden künftig auch Kapitalleistungen der betrieblichen Altersversorgung. Nachträgliche Ausgleichs- und Abänderungsverfahren werden dadurch weitgehend entbehrlich.

#### 2. Ausnahme: Die externe Teilung

Abweichend vom Grundsatz der internen Teilung kann ausnahmsweise eine 2externe Teilung“ vorgenommen werden, wenn die ausgleichsberechtigte Person dem zustimmt. Außerdem kann bei kleineren Versicherungen (zu übertragender Wert bis ca. 50 € als monatlicher Rentenbetrag, für bestimmte Betriebsrenten gilt eine höhere Wertgrenze) der Versorgungsträger einseitig die externe Teilung verlangen.

Extern bedeutet dabei, dass die Teilung nicht beim Versorgungsträger des ausgleichspflichtigen Ehegatten, sondern extern erfolgt, indem dieser Versorgungsträger den auszugleichenden Kapitalbetrag bei einem anderen Versorgungsträger einzahlt. Die ausgleichsberechtigte Person kann dabei entscheiden, ob durch diese Zahlung eine für sie bereits bestehende Versorgung aufgestockt oder eine neue Versorgung begründet werden soll.

#### 3. Ausschluss des Versorgungsausgleichs

In bestimmten Fällen findet ein Versorgungsausgleich nicht mehr statt: Geht es nur um einzelne geringe Ausgleichswerte oder ergeben sich auf beiden Seiten bei gleichartigen Ansprüchen ähnlich hohe Ausgleichswerte, soll das Familiengericht von der Durchführung des Ausgleichs absehen. Die Wertgrenze für beide Fälle liegt bei derzeit ca. 25 € als monatlichem Rentenbetrag.

Auch bei einer kurzen Ehezeit von bis zu drei Jahren (einschließlich des Trennungsjahrs) findet ein Versorgungsausgleich nicht mehr statt, es sei denn, einer der Ehegatten beantragt ausdrücklich die Durchführung des Versorgungsausgleichs.

#### 4. **Die Zulässigkeit von Vereinbarungen über den Versorgungsausgleich**

Künftig erhalten die Eheleute größere Spielräume, Vereinbarungen über den Versorgungsausgleich zu schließen und so ihre vermögensrechtlichen Angelegenheiten entsprechend ihren individuellen Bedürfnissen zu regeln.

Vereinbarungen über den Versorgungsausgleich in einem Ehevertrag werden nicht mehr unwirksam, wenn innerhalb eines Jahres nach Vertragschluss die Scheidung eingereicht wird. Werden Ausgleichsvereinbarungen im Rahmen der Scheidung geschlossen, entfällt die bislang erforderliche Genehmigung durch das Familiengericht. Das Familiengericht hat zum Schutz der Ehegatten nur noch zu überprüfen, ob die Vereinbarung einer Inhalts- und Ausübungskontrolle standhält.

#### 5. **Inkrafttreten und Übergangsregelung**

Das Gesetz tritt zum 01.09.2009 in Kraft, zeitgleich mit der Reform des familiengerichtlichen Verfahrens, und gilt für alle Scheidungen, die ab diesem Zeitpunkt beim Familiengericht eingeleitet werden. Bereits bei Gericht anhängige Versorgungsausgleichssachen, die nicht mehr mit der Scheidung verbunden sind, werden nach neuem Recht entschieden, wenn sie nach dem 01.09. 2009 weiter betrieben werden. Spätestens ab dem 01.09.2010 wird das neue Recht für alle Versorgungsausgleichssachen gelten, die in der ersten Instanz noch nicht entschieden sind. Damit ist gewährleistet, dass alle Versorgungsausgleichssachen innerhalb eines Jahres nach Inkrafttreten der Reform auf das neue Teilungssystem umgestellt werden.

## Brandaktuell

BGB  
§ 280 I

### Schadensersatz bei vorgetäuschem Eigenbedarf auch bei formal unwirksamer Kündigung

ZivilR

(BGH in Pressemitteilung Nr. 76/09 vom 08.04.2009; Urteil vom 08.04.2009 –VIII ZR 231/07)

**Fall:** M war seit 1977 Mieterin in einem Wohnhaus der V in Berlin. Aufgrund einer Vereinbarung vom 04.10.2002 zog die M aus der Wohnung aus, nachdem V mehrfach das Mietverhältnis wegen Eigenbedarfs gekündigt sowie eine Räumungsklage und Schadensersatzforderungen bei nicht rechtzeitiger Räumung angedroht hatten. Unmittelbar nach dem Auszug boten V das Haus über einen Makler zum Verkauf an, von dem sie später Abstand nahmen. M ist der Auffassung, V hätten den Eigenbedarf vorgetäuscht. Sie begehrt mit ihrer Klage die Rückgabe des Mietobjekts, hilfsweise macht sie Schadensersatzansprüche geltend. Hat die Klage Aussicht auf Erfolg?

Ein Mieter, der aufgrund eines tatsächlich nicht gegebenen Eigenbedarfs in Folge einer Kündigung aus einer Wohnung auszieht, kann unter den Voraussetzungen des § 280 I BGB einen Schadensersatzanspruch haben. Fraglich ist jedoch, ob ein solcher Anspruch aus denn besteht, wenn die ausgesprochene Eigenbedarfskündigung schon aus formellen Gründen unwirksam ist.

Der BGH hat nunmehr entschieden, dass einem Mieter, der auf eine Kündigung wegen eines in Wahrheit nicht bestehenden Eigenbedarfs hin auszieht, Schadensersatzansprüche wegen unberechtigter Kündigung auch dann zustehen, wenn der **Eigenbedarf** zwar entgegen § 573 III 1 BGB nicht **im Kündigungsschreiben als berechtigtes Interesse** des Vermieters an der Beendigung des Mietverhältnisses **angegeben** und die Kündigung deshalb unwirksam ist, der Vermieter dem Mieter den **Eigenbedarf aber schlüssig dargetan** und der Mieter **keine Veranlassung** hatte, die **Angaben** des Vermieters **in Zweifel** zu ziehen.

*„Der Schadensersatzanspruch des Mieters wird auch **nicht dadurch ausgeschlossen**, dass sich der Mieter mit dem Vermieter auf eine **einvernehmliche Beendigung** des Mietverhältnisses geeinigt hat, **obwohl** er zu diesem Zeitpunkt mangels ordnungsgemäß begründeter Kündigungserklärungen – **noch – nicht zur Räumung des Mietobjekts verpflichtet** war.*

**Entscheidend** ist nicht, ob der Mieter bereits zur Räumung verpflichtet ist, sondern **allein, ob er das Räumungsverlangen materiell für berechtigt halten darf**, weil er keinen Anlass hat, an der Richtigkeit der Angaben des Vermieters zu dem geltend gemachten Eigenbedarf zu zweifeln. Auch wenn der Mieter sich unter dem Eindruck des als bestehend angenommenen Eigenbedarfs zu einer einvernehmlichen Beendigung des Mietverhältnisses bereit findet und das Mietobjekt freigibt, ohne auf die formale Wirksamkeit der Kündigungserklärung des Vermieters abzustellen, räumt er die Mietwohnung nicht aus freien Stücken, sondern in der Vorstellung, dazu jedenfalls materiell verpflichtet zu sein.

Für einen **Ausschluss** des Schadensersatzanspruchs nach dem Rechtsgedanken des **§ 254 BGB**, wie er von dem Berufungsgericht angenommen wurde, war daher **kein Raum**. Das Berufungsgericht wird nunmehr zu klären haben, ob der mit der Kündigung geltend gemachte Eigenbedarf der Beklagten - wie von der Klägerin behauptet - vorgetäuscht war.“ (BGH aaO)

## Entscheidungen materielles Recht

BGB

### Mangelhaftigkeit eines Motorrades

SR AT

§ 434 I 2 Nr. 2

#### Pendelschwingungen bei Hochgeschwindigkeit

(OLG Hamm in NRW-RR 2009, 485, Urteil vom 15.05.2008 – 28 U 145/07)

1. Maßstab für die technische Beurteilung der Funktionstauglichkeit eines Fahrzeugs nach § 434 I 2 Nr. 2 BGB bildet ein **Vergleich mit dem Entwicklungsstand aller in dieser Fahrzeugklasse vergleichbaren Kraftfahrzeuge**.
2. Im Rahmen des § 434 I 2 Nr. 2 BGB ist auf die berechtigte Erwartungshaltung des Durchschnittskäufers abzustellen.
3. **Mangelhaftigkeit** i.S.d. § 434 I 2 Nr. 2 BGB kann **nicht allein dann** angenommen werden kann, wenn ein **Fahrzeug bei Tests schlechter abschneidet als andere vergleichbare**. Hinzu kommen muss, dass es im Vergleich mit den anderen den Rahmen des Üblichen i.S.d. § 434 I 2 Nr. 2 BGB verlässt.
4. **Eigenständige Bedeutung** erlangt § 434 I 3 BGB nur dann, wenn die Werbung Eigenschaften vermittelt, die als solche **ohne die entsprechende Anpreisung noch nicht zum Üblichen bei gewöhnlicher Verwendung gezählt hätten**.

**Fall:** V betreibt als Honda-Vertragshändlerin einen Motorradhandel in H. K. macht Mängelrechte aus einem Fahrzeugkauf geltend. Auf der Grundlage einer verbindlichen Bestellung vom 08.06.2004 erwarb K bei V das neue Motorrad Honda ST 1300, Baujahr 2004, Motorleistung 1261 cm<sup>3</sup>, Leistung: 93 kw, zu einem Gesamtpreis von 15.580,00 Euro. Seine gebrauchte BMW K 1200LT gab er für 9.800,00 Euro in Zahlung. Der Restbetrag wurde über die Hondabank finanziert.

In dem von dem Hersteller Honda herausgegebenen Prospekt mit dem Titel „Pan-European ABS - Touring vom Feinsten“ heißt es u.a.: „... die atemberaubende Beschleunigung lässt Sie immer wieder staunen. Bei so reichlich bemessenen Kraftreserven ist das Überholen selbst bergauf und mit vollem Gepäck kein Problem. ... Die im Windkanal getestete Konstruktion verbindet ein beruhigendes Gefühl der Stabilität bei Autobahngeschwindigkeit mit berechenbarem Kurvenhandling. Perfekt ergänzt wird die aerodynamische Verkleidung durch eine auf Knopfdruck elektrisch verstellbare Verkleidungsscheibe, die Wind und Turbulenzen erheblich reduziert. Zentralisierung der Massen war auch bei der Pan-European ein Entwicklungsziel - deshalb fährt sie mit der Leichtfüßigkeit einer mittelgroßen Maschine selbst im Sozusbetrieb und mit Tourgepäck. ...“

Das neue Motorrad, das für Höchstgeschwindigkeiten von bis zu 240 km/h ausgelegt ist, wurde am 23.06.2004 an K ausgeliefert. In der Folgezeit erhob er Reklamationen, die insbesondere das Fahrverhalten bei höheren Geschwindigkeiten betrafen. Daraufhin ließ V das Motorrad im Oktober 2004 bei dem Hersteller in P. vorführen. Dort gelangte man jedoch zu dem Ergebnis, dass sich das Fahrzeug in einem einwandfreien Zustand befinde und dem Stand der Serie entspreche. Nachdem es in der Vergangenheit Kritik an der Fahrstabilität früherer Reihen des Modells ST 1300 gegeben habe, seien werkseitig Verbesserungen vorgenommen worden, die das an K veräußerte Motorrad aus dem Baujahr 2004 bereits aufweise. So habe es auch bei Fahrversuchen bis in den Höchstgeschwindigkeitsbereich von ca. 240 km/h hinein keine Probleme gegeben.

Mit Schreiben seiner Prozessbevollmächtigten vom 10.03.2005 erklärte K den Rücktritt vom Kaufvertrag und forderte V zur Rückzahlung des Kaufpreises bis zum 24.03.2005 auf. Sollte ihm allerdings binnen gleicher Frist durch V ein Minderwert in Höhe von 3.000,00 Euro erstattet werden, so wäre er bereit, von dem erklärten Rücktritt Abstand zu nehmen und den Kaufvertrag bestehen zu lassen. Mit Schreiben ihrer Prozessbevollmächtigten vom 14.03.2005 ließ V den Rücktritt des K zurückweisen und erklärte sich auch nicht zu einer Zahlung in Höhe von 3.000,00 Euro bereit.

Hat V einen Anspruch auf Rückzahlung des Kaufpreises?

**K könnte gegen V einen Anspruch auf Rückabwicklung des Kaufvertrags nach Rücktritt gem. §§ 437 Nr. 2, 440, 323, 326 V, 346 BGB haben.**

#### I. Kaufvertrag

Zwischen den Parteien ist ein Kaufvertrag zu Stande gekommen.

## II. Sachmangel

Das Motorrad müsste auch **bei Gefahrübergang mangelhaft** im Sinne des § 434 BGB gewesen sein.

„K beanstandet, dass das Motorrad **bei höheren Geschwindigkeiten instabil** und deshalb ein **sicheres Führen nicht mehr möglich** sei. Bereits im Bereich über 160 km/h beim Wegnehmen des Gases sowie beim Last- und Fahrspurwechsel beginne das Motorrad zu pendeln, d.h. es bleibe **nicht spurtreu**.“ (OLG Hamm, aaO)

### 1. Fehlen einer vereinbarten Beschaffenheit, § 434 I 1 BGB

Das Motorrad könnte wegen des Fehlens einer vereinbarten Beschaffenheit nach § 434 I 1 BGB mangelhaft sein. Dann müsste die **Spurtreue auch bei hohen Geschwindigkeiten aber Gegenstand der kaufvertraglichen Vereinbarung** gewesen sein. Die Darlegungs- und Beweislast hierfür trägt K (vgl. BGH, NJW 2006, 434, 2250; BGH, NJW 2005, 3490; BGH, NJW 2004, 2299)

„Vereinbart ist eine Beschaffenheit dann, wenn der **Inhalt des Kaufvertrags** von vornherein oder nachträglich die Pflicht des Verkäufers bestimmt, die gekaufte Sache in dem Zustand zu übereignen und zu übergeben, wie ihre Beschaffenheit im Vertrag festgelegt ist - Sollbeschaffenheit (Palandt/Weidenkaff, BGB, 67. Aufl., § 434 Rn. 15ff.; Reinking/Eggert, Der Autokauf, 9. Aufl., Rn. 1208).

Auf eine Beschaffenheitsvereinbarung in diesem Sinne beruft sich K selbst nicht ausdrücklich. Er hat zwar erstinstanzlich behauptet, bei Erwerb des Motorrads **mit dem Verkäufer der V über die aus der Fachpresse bekannten Fahrwerksprobleme** aus der Modellreihe des Jahres 2001 **gesprochen** zu haben. Dabei sei ihm zugesichert worden, dass diese werksseitig durch eine andere Konstruktion behoben worden seien.

Jedoch kommt einer derartigen - von V. nicht bestrittenen - Äußerung des Verkäufers nicht die rechtliche Qualität einer bindenden Beschaffenheitsvereinbarung i.S.d. § 434 I 1 BGB zu. Vielmehr bewegt sie sich im Rahmen der **üblichen allgemeinen Anpreisungen während eines Verkaufsgesprächs**.“ (OLG Hamm aaO)

Eine Beschaffenheitsvereinbarung i.S.d. § 434 I 1 BGB über das Motorrad ist zwischen den Parteien daher nicht getroffen worden, so dass kein Mangel nach § 434 I 1 BGB vorliegt.

### 2. Fehlende Eignung für die gewöhnliche Verwendung, § 434 I 2 Nr. 2 BGB

Das Motorrad könnte aber wegen Fehlens der Eignung für die gewöhnliche Verwendung nach § 434 I 2 Nr. 2 BGB mangelhaft sein.

„Den Maßstab für die technische Beurteilung der Funktionstauglichkeit eines Fahrzeugs bildet ein **Vergleich mit anderen typgleichen Fahrzeugen** unter Berücksichtigung des jeweiligen Stands der Technik (Reinking/Eggert, Rn. 230, 237, 1235). Denn eine Beschränkung auf den Standard des Herstellers für sein Produkt würde dazu führen, dass für Konstruktions- oder Fertigungsfehler einer ganzen Serie keine Gewährleistung erfolgen müsste. Der Stand der Technik hingegen ist der **Entwicklungsstand aller in dieser Fahrzeugklasse vergleichbaren Kraftfahrzeuge** (OLG Karlsruhe NJW-RR 2008, 137 [138]; OLG Düsseldorf, NJW 2005, 2235; OLG Oldenburg, DAR 2000, 219).“ (OLG Hamm aaO)

Bei dem von K erworbenen Motorrad Pan-European handelt es sich um ein **schweres und stark motorisiertes Touren- bzw. Reisemotorrad**. Es ist mit einer Vollverkleidung und integrierten Gepäcktaschen ausgestattet. Damit ein **Pendelvorgang** zu Stande komme, sei es erforderlich, dass **verschiedene Faktoren** zusammentreffen. Einerseits beeinflussen Umgebungsparameter wie **Straßenbeschaffenheit** und **Wind**, andererseits Systemparameter wie Motorradbauart, Reifen, **Beladung** und die **Aufsassen** das Pendelverhalten. Die Bewertung des Sachverständigen kam zu folgendem Ergebnis:

„Bei den zunächst durchgeführten Versuchsfahrten im **überlieferten Zustand** mit dem empfohlenen Reifendruck konnten **Pendelerscheinungen** im gesamten Geschwindigkeitsbereich mit hoch- und heruntergefahrener Windschutzscheibe **nicht festgestellt** werden. Hält man die in der Bedienungsanleitung des Motorrads empfohlene Geschwindigkeitsbegrenzung auf **130 km/h** ein, so tritt kein Pendeln auf. Das Fahrzeug bleibt stabil. Eine solche Geschwindigkeitsbegrenzung von 130 km/h werde generell bei allen Fahrzeugen im beladenen Zustand empfohlen. Sie gelte also nicht nur für Honda Pan-European Motorräder.

Bei Fahrversuchen mit **neuen Reifen, hoher Scheibe und unbeladenem Zustand** hat das Motorrad kurzzeitig schwache Pendelerscheinungen gezeigt, die von allein wieder abgeklungen seien. **Zu einem gefährlichen Aufschaukeln sei es nicht gekommen**.

Bei Fahrversuchen mit **neuen Reifen, hoch gestellter Scheibe und beladenem Zustand** seien im Geschwindigkeitsbereich um **180 km/h gleich bleibende Pendelschwingungen** aufgetreten. Diese wurden von dem Testfahrer zwar als unangenehm und den Komfort mindernd beschrieben, subjektiv aber **nicht als gefährlich eingestuft**, da die Bewegungen gleich bleibend waren und nicht an Intensität zugenommen haben.“ (OLG Hamm aaO)

Dies reicht jedoch nicht aus, um daraus einen Sachmangel i.S.d. § 434 I 2 Nr. 2 BGB herleiten zu können.

„Insofern ist zu berücksichtigen, dass hier eine sehr **spezifische Konstellation unter denkbar ungünstigsten Voraussetzungen** zu Grunde lag, die **im Fahralltag** wegen der Kumulation der Faktoren (insbesondere neue Reifen und beladener Zustand) **nur ausnahmsweise auftritt**.

Nach allem ergibt sich aus der Gesamtschau der überzeugenden Ausführungen der Sachverständigen, dass die **Problematik der Pendelbewegungen untrennbar mit individuellen Faktoren wie dem Gewicht und dem Fahrverhalten sowie insbesondere den subjektiven Empfindungen des Kunden verbunden ist**. Die objektivierbare Feststellung einer Abweichung von der üblichen Beschaffenheit oder einer fehlenden Eignung für die gewöhnliche Verwendung des Motorrads kann dementsprechend nicht getroffen werden.“ (OLG Hamm aaO)

### 3. Fehlen einer Beschaffenheit, welche der Käufer erwarten darf, § 434 I 2 Nr. 2 BGB

Ein Mangel liegt nach § 434 I 2 Nr. 2 BGB auch bei Fehlen einer Beschaffenheitsvereinbarung dann vor, wenn die Sache nicht die Beschaffenheit aufweist, die **bei Sachen der gleichen Art üblich** ist und **von dem Käufer nach der Art der Sache erwartet** werden darf. Hierbei ist auf den **Erwartungshorizont des Durchschnittskäufers** abzustellen, wobei die Erwartung berechtigt sein muss (BGH, NJW 2007, 1351).

„Vor diesem Hintergrund haben die Sachverständigen auch überzeugend dargelegt, dass ein Vergleich mit den Motorrädern anderer Hersteller mit **demselben Qualitätsstandard** und aus der entsprechenden Preiskategorie hier nicht zu aussagekräftigen abweichenden Resultaten führen kann.

Man habe im Wesentlichen herausgefunden, dass eine **ganze Reihe von Einflüssen** vorhanden sei, welche die Stabilität jeglichen Motorrads beeinträchtigen, denen man jedoch technisch und rechnerisch nicht entgegenwirken könne. Dies betreffe z.B. die Reifen bzw. deren Profil und die Beladung der Maschine. Außerdem habe natürlich vor allem der Fahrer einen sehr großen Einfluss auf die Stabilität. So wirke sich ein großer schwerer Fahrer anders aus als ein kleiner schwächlicher. Dann komme es auch darauf an, wie der Fahrer auf dem Motorrad sitzt.“ (OLG Hamm aaO)

Im Übrigen ist in diesem Zusammenhang in rechtlicher Hinsicht zu bedenken, dass eine **Mangelhaftigkeit** i.S.d. § 434 I 2 Nr. 2 BGB **nicht schon allein dann** angenommen werden kann, wenn ein **Fahrzeug bei Tests schlechter abschneidet als andere vergleichbare**.

„Anderenfalls müsste nämlich stets derjenige Hersteller, dessen Produkt in einer bestimmten Preis- und Qualitätskategorie die niedrigsten Werte erzielt, Gewährleistungsansprüche im Hinblick auf die gesamte Serie hinnehmen. Es kann also nicht bereits ausreichen, dass ein Fahrzeug bei Tests den letzten Platz seiner Gruppe belegt. **Hinzu kommen muss, dass es im Vergleich mit den anderen den Rahmen des Üblichen i.S.d. § 434 I 2 Nr. 2 BGB verlässt**. Dies aber ist hier ohnehin nicht der Fall. Den Ausführungen der Sachverständigen ist gerade nicht zu entnehmen, dass sie dem Motorrad des Kl. eine in **negativer Hinsicht unübliche Qualität** zumessen wollen.“ (OLG Hamm aaO)

### 4. Modifizierung der Erwartungshaltung durch öffentliche Äußerungen des Herstellers, § 434 I 3 BGB

Soweit K gem. § 434 I 3 BGB auch auf die öffentlichen Äußerungen des Motorradherstellers Honda abstellt, ergibt sich hieraus im vorliegenden Fall jedoch keine über § 434 I 2 Nr. 2 BGB hinausgehende Anforderung an die Soll-Beschaffenheit des Motorrads. Eine **eigenständige Bedeutung** erlangt § 434 I 3 BGB mithin nur dann, wenn die **Werbung zusätzliche Eigenschaften** vermittelt, die als solche **ohne die entsprechende Anpreisung noch nicht zum Üblichen bei gewöhnlicher Verwendung gezählt** hätten. Dies ist hier aber nicht der Fall.

Insgesamt wird dadurch der Eindruck eines bequemen und gefahrlosen Reisens auch bei hohen Geschwindigkeiten erweckt. Alle diese Eigenschaften hätten aber auch ohne ausdrückliche Erwähnung in dem Prospekt des Herstellers bereits auf Grund der sonstigen üblichen Beschaffenheit zur gewöhnlichen Verwendung erwartet werden können. Insofern ergibt sich auch in tatsächlicher Hinsicht keine abweichende Bewertung im Vergleich zu den vorstehend erörterten Voraussetzungen des § 434 I 2 Nr. 2 BGB.“ (OLG Hamm aaO).

Das Motorrad weist daher keinen Mangel auf, so dass K nicht zum Rücktritt berechtigt war und daher auch keinen Anspruch auf Rückzahlung des Kaufpreises hat.

BGB  
§§ 138, 812,  
817 S. 2, 819 II

## Sittenwidrige Leistungen im Schenkkreis keine Anwendung von § 817 S. 2 BGB

BerR

(BGH in NJW-RR 2009, 345; Urteil vom 06.11.2008 – III ZR 120/08;  
BGH in NJW 2009, 984; Urteil vom 18.12.2008 – III ZR 132/08)

1. Der Ausschluss des **§ 817 S. 2 BGB** findet auf **Rückforderungen im Rahmen eines Schenkkreises keine Anwendung**. Die generelle Rückforderbarkeit der geleisteten Zuwendungen hat eine „**generalpräventive**“ Funktion, die geeignet ist, diesem sozialschädlichen Treiben entgegenzuwirken.
2. Der Empfänger einer Leistung im Rahmen eines Schenkkreises kann sich nach § 819 II BGB dann nicht nach § 818 III BGB auf den Wegfall der Bereicherung berufen, wenn ihm die **Sittenwidrigkeit der Annahme bewusst** war. Hierzu reicht es aus, dass er sich dieser **Erkenntnis** in einer Weise **verschlossen** hat, die es ihm nach Treu und Glauben verwehrt, sich nunmehr auf ein fehlendes Bewusstsein zu berufen.

### A. Rückabwicklung von sittenwidrigen Leistungen im Schenkkreis (BGH, NJW-RR 2009, 345)

**Fall:** G beteiligte sich im Jahre 2003 an einer so genannten „Schenkbörse“, die ähnlich wie im Senatsurteil vom 13.03.2008 (NJW 2008, 1942) beschrieben organisiert war. Am 27.06.2003 übergab er - auf der Geberposition stehend - an den E., der in der „Chartliste“ auf der Empfängerposition eingetragen war, einen Betrag von 5.000,00 €. Nunmehr verlangt er die Rückerstattung dieser Zuwendung. E hat sich darauf berufen, dass nicht er, sondern seine Mutter Empfängerin der Leistung gewesen sei. Seine Eintragung in die Chartliste sei ohne sein Wissen vorgenommen worden. Das Geld habe er auf Bitten seiner Mutter entgegengenommen, die wegen eines gegen sie geführten Insolvenzverfahrens nicht habe in Erscheinung treten wollen. Hat G einen Anspruch gegen E auf Rückzahlung von 5.000,00 €?

G könnte gegen E einen Anspruch auf Rückzahlung von 5.000,00 € nach § 812 I 1 Alt.1 BGB haben.

#### I. durch Leistung etwas erlangt

G müsste E durch bewusstes und zweckgerichtetes Handeln einen Vermögensvorteil verschafft haben. E hat das Geld nur für seine Mutter in Empfang genommen.

*„Für die Ermittlung des Leistungsempfängers kommt es in erster Linie auf die der **Zuwendung gegebene Zweckbestimmung**, also zunächst darauf an, welchen Zweck die Beteiligten nach ihrem zum Ausdruck gekommenen Willen verfolgt haben. Stimmen die Vorstellungen der Beteiligten nicht überein, ist nach gefestigter Rechtsprechung des BGH eine **objektive Betrachtungsweise aus der Sicht des Zuwendungsempfängers** geboten. Es kommt darauf an, wie eine vernünftige Person in der Lage des Empfängers die Zuwendung nach Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte verstehen musste und durfte (Senat, NJW 2005, 60 m.w.N.).*

*E war zumindest bekannt, dass seine Mutter bei der Veranstaltung vom 27.06.2003 nach außen nicht als Empfängerin in Erscheinung treten wollte. Die jeweiligen Geber, darunter auch der G., haben E als denjenigen angesehen, den sie ‚beschenken‘ wollten. Dies ergab sich objektiv auch aus der ‚Chartliste‘, unabhängig davon, ob diese dem E bekannt war. Bei objektiver Betrachtungsweise musste daher dem E ... klar sein, dass die Geldbeträge **nach ihrer Zweckbestimmung zunächst ihm selbst zufließen** sollten, wobei unerheblich ist, wie er selbst sie später verwendete, insbesondere, dass er sie an seine Mutter weiterleitete.“ (BGH aaO)*

E selbst hat daher durch Leistung des G den Vermögensvorteil erlangt.

#### II. ohne Rechtsgrund

E müsste die 5.000,00 € ohne rechtlichen Grund erlangt haben. Diese Zuwendung war wegen Sittenwidrigkeit (§ 138 BGB) nichtig.

*„Bei den Schenkkreisen handelt es sich um ein **Schneeballsystem**, welches darauf angelegt ist, dass die ersten Mitglieder einen (meist) sicheren Gewinn erzielen, während die große Masse der späteren Teilnehmer ihren Einsatz verlieren muss, weil angesichts des Vervielfältigungsfaktors in absehbarer Zeit keine neuen Mitglieder mehr geworben werden können. Dies **verstößt** - wie in der Rechtsprechung allgemein anerkannt ist - **gegen die guten Sitten** (vgl. insb. Senat, NJW 2006, 45*

[46] Rn. 9 und NJW 2008, 1942 Rn. 6 jeweils m.w.N.). Dieser Verstoß gegen die guten Sitten fällt sowohl G als dem Leistenden als auch dem E als dem Empfänger zur Last.“ (BGH aaO)

#### IV. Ausschluss des Anspruchs nach § 817 S. 2 BGB

Der Rückforderungsanspruch des G nach § 812 I 1 Alt.1 BGB, dessen Voraussetzungen vorliegen, könnte jedoch nach § 817 S. 2 BGB ausgeschlossen sein. War der Zweck einer **Leistung** in der Art **bestimmt**, dass **Leistende** durch die Leistung **gegen die guten Sitten verstoßen** hat, so ist die **Rückforderung** nach § 812 S. 2 BGB **ausgeschlossen**, es sei denn, dass die Leistung in der Eingungung einer Verbindlichkeit bestand. Dies gilt jedoch nicht für Rückforderungen im Rahmen eines Schenkkreises

„Der Senat hat ...entschieden, dass die **Konditionssperre des § 817 S. 2 BGB** nicht nur bei Bereicherungsansprüchen **entfällt**, die sich gegen die Initiatoren eines ‚Schenkkreises‘ richten, sondern allgemein bei allen Zuwendungen im Rahmen derartiger Kreise, ohne dass es auf eine einzel-fallbezogene Prüfung der Geschäftsgewandtheit und Erfahrungheit des betroffenen Gebers oder Empfängers ankommt (Senat, NJW 2008, 1942 Rn. 10). An diesem Grundsatz ist festzuhalten. Die generelle Rückforderbarkeit der geleisteten Zuwendungen hat nach Einschätzung des Senats eine ‚generalpräventive‘ Funktion, die geeignet ist, diesem **sozialschädlichen Treiben entgegenzuwirken**.“ (BGH aaO)

#### V. Berufung auf den Wegfall der Bereicherung, § 818 III BGB

Indem E sich auf die Weitergabe des Geldes an seine Mutter beruft, macht er geltend, wegen des **Wegfalls der Bereicherung** nicht zur Rückerstattung der 5.000,00 € verpflichtet zu sein. Allerdings könnte ihm die Berufung hierauf nach § 819 II BGB verwehrt sein. Danach haftet der Empfänger bereits vom Empfang der Leistung an verschärft, wenn er durch die **Annahme der Leistung gegen ein gesetzliches Verbot oder die guten Sitten verstößt**.

„Die Haftungsverschärfung gem. § 819 II BGB setzt das **Bewusstsein des Empfängers** von der Rechts- oder Sittenwidrigkeit voraus (Lieb, in: MüKo, 4. Aufl. [2004], § 819 Rn. 14 m.w.N. in Fn. 32). Dem E war entweder **positiv bekannt**, dass es sich bei dem ‚Schenkkreis‘ um ein sittenwidriges Schneeballsystem gehandelt hat, oder **er hat sich dieser Erkenntnis in einer Weise verschlossen, die es ihm nach Treu und Glauben verwehrt, sich nunmehr auf ein fehlendes Bewusstsein zu berufen**.“ (BGH aaO)

Dem E ist daher die Berufung auf den Wegfall der Bereicherung nach § 818 III BGB wegen § 819 II BGB verwehrt. G hat gegen E einen Anspruch auf Rückerstattung von 5.000,00 €.

#### B. Lauf der Verjährungsfrist für Rückforderungen aus einem Schenkkreis (BGH, NJW 2009, 984)

Die Verjährung beginnt nach § 199 I BGB grundsätzlich mit dem Schluss des Jahres zu laufen, in dem der Anspruch entstanden ist und der Gläubiger von den anspruchsbegründenden Umständen und der Person des Schuldners Kenntnis erlangt oder ohne grobe Fahrlässigkeit erlangen müsste.

„Die ‚den Anspruch begründenden Umstände‘ i.S.d. § 199 I Nr. 1 BGB bestanden in der Funktionsweise des sittenwidrigen Schneeballsystems. Diese Kenntnis konnte bei G vorausgesetzt werden. Hingegen war **grundsätzlich nicht erforderlich**, dass G aus diesen Gegebenheiten die **zutreffende rechtliche Würdigung** zog (Senat, NJW-RR 2008, 1237 = ZIP 2008, 1538 Rn. 7 m.w.N.).

**Ausnahmsweise** kann etwas **anderes** gelten, wenn es sich um eine **unübersichtliche oder zweifelhafte** Rechtslage handelt, so dass sie selbst ein rechtskundiger Dritter nicht zuverlässig einzuschätzen vermag (Senat, NJW 2008, 1942 m.w.N.). Eine derartige Fallkonstellation lag hier indessen nicht vor: **Aus der Sittenwidrigkeit des Schneeballsystems und der Nichtigkeit der in diesem erbrachten Zuwendungen ergab sich der Bereicherungsanspruch von selbst**.

Fraglich konnte allenfalls sein, ob diesem die **Konditionssperre des § 817 S. 2 BGB** entgegenstand. Insoweit hatte der BGH jedoch bereits im Jahre 1990 darauf hingewiesen, dass bei dem Rückforderungsverbot des § 817 S. 2 BGB nicht außer Betracht bleiben kann, welchen Zweck das in Frage stehende Verbotsgesetz verfolgt, und dass danach im Einzelfall eine einschränkende Auslegung der rechtspolitisch problematischen und in ihrem Anwendungsbereich umstrittenen Vorschrift geboten sein kann (BGHZ 111, 308 [312] = NJW 1990, 2542). Auch wenn es sich dabei nicht um einen allgemeingültigen Grundsatz handelte (Senat BGHZ 118, 142 [150] = NJW 1992, 2021), ergab sich schon daraus - für die Rückabwicklung von Zuwendungen im Rahmen eines ‚Schenkkreises‘ ein hinreichender Anhaltspunkt dafür, dass eine Überwindung der Konditionssperre durchaus erfolgversprechend war. ...Dass gleichwohl ein gewisses Prozessrisiko verblieb, ist für die Kenntnis i.S. des § 199 I BGB unerheblich. (BGH aaO)

StGB

§§ 223, 224 I Nr.2, 228

## Körperverletzung Tätowierung eines Mitgefangenen

StGB

(AG Rosenheim in NStZ 2009, 215; Beschluss vom 17.10.2008 – 7 Ds 201 Js 18444/08)

1. Die **Vornahme von Tätowierungen an Mitgefangenen** mit deren Einwilligung ist **nicht strafbar**.
2. Die von dem Mitgefangenen erteilte **Einwilligung verstößt** auch **nicht** deswegen **gegen die guten Sitten** (§ 228 StGB), **weil die Durchführung der Tätowierungen gegen die Hausordnung der JVA verstoßen**.

**Fall:** Der Angekl. ist Strafgefangener in der JVA. Während seiner Haftzeit nahm er bei mehreren Mitgefangenen Tätowierungen mittels nicht ordnungsgemäßer Tätowierwerkzeuge vor, ohne hierfür eine entsprechende Ausbildung zu haben. Die Mitgefangenen waren zwar jeweils einverstanden mit der Tätowierung bzw. wünschten diese ausdrücklich. Ihnen und dem Angekl. war jedoch bewusst, dass es gem. Nr. 20.6 der Hausordnung der JVA verboten ist, sich oder andere zu tätowieren oder zu piercen oder sich tätowieren oder piercen zu lassen. Ebenso ist der Besitz von entsprechenden Werkzeugen untersagt. Außerdem war dem Angesch. bekannt, dass auf Grund mangelnder Hygienebedingungen eine enorme Infektionsgefahr für die Beteiligten bestand. Im Zeitraum von März bis Mai 2008 tätowierte der Angesch. in seinem Haftraum die Mitgefangenen K, M und S.

- I. Nach **§ 228 StGB** handelt derjenige, der eine Körperverletzung mit Einwilligung der verletzten Person vornimmt nur dann rechtswidrig, wenn die **Tat trotz der Einwilligung gegen die guten Sitten verstößt**.

Im Umkehrschluss nimmt also die Einwilligung des Verletzten der Körperverletzung zunächst grundsätzlich ihre Rechtswidrigkeit.

- II. § 228 StGB stellt diese **rechtfertigende Wirkung** sodann unter den Vorbehalt normativer Bewertung nach Maßgabe der „**guten Sitten**“.

**Bedeutung und Reichweite des § 228 StGB** sind dabei im Einzelnen weithin **umstritten**:

1. Teilweise wird die Norm wegen ihrer Konturenlosigkeit verfassungsrechtlich in Zweifel gezogen.  
vgl. hierzu die Nachw. bei Schönke/Schröder-Stree, StGB, § 228 Rn 6
2. Diese Bedenken teilt die **höchstrichterliche Rspr.** nicht (vgl. BGHSt 49, 34 = NJW 2004, 1054). Jedoch muss der Begriff der guten Sitten restriktiv ausgelegt werden, um dem Gebot der Vorhersehbarkeit staatlichen Strafen genügen zu können (Art. 103 II GG).
  - a) Demnach kann nach der Rspr. des BGH ein **Verstoß der Körperverletzungstat gegen die guten Sitten nur dann** angenommen werden, **wenn sie nach allgemein gültigen moralischen Maßstäben**, die vernünftigerweise nicht in Frage gestellt werden können, **mit dem eindeutigen Makel der Sittenwidrigkeit behaftet** ist. Auf die Wertvorstellung einzelner gesellschaftlicher Gruppen oder auf die mit der Tat befassten Strafverfolgungsorgane ist danach nicht abzustellen (BGH NJW 2004, 1054).
  - b) **Maßgebend für die Auslegung des § 228 StGB** ist zudem das **Bestreben der Norm**, den in seinem **Individualrechtsgut der körperlichen Integrität** Verletzten **gegen seine eigene Kurzsichtigkeit zu schützen** (Arzt/Weber StrafR BT, 3. Aufl., Rn 274).
  - c) **Strittig** und durch die Rspr. bislang nicht abschließend entschieden **ist die Frage, ob mit der Tat verfolgte unlautere Zwecke** ebenfalls für das Sittenwidrigkeitsurteil **relevant sind** oder ob insoweit ausschließlich auf den Umfang der durch das Opfer hinzunehmenden körperlichen Misshandlung

und den Grad der damit verbundenen weiteren Leibes- oder Lebensgefahr abzustellen ist.

Für die letztere Auffassung spricht, dass die §§ 223ff. StGB allein das Rechtsgut der körperlichen Unversehrtheit im Blick haben (vgl. MüKo-StGB/Hardtung, Bd. 3, § 228 Rn 18ff. mwN).

*„Letztlich kann dieser Streit hier dahinstehen: Denn auch nach der st. Rspr. des BGH lässt sich aus dem strafrechtlichen Schutz bestimmter Universalrechtsgüter, auch sofern diese mittelbar dem Schutz von Individualrechtsgütern dienen sollten, nichts für die Beantwortung der Frage der Sittenwidrigkeit ableiten. So hat der BGH zuletzt für den Fall der **einverständlichen Injektion von Heroin** entschieden, dass diese nicht schon deswegen sitten- und damit gemäß § 228 StGB rechtswidrig ist, weil sich der Angekl. durch die Tat zugleich nach § 29 I Nr. 6b BtMG strafbar gemacht hat (BGH NJW 2004, 1054).*

*Nichts anderes kann für den Fall gelten, dass der hier Angekl. bei Vornahme der Tätowierungen zugleich gegen das disziplinarrechtlich abgesicherte Tätowierverbot verstoßen hat. Demzufolge müssen die **durch das Tätowierverbot geschützten Allgemeinrechtsgüter** der „Gefangenengesundheit“ und „Lebensmittelsicherheit“ bei der im Rahmen des § 228 StGB anzustellenden normativen Bewertung außen vor bleiben. Die für den jeweiligen tätowierten Gefangenen bestehenden **Gesundheitsgefahren sind freilich für sich genommen nicht** derart **schwerwiegend**, dass sie zwingend das Verdikt der Sittenwidrigkeit nach sich ziehen würden. Denn insoweit ist zu berücksichtigen, dass die Einwilligung in lebensgefährliche Verletzungen von der **allgemeinen Handlungsfreiheit** (Art. 2 I GG) umfasst ist und daher strafrechtlich zulässig bleibt (Fischer, StGB, § 228 Rn 4). Überdies ist auch in vielen Tätowierstudios außerhalb des Strafvollzugs eine hohe Infektionsgefahr durch die Verwendung nicht steriler Spritzen gegeben.*

*Vor diesem Hintergrund wird nicht ersichtlich, weshalb die körperliche Integrität desjenigen, der sich als Strafgefangener im Vollzug unerlaubt tätowieren lässt, stärker geschützt werden soll, als die eines Kunden in einem unsauber arbeitenden Tätowierstudio.*

*Bei der Entscheidung eines Strafgefangenen, sich tätowieren zu lassen, mögen zwar im Einzelfall **stärkere gruppenspezifische Prozesse** wirksam werden, als außerhalb des Strafvollzugs. Dieser Gesichtspunkt ist aber ausschließlich bei der Prüfung der Wirksamkeit der Einwilligungserklärung zu berücksichtigen. Ein **unterschiedliches Schutzniveau außerhalb und innerhalb des Strafvollzugs** vermag er **nicht zu rechtfertigen.**“ (AG Rosenheim aaO).*

- d) Für den Fall der einverständlichen Verabreichung illegaler Betäubungsmittel hat der BGH außerdem entschieden, dass nach allgemein sittlichem Empfinden die Grenze moralischer Verwerflichkeit erst dann überschritten sei, wenn bei vorausschauender objektiver Betrachtung aller maßgeblichen Umstände der Betroffene durch das Verabreichen des Betäubungsmittels in konkrete Todesgefahr gebracht werde (BGH aaO).

*„Dieser Maßstab ist auch hier zur Anwendung zu bringen.“ (AG Rosenheim aaO).*

- III. **Ergebnis:** Die Vornahme von Tätowierungen an Mitgefangenen mit deren Einwilligung stellt zwar einen schweren Disziplinarverstoß gegen die Hausordnung des JVA dar (OLG Karlsruhe NStZ-RR 2006, 190), eine Strafbarkeit scheidet jedoch aus, da die erteilten Einwilligungen den Taten ihre Rechtswidrigkeit nehmen.



dass er es mit einem Wappen, einem Wappenteil oder einer Flagge i.S. des Abs. 1 zu tun habe (Rebmann, OWiG, 3. Aufl., § 124 Rn 4 mwN).

*„Diese Voraussetzungen sind im vorliegenden Fall nicht gegeben: Auf Grund der äußeren Gestaltung des verwendeten Führerscheins und Personalausweises ist auch für den unbefangenen Betrachter auf den ersten Blick deutlich erkennbar, dass es sich nicht um den Bundesadler handelt. Insbesondere auf Grund der Worte „Deutsches Reich“ unmittelbar neben dem verwendeten Adler wird dies deutlich.*

*Diese Erkennbarkeit ist auch gerade das Ziel des Angekl., der sich zur Gruppe der „Reichsbürger“ zählt. Es sollen gerade keine Staatssymbole der Bundesrepublik Deutschland verwendet werden, da sich der Angekl. insoweit nicht als Staatsbürger ansieht. Dies ist auf Grund der Gestaltung des Führerscheins und Personalausweises ohne weiteres erkennbar.“ (OLG Jena aaO).*

- II. Außerdem handelt es sich bei dem vom Angekl. mitgeführten Führerschein auch nicht um einen Scheinführerschein, der den Anschein der Rechtmäßigkeit erweckt.

