



PRAKTIKER-REPORT (PR)

Monatsschrift für den praktisch tätigen Juristen

34. Jahrg.

Juni 2009

Heft 06

Aus dem Inhalt:

- | | |
|------------------|--|
| OLG Köln: | Verbraucherdarlehen und Restschuldversicherung |
| BGH: | Betrugsschaden (Risikogeschäft) |
| BVerwG: | Zulässigkeit von Vorhaben im Außenbereich |
| BGH: | Rechtshängigkeit bei verzögerter Abgabe im Mahnverfahren |
| BGH: | Verwertungsverbot |
| EuGH: | Verbot der reformatio in peius |
| BVerfG: | Anspruch auf effektiven Rechtsschutz |



Impressum:

Verlag und Redaktion:

Juristischer Verlag Juridicus
Hiberniastraße 6
45879 Gelsenkirchen

Tel.: 0209 / 945 806 - 35

Fax: 0209 / 945 806 - 50

info@juridicus.de

www.juridicus.de

Verantwortliche Redakteure:

Silke Wollburg, Hiberniastraße 6, 45879 Gelsenkirchen

Britta Wegner, Hiberniastraße 6, 45879 Gelsenkirchen

Urheber und Verlagsrechte:

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

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

Erscheinungsweise: monatlich

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

Zahlung quartalsweise im Voraus

Inhalt

Aus der Gesetzgebung

Zugang zum Visa-Informationssystem	1
Modernisierung von Verfahren im anwaltlichen und notariellen Berufsrecht	2

Brandaktuell

BGH: unwirksame Endrenovierungsklausel (Kostenerstattungsanspruch des Mieters)	4
---	---

Entscheidungen materielles Recht

Zivilrecht

BGH: Ersatz von Rechtsverteidigungskosten (Vertragsverletzung durch unbegründeten Rücktritt)	5
OLG Köln: Verbraucherdarlehen und Restschuldversicherung (kein verbundenes Geschäft)	8

Strafrecht

BGH: Betrugsschaden (Risikogeschäft)	10
BGH: Urkundenfälschung (Fahrzeugdoublette)	13

öffentl. Recht

BVerwG: Zulässigkeit von Vorhaben im Außenbereich (Biogasanlage „im Rahmen“ eines landwirtschaftlichen Betriebes)	15
VGH Mannheim: erweiterter Bestandsschutz (Zulassung gebietsfremder Nutzung)	18

Kurzauslese I

OLG Düsseldorf: eigenmächtige Mängelbeseitigung eines Mieters (Erstattungsanspruch)	21
BGH: Mieterhöhungsverlangen (Verweis auf Mietspiegelgleichheit ist ausreichend)	21
OLG Frankfurt: Geschäftsführerhaftung (Haftung eines „Strohmannes“)	22
BGH: Geldwäsche (Gehilfenbeitrag)	22
BGH: Verwertungsbetrug (nach Kontoeröffnung und Ausgabe einer ec-Karte)	23
OLG Hamm: Ordnungsgeld (Anordnung ohne Gewährung rechtlichen Gehörs)	23
EuGH: Ausländerzentralregister (Diskriminierung wegen Staatsangehörigkeit)	23
OVG Hamburg: Rundfunkgebühren (Händler sind nicht gebührenpflichtig)	24

Entscheidungen Verfahrensrecht

Zivilrecht

OLG Düsseldorf: Beweislast für Erfüllung (bei Behauptung mehrerer Schuldverhältnisse)	26
BGH: Widerspruch gegen Mahnbescheid (Rechtshängigkeit bei verzögerter Abgabe)	28

Strafrecht

BGH: Verwertungsverbot (Verfahrensrüge eines Mitbeschuldigten)	32
--	----

öffentl. Recht

EuGH:	Verbot der reformatio in peius (Vorrang vor Anwendung von Gemeinschaftsrecht)	36
BVerfG:	Anspruch auf effektiven Rechtsschutz (Verletzung durch überlange Verfahrensdauer).....	37

Kurzauslese II

KG:	Feststellungsklage (Annahmeverzug bei Zug-um-Zug-Vollstreckung)	40
OLG Saarbrücken:	Einstellung der Zwangsvollstreckung (kein außerordentliches Rechtsmittel).....	40
BGH:	Vereidigung (Beurteilungsspielraum des Tatrichters)	41
OLG Oldenburg:	Berufungseinlegung (Mindestanforderungen bei Versand per Fax über Internet-Dienst und unsignierte E-Mail)	41
KG:	Rechtsmittelrücknahme (Anforderungen an Bevollmächtigung).....	42
BGH:	Gehörsrüge (Schweigen auf Gegenerklärung).....	42
OVG Lüneburg:	schriftlicher Verwaltungsakt (erforderliche Erkennbarkeit der Behörde).....	43
BVerfG:	Gehörsverstoß (Heilung im Anhörungsrügeverfahren).....	43
BVerfG:	behördliche Vollstreckungsmaßnahmen (Rechtsschutz).....	43
VG Gießen:	Bürgerbegehren (statthafte Klageart).....	44

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

OLG Düsseldorf:	Einigungs- und Terminsgebühr (bei mehreren Rechtsstreitigkeiten derselben Partei).....	45
OLG Stuttgart:	Geschäftsgebühr (anteilige Anrechnung auf BRH-Gebühr).....	45
OLG Oldenburg:	Terminsgebühr (Vernehmung des Verfolgten).....	46
OLG Celle:	Kostenfestsetzungsverfahren (keine Verbindlichkeit einer zu niedrig berechneten Geschäftsgebühr)	46
VGH Mannheim:	Streitwertbestimmung (Ausländerrecht)	47
OLG Düsseldorf:	Klage und Widerklage (Wertaddition).....	47

Aus der Praxis

AGH NRW:	zulässige Nebentätigkeit (Juniorprofessur).....	49
BVerfG:	Benennungsgebot (Namensnennung bei Kurzbezeichnung im Briefkopf).....	50
BGH:	Verjährungshemmung (nur durch PKH-Antrag nach neuem Recht).....	51
OLG Koblenz:	Schadensersatzanspruch (Honorarvereinbarung mit Rechtsanwalt).....	52
OLG Brandenburg:	Nichterscheinen im Termin (Vertretenmüssen).....	52
OVG Hamburg:	Prozesskostenhilfe (Beiordnung des Betreuers als Rechtsanwalt).....	53
OVG Hamburg:	Prozesskostenhilfe (Beiordnung eines auswärtigen Rechtsanwalts).....	54

OLG Koblenz:	PKH-Abänderungsverfahren (Zustellungen müssen an die Partei selbst erfolgen).....	54
OLG Brandenburg:	Urteilszustellung (wirksam auch bei Angabe eines fehlerhaften Aktenzeichens).....	54
BGH:	Anschlussberufung (in Unterhaltssachen fristfrei).....	54
KG:	Erinnerung (gegen Weigerung des Rechtspflegers, Anträge entgegenzunehmen).....	56
 Steuern		
BGH:	Anscheinsbeweis (Vermutung beratungsgemäßen Mandantenverhaltens).....	58
BFH:	Trinkgelder (unterliegen der Einkommenssteuerpflicht).....	58
BFH:	Mitgliedsbeiträge für DAV (steuerpflichtiger Arbeitslohn).....	60
 Weitere Schriftumsnachweise		61
 Mandantenbrief		65

Aus der Gesetzgebung

A. Zugang zum Visa-Informationssystem

Gesetz über den Zugang von Polizei- und Strafverfolgungsbehörden sowie Nachrichtendiensten zum Visa-Informationssystem (VIS-Zugangsgesetz - VISZG) vom 06.05.2009 (BGBl. I S. 1034)

I. Allgemeines

Im europäischen Visa-Informationssystem werden **Daten zu Schengen-Visa durch die zuständigen Behörden** - insbesondere Visum-, Grenz- und Einwanderungsbehörden - **gespeichert**. So sollen unter anderem Visum-Mehrfachanträge bei mehreren EU-Mitgliedstaaten verhindert und Identitätstäuschungen aufgedeckt werden.

Die **deutschen Polizei- und Strafverfolgungsbehörden** sowie Nachrichtendienste **erhalten** mit dem VISZG **zur Verhütung, Aufdeckung und Ermittlung terroristischer und sonstiger schwerwiegender Straftaten** im Einzelfall **Zugang zum Visa-Informationssystem (VIS)** der Europäischen Union.

Das Gesetz tritt an dem Tag in Kraft, ab dem der Beschlusses 2008/633/JI des Rates vom 23.06.2008 über den Zugang der benannten Behörden der Mitgliedstaaten und von Europol zum Visa-Informationssystem (VIS) für Datenabfragen zum Zwecke der Verhütung, Aufdeckung und Ermittlung terroristischer und sonstiger schwerwiegender Straftaten (ABl. EU Nr. L 218 S. 129) nach seinem Artikel 18 Abs. 2 gilt.

II. Der Gesetzestext

§ 1 Unmittelbare Anwendbarkeit

Die Bestimmungen des Beschlusses 2008/633/JI des Rates vom 23. Juni 2008 über den Zugang der benannten Behörden der Mitgliedstaaten und von Europol zum Visa-Informationssystem (VIS) für Datenabfragen zum Zwecke der Verhütung, Aufdeckung und Ermittlung terroristischer und sonstiger schwerwiegender Straftaten (ABl. EU Nr. L 218 S. 129) sind anwendbar.

§ 2 Zugangsberechtigte Behörden und zentrale Zugangsstellen

- (1) Der Bund und die Länder bestimmen die Polizeibehörden, Strafverfolgungsbehörden und Nachrichtendienste, die zum Zwecke der Verhütung, Aufdeckung und Ermittlung von terroristischen Straftaten oder sonstigen schwerwiegenden Straftaten zum Zugang zum Visa-Informationssystem berechtigt sind.
- (2) Zentrale Zugangsstellen können beim Bund und bei den Ländern eingerichtet werden.
- (3) Das Bundesministerium des Innern erstellt in Abstimmung mit den Ländern eine Liste der zentralen Zugangsstellen, eine Liste der zugangsberechtigten Behörden sowie eine Liste der Organisationseinheiten, die innerhalb der zugangsberechtigten Behörden zum Zugang zum Visa-Informationssystem ermächtigt sind. Die Länder teilen die erforderlichen Angaben sowie jede nachträgliche Änderung dem Bundesministerium des Innern mit. Das Bundesministerium des Innern übermittelt die Listen der zugangsberechtigten Behörden und der zentralen Zugangsstellen sowie jede nachträgliche Änderung an die Europäische Kommission und das Generalsekretariat des Rates der Europäischen Union.

§ 3 Terroristische und sonstige schwerwiegende Straftaten

Zugang zum Visa-Informationssystem kann nur gewährt werden zum Zwecke der Verhütung, Aufdeckung oder Ermittlung

1. einer Straftat nach den §§ 129a und 129b des Strafgesetzbuches,

2. einer in § 129a Abs. 1 Nr. 1 und 2, Abs. 2 Nr. 1 bis 5 des Strafgesetzbuches bezeichneten Straftat, wenn diese bestimmt ist, die Bevölkerung auf erhebliche Weise einzuschüchtern, eine Behörde oder eine internationale Organisation rechtswidrig mit Gewalt oder durch Drohung mit Gewalt zu nötigen oder die politischen, verfassungsrechtlichen, wirtschaftlichen oder sozialen Grundstrukturen eines Staates oder einer internationalen Organisation zu beseitigen oder erheblich zu beeinträchtigen, und durch die Art ihrer Begehung oder ihre Auswirkungen einen Staat oder eine internationale Organisation erheblich schädigen kann,
3. einer Straftat, die darauf gerichtet ist, eine der in Nummer 2 bezeichneten Straftaten anzudrohen,
4. einer Straftat im Zusammenhang mit terroristischen Aktivitäten gemäß Artikel 3 des Rahmenbeschlusses 2002/475/JI des Rates vom 13. Juni 2002 zur Terrorismusbekämpfung (ABl. EG Nr. L 164 S. 3),
5. einer Straftat, die mit einer Freiheitsstrafe im Höchstmaß von mindestens drei Jahren bedroht ist und zu einer der in Artikel 2 Abs. 2 des Rahmenbeschlusses 2002/584/JI des Rates vom 13. Juni 2002 über den Europäischen Haftbefehl und die Übergabeverfahren zwischen den Mitgliedstaaten (ABl. EG Nr. L 190 S. 1) aufgeführten Deliktgruppen gehört.

§ 4 Datenschutzkontrolle

Die Kontrolle der Einhaltung der datenschutzrechtlichen Bestimmungen obliegt nach § 24 des Bundesdatenschutzgesetzes dem Bundesbeauftragten für den Datenschutz und die Informationsfreiheit. Die datenschutzrechtliche Kontrolle der Verarbeitung von Daten durch eine Landesbehörde richtet sich nach dem Datenschutzgesetz des Landes.

§ 5 Protokollierung

Das Bundesverwaltungsamt protokolliert jede Abfrage und Übermittlung von Daten aus dem Visa-Informationssystem. Dazu gehört auch die persönliche Kennung der Personen, die die Abfrage bearbeiten.

§ 6 Inkrafttreten

Dieses Gesetz tritt an dem Tag in Kraft, ab dem der Beschluss 2008/633/JI nach seinem Artikel 18 Abs. 2 gilt. Das Bundesministerium des Innern gibt den Tag des Inkrafttretens im Bundesgesetzblatt bekannt.

B. Modernisierung von Verfahren im anwaltlichen und notariellen Berufsrecht

Gesetz zur Modernisierung von Verfahren im anwaltlichen und notariellen Berufsrecht vom 23.04.2009, in Kraft treten zum 01.09.2009 (BR-Drs. 377/09)

I. Die wichtigsten Neuregelungen

1. Der Bundestag hat am 23.04.2009 das Gesetz zur Modernisierung von Verfahren im anwaltlichen und notariellen Berufsrecht und damit die **Errichtung einer unabhängigen, bundesweit tätigen "Schlichtungsstelle der Rechtsanwaltschaft"** beschlossen. Das Gesetz orientiert sich an dem Vorbild anderer erfolgreicher "Ombudsstellen" wie etwa bei Banken oder Versicherungen.

Die neue Schlichtungsstelle, die bei der Bundesrechtsanwaltskammer angesiedelt wird, unterscheidet sich von den bereits bestehenden Schlichtungsangeboten örtlicher Rechtsanwaltskammern durch ihre **gesetzlich garantierte Unabhängigkeit** und durch die Person des Schlichters, der nicht aus den Reihen der Rechtsanwälte kommen darf. Ihre **Unabhängigkeit von der Anwaltschaft** wird durch die gesetzlichen Vorgaben an die Person des Schlichters und durch die vorgeschriebene Beteiligung eines Beirats sichergestellt. Dem Beirat, der bei der

Ernennung des Schlichters und dem Erlass der Schlichtungsordnung mitwirkt, müssen neben Vertretern der Rechtsanwaltschaft mindestens paritätisch auch Vertreter der Verbraucherverbände und anderer Einrichtungen (Verbände der Wirtschaft, des Handwerks oder der Versicherungen) angehören. Der **Tätigkeitsbereich** der Schlichtungsstelle der Rechtsanwaltschaft wird sich auf alle **zivilrechtlichen Streitigkeiten zwischen Rechtsanwälten und ihren Auftraggebern** wie z.B. über die Höhe der Anwaltsvergütung (Honorarstreitigkeiten) oder über Haftungsansprüche des Mandanten gegen den Anwalt (Anwaltshaftung) erstrecken. Die Teilnahme am Schlichtungsverfahren, dessen Durchführung sowohl der Rechtsanwalt als auch der Mandant beantragen können, ist für beide Seiten freiwillig. Die neue Schlichtungsstelle eröffnet den Mandanten somit die Möglichkeit, die Berechtigung anwaltlicher Honorarforderungen oder das Bestehen von Schadensersatzansprüchen wegen anwaltlicher Falschberatung durch eine von der Anwaltschaft unabhängige Institution überprüfen zu lassen, ohne sogleich den Rechtsweg beschreiten zu müssen.

2. Bisher verweist die Bundesrechtsanwaltsordnung (BRAO) für verwaltungsrechtliche Streitigkeiten auf das Gesetz über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit (FGG).

Dies ist insbesondere bei Streitigkeiten über die Zulassung zur Rechtsanwaltschaft, ihre Rücknahme oder ihren Widerruf sowie die Anfechtung sonstiger Verwaltungsakte und das Vorgehen gegen Wahlen und Beschlüsse der Kammern der Fall.

Das Gesetz über die Tätigkeit europäischer Rechtsanwälte in Deutschland (Eu-RAG) und die Bundesnotarordnung (BNotO) nehmen insoweit auf die BRAO Bezug.

Künftig gelten für diese Verwaltungsverfahren jedoch nicht mehr die Vorschriften des Gesetzes über das Verfahren in Familiensachen und in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit (**FamFG**), **sondern** die Verwaltungsverfahrensgesetze des Bundes und der Länder und im gerichtlichen Verfahren die Verwaltungsgerichtsordnung (**VwGO**), denn die Rechtsanwalts- und Notarkammern handeln als öffentlich-rechtliche Körperschaften gegenüber ihren Mitgliedern öffentlich-rechtlich. Auch die Justizverwaltungen werden im Bereich des verwaltenden öffentlichen Rechts tätig. An dem in der Praxis bewährten Rechtsweg - in Anwaltssachen zum Anwaltsgerichtshof und zum Bundesgerichtshof in Anwaltssachen, in Notarsachen zum Oberlandesgericht und zum Bundesgerichtshof - hält das Gesetz fest; dabei soll Rechtsschutz wie bisher auch weiterhin durch zwei Tatsacheninstanzen gewährt werden.

II. Weitere Neuerungen im Überblick

- Die **Anzahl der** von einem Rechtsanwalt **maximal führbaren Fachanwaltschaften** wird von bisher zwei **auf drei erhöht**.
- Die **Anrechnung einer Gebühr auf eine nachfolgende Gebühr** im Rechtsanwaltsvergütungsgesetz wird **neu geregelt**.
- Es wird die Möglichkeit zur **Abwicklung des Verwaltungsverfahrens über eine einheitliche Stelle** geschaffen.

Brandaktuell

BGB
§ 535

Unwirksame Endrenovierungsklausel Kostenerstattungsanspruch des Mieters

MietR

(BGH in Pressemitteilung Nr. 114/2009; Urteil vom 27.05.2009 –VIII ZR 302/07)

Fall: M waren seit Mai 1999 Mieter einer Wohnung des V. Im Jahr 2004 renovierten sie die Wohnung. Einige Zeit später kündigten sie das Mietverhältnis zum 31.05.2006. In der Annahme, dazu verpflichtet zu sein, nahmen sie vor Rückgabe der Wohnung eine Endrenovierung vor. Sie sind der Auffassung, dass ihnen ein Ersatzanspruch für die durchgeführte Endrenovierung zustehe, weil eine wirksame Verpflichtung zur Vornahme der Schönheitsreparaturen nicht bestanden habe.

Mit der Klage machen die M einen Ersatzanspruch in Höhe von 1.620 € (9 € je qm Wand- und Deckenfläche) geltend. Besteht hierauf ein Anspruch?

I. Anspruch aus §§ 280 I, 241 II BGB

M könnten gegen V einen Anspruch auf Ersatz der Renovierungskosten nach §§ 280 I, 241 II BGB haben. Die Pflichtverletzung könnte in der Verwendung einer unwirksamen Vertragsklausel bestehen. Fraglich ist allerdings, ob sich V nicht nach §§ 280 I 2, 276 BGB entlasten kann.

„Eine Ersatzpflicht auf der Grundlage eines Schadensersatzanspruchs hat der Bundesgerichtshof dagegen verneint, weil dem V nach den gegebenen Umständen kein Verschuldensvorwurf wegen der Verwendung unwirksamer Klauseln gemacht werden kann.“ (BGH aaO)

II. Anspruch aus §§ 683, 677, 670 BGB

In Betracht kommt auch ein Anspruch auf Aufwendungsersatz werden einer echten, berechtigten Geschäftsführung ohne Auftrag, was allerdings abgelehnt wurde.

*„Ebenso scheidet auch ein Aufwendungsersatzanspruch aus einer Geschäftsführung ohne Auftrag aus. Der Mieter, der aufgrund **vermeintlicher Verpflichtung** Schönheitsreparaturen in der Mietwohnung vornimmt, führt damit kein Geschäft des Vermieters, sondern wird nur **im eigenen Rechts- und Interessenkreis tätig**. Denn mit der Vornahme der Schönheitsreparaturen will der Mieter eine Leistung erbringen, die rechtlich und wirtschaftlich als Teil des Entgelts für die Gebrauchsüberlassung an den Mieträumen anzusehen ist.“* (BGH aaO)

III. Anspruch aus § 812 I 1. Fall BGB

M könnten einen Anspruch gegen V auf Erstattung der Renovierungskosten wegen ungerechtfertigter Bereicherung haben.

*„Der Bundesgerichtshof hat entschieden, dass ein Erstattungsanspruch der M wegen ungerechtfertigter Bereicherung des Vermieters in Betracht kommt, weil die V nach ihrem Vorbringen die von ihnen vorgenommenen Schönheitsreparaturen aufgrund einer **unwirksamen Endrenovierungsklausel** und damit **ohne Rechtsgrund** erbracht haben (§§ 812 I, 818 II 2 BGB).*

*Der **Wert der rechtsgrundlos erbrachten Leistung** bemisst sich insoweit nach dem Betrag der üblichen, hilfsweise der **angemessenen Vergütung** für die ausgeführten Renovierungsarbeiten.*

*Dabei muss allerdings berücksichtigt werden, dass Mieter bei Ausführung von Schönheitsreparaturen regelmäßig von der im Mietvertrag eingeräumten Möglichkeit Gebrauch machen, die **Arbeiten in Eigenleistung** zu erledigen oder sie durch Verwandte und Bekannte erledigen lassen. In diesem Fall bemisst sich der Wert der Dekorationsleistungen üblicherweise nach dem, was der Mieter billigerweise neben einem Einsatz an freier Zeit als **Kosten für das notwendige Material** sowie als **Vergütung für die Arbeitsleistung seiner Helfer** aus dem Verwandten- und Bekanntenkreis aufgewendet hat oder hätte aufwenden müssen. Der Wert der erbrachten Leistung ist durch das Gericht **gemäß § 287 ZPO zu schätzen**.*

*Im vorliegenden Fall ist aber **noch zu klären**, ob ein höherer Wert deshalb anzusetzen ist, weil nach dem Klägervortrag der Kläger zu 2 **beruflich als Maler und Lackierer** tätig ist und die Durchführung der Schönheitsreparaturen damit möglicherweise **Gegenstand seines in selbständiger beruflicher Tätigkeit** geführten Gewerbes war.“* (BGH aaO)

Da es an Feststellungen zur Höhe eines Anspruchs auf Herausgabe einer bei dem Beklagten eingetretenen Bereicherung fehlt, hat der Bundesgerichtshof die Sache an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Entscheidungen materielles Recht**BGB**

§§ 280 I, 241 II

**Ersatz von Rechtsverteidigungskosten
Vertragsverletzung durch unbegründeten Rücktritt****SchuldR**

(BGH in NJW 2009, 1262; Urteil vom 16.01.2009 – V ZR 133/08)

1. Eine Vertragspartei, die von der anderen Vertragspartei unberechtigt etwas **verlangt** oder ein **Gestaltungsrecht ausübt**, verletzt ihre Pflicht zur Rücksichtnahme nach § 241 II BGB und handelt i.S.d. § 280 I 1 BGB pflichtwidrig.
2. Im Sinne von § 280 I 2 BGB **zu vertreten** hat die Vertragspartei diese Pflichtwidrigkeit aber nicht schon dann, wenn sie nicht erkennt, dass ihre Rechtsposition in der Sache nicht berechtigt ist, sondern erst, wenn sie diese **Rechtsposition auch nicht als plausibel ansehen** durfte.

Fall: B kaufte mit notariellem Kaufvertrag vom 08.09.2005 von K ein mit einem abzubrechenden Gebäude bebautes Grundstück für 351.000 Euro. Das Grundstück sollte parzelliert und nach Bebauung mit sechs Einfamilienhäusern weiterverkauft werden. B sollte nach Vertragsschluss eine Bauvoranfrage einreichen. Weiter heißt es in dem Vertrag:

„Sobald die Baugenehmigung zur Errichtung der Häuser nebst der Genehmigung zur Teilung des Grundbesitzes insgesamt in die entsprechende Zahl Baugrundstücke erteilt sind, ist der Kaufvertrag wirksam und die Vertragsbeteiligten zur Erbringung der ihnen obliegenden Leistung verpflichtet.“

Der Vollzug des Vertrags stockte, weil ein Nachbar gegen den der B erteilten Bauvorbescheid Widerspruch einlegte. Außerdem machte, was K zunächst unbekannt blieb, die zuständige Behörde mit einem Schreiben vom 13.02. 2006 die Erteilung der für die vorgesehene Teilung des Grundstücks erforderlichen Genehmigung von dem vorherigen Abbruch der vorhandenen Bebauung auf dem Grundstück abhängig. Mit Rücksicht auf den Nachbarwiderspruch vereinbarten die Parteien am 20.02.2006 in einem notariell beurkundeten Ergänzungsvertrag eine Stundung des Kaufpreises bis zur Erteilung der Baugenehmigung und weiter „ohne Anerkennung einer Rechtspflicht seitens des Käufers“, dass „der aus abzuschließenden Weiterverkäufen zu zahlende Kaufpreis in voller Höhe vorzeitig an den Verkäufer zu zahlen ist“. Zu diesem Zeitpunkt war die Baugenehmigung noch nicht beantragt.

Nach einem Schriftwechsel der Parteien wegen der Zahlung des Kaufpreises ließ K die B mit anwaltlichen Schreiben vom 21.07.2006 und vom 03.08.2006 auffordern, den Kaufpreis bis zum 16.08.2006 zu zahlen. Dem leistete B mit der Begründung nicht Folge, die Baugenehmigung sei wegen des schwebenden Widerspruchsverfahrens und der fehlenden Teilungsgenehmigung noch nicht erteilt worden. Die Erteilung der Teilungsgenehmigung setze den vorherigen Abriss der Gebäude voraus. Mit Schreiben vom 23.08.2006 teilte die Bauaufsichtsbehörde K auf dessen Anfrage hin mit, dass ein Bauantrag noch nicht gestellt worden sei. B ließ ihm mit einem Schreiben vom 05.09.2006 mitteilen, die Bauanträge seien selbstverständlich eingereicht. Daraufhin erklärte K mit Schreiben vom 12.09.2006 unter Hinweis auf treuwidriges Verhalten der B den Rücktritt vom Grundstückskaufvertrag. B verlangt nunmehr Ersatz von 3.301,20 Euro als Rechtsverteidigungskosten gegen das Zahlungsverlangen des K und 1.660,60 Euro als Rechtsverteidigungskosten gegen den Rücktritt des K.

Hat B einen Anspruch auf Ersatz der Rechtsverteidigungskosten?

Hat jemand einen Anspruch auf Schadensersatz, so bestimmt sich Berechnung des Schadensersatzes nach §§ 249 ff. BGB. Auch die außerprozessualen Rechtsanwaltskosten sind nicht Nebenkosten, sondern gehören zum Hauptanspruch auf Schadensersatz nach § 249 BGB.

Voraussetzung für die Ersatzfähigkeit von Anwaltskosten ist, dass der Geschädigte die Beauftragung eines Anwalts für erforderlich halten durfte (vgl. BGH NJW 1995, 446; BGH NJW 2004, 444, 446; BGH NJW 2005, 1112, 1113; BGH NJW 2006, 1065).

Ein solcher Anspruch könnte sich hier aus §§ 280 I, 241 II BGB ergeben. Ein Schuldverhältnis wurde durch den abgeschlossenen Kaufvertrag begründet. Es wird jedoch nicht um die Hauptpflichten gestritten. Bei jedem Schuldverhältnis bestehen jedoch Nebenpflichten nach § 241 II BGB.

*„Die **Geltendmachung unberechtigter Ansprüche** und **nicht bestehender Rechte** kann zwar unter verschiedenen rechtlichen Gesichtspunkten zu einem Ersatzanspruch führen (dazu BGH, NJW 2007, 1458). Liegt sie aber - wie hier - darin, dass der eine Partner eines (**gegenseitigen**) **Vertrags** aus diesem Vertrag*

Ansprüche gegen den anderen Partner und **Gestaltungsrechte** ableitet, die ihm nach dem Vertrag **nicht zustehen**, kommt allein ein Anspruch aus der Verletzung vertraglicher Pflichten in Betracht.“ (BGH aaO)

Diese Pflicht könnte K durch die unberechtigte Geltendmachung eines Zahlungsanspruch und die unberechtigte Rücktrittserklärung verletzt haben

I. Zahlungsaufforderung

K konnte weder am 21.07.2005 noch am 03.08.2005 die Zahlung von B verlangen, da diese noch nicht fällig war.

„Der Kaufpreis war nicht fällig, weil die **Baugenehmigung noch nicht erteilt** und ihre **Erteilung von B. nicht treuwidrig hintertrieben** worden war. Das wird von den Parteien nicht angegriffen.“ (BGH aaO)

II. Rücktrittserklärung

K war mangels Fälligkeit nach § 323 I BGB nicht wegen Zahlungsverzuges zum Rücktritt berechtigt. Auch kann ein Rücktritt weder auf Verletzung der Pflicht zur Einreichung einer Bauvoranfrage und des Antrags auf Erteilung der Baugenehmigung (s.o.) noch auf eine zu zögerliche Erfüllung dieser Pflicht (§ 324 BGB) gestützt werden. Es liegt daher auch eine unberechtigte Rücktrittserklärung durch K vor.

III. Ausschluss der Pflichtverletzung

Fraglich ist jedoch, ob in jedem Fall der unberechtigten Geltendmachung vertraglicher Ansprüche eine Nebenpflichtverletzung nach §§ 280 I, 241 II BGB angenommen werden kann.

„In der Rspr. des BGH ist anerkannt, dass allein in der **Erhebung einer Klage** oder in der sonstigen **Inanspruchnahme** eines staatlichen, gesetzlich geregelten **Rechtspflegeverfahrens** zur Durchsetzung vermeintlicher Rechte **weder eine unerlaubte Handlung** i.S. der §§ 823ff. BGB (BGH NJW 1961, 2254; BGH NJW 1992, 2014; BGH NJW 2003, 193; BGH NJW 2005, 3141; BGH, NJW 2008, 1147 [1148]) **noch eine zum Schadensersatz verpflichtende Vertragsverletzung** gesehen werden kann (Senat, BGH NJW 1956, 787; NJW-RR 2005, 315 [316]; BGH, NJW 2008, 1147; vgl. auch Zeiss, NJW 1967, 703 [706f.], a.A. Becker-Eberhard, Grundlagen der Kostenerstattung, 1985, S. 99ff.; Haertlein, Exekutionsintervention und Haftung, 2008, S. 352ff.; Kaiser, NJW 2008, 1709 [1710f.]).

Für die **Folgen einer nur fahrlässigen Fehleinschätzung** der Rechtslage **haftet** der ein solches Verfahren Betreibende außerhalb der im Verfahrensrecht vorgesehenen Sanktionen grundsätzlich **nicht**, weil der Schutz des Prozessgegners regelmäßig durch das gerichtliche Verfahren nach Maßgabe der gesetzlichen Ausgestaltung gewährleistet wird (BGH, NJW 2008, 1147 [1148]). Ein dadurch nicht abgedeckter Schaden ist damit auch materiell-rechtlich nicht ersatzfähig (Senat, BGHZ 20, 169 [172] = NJW 1956, 787; BGHZ 74, 9 [15] = NJW 1979, 1351; BGHZ 118, 201 [206] = NJW 1992, 2014). Diese Rechtsprechung wird wesentlich von der Überlegung bestimmt, dass **andererseits** der **freie Zugang zu staatlichen Rechtspflegeverfahren**, an dem auch ein erhebliches öffentliches Interesse besteht, in verfassungsrechtlich bedenklicher Weise **eingeschränkt** würde.“ (BGH aaO)

Diese Auffassung könnte auf die außergerichtliche Geltendmachung einer unberechtigten Forderung übertragbar sein. Dies wird teilweise angenommen.

vgl. BGH NJW 1996, 389 [390]; BGH, BeckRS 2007, 00791; BGH NJW 2004, 3322 [3323]; BGH, BeckRS 2005, 10894, i.E. bestätigt durch BGH, BeckRS 2007, 00791; OLG Düsseldorf, NJW-RR 1999, 746; Grüneberg/Sutschet, in: Bamberger/Roth, BeckOK-BGB, 2. Aufl., § 241 Rn 54

a) kein Unterschied zur gerichtlichen Geltendmachung

Dieses Argument hat der Große Senat für Zivilsachen des BGH in seinem Beschluss vom 15.07.2005 (BGH NJW 2005, 3141) aus Anlass der Infragestellen der ständige Rechtsprechung des BGH zur unberechtigten Schutzrechtsverwarnung zurückgewiesen.

Nach dieser Rechtsprechung kann eine **unberechtigte außergerichtliche Schutzrechtsverwarnung** einen rechtswidrigen Eingriff in eine nach § 823 I BGB geschützte Rechtsposition sowohl des Verwarnten als auch desjenigen Gewerbetreibenden darstellen, dessen Kundenbeziehungen durch die unberechtigte Geltendmachung eines Ausschließlichkeitsrechts gegenüber dem verwarnten Abnehmer schwerwiegend beeinträchtigt werden (BGH NJW 1951, 712; BGH NJW 1974, 315; BGH NJW 2005, 3141; RGZ 58, 24 [30f.]).

Erfolgt der Eingriff **unmittelbar durch Anrufung der Gerichte**, entfällt - wie auch sonst - die Haftung (BGHZ 164, 1 [6] = NJW 2005, 3141 = GRUR 2005, 882 = BKR 2005, 410). Diese Privilegierung findet ihrer Rechtfertigung zum einen in einer **förmlichen Beteiligung** des zu Unrecht in Anspruch Genommenen an dem gerichtlichen Verfahren und zum anderen in der **verschuldensnabhangigen Haftung des Kl. nach §§ 717 II, 945 ZPO** fur den Fall einer Vollstreckung aus ei-

nem später geänderten vorläufig vollstreckbaren Urteil (BGHZ 164, 1 [7f.] = NJW 2005, 3141 = GRUR 2005, 882 = BKR 2005, 410).

An beidem fehlt es, wenn eine unberechtigte Verwarnung außergerichtlich erfolgt. Bei der unberechtigten Geltendmachung von Ansprüchen liegt es nicht anders.“ (BGH aaO)

b) Relevanz subjektiver Redlichkeit

Das teilweise angenommene sog. „Recht auf Irrtum“ bei der unberechtigten Geltendmachung von Ansprüchen und Rechten erkennt der BGH bei bestehenden Schuldverhältnissen nicht an. Er geht im Gegenteil davon aus, dass sie gerade hier im Grundsatz pflichtwidrig ist.

„Vielmehr kommt eine Haftung auf Schadensersatz nach § 280 I 1 BGB auch dann in Betracht, wenn eine Vertragspartei, ohne eigene Leistungspflichten zu verletzen, **unberechtigte Ansprüche an die andere Vertragspartei stellt** (BGH, NJW 2007, 1458). Dies hat der BGH bei einem unberechtigten Mängelbeseitigungsverlangen angenommen (NJW 2008, 1147 [1148]). Für ein unberechtigtes Zahlungsverlangen gilt nichts anderes.

Eine Vertragspartei, die von der anderen Vertragspartei etwas verlangt, das ihr nach dem Vertrag nicht geschuldet ist, oder ein Gestaltungsrecht ausübt, das nicht besteht, verletzt ihre Pflicht zur Rücksichtnahme nach § 241 II BGB (BGH, NJW 2008, 1147; a.A. Hösl, S. 34: Leistungstreuepflicht). Danach hat jede Vertragspartei auf die Rechte und Interessen der anderen Partei Rücksicht zu nehmen. Zu diesen Rechten und Interessen gehört auch das Interesse des Schuldners, nicht in weitergehendem Umfang in Anspruch genommen zu werden als in dem Vertrag vereinbart.“ (BGH aaO)

Nach diesen Maßstäben waren sowohl die Aufforderung des Kl. an die Bekl. zur Zahlung des Kaufpreises als auch sein Rücktritt vom Vertrag nicht nur sachlich unbegründet, sondern auch i.S.d. § 280 I 1 BGB pflichtwidrig.

IV. Verantwortlichkeit

Die Verantwortlichkeit der K für diese Pflichtverletzung wird nach § 280 I 2 BGB vermutet. Fraglich ist, ob K nachweisen kann, dass sie für die Pflichtverletzung nicht im Sinne des § 276 BGB verantwortlich ist. Dazu müsste K nachweisen, bei der unberechtigten Geltendmachung der Ansprüche/Rechte nicht fahrlässig gehandelt zu haben.

„Fahrlässig handelt der Gläubiger nämlich **nicht schon dann**, wenn er **nicht erkennt**, dass seine Forderung in der Sache **nicht berechtigt** ist. Die Berechtigung seiner Forderung kann sicher nur in einem Rechtsstreit geklärt werden. Dessen Ergebnis vorauszusehen, kann von dem Gläubiger im Vorfeld oder außerhalb eines Rechtsstreits nicht verlangt werden. Das würde ihn in diesem Stadium der Auseinandersetzung überfordern und ihm die **Durchsetzung seiner Rechte unzumutbar erschweren** (Haertlein, MDR 2009, 1 [2f.]).

Der **im Verkehr erforderlichen Sorgfalt** (§ 276 II BGB) entspricht der Gläubiger nach der Rechtsprechung des BGH vielmehr schon dann, wenn er **prüft**, ob die Vertragsstörung auf eine Ursache zurückzuführen ist, die dem eigenen Verantwortungsbereich zuzuordnen, der eigene **Rechtsstandpunkt** mithin **plausibel** ist (vgl. BGH, NJW 2008, 1147 [1148]). ... Bleibt dabei ungewiss, ob tatsächlich eine Pflichtverletzung der anderen Vertragspartei vorliegt, darf der Gläubiger die sich aus einer Pflichtverletzung ergebenden Rechte geltend machen, ohne Schadensersatzpflichten wegen einer schuldhaften Vertragsverletzung befürchten zu müssen, auch wenn sich sein Verlangen im Ergebnis als unberechtigt herausstellt (BGH, NJW 2008, 1147; Haertlein, MDR 2009, 1 [2]).“ (BGH aaO)

Gemessen an diesen Anforderungen hat K weder sein unberechtigtes Zahlungsverlangen noch seinen unberechtigten Rücktritt zu vertreten, weil er weder im einen noch im anderen Fall fahrlässig gehandelt hat.

„Nach den Feststellungen des BerGer. hatte K **Grund zu der Annahme**, die Bekl. **führe die Erteilung der Baugenehmigung** als Voraussetzung der Fälligkeit des Kaufpreisanspruchs **treuwidrig nicht herbei**. ... Durch eine Mitteilung der zuständigen Behörde vom 23.08.2006 sei er nämlich darüber unterrichtet worden, dass der Antrag bis dahin in Wirklichkeit nicht gestellt worden war. Das genügt der gebotenen Plausibilitätskontrolle. Auf das **Erfordernis seiner Zustimmung** zum Abbruch der vorhandenen Bebauung sei er **erst im Anschluss an seine Zahlungsaufforderungen hingewiesen** worden, obwohl dies schon seit Monaten bekannt gewesen sei.“ (BGH aaO)

K kann daher die Vermutung des § 280 I 2 BGB ausräumen, so dass keine Verantwortlichkeit gegeben ist und eine Haftung daher ausscheidet. B hat gegen K keinen Anspruch auf Ersatz der Rechtsverteidigungskosten gem. § 280 I, 241 II BGB.

BGB Verbraucherdarlehen und Restschuldversicherung SchuldR
 § 358 III **kein verbundenes Geschäft**

(OLG Köln in NJOZ 2009, 1205; Urteil vom 14.01.2009 – 13 U 103/08)

- 1 Bei einem **Verbraucherdarlehensvertrag** und einem darauf bezogenen **Restschuldversicherungsvertrag** handelt es sich **nicht** um **verbundene Verträge**. Das Darlehen „dient“ nicht der Finanzierung der Vereinbarung über die Restschuldversicherung, also des anderen Vertrags i.S.d. § 358 III BGB.
- 2 Nicht die Restschuldversicherung ist der Grund für die Aufnahme des Darlehens, sondern das **Darlehen** stellt umgekehrt den **Grund für den Abschluss der Restschuldversicherung** dar.

Fall: Bank K macht gegenüber den Verbrauchern B Ansprüche auf Rückzahlung eines mit Vertrag vom 12.09.2005 in der Form des § 492 BGB gewährten und infolge eines unstreitigen Zahlungsrückstands der B mit Schreiben vom 08.06.2007 unter Einhaltung der Vorgaben des § 498 BGB gekündigten und fällig gestellten Darlehens geltend. Sie hatte den B bereits mit Vertrag vom 13.08.2002 einen - nicht zweckgebundenen - Kredit über netto 26.600,00 Euro gewährt, dessen Restsaldo - unter gleichzeitiger Einräumung eines zusätzlichen, ebenfalls nicht zweckgebundenen Kredits von 2 Mio. Euro - durch ein weiteres Darlehen vom 26.01.2004 abgelöst wurde.

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

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

Hat K einen Anspruch auf Rückzahlung des Gesamtdarlehens?

K könnte gegen B einen Anspruch auf Rückzahlung des Gesamtdarlehens nach §§ 488 I 2, 498 BGB haben. Zwischen K und B wurde ein **Verbraucherdarlehensvertrag** geschlossen, der die besonderen Vorgaben des § 492 BGB und des § 498 BGB für die **Gesamtfälligkeit** liegen vor. Allerdings könnten B nach § 355 BGB wirksam widerrufen haben. Der Widerruf muss nach § 355 I 2 BGB grundsätzlich **innerhalb von 2 Wochen** nach ordnungsgemäßer Widerrufsbelehrung erfolgen. Eine **Belehrung ist erfolgt**. Allerdings ist bei sog. verbundenen Verträgen nach § 358 V BGB auch darüber zu belehren, dass der Widerruf des einen Vertrages sich nach Maßgabe des § 358 I, II BGB auch auf den anderen Vertrag auswirkt. Eine solche Belehrung bezüglich des Verbraucherdarlehensvertrages und der Restschuldversicherung ist unterblieben. Es kommt also maßgeblich darauf an, ob der **Verbraucherdarlehensvertrag** und die **Restschuldversicherung** als **verbundene Verträge** i.S.d. § 358 III BGB anzusehen sind.

„Nach § 358 III BGB sind ein Vertrag über die Lieferung einer Ware oder die Erbringung einer anderen Leistung und ein Verbraucherdarlehensvertrag dann miteinander verbunden, wenn **das Darlehen ganz oder teilweise der Finanzierung des anderen Vertrags dient und beide Verträge eine wirtschaftliche Einheit bilden**. Eine wirtschaftliche Einheit ist insbesondere dann anzunehmen, wenn der Unternehmer selbst die Gegenleistung des Verbrauchers finanziert, oder im Falle der Finanzierung durch einen Dritten, wenn sich der Darlehensgeber bei der Vorbereitung oder dem Abschluss des Verbraucherdarlehensvertrags der Mitwirkung des Unternehmers bedient.“ (OLG Köln aaO)

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

I. Annahme eines verbundenen Geschäfts

„Vor allem die Literatur ist der Auffassung, dass es sich bei einem Darlehensvertrag und einem im Zusammenhang damit abgeschlossenen Restschuldversicherungsvertrag um verbundene Verträge ins. von § 358 III BGB handelt (vgl. Palandt/Grüneberg, BGB, 68. Aufl. [2009], § 358 Rn 7; Erman/Saenger,

BGB, 12. Aufl. [2008], § 358 Rn 4; Staudinger/Kessel-Wulf, BGB, Neubearb. 2004, § 358 Rn 40; MüKo-BGB/Habersack, 5. Aufl. [2007], § 358 Rn 12; Bamberger/Roth, BGB, 2. Aufl. [2007], § 358 Rn 13; außerdem Geßner, VuR 2008, 84; Reifner, WM 2008, 2329 [2337]; ders. in: Derleder/Knops, Hdb. zum deutschen und europäischen BankR, § 11 Rn 159 sowie Knops, VersR 2006, 1455).

Auch ein **Teil der Rechtsprechung** (OLG Rostock, NJW-RR 2005, 1416; OLG Schleswig, NJW-RR 2007, 1347; LG Hamburg, BeckRS 2008, 05725 = VuR 2008, 111) folgt dieser Auffassung.“ (OLG Köln aaO)

II. Ablehnung eines verbundenen Geschäfts

„Gegen die Annahme, es handele sich bei einem Verbraucherdarlehensvertrag und einem Restschuldversicherungsvertrag um verbundene Geschäfte i.S.v. § 358 III BGB, wenden sich Godefroid/Slama, Verbrauchercreditverträge, 3. Aufl. [2008], S. 216f.; Lange/Schmidt, BKR 2007, 493; sowie die von der Bekl. im Verlaufe des Rechtsstreits vorgelegten Entscheidungen des OLG Celle (3 W 79/05), LG Essen (6 O 108/07), LG Bremen (2 O 2019/06), LG Kiel (13 O 8/07) und LG Braunschweig (4 O 2320/07).“ (OLG Köln aaO)

Das OLG Köln hat sich nunmehr dieser Auffassung angeschlossen.

„Es ist bereits **zweifelhaft**, ob der Darlehensvertrag und der Vertrag über die Restschuldversicherung eine **wirtschaftliche Einheit** i.S.d. § 358 III BGB bilden.

Die **Voraussetzungen des § 358 III 2 BGB** - unter denen eine wirtschaftliche Einheit der beiden Verträge unwiderleglich vermutet wird - **liegen ersichtlich nicht vor**. Anders als in der dort genannten Konstellation hat sich im vorliegenden Fall **nicht die K - als Darlehensgeber - der Mitwirkung eines anderen Unternehmers bedient, sondern umgekehrt der Versicherer der Mitwirkung des Darlehensgebers.**“ (OLG Köln aaO)

Über die in § 358 III 2 BGB geregelten Fälle hinaus kann sich die wirtschaftliche Einheit der Verträge zwar **auch aus Indizien** ergeben.

„Dies ist nach der **Rechtsprechung des BGH** dann anzunehmen, wenn die fraglichen Verträge - über ein Zweck-Mittel-Verhältnis hinaus - **derart miteinander verbunden** sind, dass ein Vertrag nicht ohne den anderen abgeschlossen worden wäre. Das ist der Fall, wenn beide **Verträge sich wechselseitig bedingen bzw. der eine seinen Sinn erst durch den anderen erhält.**“ (OLG Köln aaO)

Im vorliegenden Fall sprechen **für die Annahme einer wirtschaftlichen Einheit** lediglich die Tatsache, dass der Versicherungs- und der Darlehensvertrag **am gleichen Tage geschlossen** wurden und wechselseitig **aufeinander Bezug nehmen** sowie der Umstand, dass die Versicherungsgeberin sich der **K zum Vertrieb ihrer Versicherung** bedient. Dies konnte aber letztlich offen bleiben, da die weiteren Voraussetzungen des § 358 III BGB nicht erfüllt sind. Verbundene Verträge können nach § 358 III BGB nämlich nur angenommen werden, wenn das **Darlehen der Finanzierung des verbundenen Geschäfts dient**. Dies ist jedoch nicht der Fall.

„**Zweck** der gesetzlichen Regelung ist es den **Verbraucher**, der über die für den Abschluss eines von ihm gewünschten Warenlieferungs- oder Dienstleistungsgeschäfts **notwendigen finanziellen Mittel nicht verfügt, vor den erhöhten Risiken** zu schützen, die sich aus der Konstellation drittfinanzierter Abzahlungsgeschäfte ergeben. Die **erhöhten Risiken** für den Verbraucher, denen das Gesetz begegnen will, ergeben sich dabei aus der **Aufspaltung eines einheitlichen wirtschaftlichen Vorgangs in zwei rechtlich selbstständige Verträge** und der damit verbundenen Gefahr, dass der Verbraucher zur vollständigen Rückzahlung des Darlehens verpflichtet bleibt, obwohl er dem Vertragspartner des Warenlieferungs- oder Dienstleistungsgeschäfts gegenüber zu Einwendungen berechtigt ist.“ (OLG Köln aaO)

Um diese vom Gesetzgeber gemeinte und den Vorschriften der §§ 358, 359 BGB zu Grunde liegende Konstellation handelt es sich, was das Verhältnis von **Darlehensvertrag** einerseits und **Restschuldversicherung** andererseits betrifft, jedoch nicht.

„Der **Verbraucher schließt den Darlehensvertrag gerade nicht, um in der Folge den Abschluss eines Restschuldversicherungsvertrags zu ermöglichen**. Der Abschluss des Darlehensvertrags erfolgt vielmehr ausschließlich auf Grund seines Wunsches nach der Finanzierung eines sonstigen Rechtsgeschäfts, nämlich eines Warenlieferungs- oder Dienstleistungsgeschäfts. Der im Zusammenhang damit abgeschlossene **Versicherungsvertrag** wiederum **dient keinem anderen Zweck** als dem, die **Rückzahlung** des vom Verbraucher gewünschten Darlehensbetrags **abzusichern**. Er stellt daher **keine andere Leistung i.S. von § 358 III BGB** dar, sondern ist **Teil der Gesamtfinanzierung.**“ (OLG Köln aaO)

Diese Konstellation wird somit von der Regelung in § 358 III BGB ihrem Sinn und Zweck nach nicht erfasst. Liegt aber **kein verbundenes Geschäft** vor, war die **Widerrufsbelehrung ordnungsgemäß** und der **Widerruf ist wegen Verfristung unwirksam**, so dass K keinen Anspruch auf Gesamtrückzahlung nach §§ 488 I 2, 498 BGB hat.

StGB
§ 263 I

Betrugsschaden Risikogeschäft

StGB

(BGH in StV 2009, 246 = NStZ 2009, 330 ; Beschluss vom 18.02.2009 – 1 StR 731/08)

1. Beim **betrügerisch veranlassten Eingehen eines Risikogeschäfts** - mit einer nicht mehr vertragsimmanenten Verlustgefahr - ist zur **Feststellung des tatbestandsmäßigen Schadens** auf den unmittelbar mit der Vermögensverfügung des Geschädigten eingetretenen **Vermögensnachteil** abzustellen. Der **Vorsatz des Täters muss sich auf den Risikoschaden beziehen**, auf die Billigung eines evt. Endschadens kommt es insoweit nicht an
2. Der mit der Vermögensverfügung **unmittelbar eingetretene Vermögensschaden ist durch das Verlustrisiko zum Zeitpunkt der Vermögensverfügung bestimmt**. Dies **stellt** hinsichtlich des Straftatbestands einen **endgültigen Schaden** und nicht nur eine (schadensgleiche) Vermögensgefährdung dar.

Fall: Der Angekl. versprach den Geschädigten eine sichere, insbesondere bankgarantierte, hochrentierliche Geldanlage. Die einbezahlten Beträge dienten danach nur als Kapitalnachweis. Sie durften während der gesamten Investitionszeit nicht angetastet werden. Als Laufzeit wurden in der Regel 10 Monate vereinbart. Monatlich sollten dann 7% an Verzinsung ausgeschüttet werden. Einem Großanleger, der 15 Mio. EUR investiert hatte, versprach der Angekl. die Rückzahlung nach 3 Monaten, zzgl. einer Rendite von 50%.

Tatsächlich hatte der Angekl. jedoch nicht vor, die erhaltenen Geldmittel sicher und gewinnbringend anzulegen. Er wollte sie zum einen zur Finanzierung seines Lebensunterhalts verwenden. Zum anderen wollte er - nach Art eines Schneeballsystems - neu eingehende Gelder einsetzen, um Rendite- und Rückzahlungsforderungen der Altinvestoren soweit wie möglich zu befriedigen, um diese in Sicherheit zu wiegen und zu weiteren Einzahlungen zu bewegen.

Im Vertrauen auf die Versprechungen des Angekl. zahlten 31 Personen in der Zeit von September 2005 bis Januar 2008 - teilweise mehrfach - insgesamt 28.206.841,12 EUR an die Unternehmen des Angekl. 7.310.145,58 EUR schüttete der Angekl. wieder aus. Einzelne Anleger bekamen damit nicht nur ihr gesamtes Kapital zurück, sondern auch versprochene Erträge ausbezahlt. Mit der Verhaftung des Angekl. konnten bei seinen Unternehmen noch Vermögenswerte in Höhe von insgesamt 16,8 Mio. EUR sicher gestellt werden.

Der Angekl. könnte sich wegen **Betruges nach § 263 I StGB** strafbar gemacht haben.

- I. Dies setzt voraus, dass die Geschädigten mit der **Bezahlung ihrer Anlegergelder** einen **Vermögensschaden** erlitten haben.

1. Ein **Schaden i.S.v. § 263 StGB** ist gegeben, wenn die **Vermögensverfügung** (hier die vertragsgemäße Bezahlung der Anlagesumme an den Angekl. bzw. eines seiner Unternehmen) **unmittelbar zu einer nicht durch Zuwachs ausgeglichenen Minderung des wirtschaftlichen Gesamtwerts des Vermögens des Verfügenden führt** (Prinzip der Gesamtsaldierung).

vgl. BGHSt 3, 99; 16, 220; 30, 388; 34, 199; 45, 1; 51, 10; 51, 165; BGHR StGB § 263 I, Vermögensschaden 54, 70; MüKo-StGB/Hefendehl, § 263 Rn 442ff.).

Maßgeblich ist dabei der **Zeitpunkt der Vermögensverfügung**, also der Vergleich des Vermögenswerts unmittelbar vor und unmittelbar nach der Verfügung (vgl. BGHSt 6, 115; 23, 300; LK-Tiedemann, 6. Aufl., § 263 Rn 161). Spätere Entwicklungen, wie etwa eine Schadensvertiefung oder ein Schadensausgleich (-wiedergutmachung), berühren den tatbestandlichen Schaden nicht („Wie sich die Dinge später entwickeln, ist für die strafrechtliche Wertung ohne Belang“: BGHSt 30, 388) und haben nur noch für die Strafzumessung Bedeutung (vgl. BGHSt 51, 10).

2. **Grds. gilt beim Eingehen von Risikogeschäften** - mit einer täuschungs- und irrumsbedingten Verlustgefahr über der vertraglich vorausgesetzten - **nichts an-**

deres: Auch in derartigen Fällen ist mit der Vermögensverfügung bei Saldierung der Vermögenslage vor und nach der Verfügung ein Schaden unmittelbar eintreten.

„Der Begriff der konkreten Vermögensgefährdung beschreibt dies nur unzureichend und ist entbehrlich (vgl. schon BGH BGHR StGB § 266 I Nachteil 65 Rn 18 bis 22 zur entsprechenden Situation beim Vorwurf der Untreue gem. § 266 StGB). Dementsprechend erkannte der BGH auch schon früher: „Für Risikogeschäfte, wie sie hier in Rede stehen, folgt daraus, dass ein Vermögensschaden nur insoweit vorliegt, als die von dem Getäuschten eingegangene Verpflichtung wertmäßig höher ist als die ihm dafür gewährte Gegenleistung unter Berücksichtigung aller mit ihr verbundenen, zur Zeit der Vermögensverfügung gegebenen Gewinnmöglichkeiten“ (BGHSt 30, 388; vgl. auch BGHSt 34, 394 und BGHSt 51, 165, wonach die Annahme einer konkreten Vermögensgefährdung bedeutet, dass nach wirtschaftlicher Betrachtungsweise schon eine Verschlechterung der gegenwärtigen Vermögenslage vorliegen muss, dass sie schon jetzt eine Minderung des Gesamtvermögens zur Folge hat; sowie MüKo-StGB/Hefendehl, § 263 Rn 718: „Hierbei handelt es sich indes um ein Scheinproblem, weil die ‚Möglichkeit des Schadens‘ eben ein Schaden sein muss“). „Zwischen Schaden (Verlust) und Gefährdung (Beeinträchtigung) besteht bei wirtschaftlicher Betrachtung also kein qualitativer sondern nur ein quantitativer Unterschied“ (LK-Tiedemann, § 263 Rn 168 mwN).“ (BGH aaO).

3. **Dass mit dem Eingehen eines Risikogeschäfts - mit einer nicht mehr vertragsimmanenten Verlustgefahr - ein unmittelbarer Wertverlust, eine Vermögens-einbuße einhergeht, liegt bei wirtschaftlicher Betrachtungsweise auf der Hand.**

„Dieser Schaden ist auch benennbar: Das mit der Verfügung (hier: Zahlung des Anlagebetrags) **eingegangene** - aufgrund einer Täuschung und eines entsprechenden Irrtums überhöhte - **Risiko und der dadurch verursachte Minderwert des im Synallagma Erlangten sind zu bewerten** (vgl. MüKo-StGB/Hefendehl, § 263 Rn 569ff.), wie im Falle einer Einzelwertberichtigung (vgl. Baumbach/Hopt HGB, 33. Aufl., § 253 Rn 21; Lüdenbach in Haufe IAS/IFRS, 2. Aufl., § 2 Rn 81; Kehm/Lüdenbach in Haufe IAS/IFRS, 2. Aufl., § 28 Rn 120ff.), bei der Bildung von Rückstellungen für drohende Verluste (§ 249 HGB) oder auch beim Verkauf von Forderungen (vgl. auch LK-Tiedemann, § 263 Rn 168 mit Hinweis auf die Institute des Bilanzrechts; Goldschmidt/Weigel Die Bewertung von Finanzinstrumenten bei Kreditinstituten in illiquiden Märkten nach IAS 39 und HGB, WPg 2009, 192ff.). Dies ist kaufmännischer Alltag (nicht überzeugend deshalb Beulke/Witzigmann JR 2008, 430, wonach diese schon im Senatsbeschl. v. 20. 3. 2008 - 1 StR 488/07 - [BGHR StGB § 266 I Nachteil 65] zur Untreue vertretene Auffassung nicht nur bei Wirtschaftswissenschaftlern auf Unverständnis stoße, sondern auch bei all denen Kopfschütteln auslöse, die in der Praxis mit der Vergabe von Krediten betraut sind.

Ist eine genaue Feststellung zur Schadenshöhe zum Zeitpunkt der Vermögensverfügung nicht möglich, muss der Tatrichter im Hinblick auf die Besonderheiten des Strafrechts Mindestfeststellungen treffen (vgl. BGHSt 30, 388). Dies kann auch durch Schätzung im Rahmen des dabei eingeräumten Beurteilungsspielraums geschehen.