*„Aufgrund der äußeren Gestaltung des verwendeten Führerscheins und Personalausweises war auch für den unbefangenen Betrachter deutlich erkennbar, dass es sich nicht um den Bundesadler handelt, was insbesondere aufgrund der Worte „Deutsches Reich“ unmittelbar neben dem verwendeten Adler deutlich wird. Damit war auch für den unbefangenen Betrachter auf den ersten Blick erkennbar, dass es sich nicht um gültige Dokumente der Bundesrepublik Deutschland oder eines anderen (EU-)Staates handelt, die die Erlaubnis zum Führen von Kraftfahrzeugen dokumentieren.*

*Daher bestand und besteht zu keinem Zeitpunkt die Gefahr, dass das vom Angekl. begangene Vergehen [- das Fahren eines Kfz ohne gültige Fahrerlaubnis -] wegen der Verwendung dieser Dokumente nicht entdeckt oder die Entdeckung erschwert wird, zumal der Angekl. seine wahre Identität zu keinem Zeitpunkt geleugnet hat.“ (OLG Jena aaO).*

- III. Schließlich ging der Angekl. auch nicht davon aus, aufgrund der Verwendung der Dokumente eine strafrechtliche Verfolgung zu vermeiden.

*„Wie festgestellt, ist es vom Angekl. gerade bezweckt, dass keine Staatssymbole der Bundesrepublik Deutschland, sondern solche des ehemaligen Deutschen Reichs verwendet werden. Der Angekl. sieht sich insoweit nicht als Staatsbürger der Bundesrepublik Deutschland an. Dem Angekl. war vielmehr bewusst, nicht über einen Führerschein der Bundesrepublik Deutschland zu verfügen. Er vertritt allerdings die Auffassung, dass ihn der auf seinen Namen ausgestellt Führerschein des Deutschen Reiches zum Führen von Kraftfahrzeugen im Bundesgebiet berechtigt. Diesen Rechtsirrtum hat er mit dem Mitführen und der Vorlage des Führerscheins dokumentiert, was aufgrund der Gestaltung des Führerscheins und Personalausweises insbesondere für die Polizeibeamten ohne weiteres erkennbar war.“ (OLG Jena aaO).*

GG  
Art. 3 I  
PartG  
§ 5 I 1

**Anspruch auf Nutzung einer Stadthalle**  
**Durchführung eines Bundesparteitages**  
(OVG Weimar in LKV 2009, 139; Beschluss vom 16.09.2008 – 2 EO 490/08)

KommR

1. Der Anspruch einer **politischer Partei** auf Nutzung einer Stadthalle kann sich aus dem ihr grundsätzlich zustehenden **Gleichbehandlungsanspruch** aus § 5 I 1 PartG i.V.m. Art. 3 und Art. 21 I GG ergeben.
2. Dieser Anspruch wird durch den **Zweck der Einrichtung begrenzt**, der auch in einer kommunalen Satzung festgelegt sein kann.
3. Bei einer **Änderung der Benutzungssatzung** kommt es – anders als bei einer Änderung der Verwaltungspraxis - nicht auf den Zeitpunkt der Antragstellung, sondern den **Zeitpunkt der – auch gerichtlichen – Entscheidung an. Übergangsregelungen** sind insofern verfassungsrechtlich **nicht erforderlich**.

**Fall:** P - eine politische Partei - beantragte unter dem 02.10.2007 bei der Stadt A die Zulassung zur Nutzung der Stadthalle für die Durchführung ihres Bundesparteitages im Okt. bzw. Nov. 2008. A regelt seit dem 01.03.2007 die Zulassung zur Nutzung ihrer Stadthalle in einer „Stadthallenbenutzungssatzung“, die sie in der Zwischenzeit mehrfach geändert hat.

Im Zeitpunkt der gerichtlichen Entscheidung wird der Zweck der Stadthalle durch die „Stadthallenbenutzungssatzung“ vom 19.02.2007 i.d.F. der Dritten Änderungssatzung vom 16.07.2008, die am 24.07.2008 in Kraft trat, bestimmt. Die hier relevanten §§ 2 und 3 der Stadthallenbenutzungssatzung haben nunmehr folgende Fassung:

**§ 2 Widmung, Entwidmung**

- (1) Die multifunktionalen Räume der Stadthalle ‚G.‘ dienen als öffentliche Einrichtungen der Stadt A. dem kulturellen, gesellschaftlichen, gewerblichen und politischen Leben der Stadt. Sie stehen für Kongresse, Tagungen, Seminare, Versammlungen, Vorträge, Schulungen, öffentliche Vergnügungen, Betriebs-, Familien-, und Vereinsfeiern sowie Modeschauen, Ausstellungen, Produktpräsentationen und sonstige Veranstaltungen zur Verfügung, soweit sie nicht für den Verwaltungsgebrauch der Stadt benötigt werden (Eigengebrauch).
- (2) Abweichend von Abs. 1 dürfen die multifunktionalen Räume der Stadthalle ‚G.‘ durch Nutzungsberechtigte im Sinne des § 3 Abs. 3 dieser Satzung nur für solche Veranstaltungen benutzt werden,
  - a) die organisatorischen oder internen Zwecken im Sinne des § 9 Parteiengesetzes dienen (z.B. Parteitage, Hauptversammlungen, Mitgliederversammlungen zur Aufstellung von Kandidaten für bevorstehende Wahlen, parteiinterne Veranstaltungen zu Programmwürfen, etc. pp), und
  - b) die einen konkreten regional- oder landespolitischen Bezug zum Altenburger Land oder des Freistaates Thüringen aufweisen.
- (3) ...

**§ 3 Nutzungsberechtigte**

- (1) Die Einwohner der Stadt A. sowie die im Stadtgebiet ansässigen juristischen Personen und Personenvereinigungen sind berechtigt, die multifunktionalen Räume der Stadthalle ‚G.‘ nach Maßgabe der Bestimmungen dieser Satzung zu nutzen.
- (2) Auswärtigen natürlichen oder juristischen Personen oder Personenvereinigungen kann die Benutzung der multifunktionalen Räume der Stadthalle ‚G.‘ gestattet werden.
- (3) Parteien im Sinne des § 2 des Parteiengesetzes, Wählervereinigungen oder Wählergruppen sind zur Benutzung der multifunktionalen Räume der Stadthalle ‚G.‘ berechtigt.“

Durch Bescheid vom 22.05.2008 lehnte A den Antrag der P auf Zulassung zur Benutzung der Räume der Stadthalle für die Durchführung eines Bundesparteitages in der Zeit vom 04./05.10.2008 ab.

Besteht ein Anspruch auf Zulassung?

**I. Anspruch aus den kommunalrechtlichen Nutzungsregelungen**

Nach den Gemeindeordnungen der Länder steht **Einwohnern** einer Gemeinde grundsätzlich der Zugang zu den **öffentlichen Einrichtungen** der Gemeinde offen, soweit sich die begehrte Nutzung **im Rahmen des Widmungszweckes** hält und die Nutzung im Rahmen der **vorhandenen Kapazitäten** noch möglich ist, wobei die Vergabe grundsätzlich nach dem **Prioritätsprinzip** zu erfolgen hat, von dem die Gemeinde aber **aus sachlichen Gründen abweichen** kann.

Dies gilt grundsätzlich auch für **Grundbesitzer** und **Gewerbetreibende**, die keine Einwohner der Gemeinde sind, aber ihren Grundbesitz oder ihr Gewerbe dort haben

sowie für **juristische Personen und Personenvereinigungen** mit Sitz in der Gemeinde

Vgl. § 10 GemO BW; Art. 21 GO Bay; § 14 GO Bbg § 20 GO Hess; § 14 KV MV; § 22 GO Nds; § 8 GO NW; § 14 GemO RP; § 19 KSVG Saarl.; § 10 GO Sachs; § 22 GO LSA; § 18 GO SH; § 14 KO Thür. sowie die Verfassungen der Stadtstaaten

Ein solcher Anspruch könnte sich hier aus § 14 I, III KO Thür. ergeben.

„Nach der vorgenannten Bestimmung sind juristische Personen und Personenvereinigungen im Rahmen der bestehenden Vorschriften berechtigt, die öffentlichen Einrichtungen zu nutzen. Nach dem **Sinn und Zweck** dieser Bestimmungen und dem systematischen Zusammenhang zwischen Abs. 1 und Abs. 3 des § 14 ThürKO haben einen solchen Anspruch nur solche juristischen Personen und Personenvereinigungen, die ihren **Sitz** und ihren **Tätigkeitsbereich schwerpunktmäßig in der Gemeinde** haben (vgl. Senatsbeschluss v. 26. 10. 2004 - 2 EO 1377/04, juris, Rn. 38).“ (OVG Weimar aaO)

Diese Voraussetzungen erfüllt P nicht, so dass ein Nutzungsanspruch nach kommunalrechtlichen Regelungen über die Nutzung öffentlicher Einrichtungen, hier nach § 14 I, III KO Thür. nicht besteht.

## II. Anspruch aus grundrechtlichen Regelungen

Ein Anspruch der P könnte sich jedoch aus dem ihr als **politischer Partei** grundsätzlich zustehenden **Gleichbehandlungsanspruch** aus § 5 I 1 PartG i.V.m. Art. 3 und Art. 21 I GG ergeben.

„Danach sollen **alle Parteien gleich behandelt** werden, wenn ein Träger öffentlicher Gewalt den Parteien Einrichtungen zur Verfügung gestellt hat. Auch Kommunen als **Träger öffentlicher Gewalt sind grundsätzlich verpflichtet**, diesen Anspruch auf **Gleichbehandlung der Parteien zu beachten** (vgl. BVerwG, Urt. v. 24.10.1969 - VII C 27.69 und 29.69, Buchholz 150 § 5 Nr. 2 und 3; Urt. v. 18.07.1969 - VII C 4.69, Buchholz 150 § 5 Nr. 1; Beschl. v. 27.08.1991 - 7 B 19/91, juris; VGH Mannheim, Beschl. v. 18.02.1994 - 1 S 436/94, NVwZ 1994, 587; Beschl. v. 11.05.1995 - 1 S 1283/95, NVwZ-RR 1996, 681; VGH München, Beschl. v. 05.05.1982 - 4 CE 82 A.898, BayVBl. 1984, 246; OVG Lüneburg, Beschl. v. 07.06.1985 - 2 B 36/85, NJW 1985, 2347; Beschl. v. 28.02.2007 - 10 M 74/07, NordÖR 2007, 164).

Der nach den o.g. Vorschriften in diesem Rahmen grundsätzlich gegebene Zulassungsanspruch zu einer öffentlichen Einrichtung **besteht jedoch nicht unbeschränkt**. Vielmehr wird er **durch den Zweck der öffentlichen Einrichtung begrenzt** (vgl. OVG Lüneburg, Beschl. v. 28.02.2007 - 10 M 74/07, a.a.O.). Der Zweck der öffentlichen Einrichtung wird von der Gemeinde in der Regel in einer **Benutzungssatzung** (§ 20 II Nr. 1 ThürKO), in einer Benutzungsordnung, einem Beschluss über die Widmung oder einer Widmung durch tatsächliches Überlassen festgelegt.“ (OVG Weimar, aaO).

### 1. Rechtlage nach der Stadthallenbenutzungssatzung

A hat den **Zweck ihrer öffentlichen Einrichtung** - der Stadthalle - durch ihre Satzung über die Zulassung zur Benutzung der multifunktionalen Räume der Stadthalle „G.“ - **Stadthallenbenutzungssatzung** - näher bestimmt.

„Da P. hier eine Zulassung zu einer öffentlichen Einrichtung in Form einer Begünstigung begehrt, ist für die Beurteilung dieses geltend gemachten Anspruchs die **Sach- und Rechtslage auf den Zeitpunkt der gerichtlichen Entscheidung** abzustellen.

Maßgeblich ist daher die Satzung vom 19.02.2007 i.d.F. der Dritten Änderungssatzung vom 16.07.2008. In Anwendung dieser Fassung der Benutzungssatzung wird der von P geplante Bundesparteitag **nicht vom Zweck der Stadthalle gedeckt**, weil der nach § 3 III i.V.m. § 2 II Buchst. b Stadthallenbenutzungssatzung erforderliche **landes- bzw. regionalpolitische Bezug fehlt**.“ (OVG Weimar aaO)

### 2. Wirksamkeit der Stadthallenbenutzungssatzung

Die Stadthallenbenutzungssatzung könnte aber wegen Verstoßes gegen den bei der Überlassung der Stadthalle an Parteien zu beachtenden Gleichbehandlungsgrundsatz des Art. 3 I i.V.m. Art. 21 GG unwirksam sein.

„Dieser Grundsatz verlangt nicht, dass Gemeinden politischen **Parteien** Veranstaltungsräume bereitstellen, wenn gewährleistet bleibt, dass diese **nicht völlig von der Möglichkeit, parteipolitische Veranstaltungen durchzuführen, ausgeschlossen** werden (vgl. BVerwG, Urt. v. 18. 7. 1969 - VII C 56.68, BVerwGE 32, 333; OVG Lüneburg, Beschl. v. 28. 2. 2007 - 10 M 74/07, aaO). Stellt jedoch ein Träger öffentlicher Gewalt - wie hier - eine öffentliche Einrichtung Parteien zur Verfügung, gebietet es der Gleichbehandlungsgrundsatz, **alle Parteien gleich zu behandeln** (vgl. z.B. OVG Münster, Urt. v. 27. 7. 1990 - 15 A 2410/88, NVwZ-RR 1991, 508). Dies gilt **auch bei einer Begrenzung der Nutzbarkeit einer öffentlichen Einrichtung** durch eine Satzungsregelung.“ (OVG Weimar aaO)

Da A hier allen politischen Parteien i.S.d. Art. 21 GG die Nutzung ihrer Stadthalle für die Durchführung von Bundesparteitagen verwehrt, kommt ein offenkundiger Verstoß gegen das Gleichbehandlungsgebot des § 5 I 1 PartG nicht in Betracht.

Fraglich ist allerdings, ob hier die Änderung der Stadhallenbenutzungssatzung nach Beantragung der Nutzung zu einer anderen Bewertung führen muss.

„Es bleibt bei der Gleichbehandlung deshalb auch dann, falls A durch den Zulassungsantrag der P zu der Satzungsänderung veranlasst wurde. Ab Inkrafttreten der Satzungsänderung sind damit alle **Parteien der Begrenzung des Zwecks unterworfen**. Es gibt zudem keine Anhaltspunkte dafür, dass diese Begrenzung unverhältnismäßig sein könnte. Bei der Stadthalle handelt es sich um eine **kommunale öffentliche Einrichtung**, die in erster Linie den Einwohnern der A zugute kommen soll.

Zwar galt im Zeitpunkt der Antragstellung mit Schreiben vom 02.10.2007 eine Fassung der Stadhallensatzung, nach der die Nutzung für Bundesparteitage nicht ausgeschlossen war. Das materielle Recht gebietet es jedoch nicht, die Satzung in der im Zeitpunkt der Antragstellung noch geltenden Fassung anzuwenden.

Auf eine **unzulässige Änderung einer Verwaltungspraxis** kann sich P insoweit nicht berufen.

„Zwar hat das BVerwG entschieden, dass ein **bereits gestellter Antrag einer politischen Partei auf Zulassung zu einer öffentlichen Einrichtung, die politischen Parteien in der Vergangenheit durch tatsächliche Überlassung - also ohne satzungsrechtliche Regelung - zur Verfügung gestellt wurde, nach bisher geltenden Grundsätzen beschieden werden muss**, wenn sich nach Antragstellung die Überlassungspraxis ändert (vgl. BVerwG, Urt. v. 28. 3. 1969 - VII C 49.67, BVerwGE 31, 368); dies lässt sich jedoch nicht auf den Fall der Regelung des Nutzungszwecks durch Satzung übertragen. Die durch **tatsächliche Überlassung getroffene Zweckbestimmung** lässt sich für die Zukunft **jederzeit ohne Einhaltung besonderer Verfahrensbestimmungen ändern**. Aus diesem Grund erscheint es geboten, einen Zulassungsanspruch, der nur durch tatsächliche Verwaltungspraxis und eine damit einhergehende Ermessensbindung konkretisiert wurde, schon bei Antragstellung aus Gleichbehandlungsgründen als schutzwürdig einzustufen.

So liegt es hier im Fall der **Nutzungsregelung durch Satzung** nicht. Der Zulassungsanspruch ist in diesen Fällen nicht nur durch tatsächliche Verwaltungspraxis, sondern **durch einen Rechtssatz** geregelt. ...Allein diese **abstrakt-generelle Regelung durch den gesetzlich legitimierten autonomen Satzungsgeber** bestimmt den Umfang der Zulassung. Der Anspruch steht von vornherein unter dem Vorbehalt einer Änderung durch den Satzungsgeber, der seinerseits dafür die Verfahrensvorschriften des § 21 ThürKO zu beachten hat.“ (OVG Weimar aaO)

Auch **Gründe des Vertrauensschutzes** gebieten nicht, dass P noch die frühere Rechtslage zugute kommt.

„Enthält eine ändernde Vorschrift wie hier **keine Übergangsregelung**, erfasst diese grundsätzlich auch auf vor Inkrafttreten dieser Bestimmung gestellte und bei Inkrafttreten noch nicht endgültig beschiedene Genehmigungsanträge. Dies ergibt sich aus dem im **intertemporalen Verwaltungsrecht** allgemein geltenden Grundsatz, dass **neues Verfahrensrecht** und materielles Recht vom Zeitpunkt seines Inkrafttretens an **regelmäßig auch anhängige Verfahren erfasst** (vgl. BVerwG, Urt. v. 4.09.2007 - 1 C 21.07, BVerwGE 129, 243; Urt. v. 07.07.1989 - 8 C 85.87, NJW 1990, 590; Urt. v. 26.03.1985 - 9 C 47/84, NVwZ 1986, 45; OVG Weimar, Urt. v. 04.03.2004 - 3 KO 1149/03, ThürVBl. 2004, 280; VGH München, Beschl. v. 06. 12.2005 - 5 C 05.2589, juris; Stelkens/Bonk/Sachs, VwVfG, 6. Aufl. [2001], Rn. 3 zu § 96 VwVfG; Wolff/Bachof/Stober, Verwaltungsrecht, Bd. 1, 11. Aufl., § 27 Rn. 5, Kopp, Grundsätze des intertemporalen Verwaltungsrechts, SGB 1993, S. 593 ff.).

Der **verfassungsrechtliche Vertrauensschutz** geht **nicht soweit**, die **Staatsbürger** (bzw. wie hier von diesen gegründete Vereinigungen) **vor jeder Enttäuschung zu bewahren** (vgl. BVerfG, Entsch. v. 11.10.1962 - 1 BvL 22/57, BVerfGE 14, 288; Entsch. v. 16.10.1968 - 1 BvL 7/62, BVerfGE 24, 220; Entsch. v. 02.02.1977 - 1 BvR 79/70 u. a., BVerfGE 43, 242). Schutzwürdig ist von Verfassungen wegen überhaupt nur das betätigte Vertrauen, also die „Vertrauensinvestition“, die zur Erlangung einer Rechtsposition geführt hat (vgl. BVerfG, Beschl. v. 05.05.1987 - 1 BvR 724/81 u. a., BVerfGE 75, 246-283). Das in der Stadhallenbenutzungssatzung vom 01.03.2007 ausdrücklich geregelte Zulassungsverfahren war und ist generell nicht geeignet, eine schutzwürdige Vertrauensposition entstehen zu lassen, bevor eine positive Zulassungsentscheidung ergangen ist. Vor diesem Hintergrund erscheinen jedenfalls die Investitionen, die ein Betroffener nur im Hinblick darauf tätigt, dass ein Zulassungsantrag gestellt wurde, nicht schutzwürdig. Die Antragstellung selbst schützt den Betroffenen nicht vor für ihn negativen Änderungen der Rechtslage.“ (OVG Weimar aaO)

P hat keinen Anspruch auf Zulassung zur Nutzung der Stadthalle.

BauGB

**Anspruch auf bauaufsichtliches Einschreiten**

BauR

§ 34

**nachbarliches Rücksichtnahmegebot**

BauNVO

§ 3

(OVG Magdeburg in NJOZ 2009, 1025; Beschluss vom 15.12.2008 - 2 M 198/08)

1. Für die Beurteilung eines **Anspruchs auf bauaufsichtliches Einschreiten** kommt es für die Natur eines Bebauungszusammenhangs nach § 34 II BauGB auf die Verhältnisse im **Zeitpunkt der gerichtlichen Entscheidung** an.
2. Welche Anforderungen das **Gebot der Rücksichtnahme** (objektivrechtlich) stellt, hängt wesentlich von den jeweiligen Umständen ab. Maßgebend ist unter anderem **Art und Ausmaß der schutzwürdigen Stellung des Rücksichtnahmebegünstigten**
3. Die von einem **genehmigten Betrieb ausgehenden Belastungen**, die sich auf eine vorhandene Wohnbebauung auswirken, können deren **Schutzwürdigkeit mindern**.
4. Die Verschlechterung der Immissionslage bewirkt noch nicht zwingend eine Verletzung des Rücksichtnahmegebots. Bei **Großgemengelagen** ist eine Art „**Mittelwert**“ zu bilden.

**Fall:** B betreibt auf seinem Grundstück in der D-Straße in A einen Baustoffhandel, den er um Eisenbiegerei erweitert hat. E ist Eigentümer einer Wohngrundstücks, das nördlich des Betriebsgrundstücks des B mit seinem rückwärtigen Teil an die D-Straße angrenzt. Die Grundstücke liegen im unbeplanten Innenbereich der Stadt A. E fühlt sich durch die vom Betriebsgrundstück des B ausgehenden Immissionen beeinträchtigt. Hauptemissionsquellen der Eisenbiegerei sind die beiden Stangenschneideautomaten. Er verlangte daher von der Stadt A ein bauordnungsrechtliches Einschreiten. Diesen Begehren kam die A nach und gab dem B auf, die Stangenschneideautomaten durch einen Schall absorbierenden Schirm einzuhausen, der dieser Aufforderung nachkam. Bei danach durchgeführten Immissionsmessungen der A wurde der unter Berücksichtigung der Lärmvorbelastung maßgebliche Richtwert von 60 dB (A) deutlich unterschritten. Zudem hat B auf Betreiben der A im Rahmen des noch laufenden Baugenehmigungsverfahrens bestätigt, die vorhandene Schallschutzwand zwischen den Hallen zu erhöhen, so dass nach den Ausführungen des Gutachters und dessen Schallschutzprognose am Immissionsort IP 01 ein maximaler Wert von 53,4 dB (A) eingehalten werde. Dieser Wert liegt nach Nr. 6.1 der TA-Lärm unterhalb des für ein allgemeines Wohngebiet geltenden Richtwerts von 55 dB (A).

Diese Maßnahmen erscheinen E jedoch unzureichend. A ist zu weiteren Maßnahmen nicht bereit. E begehrt nun im Wege der einstweiligen Anordnung die A zu verpflichten, dem B die bauliche Nutzung seines Grundstücks in der D-Straße in A. zum Betrieb einer - bisher baurechtlich nicht genehmigten - Eisenbiegerei vorläufig zu untersagen.

Wird der Antrag Erfolg haben?

### I. Zulässigkeit des Antrags

Da um den Erlass einer Bauordnungsverfügung gestritten wird, ist der Verwaltungsrechtsweg nach § 40 I 1 VwGO eröffnet. Der Antrag nach § 123 I VwGO ist auch statthaft, da die Geltendmachung eines Anspruchs auf Erlass einer Ordnungsverfügung gegen einen Dritten in der Hauptsache mit der Verpflichtungsklage zu verfolgen ist, so dass das Verfahren nach § 80 V VwGO nicht statthaft ist, sondern nach § 123 V VwGO ein Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung gestellt werden kann.

### II. Begründetheit des Antrags

Mit dem Erlass einer Bauordnungsverfügung begehrt E eine Erweiterung seines Rechtskreises, so dass es sich vorliegend um eine Regelungsverfügung handelt. Es müssen daher ein **Regelungsanspruch** und ein **Regelungsgrund** vorliegen.

#### 1. Regelungsanspruch

Ein Regelungsanspruch besteht, wenn E von S den Erlass einer gegen B gerichteten Bauordnungsverfügung verlangen kann. Der Erlass einer Bauordnungsverfügung steht jedoch nach § 64 II 2 BauO LSA im Ermessen der Bauordnungsbe-

hörde, so dass E allenfalls einen **Anspruch auf ermessensfehlerfreie Entscheidung** haben kann.

Vgl. § 47 I 2 LBO BW; § 54 I 2 BO Bay; § 58 I 2 BauO Bln; § 52 II 2 BO Bbg; § 61 I 2 LBO HB; § 58 I 2 BauO HH; § 53 II 2 BO Hess; § 58 I 2 LBauO MV; § 61 II 2 BauO NW; § 65 I BauO Nds; § 59 I 1 LBauO RP; § 57 II 2 LBO Saarl; § 58 II 2 BO Sachs; § 66 I LBO SH; § 60 II 2 BO Thür.

Es kommt daher zunächst darauf an, ob überhaupt die **Tatbestandsvoraussetzungen** für ein bauordnungsbehördliches Einschreiten vorliegen. Ist dies der Fall, besteht gleichwohl ein Anspruch nur dann, wenn das begehrte Einschreiten im Rahmen einer **Ermessensreduzierung auf Null** die einzig ermessensgerechte Entscheidung ist.

Der Erlass einer Bauordnungsverfügung gegen B setzt voraus, dass dessen Betrieb gegen öffentlich-rechtliche Vorschriften verstößt. Hier kommt lediglich ein Verstoß gegen Bauplanungsrecht in Betracht.

#### a) Einhaltung der Vorgaben des § 34 BauGB

Maßgeblich für die planungsrechtliche Zulässigkeit von Vorhaben im **unbeplanten Innenbereich** ist **§ 34 BauGB**. Danach muss sich ein Vorhaben nach Art und Maß der baulichen Nutzung, sowie nach der Gestaltung der Anlage **in die nähere Umgebung einfügen**.

Hinsichtlich des Einfügens bezüglich der Art der Nutzung ist zunächst zu prüfen, ob der vorhandene **Bebauungszusammenhang** einem der **Baugebiete der BauNVO** entspricht. In diesem Fall beurteilt sich die bauplanungsrechtliche Zulässigkeit des Vorhabens hinsichtlich der Art der Nutzung gem. § 34 II BauGB nach den dortigen Vorgaben.

Der **Bebauungszusammenhang** könnte entweder einem reinen Wohngebiet nach Maßgabe des § 3 BauNVO entsprechen.

*„Ohne Erfolg wendet E ein, sein Grundstück befinde sich in einem **faktischen reinen Wohngebiet** i.S. von § 34 II BauGB i.V.m. § 3 BauNVO. Für die Frage, ob der Ast. einen Anspruch auf bauaufsichtliches Einschreiten hat, sind die **Verhältnisse im Zeitpunkt der gerichtlichen Entscheidung** maßgebend. In den Verwaltungsvorgängen der A. befindet sich eine **Übersicht** vom 24.06.2008 über die **bauliche Nutzung** in der ‚Kompottsiedlung‘, in der sich das Grundstück des E befindet. Danach werden 25 der insgesamt etwa 250 Grundstücke gewerblich genutzt. Hiernach dürfte die Einstufung des Gebiets als reines Wohngebiet nicht in Betracht kommen.“* (OVG Magdeburg aaO)

Der Bebauungszusammenhang könnte als Mischgebiet nach § 6 BauNVO oder als Dorfgebiet nach § 5 BauNVO anzusehen, in welchem Gewerbebetriebe ohne weiteres zulässig sind.

#### b) Verstoß gegen das nachbarliche Rücksichtnahmegebot

Allerdings könnte durch die Erweiterung der Eisenbiegerei das **nachbarliche Rücksichtnahmegebot** verletzt sein.

*„Welche Anforderungen das **Gebot der Rücksichtnahme** (objektivrechtlich) stellt, hängt wesentlich von den jeweiligen Umständen ab. Maßgebend ist unter anderem **Art und Ausmaß der schutzwürdigen Stellung des Rücksichtnahmebegünstigten**. Dessen Schutzbedürfnis ist gegen die ihrerseits schutzwürdigen Interessen des Bauherrn mit der Fragestellung abzuwägen, **was dem einen und dem anderen nach Lage der Dinge - billigerweise - ‚zuzumuten‘ ist**. Bei der Interessenabwägung dürfen bestehende Vorbelastungen nicht außer Betracht bleiben. Was von einem genehmigten Betrieb - legal - an Belastungen verursacht wird und sich auf eine vorhandene Wohnbebauung auswirkt, kann deren Schutzwürdigkeit mindern (BVerwG, NVwZ 1983, 609 [610]). Daraus folgt, dass eine **Verletzung des Rücksichtnahmegebots** grundsätzlich (nur) dann in Betracht kommt, wenn eine **Verschlechterung der Immissionslage** eintritt, es sei denn, die vorhandenen Immissionen überschreiten bereits die **Grenze des schweren und unerträglichen Eingriffs** (BVerwG, NVwZ 1983, 609; BVerwGE 85, 251 = NVwZ 1991, 66).“* (OVG Magdeburg aaO)

Die **Verschlechterung der Immissionslage** bewirkt andererseits noch nicht zwingend eine Verletzung des Rücksichtnahmegebots.

*„**Nutzungskonflikte infolge Lärmimmissionen in so genannten Großgemengelagen**, d.h. in Bereichen, in denen Gebiete unterschiedlicher Qualität und Schutzwürdigkeit zusammen-*

treffen, sind dem **Grundsatz der gegenseitigen Rücksichtnahme** entsprechend auszugleichen. ... Angesichts der Belastung der Grundstücksnutzung mit einer gegenseitigen Pflicht zur Rücksichtnahme ist eine Art ‚Mittelwert‘ zu bilden, der zwischen den Immissionsrichtwerten liegt, die für benachbarte Gebiete unterschiedlicher Nutzung und damit unterschiedlicher Schutzwürdigkeit - bei jeweils isolierter Betrachtung - vorgegeben sind.

Bei einem solchermaßen zu gewinnenden Mittelwert müssen zur Bestimmung der Zumutbarkeit zudem die **Ortsüblichkeit** und die **Umstände des Einzelfalls** berücksichtigt werden, wobei insbesondere auch die **Priorität der entgegenstehenden Nutzungen** von Bedeutung ist. Es besteht ein Vertrauen des **Eigentümers eines Wohngrundstücks** (lediglich) dahingehend, dass er im Zusammenhang mit einer anders gearteten Nutzung benachbarter Grundstücke **nicht mit einer Lärmbelastung rechnen muss, die über das Maß hinausgeht, das in einem ebenso dem Wohnen dienenden Misch- und Dorfgebiet zulässig ist.** (vgl. zum Ganzen: BVerwG, BeckRS 2007, 26967 m.w.N.).“ (OVG Magdeburg aaO)

Eine solche Großgemengelage besteht hier auf Grund der Nähe des faktischen (allgemeinen) Wohngebiets, in dem sich das Grundstück des E befindet, zu dem Gewerbegebiet, in dem das Betriebsgrundstück der B liegt. Die **Anlagen**, aus denen sich **Vorbelastungen** ergeben, sind **baurechtlich genehmigt**.

„Der auf Grund dieser Vorbelastungen zu ermittelnde **Zwischenwert** mag hier nicht das arithmetische Mittel zwischen dem für allgemeine Wohngebiete geltenden Richtwert von 55 dB (A) und dem für Gewerbegebiete geltenden Richtwert von 65 dB (A) sein, sondern ein niedrigerer Wert als 60 dB (A). Nach derzeitigem Sach- und Streitstand kann aber nicht festgestellt werden, dass die Lärmimmissionen, denen E durch den Betrieb der Eisenbiegerei nach Durchführung der dem B aufgegebenen Lärminderungsmaßnahmen ausgesetzt sein wird, (nennenswert) über dem für allgemeine Wohngebiete geltenden Richtwert von 55 dB (A) liegen. Nach der letzten schalltechnischen Untersuchung ... wird ein maximaler Wert von 53,4 dB (A) erreicht.“ (OVG Magdeburg aaO)

### c) Schutz aus dem Flächennutzungsplan

„E kann sich auch nicht darauf berufen, das **Gewerbegebiet**, in welchem sich die streitige Eisenbiegerei befindet, habe nach dem **Flächennutzungsplan** der A eine **Einschränkung** dergestalt erfahren, dass das **benachbarte Wohngebiet keinen zusätzlichen Belastungen** ausgesetzt, sondern von einer Weiterentwicklung der bis dahin vorhandenen Nutzung abgesehen werden sollte.

Wie das VG bereits ausgeführt hat, setzt ein bauaufsichtliches Einschreiten voraus, dass die **angegriffene bauliche Nutzung nachbarschützende Vorschriften verletzt**. Der **Flächennutzungsplan** ist indes - anders als der Bebauungsplan - **keine Rechtsnorm** und entfaltet aus sich heraus **nicht unmittelbar Rechtswirkungen gegenüber Dritten** (vgl. Gaenztsch, in: BerlKomm-BauGB, 2. Aufl., § 5 Rn. 2). Ansprüche können unmittelbar aus dem Flächennutzungsplan nicht hergeleitet werden (vgl. Reidt, in: Gelzer/Bracher/Reidt, BauplanungsR, 7. Aufl., Rn. 112).“ (OVG Magdeburg aaO)

Das Vorhaben des B verstößt daher gegen keine öffentlich-rechtlichen Vorschriften, so dass die Voraussetzungen für den Erlass einer Bauordnungsverfügung nicht vorliegen. Wegen des **Fehlens der Tatbestandsvoraussetzungen** scheidet daher auch ein Anspruch auf ein Einschreiten gegen B aus. Ein Regelungsanspruch besteht nicht.

## 2. Regelungsgrund

„Unabhängig vom Bestehen eines Anordnungsanspruchs hat E auch nicht glaubhaft gemacht, weshalb es ihm **nicht zuzumuten** ist, eine **Entscheidung in der Hauptsache** abzuwarten (Anordnungsgrund). Ein Anordnungsgrund liegt - bei der hier begehrten Regelungsanordnung - nur vor, wenn die vorläufige Regelung zur **Abwendung wesentlicher Nachteile** oder zur **Verhinderung drohender Gewalt** oder aus **anderen Gründen notwendig** erscheint (§ 123 I 2 VwGO). E hat lediglich vorgetragen, vor allem seine Gesundheit sei zu schützen. Eine Gesundheitsgefährdung während der Dauer des Widerspruchs- und eines sich möglicherweise anschließenden Klageverfahrens ist jedoch in Anbetracht der nach der schalltechnischen Untersuchung zu erwartenden Lärmimmissionen nicht erkennbar. Im Übrigen wird die streitige Eisenbiegerei bereits seit 1999 betrieben.“ (OVG Magdeburg aaO)

Der Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung nach § 123 I 2 VwGO ist daher nicht begründet, so dass er keinen Erfolg haben kann.

## Kurzauslese I

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

BGB  
§ 203

### Verjährungshemmung „Einschlafen“ von Verhandlungen

BGB

(BGH in IBR 2009, 66; Urteil vom 06.11.2008 – IX ZR 158/07)

Eine **Verjährungshemmung durch Aufnahme von Verhandlungen endet** auch dann, wenn die **Verhandlungen der Parteien „einschlafen“**. Insofern sind die von der Rspr. zu § 852 II BGB a. F. entwickelten Grundsätze auf das neue Verjährungsrecht zu übertragen.

*„Nach § 203 S.1 BGB ist die Verjährung im Fall schwebender Verhandlungen über den Anspruch oder die den Anspruch begründenden Umstände gehemmt, bis der eine oder andere Teil die Fortsetzung der Verhandlung verweigert. Eine entsprechende Formulierung fand sich bereits in § 852 II BGB a.F.*

*Zu dieser Vorschrift hat der BGH mehrfach entschieden, dass es für eine Beendigung der Hemmung ausreiche, wenn der Ersatzberechtigte die Verhandlungen „einschlafen“ lasse. Ein Abbruch der Verhandlungen durch ein solches „Einschlafenlassen“ ist dann anzunehmen, wenn der Berechtigte den Zeitpunkt versäumt, zu dem eine Antwort auf die letzte Anfrage des Ersatzpflichtigen spätestens zu erwarten gewesen wäre, falls die Regulierungsverhandlungen mit verjährungshemmender Wirkung hätten fortgesetzt werden sollen (BGHZ 152, 298; BGH VersR 1990, 755; NJW-RR 2005, 1044).*

*Diese Grundsätze haben auch im Anwendungsbereich des § 203 S.1 BGB Geltung (BGH WM 2008, 656; ebenso OLG Düsseldorf OLG R 2006, 518; KG KGR 2008, 368; LAG Rheinland-Pfalz DB 2008, 592; Erman/Schmidt-Rantsch, BGB, 12. Aufl., § 203 Rn 6; MüKo-BGB/Grothe, 5. Aufl. § 203 Rn 8; Palandt/Heinrichs, BGB, 67. Aufl., § 203 Rn 4; Staudinger/Frank Peters, BGB, Neubearbeitung 2004, § 203 Rn 13; a. A. OLG Koblenz NJW 2006, 3150).*

*Dies entspricht dem im Gesetzgebungsverfahren verlautbarten Verständnis der Norm (vgl. BT-Drucks. 14/6857 S. 43). Auf die Prüfbitte des Bundesrats, ob nicht durch eine besondere Formulierung in § 203 BGB sicherzustellen sei, die Verjährung von Ansprüchen nicht auf unabsehbare Zeit dadurch zu hemmen, dass Verhandlungen nicht weiterbetrieben werden (vgl. BT-Drucks. aaO S. 7), hat die Bundesregierung mitgeteilt, dass dem berechtigten Anliegen des Bundesrates durch den Entwurf sogar besser Rechnung getragen werde als durch die vorgeschlagene Ergänzung. Beim „Einschlafen“ von Verhandlungen werde die Verjährungsfrist nicht auf unbestimmte Zeit gehemmt, weil für die Auslegung der (später beschlossenen) Entwurfsfassung auf die Rechtsprechung zu § 852 II BGB zurückgegriffen werden könne, in der diese Frage bereits geklärt sei. Danach war nicht beabsichtigt, dass von einer Verweigerung des Schuldners nur im Fall einer ausdrücklichen Ablehnung der Fortsetzung der Verhandlungen auszugehen sei. Hierfür ist auch kein berechtigtes Bedürfnis erkennbar. Anderenfalls könnte die Frage der Begründetheit des Anspruchs auf unabsehbare Zeit in der Schwebe gelassen werden, indem die Verhandlungen nicht weitergeführt werden. Dies ist mit dem Sinn und Zweck der Verjährungsvorschriften, innerhalb angemessener Fristen für Rechtssicherheit und Rechtsfrieden zu sorgen (BGHZ 59, 72; Palandt/Heinrichs aaO, Überblick vor § 194 Rn 9), nicht zu vereinbaren.“ (BGH aaO).*

BGB  
§§ 535 I 2, 307, 242

### Unwirksamkeit starrer Dekorationsfristen gilt auch im Gewerberaummietrecht

BGB

(BGH in ZMR 2009, 110; Urteil vom 08.10.2008 – XII ZR 84/06)

Die **Rspr. des BGH**, wonach eine Übertragung der Schönheitsreparaturen auf den Mieter in einem Formularmietvertrag unwirksam ist, wenn der Mieter unabhängig von dem Erhaltungszustand der Räume zur Renovierung nach Ablauf starrer Fristen verpflichtet werden soll (BGH NZM 2004, 653 = NJW 2004, 2586 u. BGH NZM 2005, 504 = NJW 2005, 2006), **gilt auch bei Mietverträgen über Gewerberäume**.

I. Nach der **gesetzlichen Regelung** hat nicht der Mieter, sondern der Vermieter die Schönheitsreparaturen durchzuführen. Das folgt aus der in § 535 I 2 BGB geregelten Verpflichtung des Vermieters, das Mietobjekt während der gesamten Vertragszeit in einem vertragsgemäßen Zustand zu erhalten.

Allerdings weicht die mietvertragliche Praxis, insbesondere in Formularverträgen, seit Langem von diesem gesetzlichen Leitbild ab. Wegen dieser langjährigen Übung, die bereits allgemeine Verkehrssitte geworden ist, hat es der BGH gebilligt, dass in Formularverträgen Schönheitsreparaturen regelmäßig auf den Mieter verlagert werden, obwohl nach § 307 BGB Bestimmungen, die vom wesentlichen Grundgedanken der gesetzlichen Regelung abweichen, i.d.R. als unangemessen und damit unwirksam anzusehen sind (BGHZ 92, 363 = WuM 1985, 46; BGH NZM 2005, 504 = NJW 2005, 2006; Schmidt-Futterer, MietR, 9. Aufl. § 538 Rn 112). Denn das Gesetz hat die Pflicht zur Durchführung der Schönheitsreparaturen grundsätzlich disponibel ausgestaltet, weswegen die dafür notwendigen Kosten - wie hier ausdrücklich in § 13 Nr. 1 MV niedergelegt - nicht zwingend in die Miete einkalkuliert sein müssen. Der Gesetzgeber hat die überwiegende mietrechtliche Praxis einer Übertragung der Schönheitsreparaturen auf den Mieter bei entsprechend geringerer Miete also auch mit der Neuregelung des Mietrechts durch das Mietrechtsreformgesetz vom 19.06.2001 (BGBl I 1149) als im Einklang mit dem gesetzlichen Leitbild des Mietvertrags stehend akzeptiert.

II. Der **VIII. Zivilsenat des BGH** hat u.a. AGB, mit denen Schönheitsreparaturen nach einem „starrten“ Fristenplan auf den Mieter übertragen werden, für unwirksam erachtet, weil sie den Mieter mit Renovierungspflichten belasten, die über den tatsächlichen Renovierungsbedarf hinausgehen und dem Mieter

eine höhere Instandhaltungsverpflichtung auferlegen, als sie den Vermieter ohne eine solche vertragliche Klausel treffen würde (BGH NZM 2004, 653 = NJW 2004, 2586).

**Ausnahmen** sind danach **nur für solche AGB zugelassen, die eine Renovierung** innerhalb bestimmter Fristen nur für den Regelfall vorsehen, diese aber **vom tatsächlichen Erhaltungszustand abhängig machen** (BGH NZM 2005, 860 = NJW 2005, 3416; NZM 2007, 879 = NJW 2007, 3632).

Knüpft die Vertragsklausel die Renovierungspflicht des Mieters allerdings allein an feste zeitliche Grenzen und führt die Auslegung der AGB dazu, dass der Erhaltungszustand für die Verpflichtung keine Rolle spielt, führt dies regelmäßig zur Unwirksamkeit der Klausel (BGH NZM 2006, 459 = NJW 2006, 1728; NZM 2007, 355 = WuM 2007, 260).

III. **Ob dies auch für Mietverträge über Geschäftsräume gilt, ist umstritten.**

- **Eine Meinung** (Eckert ZfIR 2005, 673) spricht sich gegen eine Übertragung dieser Rspr. auf gewerbliche Mietverträge aus. Der Zustand der Mieträume sei bei gewerblicher Nutzung nicht bloß Privatsache des Mieters, weil dem Vermieter regelmäßig daran gelegen sei, das Mietobjekt, das auf die Umgebung ausstrahle, in einem ansehnlichen Zustand zu erhalten. Eine übermäßige Belastung des Mieters sei nicht zu befürchten, wenn zusätzlich klargestellt werde, dass der Mieter zur Endrenovierung nur verpflichtet sei, wenn die Schönheitsreparaturen vor Vertragsende fällig gewesen wären. Liege bei Rückgabe des Mietobjekts die letzte Renovierung nur kurze Zeit zurück, handle der Vermieter rechtsmissbräuchlich, wenn er gleichwohl erneut die Schönheitsreparaturen fordere (vgl. auch Wolf/Eckert/Ball, Hdb. d. gewerbli. Miet-, Pacht- u. LeasingR, 9. Aufl., Rn 376).
- **Überwiegend** wird allerdings die Auffassung vertreten, AGB, die eine Übertragung der Schönheitsreparaturen auf den Mieter nach einem starren Fristenplan vorsehen, seien auch im gewerblichen Mietrecht unwirksam. Denn die Unwirksamkeit beruhe nicht auf dem besonderen sozialen Aspekt der Wohnraummiete, sondern auf den allgemeinen Pflichten eines Vermieters und den Grenzen einer formularmäßigen Abänderung (Neuhaus, Hdb. d. Geschäftsraummiets, 2. Aufl., Rn 773; Bieber/Ingendoh, AnwaltFormulare Geschäftsraummiets, § 5 Rn 14; OLG Düsseldorf NZM 2004, 866 = NJW-RR 2005, 13 u. OLG 2007, 199). Auch Ahlt (DWW 2005, 96 befürwortet eine Übertragung der Rspr. des VIII. Zivilsenats des BGH auf das gewerbliche Mietrecht. Allerdings scheide im gewerblichen Mietrecht eine Erhöhung der Miete wegen der nicht kalkulierten Schönheitsreparaturen aus (zum Wohnungsmietrecht vgl. jetzt BGH NZM 2008, 641 = NJW 2008, 2840), was zu einer grundlegenden Störung der Vertragsparität führe, die nur durch eine ergänzende Vertragsauslegung oder nach den Grundsätzen über den Wegfall der Geschäftsgrundlage wiederhergestellt werden könne (so auch Palandt/Weidenkaff, BGB, 67. Aufl., § 535 Rn 47a; Börstinghaus WuM 2005, 675).

BGB  
§ 833 S.2

**Nutztierhaltung**  
**Haftungsprivilegierung ist verfassungsgemäß**

BGB

(OLG Schleswig in NJOZ 2009, 80; Urteil vom 25.09.2008 – 7 U 13/08)

**Die Privilegierung der Nutztierhaltung in § 833 S.2 BGB ist verfassungsgemäß.**

- I. Die Norm verstößt nicht gegen **Art. 14 GG**: Zwar greift § 833 S. 2 BGB in den Schutzbereich des Art. 14 GG ein, dieser **Eingriff ist jedoch gem. Art. 14 I 2 GG verfassungsmäßig gerechtfertigt.**

*„Art. 14 I GG beinhaltet einen eigenständigen verfassungsrechtlichen Eigentumsbegriff, der davon ausgeht, dass Eigentum nicht als natürliches, der Rechtsordnung vorgegebenes Recht existiert, sondern erst aus einer Schöpfung der Rechtsordnung hervorgeht. Inhalt und Schranken des Eigentums können daher nicht unmittelbar aus Art. 14 I 1 GG hergeleitet werden, sondern müssen gem. Art. 14 I 2 GG konstitutiv durch den einfachen Gesetzgeber bestimmt werden. Die Privilegierung nach § 833 S. 2 BGB ist durch die Ermächtigung zur gesetzlichen Bestimmung von Inhalt und Schranken des Eigentums gedeckt. Der Gesetzgeber verfolgte mit dem Haftungsprivileg einen legitimen Zweck: Er wollte die Halter von Nutztieren besser stellen.“*

*Zwar ist das Haftungsprivileg nicht mehr ganz zeitgemäß; so führt der BGH (NJW 1986, 2501) aus, dass die Voraussetzungen, die den Gesetzgeber 1908 veranlasst hätten, S. 2 in § 833 BGB nachträglich einzufügen, heute nicht mehr im gleichen Umfang zutreffen; zur Begründung der Novelle sei damals darauf verwiesen worden, dass die Milderung der Haftpflicht der ländlichen Bevölkerung zugute käme. Die Vorschrift ohne das Haftungsprivileg führe zu Härten, die durch die Rechtsprechung nicht beseitigt werden könnten; wenn solchen Härten gegenüber darauf hingewiesen werde, dass gerade die Versicherung das Mittel biete, durch welches sich der Tierhalter gegen Schaden schützen könne, werde übersehen, dass von dieser Möglichkeit erfahrungsgemäß die kleinen Grundbesitzer und die kleineren Gewerbetreibenden nur selten Gebrauch machten; insbesondere von kleineren Landwirten und Gewerbetreibenden werde die Versicherungsgebühr als eine erhebliche Belastung empfunden. Es sei aber nicht Aufgabe richterlicher Rechtsfortbildung, eine Korrektur vorzunehmen, die der Gesetzgeber trotz Kenntnis der Reformvorschläge bislang nicht vorgenommen habe. Die Rückkehr zu einer unitarischen Regelung auf der Grundlage der strikten Haftung ist bei der Vorbereitung der Schuldrechtsreform vom Gesetzgeber des Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes genauso wenig aufgegriffen worden wie von demjenigen des Zweiten Schadensersatzrechtsänderungsgesetzes (MüKo-BGB/Meyer, 4. Aufl. [2004], § 833 Rn 3).“ (OLG Schleswig aO).*

- II. Die Haftungsprivilegierung des § 833 S. 2 BGB ist in ihrer **Zweck-Mittel-Relation** auch **angemessen**.

*„Zwar scheint es nicht immer der materiellen Gerechtigkeit zu entsprechen, dass ausgerechnet die kommerzielle Tierhaltung privilegiert und ideelle Zwecksetzungen diskriminiert werden, obwohl allein die (land) wirtschaftlich Tätigen die Kosten der Haftung über den Preis der hergestellten Güter auf die Allgemeinheit überwälzen können und der Preis für Tierprodukte wiederum die Zahl der gehaltenen Tiere bestimmt (MüKo-BGB/Meyer,*

§ 833 Rn 3). *Allein eine Schadensverschiebung, die in bestimmten Konstellationen nicht der materiellen Gerechtigkeit zu entsprechen scheint, rechtfertigt jedoch noch nicht den Schluss, diese Norm insgesamt für verfassungswidrig zu halten. Die **Regelung der Haftungsprivilegierung liegt innerhalb des Gestaltungsspielraums des Gesetzgebers**; diesen hat er nicht überschritten.*“ (BGH aaO).

III. **Art. 2 GG** ist gleichfalls nicht verletzt; in die Handlungsfreiheit und das Recht auf Leben und körperliche Unversehrtheit darf gem. Art. 2 I und II 3 GG auf Grund eines verfassungsgemäßen Gesetzes eingegriffen werden. § 833 S. 2 BGB ist eine verfassungsgemäße Norm.

IV. **Art. 3 I GG** ist nicht verletzt, weil § 833 S. 2 BGB wesentlich Gleiches nicht willkürlich ungleich behandelt.

*„Die Ungleichbehandlung von Nutz- und Luxustierhalter ist nicht willkürlich, weil der Gesetzgeber mit § 833 S. 2 BGB einen **legitimen Zweck** verfolgt; zwischen der Gruppe der Luxustierhalter und der der Nutztierhaltung bestehen Unterschiede von solcher Art und solchem Gewicht, die die ungleiche Behandlung (Gefährdungshaftung und vermutete Verschuldenshaftung), rechtfertigen können (vgl. BVerfGE 55, 72 [88]).“* (BGH aaO).

StGB  
§§ 211 II, 217

### Kindstötung Mord aus niedrigen Beweggründen

StGB

(BGH in NSTz 2009, 210; Urteil vom 30.10.2008 – 4 StR 352/08)

Nach der Aufhebung der Regelung des § 217 StGB a.F. durch das 6. StrRG wird **in Fällen der Kindstötung** die Annahme von **Mord nur ausnahmsweise** in Betracht kommen. **Anders** verhält es sich dann, wenn die **Tat von besonders krasser Selbstsucht geprägt** ist.

*„Die Beurteilung der Frage, ob Beweggründe zur Tat „niedrig“ sind und - in deutlich weiterreichendem Maße als ein Totschlag - verachtenswert erscheinen, hat auf Grund einer **Gesamtwürdigung aller äußeren und inneren für die Handlungsantriebe des Täters maßgeblichen Faktoren**, insbesondere der Umstände der Tat, der Lebensverhältnisse des Täters und seiner Persönlichkeit zu erfolgen (st. Rspr.; vgl. BGHSt 47, 128 mwN). Bei den insoweit zu treffenden Wertungen steht dem Tatrichter ein Beurteilungsspielraum zu, den das RevGer. nicht durch eigene Erwägungen ausfüllen kann (vgl. BGHR StGB § 211 II niedrige Beweggründe 47; Senatsurt. v. 19. 6. 2008 - 4 StR 105/08). Danach ist die Annahme niedriger Beweggründe hier aus revisionsrechtlicher Sicht nicht zu beanstanden.*

*Die Angekl. wollte, als sie sich zur Tötung des Kindes entschloss, nach ihren eigenen Angaben „noch etwas erleben“ und jetzt noch nicht die Verantwortung für ein Kind übernehmen. Demgegenüber war die diffuse Angst der Angekl., ihr heutiger Verlobter könne sich wegen des Kindes womöglich von ihr trennen, nur von untergeordneter Bedeutung. Vielmehr wollte die Angekl. „entscheidungslenkend“ das Kind als „Störfaktor“ beseitigen, um ihr bisheriges Leben in gewohnter Form fortsetzen zu können. Dass der Täter auch eigene Interessen verfolgt, ist zwar der Regelfall der vorsätzlichen Tötung eines Anderen und rechtfertigt deshalb noch nicht ohne weiteres die Qualifikation der Tat als Mord. Deshalb wird auch nach Aufhebung des § 217 StGB a.F. durch das 6. StrRG (vgl. dazu BT-Dr 13/8587, S. 34) in den Fällen der Kindstötung die Annahme von Mord nur ausnahmsweise in Betracht kommen (vgl. Senatsurt. v. 19. 6. 2008 - 4 StR 105/08). Anders verhält es sich jedoch, wenn die Tat von besonders krasser Selbstsucht geprägt ist. So liegt es hier (wird ausgeführt).“* (BGH aaO).

RDG  
§ 6

### Rechtsberatung unter Strafgefangenen Störung der Ordnung in der JVA

StrafR

(OLG Celle in NSTz 2009, 218; Urteil vom 26.09.2008 – 1 Ws 477/08)

**Rechtsberatende Tätigkeiten unter Strafgefangenen** sind grds. dazu **geeignet**, die **Ordnung der Vollzugsanstalt zu stören**. Hieran hat sich auch nach Inkrafttreten des Rechtsdienstleistungsgesetzes nichts geändert.

*„In der Sache weist der Senat darauf hin, dass nach gefestigter Rspr. rechtsberatende Tätigkeiten unter Strafgefangenen der Ordnung der Anstalt regelmäßig abträglich sind (OLG Nürnberg NSTz 2002, 55; OLG Saarbrücken NSTz 1983, 47) und das Verhängen einer hierauf gestützten Disziplinarmaßnahme daher nicht zu beanstanden ist (OLG Koblenz NSTz 1997, 428; BVerfG NSTz 1998, 103).*

*Zwar ist diese Rspr. auf der Grundlage des Rechtsberatungsgesetzes ergangen. Der Senat neigt aber zu der Auffassung, dass sich hieran durch Inkrafttreten des Rechtsdienstleistungsgesetzes nichts geändert haben dürfte. Denn die **unfreiwillige Zwangsgemeinschaft** innerhalb einer Vollzugsanstalt ist **mit sonstigen engeren Sozialkontakten** i.S.v. § 6 II RDG **nicht zu vergleichen**.“* (OLG Celle aaO).

SächsBRKG  
§ 69

### Störerhaftung Kostentragungspflicht für Feuerwehreinsatz bei Brandstiftung

öffR

(VG Leipzig in NJW 2009, 934; Urteil vom 20.11.2008 – 3 K 626/08)

Wird ein Pkw von einem Dritten in Brand gesetzt, so beruht dies nicht auf der Gefahr, die vom Betrieb eines Kraftfahrzeugs typischerweise ausgeht. Der Fahrzeughalter ist daher nicht zur Tragung der Kosten des Feuerwehreinsatzes verpflichtet.

I. Nach **§ 69 II Nr. 2 SächsBRKG** ist der Fahrzeughalter zum Einsatz der Kosten, die der Gemeinde durch einen Einsatz der Feuerwehr entstehen, verpflichtet, wenn die **Gefahr oder der Schaden beim Betrieb eines Kraftfahrzeugs entstanden** ist.

*„Der Brand des auf den Kl. zugelassenen Kraftfahrzeugs und damit der Einsatz der Feuerwehr war aber nicht durch den Betrieb des Pkw veranlasst, weil es an dem hierfür erforderlichen **Ursachenzusammenhang** zwischen dem Schaden, der zum Feuerwehreinsatz geführt hat, und dem Betrieb des Fahrzeugs fehlt.“* (VG Leipzig aaO).

II. Die Inanspruchnahme des Fahrzeughalters für den Einsatz der Feuerwehr ist aber nur dann gerechtfertigt, wenn sich die **Betriebsgefahr des Fahrzeugs tatsächlich verwirklicht**.

„Die Haftung auf Grund der Betriebsgefahr setzt voraus, dass der **Schaden Ausdruck des mit Konstruktion und Verwendung des Fahrzeugs regelmäßig verbundenen Gefahrenkreises** ist. Die verschuldensunabhängige Einstandspflicht ist somit gewissermaßen der Preis für die dem Fahrzeughalter erlaubte Schaffung einer besonderen Gefahr, den zu zahlen der Halter verpflichtet ist, wenn sich die Betriebsgefahr seines Kraftfahrzeugs verwirklicht (VG Leipzig BeckRS 2009, 31558; für die entsprechende Norm des § 41 II Nr. 3 NWFSHG: VG Minden, Urt. v. 13. 5. 2004 - 9 K 1857/02). Auch aus der Nennung der vier Fahrzeugarten in § 69 II Nr. 2 SächsBRKG ergibt sich deutlich, dass Grund für die Kostenerstattungspflicht die gesteigerte Gefährlichkeit der Fahrzeuge ist.“ (VG Leipzig aaO).

- III. Auch nach **zivilrechtlicher Rspr.** ist das **Haftungsmerkmal** „bei dem Betrieb“ nach § 7 I StVG nach der BGH-Rspr. entsprechend dem umfassenden Schutzzweck der Vorschrift **weit auszulegen**.

„An einem auch im Rahmen der Gefährdungshaftung erforderlichen Zurechnungszusammenhang fehlt es, wenn die Schädigung nicht mehr eine **spezifische Auswirkung derjenigen Gefahren** ist, für die die Haftungsvorschrift den Verkehr schadlos halten will. Für eine Zurechnung der Betriebsgefahr kommt es damit maßgeblich darauf an, dass der Unfall in einem **nahen örtlichen und zeitlichen Kausalzusammenhang mit einem bestimmten Betriebsvorgang oder einer bestimmten Betriebseinrichtung des Kfz** steht. Erforderlich ist, dass der Betrieb des Fahrzeugs zu dem Entstehen des Unfalls beigetragen hat (BGH NJW-RR 2008, 764 = NZV 2008, 285).

Vorliegend beruhte der Brand des Pkws des Kl. jedoch nicht auf der Gefahr, die von dem Betrieb eines Kraftfahrzeugs typischerweise ausgeht. Die Ursache des Brandes lag vielmehr unstreitig in einer Brandstiftung durch einen unbekannteren Dritten. Anders als etwa bei einer Selbstentzündung eines geparkten Kraftfahrzeugs als Folge eines im Anschluss an eine Fortbewegung des Kraftfahrzeugs erfolgten Kurzschlusses oder etwa bei einem Brand eines Kraftfahrzeugs als Folge eines Verkehrsunfalls **besteht zwischen der Brandstiftung durch einen Dritten und dem Betrieb des Kraftfahrzeugs kein Ursachenzusammenhang**. Die Betriebsgefahr realisiert sich nicht bei einer vorsätzlichen Brandstiftung an dem Fahrzeug (VG Ansbach BeckRS 2009, 31560).“ (VG Leipzig aaO).

- IV. Für eine Beschränkung der Haftung spricht vorliegend auch der in § 69 I SächsBRKG verankerte **Grundsatz der Gebührenfreiheit**, wonach Einsätze zur Brandbekämpfung und zur technischen Hilfe grundsätzlich unentgeltlich sind, soweit die Abs. 2 und 3 nichts anderes bestimmen.

„Diese Gebührenfreiheit findet ihre Berechtigung darin, dass es sich bei **Feuerwehreinsätzen um Maßnahmen handelt, die dem Bereich der öffentlichen Sicherheit und Ordnung zugewiesen sind**, in dem der **Schutz der Bürger vom Staat ohne Gegenleistung gewährleistet** wird, weil insoweit die öffentliche Hand durch die Allgemeinheit durch Steuern und öffentliche Abgaben unterhalten wird (VG Frankfurt a. M., Urt. v. 15. 10. 1986 - V/1 E 1508/84). Im vorliegenden Fall handelt es sich um den in § 69 I SächsBRKG genannten **typischen Fall der Brandbekämpfung**, der sich von einer Brandbekämpfung eines Gebäudes nicht unterscheidet.“ (VG Leipzig aaO).

GG

## Kreistagsfraktion

öffR

Art. 3 I

## Anspruch auf Eröffnung eines Sparkassenkontos

(VG Frankfurt in NVwZ-RR 2009, 259; Urteil vom 10.07.2008 – 4 K 1176/04)

Eine **Kreistagsfraktion** hat grds. einen **Anspruch auf Eröffnung eines Sparkassen-Girokontos**.

„Das Recht, die Eröffnung eines Girokontos von der Sparkasse zu verlangen, folgt aus dem aus **Art. 3 I GG** abgeleiteten Gleichbehandlungsgebot, wonach es dem Gesetzgeber, der Verwaltung und sonstigen Trägern öffentlicher Gewalt untersagt ist, vergleichbare Sachverhalte unterschiedlich oder im Wesentlichen ungleiche Sachverhalte gleich zu behandeln. Neben dem Schutz vor Eingriffen in die Rechtssphäre des Betroffenen gewährt das Grundrecht jedenfalls auch einen Anspruch auf willkürfreier Entscheidung.

Die Bekl. ist Träger öffentlicher Gewalt. Gem. § 1 I BbgSpkG ist sie als Einrichtung des Landkreises rechtsfähige Anstalt des öffentlichen Rechts. Über die Frage des Zugangs, das heißt über das „Ob“ der Leistungsgewährung entscheiden die Sparkassen im Verhältnis der Über- und Unterordnung. Die Einzelheiten hierfür regeln sie durch Satzung (§ 4 BbgSpkG). Gem. § 2 I BbgSpkG haben Sie in Ihrem Geschäftsgebiet u.a. die **Aufgabe, die Versorgung der Bevölkerung mit geld- und kreditwirtschaftlichen Leistungen sicherzustellen**, sie erbringen damit eine **hoheitliche Leistung der Daseinsvorsorge**. Nach § 2 III BbgSpkG führen sie ihre Geschäfte nach kaufmännischen Grundsätzen unter Wahrung ihres öffentlichen Auftrages.

Der **Schutzbereich des Grundrechtes** ist vorliegend auch **eröffnet**: Die Bekl. hat im Wesentlichen gleiche Sachverhalte unterschiedlich behandelt. Für andere Fraktionen im Kreistag des Landkreises Z. führt sie Girokonten, dies hat sie in der mündlichen Verhandlung ausdrücklich bestätigt. Dass sich der mit der Kl. abzuschließende Kontoführungsvertrag wesentlich von den mit den anderen Fraktionen geschlossenen Verträgen unterscheiden würde, ist weder vorgetragen noch sonst ersichtlich. Insbesondere ist auszuschließen, dass die Anzahl der Mitglieder der jeweiligen Fraktionen von grundsätzlicher Bedeutung für die Vertragsbedingungen sein kann. Für das rechtliche Ergebnis kommt es auch nicht darauf an, ob alle übrigen Fraktionen des Kreistages Konten bei der Bekl. unterhalten. Denn ein vergleichbarer Sachverhalt liegt schon dann vor, wenn die Leistung in zumindest einem vergleichbaren Fall erbracht wird. Auch wenn die Kl. für den Erhalt der ihr von Seiten des Landkreises Z. gewährten Zuwendungen nicht zwingend auf die Führung eines Girokontos angewiesen ist, so ist sie gegenüber den bei der Bekl. kontoführenden Fraktionen aber jedenfalls im Hinblick auf die Abwicklung des Zahlungsverkehrs benachteiligt. Sie muss sich insoweit auch nicht auf die Führung eines privaten Kontos bei einem anderen Kreditinstitut - hier der Postbank M. - verweisen lassen. Dem kann die Bekl. nicht entgegenhalten, dass der in § 5 I SparkassenVO geregelte Kontrahierungszwang seinem Wortlaut nach nur auf natürliche Personen Bezug nimmt. Denn unabhängig davon, ob die Vorschrift wegen der Bedeutung der Fraktionen für die politische Willensbildung und Entscheidungsfindung (§ 34 II BbgKrO) weit auszulegen ist, muss sich die Bekl. im Rahmen des Gleichbehandlungsgebotes an ihrer Entscheidungspraxis, anderen Fraktionen des Kreistages die Führung von Girokonten zu gewähren, festhalten lassen.

Die **Ungleichbehandlung** der Kl. gegenüber anderen Fraktionen des Kreistages erscheint hier auch **willkürlich** und nicht auf Grund sachlich begründeter Einwendungen gerechtfertigt (wird ausgeführt).“ (VG Frankfurt aaO).

**Entscheidungen Verfahrensrecht**ZPO  
885 I**Herausgabevollstreckung in ein Grundstück  
Einweisung in den Besitz**

ZPO

(BGH in RPfleger 2009, 250; Beschluss vom 04.12.2008- I ZB 120/05)

1. Ein Herausgabetitel ist dann hinreichend bestimmt, wenn das herauszugebende **Anwesen grundbuchmäßig bestimmt** ist.
2. Die Herausgabevollstreckung kann – wenn keine Räumung vorzunehmen ist – auch durch **Besitzeinweisung** erfolgen. Hierzu reicht nach § 762 ZPO auch die **Erklärung zu Protokoll**.
3. Was für eine **Besitzeinweisung erforderlich** ist, bestimmt sich nach **bürgerlichem Recht**.
4. Eine **Nachvollziehbarkeit** der grundbuchmäßigen **Lage** des Grundstücks an **Ort und Stelle ist nur erforderlich**, wenn der Schuldner sich auf dem zu räumenden Grundstück aufhält oder er dort bewegliche Sachen lagert.

**Fall:** G betreibt die Zwangsvollstreckung aus einem rechtskräftigen Urteil des Landwirtschaftsgerichts M. vom 09.02.2005 gegen S. Der Tenor des Urteils lautet: Der Beklagte wird verurteilt, folgende landwirtschaftliche Flächen zu räumen und an die Klägerin herauszugeben. ...

Im Februar 2005 erteilte G dem Gerichtsvollzieher einen entsprechenden Vollstreckungsauftrag mit dem Ziel der Besitzeinweisung und übersandte dem Gerichtsvollzieher eine Flurkarte im Original. Der Gerichtsvollzieher lehnte die Einweisung als undurchführbar ab: Die genaue örtliche Lage der Grundstücke, die bislang als Großflächen genutzt und bestellt worden seien, könne nicht festgestellt werden; teilweise verfügten sie nicht über einen Weg und seien nur über andere Grundstücke zu erreichen.

Mit der Erinnerung hat G beantragt, den Gerichtsvollzieher anzuweisen, sie in den Besitz der in Rede stehenden Flächen einzuweisen. Auch ohne Grenzsteine sei der Gerichtsvollzieher in der Lage, sie in den Besitz einzuweisen. Eine Vermessung der Grundstücke vor Einweisung sei nicht erforderlich. Das AG hat die Erinnerung zurückgewiesen. Die gegen diese Entscheidung gerichtete sofortige Beschwerde hat das LG zurückgewiesen. Mit der vom Beschwerdegericht zugelassenen Rechtsbeschwerde verfolgt die Gläubigerin ihren Antrag auf Zwangsvollstreckung weiter.

**I. Zulässigkeit der Rechtsbeschwerde, § 574 ff. ZPO****1. Zulässigkeit****a) Vorliegen der Prozessvoraussetzungen und der allgemeinen Sachentscheidungs Voraussetzungen**

Zuständig ist nach § 133 GVG der BGH.

**b) Statthaftigkeit**

Die Rechtsbeschwerde ist statthaft gegen Beschlüsse, wenn dies gesetzlich so vorgesehen ist oder die sie zugelassen wurde.

**c) Beschwerdebefugnis**

Eine Beschwerdebefugnis besteht ohne weiteres bei Vorliegen einer **formellen Beschwer**. Der Beschwerdeführer ist **formell beschwert**, wenn das Gericht sofortige Beschwerde zurückweist.

**d) Form und Frist**

Die Rechtsbeschwerde ist nach § 575 ZPO binnen einer Notfrist von einem Monat ab Zustellung des Beschlusses durch Einreichung einer Beschwerdeschrift beim Beschwerdegericht einzulegen.

**2. Begründetheit**

Die Rechtsbeschwerde kann nur darauf gestützt werden, dass die Entscheidung auf der Verletzung des Bundesrechts oder einer Vorschrift beruht, deren Geltungsbereich sich über den Bezirk eines Oberlandesgerichts hinaus erstreckt.

Sie ist hier begründet, wenn die Voraussetzungen für die Vornahme einer Herausgabevollstreckung vorlagen.

**a) hinreichende Bestimmtheit des Titels**

*„Eine Herausgabevollstreckung nach § 885 Abs. 1 Satz 1 ZPO setzt zunächst voraus, dass der zu vollstreckende Titel hinreichend bestimmt ist. Insbesondere muss er das herauszugebende **Anwesen grundbuchmäßig (Gemarkung, Band, Blatt und Flurstücksnummer) bezeichnen**. Im Streitfall erfüllt der Herausgabebetitel diese Voraussetzung. Der Gerichtsvollzieher kann sich anhand der Angaben im Titel über die Lage der dort genannten Flurstücksnummern mit allgemein zugänglichen Hilfsmitteln wie Grundbuchauszug und Flurkarte in Kenntnis setzen (vgl. OLG München DGVZ 1999,56 f).“ (BGH aaO)*

**b) Durchführung der Vollstreckung durch Besitzeinweisung**

Die Zwangsvollstreckung aus einem auf Herausgabe eines Grundstücks gerichteten Titel erfolgt in der Weise, dass der Gerichtsvollzieher den **Schuldner** - notfalls durch unmittelbaren Zwang (§ 758 III ZPO) - **aus dem Besitz setzt und den Gläubiger in den Besitz des Grundstücks einweist** (§ 885 I 1 ZPO).

Was für die Besitzeinweisung **erforderlich** ist, bestimmt sich **nach bürgerlichem Recht**. Erforderlich, aber auch ausreichend ist, dass der Gläubiger die tatsächliche Gewalt über das Grundstück erlangt (§ 854 BGB). Hierfür kann eine **Erklärung des Gerichtsvollziehers zu Protokoll** (§ 762 ZPO) ausreichen.

*„Um den Schuldner aus dem Besitz zu setzen und den Gläubiger in den Besitz einzuweisen, muss der Gerichtsvollzieher in der Regel in der Lage sein, die **Grenzen des fraglichen Grundstücks an Ort und Stelle zu ermitteln**. Muss die Möglichkeit in Betracht gezogen werden, dass sich der Schuldner auf dem zu räumenden Grundstück aufhält oder dass er dort bewegliche Sachen lagert, kann der Gerichtsvollzieher seiner Aufgabe nur nachkommen, wenn er nicht nur die grundbuchmäßige Lage des Grundstücks kennt, sondern auch den Verlauf seiner Grenzen an Ort und Stelle nachvollziehen und aufgrund dessen beurteilen kann, ob eine Räumung erforderlich ist.“ (BGH aaO)*

Kommt dagegen eine **Räumung nicht in Betracht**, weil das fragliche Grundstück Teil einer brachliegenden Fläche ist, oder steht von vornherein fest, dass lediglich eine Fläche geräumt werden muss, die auf jeden Fall zu dem herauszugebenden Grundstück gehört, **setzt die Herausgabevollstreckung nach § 885 I 1 ZPO eine präzise Bestimmung der Grundstücksgrenzen in der Natur nicht voraus**.

*„In einem solchen Fall reicht es am, wenn der Gerichtsvollzieher an Ort und Stelle, d. h. dort, wo er beurteilen kann, ob eine Räumung erforderlich ist - zu Protokoll (§ 762 ZPO) erklärt, dass er den **Schuldner aus dem Besitz setzt und den Gläubiger in den Besitz einweist** (LG Trier DGVZ 1972,93,94; MüKoZPO/Gruber, 3. Aufl., § 885 Rn. 24; Zöller/Stöber, ZPO, 27. Aufl., § 885 Rn. 14; Brehm in Stein/Jonas, ZPO, 22. Aufl., § 885 Rn. 25 Fn. 108; Hüßtege in Thomas/Putzo, 29. Aufl., § 885 Rn. 8; Baumbach/ Lauterbach, ZPO, 67. Aufl., § 885 Rn. 3).*

*Ein solches Verständnis des § 885 ZPO trägt den Erfordernissen Rechnung, die das bürgerliche Recht an den Besitzerwerb stellt. Nach **§ 854 I BGB** wird **Besitz allerdings grundsätzlich durch die Erlangung der tatsächlichen Gewalt** über die Sache erworben. Für den Erwerb des Besitzes ist jedoch nach **§ 854 II BGB** die **Einigung des bisherigen Besitzers und des Erwerbers ausreichend**, wenn der Erwerber in der Lage ist, Gewalt über die Sache auszuüben. Danach kann Besitz an einem frei zugänglichen Grundstück durch Einigung erworben werden. Entsprechend kann auch bei der Besitzeinweisung nach § 885 I 1 ZPO die **Erlangung der tatsächlichen Gewalt durch Protokollerklärung ersetzt** werden, wenn der Gläubiger in der Lage ist, die tatsächliche Gewalt über das Grundstück auszuüben.“ (BGH aaO)*

ZVG

§§ 90, 55

BGB

§ 97

**Ersteigerung eines Grundstücks  
Zubehöreigenschaft einer Einbauküche**

ZPO

(BGH in Rpfleger 2009, 253; VU vom 20.11.2008 - IX ZR 180/07)

1. Der Ersteigerer erwirbt nach §§ 55 II, 37 Nr. 5 ZVG Eigentum auch solchem **Zubehör**, dass **im Eigentum Dritter** steht, wenn diese nicht widersprechen.
1. Die Frage, ob eine **Einbauküche als Zubehör** anzusehen ist, wird **regional unterschiedlich** bewertet.
2. Selbst wenn man dies annimmt, kommt es nach § 97 II 1 BGB darauf an, ob lediglich eine **vorübergehende Nutzung** der Einbauküche für die Wohnung begründet wurde.

**Fall:** Die Parteien streiten um das Eigentum an einer Einbauküche und die Berechtigung der B, bei ihrem Auszug aus der Wohnung die wesentlichen Teile davon mitzunehmen.

Die K ersteigerten am 13.04.2006 das Grundstück M-Straße in V. Dieses stand zuvor im Eigentum der Tochter der B. Zum Zeitpunkt des Zuschlags befand sich in der Wohnung im ersten Obergeschoss des Gebäudes die streitige Einbauküche. Mieter dieser Wohnung waren die Beklagten. Bei ihrem Auszug entfernten sie die Einbauküche mit Ausnahme eines Eckspülemelements. Zu diesem Zweck durchsägten sie die Arbeitsplatte auf beiden Seiten der Spüle. K verlangen von B, die Einbauküche auf ihre Kosten wieder einzubauen und den ursprünglichen Zustand wiederherzustellen. Der Räumung der Wohnung war ein Rechtsstreit zwischen den Parteien vorausgegangen, im dem sich die B gegen K durch Vergleich vom 28.07.2006 unter anderem verpflichteten, „es zu unterlassen, von dem Anwesen M-Straße wesentliche Bestandteile und/oder Zubehör des Grundstücks und/oder des Gebäudes zu entfernen“. K sind der Meinung, die Einbauküche sei wesentlicher Bestandteil des Grundstücks, mindestens Zubehör, und deshalb mit dem Zuschlagsbeschluss ihr Eigentum geworden. Mit der Entfernung der Küche hätte die B zudem gegen ihre Verpflichtung aus dem Vergleich verstoßen. Sie bestreiten, dass B die Küche gekauft haben. Die B seien zu diesem Zeitpunkt auch nicht Mieter gewesen. Ein Mietvertrag sei erst später mit der Zwangsverwalterin abgeschlossen worden. B behaupten, die hätten die Küche erworben, wenn auch der Kauf über das Einkaufskonto ihrer Tochter, der Grundstückseigentümerin, abgewickelt worden sei. Sie hätten die Küche als Mieter in die Wohnung eingebracht. Was ein Mieter zu vorübergehendem Zweck in die Wohnung einbringe, könne weder Zubehör noch wesentlicher Bestandteil geworden sein.

Wie ist die Rechtslage?

K haben einen **Anspruch** auf Herausgabe der Küche und deren Wiedereinbau, **aus §§ 984, 823 BGB** sowie aus dem **abgeschlossenen Vergleich**, wenn sie im Wege der Zwangsversteigerung **Eigentum** an ihr **erworben** hatten.

Grundsätzlich erwirbt der Ersteigerer durch den **Zuschlagsbeschluss** nicht nur das Grundstück, sondern auch dessen **wesentliche Bestandteile**. Für Zubehör gilt dies nicht ohne weiteres, da dieses auch im Eigentum Dritter stehen kann. Befindet sich dieses **Zubehör aber im Besitz des Schuldner**, so erwirbt der Ersteigerer nach § 55 II ZVG gleichwohl **Eigentum auch an diesen fremden Zubehörstücken**, wenn der Dritte nicht nach § 37 Nr. 5 ZVG seine Rechte geltend macht. Die Küche befand sich im Haus der Tochter der B und damit zumindest in deren Besitz, da die B noch gar nicht eingezogen waren. Da Sie ihr Eigentum aber nicht geltend gemacht haben, wäre das Eigentum an der Küche – auch wenn sie als Zubehör und nicht als wesentlicher Bestandteil anzusehen wäre, auf die K übergegangen.

#### I. **Einbauküche als wesentlicher Bestandteil, § 94 BGB**

Zu den wesentlichen Bestandteilen eines Grundstücks gehören nach § 94 I 1 BGB die mit dem Grund und Boden fest verbundenen Sachen, insbesondere Gebäude, sowie die Erzeugnisse des Grundstücks, solange sie mit dem Boden zusammenhängen. Dies kommt bei einer Einbauküche nicht in Betracht. Allerdings gehört ein Gebäude mit allen seinen wesentlichen Bestandteilen zum Grundstück und damit nach § 94 II BGB auch die zur Herstellung des Gebäudes eingefügten Sachen.

„**Regional unterschiedlich** ist die **Beurteilung von Einbauküchen aus Serienproduktion**, die bei einem Umzug einigermaßen problemlos mitgenommen werden können (BGH NJW-RR 1990, 586, 587 und 914 f, jeweils m.w.N.). Sie sind angeblich im norddt. Raum wesentlicher Bestandteil (OLG Hamburg MDR 1978, 138; grundsätzlich anders OLG Celle NJW-RR 1989, 913, jedoch in concreto dennoch bejaht), im Rest von Deutschland dagegen kein wesentlicher Bestandteil (KG KGR Berlin 1999, 8; OLG Karlsruhe NJW-RR 1986, 19 und 1988, 459, 460; OLG Düsseldorf NJW-RR 1994, 1039; OLG Hamm NJW-RR 1989, 333; OLG Köln NJW-RR 1993, 861 f; OLG Frankfurt ZMR 1988, 136; OLG Saarbrücken VersR 1996, 97, 98; OLG Zweibrücken Rpfleger 1993, 169), weil man sie **in der Regel wieder ausbauen und anderweitig verwenden** kann (BGH NJW-RR 1990, 586, 587 und 914 f, jeweils m.w.N.). Das gilt auch, wenn die Serienküche bereits bei der Gebäudeerrichtung eingefügt wird und/oder Teil der Planung bzw. der vom Bauunternehmer geschuldeten Leistung ist (Str, KG KGR Berlin 1999, 8; aA OLG Nürnberg MDR 1973, 758; Palandt/Heinrichs BGB § 93 Rn 5). Dagegen fallen **speziell angefertigte oder besonders in das Gebäude eingepasste Einbauküchen unstreitig überall unter § 94 II** (BGH NJW-RR 1990, 586, 587 und 914 f, jeweils m.w.N.; BFH DB 1971, 656 = BStBl 1971 II S 162, 163 f; OLG Celle NJW-RR 1989, 913 f; OLG Zweibrücken NJW-RR 1989, 84)“ (aus: BeckOK-Bamberger/Roth, § 94, Rn 22)

Hier wurde die Eigenschaft als wesentlicher Bestandteil abgelehnt.

## II. Einbauküche als Zubehör, § 97 BGB

Nach § 97 BGB ist eine bewegliche Sache grundsätzlich dann Zubehör, wenn sie, ohne schon Bestandteil der Hauptsache zu sein, **nicht nur überübergehend deren wirtschaftlichem Zweck zu dienen bestimmt ist** und zu ihr in einem dieser Bestimmung entsprechenden räumlichen Verhältnis steht (BGHZ 165, 261, 263).

„Die erforderliche **Zweckbestimmung** erfolgt in der Regel **durch schlüssige Handlung**, für die die tatsächliche Benutzung der Sache für den wirtschaftlichen Zweck einer anderen Sache in Indiz sein kann. Dazu genügt nicht, dass die **Verbindung nur für einen von vornherein begrenzten Zeitraum** oder lediglich zur Befriedigung der Bedürfnisse des derzeitigen Nutzers erfolgt (BGHZ 62, 49, 52, BGH WM 1990, 603, 605).

Für das **richterliche Ermessen**, was im Einzelfall als Zubehör anzusehen ist, besteht zwar ein **weiter Spielraum** (BGHZ 165, 261, 263). Die Beurteilung muss aber **widerspruchs- und denkfehlerfrei** erfolgen“ (BGH aaO)

In der Regel ist anzunehmen, dass ein Mieter die Küche beim Auszug wieder mitnehmen will, er also gerade keine Zweckbestimmte trifft, dass die Einbauküche Zubehör werden soll. Dies könnte hier anders zu bewerten sein.

### 1. keine unbestimmte Nutzungsdauer der Wohnung

„Das Berufungsgericht unterstellt, ohne Feststellungen dazu zu treffen, dass die Nutzung der Wohnung unbegrenzt dauern sollte. B hätten nicht damit rechnen müssen, die Wohnung einmal verlassen zu müssen. Dies ist mit der Unterstellung eines Mietvertrages nicht vereinbar; B hatten **kein gesichertes Wohnrecht**. Ihnen konnte wie einem fremden Mieter gekündigt werden.“ (BGH aaO)

### 2. keine gesicherte Erwartungshaltung der Tochter wegen Kaufhilfe

„In dem Umstand, dass die Tochter es gestattet hatte, den **Kauf über ihr Einkaufskonto** abzuwickeln, mag eine Hilfe zu sehen sein. Irgendwelche Nachteile waren damit für die Tochter ersichtlich nicht verbunden; dementsprechend durfte sie auch **nicht erwarten**, die **Küche** werde bei einem Auszug ihrer Mieter, der B, **eingebaut zurückbleiben**.“ (BGH aaO)

### 3. Wille zur dauerhaften Einfügung wegen Eckspülelement

„Nicht nachvollziehbar ist die Annahme des Berufungsgerichts, das Zurücklassen des Eckspülelements spreche für den **Willen zur dauerhaften Einfügung der Küche**. Auf der Hand liegt vielmehr, dass die Spüle in der neuen Wohnung keine Verwendung finden konnte oder sollte.“ (BGH aaO)

### 4. Wertverlust

„Schließlich spricht auch das Wertverlustargument und das Nachkaufproblem nicht für einen auf Dauer angelegten Einbau bei einer acht Jahre alten Küche. **Die durchschnittliche Verwendungs- und Lebensdauer einer Einbauküche ist weitaus länger als acht Jahre**. Demgemäß haben die B sie auch mitgenommen.“ (BGH aaO)

Vor diesem Hintergrund hat das Berufungsgericht die **Frage nach der Zubehöreigenschaft neu zu bewerten**.

StGB  
§ 78c

## Verfolgungsverjährung Unterbrechung

StPO

(BGH in NStZ 2009, 205; Beschluss vom 19.06.2008 – 3 StR 545/07)

1. Sind **mehrere selbstständige Straftaten i.S.v. § 264 I StPO Gegenstand eines Ermittlungsverfahrens**, so **erstrecken sich verjährungsunterbrechende Untersuchungshandlungen grundsätzlich auf alle diese Taten**, sofern nicht der Verfolgungswille des tätig werdenden Strafverfolgungsorgans erkennbar auf eine oder mehrere der Taten beschränkt ist.
2. **Sämtliche Maßnahmen des § 78c I Nr. 1 StGB bilden eine Einheit**, so dass, sobald eine der dort genannten Unterbrechungshandlungen durchgeführt worden ist, die Verjährung durch eine andere der in Nr. 1 aufgezählten Maßnahmen nicht erneut unterbrochen werden kann.

**Fall:** Der Angekl. täuschte durch falsche Angaben und unzutreffende Verkaufsunterlagen 4 Anleger eigenhändig sowie 146 Anleger mittels gutgläubiger Anlageberater über die Renditeerwartung und Sicherheiten einer Kapitalanlage in Form der stillen Beteiligung an einer Kommanditgesellschaft. Im Zeitraum vom 22.11.1996 bis 24.01.2001 zahlten diese 150 Anleger irrtumsbedingt Einlagen zwischen 10.000 und 100.000 DM in einem Gesamtvolumen von etwa 4 Mio. DM. In der Folgezeit verwendete der Angekl. das Vermögen der KG für andere Unternehmen der „M-Gruppe“ sowie für sich und seine Familie. Wie vom Angekl. von Anfang an zumindest billigend in Kauf genommen, wurde eine Rendite weder erzielt noch an die Anleger ausgeschüttet. Mit ihren Rückforderungsansprüchen in Folge der vom Bundesaufsichtsamt für das Kreditwesen verfügten Rückabwicklung der Anlagegeschäfte fielen die Anleger hinsichtlich der geleisteten Einlagen bei einer Insolvenzquote von 1,17% weitestgehend aus.

Fraglich ist, ob die Ahndung der Betrugstaten wegen Eintritts der **Verfolgungsverjährung nach § 78c I 1 StGB** ausgeschlossen ist.