Außerdem entfielen auch mit der verschleiernnden Bezeichnung des Schadens als konkrete (schadensgleiche) Vermögensgefährdung im Grunde nicht die Notwendigkeit von deren Bewertung zur Erfassung des Tatunrechts, wenn dem bislang auch kaum entsprochen wurde. Die Rechtsfigur des Gefährdungsschadens birgt aber gerade auch deshalb die **Gefahr der Überdehnung des Betrugstatbestands hin zum Gefährdungsdelikt** durch Einbeziehung tatsächlich nur abstrakter Risiken in sich (vgl. Fischer 56. Aufl., § 263 Rn 96). Die Notwendigkeit, den mit der Vermögensverfügung unmittelbar real eingetretenen Schaden zu bewerten und zu benennen, zwingt demgegenüber zur Klarheit und vermeidet Grenzüberschreitungen.

Schließlich wäre die **Subsumtion wirklich nur „schadensgleicher“ Gefährdungen unter den Tatbestand des § 263 I StGB mit Art. 103 II GG kaum vereinbar**. Auch deshalb ist schon die Formulierung bedenklich.“ (BGH aaO).

4. **Die Täuschung der Anleger über das „Anlagemodell“, über dessen tatsächliche Nichtexistenz, begründet hier in allen Fällen von vorneherein einen Schaden im Umfang der gesamten Leistung.**

„Diese Bewertung des LG ist rechtlich auch für die frühen Anlagen nicht zu beanstanden, auch nicht in den Fällen, bei denen vom Angekl. später absprachegemäß geleistet wurde. Das hat die StrK zu Recht - nur - als Schadenswiedergutmachung gewertet. Denn auch in diesen Fällen war der von den Investoren für ihre Zahlungen erlangte Gegenanspruch zum Zeitpunkt der Verfügung wirtschaftlich wertlos. Zwar bestand - wie es einem Schneeballsystem immanent ist - für die ersten Anleger eine gewisse Chance, ihr Kapital zurück und selbst die versprochenen Erträge ausbezahlt zu erhalten. Dies beruhte aber nicht auf der Umsetzung des vom Angekl. vorgegaukelten Anlagemodells oder auch nur dem Versuch hierzu. Vielmehr hing alles vom weiteren „Erfolg“ des allein auf Täuschung aufgebauten Systems und vom Eingang weiterer betrügerisch erlangter Gelder ab.

Die hierauf basierende Aussicht auf Erfüllung der vom Angekl. eingegangenen Verpflichtung war nicht, auch nicht teilweise die versprochene Gegenleistung, sondern ein **aliud ohne wirtschaftlichen Wert** (vgl. BGHSt 51, 10). Eine auf die Begehung von Straftaten aufgebaute Aussicht auf Vertragserfüllung ist an sich schon wertlos. Wegen des **objektiv völlig unrealistischen Anlage-modells** und der damit verbundenen Ertragsversprechungen war hier zudem - entgegen dem tatsächlichen Ablauf - ein schnelles Ende zu erwarten, jedenfalls war von Anfang an nicht absehbar, wann das System zusammenbricht, sei es auf Grund strafrechtlicher Ermittlungen oder mangels Eingangs weiterer Anlagen.“ (BGH aaO).

- II. Schließlich muss sich der **Vorsatz des Täters allein auf den unmittelbar mit der Vermögensverfügung des Getäuschten eingetretenen tatbestandlichen Schaden erstrecken**; auf die Billigung eines evt. Endschadens kommt es nicht an. Eben-sowenig ist die Absicht des späteren Ausgleichs der Vermögensminderung relevant (vgl. auch BGHSt 34, 199 zur Schadenswiedergutmachung nach Ausübung eines eingeräumten Rücktrittsrechts; BGHSt 23, 300: die Bereitschaft zur Stornierung ist unerheblich; und zur entsprechenden Situation bei der Untreue BGH Urteil v. 29.08.2008 - 2 StR 587/07 - Rn 45 f.).

„Wer ... die ... Gefährdung des Rückzahlungsanspruchs bei Kreditgewährung ... erkennt und billigend in Kauf nimmt, handelt auch dann vorsätzlich, wenn er hofft oder darauf vertraut, der [spätere endgültige] Schaden werde ausbleiben“ (LK-Tiedemann, § 263 Rn 246).

StGB
§ 271 I

Urkundenfälschung Fahrzeugdoublette

StGB

(BGH in NJW 2009, 1518; Beschluss vom 30.10.2008 – 3 StR 156/08)

Die **Zulassungsbescheinigung Teil I** (früher: Fahrzeugschein) ist auch hinsichtlich der Identität des zum Straßenverkehr zugelassenen Fahrzeugs eine **öffentliche Urkunde i.S. des § 271 StGB**.

Fall: Der Angekl. förderte die grenzüberschreitende „Verschiebung“ von zwei in Italien mit falschen italienischen Fahrzeugpapieren ausgestatteten Kraftfahrzeugen („Fahrzeugdoubletten“) durch Unterstützungshandlungen bei deren Zulassung in Deutschland: Im 1. Fall war ein Pkw BMW 530 D, der - zumindest nach der Vorstellung des Angekl. sowie des Mitangekl. N - durch Dritte in Italien gestohlen worden war, nach Einschlagen einer falschen, einem anderen Kraftfahrzeug zugehörigen Fahrzeug-Identifizierungsnummer und Fälschung der italienischen Fahrzeugpapiere als sog. „Fahrzeugdoublette“ in Italien zugelassen und sodann nach Deutschland verbracht worden. Bei dem sich anschließenden Versuch, dieses Fahrzeug zum Zwecke des Weiterverkaufs durch den hierzu von einer italienischen Tätergruppe beauftragten Mitangekl. N in Deutschland zuzulassen, begleitete der Angekl. diesen zunächst bei einer Fahrt von Düsseldorf zum Kraftfahrtbundesamt nach Flensburg, um dort eine für die Zulassung erforderliche Bescheinigung abzuholen. Darüber hinaus verschaffte er dem Mitangekl. N - wie auf der gemeinsamen Fahrt nach Flensburg vereinbart - drei falsche italienische Personalausweise zur weiteren Verwendung sowohl bei der Zulassung des Pkw BMW 530 D als auch bei künftigen Taten zum Zwecke der gewinnbringenden Weiterveräußerung von anderweit rechtswidrig erlangten Kraftfahrzeugen, um für N das Risiko einer Ergreifung zu verringern. Zur Beschaffung der Ausweispapiere gab der Angekl. bei einem ihm bekannten Fälscher die Herstellung von drei - auf unterschiedliche Aliaspersonalien lautenden - Personalausweisen in Auftrag. Die von dem Fälscher zu einem Preis von 900 € auftragsgemäß hergestellten Ausweispapiere reichte er umgehend an den Mitangekl. N weiter, wofür er von diesem insgesamt 1.500 € verlangte. Nachdem N den Pkw BMW 530 D bei einer TÜV-Prüfstelle zur Erteilung der Betriebserlaubnis und zur Abgasuntersuchung vorgeführt hatte, scheiterte der Versuch, das Fahrzeug unter Vorlage eines der gefälschten Personalausweise beim Straßenverkehrsamt in Düsseldorf zuzulassen; die Mitarbeiterin der Zulassungsstelle war misstrauisch geworden und hatte die Polizei informiert. Ende März/Anfang April 2007 verwendete N eine Kopie eines der drei ihm vom Angekl. überlassenen falschen Personalausweise, als er einen PKW Mercedes E-Klasse bei einer Düsseldorfer Autovermietung in betrügerischer Absicht anmietete. Anschließend wurde das Fahrzeug nach Italien verbracht und dort mit falscher - weil für ein anderes Fahrzeug ausgegebener - Fahrzeug-Identifizierungsnummer, falschen italienischen Fahrzeugpapieren und falschen italienischen Kfz-Kennzeichen versehen als „Fahrzeugdoublette“ zum Verkehr zugelassen. Nach Rückführung des Fahrzeugs nach Deutschland sowie nach dessen Vorführung bei einer TÜV-Prüfstelle zur Erteilung einer Betriebserlaubnis und zur Abgasuntersuchung versuchte der Mitangekl. N erfolglos, es beim Straßenverkehrsamt S. zuzulassen. Hierbei legte er wiederum einen der drei gefälschten italienischen Personalausweise vor, die er vom Angekl. erhalten hatte. Zur Zulassung des Fahrzeugs kam es erneut nicht.

Zu prüfen ist, ob sich der Angekl. nach §§ 271 I, 22, 27 StGB wegen Beihilfe zur versuchten mittelbaren Falschbeurkundung strafbar gemacht hat, indem er die auf Falschpersonalien lautenden Ausweispapiere dem N zur Verwendung bei der Zulassung eines italienischen „Doublettenfahrzeugs“ in Deutschland überlassen hat.

- I. Dies setzt voraus, dass es sich bei der im Rahmen des Zulassungsverfahrens auszustellenden Zulassungsbescheinigung Teil I um eine Urkunde i.S. des § 271 StGB handelt, deren öffentlicher Glaube sich auch auf die Identität des zum Straßenverkehr zugelassenen Kraftfahrzeugs erstreckt.
 1. Die Zulassungsbescheinigung Teil I, die nach der zum 01.10.2005 in Kraft getretenen 38. Verordnung zur Änderung straßenverkehrsrechtlicher Vorschriften vom 24.09.2004 (BGBl I, 2374) den Fahrzeugschein ersetzt hat, ist wie dieser eine öffentliche Urkunde i.S. des § 271 StGB, soweit sie den Zulassungsvorgang dokumentiert und ein wesentliches Legitimationspapier bei Verkehrskontrollen darstellt (Hentschel/Dauer, StraßenverkehrsR, 39. Aufl., § 11 FZV Rn 2 u. 5).
 2. Allerdings kann nicht jede in einer öffentlichen Urkunde enthaltene Angabe, die ein Außenstehender durch Täuschung des gutgläubigen Amtsträgers bewirkt, Gegenstand einer Straftat nach § 271 StGB sein.

- a) Strafbewehrt beurkundet i.S. des § 271 StGB sind vielmehr nur diejenigen Erklärungen, Verhandlungen oder Tatsachen, auf die sich der öffentliche Glaube, d. h. die „volle Beweiswirkung für und gegen jedermann“, erstreckt. Welche Angaben dies im Einzelnen sind, ist, wenn es an einer ausdrücklichen Vorschrift fehlt, den gesetzlichen Bestimmungen zu entnehmen, die für die Errichtung und den Zweck der Urkunde maßgeblich sind.

Wesentliche Kriterien zur Bestimmung der Reichweite des öffentlichen Glaubens sind dabei - neben dem Beurkundungsinhalt als solchem - das Verfahren und die Umstände des Beurkundungsvorgangs sowie die Möglichkeit des die Bescheinigung ausstellenden Amtsträgers, die Richtigkeit des zu Beurkundenden zu überprüfen (BGHSt 22, 201 = NJW 1968, 2153; BGHSt 42, 131 = NJW 1996, 2170 = NSStZ 1996, 385; BGH, NJW 1996, 470 = NSStZ 1996, 231). Die den öffentlichen Glauben legitimierende erhöhte Beweiswirkung kann auf den eigenen Wahrnehmungsmöglichkeiten des die Urkunde ausstellenden Amtsträgers beruhen (BGH, NJW 1996, 470 = NSStZ 1996, 231), sie kann sich für den Urkundenaussteller aber auch aus den im Verfahren vorzulegenden Bescheinigungen anderer öffentlicher Stellen mit erhöhter Richtigkeitsgewähr ergeben.

- b) Nach diesen Maßstäben umfasst der öffentliche Glaube der Zulassungsbescheinigung Teil I auch die Identität des zugelassenen Fahrzeugs.

„Der seit 01.03.2007 in Kraft befindliche § 6 VIII FZV schreibt in Umsetzung der EG-Richtlinie 1999/37/EG des Rates vom 29.04.1999 über Zulassungsdokumente für Fahrzeuge (ABIEG Nr. L 138, S. 57) - erstmals - die Identifizierung des Fahrzeugs durch die Zulassungsbehörde im Rahmen der Zulassung vor. Wie die Identifizierung durchzuführen ist, entscheidet die Zulassungsbehörde nach pflichtgemäßem Ermessen. Entsprechend der amtlichen Begründung (VerkBl 2006, 604) kann sie von der Identität des Fahrzeugs mit dem in der Zulassungsbescheinigung Teil II bezeichneten grundsätzlich ausgehen, wenn es sich um ein Neufahrzeug handelt, für das die Zulassungsbescheinigung Teil II durch den Hersteller zugeordnet oder wenn - wie hier - das Fahrzeug bereits einer Haupt- oder Sonderuntersuchung unterzogen wurde (Hentschel/Dauer, § 6 FZV Rn 10). Denn sowohl bei der Hauptuntersuchung (Anl. VIII a Nr. 4.10 zur StVZO, VO v. 20.05.1998, BGBl I, 1064 [1069]; neu gef. durch VO v. 03.03.2006, BGBl I, 485) als auch bei der Abgasuntersuchung (Nr. 2.1 der Richtlinie für die Untersuchung der Abgase von Kraftfahrzeugen nach Nr. 4.8.2 Anl. VIII a StVZO - „AU-Richtlinie“, VerkBl 2006, 304) muss eine Identifizierung des Fahrzeugs durchgeführt werden. Nach Nr. 4.10 der Anl. VIII a zur StVZO ist dabei der Zustand der Fahrzeugidentifizierungsnummer und dessen Übereinstimmung mit den Fahrzeugdokumenten zu überprüfen, während nach der AU-Richtlinie bei der Fahrzeugidentifizierung als Identifizierungsangaben das amtliche Kennzeichen, die Emissionsschlüsselnummer/Emissionsklasse, der Fahrzeughersteller, Typ und Ausführung in Verbindung mit der Schlüsselnummer, die Kraftstoffart, der Stand des Wegstreckenzählers sowie die Fahrzeug-Identifizierungsnummer mit dem Fahrzeugdokument abzugleichen sind.“ (BGH aaO).

- II. Unter Zugrundelegung dieser Grundsätze ist der objektive Tatbestand der §§ 271 I, 22, 27 StGB dadurch erfüllt worden, dass die auf Falschpersonalien lautenden Ausweispapiere bei der Zulassung eines italienischen „Doublettenfahrzeugs“ verwendet wurden.

„Der Mitangekl. N hatte den Pkw Mercedes unmittelbar vor dessen beantragter Zulassung bei einer TÜV-Prüfstelle zur Erteilung einer Betriebserlaubnis und zur Abgasuntersuchung vorgeführt. Nachdem damit die Identität des Pkw am Tag vor dessen Zulassung im Rahmen der Abgasuntersuchung überprüft worden war und das Ergebnis dieser Überprüfung in der AU-Bescheinigung dem zuständigen - gem. § 6 VIII FZV zur Identifizierung des Fahrzeugs verpflichteten - Amtsträger vorlag, konnte und wollte (vgl. BGH NJW 1996, 470 = NSStZ 1996, 231) dieser zu öffentlichem Glauben beurkunden, dass die von dem Antragsteller angegebenen, in die Zulassungsbescheinigung Teil I aufzunehmenden Identifizierungsmerkmale, insbesondere die Fahrzeug-Identifizierungsnummer, sich auf das Kraftfahrzeug bezogen, das am Vortag einer Abgasuntersuchung unterzogen worden war und das nunmehr zum Straßenverkehr zugelassen werden sollte. Da die mitgeteilte Fahrzeug-Identifizierungsnummer jedoch ursprünglich einem anderen Fahrzeug zugeteilt worden war, zu dem das zugelassene Fahrzeug nur eine „Doublette“ darstellte, wäre im Falle der erstrebten Zulassung in der Zulassungsbescheinigung Teil I mit öffentlicher Beweiswirkung ein dahingehend unrichtiger Sachverhalt dokumentiert worden, dass das zugelassene Fahrzeug mit dem in der Zulassungsbescheinigung unter anderem anhand der Fahrzeug-Identifizierungsnummer beschriebenen identisch sei.“ (BGH aaO).

- III. **Ergebnis:** Da der Angekl. die strafschärfende Bereicherungsabsicht des Mitangekl. N, dem die Zulassungen von Kraftfahrzeugen als Mittel zur Erlangung von Vermögensvorteilen dienen sollten (vgl. BGHSt 34, 299), auch hinsichtlich der Zulassung etwaiger weiterer Fahrzeuge kannte, hat er als Gehilfe auch im Hinblick auf den Pkw Mercedes den Qualifikationstatbestand des § 271 III StGB erfüllt.

BauGB
§ 35 I

Zulässigkeit von Vorhaben im Außenbereich
Biogasanlage „im Rahmen“ eines landwirtschaftlichen Betriebes

BauR

(BVerwG in NVwZ 2009, 585; Urteil vom 11.12.2008 – 7 C 6.08)

1. Eine Biogasanlage wird auch dann „**im Rahmen**“ eines **landwirtschaftlichen Betriebs** i.S.d. § 35 I Nr. 6 BauGB betrieben, wenn der landwirtschaftliche Betrieb **ausschließlich Biomasse** erzeugt.
2. Die **Tatbestandsvoraussetzungen** des § 35 I Nr. 6 lit. b BauGB dürfen von der Genehmigungsbehörde **nicht lediglich prognostisch** abgeschätzt werden.
3. Den **Kooperationsvereinbarungen** mit nahe gelegenen Betrieben müssen die Lage der Betriebsflächen und die Menge der zu liefernden Biomasse zu entnehmen sein. Das Fehlen von Preisabsprachen kann ein Indiz für die fehlende **Dauerhaftigkeit einer privilegierten Betriebsführung** sein.
4. Die Erschließung kleinerer landwirtschaftlicher Betriebe im Außenbereich über landwirtschaftliche Wirtschaftswege, aber auch über Feld- und Waldwege ist ausreichend.

Fall: .K ist ausgebildeter Landwirt und Winzermeister. Er übernahm Mitte der 1980er Jahre das elterliche landwirtschaftliche Anwesen. 1991 verlagerte er den Betrieb unter Errichtung eines Wohnhauses und einer Gerätehalle in den Außenbereich südöstlich der Ortsgemeinde B. Von dort aus bewirtschaftete er im Jahre 2004 noch ca. 50 ha landwirtschaftliche Nutzflächen, von denen ca. 5 ha in seinem Eigentum standen und weitere 45 ha langfristig angepachtet waren. Darüber hinaus ist K mit seinen umfangreichen Gerätschaften (zuweilen auf bis zu 50 ha) für andere Landwirte als Lohnunternehmer tätig. Er beantragte am 01.09.2003 die immissionsschutzrechtliche Genehmigung für die Errichtung und den Betrieb einer Trocken-Nass-Simultan (TNS) Biogasanlage südlich seiner Hofstelle und ca. 250 m vom Ortsrand von B. entfernt. Die Jahresdurchsatzmenge der Anlage mit 16000 t Biomasse sollte zum einen durch den Anbau von Triticale mit Untersaat auf ca. 80 ha eigener Betriebsflächen mit einer Biomasse von 8 200 t und zum anderen durch die Zulieferung von 6600 t kommunalen Grünschredders (kompostierbare Abfälle) und 1200 t Pferdemist aus dem benachbarten Gestüt H. aufgebracht werden. K brachte Schreiben der Fa. L GbR (v.01.09.2004) und des Gestüts H. (v.03.05.2005) bei, die für die Überlassung von 65 ha bzw. 200 ha Nutzflächen zum Anbau von Biomasse Interessensbekundungen enthalten.

Nach weiteren Angaben des K beläuft sich der Tagesinput der Anlage auf bis zu 50 t Biomasse, die an- und abgefahren werden müssen. Hierfür sollen Fahrzeuge mit bis zu 18 t Zuladung und damit bis zu einem Gesamtgewicht von mehr als 30 t eingesetzt werden. Fünf bis sechs Fahrten mit dieser Last sollen täglich über einen vom Verbindungsweg nach B. abzweigenden und beschränkt bis 5,5 t Gesamtgewicht befahrbaren Wirtschaftsweg (S. Weg) stattfinden.

Mit immissionsschutzrechtlichem Bescheid vom 30.11.2004 genehmigte der B das Vorhaben unter gleichzeitiger Ersetzung des gemeindlichen Einvernehmens, das die beigeladene Gemeinde G auch wegen der nicht gesicherten Erschließung des Vorhabens verweigert hatte. Diese erhob hiergegen Widerspruch mit der Begründung, dass zwar die besonderen immissionsschutzrechtlichen Vorgaben von der Anlage eingehalten würden, diese jedoch im Außenbereich unzulässig sei. B hob die immissionsschutzrechtliche Genehmigung mit Widerspruchsbescheid vom 06.02.2006 auf. Das Vorhaben sei bauplanungsrechtlich unzulässig. Gegen diesen Widerspruchsbescheid hat K Klage vor dem VG erhoben.

Wird die Klage Erfolg haben?

Bei der Biogasanlage, um deren Genehmigung es geht, handelt es sich um eine **genehmigungsbedürftige Anlage** nach § 4 BImSchG. Diese wird im Genehmigungsverfahren nach § 10ff. BImSchG geprüft. Die Genehmigung wird nach § 6 I Nr. 1 BImSchG erteilt, wenn sichergestellt ist, dass die sich aus § 5 BImSchG und einer auf Grund des § 7 erlassenen Rechtsverordnung ergebenden Pflichten erfüllt werden, was der Fall ist. Zudem setzt eine Genehmigung jedoch nach **§ 6 I Nr. 2 BImSchG** voraus, dass **andere öffentlich-rechtliche Vorschriften** und Belange des Arbeitsschutzes der Errichtung und dem Betrieb der Anlage nicht entgegenstehen. Hier könnten der Errichtung und dem Betrieb der Anlage **bauplanungsrechtliche Vorgaben** entgegenstehen.

Die Biogasanlage soll im **Außenbereich** betrieben werden, so dass sich die bauplanungsrechtliche Zulässigkeit nach **§ 35 BauGB** richtet. Es könnte sich hier um ein sog. **privilegiertes** Vorhaben handeln, welches nach § 35 I BauGB im Außenbereich immer dann zulässig ist, wenn öffentliche Belange im Sinne des § 35 III BauGB nicht entgegenstehen und die Erschließung gesichert ist.

I. Vorliegen eines Privilegierungstatbestandes

Die Biogasanlage des K könnte nach § 35 I Nr. 6 BauGB ein im Außenbereich privilegiert zulässiges Vorhaben sein.

1. Voraussetzungen für privilegierte Biogasanlage im Außenbereich

- a) Es muss zunächst um die **energetische Nutzung von Biomasse** gehen.
- b) Diese Nutzung muss **im Rahmen** eines bestimmen, seinerseits **privilegierten Betriebes** erfolgen. Dies kann ein **land- oder fortwirtschaftlicher Betrieb** nach § 35 I Nr. 1 BauGB sein, aber auch ein **gartenbaulicher Betrieb** nach § 35 I Nr. 2 BauGB. Auch ein Betrieb nach § 35 I Nr. 4 BauGB, der wegen seiner besonderen Anforderungen an die Umgebung, wegen seiner nachteiligen Wirkung auf die Umgebung oder wegen seiner besonderen Zweckbestimmung nur im Außenbereich ausgeführt werden soll fällt unter § 35 I Nr. 6 BauGB, wenn er **Tierhaltung** betreibt. (z.B. Tiermästung, die nach § 201 BauGB keine Landwirtschaft ist, weil sie nicht auf überwiegend eigener Futtergrundlage erfolgt.
- c) Die Nutzung muss dem **Anschluss** solcher Anlagen **an das öffentliche Versorgungsnetz** dienen.
- d) Zudem müssen folgende Voraussetzungen vorliegen.
 - aa) Das Vorhaben muss in einem **räumlichfunktionalen Zusammenhang** mit dem Betrieb stehen,
 - bb) Die Biomasse muss **überwiegend aus dem Betrieb** oder überwiegend aus diesem und aus nahe gelegenen Betrieben nach 1. b). stammen.
 - cc) Es wird je Hofstelle oder Betriebsstandort **nur eine Anlage** betrieben.
 - dd) Die installierte **elektrische Leistung überschreitet nicht 0,5 MW**.

2. Vorliegen der Voraussetzungen im Falle der Anlage des K

a) Betrieb „im Rahmen“ des landwirtschaftlichen Betriebes

Fraglich ist zunächst, ob die Biogasanlage des K „im Rahmen“ seines landwirtschaftlichen Betriebes betrieben werden soll. Problematisch ist hierbei zunächst, dass der landwirtschaftliche Betrieb des K bei Genehmigung der Anlage ausschließlich Biomasse für die Biogasanlage erzeugen wird.

aa) Anschluss an bestehende privilegierte Anlage

Der Begriff des Betriebs „im Rahmen“ könnte darauf hindeuten, die Erzeugung von Biomasse für die Biogasanlage nur einen Teil der landwirtschaftlichen Erzeugung ausmachen darf. Dies ist jedoch nicht der Fall.

*„Das Tatbestandsmerkmal ‚im Rahmen eines Betriebs‘ [verlangt] lediglich, dass die Biogasanlage nur **im Anschluss an eine bereits bestehende privilegierte Anlage** im Außenbereich errichtet und betrieben werden darf. Der Eingriff in den Außenbereich soll somit **nicht in Form eines solitär stehenden Vorhabens** erfolgen, vielmehr wird an einen schon vorhandenen landwirtschaftlichen Betrieb (Nr. 1), an einen Gartenbaubetrieb (Nr. 2) oder an einen Tierhaltungsbetrieb (Nr. 4) angeknüpft und damit **bereits bestehende Bebauung lediglich erweitert**.“ (BVerwG aaO)*

bb) kein Überwiegen des ursprünglichen Betriebes

*„Diesem einschränkenden Privilegierungsmerkmal kann nicht zusätzlich entnommen werden, dass die Biogasanlage **gegenüber dem ‚klassischen‘ landwirtschaftlichen Basisbetrieb**, an den angeknüpft wird, von **untergeordneter Bedeutung** sein müsse.*

*Das in § 35 I Nr. 1 BauGB enthaltene Merkmal des ‚Dienens‘ kann auf § 35 I Nr. 6 BauGB ebenso wenig übertragen werden, wie die (räumliche) Beschränkung der Anlage auf die Maße einer noch zulässigen ‚mitgezogenen‘ Nutzung (vgl. hierzu BVerwG, Buchholz 406.11 § 35 BauGB Nr. 336 = NVwZ-RR 1999, 106 m.w.N.). Auch ein im Außenbereich gelegener **landwirtschaftlicher Betrieb, der ausschließlich auf die Produktion von Biomasse ausgerichtet** ist, kann geeigneter Anknüpfungspunkt für die Privilegierung einer angeschlossenen Biogasanlage sein.*

*Die Begründung hierfür folgt zum einen schon daraus, dass es sich auch bei **der Produktion von Biomasse um Landwirtschaft i.S. von § 201 BauGB** handelt; deren Ge-*

winnung erfolgt durch Ackerbau, eine **unmittelbare Bodenertragsnutzung** steht in Mitten.“ (BVerwG aaO)

Zum anderen lassen auch die **gängigen Auslegungskriterien** an diesem Ergebnis keine Zweifel aufkommen:

„Schon der **Gesetzeswortlaut** der Bestimmung, aber auch die **Systematik** der gesetzlichen Neuregelung sprechen hierfür. § 35 I Nr. 6 BauGB stellt in seinem Wortlaut nicht auf das Merkmal des ‚Dienens‘ ab. Wollte der Gesetzgeber eine Biogasanlage lediglich in dienender Abhängigkeit zu einem Betrieb nach Nrn. 1, 2 oder 4 privilegieren, hätte er die **entsprechende Formulierung verwandt, wie sie andere Privilegierungstatbestände des § 35 I BauGB enthalten.**

Auch den **Gesetzesmaterialien** lässt sich für eine restriktive Auslegung des § 35 I Nr. 6 BauGB in diesem Sinne nichts entnehmen. (wird ausgeführt)

Dieser **bewusste Verzicht** des Gesetzgebers auf das **einschränkende Tatbestandsmerkmal des ‚Dienens‘** des Vorhabens darf nicht durch eine einengende Auslegung des gesetzlichen Anknüpfungspunktes ‚im Rahmen eines Betriebs‘ überspielt werden.“ (BVerwG aaO)

b) Biomasse überwiegend aus Betrieb oder nahegelegenen Betrieben

„Nach § 35 I Nr. 6 b) BauGB muss die für den Betrieb der Anlage erforderliche Biomasse überwiegend, also zu **mehr als 50%**, aus dem eigenen Betrieb oder aus diesem und aus nahe gelegenen Betrieben stammen. Damit beschränkt der Gesetzgeber Kooperationsmöglichkeiten auf den näheren Umkreis und setzt so einer überwiegend überregionalen Anlieferung des benötigten Rohmaterials aus ökologischen und volkswirtschaftlichen Gründen Grenzen, um ‚**Biomasse- bzw. Gülletourismus**‘ zu unterbinden (BT-Dr 15/2250, S.55).“ (BVerwG aaO)

Die Behörde muss auch diese **einschränkenden Tatbestandsmerkmale im Genehmigungsverfahren prüfen** und die immissionsschutzrechtliche Genehmigung versagen, wenn K diese nicht nachweisen kann.

„Eine **lediglich prognostische Abschätzung** der Tatbestandsvoraussetzungen des § 35 I Nr. 6 lit. b BauGB ist dem **Wesen einer bauaufsichtlichen Genehmigungsentscheidung fremd** und würde zudem dem beabsichtigten Schutz des Außenbereichs zuwider laufen. Im **Bau- und Fachplanungsrecht** liegt für die Verwaltung ein **Prognosefreiraum nur** vor, wenn eine Prognose entweder zu einer **Planungsentscheidung** oder zu einem auf anderen Gründen beruhenden **Beurteilungsspielraum** hinzutritt (BVerwG, NVwZ-RR 1991, 601 [608f.] [Flughafen München II] einerseits und BVerwGE 81, 185 [191f.] = Buchholz 451.171 AtG Nr. 27 = NVwZ 1989, 864 [Werkschutz in atomaren Anlagen] andererseits). Beides liegt **bezogen auf den Tatbestand des § 35 I Nr. 6 lit. b BauGB nicht vor:**

Von einem eingeschränkten gerichtlichen Überprüfungsmaßstab auszugehen liegt neben der Sache. Das Gesetz räumt der Verwaltung auch **keinen Beurteilungsspielraum** ein, noch weniger ist Raum für eine prognostische Entscheidung. Auszugehen ist bezüglich der **Privilegierungstatbestände** des § 35 I BauGB von **gebundenen Entscheidungen**, d.h. nur bei Vorliegen der jeweiligen tatbestandlichen Voraussetzungen ist ein Vorhaben im Außenbereich privilegiert genehmigungsfähig. Eine entsprechende Prüfungsverpflichtung der Behörde ist somit unausweichlich.

Zudem erfordert der Schutzzweck des § 35 BauGB über die einzelnen Privilegierungstatbestände hinausgehend, dass der **Außenbereich nicht lediglich für kurzfristige, nicht abgesicherte Tätigkeiten in Anspruch genommen** wird. Es entspricht in diesem Zusammenhang der gefestigten Rechtsprechung des BVerwG (BVerwGE 122, 308 [310] = Buchholz 406.11 § 35 BauGB Nr. 367 = NVwZ 2005, 587; BVerwG, Buchholz 406.11 § 35 BBauG Nr. 198; BVerwG, Buchholz 406.11 § 35 BauGB Nr. 289), dass ein im Außenbereich privilegiertes, der Landwirtschaft dienendes Vorhaben auf eine **gesicherte Nachhaltigkeit der Bewirtschaftung und Dauerhaftigkeit des Betriebs** (auch im Sinne einer Überlebensfähigkeit) angelegt sein muss. An diesem, dem jeweiligen Privileg angemessenen Erfordernis der Nachhaltigkeit und Dauerhaftigkeit müssen sich sämtliche in § 35 I BauGB vorgesehenen Privilegierungstatbestände messen lassen (BVerwG, Buchholz 406.11 § 35 BBauG Nr. 158). Daraus folgt, dass sowohl der landwirtschaftliche Betrieb selbst als auch die Biogasanlage auf eine gesicherte Nachhaltigkeit und Dauerhaftigkeit angelegt sein müssen.“ (BVerwG aaO)

c) Sicherung der Erschließung

„Die Voraussetzungen der ausreichenden Erschließung einer landwirtschaftlichen Hofstelle im Außenbereich sind in der Rechtsprechung des BVerwG geklärt (BVerwG, Buchholz 406.11 § 35 BBauG Nr. 228 = NVwZ 1986, 38 = NJW 1986, 394 L; BVerwG, Buchholz 406.11 § 35 BBauG Nr. 229 = NVwZ 1986, 644). So ist die Erschließung kleinerer landwirtschaftlicher Betriebe im Außenbereich über landwirtschaftliche Wirtschaftswege, aber auch über Feld- und Waldwege ausreichend. Allerdings erhöhen sich die Anforderungen an eine ausreichende Erschließung, je stärker der zu bewältigende Ziel- und Quellverkehr anwächst.“ (BVerwG aaO)

BauNVO
§ 1 X

**Erweiterter Bestandsschutz
Zulassung gebietsfremder Nutzung**

BauR

(VGH Mannheim in DÖV 2009, 378; Urteil vom 29.10.2008 – 3 S 1318/07)

1. Die **Anforderungen** des Abwägungsgebotes beziehen sich sowohl auf den **Abwägungsvorgang** als auf das **Abwägungsergebnis**. Dabei ist gemäß § 214 III 1 BauGB auf die Sach- und Rechtslage im **Zeitpunkt der Beschlussfassung über den Bebauungsplan** abzustellen.
2. Festsetzungen nach § 1 X BauGB setzen zunächst zwingend voraus, dass überhaupt gebietsfremde Nutzungen vorhanden sind. Was bereits nach der festgesetzten Nutzungsart **allgemein zulässig** ist, kann **nicht Gegenstand einer Festsetzung nach § 1 X BauNVO** sein
3. § 1 X BauNVO ermöglicht zur Sicherung des vorhandenen Bestandes die **(anlagenbezogene) Zulassung einer gebietsfremden Nutzung**, bietet aber keine Handhabe zur Korrektur der Festsetzungen eines Bebauungsplans hinsichtlich des Maßes der baulichen Nutzung und der überbaubaren Grundstücksflächen.

Fall: A, B und C sind Eigentümer dreier Grundstücke im Stadtteil T der Stadt S. Auf dem Grundstück der A befinden sich ein Einfamilienhaus sowie gewerblich genutzte bauliche Anlagen, hierunter u.a. ein Kfz-Reparaturbetrieb, ein Fotolabor sowie die Lagerhalle eines Gips- und Stuckateurbetriebs. Auf dem Grundstück des B befindet sich dessen Elektroinstallationsbetriebs, ferner ein Heizungsgeschäft und ein Ladengeschäft für Sicherheitstechnik. Auf dem Grundstück der C betreibt diese einen Malerbetrieb.

Die Grundstücke von A, B und C liegen im Geltungsbereich eines Bebauungsplanes von 1925. Danach waren „Hintergebäude generell zu vermeiden“ und bestimmte Gebäude und Grenzabstände einzuhalten. Dieser Bebauungsplan wurde 1957 geändert. Mit der Folge, dass sich vier bereits ansässige Handwerksbetriebe auf ihren Grundstücken weiter entwickeln konnten, zusätzliche Betriebsansiedlungen fanden jedoch nicht statt. Vielmehr führte die Zulassung weiterer Wohnbauvorhaben in der Folgezeit dazu, dass die noch ansässigen Handwerksbetriebe zunehmend einen Fremdkörper darstellten und es vermehrt zu Beschwerden wegen des Werkstattlärms kam.

Die Stadt S hat daraufhin die streitgegenständliche Änderung des Bebauungsplanes vorgenommen, wonach einer möglichen weiteren Wohnbebauung in dem Gebiet Vorrang eingeräumt werden soll. Nicht störende Handwerksbetriebe und sonstige mit der Wohnnutzung vereinbare Gewerbebetriebe sollen jedoch weiterhin zulässig bleiben. Im Hinblick auf die bestehende gewerbliche Nutzung auf den Grundstücken von A, B und C trifft der Bebauungsplan unter 1.1.4 (WB1) folgende textliche Festsetzung:

„Für die Zulässigkeit von Nutzungen gelten die für ‚Besonderes Wohngebiet WB‘ getroffenen Bestimmungen. Zusätzlich gilt erweiterter Bestandsschutz. Gemäß § 1 X BauNVO sind auf den Grundstücken der von A, B und C Änderungen und Erneuerungen der bestehenden Anlagen und Nutzungen (einschl. Gebäuden) im nachstehend beschriebenen Umfang zugelassen:

Zugelassen sind Erweiterungen und Änderungen der Nutzung, soweit sie der zum Zeitpunkt des Inkrafttretens des geänderten Bebauungsplans verwirklichten Nutzung der Grundstücke dienen. Durch Änderungen dürfen die zum Zeitpunkt des Inkrafttretens des Bebauungsplanes im Plangebiet zugelassenen Immissionen nicht überschritten werden. Dies gilt insbesondere hinsichtlich der Lärmimmissionen, die im Einwirkungsbereich die bis zur vorliegenden Änderung des Bebauungsplanes geltenden Grenzwerte nicht überschreiten dürfen. Erweiterungen der baulichen Anlagen können ausnahmsweise zugelassen werden, wenn die Erweiterung ausschließlich der zum Zeitpunkt des Inkrafttretens der Änderung des Bebauungsplanes ausgeübten Nutzung dient und keine Betriebsführung zur Folge hat, nach der die dem Betrieb zuzurechnenden Lärmimmissionen stärker als 2,0 dB(A) zunehmen (erweiterter Bestandsschutz). Zulässig sind im bestehenden Gebäudebestand bauliche Anpassungsmaßnahmen, die infolge der Erneuerung der zum bestehenden Betrieb erforderlichen technischen Anlagen unerlässlich sind. Nutzungsänderungen, die das Wohnen nicht wesentlich stören (z. B. Maler-, Schreiner-, Bürobetrieb) sind im Rahmen des vorhandenen Gebäudebestandes zulässig.“

Hingegen machten A, B und C im Rahmen des Verfahrens geltend, die Festsetzung nach § 1 X 10 BauNVO reiche nicht aus; auch Nutzungsänderungen und Erweiterungen im Rahmen der bestehenden Gebäude müssten bei Einhaltung der Immissionsrichtwerte möglich bleiben. Gleichwohl wurde die Änderung entsprechend beschlossen.

A, B und C haben gegen die Änderung des Bebauungsplanes das Normenkontrollverfahren eingeleitet und zur Begründung ausgeführt, der Bebauungsplan verstoße gegen das Abwägungsgebot. Werden die Normenkontrollanträge Erfolg haben?

I. Zulässigkeit

Gegen die Zulässigkeit bestehen keine Bedenken. Insbesondere ist für eine Klage gegen einen Bebauungsplan nach § 40 I 1 VwGO der Verwaltungsrechtsweg eröffnet. Sie ist im Verfahren des § 47 VwGO statthaft und wird vom OVG entschieden. A, B und C sind als natürliche Personen nach § 47 II VwGO antragsbefugt, da ihre

Grundstücke im Plangebiet liegen und sie durch den angegriffenen Bebauungsplan nachteilig betroffen werden.

Die Frist des § 47 II 1 VwGO von 1 Jahr ab Bekanntmachung ist eingehalten. Auch wurden bei der öffentlichen Auslegung die Einwände schon geltend gemacht, so dass keine Präklusion nach § 47 IIa VwGO eingetreten ist.

II. Begründetheit

Der Normenkontrollantrag ist begründet, wenn die Änderung des Bebauungsplanes rechtswidrig ist und er nicht ausnahmsweise trotz Rechtswidrigkeit Bestand haben kann.

„Im Blick auf das Bebauungsplanverfahren unterliegt der angegriffene Bebauungsplan allerdings keinen Bedenken.“ (VGH Mannheim aaO)

Der Bebauungsplan könnte aber materiell rechtswidrig sein.

1. Erforderlichkeit für die städtebauliche Ordnung (§ 1 III BauGB)

Es soll bestehendem Bedarf nach der Wohnnutzung Rechnung getragen werden, so dass im Rahmen des Planungsermessens gehandelt wurde.

2. ordnungsgemäße Ausübung des Planungsermessens

a) Entwicklungsgebot

Es ist davon auszugehen, dass der Bebauungsplan aus dem Flächennutzungsplan entwickelt wurde (§ 8 II 1 BauGB).

b) Bestimmtheit der Festsetzungen

Die Festsetzungen müssen zulässig sein. Insbesondere müssen sie **inhaltlich hinreichend bestimmt** sein.

*„Die für die Grundstücke der Antragsteller geltenden Festsetzungen WA1 (Ziff. 1.1.2 der textlichen Festsetzungen) und WB1 (Ziff. 1.1.4 der textlichen Festsetzungen) verstoßen jedoch gegen das **Bestimmtheitsgebot**, denn ihr näherer Inhalt lässt sich im Hinblick auf das **zulässige Immissionsniveau** auch unter Berücksichtigung der örtlichen Verhältnisse und des erkennbaren **Willens des Normgebers nicht erschließen** (vgl. zu den Anforderungen: BVerwG, DÖV 1995, 822; Ziegler, in: Brügelmann, Baugesetzbuch, Band 6, § 1 BauNVO Rn 260).*

Die Festsetzungen sind - soweit sie im Hinblick auf das Bestimmtheitsanfordernis zu beanstanden sind - wie folgt gefasst:

„Durch Änderungen dürfen die zum Zeitpunkt des Inkrafttretens des Bebauungsplanes im Plangebiet zugelassenen Immissionen nicht überschritten werden. Dies gilt insbesondere hinsichtlich der Lärmimmissionen, die im Einwirkungsbereich die bis zur vorliegenden Änderung des Bebauungsplanes geltenden Grenzwerte nicht überschreiten dürfen.“

*Diese Formulierung ermöglicht es den **Normunterworfenen nicht zu erkennen**, welchen lärmbezogenen **Anforderungen** die von der Festsetzung nach § 1 X BauNVO begünstigten baulichen Anlagen genügen müssen. Denn ‚die zum Zeitpunkt des Inkrafttretens des Bebauungsplanes im Plangebiet zugelassenen **Immissionen**‘ sind **in dem Bebauungsplan weder bestimmt festgelegt noch** nach den oben genannten Maßgaben **bestimmbar**. Der bisherige Ortsbauplan hatte auf die Festsetzung einer Nutzungsart ebenso verzichtet wie auf die Festsetzung von Schalleistungspegeln und lärmbezogenen Grenz- oder Orientierungswerten.*

*Der von der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts für maßgeblich gehaltene **erkennbare Wille des Normgebers ist somit unklar**, den aus dem Rechtsstaatsprinzip hergeleiteten Bestimmtheitsanforderungen damit nicht genügt.“* (VGH Mannheim aaO)

c) Zulässigkeit der Festsetzungen

Problematisch sind die im Rahmen des § 1 X BauNVO festgesetzten Ausnahmen.

*„Nach dieser Vorschrift kann im Bebauungsplan festgesetzt werden, dass **Erweiterungen, Änderungen, Nutzungsänderungen und Erneuerungen** dieser Anlagen **allgemein zulässig** sind oder **ausnahmsweise zugelassen** werden können, wenn in überwiegend bebauten Gebieten bestimmte vorhandene bauliche und sonstige Anlagen bei Festsetzung eines Baugebiets nach den §§ 2 bis 9 **BauNVO** unzulässig wären (Satz 1). Im Bebauungsplan können nähere **Bestimmungen über die Zulässigkeit** getroffen werden (Satz 2). Die allgemeine Zweckbestimmung des Baugebiets muss in seinen übrigen Teilen gewahrt bleiben (Satz 3). Die Sätze 1 bis 3 gelten auch für die **Änderung und Ergänzung von Bebauungsplänen** (Satz 4).*

§ 1 X BauNVO ermöglicht dem entsprechend **eine am Bestand orientierte Planung** und ist geeignet, insbesondere für Gewerbebetriebe **Planungs- und Investitionssicherheit** zu schaffen (vgl. BR-Drs. 354/89 S. 21, 23 f.).“ (VGH Mannheim aaO)

Macht die Gemeinde von dem Instrument des § 1 X BauNVO Gebrauch, so bedeutet dies, dass der Betriebsinhaber nicht mit den Nutzungsmöglichkeiten vorlieb nehmen muss, die ihm sonst nur im Rahmen des **herkömmlichen Bestandsschutzes** verbleiben und die sich im Wesentlichen in Reparatur- und Erhaltungsmaßnahmen erschöpfen, sondern je nach der Reichweite der getroffenen Regelung in die Lage versetzt wird, weiterhin **Erweiterungen, Änderungen, Nutzungsänderungen und Erneuerungen vorzunehmen**.

„§ 1 X BauNVO erfordert jedoch auf einer **ersten Stufe** das Vorliegen von ‚gebietsfremden‘ Nutzungen. Dieses vom Plangeber generell gewollte Verbot solcher gebietsfremden Nutzungen und Anlagen wird sodann auf einer zweiten Stufe um die Möglichkeit angereichert, trotz dieser Verbote einzelne tatsächlich vorhandene gebietsfremde oder gebietsfremd werdende Anlagen **im Wege erweiterten Bestandsschutzes** als ‚Fremdkörper‘ zuzulassen.“ (VGH Mannheim aaO)

Hieran fehlt es jedoch, da die auf den Grundstücken von A, B und C verwirklichten Nutzungen mit der Festsetzung eines Besonderen Wohngebiets im Einklang stehen.

„Sowohl die Wohnnutzung (§ 4a II 2 Nr. 1 BauNVO) als auch sonstige Gewerbebetriebe sind im Besonderen Wohngebiet allgemein zulässig (§ 4a II Nr. 3 BauNVO; vgl. auch Ziegler, in: Brügelmann, aaO., § 4a BauNVO Rn 35; § 1 BauNVO Rn 109a; Fickert/Fieseler, aaO., § 4a Rn 17). Insoweit **fehlt** es bereits an dem für § 1 X BauNVO **zwingend erforderlichen gebietsfremden Nutzung**. enn was bereits nach der festgesetzten Nutzungsart **allgemein zulässig** ist, kann **nicht Gegenstand einer Festsetzung nach § 1 X BauNVO** sein (vgl. auch Ziegler, aaO., § 1 Rn 409 m.w.N.).“ (VGH Mannheim aaO)

d) **Abwägungsgebot, § 1 VII BauGB**

Es muss eine Abwägung stattgefunden haben (**kein Abwägungsausfall**), die an den relevanten Belangen erfolgt ist (**kein Abwägungsdefizit**), wobei den Belangen die richtige Bedeutung zugemessen wurde (**richtiges Abwägungsmaterial**, rechtlich zutreffende Bewertung) und ihre objektive Gewichtung in einem angemessenen Verhältnis steht (**keine Abwägungsdisproportionalität**).

„Diese **Anforderungen** beziehen sich sowohl auf den **Abwägungsvorgang** als auf das **Abwägungsergebnis**. „Jedoch erfolgte die Zusammenstellung des **Abwägungsmaterials defizitär** und **fehlerhaft**. Anlagenbezogene Einzelfallregelungen nach § 1 X BauNVO setzen - sowohl im Hinblick auf die Bestimmtheit als auch auf das Abwägungsgebot - voraus, dass sich aus den **textlichen oder zeichnerischen Festsetzungen zum erweiterten Bestandsschutz zweifelsfrei** ergibt, auf welche konkret vorhandenen Anlagen sich die Festsetzungen beziehen (vgl. OVG Nordrhein-Westfalen, Urteil vom 07.05.2007 - 7 D 64/06.NE -, NVwZ-RR 2008, 13), und eine Abwägungsentscheidung zu der Frage getroffen werden kann, ob die gebietsfremde Nutzung mit der Zweckbestimmung des Baugebiets im Übrigen vereinbar ist (§ 1 X 3 BauNVO). Diesen Anforderungen ist der Gemeinderat der Antragsgegnerin nicht gerecht geworden (wird ausgeführt)“ (VGH Mannheim aaO)

Der Bebauungsplan ist daher in mehrfacher Hinsicht rechtswidrig,

3. **Unwirksamkeit des Bebauungsplans**

„Die vom Senat festgestellten Mängel führen zur **Gesamtwirksamkeit** des Bebauungsplans. Mängel, die einzelnen Festsetzungen eines Bebauungsplans anhaften, führen nur dann nicht zu dessen Unwirksamkeit, wenn die **übrigen Regelungen, Maßnahmen oder Festsetzungen**, für sich betrachtet, noch eine **sinnvolle städtebauliche Ordnung** im Sinne des § 1 III 1 1 BauGB **bewirken** können und wenn die Gemeinde nach ihrem im Planungsverfahren zum Ausdruck gekommenen Willen im Zweifel auch eine Satzung dieses eingeschränkten Inhalts beschlossen hätte (vgl. etwa BVerwG, Beschluss vom 22.01.2008 - 4 B 5.08 -, juris). Diesbezüglich muss vermieden werden, dass in die **kommunale Planungshoheit** mehr als nötig eingegriffen wird. Ein Gericht darf insbesondere nicht gestaltend tätig sein, sondern hat den **planerischen Willen des Ortsgesetzgebers zu respektieren** (vgl. zum Ganzen: BVerwG, Urteil vom 19.09.2002 - 4 CN 1.02 -, BVerwGE 117, 58,61).

Dies berücksichtigend vermag der Senat **nicht festzustellen**, dass die Antragsgegnerin nach ihrem im Planungsverfahren zum Ausdruck gekommenen Willen im Zweifel auch eine **Satzung beschlossen** hätte, die **für die Grundstücke der Antragsteller keine Festsetzungen zur Art ihrer baulichen Nutzung enthält**.“ (VGH Mannheim aaO)

anhand des Mietspiegels überprüfen will, eine damit unter Umständen verbundene gewisse Mühe zugemutet werden. Einer Befügung des Mietspiegels bedarf es auch nicht deshalb, um eine umfassende rechtliche Beratung des Mieters - z.B. durch einen Rechtsanwalt - zu ermöglichen, denn die Kenntnis des örtlichen Mietspiegels ist bei einem in Mietsachen tätigen Rechtsanwalt vorzusetzen.“ (BGH aaO).

- PR 06/09 -

Juristischer Verlag Juridicus

GmbHG
§ 43 II**Geschäftsführerhaftung
Haftung eines „Strohmannes“**

GesellschaftsR

(OLG Frankfurt in OLGR 2009, 287; Urteil vom 16.04.2008 – 1 U 136/05)

Auch ein **GmbH-Geschäftsführer**, der **nur als „Strohmann“ eingesetzt** wird, **haftet** der Gesellschaft gegenüber für einen entstandenen Schaden **nach Maßgabe des § 43 II GmbHG**.

„Gem. § 43 II GmbHG haftet ein GmbH-Geschäftsführer, der die ihm nach Abs. 1 der Vorschrift in den Angelegenheiten der Gesellschaft obliegende Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmannes verletzt, der Gesellschaft für den entstandenen Schaden.

Die Bekl. war zur Zeit der streitgegenständlichen Konto-Abhebungen **formgültig zur Geschäftsführerin** der Kl. **bestellt und auch als solche im Handelsregister eingetragen**.

Soweit sie einwendet, sie sei nur formell, als **Strohfrau**, nicht aber tatsächlich Geschäftsführerin der Kl. gewesen, **schließt dies eine Haftung gem. § 43 II GmbHG nicht aus**. Im Hinblick auf § 6 I GmbHG, wonach eine GmbH mindestens einen Geschäftsführer haben muss, ist die Bestellung eines Strohmann-Geschäftsführers grds. - als Auftrags- und Treuhandgeschäft - ernstlich gewollt und daher nicht gem. § 117 BGB unwirksam (vgl. BGHZ 21, 378 ff.; Siegmann/Vogel ZIP 1994, S. 1821; Michalski/Haas, GmbHG, Band II 2002, § 43 Rn 23; Baumbach/Hueck/Zöllner/Noack, GmbHG, 18. Auflage, § 43 Rn 2; Palandt/Heinrichs, BGB, 67. Auflage, § 117 Rn 6). Um die „Strohmann-Eigenschaft“ zu erwerben, muss die vorgeschobene Person die Bestellung zum Geschäftsführer und die damit für sie selbst verbundenen Pflichten ernstlich wollen (vgl. BGHZ 21, 378 ff.).

Nach dem Vortrag der Bekl. wurde sie deswegen zur Geschäftsführerin der Kl. bestellt, weil der frühere Geschäftsführer diese Tätigkeit nach Gründung der A-AG aus Rechtsgründen nicht mehr habe wahrnehmen können. Um wirksam vertreten zu sein, habe die Kl. eine neue - rechtsgültig bestellte - Geschäftsführerin benötigt. Demnach wollten die Parteien die Bekl. nicht nur zum Schein, sondern ernstlich als Geschäftsführerin bestellen; dies wird auch durch den schriftlichen Abschluss eines Geschäftsführervertrages zwischen den Parteien bestätigt. Daher unterlag die Bekl., selbst wenn sie nur eine „Strohfrau“-Geschäftsführerin gewesen sein sollte, zivilrechtlich denselben Pflichten und auch der Haftung eines „wahren“ Geschäftsführers (vgl. Siegmann/Vogel aaO; Michalski/Haas aaO; BFH BFH/NV 2000, 303 f.; zur vollen Rechts- und Pflichtenstellung eines Strohmannengesellschafters vgl. BGHZ 118, 107 ff.; BGHZ 31, 258 ff.).“ (BGH aaO).

- PR 06/09 -

Juristischer Verlag Juridicus

StGB
§ 261 I 2 Nr.4a**Geldwäsche
Gehilfenbeitrag**

StGB

(BGH in NStZ 2009, 326; Urteil vom 24.06.2008 – 5 StR 89/08)

Die **Untreue** kann nur dann **taugliche Vortat für die Geldwäsche** sein, wenn der **(Haupt-)Täter gewerbsmäßig gehandelt** hat.

- I. Die **Untreue i.S.d. § 266 I StGB** ist für sich genommen noch **keine Katalogtat i.S.d. § 261 I 2 StGB**. **Erforderlich ist** vielmehr, dass das Vergehen der **Untreue gewerbsmäßig oder von einem Mitglied einer Bande begangen** worden ist (§ 261 I 2 Nr. 4a letzter Teilsatz StGB).
- II. Die Erfüllung des Merkmals der **Gewerbsmäßigkeit** nur **durch einen Teilnehmer reicht** indes im Rahmen des § 261 I 2 Nr. 4a StGB **nicht aus**. Maßgeblich ist als Katalogtat nicht der Tatbeitrag eines Gehilfen, weil die **Beihilfe selbst nicht Katalogtat** sein kann (a.A. NK-StGB-Altenhain 2. Aufl., § 261 Rn 30; Burger wistra 2002, 1).

1. Hierfür spricht schon der **Wortlaut der Vorschrift**.

„Im Eingang der Vorschrift des § 261 I 2 StGB wird - ohne jeden klarstellenden Zusatz im Hinblick auf die Einbeziehung eines Teilnehmers (§§ 26, 27 StGB) - auf „Taten“ abgestellt. Da die Vorschrift deren gewerbsmäßige Begehung verlangt, indiziert dies, dass auch insoweit auf den **(Haupt-)Täter als den maßgeblichen Bezugspunkt** abgestellt wird. Der **Vergleich mit § 261 I 2 Nr. 3 StGB**, der bei der Steuerhhehlerei ausdrücklich nur Fälle mit einem gewerbsmäßig handelnden Täter einbezieht, spricht, da insoweit eine unterschiedliche Regelung für Teilnehmer fernliegend erscheint, ebenfalls für diese Auslegung. Hätte der Gesetzgeber für die Katalogtat einen weiteren Anwendungsbereich intendiert, wäre der Tatbestand etwa dergestalt zu formulieren gewesen, dass eine solche Katalogtat schon dann vorliegen sollte, wenn jedenfalls ein **Beteiligter gewerbsmäßig gehandelt hat**.“ (BGH aaO).

2. Auch der **Zweck der Vorschrift** legt eine erweiternde Auslegung nicht nahe.

„Die Begründung zum „Entwurf eines Gesetzes zur Verbesserung der Bekämpfung der organisierten Kriminalität“ vom 01.10.1997, auf den die hier maßgebliche Bestimmung zurückgeht, nennt als wesentliches kriminalpolitisches **Ziel der Regelung** vor allem die **Bekämpfung der organisierten Kriminalität** (BT-Dr 13/8651, S. 12). Weder liegt ein solcher Fall vor, noch ist es für die organisierte Kriminalität typisch, dass keiner der Täter gewerbsmäßig handelt. Da aber die Strafbarkeit der Geldwäsche nur für schwerwiegende Vortaten angeordnet und eine Ausdehnung auf sämtliche rechtswidrige Taten vermieden werden sollte (BT-Dr aaO), lässt sich den Materialien gleichfalls kein Hinweis auf eine etwaige Absicht des Gesetzgebers entnehmen, schon die **Gewerbsmäßigkeit eines Teilnehmers für die Annahme einer Katalogtat genügen zu lassen**.“ (BGH aaO).

3. Schließlich erfordert bei dem Tatbestand der Geldwäsche nach § 261 StGB letztendlich auch das **verfassungsrechtliche Bestimmtheitsgebot nach Art. 103 II GG** eine **restriktive Auslegung der Strafvorschrift**.

„Durch die Kombination von einerseits Katalogtaten (mit teilweise zusätzlichen Erfordernissen) mit einer Vielfalt von Tathandlungen, die nahezu jedweden Umgang mit dem deliktsbehafteten Gegenstand unter Strafe stellen (vgl. zur Kritik an dieser Bestimmung Fischer StGB, 55. Aufl., § 261 Rn 4a ff.; Reich in Wabnitz/Janovsky Hdb.

des Wirtschafts- und Steuerstrafrechts, 3. Aufl., S. 259ff.; Kargl NJ 2001, 57ff.), **bewegt sich dieser Straftatbestand an der Grenze der Verständlichkeit.** Um eine noch **ausreichende Bestimmtheit und Übersichtlichkeit dieser Strafvorschrift sicherzustellen, ist eine restriktive Auslegung der Tatbestandsmerkmale geboten.** Dies bedeutet, dass nur solche Handlungen als tatbestandsmäßig angesehen werden können, die sich ohne weiteres und sicher dem Wortlaut der Bestimmung unterordnen lassen. Auch dieser Gedanke verlangt, dass die Geldwäsche nach § 261 I 2 Nr. 4 StGB nur auf ein gewerbsmäßiges Handeln des Täters selbst beschränkt bleibt, zumal da es für eine erweiternde Auslegung an eindeutigen Anknüpfungspunkten im Normtext oder in der Systematik der Bestimmung (vgl. dazu auch § 11 I Nr. 5 StGB) fehlt.“ (BGH aaO).