- I. Der **letzte Betrug** war mit Zahlung der Einlage **am 24.01.2001 beendet**. Die damit in Lauf gesetzte (§ 78a StGB) **5-jährige Verjährungsfrist** (§§ 263 I, 78 III Nr. 4 StGB) ist zwar durch die Anordnung der ersten Vernehmung des Angekl. als Beschuldigter vom 09.04.2001 unterbrochen worden (§ 78c I Nr. 1 StGB). Bis zur nächsten in Betracht kommenden Unterbrechungshandlung, nämlich der Anklageerhebung vom 24.04.2006 (§ 78c I Nr. 6 StGB), sind jedoch mehr als 5 Jahre vergangen, ohne dass die Verjährung in der Zwischenzeit durch eine sonstige Maßnahme erneut unterbrochen worden wäre.
- II. Die Anordnung der ersten Beschuldigtenvernehmung vom 09.04.2001 hat die Verjährung sämtlicher in Betracht kommender Delikte des Angekl. zur Erlangung und bei der weiteren Verwendung der Einlagegelder unterbrochen. Dies gilt auch dann, wenn die dem Angekl. im Laufe der Ermittlungen angelasteten Untreuetaten einer- und die Betrugstaten andererseits **prozessual eigenständige Taten** darstellen.
  1. Sind **mehrere selbstständige Straftaten i.S.d. § 264 I StPO Gegenstand eines Ermittlungsverfahrens**, so **erstrecken sich verjährungsunterbrechende Untersuchungshandlungen grundsätzlich auf alle diese Taten**, sofern nicht der Verfolgungswille des tätig werdenden Strafverfolgungsorgans erkennbar auf eine oder mehrere der Taten beschränkt ist.  
BGH NStZ 2001, 191; 1990, 436; BGHR StGB § 78c I Handlung 4; § 78c I Nr. 1 Bekanntgabe 2; LK-Schmid, 12. Aufl., § 78c Rn 8
  2. **Entscheidendes Kriterium** für die sachliche Reichweite der Unterbrechungswirkung einer Verfahrenshandlung ist daher der **Verfolgungswille der Strafverfolgungsbehörden**. Für die Bestimmung dessen Umfangs ist maßgeblich, was nach dem Wortlaut der Maßnahme, nach dem sonstigen Akteninhalt sowie dem Sach- und Verfahrenszusammenhang mit der jeweiligen Untersuchungshandlung bezweckt wird (BGH NStZ 2000, 427; 2007, 213).

Dabei dürfen die Anforderungen an die Konkretisierung des Verfolgungswillens in einem frühen Verfahrensstadium nicht überspannt werden; **es genügt** vielmehr, **wenn** die von ihm erkennbar erfassten **Taten** derart **individualisiert sind**, dass sie von denkbaren ähnlichen oder gleichartigen Vorkommnissen unterscheidbar

sind (BGH NStZ 2001, 191). Diese Grundsätze gelten unabhängig davon, ob es sich im konkreten Fall zu Gunsten oder zu Ungunsten des Angekl. auswirkt, wenn der in Rede stehenden Verfahrensmaßnahme verjährungsunterbrechende Wirkung zukommt. Verbleiben hieran Zweifel, so ist zu Gunsten des Angekl. zu entscheiden (BGH NStZ 1996, 274).

3. Nach dem Wortlaut der die Beschuldigtenvernehmung anordnenden Verfügung vom 09.04.2001, dem weiteren Akteninhalt sowie dem Sach- und Verfahrenszusammenhang sind von der **verjährungsunterbrechenden Wirkung der Anordnung** nicht nur die Untreuehandlungen bezüglich der Zinserträge der Anleger sowie der Entnahmen zum Nachteil der KG, sondern auch die zur Verurteilung gelangten Betrugstaten erfasst worden.

*„Zwar hatte sich die ermittlungsauslösende Strafanzeige des amtlich bestellten Abwicklers der KG vom 26.03.2001 vornehmlich auf die veruntreuende Verwendung der vereinnahmten Gelder gestützt; jedoch waren durch die der Anzeige beigefügten Anlagen von Anfang an verdachtsbegründende Tatsachen auch hinsichtlich der betrügerischen Akquise der Gelder zur Kenntnis der Strafverfolgungsbehörden gelangt. Diesen Anlagen entsprechend hat die staatsanwaltschaftliche Verfügung vom 09.04.2001 den Tatvorwurf als „versuchten Betrug“ bezeichnet. Das daraufhin verfasste Schreiben des Polizeipräsidiums an das BKA vom 18.05.2001, das über den Sach- und Verfahrenszusammenhang Rückschlüsse auf den Ermittlungsauftrag und das Verfolgungsinteresse zulässt, hat den Tatvorwurf als „Anlagebetrug“ bezeichnet, die Tathandlung in der Erlangung der Gelder im Wege von Beteiligungsverträgen mit den Anlegern als stillen Gesellschaftern gesehen und den Schaden mit 3,7 Mio. DM, der damaligen Summe der geleisteten Einlagen, berechnet.“ (BGH aaO).*

4. **Weitere Maßnahmen**, die zur erneuten Unterbrechung der Verjährung innerhalb der ab dem 09.04.2001 neu laufenden (§ 78c III 1 StGB) 5-jährigen Verjährungsfrist geführt hätten, **liegen nicht vor**.

- a) Weder die **Gewährung von Akteneinsicht** am 25.05.2001 noch die Mitteilung des **Eingangs weiterer Anzeigen** am 23.10.2001 konnten als Maßnahmen i.S.d. § 78c I Nr. 1 StGB zu einer Verjährungsunterbrechung führen.

*„Zwar kann die Gewährung von Akteneinsicht grundsätzlich als verjährungsunterbrechende Handlung nach § 78c I Nr. 1 StGB angesehen werden (BGHR StGB § 78c I Nr. 1 Bekanntgabe 2; BGH StraFo 2008, 155 mwN), ebenso die Mitteilung des Eingangs weiterer Anzeigen. Da allerdings die Verjährung bereits am 09.04.2001 nach § 78c I Nr. 1 StGB für alle in Betracht kommenden Betrugs- und Untreuetaten unterbrochen worden war, konnte die Akteneinsicht und die Mitteilung des Eingangs neuer Anzeigen **nicht** zu einer **nochmaligen Unterbrechung** führen. Denn **sämtliche Maßnahmen des § 78c I Nr. 1 StGB bilden eine Einheit**, so dass, sobald eine der dort genannten Unterbrechungshandlungen durchgeführt worden ist, die Verjährung durch eine andere der in Nr. 1 aufgezählten Maßnahmen nicht erneut unterbrochen werden kann (vgl. BGH NStZ 2005, 33; Schönke/Schröder-Stree, StGB, 27. Aufl., § 78c Rn 5). Alle in Nr. 1 aufgeführten Handlungen sind lediglich zu einer **einmaligen Unterbrechung** der Verjährung geeignet und stehen hierfür nur alternativ zur Verfügung (LK-Schmid aaO, Rn 19).“ (BGH aaO).*

- b) Die **schriftliche Befragung des Abwicklers** der KG als sachverständigen Zeugen vom 08.06.2001 war ebenfalls zur Unterbrechung der Verjährung nicht geeignet; denn sie stellte **keine staatsanwaltschaftliche Beauftragung eines Sachverständigen i.S.d. § 78c I Nr. 3 StGB** dar.

*„Zwar hätten die an den über besonderen Sachverstand verfügenden Abwickler der KG gestellten Fragen auch Beweisthema eines Sachverständigengutachtens sein können und sind mit Übersendung eines anderweit erstellten „Abwicklungsgutachtens“ beantwortet worden; jedoch hat die schriftliche Beantwortung der Fragen ausweislich des Schreibens der StA lediglich die zeugenschaftliche Vernehmung des Abwicklers ersetzen sollen. Ein Sachverständigenauftrag ist dabei weder ausdrücklich noch der Sache nach erteilt worden. Damit steht in Einklang, dass sowohl in der (unwirksamen) Anklage vom 09.10.2002 als auch in der (wirksamen) Anklage vom 17.03.2006 der Abwickler der KG jeweils als Zeuge und nicht als Sachverständiger aufgeführt wurde. Eine Auslegung des abschließenden und eng auszulegenden Katalogs des § 78c I StGB dahin, dass auch die schriftliche Befragung eines sachverständigen Zeugen erfasst sei, ist nicht möglich (vgl. BGHSt 28, 381ff. mwN).“ (BGH aaO).*

- c) Ebenso wenig hat die Erhebung der ersten Anklage vom 09.10.2002 die Verjährung nach § 78c I Nr. 6 StGB unterbrochen, denn diese Anklage ist wegen Verstoßes gegen das **Bestimmtheitserfordernis** des § 200 I 1 StPO unwirksam gewesen, weil sich ihr nicht entnehmen lassen, welche genauen Tatvorwürfe gegen den Angekl. erhoben werden sollten.

Durch die Erhebung einer Anklage, die den Voraussetzungen des § 200 StPO nicht entspricht und deshalb unwirksam ist, kann die Verjährung indes nicht gem. § 78c I Nr. 6 StGB unterbrochen werden. Dies entspricht der bisherigen Rspr. des BGH zur Frage der **verjährungsunterbrechenden Wirkung von unwirksamen** - und nicht nur fehlerhaften - **Eröffnungsbeschlüssen** und von nicht konkretisierten richterlichen Durchsuchungs- und Beschlagnahmeanordnungen.

OLG Bremen StV 1990, 25; zust. Schönke/Schröder-Stree, StGB, 27. Aufl., § 78c Rn 14; LK-Schmid, § 78c Rn 9 und 30; Fischer, StGB, 55. Aufl., § 78c Rn 16; BGHSt 29, 351; BGH NSZ 2000, 427; 2004, 275

Für die Erhebung einer unwirksamen Anklage kann nichts anderes gelten. Auf die Frage, ob die wegen des Vorwurfs der Untreue erhobene Anklage die Verjährung auch bezüglich der dem Angekl. angelasteten Betrugstaten überhaupt hätte unterbrechen können, kommt es danach nicht an.

- d) Schließlich hat auch die anschließende Mitteilung der StA vom 12.09.2003 über die **Fortsetzung bzw. Wiederaufnahme der Ermittlungen** unter einem anderen rechtlichen Gesichtspunkt die **Verjährung nicht unterbrochen**.

*„Da bereits am 09.04.2001 die Beschuldigtenvernehmung mit verjährungsunterbrechender Wirkung auch für die dem Angekl. angelasteten Betrugstaten angeordnet worden war und die Maßnahmen nach § 78c I Nr. 1 StGB eine Einheit bilden, von denen nur die erste die Verjährung unterbricht, hat diese Mitteilung verjährungsrechtlich keine Wirkung entfaltet.“ (BGH aaO).*

- aa) Etwas anderes ergibt sich nicht daraus, dass es das LG abgelehnt hat, die Anklage vom 09.10.2002 zur Hauptverhandlung zuzulassen, denn dies hat nicht zu einer **„Erledigung“ des Ermittlungsverfahrens** geführt mit der Folge, dass dessen Fortführung bzw. die „Wiederaufnahme“ der Ermittlungen **der Einleitung eines neuen Ermittlungsverfahrens gleichgestanden** hätte und der diesbezüglichen Mitteilung daher Unterbrechungswirkung nach § 78c I Nr. 1 StGB zugekommen wäre.

vgl. hierzu LK-Schmid, § 78c Rn 21 unter Hinweis auf OLG Koblenz OLGSt OWiG § 84 Nr. 1: Erledigung eines Ermittlungsverfahrens wegen Ordnungswidrigkeit durch bestandskräftigen Bußgeldbescheid mit anschließender Aufnahme der Ermittlungen wg. Straftaten

*„Durch die Ablehnung der Eröffnung des Hauptverfahrens ist vielmehr lediglich das durch die - unwirksame - Anklageerhebung eingeleitete gerichtliche Verfahren nach §§ 199ff. StPO abgeschlossen worden, nicht dagegen das - nunmehr wieder in den Händen der StA liegende - Verfahren insgesamt, das jederzeit, sei es nach weiteren Ermittlungen oder nicht, durch erneute Anklageerhebung (wegen Untreue oder wegen Betruges oder wegen beidem) wieder beim LG anhängig gemacht werden konnte. Zwar hat die StA den Ermittlungsschwerpunkt nunmehr von der Veruntreuung der Zinserträge der Anleger sowie des Vermögens der KG hin zu der betrügerischen Erlangung der Einlagen verlagert; dies steht jedoch nicht der Einleitung eines neuen Ermittlungsverfahrens gleich, zumal der Verfolgungswille sich schon zu Beginn der ursprünglichen Ermittlungen im April 2001 auf die Betrugstaten erstreckt hatte.“ (BGH aaO).*

- bb) Zudem erfasst der **Wortlaut des § 78c I Nr. 1 StGB**, der auf die „erste“ Vernehmung bzw. die Bekanntgabe, dass ein Ermittlungsverfahren „eingeleitet ist“ abstellt, den Fall der „Wiederaufnahme bzw. Fortsetzung“ der Ermittlungen nicht. Eine **entsprechende Anwendung des abschließenden Katalogs des § 78c I Nr. 1 StGB zu Ungunsten des Angekl. verbietet sich**, weil die Vorschriften über die Unterbrechung der Verjährung als materiellrechtliche Ausnahmeregelungen einer Analogie nicht zugänglich sind (BGH NSZ-RR 2005, 44; Fischer, StGB, § 78c Rn 7).

*„Zum Zeitpunkt der wirksamen Anklageerhebung am 24.04.2006 waren seit dem ersten Vernehmungsauftrag vom 09.04.2001 mehr als 5 Jahre vergangen. Dass der Abschlussvermerk der StA und die Anklage vom 17.03.2006 datieren, einem Zeitpunkt, als noch keine Verjährung eingetreten war, ist unerheblich; denn für den Zeitpunkt der Erhebung der Anklage i.S.d. § 78c I Nr. 6 StGB kommt es allein auf deren Eingang bei Gericht an. Dieser erfolgte erst am 24.04.2006 und damit in verjährter Zeit.“ (BGH aaO).*

- III. **Ergebnis:** Das Hauptverfahren darf wegen des Verfahrenshindernisses der Verfolgungsverjährung nicht eröffnet werden, § 204 I StPO.

**VwGO    Beschwerdebeurteilung beim unzuständigen Gericht    ProzR**  
 §§ 60 I, 146 IV    **nachwirkende Fürsorgepflicht und Wiedereinsetzung**  
 (OVG Magdeburg in LKV 2009, 144; Beschluss vom 04.02.2009 – 2 M 2/09))

1. **Im Rahmen der nachwirkenden Fürsorgepflicht des Gerichts** muss dieses bei ihm fehlerhaft eingereichte fristgebundene Schriftsätze für das Rechtsmittelverfahren im Zuge des ordentlichen Geschäftsgangs an das Rechtsmittelgericht weiterreichen.
2. Unter „ordentlichem Geschäftsgang“ ist lediglich eine Verfahrensweise zu verstehen, die einerseits zwar **jede unnötige Verzögerung vermeidet**, andererseits aber auch auf **außergewöhnliche Beschleunigungsmittel** wie Eilvermerke, Telefax oder Anrufe beim Rechtsmittelführer **verzichtet**

**Fall:** Der angefochtene Beschluss des VG über die Ablehnung des Erlasses einer einstweiligen Anordnung wurde dem Prozessbevollmächtigten des A am 11.12.2008 zugestellt. Die an das VG adressierte Begründung der (fristgemäß erhobenen) Beschwerde ist am Tage des Ablaufs der Beschwerdebegründungsfrist, Montag den 12.01.2009, dort eingegangen. Das VG hat den Schriftsatz am selben Tag per Post an das OVG gesandt; dort ist er am 13.01.2009 eingegangen. Ist die Beschwerdebegründungsfrist des § 146 IV 1 VwGO erfolgt?

#### I. Einhaltung der Beschwerdebegründungsfrist

Die Beschwerde gegen Beschlüsse des VG nach § 123 VwGO ist nach § 146 IV VwGO innerhalb eines Monats nach Zustellung des angefochtenen Beschlusses zu begründen. Die **Begründung** ist, sofern sie nicht bereits mit der Beschwerde vorgelegt worden ist, nach § 146 IV 2 VwGO **beim OVG einzureichen**. Die Beschwerdebegründung wurde hier jedoch nachträglich beim Verwaltungsgericht eingereicht. Die Frist lief nach § 57 I VwGO ab dem 11.12.2008 bis zum 11.01.2009. Da es sich hierbei jedoch um einen **Sonntag** handelte, **lief die Frist** nach § 57 II VwGO i.V.m. § 222 II ZPO am 12.01.2009 ab. Innerhalb dieser Frist hat die Beschwerdebegründung jedoch nur das VG, nicht jedoch das OVG erreicht.

#### II. Wiedereinsetzung in den vorigen Stand

Möglicher Weise ist A jedoch auch **ohne Antrag Wiedereinsetzung** in den vorigen Stand zu gewähren, da er die Rechtshandlung „Beschwerdebegründung“ umgehend (innerhalb eines Tages) nachgeholt hat.

Bei der Frist zur Einreichung einer Beschwerdebegründung nach § 146 IV VwGO handelt es sich gem. § 60 I VwGO um eine **gesetzliche Frist**. Diese Frist hat der Prozessbevollmächtigte des A nicht eingehalten. Angesichts des **strengen Sorgfaltsmaßstabs** an Rechtsanwälte und des eindeutigen Wortlauts des § 146 IV 2 VwGO darüber, wo die Beschwerdebegründung einzureichen ist, ist auch ohne weiteres ein **Anwaltsverschulden** anzunehmen, welches sich A über § 173 VwGO i.V.m. § 85 II ZPO zurechnen lassen muss. Möglicher Weise war dieser Fehler des Prozessbevollmächtigten des A jedoch **nicht kausal**, da es das **VG unterlassen** hat, die eingegangene **Beschwerdebegründung umgehend bei Telefax an das OVG weiterzuleiten**.

*„Das OVG **verneint** einen **Verstoß gegen die nachwirkende Fürsorgepflicht des Gerichts**, bei ihm fehlerhaft eingereichte fristgebundene Schriftsätze für das Rechtsmittelverfahren im Zuge des ordentlichen Geschäftsgangs an das Rechtsmittelgericht weiterzureichen. Denn die Beschwerdebegründung des A sei nicht so zeitig beim VG eingegangen, dass bei der (hier erfolgten) **Weiterleitung im ordentlichen Geschäftsgang die Frist des § 146 IV 1 VwGO noch gewahrt** werden konnte.*

*Unter ‚ordentlichem Geschäftsgang‘ ist lediglich eine Verfahrensweise zu verstehen, die einerseits zwar jede unnötige Verzögerung vermeidet, andererseits aber auch auf außergewöhnliche Beschleunigungsmittel wie Eilvermerke, Telefax oder Anrufe beim Rechtsmittelführer verzichtet (OVG*

Lüneburg, Beschl. v. 30.06.2008 - 5 LA 372/07, Juris; VGH München, Beschl. v. 23.01.2003 - 20 ZB 02.1325, DÖV 2003, 383).

Von Verfassungs wegen habe für das VG **keine Verpflichtung** bestanden, die Partei oder ihre Prozessbevollmächtigten **innerhalb der Frist durch Telefonat oder Telefax von der Einreichung beim unzuständigen Gericht zu unterrichten**; andernfalls würde den Parteien und ihren Prozessbevollmächtigten die Verantwortung für die Einhaltung der Formalien vollständig abgenommen und die Anforderungen an die richterliche Fürsorgepflicht überspannt (BVerfG, Beschl. v. 03.01.2001 - 1 BvR 2147/00, NJW 2001, 1343).

Eine Pflicht zur Weiterleitung des fristgebundenen Schriftsatzes per Fax war auch nicht ausnahmsweise begründet; das VG selbst hatte nicht durch eine verfahrensordnungswidrige Information im Bestätigungsschreiben für den Rechtsmitteleingang dazu beigetragen, dass es zu einer Fehladressierung gekommen ist (vgl. hierzu OVG Münster, Beschl. v. 15.04.2003 - 14 B 639/03, NVwZ-RR 2003, 688).

Keiner Entscheidung bedurfte, ob eine Weiterleitung per Telefax dann geboten sei, wenn eine besondere Eilbedürftigkeit aus dem fehlgeleiteten Schriftsatz selbst ohne weiteres ersichtlich ist. Die vom 09.01.2009 datierende Beschwerdebegründung enthielt weder einen Hinweis auf den Tag des Fristablaufs noch einen sonstigen Eilvermerk. Sie war dem VG mit normaler Post und nicht (vorab) per Telefax übermittelt worden.“ (OVG Magdeburg aaO)

VwGO  
§ 152a

**Inhaltliche Anforderungen an Anhörrungsrüge**  
**neue und eigenständige Verletzung des rechtliche Gehörs**  
(BVerwG in NJW 2009, 457; Beschluss vom 28.11.2008 – 7 BN 5/08)

ProzR

1. Die Anhörrungsrüge kann **nicht darauf gestützt werden**, dass dem BVerwG bei der **Überprüfung** eines Verfahrensfehlers der Vorinstanz, namentlich eines **angeblichen Verstoßes der Vorinstanz gegen das rechtliche Gehör**, ein **Rechtsfehler** unterlaufen ist.
2. Eine Anhörrungsrüge gegen einen Beschluss, mit dem eine Nichtzulassungsbeschwerde zurückgewiesen worden ist, ist **unzulässig**, wenn sie sich nicht gegen eine **neue und eigenständige Verletzung des rechtlichen Gehörs durch das BVerwG** richtet, sondern sich darauf beschränkt, eine bereits der Vorinstanz unterlaufene Verletzung des rechtlichen Gehörs erneut geltend zu machen.
3. Eine **Anhörrungsrüge** gestützt auf **Verletzung des Gebots effektiven Rechtsschutzes** (Art. 19 IV GG) ist **unzulässig**, weil sie nur auf eine Verletzung des rechtlichen Gehörs, nicht auf die Verletzung anderer Verfassungsgarantien gestützt werden kann.

**Fall:** A wendet sich mit ihrer Anhörrungsrüge gegen einen Beschluss des BVerwG vom 04.11.2008 (7 BN 2/08, BeckRS 2008, 40590), mit dem dieser ihre Beschwerde gegen die Nichtzulassung der Revision in einem Urteil des VGH München zurückgewiesen hat. Hierbei greift A im Wesentlichen nur die inhaltliche Richtigkeit der Entscheidung des VGH an. Sie wiederholt lediglich rechtliches und tatsächliches Vorbringen aus ihrer Nichtzulassungsbeschwerde. Ist die Anhörrungsrüge zulässig?

Die Anhörrungsrüge ist **zulässig**, wenn die **gesetzlichen Voraussetzungen des § 152a VwGO** vorliegen.

Die Entscheidung über die Nichtzulassungsbeschwerde ist eine **gerichtliche Endentscheidung**, gegen die kein Rechtsmittel und auch kein anderer Rechtsbehelf mehr gegeben ist. Von der Einhaltung der **Rügef়rist von 2 Wochen** nach Erlangung positiver Kenntnis von der angeblichen Gehörsverletzung ist ebenso auszugehen wie von der formgerechten Einlegung.

Die Anhörrungsrüge muss allerdings darauf gestützt werden, dass das Gericht, welches die Endentscheidung getroffen hat, den Anspruch der A auf rechtliches Gehör verletzt hat. A muss also Umständen vortragen, nach denen das BVerwG **einen bestimmten entscheidungserheblichen Vortrag nicht zur Kenntnis genommen oder nicht in Erwägung gezogen** hat und dass die **Entscheidung** im Falle einer entsprechenden Berücksichtigung **anders hätte ausfallen können** (vgl. Ewer NJW 2007, 3171 [3173]).

*„A hat entgegen § 152a II 6 VwGO nicht dargelegt, dass der Senat ihren Anspruch auf rechtliches Gehör in dem angegriffenen Beschluss vom 04.11.2008 in entscheidungserheblicher Weise verletzt hat. Sie hat nicht aufgezeigt, dass der Senat bei der Beurteilung der Voraussetzungen für eine Zulassung der Revision entscheidungserheblichen Vortrag der A in ihrer Nichtzulassungsbeschwerde nicht zur Kenntnis genommen oder nicht in Erwägung gezogen hat.“*

*A greift im Wesentlichen nur die **inhaltliche Richtigkeit der Entscheidung des VGH** an. Sie wiederholt lediglich rechtliches und tatsächliches Vorbringen aus ihrer Nichtzulassungsbeschwerde. Der Senat hat sich in seinem Beschluss hiermit auseinandergesetzt, soweit es für die Beurteilung der erhobenen Verfahrensrügen erheblich war. Dass der Senat dabei zu **einem anderen Ergebnis gelangt ist, als A für richtig hält, berührt ihren Anspruch auf rechtliches Gehör nicht.***

*Die Anhörrungsrüge kann **nicht darauf gestützt werden**, dass dem **BVerwG** bei der **Überprüfung** eines Verfahrensfehlers der Vorinstanz, namentlich eines angeblichen **Verstoßes der Vorinstanz gegen das rechtliche Gehör, ein Rechtsfehler unterlaufen** ist. Eine Anhörrungsrüge gegen einen Beschluss, mit dem eine Nichtzulassungsbeschwerde zurückgewiesen worden ist, ist **unzulässig, wenn sie sich nicht gegen eine neue und eigenständige Verletzung des rechtlichen Gehörs durch das BVerwG richtet**, sondern sich darauf beschränkt, eine bereits der Vorinstanz unterlaufene Verletzung des rechtlichen Gehörs (erneut) geltend zu machen (BGH, NJW 2008, 923).*

*Soweit A. eine **Verletzung des Gebots effektiven Rechtsschutzes** (Art. 19 IV GG) rügt, ist die Anhörrungsrüge ebenfalls unzulässig, weil sie nur auf eine Verletzung des rechtlichen Gehörs, nicht auf die Verletzung anderer Verfassungsgarantien gestützt werden kann.“ (BVerwG aaO)*

## Kurzauslese II

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

**ZPO** **ZPO**  
**§ 524 II 2** **Anschlussberufung**  
**nach nicht wirksam gesetzter Berufungserwiderungsfrist**  
**(BGH in NJW 2009, 515; Beschluss vom 23.09.2008 – VIII ZR 85/08)**

Die **Zustellung der bloßen Mitteilung der Geschäftsstelle über die vom Berufungsgericht gesetzte Frist zur Berufungserwiderung löst nicht die Frist des § 524 II 2 ZPO** für die Einlegung der Anschlussberufung aus; es bedarf auch insoweit der Zustellung einer beglaubigten Abschrift der richterlichen Verfügung nach § 329 II 2 ZPO.

„Eine **fristsetzende Verfügung** des Vorsitzenden **bedarf jedoch der Zustellung durch Übergabe einer beglaubigten Abschrift der Verfügung** (§ 329 II 2 ZPO; BGHZ 76, 236 = NJW 1980, 1167; Zöller/Greger, ZPO, 26. Aufl., § 275 Rn 3, § 296 Rn 9d). Dies **gilt für alle in §§ 273 ff., 296 ZPO genannten Fristen** (vgl. BGHZ 75, 236 = NJW 1980, 1167); für die Fristsetzung nach § 521 II 1 ZPO zur schriftlichen Berufungserwiderung gilt nichts anderes.

An der Zustellung einer beglaubigten Abschrift der richterlichen Verfügung fehlt es hier: Der Kl. ist mit der Berufungsgründung nur eine Mitteilung der Geschäftsstelle über die gesetzte Frist zugestellt worden. Eine bloße Mitteilung der Geschäftsstelle kann auch dann, wenn sie zugestellt wurde, eine der in § 296 I ZPO genannten Fristen nicht in Lauf setzen (vgl. BGHZ 75, 236 = NJW 1980, 1167; Zöller/Greger, § 296 Rn 9d). Auch insoweit gilt für den zweiten Rechtszug - hier: die Frist für die Einlegung der Anschlussberufung nach § 524 II 2 ZPO - nichts anderes als für den ersten Rechtszug.

Darüber hinaus ist die Kl. in der Mitteilung der Geschäftsstelle - entgegen §§ 521 II 2, 277 II ZPO - nicht über die Folgen der Fristversäumung belehrt worden; ebenso fehlt eine Belehrung darüber, dass die Berufungserwiderung durch den zu bestellenden Rechtsanwalt bei Gericht einzureichen ist.“ (BGH aaO).

**ZPO** **ZPO**  
**§ 545 I** **Revision**  
**Geltendmachung der Verletzung von Landesrecht**  
**(BGH in MDR 2009, 343; Urteil vom 21.11.2008 – V ZR 35/08)**

Auch nach Inkrafttreten der ZPO-Reform 2002 kann eine **Revision** nur dann auf die **Verletzung von Landesrecht** gestützt werden, **wenn dessen Geltungsbereich sich über den Bezirk eines OLG hinaus erstreckt**.

„Eine andere Beurteilung käme zwar in Betracht, wenn der **Begriff des OLG in § 545 I ZPO** mit dem des Berufungsgerichts gleichzusetzen wäre (so Zöller/Gummer, ZPO, 26. Aufl., § 545 Rn 3 u. 6). Im Hinblick darauf, dass die **Revision** seit dem Inkrafttreten des Gesetzes zur Reform des Zivilprozesses vom 27.07.2001 (BGBl I, 1887; nachfolgend: Zivilprozessreform) **auch gegen Urteile der LG** stattfindet, wären diese dann ebenfalls als Berufungsgericht i.S. des § 545 I ZPO anzusehen; dies hätte zur Folge, dass eine Norm des Landesrechts immer dann revisibel wäre, wenn sich ihr Geltungsbereich über den Bezirk eines Landgerichts hinaus erstreckte (so für die Revisibilität Allgemeiner Geschäftsbedingungen: BGHZ 163, 321 = NJW 2005, 2919 = NZBau 2005, 578 = NZM 2005, 831; BGH NJW-RR 2008, 251 = NZM 2008, 139 = WM 2008, 313).

Eine solche Auslegung von § 545 I ZPO ist indessen abzulehnen: Richtig ist zwar, dass die **Begriffe „Berufungsgericht“ und „Oberlandesgericht“** in der Vorschrift des § 549 ZPO a.F. (heute § 545 ZPO) **synonym verwendet** werden konnten, weil die Revision vor der Zivilprozessreform nur gegen Urteile der OLG eröffnet war. Daraus, dass die Revision nunmehr auch gegen Urteile der LG stattfindet, folgt aber nicht umgekehrt, dass das Wort „Oberlandesgericht“ in § 545 I ZPO wie „Berufungsgericht“ zu lesen wäre. Die **eingeschränkte Überprüfbarkeit von Landesrecht** beruht auf der Erwägung, dass ein Bedürfnis nach einheitlicher Rspr. bei Vorschriften, deren Geltungsbereich den Bezirk eines OLG nicht überschreitet, normalerweise in geringerem Maße besteht, als bei den in der gesamten Bundesrepublik oder in größeren Teilen von ihr geltenden Normen (vgl. BGHZ 36, 348 = NJW 1962, 961). Eine Ausweitung der Revisibilität von Landesrecht war mit der Zivilprozessreform nicht beabsichtigt. Hierzu hat sich der Gesetzgeber erst im Rahmen des am 01.09.2009 in Kraft tretenden FGG-Reformgesetzes entschlossen (vgl. die Änderung von § 545 ZPO durch Art. 29 Nr. 14a, BT-Dr 16/9733, S. 229).“ (BGH aaO).

**ZPO** **ZPO**  
**§ 890 I** **Fortsetzungszusammenhang**  
**keine Anwendbarkeit im Zwangsvollstreckungsverfahren**  
**(KG in NJW 2009, 921; Urteil vom 18.12.2008 – I ZB 32/06)**

Auch im **Zwangsvollstreckungsverfahren** ist das **Institut des Fortsetzungszusammenhangs nicht mehr anzuwenden**. Mehrere Einzelakte, mit denen ein Schuldner gegen ein tituliertes Unterlassungsgebot verstößt, können damit nicht mehr als fortgesetzte Handlung zu einer einheitlichen Tat zusammengefasst werden.

I. Zu einer **natürlichen Handlungseinheit** können im Zivilrecht und in der Zwangsvollstreckung mehrere - auch fahrlässige - Verhaltensweisen zusammengefasst werden, die auf Grund ihres räumlich-zeitlichen Zusammenhangs so eng miteinander verbunden sind, dass sie bei natürlicher Betrachtungsweise als ein einheitliches, zusammengehörendes Tun erscheinen.

vgl. BGHZ 33, 163 = GRUR 1961, 307 - Krankenwagen II; BGHZ 146, 318 = GRUR 2001, 758 - Trainingsvertrag; Hefermehl/Köhler/Bornkamm, UWG, 26. Aufl., § 12 Rn 1149, und Köhler, § 12 Rn 6.4

II. Nachdem der **BGH** das aus dem Strafrecht stammende **Rechtsinstitut des Fortsetzungszusammenhangs für den Bereich des Strafrechts aufgegeben** und den **Rechtsbegriff der Fortsetzungstat auch im Recht der Vertragsstrafe für unanwendbar** erklärt hat, besteht keine Veranlassung, an diesem Institut für die Zwangsvollstreckung festzuhalten.

vgl. BGHSt 40, 138 = NJW 1994, 1663; BGHSt 40, 195 = NJW 1994, 2368; BGHSt 41, 385 = NJW 1996, 1973; BGHSt 43, 149 = NJW 1997, 3322; BGHSt 43, 312 = NJW 1998, 1652; BGHZ 146, 318 = GRUR 2001, 758 – Trainingsvertrag.

„Steht bei der Vertragsstrafe die Vertragsauslegung im Vordergrund, mit deren Hilfe die Kriterien für eine Zusammenfassung mehrerer Teilakte zu einer Zuwiderhandlung ermittelt werden müssen, können in der Zwangsvollstreckung bei der Bemessung des Ordnungsmittels auch ohne die Grundsätze der fortgesetzten Handlung alle Umstände berücksichtigt werden, die es angemessen erscheinen lassen, bei wiederholten Verstößen nicht das Vielfache der für eine einzelne Zuwiderhandlung als angemessen erachteten Sanktion zu verhängen. Insbesondere kann das Prozessgericht bei der Bemessung in Rechnung stellen, dass der gegenüber der Unternehmensleitung erhobene Verschuldensvorwurf sich dann, wenn der einzelne Teilakt von einem Mitarbeiter begangen worden ist, allein auf das Organisations- oder Überwachungsverschulden des Unternehmens stützt.“ (BGH aaO).

vgl. hierzu auch Hefermehl/Köhler/Bornkamm, § 12 Rn 6.4; Fezer/Büscher, UWG, § 12 Rn 313; Harte/Henning/Brüning, UWG, Vorb. § 12 Rn 322f.; MüKo-UWG/ Ehrliche, Vorb. § 12 Rn 156; Teplitzky, Wettbewerbsrechtliche Ansprüche und Verfahren, 9. Aufl., Kap. 57 Rn 35; Melullis, Hdb. d. Wettbewerbsprozesses, 3. Aufl., Rn 906, 946; Stein/Jonas/Brehm, ZPO, 22. Aufl., § 890 Rn 41; MüKo-ZPO/Gruber, 3. Aufl., § 890 Rn 13; Mankowski WRP 1996, 1144; OLG Nürnberg NJW-RR 1999, 723; OLG Naumburg WRP 2007, 566 = BeckRS 2007, 05639; a.A. Schuschke/Walker/Sturhahn, Vollstreckung und Vorläufiger, Rechtsschutz, 4. Aufl., § 890 Rn 28; Zöller/Stöber, § 890 Rn 20; Musielak/Lackmann, § 890 Rn 13; vermittelnd Ahrens/Ahrens, Wettbewerbsprozess, 5. Aufl., Kap. 66 Rn 4

WEG  
§ 62 I

### WEG-Novelle 2007

WEG

#### keine Anwendung des geänderten ZVG in Altverfahren

(BGH in NJW 2009, 598; Urteil vom 20.11.2008 - V ZB 81/08)

Das ZVG findet auf Zwangsverwaltungsverfahren, die am 30.06.2007 anhängig waren, weiterhin in seiner an diesem Tage geltenden Fassung Anwendung.

„Durch Art. 2 des Gesetzes zur Änderung des Wohnungseigentumsgesetzes und anderer Gesetze vom 26.03.2007 ist auch das Gesetz über die Zwangsversteigerung und Zwangsverwaltung geändert worden. Die Änderungen sind am 01.07.2007 in Kraft getreten. Für die an diesem Tage anhängigen „Zwangsversteigerungssachen“ sind nach § 61 I WEG die durch das Gesetz vom 26.03.2007 geänderten Vorschriften des WEG und des ZVG in ihrer bis zum 30.06.2007 geltenden Fassung weiterhin anzuwenden. Dass in § 62 I WEG das Zwangsverwaltungsverfahren nicht genannt ist, bedeutet nicht, dass das ZVG in seiner früheren Fassung nur auf Zwangsversteigerungsverfahren und nicht auf Zwangsverwaltungsverfahren anzuwenden ist, die am 01.07.2007 anhängig waren.“

Die gegenteilige Auffassung widerspricht dem allgemeinen Grundsatz, dass die Änderung verfahrensrechtlicher Vorschriften auf im Zeitpunkt der Änderung anhängige Verfahren grundsätzlich keine Anwendung findet (vgl. §§ 22 ff. EGZPO), weil ein Wechsel der Vorschriften, nach denen ein Verfahren zu führen ist, innerhalb eines anhängigen Verfahrens zu Widersprüchen und Wertungsdifferenzen führen und auf die Entscheidung, ob ein gerichtliches Verfahren angerufen wird, Einfluss haben kann. So verhält es sich nicht nur mit den in § 62 I WEG ausdrücklich genannten, am 01.07.2007 anhängig gewesenen Wohnungseigentumsverfahren i.S. von §§ 43 ff. WEG, den Zwangsversteigerungsverfahren nach §§ 15 bis 145a ZVG und den bei einem Notar beantragten freiwilligen Versteigerungen, sondern auch mit den in §§ 146 ff. ZVG geregelten Zwangsverwaltungsverfahren. Auch auf diese Verfahren ist das ZVG weiterhin in seiner bis zum 30.06.2007 geltenden Fassung anzuwenden (Wedekind ZfIR 2007, 704; Dassler/Schiffhauer/Hintzen/Engels/Rellermeier, § 156 Hinweis). Der Terminus „Zwangsversteigerungssachen“ in § 62 I WEG bedeutet allgemein Verfahren nach dem ZVG. Dass für Zwangsverwaltungsverfahren etwas anderes gelten sollte, entbehrt eines vernünftigen Sinnes.“ (BGH aaO).

StPO  
§ 3

### Tatbeteiligung

StPO

#### ausreichend ist Mitwirkung an einem einheitlichen geschichtlichen Vorgang

(BGH in NSTZ 2009, 221; Beschluss vom 30.09.2008 – 5 StR 215/08)

Der Begriff der Tatbeteiligung in § 3 StPO ist nicht auf die Teilnahme i. S. des materiellen Strafrechts beschränkt; es genügt die strafbare, in dieselbe Richtung zielende Mitwirkung an einem einheitlichen geschichtlichen Vorgang.

„Dabei ist entscheidend, wie weit gem. § 264 I StPO die Tat des Angekl. reicht und ob sich die gesondert Verfolgten N, H und K daran beteiligt haben.“

Nach der neueren Rspr. des BGH stellt sich das Zusammenwirken von Veräußerer und Erwerber von Betäubungsmitteln grundsätzlich als jeweils selbstständige Täterschaft dar, weil sich beide als Geschäftspartner gegenüberstehen und gegenteilige Interessen verfolgen, so dass ihr Zusammenwirken allein durch die Art der Deliktsverwirklichung notwendig vorgegeben ist. Aus dem gleichen Grund kann in dem täterschaftlichen Handelstreiben des Verkäufers auch nicht zugleich eine Beihilfehandlung zu dem durch den Erwerb und die Weiterveräußerung der Betäubungsmittel begründeten Handelstreiben des Abnehmers gesehen werden (vgl. BGH NJW 2002, 3486).

Ausgehend hiervon war die Tat des Angekl. i.S.d. § 264 I StPO mit der Übergabe des Ephedrin an und der Barzahlung durch B voll- und beendet. Sie stellt sich gerade nicht als ein Teilakt des auf Abgabe an einen Endverbraucher gerichteten Handelstreibens mit Betäubungsmitteln dar (wird ausgeführt).“ (BGH aaO).

StPO  
§ 170 II

### Rechtsschutzbedürfnis

StPO

#### Überprüfung erledigter Ermittlungsmaßnahmen

(BVerfG in NSTZ 2009, 166; Beschluss vom 04.02.2008 – 2 BvR 2111 und 2112/07)

Das Rechtsschutzbedürfnis für eine gerichtliche Überprüfung der Rechtmäßigkeit erledigter strafprozessualer Ermittlungsmaßnahmen kann dann entfallen, wenn die verspätete Geltendmachung eines Anspruchs gegen Treu und Glauben verstößt, z.B. weil der Berechtigte sich verspätet auf das Recht beruft (Zeitmoment) und unter Verhältnissen untätig geblieben ist, unter denen vernünftigerweise etwas zur Wahrung des Rechts unternommen zu werden pfligt (Umstandsmoment).

„Es ist grds. mit dem **Gebot, effektiven Rechtsschutz zu gewährleisten**, vereinbar, die Rechtsschutzgewährung von einem vorhandenen und fortbestehenden Rechtsschutzbedürfnis abhängig zu machen (vgl. BVerfGE 96, 27; 104, 220). Es ist ein allgemein anerkanntes Rechtsprinzip, dass jede an einen Antrag gebundene gerichtliche Entscheidung ein Rechtsschutzbedürfnis voraussetzt (vgl. BVerfGE 61, 126). Diese **allen Prozessordnungen gemeinsame Sachentscheidungs-voraussetzung** wird abgeleitet aus dem auch im Prozessrecht geltenden Gebot von Treu und Glauben (§ 242 BGB), dem Verbot des Missbrauchs prozessualer Rechte sowie dem auch für die Gerichte geltenden Grundsatz der Effizienz staatlichen Handelns.

Das Rechtsschutzbedürfnis kann entfallen, wenn die verspätete Geltendmachung eines Anspruchs gegen Treu und Glauben verstößt, etwa weil der Berechtigte sich verspätet auf das Recht beruft (Zeitmoment) und unter Verhältnissen untätig geblieben ist, unter denen vernünftigerweise etwas zur Wahrung des Rechts unternommen zu werden pflegt (Umstandsmoment) (vgl. BVerfGE 32, 305; BVerfG NJW 2003, 1514 und NJW 2005, 1855). Das **öffentliche Interesse an der Wahrung des Rechtsfriedens** kann in derartigen Fällen verlangen, die Anrufung des Gerichts nach langer Zeit untätigen Zuwartens als unzulässig anzusehen. Auch ein an sich unbefristeter Antrag kann deshalb nicht nach Belieben hinausgezögert oder verspätet gestellt werden, ohne unzulässig zu werden (vgl. BVerfGE 32, 305). Gleichwohl darf hierdurch der Weg zu den Gerichten nicht in unzumutbarer Weise erschwert werden (vgl. BVerfGE 10, 264; 11, 232; 32, 305).“ (BVerfG aaO).

StPO  
§ 411 I 3

### Entscheidung ohne Hauptverhandlung erforderliche Zustimmung des Verteidigers

StPO

(LG Mosbach in NStZ 2009, 176; Beschluss vom 05.12.2008 – 1 Qs 75/08)

Die **Zustimmung des Verteidigers nach § 411 I 3 StPO** für eine **Entscheidung ohne Durchführung ohne Hauptverhandlung** ist nur dann **erforderlich**, wenn der **Angekl. tatsächlich durch einen Rechtsanwalt vertreten ist**.

- I. Eine **generelle Mitwirkungspflicht eines Verteidigers** lässt sich **weder aus dem Sinn der Regelung noch aus dem Gesetzeswortlaut** herauslesen (a.A. BeckOK Graf/Volk/Temming StPO, § 411 Rn 2.1).

„§ 411 I 3 StPO ist eine **vereinfachte Möglichkeit, zu Gunsten des Angekl. im Beschlussverfahren** die Höhe der Tagessätze einer Geldstrafe zu überprüfen. Durch die schriftliche Darlegung der finanziellen Verhältnisse durch Belege (Lohnabrechnung, Bescheid über Arbeitslosengeld oder Sozialhilfe, Kontoauszüge) sollte eine mit überflüssigem Aufwand verbundene Hauptverhandlung vermieden werden (BT-Dr 15/3482, S. 22). Der vom Gesetzgeber bezweckten Vereinfachung würde es zuwiderlaufen, das Beschlussverfahren nur in den Fällen anzuwenden, in denen ein Verteidiger beauftragt ist. Die Annahme einer generellen Mitwirkungspflicht eines Verteidigers hätte in der täglichen Praxis zur Folge, dass in einem wesentlichen Teil der Verfahren, in denen der Einspruch auf die Tagessatzhöhe beschränkt wurde, eine Hauptverhandlung durchgeführt werden müsste.