- PR 06/09 -

Juristischer Verlag Juridicus

StGB
§ 263**Verwertungsbetrug**

StGB

nach Kontoeröffnung und Ausgabe einer ec-Karte

(BGH in NSTZ 2009, 329; Beschluss vom 18.11.2008 – 4 StR 485/08)

Ein **Verwertungsbetrug durch Einsatz** der bei einer Kontoeröffnung überlassenen **ec-Karten und Schecks im POZ-System** ist erst dann **vollendet, wenn der Vermögensschaden beim jeweiligen Geschäftspartner eingetreten** ist.

„Nach der Rspr. des BGH kann zwar ein vollendeter Betrug schon dann vorliegen, wenn der Täter unter Vorlage eines gefälschten Personalausweises und Täuschung über seine Zahlungswilligkeit bei einer Bank ein Konto eröffnet und ihm - antragsgemäß - eine EC-Karte (Euro-cheque-Karte) und Schecks ausgehändigt werden (vgl. BGHSt 47, 160). Jedoch betreffen diese Entscheidungen Fälle, in denen die Kartenzahlung oder die Einlösung des Schecks von der Bank garantiert wurde oder eine Rückgabe der Lastschrift nicht möglich war (BGH aaO).

Der **garantierte Scheckverkehr** wurde in seiner gebräuchlichen Form jedoch **zum 31.12.2001 aufgegeben** (MüKo-StGB/Radtke, § 266b Rn 8; Baier ZRP 2001, 454). Seitdem werden ec-Karten (electronic-cash-Karten) im Rahmen unterschiedlicher Zahlungssysteme eingesetzt, überwiegend im sog. POZ-System, also im elektronischen Lastschriftverfahren, oder im POS-System, bei dem es unmittelbar zu einer Abbuchung kommt (vgl. MüKo-StGB/Radtke, § 266b Rn 9, 11; Schönke/Schröder/Cramer, StGB, 27. Aufl., § 263 Rn 29a, 30). Vor allem **im POZ-System übernimmt die kartenausgebende Bank jedoch anders als im POS-System regelmäßig keine Garantie für die Zahlung; ein etwaiger Schaden** durch die Kartenbenutzung **tritt in diesen Fällen daher nicht bei der Bank, sondern beim jeweiligen Geschäftspartner ein** (BGHSt 47, 160; Fischer, StGB, 55. Aufl., § 263 Rn 34a und § 266b Rn 6a, 9).“ (BGH aaO).

- PR 06/09 -

Juristischer Verlag Juridicus

GVG
§ 178 I**Ordnungsgeld**

GVG

Anordnung ohne Gewährung rechtlichen Gehörs

(OLG Hamm in NSTZ-RR 2009, 93; Beschluss vom 03.06.2008 – 1 Ws 338/08)

Vor der Verhängung eines Ordnungsgeldes darf das Gericht **nur in Ausnahmefällen von der Anhörung des Betroffenen absehen**, wenn nämlich

- **Ungebühr und Ungebührwille völlig außer Frage** stehen und
- bei der Gewährung rechtlichen Gehörs nach dem bisherigen Verhalten des Betroffenen **mit weiteren groben Ausfällen gerechnet werden** müsste.

„Auch im Ordnungsmittelverfahren wegen Ungebühr in der Sitzung ist angesichts der Bedeutung, die dem Grundsatz des rechtlichen Gehörs (Art. 103 I GG) als einem überragenden Prinzip des Verfahrensrechts zukommt, eine vorherige Anhörung des Betr. grundsätzlich unabdingbar (Meyer-Goßner, § 178 GVG Rn 14 mwN). Die Beachtung des Grundsatzes des rechtlichen Gehörs soll insbesondere sicherstellen, dass die Ordnungsmaßnahme auf Grund der frischen und damit verlässlichen Erinnerung über den Vorgang ergeht, dessen Gesamtbeurteilung erst dann möglich ist, wenn der Betr. Gelegenheit zu einer erklärenden oder entschuldigenden Äußerung gehabt hat. **Von der Anhörung** des Betr. darf das Gericht **nur in Ausnahmefällen absehen**, wenn nämlich Ungebühr und Ungebührwille völlig außer Frage stehen und bei Gewährung des rechtlichen Gehörs nach dem bisherigen Verhalten des Bf. nur mit weiteren groben Ausfällen gerechnet werden müsste.“ (OLG Hamm aaO).

- PR 06/09 -

Juristischer Verlag Juridicus

EG
§ 12 I**Ausländerzentralregister**

öfFR

Diskriminierung wegen Staatsangehörigkeit

(EuGH in NVwZ 2009, 379; Urteil vom 16.12.2008 – C 526/06)

Nach **Art. 12 I EG** ist es einem EU-Mitgliedstaat **verwehrt**, zur Bekämpfung der Kriminalität ein **System zur Verarbeitung personenbezogener Daten** zu errichten, das nur Unionsbürger erfasst, die keine Staatsangehörigen dieses Mitgliedstaats sind.

„Nach st. Rspr. verlangt das **Diskriminierungsverbot**, dass vergleichbare Sachverhalte nicht ungleich und ungleiche Sachverhalte nicht gleichbehandelt werden. Eine solche Behandlung wäre allenfalls dann gerechtfertigt, wenn sie auf objektiven, von der Staatsangehörigkeit der Betroffenen unabhängigen Erwägungen beruhte und in einem angemessenen Verhältnis zu einem legitimerweise verfolgten Zweck stünde (vgl. in diesem Sinne EuGH EuZW 2008, 477 = NJW 2008, 3204).

Somit ist in einem Kontext, wie er im Ausgangsverfahren in Rede steht, die Situation von Unionsbürgern, die keine Staatsangehörigen des betreffenden Mitgliedstaats sind und in seinem Hoheitsgebiet wohnen, mit der Situation der Staatsangehörigen dieses Mitgliedstaats im Hinblick auf das Ziel der Bekämpfung der Kriminalität zu vergleichen. Die deutsche Regierung hat sich nämlich darauf beschränkt, diesen Aspekt der Wahrung der öffentlichen Ordnung geltend zu machen.

Ein solches Ziel ist zwar legitim, kann jedoch nicht angeführt werden, um eine systematische Verarbeitung personenbezogener Daten allein derjenigen Unionsbürger, die keine Staatsangehörigen des betreffenden Mitgliedstaats sind, zu rechtfertigen. Wie nämlich der Generalanwalt in Nr. 21 seiner Schlussanträge betont hat, bezieht sich die **Kriminalitätsbekämpfung** in ihrer allgemeinen, von der deutschen Regierung in ihren Erklärungen angeführten Bedeutung zwingend auf die Verfolgung von Verbrechen und Vergehen unabhängig von der Staatsangehörigkeit der Täter.

Folglich kann für einen Mitgliedstaat die Situation seiner Staatsangehörigen im Hinblick auf das Ziel der Bekämpfung der Kriminalität nicht anders sein als die der Unionsbürger, die keine Staatsangehörigen dieses Mitgliedstaats sind und sich in seinem Hoheitsgebiet aufhalten.

Somit ist die **unterschiedliche Behandlung dieser Staatsangehörigen und dieser Unionsbürger durch die zur Bekämpfung der Kriminalität vorgenommene systematische Verarbeitung der personenbezogenen Daten** allein der Unionsbürger, die keine Staatsangehörigen des betreffenden Mitgliedstaats sind, eine durch Art. 12 I EG untersagte **Diskriminierung**.

Folglich ist Art. 12 I EG dahin auszulegen, dass er es einem Mitgliedstaat verwehrt, zur Bekämpfung der Kriminalität ein System zur Verarbeitung personenbezogener Daten zu errichten, das nur Unionsbürger erfasst, die keine Staatsangehörigen dieses Mitgliedstaats sind.“ (EuGH aaO).

- PR 06/09 -

Juristischer Verlag Juridicus

RGebStV

Rundfunkgebühren

öffR

§§ 1 II, 2 II 1, 5 IV 1

Händler sind nicht gebührenpflichtig

(OVG Hamburg in NVwZ 2009, 668; Beschluss vom 18.12.2008 – 4 Bf 337/07)

Rundfunkempfangsgeräte, die in einem Handelsunternehmen **verpackt zum Verkauf angeboten** werden, **werden nicht i.S. von § 1 II 2 RGebStV zum Empfang bereitgehalten**. Der **Händler ist** daher in Bezug auf diese Geräte **nicht gebührenpflichtig**.

- I. Ein Rundfunkempfangsgerät wird nach **§ 1 II 2 RGebStV** zum Empfang bereitgehalten, wenn damit ohne besonderen zusätzlichen technischen Aufwand Rundfunkdarbietungen, unabhängig von Art, Umfang und Anzahl der empfangbaren Programme, unverschlüsselt oder verschlüsselt empfangen werden können. **Rundfunkteilnehmer ist** dementsprechend nach gefestigter Rspr., **wer die rechtlich gesicherte tatsächliche Verfügungsmacht über das Rundfunkempfangsgerät besitzt** und damit die **Möglichkeit hat, das Gerät zu nutzen**, d.h. insbesondere über seinen Einsatz und die Programmwahl tatsächlich verantwortlich zu bestimmen (vgl. VGH Mannheim DÖV 2008, 829).

„Diese Voraussetzung liegt nicht vor, ohne dass es darauf ankommt, ob es der Kl. ohne größere Schwierigkeiten objektiv möglich gewesen wäre, die zu verkaufenden Geräte in Betrieb zu nehmen. Rundfunkempfangsgeräte, die in einem Handelsunternehmen **verpackt zum Verkauf angeboten** werden, werden nicht i.S. von § 1 II 2 RGebStV zum Empfang bereitgehalten. Der Händler ist in Bezug auf diese Geräte nicht Rundfunkteilnehmer i.S. von § 1 II 1 RGebStV und demzufolge auch nicht nach § 2 II 1 RGebStV verpflichtet, für diese Geräte Rundfunkgebühren zu entrichten (so im Ergebnis die einhellige obergerichtliche Rspr., vgl. OVG Koblenz MMR 2005, 338; und OVG Koblenz NJW 2006, 635 = MMR 2006, 59; VGH Mannheim DÖV 2008, 829).

Das ergibt sich bereits aus dem **Regelungskonzept des § 5 IV RGebStV**: Gem. § 5 IV 1 RGebStV sind Unternehmen, die sich gewerbsmäßig mit der Herstellung, dem Verkauf, dem Einbau oder der Reparatur von Rundfunkempfangsgeräten befassen, berechtigt, bei Zahlung der Rundfunkgebühr für ein Rundfunkempfangsgerät weitere Geräte für Prüf- und Vorführzwecke gebührenfrei zum Empfang bereitzuhalten. Diese Regelung knüpft nach ihrem Wortlaut daran an, dass die genannten Unternehmen Rundfunkempfangsgeräte tatsächlich zum Empfang nutzen, nämlich zu **Prüf- und Vorführzwecken**. Derartige Geräte werden unzweifelhaft i.S. von § 1 II RGebStV zum Empfang bereitgehalten. Ohne die Regelung in § 5 IV 1 RGebStV müssten für alle diese Geräte Rundfunkgebühren entrichtet werden. Denn § 2 II 1 RGebStV verpflichtet den Rundfunkteilnehmer, für jedes von ihm zum Empfang bereitgehaltene Gerät Gebühren zu entrichten; das allgemeine Privileg für Zweitgeräte knüpft gem. § 5 I RGebStV an die Wohnung sowie an die häusliche Gemeinschaft natürlicher Personen an und ist auf Geräte, die im Handel zum Verkauf vorgesehen sind, nicht anwendbar. § 5 IV RGebStV begründet ein entsprechendes **Privileg für Unternehmen, die typischerweise im Besitz von Rundfunkempfangsgeräten sind und diese Geräte nutzen (müssen)**. Diese Regelung setzt das Verständnis voraus, dass für die in einem Handelsunternehmen vorgehaltenen und zum Verkauf bestimmten Geräte, die nicht zu Prüf- und Vorführzwecken zum Empfang bereit gehalten werden, keine Gebühren anfallen. Denn es wäre **widersinnig**, gerade an die konkrete Nutzung zu Prüf- und Vorführzwecken anzuknüpfen und die gebührenfreie Nutzung weiterer Geräte ausdrücklich zu diesem Zweck zuzulassen, wenn ohnehin für alle zum Verkauf vorgesehenen Geräte auch dann Gebühren anfielen, wenn sie nicht zu Vorführzwecken genutzt werden. Hätten die den Staatsvertrag schließenden Vertragspartner und der Gesetzgeber die Vorstellung gehabt, dass für jedes im Handel vorhandene Gerät - unabhängig von seiner tatsächlichen Nutzung zu Prüf- oder Vorführzwecken - Gebühren anfallen, dann hätte es vielmehr nahegelegen, die gewünschte Entlastung der Unternehmen dadurch zu bewirken, dass die **Gebührenpflicht pauschal auf jeweils ein Gerät beschränkt wird und alle weiteren gebührenfrei gestellt werden**. Dass die vertragsschließenden Landesregierungen sowie der hamburgische Gesetzgeber von dem hier zu Grunde gelegten Verständnis des Begriffs des „zum Empfang Bereithaltens“ und des hierdurch begründeten Teilnehmerverhältnisses ausgegangen sind, ist überdies auch deshalb naheliegend, weil ansonsten die Rundfunkgebühren letztlich keinen Bezug mehr zu dem durch sie erlangten Vorteil eines Rundfunkempfangs hätten und eine reine Besitzabgabe darstellten, die angesichts der häufig großen Zahl zum Verkauf angebotener Rundfunkempfangsgeräte zudem unverhältnismäßig hoch sein könnte.“ (OVG Hamburg aaO).

- II. Die Regelung des **§ 5 IV RGebStV** kann auch in Fällen wie dem vorliegenden, in denen bei den in § 5 IV RGebStV genannten Unternehmen keine Geräte zu Prüf- und Vorführzwecken zum Empfang bereitgehalten werden, **nicht zumindest entsprechend angewendet** werden.

Dieser Auffassung liegt die Vorstellung zu Grunde, dass die Vertragspartner und der Gesetzgeber davon ausgegangen seien, dass in den genannten Unternehmen typischerweise Geräte zu Prüf- und Vorführzwecken zum Empfang bereitgehalten würden, sodass diese Unternehmen auch typischerweise gebührenpflichtig seien. An Fälle, dass im Handel keine Vorführgeräte zum Empfang bereitgehalten würden, habe man nicht gedacht. Die für derartige atypische Fälle bestehende Gesetzeslücke sei durch eine analoge Anwendung des § 5 IV RGebStV zu schließen.

„Eine derartige **Gesetzeslücke besteht tatsächlich nicht**. Es kann schon nicht angenommen werden, dass den Vertragspartnern und dem Gesetzgeber bei der Einigung über den Staatsvertrag und seiner Veröffentlichung in Gesetzesform im Jahre 1991 der Fall unbekannt war, dass im Einzelhandel Geräte auch zum Verkauf angeboten werden, ohne sie vorzuführen. Tatsächlich gab es zu diesem Zeitpunkt bereits Handelsunternehmen, insbesondere Großhändler sowie Discounter, die die Geräte originalverpackt zum Verkauf anboten. Jedenfalls kennen die Vertragspartner sowie der Gesetzgeber die seither ergangene Rspr. der Oberverwaltungsgerichte, die sich bisher mit dieser Frage zu beschäftigen hatten und die einhellig entschieden haben, dass originalverpackt ohne Prüfung und Vorführung zum

Verkauf angebotene Rundfunkempfangsgeräte nicht der Rundfunkgebührenpflicht unterliegen (OVG Koblenz MMR 2005, 338; OVG Koblenz NJW 2006, 635 = MMR 2006, 59; VGH Mannheim DÖV 2008, 829). Dennoch sind auch mit der neuesten Fassung des Gesetzes auf Grund des Elften Rundfunkänderungsstaatsvertrags vom 12. 6. 2008 (HbgGVBI 2008, 398f.) insoweit keine Änderungen vorgenommen worden. Daraus kann nur der Schluss gezogen werden, dass diese Auslegung der Auffassung und dem Willen der Vertragspartner und des Gesetzgebers entspricht und daher aus deren Sicht kein Bedarf für eine Änderung besteht. Ob es - wie es der Bekl. für wünschenswert hält - überhaupt zulässig wäre, auch für solche Geräte, die verpackt zum Verkauf angeboten werden, Rundfunkgebühren zu erheben, bedarf hiernach keiner Entscheidung.“ (OVG Hamburg aaO).

Entscheidungen Verfahrensrecht

BGB
§ 631

Beweislast für Erfüllung bei Behauptung mehrerer Schuldverhältnisse

SchuldR

(OLG Düsseldorf in NJOZ 2009, 1193; Urteil vom 18.12.2008 – 5 U 84/08)

1. Grundsätzlich trägt der **Schuldner** die **Darlegungs- und Beweislast für das Erlöschen eines Schuldverhältnisses** durch Erfüllung als anspruchsvernichtende Tatsache.
2. Hat der Schuldner die Befriedigung einer bestimmten Forderung des Gläubigers schlüssig dargetan und ist die behauptete **Erfüllungshandlung** als solche **unstreitig**, hat der **Gläubiger zu beweisen**, dass zwischen ihm und dem leistenden Schuldner **mehrere Schuldverhältnisse** bestehen
3. Gelingt ihm dies, **so hat der Schuldner seinerseits** dazulegen und zu beweisen, warum gerade die streitige Forderung getilgt **sein soll**

Fall: B beauftragte den K mit der Durchführung von Anstreicherarbeiten im Haus G in N. B zahlte ausweislich der von ihm vorgelegten Aufstellung an den K in der Zeit zwischen Ende Juni und Ende September 2005 per Banküberweisung 9000 € und in der Zeit vom 15.06.2005 bis 28.10.2005 in bar 18.700 €. K begehrte mit seiner Klage von B die Zahlung restlicher Vergütung für die von ihm erbrachten Anstreicherarbeiten, die er mit der handschriftlichen Rechnung vom 30.11.2005 insgesamt mit 18.160,90 € berechnet hatte. Auf diesen Rechnungsbetrag lässt sich K eine Zahlung von 9000 € anrechnen, so dass sich die Klageforderung von 9.160,90 € ergibt. K hat behauptet, auf die streitgegenständliche Forderung seien von B lediglich diese 9000 € bezahlt worden. Die übrigen Beträge habe er von B zur Bezahlung von Schwarzarbeitern, die er B für weitere auf der Baustelle durchzuführende Arbeiten vermittelt habe, erhalten sowie für Materialeinkäufe. Beweis hierzu kann er nicht antreten. B hingegen beharrt darauf, dass lediglich B zur Durchführung seiner Arbeiten Schwarzarbeiter beschäftigt habe. Hiervon habe er aber nichts gewusst. Im Übrigen könne K schon allein wegen dieses Umstandes keine Vergütung verlangen.

Wird die Klage des K Erfolg haben?

K könnte einen Anspruch auf Zahlung weiterer 9.160,90 € aus § 631 I BGB haben.

I. Anspruch entstanden

1. wirksamer Vertragsschluss

„K hat schlüssig vorgetragen, dass er die auf der Grundlage des mit dem Bekl. geschlossenen Werkvertrags vertraglich geschuldeten Anstreicherarbeiten vollständig erbracht hat, so dass er grundsätzlich nach Abnahme derselben die hierfür vereinbarte oder in Ermangelung einer Honorarvereinbarung die übliche Vergütung (§ 632 II BGB) verlangen kann.“ (OLG Düsseldorf aaO)

Fraglich ist, ob einem vertraglichen Vergütungsanspruch die Behauptung des B entgegensteht, K habe sich zur Erbringung der geschuldeten Werkleistungen abredewidrig Schwarzarbeiter bedient. Der **Vertrag** könnte daher **nach § 134 BGB** wegen Verstoßes gegen ein gesetzliches Verbot **nichtig** sein.

*„Nach dem eigenen Vorbringen des B hatte er bei Abschluss des Werkvertrags keinerlei Kenntnis von dem Umstand, dass K sich zur Leistungserbringung polnischer Schwarzarbeiter bedienen werde. Ein etwaiger **Verstoß gegen das Schwarzarbeitsverbot wäre damit einseitig auf der Seite des K** festzustellen. Ein Werkvertrag, durch den lediglich der Unternehmer gegen das Gesetz zur Bekämpfung der Schwarzarbeit verstößt, ist **nicht gem. § 134 BGB ungültig, wenn der Besteller den Gesetzesverstoß des Vertragspartners nicht kennt** (vgl. BGHZ 89, 369 = NJW 1984, 1175).“* (OLG Düsseldorf aaO)

2. Fälligkeit der Werklohnforderung

Die Werklohnforderung ist nach § 641 I 1 BGB nur fällig, wenn eine Abnahme nach § 640 BGB erfolgt ist.

*„Die für den fälligen Vergütungsanspruch nach § 641 I BGB erforderliche Abnahme der erbrachten Werkleistungen hat K weder erstinstanzlich noch in der Berufungsinanz substantiiert dargetan. Ob dahingehendes **Klägervorbringen** mit Rücksicht darauf **entbehrlich** ist, dass K die vertragsgemäße - damit **mangelfreie** - Fertigstellung der geschuldeten **Leistung behauptet** hat und B Mängel nicht substantiiert dargetan hat, mithin **von Abnahmereife auszugehen** wäre, bedarf kei-*

ner vertieften Behandlung. Denn - wie nachfolgend darzulegen ist - wäre ein von dem Kl. mit 18.160,90 Euro entsprechend seiner Schlussrechnung vom 30.11.2005 bezifferter Werklohnanspruch durch Erfüllung gem. § 362 I BGB untergegangen.“ (OLG Düsseldorf aaO)

II. Anspruch untergegangen

Dieser Anspruch ist unstreitig durch Zahlung von 9.000 € nach § 362 BGB teilweise untergegangen. Ebenfalls unstreitig ist eine weitere Zahlung des B in Höhe von 18.700 € an K erfolgt. Fraglich ist jedoch, ob dadurch auch der restliche Zahlungsanspruch in Höhe von 9.160,90 € untergegangen ist.

1. Beweislastverteilung

Da es sich bei der Erfüllung nach § 362 BGB um eine rechtsvernichtende Einwendung handelt, muss grundsätzlich der sich hierauf berufende Beklagte das Bestehen dieser Einwendung beweisen. Die Zahlung selbst ist jedoch unstreitig. Umstritten ist lediglich, ob die weitere Zahlung auf die offene Werklohnforderung des K oder zum Zwecke der Bezahlung von Schwarzarbeitern erfolgt ist.

„Grundsätzlich trägt der **Schuldner** nach der **allgemeinen Beweisregel**, wonach jede Partei die tatbestandlichen Voraussetzungen der für sie günstigen Rechtsnormen darzutun und - nötigenfalls - den entsprechenden Beweis zu erbringen hat, die **Darlegungs- und Beweislast für das Erlöschen eines Schuldverhältnisses durch Erfüllung als anspruchvernichtende Tatsache** (vgl. Pfeiffer, in: Prütting/Wegen/Weinreich [PWW], BGB, 3. Aufl. [2008], § 362 Rn 16 m.w.N.).

Hat jedoch der Schuldner die **Befriedigung** einer bestimmten Forderung des Gläubigers **schlüssig dargetan** und ist die behauptete **Erfüllungshandlung** - hier Barzahlungen bzw. Überweisungen - als solche **unstreitig**, hat der **Gläubiger zu beweisen**, dass zwischen ihm und dem leistenden Schuldner **mehrere Schuldverhältnisse bestehen**, dass ihm also noch eine weitere Forderung zusteht (vgl. Pfeiffer, in: PWW, § 366 Rn 27). Der Gläubiger hat demnach bei einem Streit darüber, ob eine Zahlung auf eine bestimmte Forderung anzurechnen ist, zunächst **darzulegen und zu beweisen**, dass ihm noch eine **weitere Forderung zusteht**.

Gelingt ihm dies, so hat der **Schuldner** seinerseits **dazulegen und zu beweisen**, warum gerade **die streitige Forderung getilgt** sein soll (vgl. BGH, NJW-RR 1993, 1015 m.w.N.). Die Darlegungs- und Beweislastverteilung muss auch dann gelten, wenn der Gläubiger im Hinblick auf unstreitig von ihm empfangene Zahlungen des Schuldners vorträgt, diese dienten nicht der Erfüllung einer anderen als der streitgegenständlichen Forderung, sondern der ihm vom Schuldner übertragenen Weiterleitung an einen anderen Gläubiger des Schuldners. Hiernach **oblag K die Beweislast für seine Behauptung**, dass er die in Rede stehenden Beträge erhalten hatte, um die polnische Schwarzarbeiter zu bezahlen, die mit der Durchführung von nicht zu seinem - des K - Leistungsumfang gehörenden Arbeiten betraut gewesen seien.“ (OLG Düsseldorf aaO)

2. Beweisantritt

Für seine Behauptung hat der K jedoch keinen unmittelbaren Beweis angetreten. Er beschränkt sich auf die Darlegung von Umständen, die nach seiner Auffassung die von ihm vorgebrachte Sachdarstellung belegen sollen.

„K hat sich zum Beweis für seine Behauptung, dass auf Veranlassung des B an dem Objekt G in N. über den K hinaus weitere Arbeiter mit Arbeiten befasst gewesen seien, die nicht von der Beauftragung des K umfasst gewesen seien und von B über den K gesondert entlohnt worden seien, **Zeugenbeweis angetreten**. Dieses Vorbringen ist **unsubstantiiert** und damit **nicht beweisbedürftig**. Nach den oben dargelegten Grundsätzen musste der Kl. für jede von ihm empfangene Zahlung im **einzelnen und konkret darlegen** und den entsprechenden Beweis erbringen, dass **Rechtsgrund für die jeweilige Zahlung des B nicht sein Vergütungsanspruch**, sondern eine andere rechtsgeschäftliche Abrede, hier die Weiterleitung der ‚Schwarzgeldzahlungen‘ an polnische Arbeiter, war. Das pauschale Vorbringen, an dem Bauvorhaben des B seien solche Schwarzarbeiter mit anderen als von ihm - dem K - zu erbringenden Arbeiten betraut gewesen, ist in diesem Zusammenhang nicht ausreichend.

Der Umstand alleine, dass die behaupteten Zahlungen des B von insgesamt 27.700 Euro zu einer erheblichen Überzahlung von rd. 9000 Euro führen würden, genügt nicht, um zu der gesicherten Feststellung zu gelangen, dass diese Zahlungen nicht als Vorschussleistungen auf die Werklohnforderung gedacht waren. Zwar entspricht es nicht dem üblichen Geschehen in der Baupraxis, dass der Werkunternehmer im Verlaufe seiner Tätigkeit vom Auftraggeber Abschlagszahlungen erhält, die seinen nach Abschluss der Arbeiten berechtigten Werklohnanspruch um rund $\frac{1}{3}$ übersteigen. Jedoch folgt hieraus weder ein Anscheinsbeweis noch eine Beweislastumkehr zu Lasten des Auftraggebers.“ (OLG Düsseldorf aaO)

K hat daher keinen weiteren Anspruch gegen B, da davon auszugehen ist, dass auch seine Restforderung nach § 362 BGB durch Erfüllung untergegangen ist. .

ZPO
§§ 265, 696

**Widerspruch gegen Mahnbescheid
Rechtshängigkeit bei verzögerter Abgabe**

ZPO

(BGH in NJW 2009, 1213; Urteil vom 05.02.2009 - III ZR 164/08)

1. § 265 II ZPO regelt einen Fall **gesetzlicher Prozessstandschaft**.
2. Maßgeblich für die Prozessführungsbefugnis ist der Eintritt der **Rechtshängigkeit vor Rechtsverlust**.
3. Rechtshängigkeit tritt nach §§ 261, 253 I ZPO mit **Zustellung der Klage** ein.
4. Bei **vorgesaltetem Mahnverfahren** gilt die Sache als mit Zustellung des Mahnbescheides rechtshängig, wenn die **Abgabe nach § 696 III ZPO alsbald erfolgt**. Hierfür steht regelmäßig ein Zeitraum von **14 Tagen** zur Verfügung.
5. Erfolgt die Abgabe **später**, kommt es auf den **Zeitpunkt des Eingangs der Akten beim Prozessgericht** an.

Fall: K verlangt von den B 1-3 Schadensersatz im Zusammenhang mit seiner Beteiligung an einem Filmfonds. Im gegenwärtigen Verfahrensstadium streiten die Parteien darüber, ob K berechtigt ist, die fraglichen Forderungen, die er an seine Ehefrau abgetreten hat, noch im eigenen Namen einzuklagen.