Darüber hinaus hat der Gesetzgeber die erforderliche Zustimmung des Verteidigers mit seiner unabhängigen Stellung sowie seiner Kontroll- und Aufklärungsfunktion begründet (BT-Dr aaO). Ist jedoch überhaupt kein Verteidiger beauftragt, kann seine Stellung nicht beeinträchtigt werden. Im Übrigen ist der Angekl. durch das Verschlechterungsverbot und die Möglichkeit der sofortigen Beschwerde ausreichend geschützt.“ (LG Mosbach aaO).

- II. Auch aus dem **Wortlaut** kann eine zwingende Zustimmung eines Verteidigers nicht geschlossen werden.

„Denn § 411 I 3 StPO besagt nur, dass der Verteidiger zum Beschlussverfahren zustimmen muss. Hat der Angekl. keinen Verteidiger, kann auch ein solcher nicht zustimmen. Insbesondere kann **keine Parallele zu dem wortlautgleichen § 251 I Nr. 1 StPO** gezogen werden, wo bei einer einverständlichen Verlesung vorausgesetzt wird, dass der Angekl. einen Verteidiger hat. Im Strafbefehlsverfahren ist nach §§ 420 I, III, 411 II 2 StPO die Zustimmung des Verteidigers zur Verlesung nach § 251 StPO nur erforderlich, soweit er anwesend ist. Nichts anderes kann aber auch im Beschlussverfahren nach § 411 I 3 StPO gelten.“ (LG Mosbach aaO).

VwGO

### Berufungszulassungsantrag

VwGO

§§ 124a, 67 IV 2, 81 I

**kann nicht zur Niederschrift des Urkundsbeamten gestellt werden**

(OVG Hamburg in NJW 2009, 1159; Beschluss vom 10.11.2008 – 5 Bf 402/08)

Der **Antrag auf Zulassung der Berufung muss schriftlich gestellt werden**. Die Regelung des **§ 81 I 2 VwGO** ist auf den Zulassungsantrag **nicht anwendbar**. Der Antrag kann daher auch nicht von einem Rechtsanwalt zur Niederschrift des Urkundsbeamten der Geschäftsstelle des Verwaltungsgerichts gestellt werden.

„§ 124a IV 2 VwGO erwähnt nicht die Möglichkeit, den Antrag auch zur Niederschrift des Urkundsbeamten der Geschäftsstelle des VG stellen zu können. Das ist nach Einführung des Vertretungszwangs schon für die Einlegung des Zulassungsantrags (jetzt § 67 IV 2 VwGO) folgerichtig. Sowohl in der VwGO als auch in der ZPO gilt der **Grundsatz, dass Klagen und Rechtsmittel nur dann zur Niederschrift des Urkundsbeamten der Geschäftsstelle** erhoben bzw. eingelegt werden können, **wenn keine anwaltliche Vertretung vorgeschrieben ist** (BVerwG NVwZ 1998, 170; s. auch OVG Münster NJW 1998, 2844). Es besteht kein Anlass, dem sachkundigen Bevollmächtigten, von dem sich ein Bet. vertreten lassen muss, die Stellung des Berufungszulassungsantrags zur Niederschrift zu ermöglichen. Auch in der Kommentarlit. wird diese Auffassung nahezu einhellig vertreten (vgl. Kopp/Schenke, VwGO, 15. Aufl., § 124a Rn 46; Redeker/v. Oertzen, VwGO, 14. Aufl., § 124a Rn 19; Sodan/Ziekow, 2. Aufl., § 124a Rn 151; Eyermann/Happ, VwGO, 12. Aufl., § 124a Rn 37; Fehling/Kastner/Wahrendorf, VerwaltungsR - VwVfG/VwGO, § 124a VwGO, Rn 28; Bader/Funke-Kaiser/Kuntze/v. Albedyll, VwGO, 4. Aufl., § 124a Rn 50 in Verbindung mit Rn 15; Quaas/Kukk, Prozesse in Verwaltungssachen, § 6 Rn 27; Schoch/Schmidt-Alßmann/Pietzner, § 124a Rn 73 mit Rn 15; a.A. wohl lediglich Schoch/Schmidt-Alßmann/Pietzner, § 81 Rn 16).“ (OVG Hamburg aaO).

VwGO  
§ 126 I

## Berufungsrücknahme

**kann bis zur Stellung der Anträge in der mdl. Verhandlung erklärt werden**  
(BVerwG in DVBl 2009, 447; Urteil vom 20.11.2008 – 4 C 8/07)

VwGO

Eine **Berufung** kann auch dann **bis zur Stellung der Anträge in der mündlichen Verhandlung einwilligungsfrei zurückgenommen werden**, wenn die Beteiligten ihr Einverständnis mit einer Entscheidung des Gerichts ohne mündliche Verhandlung erklärt haben, das Gericht aber dennoch eine mündliche Verhandlung durchführt.

- I. **Antrag i.S.d. § 126 I 2 VwGO** ist der **mündlich gestellte, durch Aufnahme in das Protokoll dokumentierte** (§ 105 VwGO i.V.m. § 160 III Nr. 2 ZPO) **Antrag i. S. des § 103 III VwGO**; die schriftsätzliche Ankündigung der Anträge genügt nicht.

*„Denn die **Antragstellung markiert den Zeitpunkt im Verlauf der mündlichen Verhandlung, von dem an der Berufungsbekl. gegen eine einseitige Zurücknahme der Berufung geschützt sein soll. Die schriftsätzliche Ankündigung der Anträge vor der mündlichen Verhandlung kann diese Funktion nicht erfüllen.**“ (BVerwG aaO).*

- II. Die **schriftsätzliche Ankündigung der Anträge steht** der Stellung der Anträge in der mündlichen Verhandlung auch dann **nicht gleich**, wenn die Beteiligten ihr Einverständnis mit einer Entscheidung des Gerichts ohne mündliche Verhandlung erklärt haben, das Gericht aber dennoch eine mündliche Verhandlung durchführt. Auch in diesem Fall kann die Berufung bis zur Stellung der Anträge in der mündlichen Verhandlung einwilligungsfrei zurückgenommen werden.

Das gilt unabhängig davon, ob der Berufungsbekl., wenn das Gericht ohne mündliche Verhandlung entschiede, in entsprechender Anwendung des § 126 I 2 VwGO ab Eingang der letzten Verzichtserklärung gegen eine Zurücknahme der Berufung geschützt wäre (so BVerwGE 26, 143 für die Zurücknahme der Revision).

Das **Einverständnis der Beteiligten mit einer Entscheidung ohne mündliche Verhandlung hindert das Gericht nicht**, eine **mündliche Verhandlung durchzuführen** und damit in den Anwendungsbe-  
reich des § 126 I 2 VwGO zurückzukehren.

*„Vorbehaltlich der Anforderungen, die sich aus dem Grundsatz des rechtlichen Gehörs ergeben, steht es im Ermessen des Gerichts, ob es trotz wirksamen Verzichts gleichwohl gem. § 101 I VwGO auf Grund mündlicher Verhandlung entscheidet. Eine **Verzichtserklärung ist zwar grds. unanfechtbar und unwiderruflich**. Sie bindet aber nur die Beteiligten, nicht jedoch das Gericht. Damit bleibt das Gericht hinsichtlich der Gestaltung des Verfahrens ungebunden (Schoch/Schmidt-Alßmann/Pietzner, VwGO, Stand 2007, § 101 Rn 13), insbesondere können auch verfahrensökonomische Erwägungen dem Gericht Anlass sein, trotz Verzichts eine mündliche Verhandlung durchzuführen.*

*Die **Durchführung einer mündlichen Verhandlung trotz Verzichts** gem. § 101 II VwGO ist auch dann **nicht ermessensfehlerhaft**, wenn der Rechtsmittelkläger die Zurücknahme des Rechtsmittels vor der mündlichen Verhandlung erklärt und der Rechtsmittelbekl. hierzu seine Einwilligung verweigert hat. Denn die mündliche Verhandlung dient nicht allein dazu, dem Rechtsmittelkl. eine einwilligungsfreie Zurücknahme des Rechtsmittels zu ermöglichen und damit die Rechtsfolge, die aus der vom Kl. behaupteten analogen Anwendung des § 126 I 2 VwGO auf das schriftliche Verfahren folgen könnte, zu umgehen. Denn jedenfalls in einer Fallkonstellation wie im vorliegenden Fall, wenn der Rechtsmittelbekl. seine Einwilligung in eine schriftsätzlich erklärte Zurücknahme verweigert hat, kann der Rechtsmittelkl. zu seinem Sachantrag zurückkehren. Die mündliche Verhandlung kann mithin trotz bereits erklärter Zurücknahme zu einer Entscheidung über die Sachanträge führen oder mit einer sonstigen Erledigung des Rechtsstreits enden.“ (BVerwG aaO).*

- III. Weil grds. die Anberaumung einer mündlichen Verhandlung möglich ist, erhält der Rechtsmittelbekl. durch das Einverständnis der Beteiligten mit einer Entscheidung ohne mündliche Verhandlung jedenfalls **keinen endgültigen, gleichsam absoluten Schutz gegen eine Zurücknahme des Rechtsmittels**.

*„Die Auffassung des Kl., der mit der **Bindungswirkung der Einverständniserklärungen** argumentiert und auf die schriftsätzlich gestellten Anträge verweist, liefe darauf hinaus, dass der Rechtsmittelkl. das Rechtsmittel bei einer Entscheidung auf Grund mündl. Verhandlung gemäß § 101 I VwGO entgegen dem **klaren Wortlaut des § 126 I 2 VwGO** bereits vor Stellung der Anträge nur mit Einwilligung des Rechtsmittelbeklagten zurücknehmen könnte. Dafür, dass der Rechtsmittelbekl. wegen der vor der mündlichen Verhandlung abgegebenen Verzichtserklärung stärker geschützt sein sollte als im Regelfall einer Entscheidung gemäß § 101 I VwGO, ist kein Grund ersichtlich.“ (BVerwG aaO).*

- IV. Diese Auslegung des § 126 I 2 VwGO ist auch mit den **Grundrechten des Berufungsbekl.**, insbes. mit der **Eigentumsgarantie** und dem mit ihr verbundenen **Anspruch auf effektiven Rechtsschutz** (vgl. BVerfGE 37, 132; BVerfGE 53, 30; BVerfGE 89, 340) vereinbar.

*„Wenn die **Berufung wirksam zurückgenommen wird, verliert** gem. § 127 V VwGO auch die **Anschließung ihre Wirkung**; das verwaltungsgerichtliche **Urteil wird insgesamt rechtskräftig**. Soweit der Berufungsbekl. im verwaltungsgerichtlichen Verfahren obsiegt hatte, ist er durch die Rechtskraft des erstinstanzlichen Urteils nicht beschwert. Soweit er unterlegen war, hätte er innerhalb der Berufungsfrist selbst Berufung einlegen können. Schließt er sich lediglich gem. § 127 VwGO der Berufung an, muss er die Rechtsfolgen einer Zurücknahme der Berufung (§ 127 V VwGO) in Kauf nehmen; das gilt unabhängig davon, ob die Anschließung in der Sache hätte Erfolg haben müssen oder nicht. Eine unzumutbare Erschwerung des Zugangs zum Berufungsgericht oder eine Verletzung der Eigentumsgarantie liegt darin entgegen der Auffassung des Kl. nicht.“ (BVerwG aaO).*

FGO  
§ 62 IV

**Postulationsfähigkeit vor dem BFH  
pensionierter Richter**

FGO

(BFH in NVwZ-RR 2009, 183; Beschluss vom 24.11.2008 – VII B 149/08)

**Pensionierte Richter**, die keine Steuerberater, Steuerbevollmächtigte, Rechtsanwälte, Wirtschaftsprüfer oder vereidigte Buchprüfer sind, **sind vor dem BFH nicht vertretungsberechtigt**.

- I. Der **Entscheidung des BVerfG** (NJW 2004, 2662) kann nicht entnommen werden, dass das BVerfG in Bezug auf die geltenden Verfahrensordnungen, wie z.B. die Zivilprozessordnung oder die FGO, eine pauschale Gleichstellung von pensionierten Richtern mit Rechtsanwälten vorgenommen hat.

*„Vielmehr betraf die Entscheidung die unentgeltliche Tätigkeit eines als Wahlverteidiger nach § 138 II StPO zugelassenen Richters im Ruhestand und die Auslegung des Begriffes der Geschäftsmäßigkeit in Art. 1 § 1 und Art. 1 § 8 I Nr. 1 des am 30.06.2007 außer Kraft getretenen Rechtsberatungsgesetzes (RBERG). Beanstandet hat das BVerfG die angegriffenen gerichtlichen Entscheidungen, mit denen der gegen den Richter erlassene Bußgeldbescheid als rechtmäßig bestätigt worden ist, auf Grund einer unzureichenden Abwägung zwischen den Schutzzwecken des RBERG einerseits und dem Grundrecht der allgemeinen Handlungsfreiheit (Art. 2 I GG) sowie dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit andererseits.*

*Im Streitfall geht es jedoch nicht um die Ahndung einer unentgeltlichen Beratungstätigkeit nach dem inzwischen außer Kraft getretenen RBERG, sondern um die Zulassung als Bevollmächtigter nach § 62a FGO a.F. (nunmehr: § 62 IV i.V.m. § 62 II 1 FGO). Danach sind ehemalige Richter vor dem BFH nicht vertretungsbefugt. Das wird besonders deutlich in der Gegenüberstellung der ab dem 01.07.2008 anzuwendenden Regelung des § 62 II 1 FGO mit dem nachfolgenden § 62 II 2 Nr. 2 FGO, der die (erweiterte) Vertretungsbefugnis vor dem FG regelt.“ (BFH aaO).*

- II. Ein **pensionierter Richter** wird durch § 62a FGO a.F. bzw. § 62 IV FGO auch **nicht unzulässigerweise in seiner allgemeinen Handlungsfreiheit aus Art. 2 I GG eingeschränkt**.

*„Diese wird nämlich nur in den **Schranken der verfassungsmäßigen Ordnung** - zu der auch § 62a FGO a.F. und § 62 IV FGO gehören - gewährleistet. Unter Berücksichtigung der **schutzwürdigen Interessen der Rechtssuchenden und im Interesse der Rechtspflege** erweist sich die vom Gesetzgeber getroffene Regelung als geeignet und, wie der Streitfall gerade zeigt, auch als erforderlich, um den mit ihr verfolgten Zweck zu erreichen.*

*Der vor dem BFH bestehende **Vertretungszwang** dient zum einen dem **Schutz des Gerichts** vor einer Belastung mit Rechtsbehelfen, deren Erfolgsaussichten die Bet. nach ihrer Vorbildung nicht richtig einzuschätzen in der Lage sind und folglich auch nicht richtig und fachkundig zu führen wissen, zum anderen aber auch dem **Schutz der Rechtssuchenden**, die sich durch einen Angehörigen der in § 3 Nr. 1 StBerG bzw. § 62 II 1 FGO genannten Berufsgruppen vertreten lassen müssen. Insbesondere zum Schutz der Rechtssuchenden hat der Gesetzgeber die in diesen Vorschriften genannten Personen standesrechtlichen Regelungen unterworfen. Gemäß § 51 BRAO, § 67 StBerG und § 54 I WiPrO müssen sich die zur Vertretung Befugten, z.B. zur Deckung der sich aus ihrer Berufstätigkeit ergebenden Haftpflichtgefahren, für Vermögensschäden angemessen versichern. Im Falle des Vermögensverfalls droht ihnen der Widerruf der Bestellung (§ 14 II Nr. 7 BRAO, § 46 II Nr. 4 StBerG, § 20 II Nr. 5 WiPrO). Darüber hinaus ist mit der Tätigkeit als Rechtsanwalt, Wirtschaftsprüfer oder Steuerberater regelmäßig eine Zugehörigkeit zu den entsprechenden Berufskammern und die Verpflichtung zur Leistung von Kammerbeiträgen verbunden.“ (BFH aaO).*

- III. Wie die **Beschränkung der Vertretungsbefugnis auf bestimmte Berufsgruppen** belegt, reichen nach dem Willen des Gesetzgebers eine nachgewiesene juristische Ausbildung oder besondere Fachkunde auf dem Gebiet des Steuerrechts für sich allein nicht aus, um die Voraussetzungen des § 62a FGO a.F. bzw. § 62 IV FGO zu erfüllen. **Entscheidend ist die Bestellung als Angehöriger der in diesen Vorschriften bezeichneten Berufsgruppen**.

*„Nach der Rspr. des BFH entfällt die Vertretungsbefugnis selbst in eigener Sache, wenn eine Bestellung wirksam widerrufen (BFH BFH/NV 2000, 338) oder wenn auf die Bestellung freiwillig verzichtet worden ist (BFH BFH/NV 1989, 381).*

*Die auch dem Schutz der Rechtssuchenden dienenden Regelungen würden unterlaufen, wenn der Kreis der zur Vertretung vor dem BFH befugten Personen entgegen dem eindeutigen Wortlaut des Gesetzes auf im Ruhestand befindliche Richter ausgedehnt würde. Zudem würde dieser Berufsgruppe gegenüber Angehörigen der in § 62 II 1 FGO ausdrücklich genannten Berufsgruppen infolge der Kostenersparnis (Haftpflichtversicherung, Kammerbeiträge usw.) ein Wettbewerbsvorteil verschafft, der unter Gleichbehandlungsgrundsätzen (Art. 3 I GG) zu beanstanden wäre. Denn ein Grund, der eine solche Differenzierung auch ihrem Ausmaß nach rechtfertigen könnte, ist für den Senat nicht ersichtlich.“ (BFH aaO).*

- IV. Schließlich werden die **schutzwürdigen Belange pensionierter Richter** durch die Beschränkungen des § 62a FGO a.F. bzw. § 62 IV FGO auch **nicht in unverhältnismäßiger Weise beeinträchtigt**.

*„Sofern Richter im Ruhestand eine rechtsberatende Tätigkeit aufnehmen wollen, die ihnen auch eine Prozessvertretung vor dem BFH ermöglicht, steht es ihnen frei, sich z.B. als Steuerberater oder Rechtsanwalt bestellen zu lassen. Für Finanzrichter bestehen darüber hinaus insoweit Erleichterungen, als ehemalige Finanzrichter, die mindestens zehn Jahre auf dem Gebiet der von den Bundes- oder Landesfinanzbehörden verwalteten Steuern tätig gewesen sind, nach § 38 I Nr. 2 StBerG prüfungsfrei als Steuerberater bestellt werden können.“ (BFH aaO).*

## Speziell für Rechtsanwälte und Notare

### Gebühren und Kosten

BGB

#### Honoraranspruch

RA/Nt

§§ 627, 628 bei Kündigung des Anwaltsvertrags wegen vertragswidrigen Verhaltens des RA

(OLG Rostock in NJW-RR 2009, 492; Beschluss vom 12.08.2008 – 1 U 157/08)

Hat ein Rechtsanwalt die **Kündigung seines Anwaltsvertrags durch eigenes vertragswidriges Verhalten veranlasst** und muss der Auftraggeber des Rechtsanwalts daher einen **anderen Prozessbevollmächtigten neu bestellen**, für den die gleichen Gebühren nochmals entstehen, so **führt dies zum Untergang des Vergütungsanspruchs des erstbeauftragten Anwalts**.

„Wird nach Beginn der Dienstleistung das Dienstverhältnis auf Grund des § 627 BGB gekündigt, so kann der Dienstverpflichtete zwar nach dem in § 628 I 1 BGB enthaltenen Grundsatz einen seinen bisherigen Leistungen entsprechenden Teil der Vergütung verlangen.

Hat der Rechtsanwalt aber durch **vertragswidriges Verhalten** die Kündigung des Auftraggebers veranlasst, so steht ihm nach § 628 I 2 BGB ein Anspruch auf die Vergütung nicht zu, soweit seine bisherigen Leistungen in Folge der Kündigung für den anderen Teil kein Interesse mehr haben. Eine **Leistung** ist für den Dienstberechtigten ohne Interesse, wenn er sie nicht mehr wirtschaftlich verwerten kann, sie also für ihn **nutzlos geworden** ist. Dieser Lage sieht sich der Auftraggeber eines Rechtsanwalts gegenüber, wenn er wegen einer von dem bisherigen Prozessbevollmächtigten durch vertragswidriges Verhalten veranlassten Kündigung einen anderen Prozessbevollmächtigten neu bestellen muss, für den die gleichen Gebühren nochmals entstehen. Die Aufwendungen für den zuerst bestellten Prozessbevollmächtigten sind dann für den Auftraggeber nutzlos geworden. Das **führt zum Untergang des Vergütungsanspruchs**, ohne dass es einer Aufrechnung des Auftraggebers mit Gegenforderungen bedarf (BGH NJW 1982, 437 = VersR 1982, 143; NJW 1985, 41 = VersR 1984, 985; WM 1977, 369).“ (OLG Rostock aaO).

VV RVG  
Nr. 1000

#### Einigungsgebühr Zustimmung zur Klagerücknahme

VV RVG

(OLG Düsseldorf in OLGR 2009, 156; Beschluss vom 06.10.2008 – I-24 W 70/08)

Eine **Einigungsgebühr nach Nr. 1000 VV RVG** fällt für den Rechtsanwalt **nicht an, wenn** der Bekl. lediglich der **Klagerücknahme zustimmt**.

- I. Es **fehlt schon am Abschluss eines Vertrages**, denn die Prozessbevollmächtigten haben für ihre Parteien lediglich **Prozesserklärungen** abgegeben.

„Auch wenn die Klage gem. § 269 I ZPO nach Eintritt in die mündliche Verhandlung, also nach Stellung der Anträge (§ 137 I ZPO), wirksam nur mit Einwilligung des Bekl. zurückgenommen werden kann, kommt diesen Prozesshandlungen **nicht die Qualität von Angebot und Annahme i.S.d. §§ 145 ff. BGB** und damit eines Vertragsschlusses zu (ähnlich OLG Koblenz JurBüro 2006, 638=OLG Koblenz OLGR 2007, 35 = MDR 2007,244; offen gelassen von OLG Düsseldorf AGS 2005, 494). Die Parteien wollen erkennbar nicht eine den Prozess beendende Vereinbarung treffen. Dafür hätten sie jeweils Adressaten der Willenserklärungen sein müssen. Stattdessen sind die **Prozesserklärungen ausschließlich an das Gericht gerichtet** (vgl. § 269 II 1 ZPO) und lösen die in § 269 III ZPO beschriebenen Rechtsfolgen aus.

Unerheblich ist dabei, dass die Bekl. ihre Einwilligung in die Rücknahme der Klage schon vorweg in der mündlichen Verhandlung erklärt haben (vgl. Zöller/Greger, ZPO, 26. Aufl., § 269 Rn 15; Musielak/Foerste, ZPO, 6. Aufl., § 269 Rn 9). Das berührt allenfalls die Widerruflichkeit der Erklärung bis zur Klagerücknahme. Darauf kommt es hier indessen nicht an.“ (OLG Düsseldorf aaO).

- II. Selbst wenn man dies anders beurteilen würde, lässt die erteilte Zustimmung zur Klagerücknahme trotzdem nicht die Einigungsgebühr nach Nr. 1000 I 1 VV RVG entstehen.

1. Diese soll nämlich die **frühere Vergleichsgebühr des § 23 BRAGO** ersetzen und gleichzeitig inhaltlich erweitern. Während die Vergleichsgebühr nach § 23 BRAGO durch Verweisung auf § 779 BGB ein gegenseitiges Nachgeben voraussetzte, **soll die Einigungsgebühr jegliche vertragliche Beilegung eines Streits** der Parteien **honorieren** und dadurch einen Anreiz schaffen, diesen Weg der Erledigung eines Rechtsstreits zu beschreiten.

„**Unter der Geltung des RVG kommt es deswegen nicht mehr auf einen Vergleich i.S.v. § 779 BGB, sondern nur noch auf eine Einigung an** (vgl. BGH BGHR 2007, 847 = FamRZ 2007, 1096 = NJW 2007, 2187; BGH BGHR 2007, 183 = MDR 2007, 492; Hartmann, Kostengesetze, 37. Aufl., Nr. 1000 VV RVG Rn 5 u. 10; Gerold/Schmidt/Müller-Rabe, RVG, 18. Aufl., Nr. 1000 VV RVG Rn 3, 5). Durch die zusätzliche Gebühr soll **die mit der Einigung verbundene Mehrbelastung und erhöhte Verantwortung des beteiligten Rechtsanwalts vergütet** werden; zudem soll die **Belastung der Gerichte gemindert** werden (BGH BGHR 2007, 183 = MDR

2007, 492). Die Einigungsgebühr entsteht demnach dann nicht, wenn der von den Beteiligten geschlossene Vertrag das Anerkenntnis der gesamten Forderung durch den Schuldner oder den Verzicht des Gläubigers auf den gesamten Anspruch ausschließlich zum Inhalt hat (BGH aaO).

Ähnlich liegen die Dinge auch hier: Denn das Verhalten der Parteien kommt der schlüssigen Verabredung eines Vollständigen Verzichts des Kl. mit Zustimmung seiner Gegner nahe. Da aber einer Klagerücknahme dieser weitgehende Erklärungsinhalt nicht zukommt und nicht einmal der Verzichtsvertrag eine Einigungsgebühr anfallen lässt, kommt dies erst recht nicht für die Klagerücknahme nach Beginn der mündlichen Verhandlung in Betracht. Dabei mag es durchaus anders gelagerte Fälle geben, die die Gebühr nach Nr. 1000 VV RVG auslösen (vgl. die Beispiele bei Gerold/Schmidt/Müller-Rabe aaO, Rn 42; ferner Hartmann aaO, Rn 32). Insbesondere Fälle, in denen der Klagerücknahme eine außerhalb des Verfahrens getroffenen Übereinkunft der Parteien zugrunde liegt, sind hier einschlägig (so zutreffend OLG Koblenz aaO).“ (OLG Düsseldorf aaO).

2. Schließlich entspricht die Annahme einer Gebühren auslösenden Einigung nicht den **Interessen der Parteien**.

„Denn ein Kl. sieht in der **Klagerücknahme** den **sichersten Weg, den Rechtsstreit ohne zusätzliche Kosten zu beenden**. Dies gilt insbesondere dann, wenn das Gericht in der mündlichen Verhandlung auf die mangelnden Erfolgsaussichten der Klage hingewiesen hat. Dem Bekl. steht es frei, einer Klagerücknahme die Zustimmung zu versagen und auf einen - auch materiell-rechtlich bedeutsamen - Vergleich i.S.v. § 779 BGB zu drängen oder es auf eine Streitentscheidung durch das Gericht ankommen zu lassen. Stimmt der Bekl. der Rücknahme der Klage jedoch zu, so macht er damit deutlich dass auch er mit dieser Art, Konflikt ohne weitere Kosten beizulegen, einverstanden ist (vgl. BGH BGHR 2007, 663 = MDR 2007, 1034 = NJW 2007, 2493 = JurBüro 2007, 365). So liegen die Dinge auch hier (wird ausgeführt).“ (OLG Düsseldorf aaO).

VV RVG  
Nr. 1008, 2503

### Geschäftsgebühr bei Beratungshilfe Erhöhung bei Prozessstandschaft

VV RVG

(AG Traunstein in FamRZ 2009, 717; Beschluss vom 03.11.2008 – 3 UR II 444/08)

Auch **bei der Beratungshilfe** erhöht sich die **Geschäftsgebühr gem. § 1008 VV RVG**, wenn der Rechtsanwalt mehrere Auftraggeber vertritt.

„Die Ehefrau wird hier [für sich und] in **Prozessstandschaft** für die beiden minderjährigen Kinder tätig. Wenn **eine Person in mehreren Funktionen** von einem Anwalt vertreten wird, ist nach Auffassung von Gerold/Schmidt, RVG, 17. Aufl., Nr. 1008 Rn 46 VV RVG von **mehreren Auftraggebern** auszugehen.

Die Rspr. dazu ist zwar sehr wenig (s. OLG Frankfurt Rpfleger 1983, 499) – mangels anderer Anhaltspunkte wird er vertretenen Auffassung aber derzeit beigetreten.

Vorsorglich ist anzumerken, dass dies nur beim Anfall einer Geschäftsgebühr gilt – nicht, wenn nur eine Beratungsgebühr anfällt.“ (AG Traunstein aaO).

VV RVG  
Nr. 3100

### Honorarvereinbarung keine Anrechnung der Geschäftsgebühr auf Verfahrensgebühr

RVG

(OLG Frankfurt in AnwBI 2009, 310; Beschluss vom 16.02.2009 – 18 W 355/08)

Hat eine Partei mit ihrem Prozessbevollmächtigten für dessen **vorgerichtliche Tätigkeit** eine die gesetzlichen Gebührenregelung verdrängende **Honorarvereinbarung** getroffen, so ist eine **Geschäftsgebühr gem. Nr. 2300 RVG-VV nicht entstanden**. Infolgedessen ist im Rahmen der Kostenfestsetzung eine **Geschäftsgebühr nicht nach Vorbem. 3 IV zu Nr. 3100 VV RVG auf die angefallene Verfahrensgebühr anzurechnen**.

„Die Verfahrensgebühr ist gem. Nr. 3100 VV RVG zu einem Satz von 1,3 angefallen. Sie ist nicht gem. Teil 3 Vorbem. 3 IV VV RVG um die Hälfte vermindert. Dies wäre nur der Fall, wenn wegen des verfahrensgegenständlich gewesenen Streites eine Geschäftsgebühr nach den Nr. 2300 bis 2303 VV RVG entstanden wäre.

Eine solche Gebühr gelangte vorliegend jedoch nicht zur Entstehung: Denn die **Vergütung**, die der Prozessbevollmächtigte der Bekl. für seine vorgerichtliche Tätigkeit beanspruchen kann, **findet ihre Rechtsgrundlage in der Vergütungsvereinbarung**, die er mit den Bekl. getroffen hat, **und nicht in den Vorschriften des Vergütungsverzeichnisses zum Rechtsanwaltsvergütungsgesetz**. Das in einer Vergütungsvereinbarung **vereinbarte Honorar ist keine Geschäftsgebühr** (vgl. Gerold/Schmidt - Madert, 2300, 2301 VV RVG, Rn 39 a. E.).“ (OLG Frankfurt aaO).

VV RVG  
Nr. 3100

### Anwaltswechsel keine Anrechnung der Geschäftsgebühr auf Verfahrensgebühr

RVG

(OLG München in AnwBI 2009, 311; Beschluss vom 16.02.2009 – 18 W 355/08)

Die **teilweise Anrechnung einer vorgerichtlich entstandenen Geschäftsgebühr auf die im nachfolgenden gerichtlichen Verfahren entstandene Verfahrensgebühr** nach Vorbem. 3 IV VV RVG kann **nur dann** erfolgen, **wenn derselbe Rechtsanwalt oder dieselbe Sozietät vorgerichtlich** gegenüber dem späteren Prozessgegner **tätig geworden ist**. Kommt es nach Beendigung der außergerichtlichen Tätigkeit zu einem **Anwaltswechsel**, greift die **Anrechnungsvorschrift hingegen nicht ein**.

„Es trifft zwar zu, dass sich die im gerichtlichen Verfahren nach der Nr. 3100 VV RVG anfallende 1,3 Verfahrensgebühr durch die anteilige Anrechnung einer vorgerichtlich entstandenen Geschäftsgebühr nach der Nr. 2300 VV RVG gem. Vorbem. 3 IV VV RVG entsprechend vermindert. Dabei ist es nach der Rspr. des BGH ohne Bedeutung, ob die Geschäftsgebühr auf materiell-rechtlicher Grundlage vom Prozessgegner zu erstatten und ob sie unstrittig, geltend gemacht, tituliert oder bereits beglichen ist (u.a. BGH NJW 2008, 1323 und FamRZ 2008, 1346 = AGS 2008, 364). Dieser Rspr. des BGH hat

sich der Senat mittlerweile in mehreren Entscheidungen aus Gründen der **Einheitlichkeit der Rspr. und der Rechtssicherheit** angeschlossen.

Die Anrechnung der Geschäftsgebühr gem. Vorbem. 3 IV VV RVG kann jedoch nur dann erfolgen, wenn derselbe Rechtsanwalt oder dieselbe Sozietät vorgerichtlich gegenüber dem späteren Prozessgegner tätig geworden ist. Wenn es dagegen nach Beendigung der außergerichtlichen Tätigkeit zu einem Anwaltswechsel kommt, greift die Anrechnungsvorschrift nicht ein (Hansens, RVGreport 2007, 241; AnwK-RVG/Onderka/N. Schneider, 4. Aufl., VV Vorb. 3 Rn 212). Die **Anrechnung** gem. Vorbem. erkund 3 Abs. 4 VV-RVG hat nämlich ihren **Grund** darin, dass der schon vorprozessual mit der Sache befasste und hierfür vergütete Prozessbevollmächtigte im Hinblick auf den erfahrungsgemäß **geringeren Einarbeitungs- und Vorbereitungsaufwand** nur eine gekürzte Vergütung zugebilligt erhalten sollte (BGH NJW 2008, 1323 = AnwBl. 2008, 378; Gesetzesbegründung zum Kostenrechtsmodernisierungsgesetz BT-Drs. 15/1971, S. 209). Diese Umstände kommen jedoch gerade nicht zum Tragen, wenn nicht derselbe Rechtsanwalt bereits außergerichtlich tätig geworden ist.

Die Anrechnung kann auch nicht damit gerechtfertigt werden, dass gem. **§ 91 II 2 ZPO** grds. nur die Kosten eines Rechtsanwalts erstattungsfähig sind. Es trifft zwar zu, dass Mehrkosten, die durch einen nicht notwendigen Anwaltswechsel entstanden sind, grundsätzlich nicht erstattungsfähig sind. Die Vorschrift des **§ 91 II 2 ZPO bezieht sich jedoch nur auf einen Anwaltswechsel innerhalb des gerichtlichen Verfahrens** (Hansens, RVGreport 2007, 243). Im vorliegenden Fall sind die Kl. jedoch während des gesamten Rechtsstreits von denselben Prozessbevollmächtigten vertreten worden. Die vorprozessual zur Anspruchsabwehr oder zur Geltendmachung eines Anspruchs angefallenen Anwaltsgebühren zählen nicht zu den Prozesskosten und können demzufolge auch nicht Gegenstand einer Kostenfestsetzung nach den §§ 103 ff. ZPO sein (BGH NJW 2008, 1323 und BGH NJW 2006, 2560).“ (OLG München aaO).

VV RVG  
Nr. 3201

### Verfahrensgebühr Berufung

VV RVG

(OLG Düsseldorf in OLGR 2009, 157; Beschluss vom 14.08.2008 – I-24 W 62/08)

Die Verfahrensgebühr für den Berufungsrechtszug verdient der Prozessbevollmächtigte des Berufungsbekl. bereits dann, wenn er von diesem Informationen zu Verteidigung gegen das eingelegte Rechtsmittel entgegennimmt.

„Das Entstehen der Verfahrensgebühr II. Instanz setzt voraus, dass in dieser Instanz ein Prozessrechtsverhältnis entstanden ist. Dies ist hier mit Einlegung der Berufung durch die Kl. und deren vom Senat veranlasste Zustellung geschehen.

Im Übrigen erhält der Anwalt die Gebühr für das Betreiben des Geschäfts einschließlich der Information (Vorbem. 3 II VV RVG). Auch diese Voraussetzung liegt vor: Der Prozessbevollmächtigte der Bekl. hat die Informationen seiner Mandantin zur Erledigung des Berufungsverfahrens entgegengenommen und mit dem anwaltlichen Vertreter der Kl. korrespondiert. Eine Bestellung beim Senat war nicht erforderlich.“ (OLG Düsseldorf aaO).

VV RVG  
Nr.7002

### Auslagenpauschale bei Beratungshilfe keine Orientierung an fiktiven Wahlanwaltskosten

VV RVG

(OLG Hamm in FamRZ 2009, 721; Beschluss vom 11.09.2008 – 23 W 72/08)

In Beratungshilfesachen beträgt die Post- und Telekommunikationspauschale 20 % der nach **§ 55 RVG aus der Staatskasse zu zahlenden Vergütung**, eine Bemessung der Pauschale nach den fiktiven Wahlanwaltsgebühren kommt nicht in Betracht.

- I. Die **Berechnung der Auslagenpauschale** des Anwalts ist **abschließend in Nr. 7002 VV RVG geregelt**: Danach beträgt die Auslagenpauschale 20% „der Gebühren“ - höchstens 20,00 EUR.

Unter Gebühren sind bei normalem Verständnis des Wortlauts die konkret angefallenen Gebühren zu verstehen; d. h. in Beratungshilfesachen die Gebühren nach den Nr. 2501 ff. VV RVG (so auch OLG Bamberg JurBüro 2007, 645).

- II. Berechtigte **Gründe**, dem in der Beratungshilfe tätigen Anwalt davon abweichend eine **Auslagenpauschale** in Höhe von 20 € auf der Grundlage fiktiver Wahlanwaltsgebühren zu gewähren, sofern diese über 100 € liegen, **sind nicht ersichtlich**.

„Die Tatsache, dass die Vorschrift des **§ 133 S. 2 BRAGO** in der Begründung des Entwurfs des Gesetzes zur Modernisierung des Kostenrechts nicht erwähnt ist, lässt nicht den Schluss zu, der Gesetzgeber habe damit wissentlich auf die Übernahme dieser Vorschrift verzichtet (so OLG Nürnberg MDR 2007, 805 = AGS 2007, 253).

Diese Bestimmung war erforderlich, weil die Regelung in § 26 S. 2 BRAGO „die gesetzlichen Gebühren“ als Bemessungsgrundlage der Auslagenpauschale vorsah. Solche sind aber die in Ausübung eines Wahlmandats verdienten Gebühren. Nur diese sind die „gesetzlichen“ Gebühren des Anwalts und nicht die Gebühren, die als Folge einer Beordnung oder Bestellung des Rechtsanwalts lediglich in gekürztem Umfang aus der Staatskasse beansprucht werden können (§§ 97 I 1, 121, 123 BRAGO; vgl. auch BGH NJW 1971, 1845; NJW1966, 1411). Folglich hatte der beigeordnete PKH-Anwalt Anspruch auf Vergütung des Pauschsatzes aus den fiktiven Wahlanwaltsgebühren (vgl. BGH NJW 1966, 1411).

Für die Beratungshilfe wurde dieses Ergebnis durch die **Sonderregelung des § 133 S. 2 BRAGO** vermieden (vgl. auch OLG Bamberg JurBüro 2007, 645; OLG Düsseldorf AGS 2007, 630). Danach bestand der Anspruch des Anwalts auf Erstattung seiner Auslagen nur auf der Grundlage der geringeren Gebühren des § 132 BRAGO.“ (OLG Hamm aaO).

- III. Einer entsprechenden **Klarstellung bedurfte es im RVG in Zusammenhang mit der Regelung in Nr. 7002 VV nicht**.

„Da **Wahlanwaltsgebühren im Rahmen der Beratungshilfe nicht entstehen**, reicht die allgemein gehaltene Formulierung in Nr. 2700 VV RVG durch die Bezugnahme auf die „Gebühren“ für die Beibehaltung der bisherigen Regelung aus.“ (OLG Hamm aaO).

IV. Der in Beratungshilfe tätige **Rechtsanwalt** wird dadurch auch **nicht benachteiligt**.

*„[Es] bleibt es dem Anwalt unbenommen, Auslagen oberhalb der 20% der angefallenen Beratungsgebühren konkret geltend zu machen. Die damit verbundene Rechnungslegung ist nicht unzumutbar, sondern liegt im berechtigten Interesse der Staatskasse, der die Möglichkeit gegeben sein muss, die höheren Auslagen nachzuvollziehen.“* (OLG Hamm aaO).

V. Schließlich ist die Auslagenpauschale ihrem **Sinn und Zweck** nach nicht geeignet, als eine Art zusätzlicher Gebühr dem Anwalt zusätzlichen Ausgleich seiner Bemühungen zu verschaffen.

*„Vielmehr dient die Auslagenpauschale ausschließlich dazu, die in Zusammenhang mit der Beratungstätigkeit entstandenen Post- und sonstigen Kommunikationskosten abzugelten.“* (OLG Hamm aaO).

VV RVG  
Nr. 7002

### Post- u. Telekommunikationspauschale Bußgeldverfahren

VV RVG

(LG Köln in Rpfleger 2009, 273; Urteil vom 01.10.2008 – 20 S 15/08)

Das **bußgeldrechtliche Verfahren** und das daran anschließende **gerichtliche Bußgeldverfahren** stellen **eine Angelegenheit** dar, sodass die **Post- und Telekommunikationspauschale** für den Rechtsanwalt **nur einmal** anfällt.

I. Das **RVG bestimmt** den verschiedentlich genannten **Begriff der „Angelegenheit“ nicht ausdrücklich**. Er dient gebührenrechtlich zur Abgrenzung desjenigen anwaltlichen zusammengehörenden Tätigkeitsbereichs, der eine Pauschalgebühr abgelden soll. Demnach ist eine „Angelegenheit“ ein **einheitlicher Lebensvorgang**, der die gesamte Tätigkeit des Rechtsanwalts von der Erteilung des jeweiligen Auftrages bis zur Erledigung desselben oder bis zu einem Ausscheiden abdeckt. Dabei kommt es wesentlich auf Art und Umfang des Auftrages an (Hartmann, Kostengesetze, 37. Aufl. § 17 Rn 9-11; Gerold/Schmidt, § 15 Rn 5).

1. Dies zugrunde gelegt, war es unter Geltung der **BRAGO** h. M., dass Bußgeldverfahren und anschließendes gerichtliches Verfahren eine Angelegenheit darstellten ( Gerold/Schmidt, § 17 Rn 63). Nach dem nun geltenden RVG gilt nichts anderes:

2. Das **hiergegen vorgebrachte systematische Argument**, dass das Vergütungsverzeichnis eine Trennung zwischen Bußgeld- und Gerichtsverfahren vornimmt, nämlich in Teil 5 Unterabsatz 2 das Verfahren vor der Verwaltungsbehörde und in Teil 5 Unterabsatz 3 das Verfahren vor dem AG regelt, **überzeugt nicht**.

*„Aus dieser **systematischen Unterscheidung im Vergütungsverzeichnis** folgt nicht, dass verschiedene gebührenrechtliche Angelegenheiten gegeben sind. Vielmehr handelt es sich um unterschiedliche Verfahrensgebühren, die innerhalb einer Angelegenheit nebeneinander stehen können, wobei § 15 II 1 RVG lediglich verhindert, dass dieselbe Gebühr innerhalb einer Angelegenheit mehrfach entsteht (vgl. OLG Saarbrücken vom 15.12.2006 - 1 Ws 249/06, juris Rn 5 zum Verhältnis von Ermittlungs- und Strafverfahren).“* (LG Köln aaO).

II. Auch **§ 17 Nr. 1 RVG** ist nicht entsprechend anzuwenden.

1. Gem. § 17 Nr. 1 RVG sind **verschiedene Angelegenheiten** jeweils das Verwaltungsverfahren, das einem gerichtlichen Verfahren vorausgehende und der Nachprüfung des Verwaltungsaktes dienende weitere Verwaltungsverfahren (Vorverfahren, Einspruchsverfahren, Beschwerdeverfahren, Abhilfeverfahren), das Verwaltungsverfahren auf Aussetzung oder Anordnung der sofortigen Vollziehung sowie über einstweilige Maßnahmen zur Sicherung der Rechte Dritter und ein gerichtliches Verfahren.

2. **Voraussetzung einer entsprechenden Anwendung einer Vorschrift** ist das **Vorliegen einer Gesetzeslücke** im Sinne einer planwidrigen Unvollständigkeit des Gesetzes. Ob eine derartige Lücke vorhanden ist, die im Wege der Analogie ausgefüllt werden kann, ist vom Standpunkt des Gesetzes und der ihm zugrunde liegenden Regelungsabsicht zu beurteilen. Das Gesetz muss also, gemessen an seiner eigenen Regelungsabsicht, unvollständig sein (BGHZ 149, 165).

3. An einer solchen **planwidrigen Regelungslücke fehlt es**.

*„Vor dem Hintergrund, dass das RVG erst seit dem 01.07.2004 in Kraft ist und davon ausgegangen werden kann, dass der Gesetzgeber um die Problematik wusste, beinhaltet § 17 Nr. 1 RVG eine abschließende Aufzählung. Für das Bußgeldverfahren und das sich daran anschließende Verfahren fehlt aber in dieser Aufzählung eine entsprechende Regelung.“*

*Selbst wenn man eine solche Regelungslücke annehmen würde, dürfte es an einer Vergleichbarkeit des Bußgeldverfahrens einschließlich des Zwischenverfahrens und den in § 17 Nr. 1 RVG genannten Verwaltungsverfahren fehlen. Zwar prüft die Verwaltungsbehörde gem. § 69 II OWiG, ob sie den Bußgeldbescheid aufrechterhält oder zurücknimmt. Der Umfang eines Verwaltungsverfahrens in Verwaltungs-, Finanz- und Sozialsachen, für die § 17 Nr. 1 RVG gilt (Gerold/Schmidt, § 17 Rn 7), ist jedoch nicht mit dem Umfang des Zwischenverfahrens nach dem OWiG vergleichbar (LG Hamburg, Urteil vom 9.8.2006 - 319 S 3/06). So ist beispielsweise das Vorverfahren nach §§ 69 ff. VwGO bereits von Gesetzes wegen wesentlich aufwändiger (vgl. z. B. das Abhilfeverfahren gem. § 72 VwGO) und an formelle Voraussetzungen anknüpfend ausgeschaltet, als das Zwischenverfahren im OWiG.“* (LG Köln aaO).

## Aus der Praxis

ZPO  
§ 121

### Prozesskostenhilfe Beordnung eines Rechtsanwalts zu ortsüblichen Bedingungen

ZPO

(OLG Rostock in FamRZ 2009, 535 = NJOZ 2009, 43; Beschluss vom 24.11.2008 – 10 WF 196/08)

Mit dem **Beordnungsantrag** erteilt ein nicht im Bezirk des angerufenen Prozessgerichts niedergelassener Rechtsanwalt **zugleich konkludent sein Einverständnis zur Beordnung zu den Bedingungen eines am Gerichtssitz niedergelassenen Rechtsanwalts.**

- I. Gem. **§ 121 III ZPO** kann ein nicht im Bezirk des ProzessGer. „niedergelassener“ Rechtsanwalt nur beigeordnet werden, wenn durch die Ortsverschiedenheit **keine zusätzlichen Kosten** entstehen.

*„Der Prozessbevollmächtigte der Ast. ist nicht im Bezirk des ProzessGer. (AG Rostock) niedergelassen - i.S. der §§ 27, 209 BRAO. Sein Kanzleisitz befindet sich ausweislich seines Briefkopfs in N./Holstein. Durch seine Terminwahrnehmungen beim Prozessgericht werden voraussichtlich höhere (Fahrt- und Abwesenheits-)Kosten als bei einem hiesigen Rechtsanwalt entstehen. Ein **Anspruch auf Beordnung eines Verkehrsanwalts** besteht nicht. Denn Inhalt des Rechtsstreits ist eine Scheidungssache ohne komplizierte Folgesachen. Dieses rechtfertigt nicht die Beordnung eines Unterbevollmächtigten oder Verkehrsanwalts (vgl. Zöller/Philippi, ZPO, 26. Aufl., § 121 Rn 20).*

*Die genannte **Einschränkung bedarf nicht der ausdrücklichen Zustimmung des Rechtsanwalts**, und der besonderen Gewährung rechtlichen Gehörs. Denn es ist davon auszugehen, dass ein vertretungsbereiter Rechtsanwalt bei Beantragung der Beordnung die rechtlich maßgeblichen Vorschriften - hier § 121 III ZPO - kennt. Mit dem Beordnungsantrag erteilt er daher stillschweigend sein Einverständnis zu der genannten Einschränkung.*

*Der Senat folgt insoweit den - entsprechenden - vom OLG Stuttgart und OLG Schleswig vertretenen Auffassungen (OLG Stuttgart OLG-Report 1999, 122; OLG Schleswig JurBüro 1992, 486; vgl. auch OLG München FamRZ 2001, 511; OLG Hamm NJW 1983, 507; MüKo-ZPO/Wax, § 121 Rn 9; Kalthoener/Büttner, Prozesskostenhilfe und Beratungshilfe, Rn 576).“ (OLG Rostock aaO).*

- II. Diesem Ergebnis steht auch die Entscheidung des **OLG Oldenburg in NJW 2006, 851** nicht entgegen.

*„Die **Sachverhalte beider Entscheidungen entsprechen sich nicht**: Das OLG Oldenburg hat sich mit der Frage auseinandergesetzt, ob ein im OLG-Bezirk ansässiger Rechtsanwalt im Rahmen seiner Beordnung einen Anspruch auf Erstattung von Fahrt- und Abwesenheitskosten hat. Der Prozessbevollmächtigte der Ast. ist weder im Bezirk des AG noch des OLG Rostock ansässig.*

*Die für die Beordnung maßgebliche Vorschrift - § 121 III ZPO - ist seit der Entscheidung des OLG Oldenburg neu gefasst worden. Das OLG hatte über den rechtlichen Bestand der genannten Einschränkung für einen - auf Grund der Neuregelung des § 78 ZPO - beim Prozessgericht „... zugelassenen ...“ aber nicht ortsansässigen Rechtsanwalt zu entscheiden. Auf Grund der Neufassung des § 121 III ZPO kommt es nicht mehr darauf an, ob der Anwalt beim ProzessGer. zugelassen ist. Maßgeblich ist vielmehr, in welchem Bezirk er „... niedergelassen ...“ ist.“ (OLG Rostock aaO).*

BGB  
§§ 280, 286

### Schadensersatzanspruch Ersatz der Anwaltskosten bei Kündigung wegen Zahlungsverzugs

BGB

(LG Heidelberg in NJW-RR 2009, 376; Urteil vom 29.02.2008 – 5 S 79/07)

Im Fall der berechtigten außerordentlichen **Kündigung eines Mietverhältnisses wegen Zahlungsverzugs** hat ein **privater Vermieter**, der weder rechtskundiges Personal beschäftigt noch selbst über besondere Rechtskunde im einschlägigen Bereich verfügt, einen **Schadensersatzanspruch gegen den Mieter auf Ersatz der für die Kündigung aufgewandten Rechtsanwaltskosten.**

*„Der Ansicht, auch eine nicht besonders rechtskundige Partei treffe die Obliegenheit, eine fristlose Kündigung des Mietverhältnisses gegebenenfalls ohne anwaltliche Hilfe durchzuführen, folgt die Kammer nicht. Angesichts der formalen Anforderungen, die vom Gesetz (§§ 568 I, 569 IV BGB) und der Rspr. insoweit aufgestellt sind, muss es dem Vermieter gestattet werden, sich ggf. rechtskundiger Hilfe zu versichern.“ (LG Heidelberg aaO).*

BGB  
§ 491 I

### Verbraucherdarlehen Unternehmensbegriff

BGB

(BGH in BB 2009, 522 = NZG 2009, 808; Urteil vom 09.12.2008 – IX ZR 513/07)

**Darlehensgeber i.S. des § 491 I BGB** kann auch ein **Unternehmer** sein, dessen **unternehmerische Tätigkeit sich nicht auf die Kreditvergabe bezieht**. Ausreichend ist, dass der Unternehmer bei Abschluss des Darlehensvertrags in **Ausübung seiner gewerblichen oder selbstständigen beruflichen Tätigkeit** handelt.

- I. Nach **nahezu einhelliger Auffassung in der Lit.** kann Darlehensgeber i.S. von § 491 I i.V. mit § 14 BGB auch ein Unternehmer sein, dessen unternehmerische Tätigkeit sich nicht auf die Kreditvergabe bezieht. Notwendig ist nur, dass er bei Abschluss des Darlehensvertrags in Ausübung seiner gewerblichen oder selbstständigen beruflichen Tätigkeit handelt. Schon eine Darlehensvergabe gelegentlich der gewerblichen Tätigkeit ist ausreichend.

*Erman/Saenger, BGB, 12. Aufl., § 491 Rn 14f.; MüKo-BGB/ Schürnbrand, 5. Aufl., § 491 Rn 11, 14; Staudinger/Kessal-Wulf, BGB, Neubearb. 2004, § 491 Rn 4; Bülow/Artz, Verbraucherkreditrecht, 6. Aufl., § 491 BGB Rn 46; Ulmer/Habersack, VerbrKrG, 2. Aufl., § 1 Rn 12; v. Westphalen/Emmerich/v. Rottenburg, VerbrKrG, 2. Aufl., § 1 Rn 2,*

23; Drescher, Verbrauchercreditgesetz und Bankenpraxis, Rn 7; Seibert, Handbuch zum Gesetz über Verbraucher-kredite, zur Änderung der ZPO und anderer Gesetze, § 1 VerbrKrG Rn 1

- II. Eine nur **vereinzelt vertretenen Gegenmeinung** hingegen fordert, dass auf der Kreditgeberseite ein beruflich und gewerbsmäßig tätiger Darlehensgeber handeln müsse, weil nur dieser die Verbraucherschutznormen richtig anzuwenden wisse.

so zu § 1 VerbrKrG: Vortmann, Verbrauchercreditgesetz, § 1 Rn 13; OLG Düsseldorf NJW-RR 1996, 759 = WM 1995, 1142

III. **BGH aaO folgt der ganz h. M.**

1. Für sie sprechen schon die **Materialien des Verbrauchercreditgesetzes**.

*„Danach ist nur erforderlich, dass die Darlehensvergabe im Rahmen der gewerblichen oder selbstständigen beruflichen Tätigkeit erfolgt (BT-Dr 11/5462, S. 17). Für eine Differenzierung nach dem Unternehmensgegenstand fehlt es an jeglichem Anknüpfungspunkt. Die in § 491 II Nr. 2 BGB enthaltene Ausnahme für Arbeitgeberdarlehen lässt vielmehr erkennen, dass der Gesetzgeber keine Beschränkung auf beruflich und gewerbsmäßig tätige Kreditgeber vornehmen wollte, da er ersichtlich auch insoweit von einer Kreditvergabe „in Ausübung“ der gewerblichen oder beruflichen Tätigkeit des jeweiligen Arbeitgebers ausgegangen ist (BGHZ 155, 240 = NJW 2003, 2742; zu § 3 I Nr. 4 VerbrKrG; MüKo-BGB/Schürmbrand, 5. Aufl., § 491 Rn 11).*

*Dies entspricht seiner Intention, den Verbraucherdarlehensregelungen im Interesse eines wirksamen Verbraucherschutzes einen weiten Anwendungsbereich zukommen zu lassen (hierzu BGHZ 155, 240 = NJW 2003, 2742 m.w. Nachw.; vgl. auch MüKo-BGB/Schürmbrand, 5. Aufl., § 491 Rn 14; Soergel/Häuser, BGB, 12. Aufl., § 1 VerbrKrG Rn 3; Ulmer/Habersack, VerbrKrG, 2. Aufl., § 1 Rn 10, 12; v. Westphalen/Emmerich/v. Rottenburg, VerbrKrG, 2. Aufl., § 1 Rn 3). Das Abgrenzungskriterium der gewerblichen oder selbstständigen beruflichen Tätigkeit dient ausweislich der Amtlichen Begründung (BT-Dr 11/5462, S. 17) nur dazu, auf Seiten des Kreditgebers „ausschließlich private“ Geschäfte aus dem Anwendungsbereich des Gesetzes auszuklammern (BGHZ 155, 240 = NJW 2003, 2742). Umgekehrt sollten ausnahmslos alle „kommerziellen“ Kredite erfasst werden (Staudinger/Kessal-Wulf, BGB Neubearb. 2004, § 491 Rn 10). Dies bedeutet, dass Kredite nur dann nicht dem Anwendungsbereich der Verbraucherdarlehensvorschriften unterfallen, wenn sie ausschließlich der Privatsphäre zuzuordnen sind. Diese ist jedoch immer verlassen, wenn der gewährte Kredit mit der ausgeübten gewerblichen oder beruflichen Tätigkeit des Kreditgebers in irgendeinem Zusammenhang steht (v. Westphalen/Emmerich/v. Rottenburg, VerbrKrG, 2. Aufl., § 1 Rn 3).“ (BGH aaO).*

2. Mit Rücksicht auf den **weiten Schutzzweck der Verbraucherdarlehensvorschriften** kann es entgegen vereinzelter Stimmen in Lit. und Rspr. (Vortmann, Verbrauchercreditgesetz, § 1 Rn 13; OLG Düsseldorf NJW-RR 1996, 759 = WM 1995, 1142; s. auch Bruchner/Ott/Wagner-Wieduwilt, Verbrauchercreditgesetz, 2. Aufl., § 1 Rn 16) für die Anwendbarkeit der Regelungen über die Verbraucherdarlehensverträge auch nicht darauf ankommen, ob der gewerblich Tätige ständig, gelegentlich oder gar erstmalig einen Kredit vergibt:

*„Das Gesetz begnügt sich mit dem allgemeinen Bezug zum beruflichen Wirkungsfeld ohne eine besondere Häufigkeit vorauszusetzen oder einen Unterschied zwischen erstmaliger und wiederholter Kreditvergabe zu machen, sofern es sich nur - wie im Streitfall - um ein entgeltlich eingeräumtes Darlehen handelt (Erman/Saenger, BGB, 12. Aufl., § 491 Rn 14f.; MüKo-BGB/Schürmbrand, 5. Aufl., § 491 Rn 14; Prütting/Wegen/Weinreich, BGB, 3. Aufl., § 491 Rn 3; Staudinger/Kessal-Wulf, BGB Neubearb. 2004, § 491 Rn 10; v. Westphalen/Emmerich/v. Rottenburg, VerbrKrG, 2. Aufl., § 1 Rn 2, 23; Seibert, Handbuch zum Gesetz über Verbrauchercredite, zur Änderung der ZPO und anderer Gesetze, § 1 VerbrKrG Rn 1). Aus der Sicht des Verbrauchers ist es gleichgültig, ob sich ein Kreditgeber erstmals zum Abschluss eines Verbraucherdarlehensvertrags entschließt und ob er dies in Zukunft regelmäßig zu tun beabsichtigt (Staudinger/Kessal-Wulf, BGB Neubearb. 2004, § 491 Rn 10).*

*Die Ansicht, nur ein regelmäßig mit der Kreditvergabe befasster Unternehmer könne die hohen Anforderungen, die vom Gesetz an Verbraucherdarlehensverträge gestellt werden, ausreichend beachten, verkennt, dass es ausgehend von dem Schutzzweck der Verbraucherdarlehensnormen nicht auf die Schutzbedürftigkeit des Kreditgebers ankommt; allein entscheidend ist vielmehr die Schutzbedürftigkeit des Kreditnehmers. Wer im Zusammenhang mit seinem Beruf oder Gewerbe einen Kredit ausreicht, muss für die Einhaltung der von den §§ 491ff. BGB gesetzten Standards Sorge tragen; seine Unerfahrenheit als Kreditgeber kann ihn von den im Interesse des Verbraucherschutzes normierten gesetzlichen Anforderungen nicht befreien (Staudinger/Kessal-Wulf, BGB Neubearb. 2004, § 491 Rn 10).“ (BGH aaO).*

BGB  
§ 631

### Aufklärungspflicht des Werkunternehmers Unwirtschaftlichkeit einer Reparatur

BGB

(LG Mönchengladbach in NJOZ 2009, 808; Urteil vom 12.11.2008 – 4 S 33/08)

Ein **Werkstattinhaber ist verpflichtet**, seinen **Kunden auf die Unwirtschaftlichkeit** einer in Auftrag gegebenen Reparatur **hinzuweisen**.

*„Der **Werkunternehmer ist grds. verpflichtet**, den **Besteller über alle Umstände aufzuklären**, welche der Besteller nicht kennt und deren Kenntnis für den Willensentschluss des Bestellers von Bedeutung ist (OLG Hamm NJW-RR 1992, 1329; MüKo-BGB/Busche, 4. Aufl. 2005, § 631 Rn 75; Palandt/Sprau, 65. Aufl. 2006, § 631 Rn 14). Aus dieser Aufklärungspflicht ergibt sich insbes. die Verpflichtung des Werkunternehmers, den Besteller auf die **wirtschaftliche Unsinnigkeit des Auftrags** hinzuweisen; bei der Reparatur eines Fahrzeugs hat der Werkstattinhaber daher ungefragt einen Hinweis zu erteilen, wenn sich die Reparatur nicht mehr lohnt (OLG Hamm NJW-RR 1992, 1329; Palandt/Sprau, BGB, § 631 Rn 14).“ (LG Mönchengladbach aaO).*

BGB  
§§ 1361, 1578b**Trennungsunterhalt**  
**keine zeitliche Begrenzung**

FamR

(OLG Bremen in MDR 2009, 334; Beschluss vom 01.12.2008 – 4 WF 142/08)

Auf den **Trennungsunterhaltsanspruch** nach § 1361 BGB findet die **Begrenzungsvorschrift des § 1587b BGB keine Anwendung**.

„Die Herabsetzungs- und Befristungsmöglichkeit nach § 1578b BGB betrifft den **nachehelichen Unterhalt**, wie sich aus dem eindeutigen Wortlaut der Vorschrift ergibt. Die für den Trennungsunterhalt maßgebliche Norm des § 1361 BGB erklärt in Abs. 3 auch lediglich die Vorschrift des § 1579 Nr. 2 bis 8 BGB über die Beschränkung oder Versagung des Unterhalts wegen grober Unbilligkeit für entsprechend anwendbar, auf § 1578b BGB verweist sie hingegen nicht. Da auch die **Begründung zum Regierungsentwurf** ausdrücklich von der Anwendung des § 1578b BGB im Rahmen des Trennungsunterhalts abgesehen hat (BT-Drucks. 16/1830, S. 16), ist § 1578b BGB nicht auf den Trennungsunterhalt anzuwenden.“ (OLG Bremen aaO).

KSChG  
§ 7**Kündigungsschutzklage**  
**verlängerte Anrufungsfrist bei zwei Kündigungen**

ArbR

(BAG in DB 2009, 632, 43; Beschluss vom 24.11.2008 – 10 WF 196/08)

Erhebt ein Arbeitnehmer gegen eine erste Kündigung zu einem bestimmten Termin **Kündigungsschutzklage verbunden mit einem - vorläufigen - Weiterbeschäftigungsantrag**, so wird eine auf dieselben Gründe gestützte zweite Kündigung, die zwar später aber zum selben oder auch einem früheren Beendigungstermin ausgesprochen wird, auch dann nicht nach § 7 KSChG wirksam, wenn der Kl. diese nicht innerhalb der dreiwöchigen Klagfrist - sondern erst später - ausdrücklich angegriffen hat.

I. Will ein Arbeitnehmer geltend machen, eine - außerordentliche - Kündigung sei rechtsunwirksam, so muss er **innerhalb von drei Wochen nach Zugang der schriftlichen Kündigungserklärung** beim ArbG **Klage** auf Feststellung **erheben**, dass das Arbeitsverhältnis nicht durch die Kündigung aufgelöst worden ist (§§ 13 I 2, 4 S. 1 KSChG).

1. Allerdings kann nach § 6 KSChG der Arbeitnehmer, der innerhalb von drei Wochen nach Zugang der schriftlichen Kündigung im Klageweg geltend gemacht hat, eine rechtswirksame Kündigung liege nicht vor, in diesem Verfahren **bis zum Schluss der mündlichen Verhandlung erster Instanz** sich zur Begründung der Unwirksamkeit der Kündigung **auch auf innerhalb der Klagfrist nicht geltend gemachte Gründe berufen**.

„Mit der Anwendung von § 6 KSChG wollte der Gesetzgeber - auch nach Novellierung des Kündigungsschutzgesetzes durch das Arbeitsmarktreformgesetz vom 24.12.2003 - erreichen, dass die Unwirksamkeit einer Kündigung nicht nur durch eine Feststellungsklage innerhalb von drei Wochen nach Zugang der Kündigungserklärung geltend gemacht werden, sondern die Klagfrist auch dadurch gewahrt werden kann, dass der Arbeitnehmer innerhalb der 3-wöchigen Frist auf anderem Wege geltend macht, eine unwirksame Kündigung liege nicht vor (vgl. BAGE 106, 72 = NZA 2004, 283 = NJW 2004, 2260). Nach der **redaktionell missglückten Fassung des § 6 KSChG besteht grundsätzlich Einigkeit, dass die Rechtsfolge nicht nur auf einzelne Unwirksamkeitsgründe zu beziehen ist, sondern sich - wie schon vor der Gesetzesnovelle - generell auf die Verlängerung der Frist zur Erhebung der Kündigungsschutzklage beziehen kann** (vgl. HWK/Pods/Quecke, 2. Aufl., § 6 KSChG Rn 10; Raab RdA 2004, 321). Die Neufassung des § 6 KSChG sollte der bisherigen Regelung entsprechen und lediglich angepasst werden (BT-Dr 15/1509; Raab RdA 2004, 321; HaKo-Gallner, 3. Aufl., § 6 KSChG Rn 19).“ (BAG aaO).

2. Nach der **Rspr. des BAG** ist § 6 KSChG entsprechend anzuwenden, wenn der Arbeitnehmer aus der Unwirksamkeit einer Kündigung folgende Lohnansprüche mit einer Leistungsklage geltend macht.

BAGE 12, 75 = NJW 1962, 1587; BAG AP KSChG 1969 § 13 Nr. 2; BAGE 106, 72 = NZA 2004, 283 = NJW 2004, 2260; KR-Friedrich, 8. Aufl., § 6 KSChG Rn 23a; HWK/Pods/Quecke, § 6 KSChG Rn 6; v. Hoyningen-Huene/Linck, KSChG, 14. Aufl., § 6 Rn 5; Stahlhacke/Preis/Vossen-Vossen, Kündigung und Kündigungsschutz im Arbeitsverhältnis, 9. Aufl., Rn 1821; AnwK-Dreher/Schmitz-Scholemann, § 6 KSChG Rn 10; Raab RdA 2004, 321

Entsprechendes gilt, wenn der Arbeitnehmer im Wege der Leistungsklage seine Weiterbeschäftigung für einen Zeitraum nach Zugang der außerordentlichen Kündigung innerhalb von drei Wochen gerichtlich geltend gemacht hat.

BAGE 106, 72 = NZA 2004, 283 = NJW 2004, 2260; ErfK/Kiel, 8. Aufl., § 6 KSChG Rn 3; Stahlhacke/Preis/Vossen-Vossen, Rn 1821; KR-Friedrich, § 6 KSChG Rn 29a; HWK/Pods/Quecke, § 6 KSChG Rn 6; v. Hoyningen-Huene/Linck, § 6 KSChG Rn 10; HaKo-Gallner, § 6 KSChG Rn 1c u. 19; APS/Ascheid/Hesse, Kündigungsr., 3. Aufl., § 6 KSChG Rn 18; Thüsing/Laux/Lembke-Wiehe, KSChG, § 6 Rn 6; KDZ/Zwanziger, KSChR, 6. Aufl., § 6 KSChG Rn 7.

3. **Zweck der gesetzlichen Regelung des § 6 KSChG** ist es, im Zusammenspiel mit § 4 KSChG **frühzeitig Rechtsklarheit und -sicherheit zu schaffen**. § 6 KSChG will den - häufig rechtsunkundigen - Arbeitnehmer vor einem unnötigen Verlust seines Kündigungsschutzes aus formalen Gründen schützen (vgl. hierzu HaKo-Gallner, § 6 KSChG Rn 1, 9 u. 19 m.w. Nachw.).

Der Arbeitnehmer ist nach §§ 4, 6 KSChG nur verpflichtet, durch eine rechtzeitige Anrufung des ArbG seinen Willen, sich gegen die Wirksamkeit einer Kündigung wehren zu wollen, genügend klar zum Ausdruck zu bringen. Dieser Wille des Arbeitnehmers, eine Beendigung seines Arbeitsverhält-

nisses nicht zu akzeptieren und das Arbeitsverhältnis auch in Zukunft fortsetzen zu wollen, kann während der dreiwöchigen Klagefrist auch ohne ausdrücklichen Hinweis auf eine ganz konkrete Kündigungserklärung für den Kündigenden hinreichend klar zum Ausdruck kommen, Z.B. indem der Arbeitnehmer eine Leistungsklage erhoben hat, deren Anspruch zwingend die Unwirksamkeit der ausgesprochenen Kündigung voraussetzt. Diesem Regelungszweck dient auch die neue Fassung des § 6 KSchG.

vgl. HWK/Pods/Quecke, § 6 KSchG Rn 1; BAG, NZA 1988, 129 = NJW 1988, 581 = AP KSchG 1969 § 6 Nr. 3 = EzA BGB § 140 Nr. 12; vgl. ErfK/Kiel, § 6 KSchG Rn 4; KDZ/Zwanziger, § 6 KSchG Rn 5; HaKo-Gallner, § 6 KSchG Rn 1; AnwK-Dreher/Schmitz-Scholemann, § 6 KSchG Rn 7; zur Auslegung vgl. auch BAGE 73, 30 = NZA 1994, 237 = NJW 1994, 1084

Das **Interesse des Arbeitgebers** an einer schnellen Klärung der Rechtslage und sein Vertrauen in den Bestand der ausgesprochenen Kündigung **wird hierdurch regelmäßig nicht bzw. nur geringfügig berührt** und muss unter Berücksichtigung des Sinns und Zwecks des § 6 KSchG zurücktreten.

vgl. HaKo-Gallner, § 6 KSchG Rn 1; Dornbusch/Fischermeier/Löwisch/Bröhl, ArbeitsR, § 6 KSchG Rn 1.

- II. Nach diesen Grundsätzen ist unter Berücksichtigung des Weiterbeschäftigungsantrags in entsprechender Anwendung von § 6 KSchG von einer fristwahrenden Klageerhebung auch gegen eine zweite Kündigung auszugehen.

*„Der Bekl. musste hierdurch **hinreichend deutlich** geworden sein, dass der Kl. die Beendigung seines Arbeitsverhältnisses nicht akzeptiert und er eine Fortsetzung seines Arbeitsverhältnisses mit ihr erstrebt. Das gilt jedenfalls bei der hier gegebenen Konstellation, bei der die Kündigungsgründe für beide Kündigungserklärungen identisch waren und die begehrte – ggf. auch nur vorläufige - Weiterbeschäftigung auch nach dem 31.07.2004 ein fortbestehendes Arbeitsverhältnis voraussetzt.*

*Gegen das Ergebnis kann nicht eingewandt werden, dass der Kl. keinen „isolierten“ Weiterbeschäftigungsantrag gerichtlich geltend gemacht hat, sondern ihn in Verbindung mit der ersten, außerordentlichen mit Auslauffrist ausgesprochenen Kündigung vom 25.06.2004 gestellt hat. Auch aus diesem Antrag wird die Intention des Kl. hinreichend deutlich, sich zumindest grundsätzlich gegen solche Beendigungserklärungen zu wenden, die auf dieselben Gründe gestützt werden und das Arbeitsverhältnis sogar zu einem deutlich früheren Zeitpunkt beenden sollten.*

*Etwas Anderes mag gelten, wenn der Arbeitgeber eine zweite Kündigung aus anderen Kündigungsgründen oder zu einem anderen, deutlich späteren Beendigungstermin erklärt hat. Im vorliegenden Fall konnte jedoch die Bekl. nicht davon ausgehen, der Kl. werde die außerordentliche Kündigung mit Auslauffrist nicht, hingegen die früher wirkende zweite fristlose Kündigung ohne weiteres akzeptieren.“ (BAG aaO).*

ZPO  
§ 3

### Feststellungsklage Streitwert bei Forderung aus unerlaubter Handlung

ZPO

(BGH in NJW 2009, 920; Beschluss vom 22.01.2009 – IX ZR 235/08)

Der **Streitwert einer Klage, mit der die Feststellung** **begehrt wird**, eine angemeldete Forderung beruhe auf einer vorsätzlich begangenen unerlaubten Handlung, **bemisst sich nicht nach dem Nennwert der Forderung. Maßgeblich sind** vielmehr die **späteren Vollstreckungsaussichten** des Gläubigers.

- I. **Die Frage**, nach welchen Maßstäben der Streitwert einer Klage, mit der die Feststellung begehrt wird, eine angemeldete Forderung beruhe auf einer vorsätzlich begangenen unerlaubten Handlung (§ 184 InsO), zu bestimmen ist, **wird in der instanzgerichtlichen Rspr. und im Schrifttum unterschiedlich beurteilt.**

Einigkeit besteht nur darin, dass die Bestimmung des § 182 InsO, nach der für den Wert der Insolvenzfeststellungsklage gegen den Insolvenzverwalter oder einen bestreitenden Gläubiger ausschließlich die zu erwartende Insolvenzquote maßgeblich ist, auf die Klage nach § 184 InsO nicht anzuwenden ist.

Kießner, Frankfurter Komm. z. InsO, 5. Aufl., § 182 Rn 11; MüKo-InsO/Schumacher, 2. Aufl., § 182 Rn 4; Uhlenbruck, InsO, 12. Aufl., § 182 Rn 10; Graf-Schlicker, InsO, § 182 Rn 6; Herchen, Hamburger Komm. z. InsolvenzR, 2. Aufl., § 182 Rn 3; Braun/Specovius, InsO, 3. Aufl., § 182 Rn 11

1. **Eine Ansicht** geht davon aus, der Streitwert bemesse sich nach dem **Nominalwert der geltend gemachten Forderung abzgl. einer etwaigen Insolvenzquote**. Das Interesse des Feststellungsklägers bestehe in erster Linie darin, zu verhindern, dass der Insolvenzschuldner nach Abschluss der Wohlverhaltensperiode von der - bereits titulierten - Schuld befreit wird. Dieses Interesse, den titulierten Anspruch materiell zu erhalten, werde unabhängig von den konkreten Befriedigungsmöglichkeiten durch dessen Höhe bestimmt. Der Streitwert sei daher nach den allgemeinen Vorschriften (§§ 2, 3 ZPO) zu bestimmen.

OLG Hamm NZI 2007, 249; OLG Karlsruhe JurBüro 2007, 648; LG Mühlhausen ZVI 2004, 504; Kießner, Frankfurter Komm. z. InsO, § 182 Rn 11a; MüKo-InsO/Schumacher, § 184 Rn 3; Herchen, Hamburger Komm. z. InsolvenzR, § 182 Rn 3; Braun/Specovius, § 182 Rn 11; Musielak/Heinrich, ZPO, 6. Aufl., § 3 Rn 30 - Stichwort Insolvenzverfahren

2. Nach einer **anderen Auffassung** ist nicht der Nominalwert der Insolvenzforderung maßgeblich, sondern **auf die späteren Vollstreckungsaussichten** des Insolvenzgläubigers nach Beendigung des Insolvenzverfahrens und Erteilung der Restschuldbefreiung **abzustellen**. Auch müsse berücksichtigt werden, dass es sich lediglich um eine Feststellungsklage handele und der Schuldner nicht

die Forderung an sich bestreite, sondern nur die geltend gemachte vorsätzliche Begehungsweise. Müssten die künftigen Vollstreckungsaussichten „eher zurückhaltend“ beurteilt werden, so sei ein deutlicher Abschlag von 75% gerechtfertigt.

OLG Celle ZInsO 2007, 42; OLG Celle NZI 2007, 473; OLG Rostock NZI 2007, 358; LG Kempten ZInsO 2006, 888; Depré, Heidelberger Komm. z. InsO, 5. Aufl., § 182 Rn 1; Kübler/Prütting/Bork, InsO, § 184 Rn 113f.

## II. BGH aaO stimmt der letztgenannten Auffassung zu.

„In der Rspr. des BGH ist anerkannt, dass sich bei einer Feststellungsklage die Beschwer des Bekl. danach bemisst, wie hoch oder gering das Risiko einer tatsächlichen Inanspruchnahme durch den Feststellungskl. ist (vgl. BGH VersR 1958, 318; NJW-RR 1991, 509 = AnwBl 1992, 451; NJW-RR 2001, 316). Die **zweifelhafte Realisierbarkeit des festzustellenden Anspruchs ist auch für die Festsetzung des Streitwerts maßgeblich** (Kayser, Handkomm-ZPO, 2. Aufl., § 3 Rn 15 - Feststellungsklage; Zöller/Herget, ZPO, 27. Aufl., § 3 - Stichwort Feststellungsklagen).

Dies gilt ebenfalls für die hier in Rede stehende Feststellungsklage nach § 184 InsO: Bei der Mehrzahl der insolventen Verbraucher wird dann, wenn ein Vollstreckungstitel von der Restschuldbefreiung ausgenommen wird, nach Abschluss des Insolvenzverfahrens eine Vollstreckung gegen den Schuldner nicht möglich sein, so dass das **wirtschaftliche Interesse an der Feststellung des Anspruchsgrundes** als auf unerlaubter Handlung beruhend nicht allzu hoch ist. Dieser allgemein bekannten Erfahrung muss bei der Bemessung des Streitwerts einer Feststellungsklage angemessen Rechnung getragen werden, indem die späteren Vollstreckungsaussichten des Feststellungskl. nach Erteilung der Restschuldbefreiung für den Schuldner konkret bewertet werden. Können diese anhand der voraussichtlichen wirtschaftlichen Lage des Schuldners auch für die Zeit nach Erteilung der Restschuld nicht als günstig angesehen werden, sind deutliche Abschläge vom Nominalwert der Deliktsforderung sachlich gerechtfertigt.“ (BGH aaO).

ZPO  
§ 323 I

### Abänderungsklage Präklusionswirkung

ZPO

(OLG Köln in FamRZ 2009, 448; Beschluss vom 23.09.2009 – 4 UF 23/08)

Eine **unsorgfältige frühere Prozessführung kann nicht über § 323 I ZPO** mit der Abänderungsklage in einem Folgeprozess **beseitigt werden. Notwendige Folge** eines früheren unvollständigen Prozessvortrags, wonach nicht ausreichend substantiiert vorgetragen worden ist, ist, dass der Abänderungskl. nach wie vor **mit der Geltendmachung nach § 323 II ZPO ausgeschlossen** ist.

„Eine unsorgfältige frühere Prozessführung kann nicht über § 323 ZPO beseitigt werden. Der Vortrag des Kl. in hiesigem Verfahren stellt sich als Fortschreibung seines Vortrags in den vorhergehenden Verfahren dar. Schon daraus erhellt, dass der Kl. nach wie vor hiernach präkludiert ist und auch Billigkeitsgesichtspunkte nicht dazu führen können, dass der **Grundsatz der bestehenden Rechtskraft** durchbrochen werden darf.“ (OLG Köln aaO).

ZPO  
§ 767 I

### Vollstreckungsabwehrklage Erfüllungseinwand

ZPO

(OLG Nürnberg in FamRZ 2009, 450; Beschluss vom 23.09.2009 – 4 UF 23/08)

Der **Einwand der Erfüllung eines Kostenerstattungsanspruchs** durch Prozesskostenvorschusszahlungen kann **im Wege der Vollstreckungsabwehrklage geltend gemacht** werden, wenn die Erfüllungswirkung zwischen den Parteien streitig ist.

„Der **Einwand der Erfüllung ist ein materiell-rechtlicher Einwand**, der im Wesentlichen von der - zwischen den Parteien streitigen - Frage abhängt, inwieweit die geleisteten Vorschusszahlungen hinsichtlich des titulierten Kostenerstattungsanspruchs Erfüllungswirkung haben. Materiell-rechtliche Einwendungen gegenüber dem Kostenerstattungsanspruch sind aber grundsätzlich nicht im **Kostenfestsetzungsverfahren** zu berücksichtigen. Dieses hat nur den **Zweck, die Kostengrundentscheidung der Höhe nach zu beziffern**. Außerhalb dieser Zielsetzung liegende **sonstige Streitigkeiten** zwischen den Parteien werden **nicht mit entschieden**.

Für materiell-rechtliche Einwendungen und Einreden steht die Vollstreckungsabwehrklage (§ 767 ZPO) offen, wobei die zeitliche Sperre des § 767 II ZPO nicht gilt (Zöller/Herget, ZPO, 26. Aufl., § 104 Rn 21, Stichwort „materiell-rechtliche Einwendungen“). Dem entspricht es auch, dass geleistete Prozesskostenvorschüsse im Kostenfestsetzungsverfahren grundsätzlich nicht zu beachten sind. Ein bezahlter Vorschuss ist im Kostenfestsetzungsverfahren von den zu erstattenden Kosten lediglich dann als Erfüllung abzuziehen, wenn der Vorschuss unstreitig ist und der Deckung der betreffenden Kosten diene oder der Vorschussempfänger selbst die Absetzung beantragt (Stein/Jonas-Bork, ZPO, 22. Aufl., § 104 Rn 21).“ (OLG Nürnberg aaO).

ZPO  
§ 551 III 1 Nr.2

### Revisionsbegründung inhaltliche Anforderungen

ZPO

(BAG in DB 2009, 632; Urteil vom 28.01.2009 – 4 AZR 912/07)

Eine **Revisionsbegründung muss** den behaupteten **Rechtsfehler des Berufungsgerichts** so aufzeigen, dass Gegenstand und Richtung des Revisionsangriffs erkennbar sind und eine **Auseinandersetzung mit den Urteilsgründen des angefochtenen Urteils** enthalten. Dies erfordert eine konkrete Darlegung der Gründe, aus denen das angefochtene Urteil rechtsfehlerhaft sein soll.

„Bei Sachrügen sind **diejenigen Umstände bestimmt zu bezeichnen, aus denen sich die Rechtsverletzung ergibt**, § 551 III 1 Nr. 2a ZPO. Die Revisionsbegründung muss die Rechtsfehler [der Vorinstanz] so aufzeigen, dass Gegenstand und Richtung des Revisionsangriffs erkennbar sind. Daher muss die Revisionsbegründung eine Auseinandersetzung mit den Gründen des angefochtenen Urteils enthalten. Dadurch soll sichergestellt werden, dass der Prozessbevollmächtigte des Revisionsklägers das angefochtene Urteil im Hinblick auf das Rechtsmittel überprüft und mit Blickrichtung auf die



(VG Berlin in DVBl 2009, 264; Urteil vom 17.12.2008 – 27 A 245.08)

Für **internetfähige Computer in Büroräumen**, die einer **dienstlichen Verwendung** unterliegen, ist **keine Rundfunkgebühr** zu zahlen.

- I. Grds. sind PC nach der gesetzlichen Definition des **§ 1 I 1 RfGebStV** als Rundfunkempfangsgeräte anzusehen, denn sie sind - auch - geeignet, Rundfunkdarbietungen hörbar oder sichtbar zu machen oder solche aufzuzeichnen.

Dabei kommt es nicht darauf an, ob die PC internetfähig sind oder nicht, weil auch nicht internetfähige Rechner durch die technisch unaufwendige Einbringung einer Radio- oder DVBT-Karte oder durch den Anschluss eines entsprechenden USB-Sticks die tatsächliche Möglichkeit des Empfangs von Rundfunkdarbietungen erhalten; die erforderliche Karte oder der USB-Stick sind wie die zum terrestrischen Fernsehempfang notwendigen DVBT-Set-Top-Boxen als Zusatzgeräte anzusehen, deren Vorhandensein für die Beurteilung der Frage, ob das Grundgerät als Rundfunkempfangsgerät anzusehen ist, ohne Belang ist.

Die Rundfunkgebührenpflicht für ein Rundfunkempfangsgerät wird durch die Rundfunkteilnehmerschaft begründet (§ 2 II RfGebStV). Nach § 1 II RfGebStV ist Rundfunkteilnehmer, wer ein Rundfunkempfangsgerät zum Empfang bereithält. Die Definition des Begriffes „zum Empfang bereithält“ erfolgt gesetzlich in § 1 II 2 RfGebStV: Danach wird ein Rundfunkempfangsgerät zum Empfang bereitgehalten, wenn damit ohne besonderen technischen Aufwand Rundfunkdarbietungen empfangen werden können; ob das Gerät tatsächlich zum Empfang von Rundfunkdarbietungen genutzt wird, ist aufgrund des Wortlauts der Vorschrift, die allein auf eine Nutzungsmöglichkeit abstellt, irrelevant (ständige Rechtsprechung, vgl. z.B. BVerfGE 90, 60).

- II. Obgleich der **Wortlaut des Gesetzes** damit für eine - im Rahmen des § 5 RfGebStV - bestehende Rundfunkgebührenpflicht für zu Büro Zwecken genutzte PC spricht, bedarf dieses Ergebnis einer Korrektur, denn die durch §§ 1 II 2, 2 II RfGebStV erfolgte Anknüpfung der Rundfunkgebührenpflicht an die bloße Möglichkeit der Nutzung eines Rundfunkempfangsgeräts zum Empfang von Rundfunkdarbietungen ist nur dann gerechtfertigt, wenn typischerweise - wie bei den „herkömmlichen“ monofunktionalen Empfangsgeräten wie Radio, Fernsehgerät, Recorder - davon ausgegangen werden kann, dass der Verfügungsberechtigte das Gerät auch tatsächlich zum Empfang von Rundfunkdarbietungen nutzt.

1. Es widerspricht dem **Prinzip der Gebührengerechtigkeit**, auch dann ausschließlich auf die Möglichkeit eines Empfangs abzustellen, wenn der Eigentümer oder Besitzer typischerweise das Gerät nicht zum Empfang von Rundfunkdarbietungen nutzt, da die Rundfunkgebühr in einem solchen Falle zu einer bloßen Besitzabgabe werde (vgl. OVG Münster, Urteil vom 02.03.2007 - 19 A 378/06 -, betr. originalverpackt abgegebene Rundfunkempfangsgeräte beim Lebensmitteldiscounter, juris, Rn 28).

*„Es kann bereits nicht davon ausgegangen werden, dass (internetfähige) PC typischerweise (auch) zum **Empfang von Rundfunkdarbietungen** genutzt werden. **Eine solche Nutzung bildet** vielmehr auch gegenwärtig einen **Ausnahmefall** (vgl. VG Münster, Urteil vom 26.09.2008, - 7 K 1473/07 -, juris, Rn 31-33). Denn anders als bei herkömmlichen Rundfunkempfangsgeräten stellt bei PC der Empfang von Rundfunkdarbietungen nur eine von vielfachen anderen Nutzungsmöglichkeiten dar. **Typischerweise erfolgt die Nutzung von PC in Unternehmen oder Behörden** zu ganz anderen Zwecken, nämlich zur **Informationsbeschaffung und -Verarbeitung, für telekommunikative Anwendungen, als Datenbank** oder zur **Textverarbeitung**, jedenfalls zur **Erladigung der unternehmenstypischen Aufgaben**; aus dem bloßen Besitz von multifunktionalen Rechnern kann daher nicht mehr automatisch auf ein Bereithalten zum Rundfunkempfang geschlossen werden. Die Ausführungen des Klägers zur Nutzung der in seinen Büroräumen befindlichen Rechner und zum Verbot der Nutzung zu außerdienstlichen Zwecken sind nicht nur unbestritten, sondern entsprechen auch der dem Gericht bekannten Praxis der Anweisungen zum Umgang mit Dienstcomputern.“* (VG Berlin aaO).

2. Eine allein aufgrund der tatsächlich bestehenden Möglichkeit, über das Internet die dort verbreiteten Rundfunkdarbietungen empfangen zu können, begründete Gebührenpflichtigkeit des Internet-Computers unterliegt zudem **verfassungsrechtlichen Bedenken**.