K machte die Zahlungsansprüche zunächst mit Mahnbescheiden geltend, die B1 und B2 jeweils am 21.03.2005 und B3 unter ihrer früheren Firma und Adresse am 23.04.2005 zugestellt wurden. B1 und B2 legten Widerspruch gegen die Mahnbescheide ein. Ende März 2005 benachrichtigte das Mahngericht K hiervon und forderte ihn zur Zahlung der Kosten des streitigen Verfahrens auf. Am 19.09.2005 beantragte K bezüglich B1, B2 und B3 die Durchführung des streitigen Verfahrens und zahlte die angeforderten Gerichtskosten ein. Das Mahngericht gab mit Verfügungen vom 26.09.2005 die Verfahren betreffend B1 und B2 an das LG ab, wo die Akten am 30.09.2005 eingingen und dort verbunden wurden. Das Verfahren betreffend B3 wurde nicht an das LG abgegeben, nachdem der erlassene Vollstreckungsbescheid nicht zugestellt worden war und das Mahngericht die Umfirmierung als nicht nachgewiesen angesehen hatte.

Am 15.12.2005 übertrug K seine Beteiligung an der Fondsgesellschaft auf seine Ehefrau und trat ihr zugleich die streitgegenständlichen Schadensersatzansprüche ab. Mit Schriftsatz vom 01.08.2006, der beim LG am selben Tag per Telefax einging und B1 und B2 am 11.08.2006 und B3 am 31.10.2006 zugestellt wurde, hat K die Ansprüche begründet und ausdrücklich Leistung an seine Ehefrau als Zessionarin beantragt. Außerdem hat er begehrt festzustellen, dass B1, B2 und B3 seiner Ehefrau einen durch eine etwaige nachträgliche Aberkennung der Verlustzuweisungen entstehenden Schaden zu ersetzen und seine Ehefrau von einer etwaigen Zahlungsverpflichtung gegenüber Gläubigern von B2 freizustellen hätten.

Kann K die Ansprüche trotz Abtretung an seine Ehefrau noch gerichtlich durchsetzen?

Ursprünglich war K Inhaber der Forderungen. Am 15.12.2005 hat er diese dann auf seine Ehefrau übertragen. Damit war diese Inhaberin der Forderungen. Fraglich ist jedoch, ob K nach wie vor die klageweise Durchsetzung der Forderungen in eigenem Namen betreiben konnte oder ob die Ehefrau die Klagen hätte führen müssen.

Die **Übertragung der Forderungen auf die Ehefrau** hatte nach § 265 II ZPO nur dann keinen Einfluss auf die Prozessführungsbefugnis mit dem Ergebnis, dass K als **gesetzlicher Prozessstandschafter** die Klageverfahren noch führen konnte, wenn diese Übertragung **nach der Rechtshängigkeit** erfolgt ist.

Grds. wird eine Sache nach § 261 ZPO mit der Erhebung der Klage rechtshängig, wobei die Klage nach § 253 I ZPO mit Zustellung an die Beklagten erhoben ist. Damit tritt **Rechtshängigkeit** also mit **Zustellung der Klageschrift an die Beklagten** ein. Hier ist allerdings ein Mahnverfahren vorausgegangen, so dass fraglich ist, wann in einem solchen Fall vom Eintritt der Rechtshängigkeit auszugehen ist.

I. Ansprüche gegen B1 und B2

1. Zeitpunkt der Zustellung des Mahnbescheides, § 696 III ZPO

Hier wurde allerdings keine Klageschrift zugestellt, sondern die Sache vom Mahngericht an das Gericht des streitigen Verfahrens abgegeben. Fraglich ist, wann in einem solchen Fall die Rechtshängigkeit eintritt.

Hierzu sieht § 696 III ZPO vor, dass die Streitsache als dann mit der Zustellung des Mahnbescheides rechtshängig geworden anzusehen ist, wenn die Abgabe an das Gericht des streitigen Verfahrens alsbald erfolgt.

Bei Zustellung der Mahnbescheide an B1 und B2 am 21.03.2005 und an B3 am 23.04.2005 war K noch Inhaber der Forderung. Wäre also nach § 696 III ZPO dieser Zeitpunkt maßgeblich, so würde die Abtretung an die Ehefrau am 15.12.2005 nach Rechtshängigkeit erfolgt und K nach § 265 II ZPO prozessführungsbefugt sein.

*„Nach dieser Vorschrift hat unter anderem die Abtretung des geltend gemachten Anspruchs auf den Prozess keinen Einfluss. Dies bedeutet, dass eine Abtretung nach Rechtshängigkeit die Rechtsstellung der bisherigen Partei nicht berührt. Der Abtretende wird **kraft Gesetzes Prozessstandschafter des Rechtsnachfolgers** und kann weiterhin alle Prozesshandlungen vor- und entgegennehmen (Zöller/Greger, ZPO, 27. Aufl., § 265 Rn 6 m.w.N.).“* (BGH aaO)

Dies kann aber nur angenommen werden, wenn die **Abgabe „alsbald“** erfolgt ist.

*„Dies ist wie ‚demnächst‘ in § 167 (und früher in § 693 II) ZPO zu definieren (BGHZ 175, 360 = NJW 2008, 1672; BGHZ 103, 20 = NJW 1988, 1980; Gierl, in: Handkomm-ZPO, 2. Aufl., § 696 Rn 17). Die Sache ist **alsbald** abgegeben, wenn dem Ast. lediglich eine **geringfügige Verzögerung der Abgabe bis zu 14 Tagen** anzulasten ist. Der Ast. ist gehalten, **nach Mitteilung des Widerspruchs ohne schuldhaftes Zögern die Abgabe an das Streitgericht zu veranlassen**. In der Regel ist von ihm zu erwarten, dass er binnen eines Zeitraums von zwei Wochen nach Zugang der Mitteilung des Widerspruchs die **restlichen Gerichtsgebühren einzahlt** und den **Antrag auf Durchführung des streitigen** Verfahrens stellt (Senat, BGHZ 175, 360 [362] = NJW 2008, 1672 m.w.N.; Gierl, in: Handkomm-ZPO, § 696 Rn 17).*

*K verzögerte die Abgabe der Sache an das Prozessgericht. erheblich. Erst mehr als **fünf Monate** nach der Benachrichtigung über die Widersprüche von B1 und B2 stellte er den Antrag auf Durchführung des streitigen Verfahrens und zahlte die weiteren Gerichtskosten ein.“* (BGH aaO).

Es liegt **daher keine Abgabe „alsbald“** vor, so dass als Zeitpunkt der Rechtshängigkeit nicht nach § 696 III ZPO auf den Zeitpunkt der Zustellung der Mahnbescheide abgestellt werden kann.

2. Eintritt der Rechtshängigkeit bei Abgabe „nicht alsbald“

Wann die Rechtshängigkeit eintritt, wenn die Sache nicht alsbald an das Prozessgericht abgegeben worden ist, ist im Gesetz nicht geregelt. In Rechtsprechung und Literatur sind dazu unterschiedliche Lösungen entwickelt worden.

- a) Die Auffassung, dass die Wirkungen der Rechtshängigkeit dann einträten, wenn die **Abgabeverfügung des Rechtspflegers den Parteien zugestellt** werde (so OLG München MDR 1980, 501; dagegen OLG Koblenz OLGZ 1991, 373), kann deshalb nicht geteilt werden, weil für diese Mitteilung eine Zustellung nicht vorgesehen ist und daher der Zugang nicht verbindlich festgestellt werden kann. **Mangels Bestimmbarkeit des maßgeblichen Zeitpunkts** kann auch nicht darauf abgestellt werden, wann das Empfangsgericht beiden Parteien den Eingang der Akten mitgeteilt hat.

so noch OLG Köln MDR 1985, 680; als spätester Zeitpunkt genannt von OLG Karlsruhe VersR 1991, 125:

- b) Nach einer **heute verbreiteten Ansicht** tritt die Rechtshängigkeit erst mit **Zustellung der Anspruchsbegründung** und bei ihrem Ausbleiben mit der Terminsbestimmung ein.

OLG Koblenz OLGZ 1991, 373; OLG Frankfurt a. M. NJW-RR 1992, 447; OLG München NJOZ 2007, 4665 = MDR 2007, 1154; OLG-Report 2007, 777 = BeckRS 2007, 11816; Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann, ZPO, 66. Aufl., § 696 Rn 15; MüKo-ZPO/Schüler, 3. Aufl., § 696 Rn 21; Musielak/Voit, ZPO, 6. Aufl., § 696 Rn 4; Stein/Jonas/Schlosser, ZPO, 21. Aufl., § 696 Rn 7; Rosenberg/Schwab/Gottwald, ZivilprozessR, 16. Aufl., § 163 Rn 38; Sundermann JA 1990, 1; Zinke NJW 1983, 1081; als spätester Zeitpunkt genannt in BGH NJW 1993, 1070.

Begründet wird dies in erster Linie damit, dass nach der Neufassung des § 697 II 1 ZPO **bei Eingang der Anspruchsbegründung wie nach Eingang einer Klage weiter zu verfahren** sei, d.h. dass die Anspruchsbegrün-

derung wie eine neue Klage zuzustellen sei, wodurch die Rechtshängigkeit eintrete.

OLG Koblenz OLGZ 1991, 373; OLG Frankfurt a. M. NJW-RR 1992, 447; Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann, § 696 Rn 15; Sundermann JA 1990, 1; Zinke NJW 1983, 1081.

- c) Die **Gegenmeinung** hält den Eingang der Verfahrensakten bei dem Prozessgericht für maßgeblich.

BGH NJW-RR 2004, 1210; DStRE 2007, 1000; KG NJW-RR 1999, 1011 = MDR 1998, 735; MDR 2000, 1335; OLG Dresden NJW-RR 2003, 194; Gierl, in: HandKomm-ZPO, § 696 Rn 24; Thomas/Putzo/Hüßtege, ZPO, 29. Aufl., § 696 Rn 13; Wieczorek/Schütze/Olzen, ZPO, 3. Aufl., § 696 Rn 27; Zöller/Vollkommer, § 696 Rn 5; Weidner MDR 1981, 460; als frühester Zeitpunkt genannt in BGHZ 112, 325 = NJW 1991, 171

Dieser Auffassung hat sich nunmehr auch BGH aaO angeschlossen.

„Dafür spricht insbesondere, dass der Zeitpunkt des Eingangs der Akten beim Streitgericht zuverlässig aus den Akten festgestellt werden kann (Gierl, in: HandKomm-ZPO, § 696 Rn 24; Zöller/Vollkommer, § 696 Rn 5). Der Wortlaut des § 696 I 4 ZPO steht dem nicht entgegen. Dass der Rechtsstreit mit Eingang der Akten beim ProzessGer. als dort anhängig gilt, schließt nicht aus, dass gleichzeitig die Rechtshängigkeit eintritt. Der vom Gesetzgeber mit der Neufassung des § 696 III ZPO verfolgte Zweck, an Stelle der Terminierung an die Abgabe anzuknüpfen (BT-Dr 7/2729, S. 100), lässt es sachgerecht erscheinen, auf den Akteneingang beim Prozessgericht abzustellen, wenn die Sache nicht alsbald abgegeben worden ist. Nur die Rückwirkung der Rechtshängigkeit kommt dem Kl. in diesem Fall nicht zugute.

Ein Abstellen auf die Anspruchsbegründung bzw. deren Zustellung ist nicht deshalb geboten, weil die Anspruchsbegründung inhaltlich einer Klageschrift gleichsteht und bei ihrem Eingang nach § 697 II 1 ZPO wie nach Eingang einer Klage weiter zu verfahren ist. Die Anspruchsbegründung soll den Mahnbescheid zu einer vollwertigen Klage ergänzen (Zöller/Vollkommer, § 697 Rn 2; so auch Sundermann JA 1990, 1), stellt aber nicht selbst die Klage dar; sonst könnte nicht gem. § 697 III 1 ZPO Termin zur mündlichen Verhandlung auf Antrag des Antragsgegners bestimmt werden, wenn die Anspruchsbegründung nicht rechtzeitig eingeht (Zöller/Vollkommer, § 696 Rn 5). Zudem fordert es der Schutz des Bekl. nicht, die Zustellung der Anspruchsbegründung abzuwarten, denn die Streitsache hat bereits mit dem vorgeschalteten Mahnverfahren begonnen und ist dem Bekl. dadurch bekannt geworden. Die Funktion der Klageschrift, den Streitgegenstand festzulegen, hat der Mahnbescheid bereits erfüllt (vgl. Bork/Jakoby JZ 2000, 135). Im Übrigen setzt auch die Rückwirkung der Rechtshängigkeit auf den Zeitpunkt der Zustellung des Mahnbescheids keine der Klage gleichzustellende Anspruchsbegründung voraus (KG MDR 2000, 1335; Gierl, in: HandKomm-ZPO, § 696 Rn 24).

Schließlich kann nicht wegen der materiell-rechtlichen Folgen der Rechtshängigkeit die Zustellung der Anspruchsbegründung verlangt werden, um die Sache rechtshängig werden zu lassen. Für die Verjährungshemmung kommt es nach § 204 I Nr. 3 BGB allein auf die Zustellung des Mahnbescheids, nicht aber auf die Begründung der Rechtshängigkeit an (Zöller/Vollkommer, § 696 Rn 5). Auch der Verzug des Schuldners tritt gem. § 286 I 2 BGB durch die Zustellung eines Mahnbescheids ebenso wie durch die Erhebung einer Leistungsklage ein.“ (BGH aaO).

Maßgeblich ist danach der Zeitpunkt des Eingangs der Akten beim Prozessgericht am 30.09.2005. Zu diesem Zeitpunkt war aber K noch Inhaber der Forderungen, so dass für die weitere Führung des Verfahrens K die Ansprüche nach § 265 II ZPO als **gesetzlicher Prozessstandschafter** weiterverfolgen kann.

II. Ansprüche gegen B3 und Feststellungsansprüche

Fraglich ist, ob er auch für die gegen B3 gerichteten Ansprüche und die Feststellungsansprüche prozessführungsbefugt ist.

1. gesetzliche Prozessstandschaft, § 265 II ZPO

*„Die gegen B3 geltend gemachten Forderungen hat K in jedem Fall vor Rechtshängigkeit abgetreten, so dass er insoweit nicht gesetzlicher Prozessstandschafter i.S. von § 265 II 1 ZPO sein kann. Da das gegen B3 durchgeführte Mahnverfahren nicht an das Streitgericht abgegeben wurde, konnten diese Ansprüche **erst mit Zustellung der Klagebegründung** am 31.10.2006 und damit nach der Abtretung rechtshängig werden.*

Dies gilt auch für die von den Feststellungsanträgen II und III erfassten Ansprüche, die nicht von dem mit dem Mahnbescheid geltend gemachten konkreten Anspruch umfasst waren.“ (BGH aaO)

2. gewillkürte Prozessstandschaft

„Gewillkürte Prozessstandschaft liegt vor, wenn der Prozessführende ermächtigt ist, den geltend gemachten Anspruch im eigenen Namen einzuklagen und ein eigenes rechtliches Interesse an der Prozessführung hat (BGH NJW 1999, 1717; BGHZ 38, 281 = NJW 1963, 297; BGHZ 94, 117 = NJW 1985, 1826; BGHZ 96, 151 = NJW 1986, 850; BGHZ 100, 217 = NJW 1987, 2018; BGHZ 125, 196 = NJW 1994, 2549; BGH NJW-RR 1988, 126).

Ob die Ehefrau des K diesem die Ermächtigung zur Prozessführung durch konkludentes Handeln erteilt hat (vgl. dazu BGHZ 94, 117 = NJW 1985, 1826; BGH NJW-RR 2002, 1377), kann dahinstehen. Jedenfalls **fehlt** es an dem **erforderlichen rechtlichen Interesse** des K. an der Prozessführung. Ein **rechtsschutzwürdiges Eigeninteresse** an der Prozessführung ist gegeben, wenn die Entscheidung **Einfluss auf die eigene Rechtslage des Prozessführungsbefugten** hat (BGH NJW-RR 1988, 126; Zöller/Vollkommer, Vorb. § 50 Rn 44 m.w.N.). Interessen der **Prozesswirtschaftlichkeit** und der **technischen Erleichterung** der Prozessführung **genügen dazu nicht** (BGHZ 78, 1 = NJW 1980, 2461; BGH NJW-RR 2002, 1377; Zöller/Vollkommer, Vorb. § 50 Rn 44, 50).“ (BGH aaO)

Die Voraussetzungen für eine gewillkürte Prozessstandschaft liegen daher nicht vor.

StPO

§ 168c I, V 1

Verwertungsverbot Verfahrensrüge eines Mitbeschuldigten

StPO

(BGH in NJW 2009, 1619; Beschluss vom 17.02.2009 – 1 StR 691/08)

Der Verstoß gegen die aus § 168c V i. V. m. I StPO folgende Pflicht, den Verteidiger eines Beschuldigten über eine anstehende Vernehmung zu benachrichtigen, führt nicht zu einem Verwertungsverbot hinsichtlich eines Mitbeschuldigten.

Fall: Das LG hat den Angekl. wegen unerlaubten Handeltreibens mit Betäubungsmitteln, wegen schwerer räuberischer Erpressung in Tateinheit mit Körperverletzung sowie wegen Nötigung in Tateinheit mit Körperverletzung verurteilt.

Mit seiner Revision rügt der Angekl. die Verletzung formellen und sachlichen Rechts und stützt sich hierzu auf folgenden Verfahrensablauf:

Der nicht revidierende Mitangekl. H (im Folgenden: der Mitangekl.) sei anlässlich eines Rauschgifttransports von Holland nach Deutschland auf der Autobahn Frankfurt a.M.-Würzburg von der Polizei kontrolliert und vorläufig festgenommen worden und anschließend dem Ermittlungsrichter vorgeführt worden. Nach einer Belehrung gem. § 136 StPO und § 163 StPO habe der Mitangekl. Angaben zu seiner Person gemacht und die Hinzuziehung eines Verteidigers gefordert. Erst nach dessen Erscheinen habe der Mitangekl. Angaben zur Sache gemacht. Mit Beschluss vom selben Tag habe das AG den erschienenen Verteidiger zum Pflichtverteidiger bestellt; zudem sei der gegen den Mitangekl. ergangene Haftbefehl gegen Auflagen außer Vollzug gesetzt worden. In der Folgezeit habe die StA das Strafverfahren übernommen. Auf deren Antrag hin sei durch das AG gegen den Mitangekl. ein neuer Haftbefehl erlassen worden, woraufhin der Mitangekl. wieder festgenommen und am Folgetag dem Ermittlungsrichter vorgeführt worden sei. Dort sei er erneut belehrt worden, insbesondere auch über sein Recht, einen Verteidiger zu konsultieren. Anschließend habe der Mitangekl. ein Geständnis abgelegt, mit dem er den Angekl. erheblich belastet habe. Der damalige Pflichtverteidiger des Mitangekl. sei bei dieser Vernehmung nicht anwesend gewesen, weil er entgegen § 168c V 1 StPO nicht von dem Vernehmungstermin benachrichtigt worden sei.

Am ersten Hauptverhandlungstag hätten sich der Angekl. und der Mitangekl. nicht zur Sache geäußert. Deshalb habe die StrK den Ermittlungsrichter S zu den Angaben des Mitangekl. bei dessen Vernehmung vernommen. Gegen die Verwertung dieser Aussage hätten die Verteidiger des Angekl. und des Mitangekl. rechtzeitig Widerspruch erhoben.

Am dritten Hauptverhandlungstag habe sich der Mitangekl. geständig zur Sache eingelassen. Sodann habe der Angekl. auf seine - von denen des Mitangekl. abweichenden - Angaben bei der Polizei Bezug genommen und erklärt, diese seien richtig gewesen. Die Widersprüche gegen die Verwertung der Aussage des Ermittlungsrichters seien nicht zurückgenommen worden.

Die StrK sei der Einlassung des Angekl. nicht gefolgt. Sie habe ihren Feststellungen vielmehr das Geständnis des Mitangekl. zu Grunde gelegt. Dabei habe sie ihre Überzeugung von der Glaubhaftigkeit des Geständnisses des Mitangekl., die sie unter anderem aus der Aussagekonstanz geschlossen habe, auf die Aussage des Ermittlungsrichters zu der Vernehmung des Mitangekl. anlässlich der Haftbefehlseröffnung gestützt, wenngleich „nur ergänzend, nicht entscheidend“.

Zu prüfen ist daher, ob die Angaben des Zeugen S über die ermittelungsrichterliche Vernehmung des Mitangekl. vom LG nicht hätten verwertet werden dürfen, auch nicht zum Nachteil des Bf., weil der Verteidiger des Mitangekl. entgegen § 168c I, V StPO vom Vernehmungstermin nicht benachrichtigt worden sei und ob sich der Angekl. auf dieses Verwertungsverbot, auf dessen Nichtbeachtung das Urteil beruht, berufen kann.

- I. **Grds.** ist nach Maßgabe des **§ 168c V 1 StPO** der **Verteidiger eines Beschuldigten vor der Vernehmung** seines Mandanten **von einem Vernehmungstermin zu benachrichtigen**; nach § 168c V 2 StPO unterbleibt die Benachrichtigung nur dann, wenn sie den Untersuchungszweck gefährden würde.

Nach der **Rspr. des BGH** ist in den Fällen, in denen diese Benachrichtigungspflicht verletzt worden ist, **zu Gunsten des vernommenen Beschuldigten ein Verwertungsverbot** anzunehmen, wenn er der Verwertung seiner Vernehmung widersprochen hat.

vgl. BGH NStZ 1989, 282; NJW 2003, 3142 = NStZ 2003, 671; Griesbaum, in: KK-StPO, 6. Aufl., § 168c StPO Rn 22 m.w. Nachw.

- II. Offen bleiben kann in diesem Zusammenhang zunächst, ob in Fällen der vorliegenden Art die unterbliebene Benachrichtigung des Verteidigers stets einen so schwerwiegenden Verfahrensverstöß darstellt, dass er die Annahme eines Beweisverwertungsverbots zur Folge haben muss.

„Nach der st. Rspr. des BGH besteht nämlich selbst bei einer unterbliebenen Beschuldigtenbelehrung - und damit einem Verstoß gegen § 136 I 2 StPO i.V. mit § 163a IV 2 StPO - ein Verwertungsverbot dann nicht, wenn dem Beschuldigten seine Rechte bei Beginn seiner Vernehmung bekannt waren; denn in diesem Fall ist er nicht in dem gleichen Maße schutzbedürftig wie ein Beschuldigter, der sein Schweigerecht nicht kannte (BGHSt 38, 214 = NJW 1992, 1463 = NSZ 1992, 294).

Im vorliegenden Fall könnte es an einer solchen Schutzbedürftigkeit und Schutzwürdigkeit des Mitangekl. fehlen. Ihm war nämlich bei seiner zweiten richterlichen Vernehmung vor dem AG Nürnberg zweifelsfrei bekannt, dass er ein Recht auf Hinzuziehung eines Verteidigers zur Vernehmung hatte. Über dieses Recht war er nicht nur bei Vernehmungsbeginn belehrt worden, sondern kannte es bereits auf Grund einer entsprechenden Belehrung vor seiner ersten richterlichen Vernehmung beim AG Aschaffenburg. Dort hatte er sogar auf der Benachrichtigung eines Verteidigers bestanden und erst Angaben zur Sache gemacht, als der Verteidiger erschienen war.“ (BGH aaO).

- III. Doch selbst wenn zu Gunsten des Mitangekl. ein Verwertungsverbot bestanden hat, vermag dies der Revision des Angekl. nicht zum Erfolg zu verhelfen, denn ein solches **Verwertungsverbot erstreckt sich nicht auf Mitbeschuldigte**.

1. **Ob sich ein Angekl. auf einen Verfahrensfehler, der lediglich einen Mitangekl. in eigenen Rechten verletzt hat**, - hier den Verstoß gegen die Benachrichtigungspflicht gem. § 168c V StPO - **berufen kann**, wenn das Verfahren gegen beide Angekl. gemeinsam geführt wird und die verfahrensfehlerhaft erlangten Erkenntnisse auch zum Nachteil des nicht durch den Verfahrensverstöß in seinen Rechten verletzten Angeklagten verwertet werden sollen, **ist in Rspr. und Lit. umstritten**:

- Der **BGH** hat die Frage, ob ein Verwertungsverbot auch zu Gunsten von Mitbeschuldigten wirkt, entweder ausdrücklich offen gelassen oder - jeweils nicht tragend - verneint.

BGHSt 38, 214 = NJW 1992, 1463 = NSZ 1992, 294; BGHSt 42, 15 = NJW 1996, 1547 = NSZ 1996, 291

Der **3. Strafsenat** hat in einem Urteil vom 10.08.1994, das die Verwertung von Angaben eines Mitangekl. zum Gegenstand hatte, der in der Schweiz vernommen und, weil es die dortige Rechtsordnung damals nicht vorsah, nicht über seine Beschuldigtenrechte i.S. des § 136 I 2 StPO vernommen worden war, ausgeführt, dass die Regelung über die Beschuldigtenbelehrung nach § 136 I 2 StPO ausschließlich den Schutz des jeweils betroffenen Beschuldigten bezwecke und nicht den Interessen von Mitbeschuldigten diene. Deren Rechtskreis werde von einem gegen andere Beschuldigte gerichteten Verstoß gegen die Belehrungsvorschrift nach § 136 I 2 StPO grundsätzlich nicht berührt. Insoweit müssten die zu § 55 StPO entwickelten Rechtsgrundsätze entsprechende Anwendung finden (BGHR, StPO § 136 Belehrung 5).

Der **2. Strafsenat** hat dies aufgegriffen und ausgeführt, dass selbst das Unterbleiben einer Belehrung des einen Mitbeschuldigten die Verwertung seiner Angaben gegen einen anderen Mitbeschuldigten nicht hindern würde (BGH, wistra 2000, 311).

Ebenso hat sich der **5. Strafsenat** geäußert und geurteilt, dass sich eine Angeklagte nicht auf eine unzulängliche Belehrung einer Mitangeklagten nach § 136 I 2 StPO berufen könne, da ihre Rechte hiervon nicht berührt würden (BGHSt 47, 233 = NJW 2002, 1279 = NSZ 2002, 380).

- Im **Schrifttum** wird dagegen zum Teil die Auffassung vertreten, dass eine Wirkungserstreckung von Beweisverwertungsverboten dann anzunehmen sei, wenn der verbotene Beweis in einem gemeinsamen Verfahren zugleich gegen den unmittelbar Betr. und den Mitbeschuldigten verwertet werden soll oder wenn dem Schutzzweck der Beweiserhebungsnorm nur dann Genüge getan werden kann, wenn die Verwertung auch für und gegen Dritte verboten ist (Meyer-Goßner, StPO, 51. Aufl., Einl. Rn 57b m.w. Nachw.).

Nach dieser Auffassung darf für die Frage der Verwertbarkeit nicht auf den „Rechtskreis“ des Beschuldigten abgestellt werden, dessen Rechte im Ermittlungsverfahren verletzt

worden sind. Dies wird zum einen damit begründet, dass der „Rechtskreis“ des Betroffenen in den Fällen, in denen es um Verstöße gegen wesentliche prozessuale Vorschriften geht, die grundlegende Bedeutung für ein rechtsstaatliches Verfahren besitzen - etwa die Belehrung nach § 136 StPO - keine Rolle spiele. Deshalb müsse ein Verwertungsverbot aus Gründen des fairen Verfahrens nicht nur für den von dem Verfahrensverstoß unmittelbar betroffenen Beschuldigten, sondern auch für den nur mittelbar betroffenen Mitbeschuldigten gelten (Dencker StV 1995, 232). Zum anderen wird gegen die Anwendung des „Rechtskreisgedankens“ angeführt, dieser könne zur Folge haben, dass in einem Urteil im Sinne einer „gespaltenen Beweiswürdigung“ dieselbe Aussage zu Gunsten oder zu Lasten des einen Angeklagten verwertet und bezüglich des anderen Angeklagten nicht verwertet werde. Selbst wenn eine „gespaltene Beweiswürdigung“ dadurch ausgeschlossen würde, dass die Verwertbarkeit der verfahrensfehlerhaft erlangten Beweismittel allein davon abhängig gemacht werde, ob der von dem Verstoß betroffene Beschuldigte der Verwertung widerspricht, wäre das nach dieser Auffassung „nicht erträglich“. Denn der Inhaber des Widerspruchsrechts hätte es dann allein in der Hand, seinem Mitbeschuldigten entlastende Tatsachen zu entziehen. Eine „gespaltene Beweiswürdigung“ solle daher unabhängig von der Frage des „Rechtskreises“ in einem rechtsstaatlichen Strafverfahren dadurch vermieden werden, dass jedem Angeklagten ein eigenes Recht eingeräumt werde, einer gegen sich gerichteten Verwertung rechtsfehlerhaft zu Stande gekommener Beweismittel zu widersprechen (vgl. Hamm NJW 1996, 2185).

- Dem wird entgegengehalten, dass diese Lösung im Hinblick auf den Grundsatz der einheitlichen Tatsachenfeststellung nicht nur zu erheblichen praktischen Schwierigkeiten, sondern ebenfalls zu einer „gespaltenen Tatsachenfeststellung“ führen könne, nämlich dann, wenn der von dem Verfahrensverstoß unmittelbar betroffene Angekl. der Verwertung nicht widerspricht, weil das Beweisergebnis für ihn günstig ist (vgl. Nack StraFo 1998, 366).

2. **BGH aaO** folgt nunmehr der Auffassung, die trotz Verstoßes gegen die Benachrichtigungspflicht aus § 168c V 1 i.V. mit I StPO die **Verwertung einer Beschuldigtenvernehmung zu Gunsten und zu Lasten von Mitangeklagten für zulässig** hält.