*„Diese gründen sich zunächst darauf, dass der **Internetzugang und die Nutzung des Internets** heutzutage gerade **im gewerblichen Bereich unerlässlich** ist, um den Anforderungen des Marktes zu genügen und steuerrechtlichen bzw. sozialversicherungsrechtlichen Pflichten, die eine Datenübermittlung per Internet fordern, nachkommen zu können. Wäre die Nutzung des Internets zwangsläufig mit einer Rundfunkgebührenpflicht verbunden - und diese Gebührenpflicht nur vermeidbar, indem der Betroffene auf die Internetnutzung verzichtet -, dürfte dies einen **Eingriff in das Grundrecht der Informationsfreiheit aus Art. 5 I HS 2 GG** darstellen, weil der Zugang zu an sich frei verfügbaren Informationen nicht mehr ungehindert möglich ist, obwohl die im Internet angebotenen Rundfunkdarbietungen für den Nutzer nur eine aufgedrängte Verwendungsmöglichkeit darstellen, die er nicht beeinflussen kann, obwohl sie für ihn entbehrlich sind (vgl. VG Koblenz, Urteil vom 15.07.2008 - 1 K 496/08.KO -, juris, Rn 29, 30). Da der Kreis der Betroffenen, die auf die Nutzung des Internets angewiesen sind, einer Rundfunkgebührenpflicht nicht entgehen könnte, obwohl er Rundfunkdarbietungen nicht empfängt und auch nicht empfangen will, würde sich die Abgabe im Übrigen nicht als **bloße „Besitzabgabe“**, sondern als Steuer darstellen und sich damit von ihrem **eigentlichen Rechtscharakter als Beitrag für die Rundfunkteilnehmerschaft**, dessen Begründung wie auch Beendigung vom Willen des Teilnehmers abhängig ist (vgl. § 2 I u. II RfGebStV) entfernen.“* (VG Berlin aaO).

## Steuerrecht

AO  
§ 124 I 1

### Zustellung eines vordatierten Bescheids Wirksamkeit

SteuerR

(BFH in DB 2009, 493; Urteil vom 20.11.2008 – III R 66/07)

Auch ein **Steuerbescheid**, der bereits **vor dem Datum des Bescheids zugestellt** wird, ist **wirksam bekannt gegeben**, so dass die Einspruchsfrist mit Bekanntgabe des Bescheids zu laufen beginnt.

- I. Nach **§ 124 I 1 AO 1977** wird ein Verwaltungsakt gegenüber demjenigen, für den er bestimmt ist oder der von ihm betroffen wird, in dem Zeitpunkt wirksam, in dem er ihm bekannt gegeben wird.
- II. **Dem Wirksamwerden** des Bescheides im Zeitpunkt seiner Bekanntgabe **steht nicht entgegen, dass er zeitlich vor dem in dem Bescheid angegebenen Datum bekannt gegeben** wurde.

Nach § 124 I 2 AO 1977 wird ein Verwaltungsakt mit dem Inhalt wirksam, mit dem er bekannt gegeben wurde.

1. Zum **Inhalt des Verwaltungsakts** gehört:
  - die **Angabe des Adressaten**,
  - der **Verfügungs- oder Entscheidungssatz** (sog. Ausspruch oder Tenor)

Das ist bei einem Steuerbescheid die Steuerfestsetzung bzw. Steuermessbetragsfestsetzung.

2. **Nicht zum Inhalt gehört das Datum des Bescheids**, denn das Bescheiddatum hat lediglich die Funktion, die Steuerfestsetzung zeitlich zu fixieren und in diesem Sinne den Bescheid zu kennzeichnen (BFH BFH/NV 2001, 1365; Tipke/Kruse, § 119 AO 1977, Rn 7).

*„Entgegen der Auffassung der Kl. ist bei einem vor dem Bescheiddatum bekannt gegebenen Steuerbescheid **nicht** von einem **fehlenden Bekanntgabewillen der Behörde** auszugehen. Der Bekanntgabewille ergibt sich vielmehr aus der Aktenverfügung des Sachbearbeiters, die auf den Zeitpunkt, zu dem der Bescheid maschinell im Rechenzentrum ausgedruckt wird, und auf das Datum, mit dem der Bescheid versehen wird, grundsätzlich keinen Einfluss hat.*

*Dass der Bescheid - offenbar auf Grund eines Versehens - nicht erst am 14.11.2005 (Bescheiddatum), sondern bereits zu einem früheren Zeitpunkt mit Postzustellungsurkunde abgesandt wurde und den Kl. daher schon am 07.11.2005 zugestellt wurden, stellt den Bekanntgabewillen des Finanzamt und die Wirksamkeit des Bescheids nicht infrage.“ (BFH aaO).*

AO  
§ 378

### Steuerberater bußgeldrechtliche Verantwortlichkeit

SteuerR

(OLG Zweibrücken in NSTZ-RR 2009, 81; Beschluss vom 23.10.2008 - 1 Ss 140/08)

Ein **Steuerberater** hat den **Ordnungswidrigkeitentatbestand des § 378 AO** dann **nicht erfüllt, wenn er die Steuererklärung seines Mandanten lediglich vorbereitet** hat und diese vom Steuerpflichtigen unterzeichnet sowie eingereicht wird, weil es in diesem Falle an eigenen Angaben des Steuerberaters gegenüber dem Finanzamt fehlt.

*„Nach dem **Wortlaut der Vorgängerregelung des § 404 RAO** („bewirkt“) genügt zur Tatbestandserfüllung die ursächliche Herbeiführung des Erfolges der Steuerverkürzung. Die Neuregelung enthält demgegenüber unter Bezugnahme auf § 370 I AO als zusätzliches Tatbestandsmerkmal das Erfordernis, dass der Stpfl. oder derjenige, der in Wahrnehmung der Angelegenheiten eines Stpfl. handelt, gegenüber der Finanzbehörde unrichtige oder unvollständige Angaben macht. Dies hat einen engeren Anwendungsbereich der Norm zur Folge. Durch die Einreichung der vom Stpfl. unterzeichneten Steuererklärung hat dieser entsprechend seiner steuerrechtlichen Verpflichtung Angaben gegenüber dem Finanzamt gemacht, es ist seine Erklärung, für die er mit seiner Unterschrift die Verantwortung übernommen hat, nicht die des Steuerberaters. Dies gilt selbst im Falle eines sog. **Mitwirkungsvermerks** des Steuerberaters (hierzu enthalten die Urteilsgründe keine ausdrückliche Feststellung), weil die Mitwirkung bei der Anfertigung der Steuererklärung nur die Vorbereitung der Steuererklärung des Stpfl. beinhaltet und eine vom Steuerberater gegenüber seinem Mandanten geschuldete und erbrachte Leistung und gegenüber diesem gemachte Erklärung darstellt. Dem entspricht auch, dass der Steuerberater nicht als Sachwalter des Finanzamts, sondern Beistand des Stpfl. anzusehen ist (Klein/Gast-de Haan, AO, 9. Aufl., § 378 Rn 7).*

*Soweit in der **finanzgerichtlichen Rspr. vom BFH** eine gegenteilige Auffassung vertreten wird (Urteil vom 19.12.2002 - IV R 37/01 - Juris), die eine weitergehende Verantwortlichkeit des Steuerberaters nach § 378 I AO annimmt, überzeugt diese nicht: Dem **abweichenden Wortlaut der Neufassung der Norm** wird dabei nach Auffassung des Senats nicht die Bedeutung beigemessen, die unter Berücksichtigung des auch im Ordnungswidrigkeitenrecht geltenden **verfassungsrechtlichen Bestimmtheitsgebots** (Art. 103 II GG, §§ 1 StGB, 3 OWiG) angebracht ist. Danach ist eine **restriktive Auslegung von Straf- und auch Bußgeldnormen geboten**, nur solche Handlungen können als tatbestandsmäßig angesehen werden, die sich ohne weiteres und sicher dem Wortlaut der Bestimmung unterordnen lassen (BGH NJW 2008, 2516). Der Wortlaut des § 378 AO verlangt in objektiver Hinsicht die Begehung einer der in § 370 I bezeichneten Taten. Der Gesetzgeber hat damit gerade die weitergehende vorherige Fassung („bewirkt“) fallengelassen. Dem trägt die Entscheidung des BFH nicht Rechnung; dies kommt insbesondere dadurch zum Ausdruck, dass entscheidend auf eine Entscheidung des RG aus dem Jahre 1923 abgestellt wird, die naturgemäß auf der Grundlage der weiter gefassten Vorgängerregelung ergangen war (vgl. hierzu auch Franzen/Gast/Joecks, Steuerstrafrecht, 6. Aufl., § 378 Rn 24). Zu berücksichtigen ist auch, dass die Entsch. des BFH nicht unmittelbar die Ahndung einer Tat und Festsetzung einer Geldbuße zum Gegenstand hatte, sondern die Frage der*

Tatbestandsverwirklichung nur von indirekter Bedeutung für eine weitere Rechtsfrage war (Festsetzungsfrist nach § 169 II 2 AO). Die Voraussetzungen für eine Vorlage an den BGH nach § 121 II GVG liegen damit nicht vor.“ (OLG Zweibrücken aaO).

**ESTG** **Arbeitslohn** **SteuerR**  
**§§ 4 V, 9 V** **vom Arbeitgeber übernommene Geldbußen und -auflagen**  
 (BFH in NJW 2009, 1167; Urteil vom 22.07.2008 – VI R 47/06)

**Übernimmt ein Arbeitgeber nicht aus ganz überwiegend eigenbetrieblichem Interesse die Zahlung einer Geldbuße und einer Geldauflage**, die gegen einen bei ihm beschäftigten Arbeitnehmer verhängt worden sind, so **handelt es sich hierbei um zu versteuernden Arbeitslohn**.

- I. Nach **§ 19 I 1 Nr. 1 EStG** gehören u.a. Bezüge und Vorteile, die für eine Beschäftigung im öffentlichen oder privaten Dienst gewährt werden, zu den Einkünften aus nichtselbstständiger Arbeit.
  1. Dem **Tatbestandsmerkmal „für“** ist nach st. Rspr. zu entnehmen, dass ein dem Arbeitnehmer vom Arbeitgeber zugewendeter Vorteil **Entlohnungscharakter für das Zurverfügungstellen der Arbeitskraft** haben muss, um als Arbeitslohn angesehen zu werden. Dagegen sind solche Vorteile kein Arbeitslohn, die sich bei objektiver Würdigung aller Umstände nicht als Entlohnung, sondern lediglich als notwendige Begleiterscheinung betriebsfunktionaler Zielsetzung erweisen.
  2. Ein Vorteil wird dann aus ganz überwiegend **eigenbetrieblichem Interesse** gewährt, wenn im Rahmen einer Gesamtwürdigung aus den Begleitumständen der Zuwendung zu schließen ist, dass der jeweils verfolgte **betriebliche Zweck im Vordergrund** steht. In diesem Fall des „ganz überwiegend“ eigenbetrieblichen Interesses kann ein damit einhergehendes eigenes Interesse des Arbeitnehmers, den betreffenden Vorteil zu erlangen, vernachlässigt werden.
- II. Die danach erforderliche **Gesamtwürdigung** hat insbesondere **Anlass, Art und Höhe des Vorteils, Auswahl der Begünstigten, freie oder nur gebundene Verfügbarkeit, Freiwilligkeit oder Zwang zur Annahme des Vorteils** und seine **besondere Geeignetheit für den jeweils verfolgten betrieblichen Zweck** zu berücksichtigen. Tritt das Interesse des Arbeitnehmers gegenüber dem des Arbeitgebers in den Hintergrund, kann eine Lohnzuwendung zu verneinen sein. Ist aber - neben dem eigenbetrieblichen Interesse des Arbeitgebers - ein nicht unerhebliches Interesse des Arbeitnehmers gegeben, so liegt die Vorteilsgewährung nicht im ganz überwiegend eigenbetrieblichen Interesse des Arbeitgebers und führt zur Lohnzuwendung.

BFHE 212, 574 = BStBl II 2006, 691 = NJW 2006, 2512; BFHE 218, 370 = BStBl II 2007, 892 = NJW 2007, 3088; BStBl II 2008, 378 = NJW 2008, 1838 = NZA-RR 2008, 423

„Zwar hat das FG (auch) darauf abgestellt, dass der Kl. die ihm zur Last gelegten Taten **in Ausübung seiner Geschäftsführertätigkeit** für die GmbH begangen habe. Allein dies begründet noch nicht den Schluss, dass die Übernahme der hierfür verhängten Geldbuße bzw. -auflage nur im eigenen Interesse des Kl. gestanden hat. Vielmehr vermag der Umstand, dass ein Arbeitnehmer die ihm zur Last gelegten Taten im Rahmen seiner Geschäftsführertätigkeit für den Arbeitgeber begangen hat, grundsätzlich auch ein eigenbetriebliches Interesse des Arbeitgebers an der Übernahme einer gegen den Arbeitnehmer verhängten Geldbuße bzw. -auflage zu begründen. Die Kl. weisen insoweit zu Recht darauf hin, dass betriebliche Gesichtspunkte für eine finanzielle Entlastung des Geschäftsführers sprechen können. Das FG ist jedoch zutreffend auch davon ausgegangen, dass eine Wechselwirkung zwischen der Intensität des eigenbetrieblichen Interesses des Arbeitgebers und dem Ausmaß der Bereicherung bzw. Entlastung des Arbeitnehmers besteht. Je höher aus der Sicht des Arbeitnehmers die Bereicherung anzusetzen ist, desto geringer zählt das aus der Sicht des Arbeitgebers vorhandene eigenbetriebliche Interesse (BFHE 212, 574 = BStBl II 2006, 691 = NJW 2006, 2512). Das FG hat insoweit den Verdienst des Kl. mit der Höhe der Geldbuße und -auflage abgewogen und hieraus auf ein erhebliches wirtschaftliches Interesse des Kl. an der Übernahme der Geldbeträge geschlossen; diese Würdigung ist nicht nur möglich, sondern auch nachvollziehbar. Demgegenüber hat das FG ein - von ihm schließlich zu Gunsten der Kl. unterstelltes - eigenbetriebliches Interesse der GmbH als nachrangig angesehen. Auch diese Würdigung ist möglich und entspricht den genannten Grundsätzen.“ (BFH aaO).

**ESTG** **Schadensersatzrente nach § 844 II BGB** **SteuerR**  
**§ 22 Nr. 1** **unterliegt nicht der Einkommenssteuerpflicht**  
 (BFH in DB 2009, 485; Urteil vom 26.11.2008 – X R 31/07)

Eine **Schadensersatzrente nach § 844 II BGB**, die den durch den Tod des Ehegatten eingetretenen materiellen Unterhaltsschaden ausgleicht, **unterliegt nicht der Einkommensteuerpflicht** nach § 22 Nr. 1 EStG.

- I. Der **Besteuerungstatbestand des § 22 Nr. 1 EStG** ist i.d.R. **nur dann erfüllt, wenn die Leistungen andere steuerbare Einnahmen ersetzen**, im Falle der Korrespondenz (Realsplittung, dauernde Last) unabhängig von der Geltung eines allgemeinen Prinzips, sowie in Fällen, in denen die Zahlungen einen Zinsanteil enthalten. Eine Steuerbarkeit wegen der äußeren Form kennt das Einkommensteuerrecht nicht. Ist eine Leistung als Einmalzahlung nicht steuerbar, wird sie es auch nicht dadurch, dass sie als zeitlich gestreckt vereinbart wird (BFH BeckRS 2002, 25002615 = BFH/NV 2002, 1575).

Der **VIII. Senat des BFH** (BFHE 175, 439 = BStBl II 1995, 121 = NJW 1995, 1238 = NVwZ 1995, 831) hat im Hinblick auf die Mehrbedarfsrente nach § 843 I BGB seine zur Steuerbarkeit von Schadensersatzrenten vertretene Rspr. auf die Fälle eingeschränkt, in denen Ersatz für andere, steuerbare Einkünfte geleistet wird.

II. **BFH aaO** folgt nunmehr dieser Rechtsauffassung: Danach ist eine Unterhaltsrente nach § 844 II BGB nicht steuerbar, da sie lediglich den durch das schädigende Ereignis entfallenden, nicht steuerbaren Unterhaltsanspruch ausgleicht und nicht Ersatz für entgangene oder entgehende Einnahmen i.S. der in § 2 I 1 Nr. 1 bis 7 EStG genannten Einkunftsarten gewährt (vgl. § 24 Nr. 1a EStG).

1. Anspruchsberechtigt nach § 844 II BGB ist derjenige, dem der Getötete Unterhalt kraft Gesetzes schulden würde (sog. Unterhaltsrente). Die Rente gem. § 844 II BGB ist ihrer **Rechtsnatur nach kein Unterhalt, sondern Schadensersatz** (BGH NJW 1974, 1373).

*„Diese **Anspruchsqualität** führt dazu, dass die Verhältnisse des Ersatzpflichtigen ohne Bedeutung sind; nur der tatsächliche Ausfall an Unterhalt ist zu ersetzen (Palandt/Sprau, BGB, 68. Aufl., § 844 Rn 8). Zudem sind die für den Unterhaltsanspruch geltenden speziellen Vorschriften nicht anwendbar (BGH BeckRS 2004, 01755 = FamRZ 2004, 526). War der Getötete zum Barunterhalt verpflichtet, hat der Ersatzverpflichtete den gesetzlich geschuldeten fiktiven Unterhalt auszugleichen (vgl. z.B. BGH NJW 2004, 358). Soweit der Getötete im Rahmen seiner unterhaltsrechtlichen Verpflichtung den Haushalt geführt oder im Beruf bzw. Geschäft des anderen Ehegatten mitgearbeitet hat (sog. Naturalunterhalt), ist auch dies bei der Berechnung des Unterhaltsschadens zu beachten.*

*Auch wenn die Rente nach § 844 II BGB ihrer Rechtsnatur nach kein Unterhalts-, sondern ein Schadensersatzanspruch ist, stützt sich der Anspruch aus § 844 II BGB aus Sicht des Geschädigten unmittelbar auf unterhaltsgesetzliche Regeln (§§ 1360ff. BGB). Die Unterhaltsrente nach § 844 II BGB gleicht keine steuerbaren Einnahmen, sondern den vom Getöteten geschuldeten fiktiven Unterhalt aus. Anders als bei der vom Finanzamt angeführten Witwenpension richtet sich die Höhe der Unterhaltsrente nach § 844 II BGB danach, wie sich die Unterhaltsbeziehungen zwischen dem Unterhaltsberechtigten und dem Unterhaltsverpflichteten bei Unterstellung seines Fortlebens nach dem Unfall entwickelt haben würden. Alle vorhersehbaren Veränderungen der Unterhaltsbedürftigkeit des Berechtigten und der (hypothetischen) Leistungsfähigkeit des Unterhaltspflichtigen, wäre er noch am Leben, sind bei der Bemessung der Unterhaltsrente einzubeziehen (BGH NJW 2004, 358). Deshalb greift ertragsteuerlich die Nichtsteuerbarkeit der Unterhaltsleistungen nach § 2 i.V. mit §§ 13ff. EStG und insbesondere nach § 22 Nr. 1 EStG, wonach „Bezüge ... an eine gesetzlich unterhaltsberechtigte Person“ in der Regel nicht steuerpflichtig sind. Der Bezug von Unterhalt und damit auch die Unterhaltsrente i.S. von § 844 II BGB sind mangels marktwirtschaftlicher Betätigung zur Einkunftszielung nicht einkommensteuerbar (so auch Beiser DB 2001, 1900). Schadensersatzleistungen nach § 844 II BGB erhöhen - gleichgültig, ob sie den Bar- oder Naturalunterhalt ausgleichen - nicht die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit des Empfängers (a. A. BMF-Schr., BStBl I 1995, 705). Sie dienen ausschließlich dazu, die durch das Schadensereignis entfallene wirtschaftliche Absicherung des Empfängers wiederherzustellen. Es fehlt die Absicht, Überschüsse zu erzielen (P.Kirchhof/Söhn/Mellinghoff, § 22 Rn B 408).“ (BFH aaO).*

2. Auch das sog. **Korrespondenzprinzip** gebietet nicht die Steuerbarkeit einer Unterhaltsrente; aus dem EStG lässt sich die generelle Geltung eines solchen Prinzips für die wiederkehrenden Bezüge nicht entnehmen.

BFHE 202, 464 = BStBl II 2004, 95 = NJW 2003, 3508 = ZEV 2003, 420; BFHE 175, 439 = BStBl II 1995, 121 = NJW 1995, 1238 = NVwZ 1995, 831; a.A. BMF-Schr., BStBl I 1995, 705

*„Die Abziehbarkeit beim Leistenden und die Besteuerung des Geleisteten beim Empfänger sind **zwei verschiedene, voneinander unabhängige Vorgänge**. Da die Besteuerung nach der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit das die Einkommensbesteuerung rechtfertigende, bestimmende und von Verfassungs wegen begrenzende Prinzip ist, sind Schadensersatzleistungen beim Verpflichteten abziehbar, wenn sie betrieblich oder beruflich veranlasst sind und seine Leistungsfähigkeit mindern. Ob der Empfänger der Leistungen diese versteuern muss, ist unerheblich.“ (BFH aaO).*

3. Schließlich ist in den einzelnen Rentenleistungen **kein steuerpflichtiger Zinsanteil** enthalten.

*„Wird ein Vermögensanspruch in wiederkehrenden Leistungen erfüllt, umfassen diese zwar grundsätzlich von Beginn an einen - steuerbaren - Zinsanteil (BFHE 170, 98 = BStBl II 1993, 298 = DStR 1993, 433 = NJW 1993, 3096). Insoweit sind dieselben Grundsätze wie bei langfristiger Stundung eines Zahlungsanspruchs anwendbar; dort beinhaltet die jeweilige Teilleistung einen Zinsanteil (BFHE 114, 79 = BStBl II 1975, 173 = BeckRS 1974, 22002883).*

*Dies ist indessen **nicht auf Unterhaltsrenten nach § 844 II BGB übertragbar**: Ansprüche auf die einzelnen Leistungen entstehen von Gesetzes wegen sukzessiv (vgl. § 844 II 1 HS 1 BGB). Nur bei Vorliegen eines wichtigen Grundes kann der Unterhaltsberechtigte vom Schädiger eine Abfindung in Kapital verlangen (§ 844 II 1 Halbs. 2 i.V. mit § 843 III BGB). Der Ersatzverpflichtete hat kein Recht, den unterhaltsberechtigten Dritten in Kapital abzufinden (Palandt/Sprau, § 843 BGB Rn 18). Daher ist die Vorstellung, die Schadensersatzrente enthalte wirtschaftliche Elemente einer darlehensähnlichen Überlassung von Kapital, verfehlt. Mit dem Ertragsanteil steuerbar wäre nur die vertragliche Verrentung eines - und sei es auf Grund eines Vergleichs (§ 779 BGB) - der Höhe nach feststehenden Schadensersatzanspruchs; durch die Vereinbarung einer zeitlichen Streckung überlässt der Gläubiger dem Schädiger Kapital zur Nutzung.“ (BFH aaO).*

EStG  
§§ 35a II 2 u. II 5

**haushaltsnahe Dienstleistungen**  
**Barzahlung ist steuerschädlich**

SteuerR

(BFH in NJW 2009, 1023; Urteil vom 20.11.2008 – VI R 14/08)

Die **Barzahlung einer Rechnung** aus der Inanspruchnahme von Handwerkerleistungen für Renovierungs-, Erhaltungs- und Modernisierungsmaßnahmen (sog. „haushaltsnahe Dienstleistungen“) ohne bankmäßige Dokumentation des Zahlungsvorgangs **schließt** die entsprechenden Aufwendungen von der **Steuerermäßigung** aus.

**Fall:** Die Kl. wurden im Streitjahr (2006) als Ehegatten zur Einkommensteuer zusammen veranlagt. In ihrer Einkommenssteuererklärung 2006 beantragten sie eine Steuerermäßigung für die Inanspruchnahme von Handwerkerleistungen für im Frühjahr 2006 durchgeführte Renovierungs-, Erhaltungs- und Modernisierungsmaßnahmen (Dacheindeckung) mit einem Lohnanteil i.H. von 4.872,00 €. Hierzu führten sie aus, dass der Handwerker wegen schlechter Erfahrungen mit der Zahlungsmoral auf Barzahlung bestanden habe und der Erhalt der Barzahlung auf dessen Rechnung bestätigt worden sei.

In seinem Einkommensteuerbescheid 2006 vom 23. 3. 2007 versagte der Bekl. (das Finanzamt) die Steuerermäßigung unter Hinweis auf die Barzahlung.

Die Barzahlung der Handwerkerrechnung schließt die begehrte Steuerermäßigung aus.

- I. Im Streitfall anwendbar ist **§ 35a II 2 EStG** in seiner erstmals für im Veranlagungszeitraum 2006 geleistete Aufwendungen geltenden Fassung des Jahressteuergesetzes 2007 vom 13.12.2006 (BGBl. I 2006, 2878) - EStG -.

Danach **ermäßigt sich die tarifliche Einkommensteuer**, vermindert um die sonstigen Steuerermäßigungen, **für die Inanspruchnahme von Handwerkerleistungen für Renovierungs-, Erhaltungs- und Modernisierungsmaßnahmen**, die in einem inländischen Haushalt des Steuerpflichtigen erbracht werden, mit Ausnahme der nach dem CO<sub>2</sub>-Gebäudesanierungsprogramm der KfW Förderbank geförderten Maßnahmen, auf Antrag um 20%, höchstens 600 €, der Aufwendungen des Steuerpflichtigen. Gem. § 35a II 5 EStG ist **Voraussetzung für die Steuerermäßigung** nach S. 2 der Vorschrift, dass der Steuerpflichtige die Aufwendungen durch **Vorlage einer Rechnung und die Zahlung auf das Konto des Erbringers der Handwerkerleistung** durch Beleg des Kreditinstituts nachweist.

- II. Dem **Wortlaut des § 35a II 5 EStG** ist nicht zu entnehmen, dass die Barzahlung von Handwerkerrechnungen ohne Einbindung eines Kreditinstituts und damit ohne jegliche bankmäßige Dokumentation des Zahlungsvorgangs die formellen Voraussetzungen der Steuerermäßigung nach § 35a EStG erfüllt.

*„Wenn der Gesetzgeber mit der Steuerermäßigung des § 35a EStG den Zweck verfolgt, einen Anreiz für Beschäftigungsverhältnisse im Privathaushalt zu schaffen und die **Schwarzarbeit in diesem Bereich zu bekämpfen** (vgl. z.B. BT-Dr 15/91, S. 19), so ist § 35a II 5 EStG eine folgerichtige Ausgestaltung dieser gesetzgeberischen Zielsetzung.*

*Denn die Vorschrift entspricht - typisierend - dem Erfahrungssatz, dass **Barzahlungen regelmäßig wesentliches Kennzeichen der Schwarzarbeit im Privathaushalt sind.**“ (BFH aaO).*

- III. Diese einfachrechtliche Würdigung begegnet **keinen verfassungsrechtlichen Bedenken**.

1. Die in den Gesetzesmaterialien eindeutig als Lenkungsnorm gekennzeichnete Vorschrift des § 35a EStG ist **gleichheitsrechtlich (Art. 3 I GG) nicht zu beanstanden**.

*„Für steuerliche Lenkungsnormen fordert das BVerfG neben der **Orientierung einer steuerlichen Förderung am Gemeinwohl**, dass der **Lenkungszweck von einer erkennbaren gesetzgeberischen Entscheidung getragen und seinerseits gleichheitsgerecht verfolgt** wird; führt ein Steuergesetz zu einer steuerlichen Verschonung, die einer gleichmäßigen Belastung der jeweiligen Steuergegenstände innerhalb einer Steuerart widerspricht, so kann eine solche Steuerentlastung vor dem Gleichheitssatz gerechtfertigt sein, wenn der Gesetzgeber das Verhalten des Steuerpflichtigen aus Gründen des Gemeinwohls lenken will (vgl. BVerfG, BFH/NV Beil. 4/2008, 295). Diesen Maßstäben wird § 35a EStG gerecht, soweit in Abs. 2 S. 5 der Vorschrift der Zahlungsnachweis nur durch Beleg eines Kreditinstituts zu erbringen ist. Denn die Ungleichbehandlung unbarer undbarer Zahlungsvorgänge rechtfertigt das am Gemeinwohl orientierte Ziel des Gesetzgebers, die Schwarzarbeit im Privathaushalt zu bekämpfen.*

*Auch soweit nach der **Neufassung des § 35a II 5 EStG** durch das Jahressteuergesetz 2008 vom 20.12.2007 (BGBl. I 2007, 3150) die Pflicht zur Vorlage der Nachweise mit Wirkung ab dem Veranlagungszeitraum 2008 entfallen ist, führt dies nicht zu einer widersprüchlichen Ausgestaltung der Regelung, die gleichheitsrechtliche Bedenken auch gegen die Vorschrift in ihrer früheren Fassung begründen könnte. Selbst wenn der Gesetzgeber u.a. zur Förderung der elektronischen Steuererklärung von der Pflicht zur Belegvorlage mit der Einkommenssteuererklärung abgesehen hat (vgl. BT-Dr 16/6739, S. 14), so ist nicht ersichtlich, dass damit der in den Gesetzesmaterialien erneut betonte Lenkungszweck der „Bekämpfung der Schwarzarbeit“ (BT-Dr 16/6739, S. 14) nicht mehr hinreichend konsequent und widerspruchsfrei verfolgt würde.“ (BFH aaO).*

2. § 35a II 5 EStG verstößt auch nicht gegen die in Art. 2 I GG verbürgte **allgemeine Handlungsfreiheit**.

*„Es kann offen bleiben, ob ein Steuergesetz, das keine belastende Wirkung entfaltet, sondern lediglich die Gewährung einer Steuerermäßigung von der Erfüllung bestimmter vom Steuerpflichtigen zu erbringender Nachweise abhängig macht, überhaupt in die allgemeine Handlungsfreiheit in deren Ausprägung als persönliche Entfaltung im vermögensrechtlichen Bereich eingreift (vgl. BVerfGE 105, 17 = NJW 2002, 3009). Selbst wenn man auch in dieser Situation eine freiheitsbeschränkende Wirkung des Steuergesetzes annehmen wollte, so führte die dann durchzuführende **Verhältnismäßigkeitskontrolle** (vgl. BVerfGE 105, 17 = NJW 2002, 3009) für die Vorschrift des § 35a II 5 EStG jedenfalls nicht zu einem Verfassungsverstoß. Denn die Gewährung der Steuerermäßigung nur bei unbaren Zahlungsvorgängen wäre geeignet, die vom Gesetzgeber verfolgte Lenkung (Bekämpfung der Schwarzarbeit) zu bewirken. Die Erforderlichkeit einer Maßnahme kann nur verneint werden, wenn bei dem als Alternative vorgeschlagenen geringeren Eingriff in jeder Hinsicht eindeutig feststeht, dass er einen bestimmten Zweck sachlich gleichwertig erreicht (vgl. BVerfGE 105, 17 = NJW 2002, 3009); ein solcher weniger einschneidender Eingriff als Alternative zum Erfordernis unbarer Zahlung ist vorliegend jedoch nicht ersichtlich. Die Gesamt abwägung der öffentlichen, im Gemeinwohl stehenden Belange mit den **privaten Interessen des Steuerpflichtigen an einer freien Wahl des Zahlungswegs verstößt auch nicht gegen das Übermaßverbot** (Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne; vgl. BVerfGE 105, 17 = NJW 2002, 3009). Dies selbst dann, wenn man davon ausginge, dass die Unterhaltung eines eigenen Bankkontos nicht von jedem Steuerpflichtigen verlangt werden kann. Denn auch ohne eigenes Konto des Steuerpflichtigen sind die Voraussetzun-*

gen des § 35a II 5 EStG zu erfüllen, indem der Rechnungsbetrag bei einem Kreditinstitut eingezahlt und sodann unbar auf das Konto des Leistungserbringers überwiesen wird. Auch dann ist der Zahlungsvorgang durch den entsprechenden Überweisungsbeleg bankmäßig dokumentiert.“ (BFH aaO).

3. Demgegenüber weckt die **bisherige Rspr. der Finanzgerichte** - soweit rechtskräftig - (vgl. FG Münster BeckRS 2006, 26021054 = EFG 2006, 895; FG Niedersachsen BeckRS 2008, 26025359 = EFG 2008, 1210; FG Düsseldorf DStRE 2008, 1503) keine Zweifel an der Rechtmäßigkeit des Erfordernisses der unbaren Zahlung.

Soweit sich die **Lit.** mit der Rechtsfrage näher befasst, wird auch dort einhellig die Auffassung vertreten, dass Barzahlungen für die Inanspruchnahme der Steuerermäßigung des § 35a EStG nicht genügen (vgl. z.B. Blümich/Erhard, § 35a EStG Rn 62; Kanzler/Nacke, Steuerrecht aktuell 2/2008, 25ff.; Lademann, EStG, § 35a EStG Rn 89; Kirchhof, EStG, 8. Aufl., § 35a Rn 10; Frotscher, EStG, 6. Aufl., Freiburg 1998ff., § 35a Rn 24; Lehr INF 2006, 460; Korn, § 35a EStG Rn 27; Plenker DB 2004, 564).

- IV. Nach diesen Maßstäben ist die begehrte Steuerermäßigung zu versagen, weil die streitbefangene Handwerkerrechnung bar bezahlt wurde.

„Auf Gesichtspunkte des **Vertrauensschutzes** können sich die Kl. nicht berufen: Zwar erlangte § 35a II 5 EStG erstmals für den Veranlagungszeitraum 2006 Bedeutung, soweit durch das Gesetz zur steuerlichen Förderung von Wachstum und Beschäftigung vom 26.04.2006 (BGBl I 2006, 1091) in § 35a II 2 EStG die Inanspruchnahme von Handwerkerleistungen für Renovierungs-, Erhaltungs- und Modernisierungsmaßnahmen neu geregelt worden ist. In- des war bereits in § 35a II 3 EStG in seiner zuvor geltenden Fassung - und zwar bereits seit Einfügung der Vorschrift des § 35a EStG (vgl. auch BT-Dr 15/77, S. 55) - Voraussetzung der Steuerermäßigung für die Inanspruchnahme haushaltsnaher Dienstleistungen i.S. des § 35a II EStG, dass der Steuerpflichtige die Aufwendungen durch Vorlage einer Rechnung und die Zahlung auf das Konto des Erbringers der haushaltsnahen Dienstleistung durch Beleg des Kreditinstituts nachweist. Für die Neuregelung spezieller haushaltsnaher Dienstleistungen in Gestalt bestimmter Handwerkerleistungen konnte ein Steuerpflichtiger deshalb nicht davon ausgehen, dass für diese Fälle Nachweiserleichterungen gelten würden. Insoweit kommt es auch nicht darauf an, zu welchem Zeitpunkt im Laufe des Jahres 2006 die Kl. die vorgetragene Barzahlung tatsächlich geleistet haben und ob ihnen die Neuregelung durch das Gesetz vom 26.04.2006 zu diesem Zeitpunkt bekannt war oder bekannt sein musste.“ (BFH aaO).

## Weitere Schriftumsnachweise

### I. Zivilrecht

#### 1. Lorenz: Privates Abschleppen - Besitzschutz oder „Abzocke“? (NJW 2009, 1025)

Der betroffene Grundstücksbesitzer hat gegen den Fahrer eines unberechtigt abgestellten Kraftfahrzeugs einen **Schadensersatzanspruch in Höhe der** durch die vertragliche Vereinbarung mit dem Unternehmer **geschuldeten werkvertraglichen Vergütung**; dabei handelt es sich nicht um „Kosten eigener Mühewaltung“, sondern um einen **ersatzfähigen Vermögensfolgeschaden**. - Die Beauftragung eines Unternehmers durch den Grundstücksbesitzer zur Entfernung eines dort unberechtigt abgestellten Kfz stellt eine **berechtigte GoA** sowohl gegenüber dem Fahrer als auch ggü. dem Halter des Fahrzeugs dar; der Grundstücksbesitzer hat als Geschäftsherr einen gem. § 271 BGB sofort fälligen Anspruch auf Aufwendungsersatz aus §§ 683 S. 2, 670 BGB; dieser besteht zunächst in einem Anspruch auf Befreiung von der gegenüber dem Unternehmer eingegangenen Verbindlichkeit (§ 257 BGB); er ist an den Unternehmer abtretbar und wandelt sich dort in einen Zahlungsanspruch in Höhe der mit dem Grundstücksbesitzer vereinbarten Vergütung um. - Der Fahrzeugführer bzw. -halter hat gegen den Grundstücksbesitzer einen **Auskunftsanspruch** in Bezug auf den Verbringungsort des Kfz bzw. auf Abtretung eines entsprechenden Informationsanspruchs gegen den Unternehmer aus §§ 683 S. 2, 667 BGB; gegenüber diesen Ansprüchen hat der Grundstücksbesitzer bzw. der Unternehmer ein **Zurückbehaltungsrecht aus § 273 I BGB**, welches durch Sicherheitsleistung nach § 273 III BGB abgewendet werden kann; auch die Information über den Standort des Fahrzeugs ist damit nur Zug um Zug gegen Befreiung von der Verbindlichkeit gegenüber dem Unternehmer (vereinbarter Werklohn) zu erteilen; der Auskunftsanspruch des Fahrzeugführers bzw. -halters nach §§ 681, 666 BGB beinhaltet als bloß vorbereitender Anspruch hingegen nicht die Auskunft über den Verbringungsort des Fahrzeugs nach dessen beendeter Versetzung. - Ein **Anspruch des Fahrzeugführers bzw. -halters gegen den Unternehmer auf Herausgabe** des Fahrzeugs **besteht nach Abschluss des Versetzungsvorgangs nicht**, da der Unternehmer zu diesem Zeitpunkt keinen Besitz an dem Fahrzeug hat.

#### 2. Derleder: Der Rücktritt vom Grundstückskauf und die Grundstücksbelastungen (NJW 2009, 1034)

Beim **Rücktritt des Grundstücksverkäufers** kann sich der **Anspruch** nach § 346 I BGB **auf Rückgewähr des unbelasteten Grundstücks** richten. - Der Übergang zum Wertersatzanspruch nach § 346 II 1 Nr. 2 BGB Zug um Zug gegen Rückgabe des belasteten Grundstücks rechtfertigt sich daraus, dass der Käufer die zwischenzeitliche Belastung mit einem Grundpfandrecht nach § 275 I-III BGB nicht zu beseitigen braucht und nach dem Rechtsgedanken der §§ 326 I, 275 BGB, wonach der Verkäufer wegen der anderweitigen Verwendung des Kaufpreises (etwa zur Beseitigung einer anfänglichen Belastung) diesen nicht mehr (uneingeschränkt) anbieten kann; es kommt dann zu einer Rückgabe des belasteten Grundstücks Zug um Zug gegen den um den Wertersatzbetrag geminderten Kaufpreis. - Beim Rücktritt des Grundstückskäufers (insb. wegen eines Mangels) kann der Käufer sich nach seiner Wahl bei einer zwischenzeitlichen, der Kaufpreisfinanzierung dienenden Belastung in paralleler Weise auf eine um den Wertersatzbetrag geminderte Kaufpreisrückforderung **Zug um Zug gegen Rückgabe des belasteten Grundstücks** beschränken, wenn ihm die Beseitigung der Belastung untunlich erscheint. Das durchdachte Konzept der §§ 346ff. BGB erweist sich damit insgesamt als eine tragfähige Grundlage für praktikable Konfliktlösungen beim Rücktritt vom Grundstückskauf.

#### 3. Klueß: Geringwertige Vermögensdelikte - Keine zwangsläufige Entlassung (NZA 200, 337)

**Problemstellung:** Ist bei Diebstahl und Unterschlagung geringer Beträge oder auch bei falscher Reisekosten- oder Spesenabrechnung, bei denen es ebenfalls nur um geringe Beträge geht, eine Kündigung des Arbeitnehmers gerechtfertigt? - Zur **Bestimmung der Geringfügigkeitsgrenze** kann die **Rspr. zu § 248a StGB** herangezogen werden, die überwiegend von ca. **50,00 €** ausgeht. - Werden solche Delikte gegenüber dem Arbeitgeber oder Dienstherrn begangen, stellt sich neben einer evt. strafrechtlichen Verfolgung immer das Problem, ob zumindest bei Ersttätern auch die Auflösung des Arbeits- oder Dienstverhältnisses rechtlich durchsetzbar ist.

#### 4. Lehmann-Richter: Räumung des Mieters im Wege der „Selbstjustiz“ - Ein rechtsfolgenfreier Raum? (NZM 2009, 177)

Die **Konsequenzen der Selbstjustiz** für den Vermieter sind nicht allzu erheblich: **Schadensersatzansprüche des Mieters** umfassen den praktisch bedeutsamen Nutzungsschaden nicht; sonstige Folgeschäden, etwa Anwaltskosten, halten sich i.d.R. in einem überschaubaren Rahmen halten. - Dem **Anspruch auf Herausgabe der Mietsache** kann der Vermieter nach der BGH-Rspr. im Hauptsachverfahren eine **petitorische Widerklage** entgegenhalten. - Ob diese Möglichkeit auch im einstweiligen Verfü-

gungsverfahren besteht, ist umstritten: Jedenfalls bei der Wohnraummiete scheitert sie an § 940a ZPO; allerdings kann der Vermieter den Mieter nach §§ 936, 926 ZPO in das für den Mieter nicht aussichtsreiche Hauptsacheverfahren zwingen; wenn der Vermieter es hingegen schafft, die Räume schnell an einen **gutgläubigen Nachmieter** zu übergeben, scheiden Herausgabeansprüche des Mieters selbst im Eilverfahren aus. – Es ist Aufgabe des Strafrechts, das rechtswidrige Verhalten des Vermieters zu sanktionieren; die Mittel dafür sind im StGB vorhanden.

5. **Gutdeutsch:** Das Zusammenspiel von Ehegatten- und Kindesunterhalt – Unterhalt vom Unterhalt (NJW 2009, 645)

**Konkurrieren Ansprüche auf Ehegattenunterhalt und auf Kindesunterhalt** ggü. dem Verpflichteten oder dem Berechtigten miteinander, ist wie folgt vorzugehen: Zuerst ist der Kindesunterhalt ohne jede Rücksicht auf den Ehegattenunterhalt zu berechnen; sodann ist der Ehegattenunterhalt unter Berücksichtigung dieses Kindesunterhalts zu berechnen (falls er Einfluss auf den Ehegattenunterhalt hat); ist das Kind kein gemeinsames Kind und liegt ein Mangelfall vor, dann ist aus dem Ehegattenunterhalt der Kindesunterhalt aufzufüllen, weil der Ehegattenunterhalt die Leistungsfähigkeit, nicht aber den Bedarf des Kindes erhöht; außerdem ist die Verteilung des Barunterhalts bei beiderseitiger Barunterhaltspflicht neu zu berechnen, weil auch sie von der Leistungsfähigkeit des Unterhaltsschuldners abhängt. - Sind dem Kind gegenüber beide Ehegatten unterhaltspflichtig (gemeinsames Kind), dann entfällt der vorstehend beschriebene letzte Rechengang, weil der Ehegattenunterhalt bei Vorabzug des Kindesunterhalts die beiderseitigen Interessen hinreichend ausgleicht und dadurch die **Verteilung nach § 1606 III BGB modifiziert**; der **Kindesunterhalt ist dann nicht aus dem Ehegattenunterhalt aufzufüllen**. - Zur Vermeidung von Unterhaltszahlungen des berechtigten Ehegatten kann der zur Zahlung von Ehegattenunterhalt Verpflichtete auch im Wege der **Freistellungsvereinbarung** die Unterhaltspflicht gegenüber den gemeinsamen Kindern übernehmen und vom Ehegattenunterhalt abziehen; eine vereinfachte Berechnung besteht darin, schon bei der Berechnung des Ehegattenunterhalts den Kindesunterhalt vom Einkommen des Pflichtigen abzuziehen; übernimmt der Pflichtige den Kindesunterhalt allein, ohne Erstattung verlangen zu wollen, dann ist darin das stillschweigende Angebot einer Freistellungsvereinbarung zu sehen, welches der Berechtigte nach Treu und Glauben annehmen muss. - Der Barbedarf eines gemeinsamen minderjährigen Kindes ist für den Zweck des Vorabzugs vom Einkommen des Pflichtigen bei der Berechnung des Ehegattenunterhalts nach dem beiderseitigen Einkommen zu bemessen; liegt eine Freistellung nicht vor, dann ist von diesem Betrag der vom berechtigten Ehegatten gezahlte Kindesunterhalt abzuziehen; jedenfalls können etwaige anfallende Betreuungskosten und ggf. ein Betreuungsbonus noch zusätzlich in Abzug gebracht werden.