- a) Die Norm des **§ 168c V StPO dient allein dem Schutz des vernommenen Beschuldigten** und soll verhindern, dass im Ermittlungsverfahren unter Verletzung des Anspruchs des Beschuldigten auf rechtliches Gehör (Art. 103 I GG) ein für den weiteren Verlauf des Strafverfahrens möglicherweise entscheidendes Beweisergebnis herbeigeführt werden kann, ohne dass der vernommene Beschuldigte und sein Verteidiger Gelegenheit hatten, hierauf Einfluss zu nehmen (BGHSt 26, 332 = NJW 1976, 2029).

„Dagegen dient die Benachrichtigungspflicht nicht den Interessen von Mitbeschuldigten. Aus diesem Grund ist bei der richterlichen Vernehmung des Beschuldigten lediglich dessen Verteidiger gem. § 168c I StPO die Anwesenheit gestattet, Mitbeschuldigte oder deren Verteidiger haben dagegen kein Anwesenheitsrecht (BGHSt 42, 391 = NJW 1997, 1790 = NSTz 1997, 351). Hätte der Gesetzgeber auch einem Mitbeschuldigten die Möglichkeit einer Einflussnahme auf den Ablauf der Beschuldigtenvernehmung geben wollen, hätte er für die Verteidiger von Mitbeschuldigten, wie bei richterlichen Zeugenvernehmungen gem. § 168c II StPO, ein Anwesenheitsrecht normiert. Dies hat er indes nicht getan; vielmehr hat er ausdrücklich zwischen Beschuldigtenvernehmungen (§ 168c I StPO) einerseits und der Vernehmung von Zeugen und Sachverständigen (§ 168c II StPO) andererseits differenziert.“ (BGH aaO).

- b) Die **Sachlage bei einem Verstoß gegen die Benachrichtigungspflicht** aus § 168c V i.V. mit I StPO **entspricht auch nicht derjenigen bei einem Zeugnisverweigerungsrecht nach § 52 StPO**, bei dem aus übergeordneten Gründen zum Schutz der Familie des Angekl. einem verwandten Zeugen ein umfassendes Aussageverweigerungsrecht gewährt wird (BGHSt 11, 213 = NJW 1958, 557) und das dergestalt mit dem Rechtskreis des Angekl. verbunden ist, dass es sich bei untrennbaren strafrechtlichen Vorwürfen nicht zu Ungunsten eines Mitangekl. einschränken lässt (BGHSt 7, 194 = NJW 1955, 722).

- c) Auch mit den **Zeugnisverweigerungsrechten nach den §§ 53, 53a StPO** werden **andere Schutzzwecke** verfolgt.

*„Im Zentrum steht hier der Vernehmungsgegenstand: Entscheidend ist, ob es sich um Erkenntnisse handelt, die dem Zeugen in seiner beruflichen Eigenschaft anvertraut oder bekannt geworden sind, was für ein und denselben Vernehmungsgegenstand aber nur einheitlich beurteilt werden kann. Wegen der **prozessualen Bedeutung der berufsbezogenen Zeugnisverweigerungsrechte in Bezug auf das Geheimhaltungsinteresse und den Schutz des Vertrauensverhältnisses** zwischen der Vertrauensperson und demjenigen, der das Vertrauen in Anspruch nimmt, können Verstöße gegen die §§ 53, 53a StPO ohne Rücksicht darauf gerügt werden, ob der Beschwerdeführer selbst zu den durch das Zeugnisverweigerungsrecht unmittelbar geschützten Personen gehört oder nicht (BGHSt 38, 144 = NJW 1992, 763 = NStZ 1992, 328).*

*Demgegenüber **fehlt es bei der Benachrichtigungspflicht nach § 168c V 1 StPO an einer entsprechenden Interessenlage**, die es gebieten würde, Mitbeschuldigte, die in Bezug auf ihre eigene Person nicht von einem Verstoß gegen die Benachrichtigungspflicht betroffen sind, durch die Annahme eines Verwertungsverbots zu schützen. Anders als bei den Zeugnisverweigerungsrechten aus § 52 StPO oder den §§ 53, 53a StPO ist hier kein Vertrauensverhältnis betroffen, das auf Grund der diesem zu Grunde liegenden Beziehungen von grundlegender prozessualer Bedeutung und damit besonders schützenswert wäre. Dies ergibt sich bereits aus der Überlegung, dass der von dem Verfahrensverstoß betroffene Angekl. über die Verwertbarkeit der erlangten Erkenntnisse mit seinem Widerspruch disponieren kann, um auf diese Weise seiner Entlastung dienende Umstände oder Belege für seine Einlassung in die Hauptverhandlung einzuführen. Entscheidet er sich gegen einen Widerspruch, dann realisiert sich darin für den von dem Verfahrensverstoß nicht betroffenen Mitangeklagten lediglich das Risiko, das jeder Straftäter tragen muss, der gemeinsam mit anderen eine Straftat begeht. Er **muss damit rechnen, dass das Prozessverhalten Mitbeschuldigter zu seiner Überführung verwendet wird** (vgl. Nack, in: KK-StPO, § 100d Rn 43). Ein besonderes schützenswertes Vertrauensverhältnis lässt sich aus dieser Situation somit weder für den einen noch für den anderen Angekl. ableiten.“ (BGH aaO).*

- d) Auch mit dem Argument der **Gefahr einer „gespaltenen Tatsachenfeststellung“ lässt sich eine Ausdehnung des Beweisverwertungsverbots** auf Grund eines Verstoßes gegen die Benachrichtigungspflicht des § 168c I, V StPO auf Mitbeschuldigte **nicht rechtfertigen**.

„Denn diese Gefahr würde dadurch im Hinblick auf die Dispositionsbefugnis jedes Angekl. über die Geltendmachung des Verwertungsverbots nicht entfallen.“ (BGH aaO).

- IV. **Ergebnis:** Die Zeugenaussage des Ermittlungsrichters S darf trotz der rechtsfehlerhaft unterlassenen vorherigen Benachrichtigung des Verteidigers des Mitangekl. H gegen den Angekl. verwertet werden.

Verbot der reformatio in peius Vorrang vor Anwendung von Gemeinschaftsrecht

ProzessR

(EuGH in NVwZ 2009, 168; Beschluss vom 25.11.2008 – C-455/06)

Das **Gemeinschaftsrecht verpflichtet** den nationalen Richter **nicht dazu**, von Amts wegen eine **Vorschrift des Gemeinschaftsrechts anzuwenden**, wenn er infolge einer derartigen Anwendung den im einschlägigen nationalen Recht verankerten **Grundsatz des Verbots der reformatio in peius durchbrechen müsste**.

Fall: Die Bet. streiten vor einem niederländischen Gericht um die Rückzahlung eines Teils von Ausfuhrerstattungen, der nach Ansicht der bekl. Productschap Vee en Vlees den Kl. zu Unrecht gezahlt wurde.

Das College van Beroep voor het bedrijfsleven weist darauf hin, dass es nach Art. 8, 69 des Allgemeinen Verwaltungsrechtsgesetzes Argumente, die die Grenzen des von den Parteien festgelegten Rechtsstreits überschreiten, grundsätzlich nicht berücksichtigen kann. Außerdem unterstreicht es, dass es, wenn das Gemeinschaftsrecht von ihm verlange, von Amts wegen die aus den Verordnungen (EG) Nrn. 1254/ 1999 und 800/1999 entnommenen Gründe aufzugreifen, in Konflikt mit der im niederländischen Recht verankerten Verfahrensvorschrift des Verbots der reformatio in peius geraten könnte, wonach ein Kläger nicht in eine weniger günstige Lage versetzt werden darf, als die, in der er sich ohne die Klageerhebung befände. Das Gericht schließt nämlich nicht aus, dass die Berücksichtigung der genannten Verordnungen zur Folge haben könnte, die Pflichten der Kl. des Ausgangsverfahrens zu verschärfen.

Das niederländische College van Beroep voor het bedrijfsleven hat dem EuGH daher mehrere Fragen zur Auslegung gemeinschaftsrechtlicher Vorschriften über die Zahlung von Ausfuhrerstattungen vorgelegt. Das Vorabentscheidungsersuchen enthält u.a. folgende Fragen:

- Verpflichtet das Gemeinschaftsrecht zur Prüfung von Amts wegen anhand von Gründen, die der Verordnung (EG) Nr. 1254/1999 und der Verordnung (EG) Nr. 800/1999 entnommen werden, d.h. anhand von Gründen, die nicht zur Grundlage der Rechtsstreitigkeiten gehören?
- Führt die effektive Anwendung des Gemeinschaftsrechts dazu, dass durch die Prüfung von Amts wegen anhand von Bestimmungen des Gemeinschaftsrechts der - im niederländischen Verwaltungsprozessrecht verankerte - Grundsatz, dass ein Kläger durch die Erhebung seiner Klage nicht in eine ungünstigere Lage versetzt werden darf, als die, in der er sich ohne die Klageerhebung befunden hätte, durchbrochen wird?

Nach der Auffassung des EuGH ist das Gemeinschaftsrecht autonomes Recht. Wegen der Übertragung von Hoheitsgewalten auf die EG hat es einen Geltungsvorrang vor nationalem Recht.

Vor diesem Hintergrund geht das BVerfG (z.B. BVerfG NJW 1993, 3047) grds. davon aus, dass das Gemeinschaftsrechts allein einen **Anwendungsvorrang** vor einfachem nationalem Recht im Einzelfall, **nicht** aber einen generellen **Geltungsvorrang** vor dem nationalen Recht hat, da das nationale Recht im Verhältnis zu Drittstaaten weiterhin Geltung haben muss. Gegenüber dem Gemeinschaftsrecht ist das nationale Recht damit nicht ungültig, sondern nur im Einzelfall unanwendbar.

Vor diesem Hintergrund stellt sich die Frage, ob der nationale Prozessrechtsgrundsatz des Verbots der reformatio in peius dann ausgehebelt wird, wenn das entscheidende Gericht einen Verstoß gegen Gemeinschaftsrecht feststellt.

*„Hierbei ist darauf hinzuweisen, dass das **Gemeinschaftsrecht den nationalen Richter nicht dazu verpflichten kann**, von Amts wegen eine Gemeinschaftsvorschrift anzuwenden, wenn eine derartige Anwendung zur Folge hätte, das **in seinem nationalen Verfahrensrecht niedergelegte Prinzip des Verbots der reformatio in peius zu durchbrechen**.*

*Eine derartige Verpflichtung verstieße nämlich nicht nur gegen die **Grundsätze der Beachtung der Verteidigungsrechte, der Rechtssicherheit und des Vertrauensschutzes**, die dem genannten Verbot zu Grunde liegen, sondern würde den Einzelnen, der gegen eine ihn beschwerende Handlung Klage erhoben hat, der Gefahr aussetzen, dass er sich infolge dieser Klage in einer ungünstigeren Lage als der befindet, in der er sich befände, hätte er von dieser Klage abgesehen.*

*Nach alledem ist ... zu antworten, dass das **Gemeinschaftsrecht den nationalen Richter nicht dazu verpflichtet**, von Amts wegen eine **Vorschrift des Gemeinschaftsrechts anzuwenden**, wenn er infolge einer derartigen Anwendung den im einschlägigen nationalen Recht verankerten **Grundsatz des Verbots der reformatio in peius durchbrechen müsste**.“ (EuGH aaO)*

GG

Anspruch auf effektiven Rechtsschutz Verletzung durch überlange Verfahrensdauer

ProzessR

Art. 2 I, 20 III

(BVerfG in NJOZ 2009, 1205; Beschluss vom 24.07.2008 – 1 BvR 547/06)

1. **Erledigt** sich das eigentliche **Rechtsschutzanliegen in der Hauptsache**, besteht das **Rechtsschutzbedürfnis** unter anderem dann fort,
 - wenn der **gerügte Grundrechtseingriff besonders schwer wiegt**,
 - wenn die gegenstandslos gewordene Maßnahme **weiter beeinträchtigt** oder
 - **wenn eine relevante Gefahr der Wiederholung des Eingriffs besteht**.
2. Art. 2 I i.V.m. Art. 20 III GG i.V.m. Art. 19 IV GG begründet einen Anspruch des einzelnen Bürgers auf **effektiven Rechtsschutz in bürgerlich-rechtlichen Rechtsstreitigkeiten**, der gebietet, dass strittige Rechtsverhältnisse **in angemessener Zeit geklärt** werden.
3. In **umgangsrechtlichen Verfahren** ist bei Beurteilung der Angemessenheit zu berücksichtigen, dass jede **Verfahrensverzögerung** wegen einer eintretenden Entfremdung zu einer **faktischen Präjudizierung** führt.

Fall: Der Bf. wandte sich mit seiner Verfassungsbeschwerde gegen die überlange Verfahrensdauer vor dem AG Königstein und die Zurückweisung seiner Untätigkeitsbeschwerde durch das OLG Frankfurt a.M. in einem Umgangsverfahren hinsichtlich seiner aus der Ehe hervorgegangenen Kinder C (geb. 1995) und O (geb. 1997). Nach Erledigung des Ausgangsbegehrens hat der Bf. beantragt festzustellen, dass die Gerichte seinen Anspruch auf effektiven Rechtsschutz verletzt haben.

Der Bf. und die Kindesmutter leben seit Februar 2003 dauernd getrennt; die Kinder leben im Haushalt der Mutter. Mit Schriftsatz vom 10.12.2003 beantragte der Bf., den Umgang mit den Kindern zu regeln. Mit Schriftsatz vom 09.01.2004 beantragte er, den Umgang im Wege der einstweiligen Anordnung vorläufig zu regeln. Nachdem der Bf. mit Schriftsatz vom 21.04.2004 erneut um Anberaumung eines Termins zur mündlichen Verhandlung gebeten hatte, terminierte das AG mit Verfügung vom 07.05.2004 auf den 30.06.2004. Der Bf. beantragte mit Schriftsatz vom 15.03.2004, die Einholung eines Sachverständigengutachtens und für die Zeit bis zur Erstellung des Gutachtens begleiteten Umgang anzuordnen. Das AG beschloss im fraglichen Termin, ein Sachverständigengutachten einzuholen; das Gutachten wurde mit Beschluss vom 29.09.2004 in Auftrag gegeben. Schließlich wurde das Sachverständigengutachten unter dem 06.09.2005 ohne die Zusammenführung des Bf. mit den Kindern erstellt.

Der Bf. beantragte mit Schriftsatz vom 28.09.2005 erneut, begleiteten Umgang anzuordnen und mahnte mit Schriftsatz vom 10.10.2005 erneut eine Entscheidung an. Das AG hörte die Kinder am 18.10.2005 - gemeinsam - an. Mit Beschluss vom selben Tage wurde das Umgangsregelungsverfahren mit dem seit 24.06.2005 anhängigen Scheidungsverfahren zur gemeinsamen Verhandlung und Entscheidung verbunden. Mit Beschluss vom 23.11.2005 wies das AG die Parteien darauf hin, dass nach Aufnahme der Umgangssache in den Scheidungsverbund über den Umgang zusammen mit der Ehescheidung zu entscheiden sei. Dies sei derzeit nicht möglich, weil erforderliche Auskünfte zum Versorgungsausgleich nicht vorlägen. Mit Schriftsatz vom 28.11.2005 erhob der Bf. vor dem OLG Frankf. a.M. Untätigkeitsbeschwerde. Mit Beschluss vom 31.01.2006 verwarf das OLG die Untätigkeitsbeschwerde als unzulässig.

Die Beschwerde sei nicht statthaft, weil nach dem Gesetz eine Beschwerde wegen Untätigkeit des AG zum OLG nicht eröffnet sei. Eine Beschwerde sei allenfalls dann als zulässig anzusehen, wenn ein Fall völlig unzumutbarer und auf Rechtsverweigerung hinauslaufender Verzögerung vorliege. Die aufgezeigten Verfahrensschritte belegten indes, dass das AG jederzeit das Verfahren gefördert habe und keine unzumutbare Verzögerung im Sinne einer Rechtsverweigerung festgestellt werden könne. Die hiergegen erhobene Anhörungsrüge wies das OLG mit Beschluss vom 10.04.2006 zurück. Verbunden mit einem Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung erhob der Bf. am 28.02.2006 Verfassungsbeschwerde.

Mit Beschluss vom 24.04.2006 wies das BVerfG den Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung, gerichtet auf die Regelung vorläufigen begleiteten Umgangs des Bf. mit den Kindern zurück, weil mit einer unverzüglichen Entscheidung des Fachgerichts zu rechnen sei, sobald die Prozessakte wieder beim AG eintreffe. Mit Beschluss vom 14.06.2006 regelte das AG vorläufig - beschränkt auf fünf Termine - den Umgang des Bf. mit den Kindern in Begleitung eines Mitarbeiters des Jugendamts des Main-Taunus-Kreises. Nachdem das Jugendamt mitgeteilt hatte, keinen begleiteten Umgang durchzuführen und insoweit die Caritas vorschlug, änderte das AG mit Beschluss vom 13.09.2006 seinen Beschluss vom 14.06.2006 insoweit ab, als der Bf. bis zur rechtskräftigen Entscheidung in der Hauptsache berechtigt und verpflichtet sei, Umgang mit den Kindern C und O auszuüben. Die fünf Besuche seien in Anwesenheit eines zur Mitwirkung bereiten Mitarbeiters der Caritas durchzuführen. Mit Schriftsatz vom 27.10.2006 beantragte der Bf., eine schwere Verletzung seiner Grundrechte aus Art. 2 I i.V.m. Art. 20 III, 19 IV und 6 I GG sowie Art. 103 I GG festzustellen.

Wird die Verfassungsbeschwerde Erfolg haben?

I. Zulässigkeit der Verfassungsbeschwerde

Die Verfassungsbeschwerde ist nach Art. 93 Nr. 4a GG, 13 Nr. 8a GG grundsätzlich **statthaft**, da der Beschwerdeführer sich als Bürger gegen eine gerichtliche Entscheidung als staatliche Maßnahme wendet, welche nach §§ 90 I, 95 1 BVerfGG ein tauglicher **Beschwerdegegenstand** ist. Auch von der Einhaltung der **Monatsfrist** des § 93 BVerfGG für die Verfassungsbeschwerde ist auszugehen. Auch die **Beschwerdebefugnis** ist gegeben, da der Bf. behauptet in Art. 2 I i.V.m. Art. 20 II, 19 IV und 6 I GG sowie Art. 103 I GG verletzt zu sein. Eine Verletzung dieser Rechte ist auch nicht von vornherein und nach jeder Betrachtungsweise ausgeschlossen. Er ist auch **selbst, gegenwärtig und unmittelbar** betroffen.

Allerdings könnte das **Rechtsschutzbedürfnis** für die Verfassungsbeschwerde entfallen sein, da zwischenzeitlich eine gerichtliche Umgangsregelung erfolgt ist.

*„Erledigt sich im Verlauf des verfassungsgerichtlichen Verfahrens das eigentliche **Rechtsschutzanliegen** des Bf. **in der Hauptsache**, besteht nach Rechtsprechung des BVerfG das **Rechtsschutzbedürfnis** unter anderem dann fort, wenn der **gerügte Grundrechtseingriff besonders schwer wiegt** (BVerfGE 104, 220 [232f.] = NJW 2002, 2456; BVerfGE 105, 239 [246] = NJW 2002, 3161), wenn die gegenstandslos gewordene Maßnahme den Bf. weiter beeinträchtigt (BVerfGE 91, 125 [133] = NJW 1995, 184 = NStZ 1995, 40; BVerfGE 99, 129 [138] = NJW 1999, 1460 L) **oder wenn eine relevante Gefahr der Wiederholung des Eingriffs besteht** (BVerfGE 91, 125 [133] = NJW 1995, 184 = NStZ 1995, 40; BVerfGE 103, 44 [58ff.] = NJW 2001, 1633).*

***Besonders gewichtig** ist eine Grundrechtsverletzung, die auf eine **generelle Vernachlässigung von Grundrechten** hindeutet oder wegen ihrer Wirkung geeignet ist, von der Ausübung von Grundrechten abzuhalten. Eine geltend gemachte Verletzung hat ferner dann besonderes Gewicht, wenn sie auf einer **groben Verkennung des durch ein Grundrecht gewährten Schutzes** oder einem geradezu leichtfertigen Umgang mit grundrechtlich geschützten Positionen beruht oder **rechtsstaatliche Grundsätze krass verletzt**. Eine existenzielle Betroffenheit des Bf. kann sich vor allem aus dem Gegenstand der angegriffenen Entscheidung oder seiner aus ihr folgenden Belastung ergeben (BVerfGE 90, 22 [25f.] = NJW 1994, 993).“ (BVerfG aaO)*

Die Dauer des einstweiligen Anordnungsverfahrens und des Umgangsverfahrens vor dem AG sowie die angegriffene Entscheidung des OLG betreffen den Bf. bis heute existenziell, so dass auch nach wie vor ein Rechtsschutzbedürfnis für die Verfassungsbeschwerde besteht.

II. Begründetheit der Verfassungsbeschwerde

Die Verfassungsbeschwerde ist begründet, wenn der Bf. in seinen Grundrechten oder seinen grundrechtsgleichen Rechten verletzt ist.

1. Anspruchsinhalt

Art. 2 I i.V.m. Art. 20 III GG i.V.m. Art. 19 IV GG begründet einen Anspruch des einzelnen Bürgers auf **effektiven Rechtsschutz** in bürgerlich-rechtlichen Rechtsstreitigkeiten, der gebietet, dass **strittige Rechtsverhältnisse in angemessener Zeit geklärt** werden (vgl. BVerfGE 88, 118 [124] = NJW 1993, 1635 m.w.N.).

*„Ob eine **Verfahrensdauer unangemessen lang** ist, ist nach den Umständen des Einzelfalls zu beurteilen. Bestimmend sind vor allem die **Natur des Verfahrens** (vgl. BVerfGE 46, 17 [29] = NJW 1978, 152) und die Auswirkungen einer langen Verfahrensdauer für die Bet. (vgl. BVerfG [1. Kammer des Ersten Senats], NJW 1997, 2811 [2812]).*

*In **umgangsrechtlichen Verfahren** ist bei der Beurteilung, welche Verfahrensdauer noch als angemessen erachtet werden kann, zu berücksichtigen, dass jede Verfahrensverzögerung wegen einer eintretenden **Entfremdung häufig rein faktisch zu einer (Vor-)Entscheidung führt** (BVerfG [1. Kammer des Ersten Senats], NJW 1997, 2811 [2812]). Insbesondere ist zu berücksichtigen, dass sich das kindliche Zeitempfinden vom objektiven Zeitempfinden eines Erwachsenen unterscheidet.*

*Ebenso ist die mit dem gerichtlichen Verfahren **einhergehende Belastung** für die Betr. bei der Beurteilung der Angemessenheit einer Verfahrensdauer zu berücksichtigen (BVerfG [3. Kammer des Ersten Senats], BVerfGE 2, 140 = NJW 2004, 835; NJW 2001, 961).“ (BVerfG aaO)*

2. Verletzung des Anspruchs

a) Rechtsverletzung durch das AG

„Das AG hat den **Grundsatz effektiven Rechtsschutzes** im Umgangsverfahren sowohl in dem anhängigen Eilverfahren als auch im Hauptsacheverfahren **in gewichtigem Maße verkannt**. Sowohl die Gesamtdauer als auch die Verfahrensführung im Einzelnen war dem Bf. in Anbetracht der **gravierenden Gefahr einer Entfremdung** von den - im Zeitpunkt der Antragstellung sechs und acht Jahre alten - Kindern **nicht zumutbar**.

Es sind **keine Gründe ersichtlich**, warum das AG über den Eilantrag des Bf. vom 09.01.2004 **nicht zeitnah entschieden** hat und auch keine Entscheidung über den Antrag des Bf. vom 15.03.2004 getroffen hat, für die Zeit der Gutachtenerstellung vorläufig den Umgang zu regeln. Es hat den Bf. damit **faktisch vom Umgang ausgeschlossen**.

Auch nach Erstellung des Sachverständigengutachtens vom 06.09.2005, das einen begleiteten Umgang grundsätzlich befürwortete, hat das AG weder über den Eilantrag des Bf. vom 09.01.2004 noch über den Antrag vom 10.12.2003 entschieden.

Insoweit kommt es nicht darauf an, dass es der Bf. im Hauptsacheverfahren **versäumt** hat, einen **Abtrennungsantrag zu stellen**, der das Umgangsverfahren aus dem seit dem 18.10.2005 bestehenden Scheidungsverbundverfahren hätte herauslösen können. Dem Bf. war die Dauer des Umgangsverfahrens **bereits unzumutbar, bevor** das Gericht das Umgangsverfahren mit dem Scheidungsverfahren **verbunden** hat.“ (BVerfG aaO)

b) Rechtsverletzung durch das OLG

„Das OLG ist zwar zutreffend der Ansicht, dass das Gesetz eine Untätigkeitsbeschwerde nicht eröffnet. Es hält die **Untätigkeitsbeschwerde** aber gleichwohl für **zulässig**, wenn ein Fall **völlig unzumutbarer und auf Rechtsverweigerung hinauslaufender Verzögerung** vorliege. Auf der Grundlage dieser Auslegung des Verfahrensrechts hält die Verwerfung des Antrags des Bf. einer verfassungsrechtlichen Prüfung nicht stand.

Hierbei hat das OLG **verkannt**, dass der Anspruch des Bf. auf Gewährung effektiven Rechtsschutzes im Umgangsverfahren gebietet, die Frage der **Angemessenheit einer Verfahrensdauer** unter Berücksichtigung des Verfahrensgegenstands in Ansehung der **Besonderheiten des Einzelfalls**, insbesondere des Alters der betroffenen Kinder, im Hinblick auf die Einschätzung der Gefahr einer **faktischen Präjudizierung** zu bewerten.

Vor allem indem das OLG die **zweijährige Gesamtdauer des Eilverfahrens** im vorliegenden Umgangsstreit trotz der ersichtlichen, durch das Zeitverstreichen fortschreitenden Entfremdung der Kinder, für die der Bf. keine Ursache gesetzt hat, für **angemessen und zumutbar** erachtet hat, hat das Gericht den Anspruch des Bf. auf **effektiven Rechtsschutz verkannt und ihn in seinem Recht aus Art. 2 I i.V.m Art. 20 III GG verletzt**. Die Entscheidung des OLG beruht auf dem dargelegten Grundrechtsverstoß. Es ist nicht auszuschließen, dass das OLG bei hinreichender Berücksichtigung des Rechts des Bf. auf effektiven Rechtsschutz zu einer anderen Bewertung gelangt wäre.“ (BVerfG aaO)

3. Feststellung des Grundrechtsverstoßes trotz Erledigung

Die **Grundrechtsverletzung** ist auch **gewichtig** und betrifft den Bf. so **existenziell**, dass die Feststellung des Grundrechtsverstoßes durch das BVerfG **auch nach Erledigung des eigentlichen Rechtsschutzzieles** gerechtfertigt ist.

„Ein **gewichtiger Grundrechtsverstoß** liegt insbesondere dann vor, wenn sowohl die **Gesamtdauer des Verfahrens** als auch die Gesamtschau **der gerichtlichen Möglichkeiten**, das kindschaftsrechtliche Verfahren entsprechend der erforderlichen Sensibilität zu beschleunigen, nicht so genutzt werden, dass die gewählte Verfahrensgestaltung das Bemühen um Konkordanz der betroffenen Grundrechte erkennen lässt (vgl. BVerfG, NJW 1993, 2671 = FamRZ 1993, 662 [663]; NJW 2002, 1863 = FamRZ 2002, 809; BeckRS 2004, 24019 = FamRZ 2004, 1166 [1167]).

Die Betroffenheit des Bf. ergibt sich vorliegend aus dem Gegenstand und der Gesamtdauer der Verfahren sowie aus der daraus folgenden Belastung. Die Gesamtdauer des vorliegenden **Umgangsverfahrens** in der Hauptsache von **zwei Jahren und sechs Monaten** sowie im **einstweiligen Umgangsverfahren** von **zwei Jahren und fünf Monaten** hat zu einem **faktischen Umgangausschluss**, verbunden mit der Gefahr der Entfremdung der Kinder vom Bf., geführt. Im Hinblick darauf, dass der Sohn des Bf. noch im Jahr 2005 geäußert hatte, den Bf. sehen zu wollen und die Tochter in ihrer Anhörung im Juni 2004 geäußert hatte, nichts dagegen zu haben, wenn der Vater sie besuche, ist nicht auszuschließen, dass eine zügige Verfahrensführung die Gefahr der Entfremdung hätte vermindern können.“ (BVerfG aaO).

Die Verfassungsbeschwerde ist daher sowohl zulässig als auch begründet.

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 §§ 256, 765, 756	Feststellungsklage Annahmeverzug bei Zug-um-Zug-Vollstreckung (KG in MDR 2009, 346; Urteil vom 02.09.2008 –27 U 153/07)	ZPO
-------------------------	---	-----

Eine **Klage auf Feststellung des Annahmeverzuges** ist auch **nachträglich möglich**, wenn hierdurch die **Vollstreckung** eines bereits titulierten Leistungsanspruchs gem. §§ 756, 765 ZPO **erleichtert wird**. Insoweit ist ein Rechtsschutzinteresse an einer isolierten Feststellungsklage gegeben.