6. **Graba:** Die Entwicklung des Unterhaltsrechts nach der Rspr. des BGH im Jahr 2008 (FamRZ 2009, 553)

7. **Nierwetberg:** Die Auslegung des Vollstreckungstitels – auch mithilfe der Klageschrift? (Rpfler 2009, 201)

Ein **Titel** ist zur **Zwangsvollstreckung** nur **geeignet, wenn er aus sich selbst heraus verständlich** ist; das Vollstreckungsorgan hat für **eine** etwa erforderliche **Auslegung des Titels** im Vollstreckungsverfahren – abgesehen von allgemein gültigen und zugänglichen Daten – **ausschließlich titelimmanente Umstände heranzuziehen**, bei Urteilstiteln also vor allem **Tatbestand und Entscheidungsgründe**; Umstände jenseits des Titels sind für seine Auslegung erst in einem weiteren Erkenntnisverfahren auf Feststellung des maßgeblichen Titelinhalt relevant, welches bei entsprechendem Feststellungsinteresse zulässig ist. - All dies gilt uneingeschränkt auch bei Urteilen ohne Tatbestand und Entscheidungsgründe; die von Teilen der Rspr. und der Lit. und auch vom BAG vertretene Ansicht, bei derartigen Urteilen sei ausnahmsweise auch die Klageschrift für die Auslegung heranzuziehen, ist wegen der damit verknüpften **Gefährdung vollstreckungsrechtlicher Rechtssicherheiten** abzulehnen; dabei beruft sich die Auffassung zu Unrecht auf die Rspr. des BGH, weil diese eine auslegungsrechtliche Einbeziehung des Parteivorbringens nur im Rahmen eines weiteren Erkenntnisverfahrens, nicht aber im Vollstreckungsverfahren zulässt. - Eine ausnahmsweise über die Titelgrenzen hinaus erweiterte Auslegung erscheint nur für solche Fälle erwägenswert, in denen das Prozessgericht selbst zugleich funktionell zuständiges Vollstreckungsorgan ist.

8. **du Carrois:** Der überschuldete Nachlass -Handlungsoptionen des Nachlasspflegers (Rpfler 2009, 197)

Insbesondere bei **Unternehmen im Nachlass** können sich erhebliche Risiken für den Nachlasspfleger ergeben, entsprechende Fachkenntnisse des Pflegers sind in diesen Fällen zwingend erforderlich. - Durch das **MoMiG** besteht seit dem 01.11.2008 zudem eine **strafbewehrte Insolvenzantragspflicht für Gesellschafter und Kapitalgesellschaften, die der Nachlasspfleger quasi als Gesellschaftervertreter zu erfüllen hat**. - **In einfach gelagerten Fällen** überschuldeter Nachlässe kann der Nachlasspfleger **auch ohne Beantragung eines Insolvenzverfahrens die Abwicklung eines überschuldeten Nachlasses** vornehmen, wobei die vorherige Durchführung eines Aufgebotsverfahrens dazu beiträgt, dass keine Haftung des Nachlasspflegers aus § 1980 BGB entstehen kann, sofern keine schwerwiegenden Fehler bei der Verteilung geschehen. - Die **Beseitigung der Überschuldung**, z. B. durch Vereinbarung von (teilweisen) Forderungsverzichten, ist **in solchen Fällen nicht notwendig**, da eine Haftung gegenüber später auftauchenden Gläubigern (sog. Nachzügler) gem. § 1980 I 2 BGB auf Grund des Nach-

ranges der ausgeschlossenen Gläubiger nach § 327 III InsO nicht eintreten kann; sofern doch ein Insolvenzantrag erforderlich wird, kann der Nachlasspfleger einen Insolvenzplan vorlegen und/oder die Eigenverwaltung beantragen.

9. **Köbler:** Schriftsatz per E-Mail – Verfahrensrechtliche Fallen (MDR 2009, 357)  
Bespr. der Entsch. BGH in NJW 2008, 2649
10. **Maurer:** Die Rechtsmittel in Familiensachen nach dem FamFG (FamRZ 2009, 465)
11. **Rohlfing:** Die Entwicklung der Rspr. zum Widerrufsrecht bei Haustürgeschäften im Jahr 2008 (MDR 2009, 366)
12. **Schmidt-Räntsch:** Die Rspr. des BGH zum neuen allgemeinen Schuldrecht (MDR 2009, 256)
13. **Schmidt-Räntsch:** Die Rspr. des BGH zum neuen Kaufrecht (AnwBl 2009, 260)
14. **Zwanziger:** Die im Jahre 2008 bekannt gewordene Rspr. des BAG in Insolvenzsachen (BB 2009, 668)

## II. Strafrecht

1. **Heß/Burmann:** Die Entwicklung des Straßenverkehrsrechts im Jahre 2008 (NJW 2009, 899)
2. **Dessecker:** Zur Konkretisierung des Bandenbegriffs im Strafrecht (NStZ 2009, 184)

Die **formelle Festlegung einer Mindestzahl von Bandenmitgliedern ermöglicht** für sich genommen **keine dogmatisch überzeugende Konkretisierung des Bandenbegriffs**; der **Bandenbegriff** ist daher materiell **in Anlehnung an ein Merkmal organisierter Kriminalität zu bestimmen**, dessen Operationalisierbarkeit in der Praxis der Strafrechtspflege nachgewiesen werden kann; dementsprechend wird vorgeschlagen, eine Bande zu definieren als eine **geschäftsähnliche Organisation von min. 3 Personen mit dem Ziel der Begehung mehrerer selbstständiger, im Einzelnen noch ungewisser Straftaten**. - Ob ein Bandendelikt vorliegt, ob Vermögensabschöpfung in Betracht kommt oder der Weg zur Anwendung spezifischer Zwangsmaßnahmen im Strafverfahren eröffnet ist, hängt von **zusätzlichen Rahmenbedingungen** ab, deren Erfüllung immer vorauszusetzen ist. - Die Merkmale des vorgeschlagenen Bandenbegriffs werden erst dann relevant, wenn die Voraussetzungen eines entsprechenden Grundtatbestandes vorliegen und der beschuldigten Person konkrete Tathandlungen zugerechnet werden können. - Ob ein Geschäftsbetrieb insgesamt ausschließlich auf die Begehung von Straftaten angelegt ist oder sich innerhalb eines bestehenden Unternehmens eine Organisation mit diesem Ziel herausbildet, ergibt nach Ansicht des Autors keinen entscheidenden Unterschied; diesen Weg hat die Gesetzgebung der vergangenen Jahre mit der **Einführung des Bandenbegriffs in das Feld der Wirtschafts- und Vermögensdelikte** vorgezeichnet. - Die Merkmale der bandenmäßigen Begehung und der Gewerbsmäßigkeit erscheinen in der **neueren Gesetzgebung** häufig als Alternativen; da sie sich im Hinblick auf beabsichtigte künftige Taten auch strukturell überschneiden, sollte eine objektive Konkretisierung des Bandenbegriffs eine entsprechend objektive Bestimmung der Gewerbsmäßigkeit erleichtern; dies spricht für die in der Lit. vertretene, aber bisher nicht mehrheitsfähige Definition der Gewerbsmäßigkeit als Verschaffen einer fortlaufenden Einnahmequelle von nicht unerheblicher Dauer und einigem Umfang; **Bandenmäßigkeit** erscheint damit als ein **spezieller Fall des gewerbsmäßigen Handelns**.

3. **Dölling:** Aus der neueren Rspr. zum Jugendstrafrecht (NStZ 2009, 193)

## III. öffentliches Recht

1. **Glaser:** Die nachträgliche Feststellungsklage (NJW 2009, 1043)

Die **nachträgliche Feststellungsklage gem. § 43 I VwGO** ist über die allgemein anerkannten Fallgruppen **bei erledigten Realakten und bestimmten, von § 47 VwGO nicht erfassten Rechtsnormen** hinaus **auch in den Fällen erledigter Klagebegehren mit Bezug zu einem Verwaltungsakt statthaft**, sofern diese nicht von § 113 I 4 VwGO erfasst werden, die Erledigung des Verwaltungsaktes also schon vor Erhebung einer Anfechtungsklage eingetreten ist. - Auch in diesem Fall lässt sich mit der Berechtigung der Behörde zum Erlass des Verwaltungsaktes bzw. dem Anspruch des Bürgers auf Erlass eines Verwaltungsaktes ein konkretes Rechtsverhältnis i.S. von § 43 I VwGO feststellen. - Insgesamt ist diese Tendenz, die auch in der BVerwG-Rspr. neuerdings wieder zunehmend zum Ausdruck kommt, nach Ansicht des Autors zu begrüßen, denn die **allgem. Feststellungsklage ist ein umfassendes Instrument eines modernen rechtsstaatlichen Verwaltungsprozessrechts**. - Die Statthaftigkeit der allgem. Feststellungsklage führt auch mit Blick auf die übrigen Sachentscheidungs voraussetzungen zur Klärung zahlreicher Streitfragen, da diese nach **Systematik und Regelungstechnik der VwGO** von der jeweiligen

Klageart abhängig sind; die Sachentscheidungsvoraussetzungen müssen sich demnach in Fällen vorprozessualer Erledigung von Anfechtungs- oder Verpflichtungsbegehren an den für die allgem. Feststellungsklage geltenden Kriterien orientieren. - Im Einzelnen muss der Kläger gem. § 43 I VwGO ein **berechtigtes Interesse an der baldigen Feststellung** besitzen; bei vergangenen Rechtsverhältnissen müssen die Rechtswirkungen zwar nicht mehr in die Gegenwart reichen, **das Feststellungsinteresse selbst muss aber aktueller Natur** sein; i. ü. kann eine Orientierung an den zu § 113 I 4 VwGO entwickelten Fallgruppen des berechtigten Interesses erfolgen, so dass ein Feststellungsinteresse bei Wiederholungsgefahr, bei Vorliegen eines Rehabilitationsinteresses sowie bei schwerwiegenden Grundrechtseingriffen zu bejahen ist. - Eine **Klagefrist** gem. § 74 VwGO **ist nicht einzuhalten; gleiches gilt für das Vorverfahren nach §§ 68ff. VwGO**, soweit ein solches in dem betreffenden Bundesland überhaupt noch für eine Klageerhebung vorausgesetzt wird. - **Umstritten** ist allein, **ob** für die Erhebung der nachträglichen Feststellungsklage eine **Klagebefugnis in analoger Anwendung des § 42 II VwGO** dargelegt werden muss: **Dagegen spricht der Wortlaut des § 43 I VwGO**, der ein berechtigtes Interesse an der Feststellung ausreichen lässt; schließlich kann das Erfordernis des Feststellungsinteresses der Gefahr von Popularklagen bei entsprechender Konkretisierung in hinreichender Weise entgegenwirken.

2. **Hellriegel/Schmitt**: Aufwertung des bodenschutzrechtlichen Ausgleichsanspruchs - die Rspr. des BGH zur Inanspruchnahme des Verursachers von Altlasten durch den Grundstückseigentümer (NJW 2009, 1118)
3. **Zimmerling/Brehm**: Die aktuelle Rspr. zu den juristischen Prüfungen (NVwZ 2009, 358)
4. **Lindner**: Die „reformatio in peius“ im Lichte des europäischen Gemeinschaftsrechts (DVBI 2009, 224)

Bespr. der Entsch. **EuGH DVBI 2009, 108**, in der **mitgliedstaatliche reformatio in peius-Verbote in gerichtlichen Verfahren** (wie es etwa aus § 88 VwGO abzuleiten ist) für **gemeinschaftskonform** erklärt werden; außerdem enthält die Entsch. starke Indizien dafür, dass der EuGH ein **reformatio in peius-Verbot auch für** sein eigenes **Prozessrecht** anerkennt. - Zur Frage (Un-)Zulässigkeit einer reformatio in peius in mitgliedstaatlichen Verwaltungsverfahren, insbes. im Widerspruchsverfahren, enthält die Entscheidung jedoch keine Aussagen; die von der h. M. und der verwaltungsgerichtl. Rspr. anerkannte weitgehende Zulässigkeit der reformatio in peius im Widerspruchsverfahren nach §§ 68 ff. VwGO dürfte nach Ansicht des Autors indes mit dem **gemeinschaftsrechtlichen Äquivalenz- und Effektivitätsgrundsatz** kompatibel sein.

5. **Sadler**: Unmittelbare Ausführung einer Maßnahme durch sofortigen Vollzug (DVBI 2009, 292)

Die **unmittelbare Ausführung einer Maßnahme und der sofortige Vollzug sind getrennte Rechtsinstitute**, stehen aber in nahtloser Verbindung zueinander. - Die **unmittelbare Ausführung selbst** ist noch **kein Zwangsmittel**, denn sie ist allein die Ermächtigungsgrundlage dafür, dass die Vollzugsbehörde ohne vorherige Inanspruchnahme des Verantwortlichen Zwang anwenden darf. - Vollstreckungsrechtlich ist die unmittelbare Ausführung einer Maßnahme die **Anwendung von Verwaltungszwang ohne vorausgehenden Verwaltungsakt durch sofortigen Vollzug nach § 6 II VwVG**, was dem aus Art. 20 III GG resultierenden Vorbehalt des Gesetzes folgt. - Gegenstand der rechtlichen Beurteilung eines Falles ist der nach § 24 VwVfG amtlich ermittelte Sachverhalt; dabei kann es Meinungsverschiedenheiten über die Rechtsgrundlage geben, was jedoch im Ergebnis unschädlich ist, da das Gericht eine Begründung, die es nicht für tragfähig hält, durch seine eigene ersetzen kann; deshalb haben die Gerichte umfassend zu prüfen, ob das materielle Recht die Maßnahme der Behörde trägt oder nicht; hierzu gehört auch die Prüfung, ob eine angegriffene Maßnahme kraft einer anderen als der angegebenen Rechtsgrundlage rechtmäßig ist. - Der Verwaltungszwang, der auf die Herausgabe einer Sache oder auf die Vornahme einer Handlung oder auf Duldung oder Unterlassung gerichtet ist, kann ohne vorausgehenden Verwaltungsakt mit den Zwangsmitteln der Ersatzvornahme oder des unmittelbaren Zwanges sofort angewendet werden; der **sofortige Vollzug muss zur Verhinderung einer rechtswidrigen Tat**, die einen Straf- oder Bußgeldtatbestand verwirklicht, **oder zur Abwendung einer drohenden Gefahr notwendig sein**; hierbei muss die Behörde innerhalb ihrer gesetzlichen Befugnisse handeln; Zwangsmittel werden nicht angedroht (§ 13 I 1 VwVG) und nicht festgesetzt (§ 14 S.2 VwVG); diese Vorschrift **gilt auch für die Vollstreckung der unmittelbaren Ausführung einer Maßnahme**.

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

1. **Bräuer**: Prozesskostenhilfe bei der Berufung – Tipps für die Wiedereinsetzung bei PKH in der Berufung (AnwBI 2009, 301)
2. **Sterzinger**: Notwendiger Inhalt einer Rechnung nach dem UStG (NJW 2009, 1127)
3. **Weber**: Zur Rückgabe des Führerscheins bei Entziehung der Fahrerlaubnis durch die Fahrerlaubnisbehörde (SVR 2009, 121)

4. **Vossler:** Kostenerstattung bei der außergerichtlichen Verteidigung gegen unberechtigte Forderungen (MDR 2009, 300)

Da die **§§ 91 ff. ZPO außerhalb eines bestehenden Prozessrechtsverhältnisses weder unmittelbar noch entsprechend anwendbar** sind, setzt die Erstattung außergerichtlicher Rechtsanwaltskosten eine materiell-rechtliche Anspruchsgrundlage voraus. - Aufwändungsersatzansprüche gem. § 683 BGB scheiden in diesem Zusammenhang von vornherein aus, **deliktische Ansprüche** nach §§ 823 ff. BGB kommen **nur in besonderen Ausnahmefällen** in Betracht. - Günstiger sind die Aussichten für eine Erstattung vorgerichtlich aufgewandeter Rechtsanwaltskosten, wenn zwischen den Parteien eine **rechtliche Sonderverbindung** besteht, welche **Grundlage für einen Schadensersatzanspruch gem. § 280 BGB** sein kann; aber auch in diesen Fällen sollte eine Haftung im Allgemeinen nur dann bejaht werden, wenn der Anspruchssteller die **Sach- oder Rechtslage vorsätzlich oder zumindest grob fahrlässig falsch beurteilt** hat, weil die Inanspruchnahme ansonsten entsprechend § 193 StGB durch die Wahrnehmung berechtigter Interessen gerechtfertigt ist. - Eine **strengere Haftung auch für einfache Fahrlässigkeit** ist **nur dann** angebracht, **wenn der zu Unrecht in Anspruch Genommene** seinerseits **besonders schutzwürdig** erscheint.

Überreicht durch:

# Mandantenbrief

- neueste Informationen -

Aus Gesetzgebung, Rechtsprechung und Praxis

---

April 2009

---

## A. Aus der Gesetzgebung:

### Reform des Versorgungsausgleichs

Gesetz zur Strukturreform des Versorgungsausgleichs (VAStRefG) vom 03.04.2009, In Kraft treten zum 01.09.2009 (BGBl I, 700)

#### I. Allgemeines

Der Versorgungsausgleich regelt die Verteilung von Rentenansprüchen zwischen Ehegatten nach einer Scheidung. Rentenansprüche können in der gesetzlichen Rentenversicherung, in der Beamtenversorgung und durch betriebliche oder private Altersvorsorge entstehen. Beim Scheitern einer Ehe sorgt der Versorgungsausgleich dafür, dass die von den Ehepartnern erworbenen Ansprüche geteilt werden. Der Versorgungsausgleich ist in den §§ 1587 ff. BGB, im VAHRG (Gesetz zur Regelung von Härten im Versorgungsausgleich), im VAÜG (Versorgungsausgleichs-Überleitungsgesetz) sowie in der Barwertverordnung geregelt.

#### II. Die gesetzlichen Neuerungen im Überblick

##### 1. Der Grundsatz der internen Teilung

Das bislang geltende Recht verlangte eine Verrechnung aller in der Ehezeit erworbenen Ansprüche aus den unterschiedlichen Versicherungen und einen Ausgleich der Hälfte des Wertunterschieds über die gesetzliche Rentenversicherung.

Bei der Umrechnung der verschiedenartigen Ansprüche mithilfe der sog. BarwertVO entstanden allerdings Wertverzerrungen, weil die Berechnung auf unsicheren Prognosen über die künftige Wertentwicklung der Versicherungen beruhte. Dies führte zu ungerechten Teilungsergebnissen und Transferverlusten zu Lasten der ausgleichsberechtigten Ehepartner, also überwiegend der Ehefrauen.

**Zukünftig wird jedes in der Ehe aufgebaute Versorgungsanrecht im jeweiligen Versorgungssystem zwischen den Ehegatten hälftig geteilt.** Jeder Ehegatte erhält dann sein eigenes „Rentenkonto“, also einen eigenen Anspruch gegen den jeweiligen Versorgungsträger (Grundsatz der „internen Teilung“). Er löst das fehlerbehaftete Prinzip der Verrechnung aller Ansprüche und des Einmalausgleichs über die gesetzliche Rentenversicherung ab. Künftig können so auch die Ansprüche aus der betrieblichen und privaten Altersvorsorge schon bei der Scheidung vollständig geteilt werden. Einbezogen werden künftig auch Kapitalleistungen der betrieblichen Altersversorgung. Nachträgliche Ausgleichs- und Abänderungsverfahren werden dadurch weitgehend entbehrlich.

##### 2. Ausnahme: Die externe Teilung

Abweichend vom Grundsatz der internen Teilung kann ausnahmsweise eine „**externe Teilung**“ vorgenommen werden, wenn die ausgleichsberechtigte Person dem zustimmt. Außerdem kann bei kleineren Versicherungen (zu übertragender Wert bis ca. 50 € als monatlicher Rentenbetrag, für bestimmte Betriebsrenten gilt eine höhere Wertgrenze) der Versorgungsträger einseitig die externe Teilung verlangen.

Extern bedeutet dabei, dass die Teilung nicht beim Versorgungsträger des ausgleichspflichtigen Ehegatten, sondern extern erfolgt, indem dieser Versorgungsträger den auszugleichenden Kapitalbetrag bei einem anderen Versorgungsträger einahlt. Die ausgleichsberechtigte Person kann dabei entscheiden, ob durch diese Zahlung eine für sie bereits bestehende Versorgung aufgestockt oder eine neue Versorgung begründet werden soll.

##### 3. Ausschluss des Versorgungsausgleichs

**In bestimmten Fällen findet ein Versorgungsausgleich nicht mehr statt:** Geht es nur um einzelne geringe Ausgleichswerte oder ergeben sich auf beiden Seiten bei gleichartigen Ansprüchen ähnlich hohe Ausgleichswerte, soll das Familiengericht von der Durchführung des Ausgleichs absehen. Die Wertgrenze für beide Fälle liegt bei derzeit ca. 25 € als monatlichem Rentenbetrag.

Auch bei einer **kurzen Ehezeit von bis zu drei Jahren** (einschließlich des Trennungsjahrs) findet ein Versorgungsausgleich nicht mehr statt, es sei denn, einer der Ehegatten beantragt ausdrücklich die Durchführung des Versorgungsausgleichs.

## 4. Die Zulässigkeit von Vereinbarungen über den Versorgungsausgleich

Künftig erhalten die Eheleute **größere Spielräume, Vereinbarungen über den Versorgungsausgleich zu schließen** und so ihre vermögensrechtlichen Angelegenheiten entsprechend ihren individuellen Bedürfnissen zu regeln.

Vereinbarungen über den Versorgungsausgleich in einem Ehevertrag werden nicht mehr unwirksam, wenn innerhalb eines Jahres nach Vertragsschluss die Scheidung eingereicht wird. Werden Ausgleichvereinbarungen im Rahmen der Scheidung geschlossen, entfällt die bislang erforderliche Genehmigung durch das Familiengericht. Das Familiengericht hat zum Schutz der Ehegatten nur noch zu überprüfen, ob die Vereinbarung einer Inhalts- und Ausübungskontrolle standhält.

## 5. Inkrafttreten und Übergangsregelung

Das **Gesetz tritt zum 01.09.2009 in Kraft**, zeitgleich mit der Reform des familiengerichtlichen Verfahrens, und gilt für alle Scheidungen, die ab diesem Zeitpunkt beim Familiengericht eingeleitet werden.

Bereits bei Gericht anhängige Versorgungsausgleichssachen, die nicht mehr mit der Scheidung verbunden sind, werden nach neuem Recht entschieden, wenn sie nach dem 01.09. 2009 weiter betrieben werden. Spätestens ab dem 01.09.2010 wird das neue Recht für alle Versorgungsausgleichssachen gelten, die in der ersten Instanz noch nicht entschieden sind. Damit ist gewährleistet, dass alle Versorgungsausgleichssachen innerhalb eines Jahres nach Inkrafttreten der Reform auf das neue Teilungssystem umgestellt werden.

**B. Aus der Rechtsprechung**

BGB

**Verjährungshemmung**

BGB

§ 203

**„Einschlafen“ von Verhandlungen**

(BGH in IBR 2009, 66; Urteil vom 06.11.2008 – IX ZR 158/07)

Eine **Verjährungshemmung durch Aufnahme von Verhandlungen endet** auch dann, **wenn die Verhandlungen der Parteien „einschlafen“**. Insofern sind die von der Rspr. zu § 852 II BGB a. F. entwickelten Grundsätze auf das neue Verjährungsrecht zu übertragen.

*„Nach § 203 S.1 BGB ist die Verjährung im Fall schwebender Verhandlungen über den Anspruch oder die den Anspruch begründenden Umstände gehemmt, bis der eine oder andere Teil die Fortsetzung der Verhandlung verweigert. Eine entsprechende Formulierung fand sich bereits in § 852 II BGB a.F.“*

*Zu dieser Vorschrift hat der BGH mehrfach entschieden, dass es für eine Beendigung der Hemmung ausreicht, wenn der Ersatzberechtigte die Verhandlungen „einschlafen“ lasse. Ein Abbruch der Verhandlungen durch ein solches „Einschlafen“ ist dann anzunehmen, wenn der Berechtigte den Zeitpunkt versäumt, zu dem eine Antwort auf die letzte Anfrage des Ersatzpflichtigen spätestens zu erwarten gewesen wäre, falls die Regulierungsverhandlungen mit verjährungshemmender Wirkung hätten fortgesetzt werden sollen (BGHZ 152, 298; BGH VersR 1990, 755; NJW-RR 2005, 1044).*

*Diese Grundsätze haben auch im Anwendungsbereich des § 203 S.1 BGB Geltung (BGH WM 2008, 656; ebenso OLG Düsseldorf OLGR 2006, 518; KG KGR 2008, 368; LAG Rheinland-Pfalz DB 2008, 592; Erman/Schmidt-Rantsch, BGB, 12. Aufl., § 203 Rn 6; MüKo-BGB/Grothe, 5. Aufl. § 203 Rn 8; Palandt/Heinrichs, BGB, 67. Aufl., § 203 Rn 4; Staudinger/Frank Peters, BGB, Neubearbeitung 2004, § 203 Rn 13; a. A. OLG Koblenz NJW 2006, 3150).*

*Dies entspricht dem im Gesetzgebungsverfahren verlautbarten Verständnis der Norm (vgl. BT-Drucks. 14/6857 S. 43). Auf die Prüfbitte des Bundesrats, ob nicht durch eine besondere Formulierung in § 203 BGB sicherzustellen sei, die Verjährung von Ansprüchen nicht auf unabsehbare Zeit dadurch zu hemmen, dass Verhandlungen nicht weiterbetrieben werden (vgl. BT-Drucks. aaO S. 7), hat die Bundesregierung mitgeteilt, dass dem berechtigten Anliegen des Bundesrates durch den Entwurf sogar besser Rechnung getragen werde als durch die vorgeschlagene Ergänzung. Beim „Einschlafen“ von Verhandlungen werde die Verjährungsfrist nicht auf unbestimmte Zeit gehemmt, weil für die Auslegung der (später beschlossenen) Entwurfsfassung auf die Rechtsprechung zu § 852 II BGB zurückgegriffen werden könne, in der diese Frage bereits geklärt sei. Danach war nicht beabsichtigt, dass von einer Verweigerung des Schuldners nur im Fall einer ausdrücklichen Ablehnung der Fortsetzung der Verhandlungen auszugehen sei. Hierfür ist auch kein berechtigtes Bedürfnis erkennbar. Andernfalls könnte die Frage der Begründetheit des Anspruchs auf unabsehbare Zeit in der Schwebe gelassen werden, indem die Verhandlungen nicht weitergeführt werden. Dies ist mit dem Sinn und Zweck der Verjährungsvorschriften, innerhalb angemessener Fristen für Rechtssicherheit und Rechtsfrieden zu sorgen (BGHZ 59, 72; Palandt/Heinrichs aaO, Überblick vor § 194 Rn 9), nicht zu vereinbaren.“ (BGH aaO).*

BGB

**Unwirksamkeit starrer Dekorationsfristen**

BGB

§§ 535 I 2, 307, 242

**gilt auch im Gewerberaummietrecht**

(BGH in ZMR 2009, 110; Urteil vom 08.10.2008 – XII ZR 84/06)

Die **Rspr. des BGH**, wonach eine Übertragung der Schönheitsreparaturen auf den Mieter in einem Formularmietvertrag unwirksam ist, wenn der Mieter unabhängig von dem Erhaltungszustand der Räume zur Renovierung nach Ablauf starrer Fristen verpflichtet werden soll (BGH NZM 2004, 653 = NJW 2004, 2586 u. BGH NZM 2005, 504 = NJW 2005, 2006), **gilt auch bei Mietverträgen über Gewerberäume**.

I. Nach der **gesetzlichen Regelung** hat nicht der Mieter, sondern der Vermieter die Schönheitsreparaturen durchzuführen. Das folgt aus der in § 535 I 2 BGB geregelten Verpflichtung des Vermieters, das Mietobjekt während der gesamten Vertragszeit in einem vertragsgemäßen Zustand zu erhalten.

Allerdings weicht die mietvertragliche Praxis, insbesondere in Formularverträgen, seit Langem von diesem gesetzlichen Leitbild ab. Wegen dieser langjährigen Übung, die bereits allgemeine Verkehrssitte geworden ist, hat es der BGH gebilligt, dass in Formularverträgen Schönheitsreparaturen regelmäßig auf den Mieter verlagert werden, obwohl nach § 307 BGB Bestimmungen, die vom wesentlichen Grundgedanken der gesetzlichen Regelung abweichen, i.d.R. als unangemessen und damit unwirksam anzusehen sind (BGHZ 92, 363 = WuM 1985, 46; BGH NZM 2005, 504 = NJW 2005, 2006; Schmidt-Futterer, MietR, 9. Aufl. § 538 Rn 112). Denn das Gesetz hat die Pflicht zur Durchführung der Schönheitsreparaturen grundsätzlich disponibel ausgestaltet, weswegen die dafür notwendigen Kosten - wie hier ausdrücklich in § 13 Nr. 1 MV niedergelegt - nicht zwingend in die Miete einkalkuliert sein müssen. Der Gesetzgeber hat die überwiegende mietrechtliche Praxis einer Übertragung der Schönheitsreparaturen auf den Mieter bei entsprechend geringerer Miete also auch mit der Neuregelung des Mietrechts durch das Mietrechtsreformgesetz vom 19.06.2001 (BGBl I 1149) als im Einklang mit dem gesetzlichen Leitbild des Mietvertrags stehend akzeptiert.

- II. Der **VIII. Zivilsenat des BGH** hat u.a. AGB, mit denen Schönheitsreparaturen nach einem „starrten“ Fristenplan auf den Mieter übertragen werden, für unwirksam erachtet, weil sie den Mieter mit Renovierungspflichten belasten, die über den tatsächlichen Renovierungsbedarf hinausgehen und dem Mieter eine höhere Instandhaltungsverpflichtung auferlegen, als sie den Vermieter ohne eine solche vertragliche Klausel treffen würde (BGH NZM 2004, 653 = NJW 2004, 2586).

**Ausnahmen** sind danach **nur für solche AGB zugelassen, die eine Renovierung innerhalb bestimmter Fristen nur für den Regelfall vorsehen, diese aber vom tatsächlichen Erhaltungszustand abhängig machen** (BGH NZM 2005, 860 = NJW 2005, 3416; NZM 2007, 879 = NJW 2007, 3632).

Knüpft die Vertragsklausel die Renovierungspflicht des Mieters allerdings allein an feste zeitliche Grenzen und führt die Auslegung der AGB dazu, dass der Erhaltungszustand für die Verpflichtung keine Rolle spielt, führt dies regelmäßig zur Unwirksamkeit der Klausel (BGH NZM 2006, 459 = NJW 2006, 1728; NZM 2007, 355 = WuM 2007, 260).

- III. **Ob dies auch für Mietverträge über Geschäftsräume gilt, ist umstritten.**

- **Eine Meinung** (Eckert ZfIR 2005, 673) spricht sich gegen eine Übertragung dieser Rspr. auf gewerbliche Mietverträge aus. Der Zustand der Mieträume sei bei gewerblicher Nutzung nicht bloß Privatsache des Mieters, weil dem Vermieter regelmäßig daran gelegen sei, das Mietobjekt, das auf die Umgebung ausstrahle, in einem ansehnlichen Zustand zu erhalten. Eine übermäßige Belastung des Mieters sei nicht zu befürchten, wenn zusätzlich klargelegt werde, dass der Mieter zur Endrenovierung nur verpflichtet sei, wenn die Schönheitsreparaturen vor Vertragsende fällig gewesen wären. Liege bei Rückgabe des Mietobjekts die letzte Renovierung nur kurze Zeit zurück, handle der Vermieter rechtsmissbräuchlich, wenn er gleichwohl erneut die Schönheitsreparaturen fordere (vgl. auch Wolf/Eckert/Ball, Hdb. d. gewerbli. Miet-, Pacht- u. LeasingR, 9. Aufl., Rn 376).
- **Überwiegend** wird allerdings die Auffassung vertreten, AGB, die eine Übertragung der Schönheitsreparaturen auf den Mieter nach einem starren Fristenplan vorsehen, seien auch im gewerblichen Mietrecht unwirksam. Denn die Unwirksamkeit beruhe nicht auf dem besonderen sozialen Aspekt der Wohnraummiete, sondern auf den allgemeinen Pflichten eines Vermieters und den Grenzen einer formularmäßigen Abänderung (Neuhaus, Hdb. d. Geschäftsraummiete, 2. Aufl., Rn 773; Bieber/Ingendoh, AnwaltFormulare Geschäftsraummiete, § 5 Rn 14; OLG Düsseldorf NZM 2004, 866 = NJW-RR 2005, 13 u. OLGR 2007, 199). Auch Ahlt (DWW 2005, 96 befürwortet eine Übertragung der Rspr. des VIII. Zivilsenats des BGH auf das gewerbliche Mietrecht. Allerdings scheide im gewerblichen Mietrecht eine Erhöhung der Miete wegen der nicht kalkulierten Schönheitsreparaturen aus (zum Wohnungsmietrecht vgl. jetzt BGH NZM 2008, 641 = NJW 2008, 2840), was zu einer grundlegenden Störung der Vertragsparität führe, die nur durch eine ergänzende Vertragsauslegung oder nach den Grundsätzen über den Wegfall der Geschäftsgrundlage wiederhergestellt werden könne (so auch Palandt/Weidenkaff, BGB, 67. Aufl., § 535 Rn 47a; Börstinghaus WuM 2005, 675).

---

**BGB** **BGB**  
**§§ 280, 286** **Ersatz der Anwaltskosten bei Kündigung wegen Zahlungsverzugs**

(LG Heidelberg in NJW-RR 2009, 376; Urteil vom 29.02.2008 – 5 S 79/07)

Im Fall der berechtigten außerordentlichen **Kündigung eines Mietverhältnisses wegen Zahlungsverzugs** hat ein **privater Vermieter**, der weder rechtskundiges Personal beschäftigt noch selbst über besondere Rechtskunde im einschlägigen Bereich verfügt, einen **Schadensersatzanspruch gegen den Mieter auf Ersatz der für die Kündigung aufgewandten Rechtsanwaltskosten**.

*„Der Ansicht, auch eine nicht besonders rechtskundige Partei treffe die Obliegenheit, eine fristlose Kündigung des Mietverhältnisses gegebenenfalls ohne anwaltliche Hilfe durchzuführen, folgt die Kammer nicht. Angesichts der formalen Anforderungen, die vom Gesetz (§§ 568 I, 569 IV BGB) und der Rspr. insoweit aufgestellt sind, muss es dem Vermieter gestattet werden, sich ggf. rechtskundiger Hilfe zu versichern.“ (LG Heidelberg aaO).*

---

**BGB** **BGB**  
**§ 631** **Aufklärungspflicht des Werkunternehmers**  
**Unwirtschaftlichkeit einer Reparatur**

(LG Mönchengladbach in NJOZ 2009, 808; Urteil vom 12.11.2008 – 4 S 33/08)

Ein **Werkstattinhaber ist verpflichtet**, seinen **Kunden auf die Unwirtschaftlichkeit** einer in Auftrag gegebenen Reparatur **hinzuweisen**.

„Der **Werkunternehmer ist grds. verpflichtet**, den **Besteller** über alle Umstände **aufzuklären**, welche der Besteller nicht kennt und deren Kenntnis für den Willensentschluss des Bestellers von Bedeutung ist (OLG Hamm NJW-RR 1992, 1329; MüKo-BGB/Busche, 4. Aufl. 2005, § 631 Rn 75; Palandt/Sprau, 65. Aufl. 2006, § 631 Rn 14). Aus dieser Aufklärungspflicht ergibt sich insbes. die **Verpflichtung des Werkunternehmers, den Besteller auf die wirtschaftliche Unsinnigkeit des Auftrags hinzuweisen**; bei der Reparatur eines Fahrzeugs hat der Werkstattinhaber daher ungefragt einen Hinweis zu erteilen, wenn sich die Reparatur nicht mehr lohnt (OLG Hamm NJW-RR 1992, 1329; Palandt/Sprau, BGB, § 631 Rn 14).“ (LG Mönchengladbach aaO).

RfGebStV  
§ 5

### Rundfunkgebührenpflicht nicht für internetfähige Computer in Büros

öff R

(VG Berlin in DVBl 2009, 264; Urteil vom 17.12.2008 – 27 A 245.08)

Für **interfähige Computer in Büroräumen**, die einer **dienstlichen Verwendung** unterliegen, ist **keine Rundfunkgebühr** zu zahlen.

- I. Es widerspricht dem **Prinzip der Gebührengerechtigkeit**, auch dann ausschließlich auf die Möglichkeit eines Empfangs abzustellen, wenn der Eigentümer oder Besitzer typischerweise das Gerät nicht zum Empfang von Rundfunkdarbietungen nutzt, da die Rundfunkgebühr in einem solchen Falle zu einer bloßen Besitzabgabe werde (vgl. OVG Münster, Urteil vom 02.03.2007 - 19 A 378/06 -, betr. originalverpackt abgegebene Rundfunkempfangsgeräte beim Lebensmitteldiscounter, juris, Rn 28).

„Es kann bereits nicht davon ausgegangen werden, dass (internetfähige) PC typischerweise (auch) zum **Empfang von Rundfunkdarbietungen** genutzt werden. **Eine solche Nutzung bildet** vielmehr auch gegenwärtig einen **Ausnahmefall** (vgl. VG Münster, Urteil vom 26.09.2008, - 7 K 1473/07 -, Juris, Rn 31-33). Denn anders als bei herkömmlichen Rundfunkempfangsgeräten stellt bei PC der Empfang von Rundfunkdarbietungen nur eine von vielfachen anderen Nutzungsmöglichkeiten dar. **Typischerweise erfolgt die Nutzung von PC in Unternehmen oder Behörden** zu ganz anderen Zwecken, nämlich zur **Informationsbeschaffung und -Verarbeitung**, für **telekommunikative Anwendungen**, als **Datenbank** oder zur **Textverarbeitung**, jedenfalls zur **Erladigung der unternehmenstypischen Aufgaben**; aus dem bloßen Besitz von multifunktionalen Rechnern kann daher nicht mehr automatisch auf ein Bereitstellen zum Rundfunkempfang geschlossen werden. Die Ausführungen des Klägers zur Nutzung der in seinen Büroräumen im Verbleibenden Rechner und zum Verbot der Nutzung zu außerdienstlichen Zwecken sind nicht nur unbestritten, sondern entsprechen auch der dem Gericht bekannten Praxis der Anweisungen zum Umgang mit Dienstcomputern.“ (VG Berlin aaO).

- II. Eine allein aufgrund der tatsächlich bestehenden Möglichkeit, über das Internet die dort verbreiteten Rundfunkdarbietungen empfangen zu können, begründete Gebührenpflichtigkeit des Internet-Computers unterliegt zudem **verfassungsrechtlichen Bedenken**.

„Diese gründen sich zunächst darauf, dass der **Internetzugang und die Nutzung des Internets heutzutage gerade im gewerblichen Bereich unerlässlich** ist, um den Anforderungen des Marktes zu genügen und steuerrechtlichen bzw. sozialversicherungsrechtlichen Pflichten, die eine Datenübermittlung per Internet fordern, nachkommen zu können. Wäre die Nutzung des Internets zwangsläufig mit einer Rundfunkgebührenpflicht verbunden - und diese Gebührenpflicht nur vermeidbar, indem der Betroffene auf die Internetnutzung verzichtet -, dürfte dies einen **Eingriff in das Grundrecht der Informationsfreiheit aus Art. 5 I HS 2 GG** darstellen, weil der Zugang zu an sich frei verfügbaren Informationen nicht mehr ungehindert möglich ist, obwohl die im Internet angebotenen Rundfunkdarbietungen für den Nutzer nur eine aufgedrängte Verwendungsmöglichkeit darstellen, die er nicht beeinflussen kann, obwohl sie für ihn entbehrlich sind (vgl. VG Koblenz, Urteil vom 15.07.2008 - 1 K 496/08.KO -, juris, Rn 29, 30). Da der Kreis der Betroffenen, die auf die Nutzung des Internets angewiesen sind, einer Rundfunkgebührenpflicht nicht entgehen könnte, obwohl er Rundfunkdarbietungen nicht empfängt und auch nicht empfangen will, würde sich die Abgabe im Übrigen nicht als **bloße „Besitzabgabe“**, sondern als **Steuer** darstellen und sich damit von ihrem **eigentlichen Rechtscharakter als Beitrag für die Rundfunkteilnehmerschaft**, dessen Begründung wie auch Beendigung vom Willen des Teilnehmers abhängig ist (vgl. § 2 I u. II RfGebStV) entfernen.“ (VG Berlin aaO).

AO  
§ 378

### Steuerberater bußgeldrechtliche Verantwortlichkeit

SteuerR

(OLG Zweibrücken in NStZ-RR 2009, 81; Beschluss vom 23.10.2008 - 1 Ss 140/08)

Ein **Steuerberater** hat den **Ordnungswidrigkeitentatbestand des § 378 AO** dann **nicht erfüllt**, wenn er die **Steuererklärung seines Mandanten lediglich vorbereitet** hat und diese vom Steuerpflichtigen unterzeichnet sowie eingereicht wird, weil es in diesem Falle an eigenen Angaben des Steuerberaters gegenüber dem Finanzamt fehlt.

„Nach dem **Wortlaut der Vorgängerregelung des § 404 RAO** („bewirkt“) genügte zur Tatbestandserfüllung die ursächliche Herbeiführung des Erfolges der Steuerverkürzung. Die Neuregelung enthält demgegenüber unter Bezugnahme auf § 370 I AO als zusätzliches Tatbestandsmerkmal das Erfordernis, dass der Stpfl. oder derjenige, der in Wahrnehmung der Angelegenheiten eines Stpfl. handelt, gegenüber der Finanzbehörde unrichtige oder unvollständige Angaben macht. Dies hat einen engeren Anwendungsbereich der Norm zur Folge. Durch die Einreichung der vom Stpfl. unterzeichneten Steuererklärung hat dieser entsprechend seiner steuerrechtlichen Verpflichtung Angaben gegenüber dem Finanzamt gemacht, es ist seine Erklärung, für die er mit seiner Unterschrift die Verantwortung übernommen hat, nicht die des Steuerberaters. Dies gilt selbst im Falle eines sog. **Mitwirkungsvermerks** des Steuerberaters (hierzu enthalten die Urteilsgründe keine ausdrückliche Feststellung), weil die Mitwirkung bei der Anfertigung der Steuererklärung nur die Vorbereitung der Steuererklärung des Stpfl. beinhaltet und eine vom Steuerberater gegenüber seinem Mandanten geschuldete und erbrachte Leistung und gegenüber diesem gemachte Erklärung darstellt. Dem entspricht auch, dass der Steuerberater nicht als Sachwalter des Finanzamts, sondern **Beistand des Stpfl. anzusehen** ist (Klein/Gast-de Haan, AO, 9. Aufl., § 378 Rn 7).“ (OLG Zweibrücken aaO).