I. Die **gegenteilige Ansicht** beruht auf einem **Missverständnis der Rspr. des BGH**.

*„Dieser hat zwar entschieden, dass der **Annahmeverzug** wie auch der Schuldnerverzug **nicht Gegenstand einer isolierten Feststellungsklage** sein kann (BGH NJW 2000, 2663f. = MDR 2000, 1004f. bzw. NJW 2000, 2280ff. = MDR 2000, 897f.). Er hat jedoch zugleich ausgeführt, dass in dem Fall, in welchem der Bekl. die Leistung bis zur Bewirkung der Gegenleistung verweigern darf, der Kl. ein schützenswertes Interesse an der Feststellung des Annahmeverzuges des Bekl. insoweit hat, als hierdurch der Leistungsanspruch erleichtert gem. §§ 756, 765 ZPO, d.h. unabhängig von der dem Bekl. gebührenden Gegenleistung vollstreckt werden kann.*

*Der BGH hat in einer früheren Entscheidung zu dieser Problematik denn auch lediglich die Zulässigkeit der begehrten Feststellung eines Annahmeverzuges mit einer damit einhergehenden erleichterten Vollstreckbarkeit eines Leistungsanspruchs in Bezug gebracht, ohne dabei auszuführen, dass das **Feststellungsinteresse nur dann bestehe, wenn der Feststellungsantrag zusammen mit dem Leistungsantrag** in einem Verfahren **geltend gemacht** wird (vgl. BGH WM 1987, 1496ff.). Nach **Sinn und Zweck dieser Rspr.**, nämlich die **Vollstreckung eines Leistungsanspruchs zu erleichtern oder gar erst zu ermöglichen**, kann es nicht darauf ankommen, ob der Feststellungsantrag zugleich mit dem Leistungsantrag oder später in einem gesonderten Verfahren, wie vorliegend, geltend gemacht wird. In beiden Fällen steht die Erleichterung der Vollstreckung im Vordergrund.“ (BGH aaO).*

II. Zulässig ist folgerichtig auch eine Klage auf Feststellung, dass die Vollstreckungsvoraussetzungen erfüllt sind, wenn der Gläubiger im Falle einer **Zug-um-Zug-Verurteilung** die Gegenleistung erbracht hat, der Schuldner nicht bereit ist, dies zu bestätigen und wenn der Gläubiger auch nicht auf andere Weise den Annahmeverzug des Schuldners formgerecht nachweisen kann (vgl. OLG Koblenz Rpfleger 1993, 28f.).

„Eine unzulässige isolierte Feststellung eines Annahmeverzuges wird also nur dann begehrt, wenn diese Feststellung sich nicht auf die erleichterte Vollstreckung des zugleich begehrten oder anderweitig bereits erkannten Leistungsantrages bezieht (ebenso: Thomas/Putzo/Hübtege, ZPO, 29. Aufl., § 756, Rn 10; MüKo-ZPO/Heßler, 3. Aufl., § 756 Rn 47; Stein/Jonas/Münzberg, ZPO, 22. Aufl., § 756, Rn 12). Nur wenn alleine und ohne Bezug auf einen -titulierten Leistungsanspruch die Feststellung eines Annahmeverzuges begehrt wird, besteht kein Rechtsschutzinteresse, da dann der Prozess nicht der Feststellung eines Rechtsverhältnisses, sondern lediglich der Klärung einer Vorfrage in Bezug auf mögliche Rechtsfolgen im Rahmen eines Rechtsverhältnisses dient.“ (BGH aaO).

III. Der Aspekt der fehlenden **Prozessökonomie einer nachträglichen Feststellungsklage** kann auch das Rechtsschutzinteresse nicht entfallen lassen.

*„Das **Rechtsschutzinteresse ergibt sich immer aus dem Aspekt der Vollstreckungserleichterung gem. §§ 756, 765 ZPO**. Die Prozessökonomie kann lediglich das Rechtsschutzinteresse eines Kl. insoweit begründen bzw. fördern, als die Feststellungsklage eines Annahmeverzuges bereits mit dem Verfahren über den Leistungsanspruch verbunden werden darf. Es besteht indessen keine Verpflichtung hierzu. So ist es denkbar, dass die Voraussetzungen des Annahmeverzuges im Zeitpunkt der Entscheidungsreife über den Leistungsantrag noch nicht vorliegen. Dann wäre es aus materiellen Gründen noch nicht möglich, den Feststellungsantrag schon jetzt geltend zu machen.*

*Ebenso kann es gute Gründe dafür geben, dass ein Kl. das Zurückbehaltungsrecht bestreitet und eine unbedingte Verurteilung des Bekl. verfolgt. Wenn in einem solchen Falle dann das Gericht jedoch nur eine Zug-um-Zug-Verurteilung ausspricht, wäre ein solches Urteil de facto nicht vollstreckbar, wenn die beklagte Partei anschließend das Angebot der Gegenleistung verweigert und eine nachträgliche Klage auf Feststellung des Annahmeverzuges als unzulässig behandelt wird. Eine solche Verfahrensweise würde nach Auffassung des Senats indessen gegen das **Grundrecht eines Klägers auf Gewährung eines effektiven Rechtsschutzes** aus Art. 19 IV GG verstoßen (vgl. BGH NJW 2008, 1742ff.).“ (BGH aaO).*

- PR 06/09 -

Juristischer Verlag Juridicus

ZPO §§ 567, 769	Einstellung der Zwangsvollstreckung kein außerordentliches Rechtsmittel (OLG Saarbrücken in OLGR 2009, 297; Beschluss vom 12.01.2009 – 9 WF 1/09)	ZPO
--------------------	---	-----

Gegen die in unmittelbarer oder entsprechender Anwendung des § 769 ZPO getroffene **Entscheidung über die Einstellung der Zwangsvollstreckung** ist **kein außerordentliches Rechtsmittel** gegeben.

„Es ist wegen der gleichen Interessenlage wie bei § 719 I ZPO nach Maßgabe des § 707 II 2 ZPO ausgeschlossen (siehe hierzu auch Saarl. OLG NJW-RR 2006, 1579), so dass auch eine auf grobe Gesetzesverstöße und Ermessensfehler beschränkte Nachprüfung selbst dann nicht mehr stattfindet, wenn die Entscheidung ein Verfahrensgrundrecht des Beschwerdeführers verletzt oder aus sonstigen Gründen „greifbar gesetzwidrig“ ist. Dementsprechend ist eine Korrektur nur noch innerhalb der Instanz auf Gegenvorstellung oder durch das BVerfG im Wege der Verfassungsbeschwerde vorzunehmen.“ (OLG Saarbrücken aaO).

- PR 06/09 -

Juristischer Verlag Juridicus

StPO § 59 I	Vereidigung Beurteilungsspielraum des Tatrichters (BGH in NStZ 2009, 343; Beschluss vom 11.12.2008 – 3 Ws 474/08)	StPO
----------------	---	------

Nach der **Neufassung des § 59 StPO** ist dem Tatrichter für die Entscheidung über die Vereidigung ein Beurteilungsspielraum kombiniert mit einer Ermessensbefugnis eröffnet. Mit der Revision kann daher grds. geltend gemacht werden, der Tatrichter habe bei der Entscheidung über eine Vereidigung den ihm zustehenden Beurteilungsspielraum überschritten oder sein Ermessen rechtsfehlerhaft ausgeübt.

„Der vom GBA unter Hinweis auf Teile der Lit. (vgl. Meyer-Goßner 51. Aufl., § 59 Rn 13 mwN) vertretenen Auffassung, die Revision könne nur darauf gestützt werden, dass die Vereidigung unter Verstoß gegen § 60 StPO erfolgt sei, im Übrigen sei die Entscheidung über die Vereidigung nicht revisibel, vermag der Senat nicht zu folgen: Die Neufassung des § 59 StPO eröffnet dem Tatrichter für diese Entscheidung einen Beurteilungsspielraum („wegen der ausschlaggebenden Bedeutung der Aussage oder zur Herbeiführung einer wahren Aussage“) kombiniert mit einer Ermessensbefugnis („nach seinem Ermessen für notwendig hält“). Wie in sonstigen Fällen kann auch hier mit der Revision geltend gemacht werden, der Tatrichter habe den ihm zustehenden Beurteilungsspielraum überschritten oder sein Ermessen rechtsfehlerhaft ausgeübt (vgl. etwa Meyer-Goßner aaO, § 337 Rn 16; KK-Kuckein 6. Aufl., § 337 Rn 19 - jew. mwN).

Umstände, die einen nach diesen Maßstäben beachtlichen Rechtsfehler begründen, zeigt die Revision nicht auf. Somit kommt es nicht entscheidungserheblich darauf an, ob die Rüge auch deshalb nicht durchdringen könnte, weil der Bf. nicht vorgetragen hat, dass er die Anordnung des Vorsitzenden, den Zeugen unvereidigt zu lassen, in der Hauptverhandlung beantragt und eine Entscheidung des Gerichts nach § 238 II StPO beantragt hat (vgl. BGHSt 50, 282, 284). Jedenfalls in den Fällen, in denen erst aus den Urteilsgründen zutage tritt, dass nach der Beurteilung des Gerichts die tatbestandlichen Voraussetzungen des § 59 I 1 StPO für die Vereidigung des Zeugen an sich vorlagen, wird die Zulässigkeit der Revisionsrüge schwerlich davon abhängig gemacht werden können, dass in der Hauptverhandlung gegen die Anordnung des Vorsitzenden zur Nichtvereidigung (vorsorglich) auf Entscheidung des Gerichts angetragen wurde.“ (BGH aaO).

- PR 06/09 -

Juristischer Verlag Juridicus

StPO §§ 41a, 314 I	Berufungseinlegung Mindestanforderungen bei Versand per Fax über Internet-Dienst und unsignierte E-Mail (OLG Oldenburg in NStZ 2009, 231; Beschluss vom 14.08.2008 – 1 Ws 465/08)	StPO
-----------------------	---	------

- I. Ein **über einen Internet-Dienst an das Gericht gesandtes Faxschreiben ist wie ein vom Absender selbst versandtes Computerfax zu behandeln**, so dass auf diese Weise auch ohne übermittelten Namenszug grundsätzlich eine Berufung eingelegt werden kann. Ein solches Fax erfüllt aber dann nicht die inhaltlichen Anforderungen an eine Berufungsschrift, wenn in ihm keine Bezugnahme auf ein Urteil enthalten ist und der Text nur aus dem Wort „Berufung“ besteht.

„Seiner Übermittlungsform nach ist [das über einen Internet-Dienst an das Gericht gesandte Faxschreiben] wie ein sog. Computerfax zu behandeln. Der Umstand, dass es nicht wie ein solches unmittelbar von einem Personalcomputer zu dem Faxgerät des Gerichts gesandt wurde, sondern vom Absender zunächst über einen mit dem Internet verbundenen Computer zu dem Faxdienst eines Internet-Dienstes geleitet und sodann von dort aus zum gerichtlichen Faxgerät geschickt wurde, macht insoweit **keinen erheblichen Unterschied**.

Ob das hier zu beurteilende Fax in Bezug auf seine Formwirksamkeit den insoweit an ein Computerfax zu stellenden Anforderungen entspricht (s.u.), kann indessen offen bleiben. Denn es kann schon deshalb nicht als Berufungsschrift gewertet werden, weil es inhaltlich insoweit nicht den prozessualen Anforderungen von § 314 I StPO genügt. Denn es enthält keinerlei Bezug auf das Urteil des AG und lässt auch keinen zweifelsfreien Anfechtungswillen erkennen. Die bloße Angabe des Aktenzeichens im „Betreff“ und das einzige Wort des Textes „Berufung“ reichen insoweit nicht aus.“ (OLG Oldenburg aaO).

- II. **Durch eine unsignierte E-Mail kann eine Berufung nicht formwirksam eingelegt werden.** Das gilt auch vor Inkrafttreten einer Verordnung nach § 41a II StPO. Die **Rspr. zum Computerfax** ist insoweit **nicht entsprechend anwendbar**.

„Die E-Mail erfüllt nicht die Form, die speziell für diese elektronische Übermittlungsart in dem durch das Justizkommunikationsgesetz vom 22.03.2005 (BGBl I, 837) eingeführten § 41a StPO gefordert wird. Danach kann eine schriftlich abzufassende Erklärung bei Gericht als elektronisches Dokument eingereicht werden, wenn dieses mit einer **qualifizierten elektronischen Signatur** nach dem **Signaturgesetz** versehen ist, sofern zuvor die Einreichung elektronischer Dokumente für den jeweiligen Zuständigkeitsbereich durch Rechtsverordnung der Bundesregierung oder der Landesregierung zugelassen worden war. Beide Voraussetzungen sind hier nicht gegeben. Weder weist die E-Mail des Angekl. eine qualifizierte Signatur auf, noch hat das Land Niedersachsen bislang eine die Übermittlung elektronischer Dokumente im Strafverfahren zulassende Verordnung erlassen.

In der Zeit bis zum Erlass einer solchen Verordnung ist bei Einlegen von Rechtsmitteln durch E-Mail auch nicht entsprechend den Grundsätzen zu verfahren, die sich aus dem Beschluss des Gem. Senats der Obersten Gerichtshöfe des Bundes vom 05.04.2000 (BGHZ 144, 160 = BVerwGE 111, 377 = NJW 2000, 2340) zur Rechtsmitteleinlegung durch ein sog. Computerfax ergeben. Allerdings ergibt sich eine Unanwendbarkeit dieser Rspr. weder aus dem **Wort**

laut von § 41a StPO noch aus dem **Willen des Gesetzgebers**. Letzterer hat diese Frage vielmehr bewusst offen gelassen und der Rspr. überlassen (vgl. BT-Dr 15/4067, S. 44).

Der Senat hat aber durchgreifende Bedenken gegen die sinngemäße Anwendung der o.a. Rspr. zum Einlegen eines Rechtsmittels durch Computertax auf eine solche durch eine nicht signierte E-Mail: Zum einen **fehlt es beim E-Mail-Versand schon an einem vom Absender veranlassten Ausdruck**, den der Gem. Senat der Obersten Bundesgerichte beim Computertax als maßgeblich für die Anerkennung dieses Übermittlungswegs angesehen hat. Ob überhaupt und ggf. wann eine an das Gericht gesandte E-Mail dort ausgedruckt wird, hat der Absender gerade nicht in der Hand. Zum anderen sprechen **erhebliche Sicherheitserwägungen** gegen die Anerkennung nicht signierter E-Mails als zulässige Rechtsmittelform. Eine **einfache E-Mail gewährleistet keine ausreichend sichere Identifizierung des Absenders**; das Absenden einer unsignierten E-Mail unter falschem Namen ist leicht möglich, und zwar weltweit von jedem Computer aus, der an das Internet angeschlossen ist; es besteht bei dieser Versendungsform eine **besonders große Gefahr von Missbrauch und Täuschung durch nicht ermittelbare Unbefugte**, die größer ist als beim Faxversand. Eben deshalb hat sich der Gesetzgeber dazu entschlossen, nach Freigabe des E-Mail-Zugangs zu den Strafgerichten ausschließlich qualifiziert signierte E-Mails als formwirksam gelten zu lassen.“ (OLG Oldenburg aaO).

- PR 06/09 -

Juristischer Verlag Juridicus

StPO
§ 302 II

Rechtsmittelrücknahme Anforderungen an Bevollmächtigung

StPO

(KG in NJW 2009, 1686; Beschluss vom 19.01.2009 – 3 Ws 474/08)

§ 302 II StPO verlangt grds. im Rahmen der Ermächtigung des Verteidigers für die Zurücknahme eines Rechtsmittels oder den Verzicht auf ein solches **eine genaue Bezeichnung des Rechtsmittels, auf das sich die Ermächtigung bezieht.**

- I. **Grundsätzlich bedarf der Verteidiger einer ausdrücklichen Bevollmächtigung** zur Rücknahme eines Rechtsmittels, **§ 302 II StPO**.
- II. Für den **Verzicht auf ein solches** gilt zwar nichts anderes (vgl. Meyer-Goßner, StPO, 51. Aufl., § 302 Rn 30), hierbei ist jedoch **umstritten, ob es genügt, dass ihm im Rahmen seiner Bestellung „ausdrücklich“ eine allgemeine Ermächtigung zur Rücknahme oder zum Verzicht auf Rechtsmittel erteilt worden ist** (vgl. OLG Hamm BeckRS 2005, 10598), **oder ob es einer genauen Bezeichnung des Rechtsmittels bedarf**, die lediglich dann entbehrlich ist, wenn sich eine Konkretisierung ohne Weiteres aus den näheren Umständen ergibt (vgl. BGH NStZ 2000, 665; NStZ-RR 2006, 147).
- III. **KG aaO** schließt sich der letztgenannten Ansicht wegen der **besonderen Tragweite, die eine Rücknahme oder ein Rechtsmittelverzicht in aller Regel haben**, der grundsätzlichen Unwiderruflichkeit der abgegebenen Erklärung und des regelmäßigen Ausschlusses einer Anfechtungsmöglichkeit wegen Irrtums an.

„Ausdrücklich“ i.S. des § 302 II StPO erfordert daher entweder die genaue Bestimmung des Rechtsmittels in der Vollmachtsurkunde oder, sofern die Ermächtigung zur Rücknahme allgemein erteilt worden ist, das Vorliegen konkreter Umstände, nach denen sich die Ermächtigung nur auf ein bestimmtes Rechtsmittel beziehen kann.

Vorliegend enthält die der Verteidigerin nach Anklageerhebung erteilte Vollmacht zwar die Ermächtigung „Rechtsmittel einzulegen, sie zurückzunehmen oder auf sie zu verzichten“, die näheren Umstände lassen jedoch keine eindeutige Bestimmung zu, auf welches Rechtsmittel sich die Ermächtigung beziehen soll. Von dem Erlass des Strafbefehls, an dessen Verkündung sich der Rechtsmittelverzicht unmittelbar anschloss, hatte der Angekl. keinerlei Kenntnis, weil er an der Hauptverhandlung nicht teilgenommen hat. Dass er vor dem Hauptverhandlungstermin die Möglichkeit des Übergangs in das Strafbefehlsverfahren und die Bedingungen für einen Rechtsmittelverzicht mit seiner Verteidigerin erörtert oder ihn diese nach Verkündung des Strafbefehls und vor Abgabe der Verzichtserklärung kontaktiert hat, ist nicht ersichtlich. Es fehlt daher an der zur Abgabe der Verzichtserklärung wirksamen Bevollmächtigung.“ (KG aaO).

- PR 06/09 -

Juristischer Verlag Juridicus

StPO
§§ 349 II, 356a

Gehörsrüge Schweigen auf Gegenerklärung

StPO

(BGH in NStZ-RR 2009, 119; Beschluss vom 09.12.2008 – 5 StR 426/08)

Sind in einem Beschluss gem. **§ 349 II StPO keine Ausführungen zu den Rechtsausführungen des Angekl.** in seiner Gegenerklärung zum Verwerfungsantrag des Generalbundesanwalts enthalten, so **begründet dies keine Verletzung seines rechtlichen Gehörs.**

„Eine Gehörsverletzung folgt nicht aus dem Umstand, dass der Senat im Verwerfungsbeschluss nur zu dem Begehren auf Durchführung einer Revisionshauptverhandlung, nicht aber zu der vom Antrag des GBA abweichenden Rechtsauffassung der Verteidigung in der Gegenerklärung Stellung genommen hat. Dies rechtfertigt nicht die Annahme, der Senat hätte das Vorbringen nicht zur Kenntnis genommen und in Erwägung gezogen (vgl. BVerfGE 96, 205 = NJW 1997, 2310; BVerfG StraFo 2007, 463). Das **Schweigen des Senats auf Rechtsausführungen in der Gegenerklärung des Verteidigers offenbart** nach der Sachlogik des revisionsgerichtlichen Beschlussverfahrens vielmehr, **dass der neue Vortrag ungeeignet gewesen ist**, die vom GBA begründete Erfolglosigkeit der erhobenen Revisionsrügen zu entkräften (vgl. auch BGHR StPO § 349 II Verwerfung 7).

Eine **weitergehende Begründungspflicht** für die letztinstanzliche, mit ordentlichen Rechtsmitteln nicht mehr anfechtbare Entscheidung **bestand nicht** (vgl. BVerfGE 50, 287 = NJW 1979, 1161; BVerfGE 65, 293; BVerfG StraFo 2007, 463). Sie wird auch nicht von der im Rechtsbehelf dargelegten Sorge erheischt, nur eine Begründungspflicht könne den Senat davon abhalten, dass dieselbe Rechtsfrage von demselben Senat in einem Fall so und in einem anderen Fall anders entschieden

werde. Solches verkennt die wahrzunehmende und wahrgenommene Sorgfalt und Verantwortung in der Praxis revisionsgerichtlicher Beschlussentscheidungen.“ (BGH aaO).

- PR 06/09 -

Juristischer Verlag Juridicus

VwVfG

schriftlicher Verwaltungsakt

öffR

§§ 37 III, 1, 43 I 2

erforderliche Erkennbarkeit der Behörde

(OVG Lüneburg in NVwZ 2009, 670; Beschluss vom 30.01.2009 – 5 ME 395/08)

Gem. § 37 III 1 VwVfG muss ein schriftlicher Verwaltungsakt die erlassende Behörde erkennen lassen. Daher muss auch die erlassende Behörde bereits aus dem Bescheid selbst ersichtlich werden, so dass es nicht ausreicht, wenn dem Betroffenen die Zuordnung des Verwaltungsaktes zu einer bestimmten (hier anderen als der ausdrücklich genannten) Behörde lediglich auf Grund vorangegangener Gespräche möglich ist.

„Gerade in Fällen zwischenbehördlicher Mandate, bei denen die Bediensteten einer Behörde im Namen einer anderen Behörde handeln, muss aus dem Bescheid hervorgehen, dass die Bediensteten der beauftragten Behörde im Namen der beauftragenden Behörde tätig werden (Stelkens/Bonk/Sachs, § 37 Rn 9). Denn es gilt der Grundsatz, dass die beauftragte Behörde im Zweifel für sich selbst agiert. In Anlehnung an den Rechtsgedanken des § 164 II BGB kann sich deshalb der Rechtsträger einer beauftragten Behörde auf einen Mangel des Willens dieser Behörde, einen schriftlichen Verwaltungsakt im eigenen Namen zu erlassen, nicht berufen, wenn der Wille der Behörde, in fremdem Namen zu handeln, in dem Bescheid selbst nicht erkennbar hervortritt.

An einem solchen Hervortreten fehlt es hier: Aus der angefochtenen Verfügung ergeben sich keine genügenden Anhaltspunkte dafür, dass die Abordnungsverfügung im fremden Namen des vorsitzenden Mitglieds der Geschäftsführung der Regionaldirektion C. erlassen wurde. Letzteres ist insbesondere nicht hinreichend aus der Bezeichnung „Personalservice“ in der Absenderangabe unmittelbar über dem Adressatenfeld zu folgern. Auf die behauptete Kenntnis des Ast. von einem Willen der Agentur für Arbeit B., für die zuständige Stelle zu handeln, kommt es vor diesem Hintergrund nicht an. Die Agentur für Arbeit B. hat die Abordnung des Ast. vielmehr als unzuständige Behörde im eigenen Namen verfügt.

Auch das weitere Argument der Ag., dass sich der Ast. auf Grund seiner behaupteten Kenntnisse auf die Unzuständigkeit der Agentur für Arbeit B. nicht berufen könne, geht fehl. Denn die Möglichkeit, die Rechtswidrigkeit des Handelns einer unzuständigen Behörde geltend zu machen, wird nicht dadurch eingeschränkt, dass der Betroffene darum weiß, dass das gerügte rechtswidrige Handeln die Zustimmung der zuständigen Stelle findet.“ (OVG Lüneburg aaO).

- PR 06/09 -

Juristischer Verlag Juridicus

VwGO

Gehörsverstoß

VwGO

§ 152a

Heilung im Anhörungsrügeverfahren

(BVerfG in NVwZ 2009, 580; Beschluss vom 24.02.2009 – 1 BvR 188/09)

Die **Heilung eines Gehörsverstoßes durch ergänzende Erwägungen in einer die Anhörungsrüge als unbegründet zurückweisenden Entscheidung** ist jedenfalls dann **statthaft, wenn das Gericht dem Gehörsverstoß** durch bloße Rechtsausführungen zum Vorbringen des Betroffenen **in der Anhörungsrüge abhelfen kann**.

Anderes gilt in den Fällen, in denen das Gericht den Gehörsverstoß durch bloß ergänzende Erwägungen zum Vorbringen in der Anhörungsrüge nicht zu heilen vermag, wie etwa bei der Übergehung eines erheblichen Beweisantrags.

„Zwar wurde die Frage, ob eine Heilung eines Gehörsverstoßes durch ergänzende Erwägungen in einer die Anhörungsrüge als unbegründet zurückweisenden Entscheidung überhaupt statthaft ist, vom BVerfG in manchen Entscheidungen offengelassen (vgl. BVerfG NVwZ 2007, 688; BVerfG BeckRS 2009, 30397). Teilweise wurde dagegen auch schon eine solche Heilung im Rahmen des Anhörungsrügeverfahrens für möglich gehalten (vgl. BVerfG BeckRS 2008, 41127).

Dem ist in Fällen wie dem vorliegenden zu folgen. Denn der Rechtsbehelf der Anhörungsrüge bezweckt die Heilung von Verletzungen des Rechts aus Art. 103 I GG (vgl. BVerfGE 107, 395 = NJW 2003, 1924; BVerfG NJW 2005, 3059). Eine Heilung von Gehörsverstößen in der gleichen oder einer weiteren Instanz hat die Senatsrechtsprechung des BVerfG vor der Einführung der Anhörungsrüge schon als grds. möglich angesehen, wenn das betreffende Gericht in der Lage ist, das Vorbringen zu berücksichtigen (vgl. BVerfGE 5, 22 = NJW 1956, 1026; BVerfGE 62, 392; BVerfGE 73, 322 = NJW 1987, 1319; BVerfGE 107, 395 = NJW 2003, 1924). Diese Voraussetzung ist im Rahmen des Anhörungsrügeverfahrens jedenfalls dann als erfüllt anzusehen, wenn das Gericht einem Gehörsverstoß durch bloße Rechtsausführungen im Anhörungsrügebefehl zum Vorbringen des Betroffenen in der Anhörungsrüge abhelfen kann. Hier wäre es reine Förmerei, von Verfassungen wegen die Fortführung des Verfahrens nach § 152a V 1 VwGO zu verlangen, obwohl sich das Gericht schon unter Berücksichtigung des übergangenen Vortrags eine abschließende Meinung gebildet hat und klar ist, dass eine für den Bet. günstigere Lösung ausgeschlossen ist, also die Entscheidung nicht auf der Gehörsverletzung beruht. Etwas Anderes gilt freilich in Fällen, in denen das Gericht den Gehörsverstoß durch bloß ergänzende Erwägungen zum Vorbringen in der Anhörungsrüge nicht zu heilen vermag, wie etwa bei der Übergehung eines erheblichen Beweisantrags (vgl. BVerfGE 50, 32 = NJW 1979, 413; BVerfGE 60, 247).“ (BVerfG aaO).

- PR 06/09 -

Juristischer Verlag Juridicus

SachsAnhVwVG

behördliche Vollstreckungsmaßnahmen

öffR

§§ 23, 58

Rechtsschutz

(BVerfG in NVwZ 2009, 580; Beschluss vom 24.02.2009 – 1 BvR 188/09)

I. Bei **Ersuchen um Vornahme von Vollstreckungshandlungen durch andere Behörden** handelt es sich **nicht um Verwaltungsakte, sondern um zwischenbehördliche Akte der Rechtshilfe**. Mangels Verwaltungsaktqualität sind die Anträge dem Vollstreckungsschuldner daher nicht bekannt zu geben.

„Der Senat teilt die Auffassung des BVerwG (NJW 1961, 332 m.w. Nachw.; so auch: Tipke-Kruse, AO 1977, § 322 Rn 32ff.; a.A. BFH NVwZ 1990, 799 = BStBl 1990, 44), dass das Ersuchen um Vornahme von Vollstreckungshandlungen durch andere Behörden - gegen die sich hier der Ast. wendet - keine Verwaltungsakte sind, sondern zwi-

schenbehördliche Akte der Rechtshilfe, die weder unmittelbare Rechtswirkung nach außen haben noch an den Vollstreckungsschuldner zu richten sind. Die Anträge sind zwar wie die Sach- oder Forderungspfändung Maßnahmen der Zwangsvollstreckung (insoweit zutr.: BFH BStBl. 1983, 653), sie sind aber nicht auf unmittelbare Rechtswirkung nach außen gerichtet (§ 35 VwVfG). Mangels Verwaltungsaktsqualität sind die Anträge dem Vollstreckungsschuldner nicht bekannt zu geben (a.A. BFH NVwZ 1990, 799). Sie richten sich an das Vollstreckungsgericht bzw. Grundbuchamt, die für das Vollstreckungsverfahren verantwortlich sind. Insoweit gilt für die Anträge der Vollstreckungsbehörde dasselbe wie für Amtshilfeersuchen, die ebenfalls keine Verwaltungsakte sind (vgl. Stelkens/Bonk/Sachs, VwVfG, § 322 Rn 31 m.w. Nachw.). Erst die Maßnahmen des Vollstreckungsgerichts oder Grundbuchamts sind auf unmittelbare Rechtswirkung nach außen gerichtet. Bei dem Antrag nach § 58 SachsAnhVwVG handelt es sich um den verfahrensrechtlich gebotenen Antrag, wie ihn auch sonst jeder Gläubiger zu stellen hat. Auch dies spricht dagegen, den Antrag der Vollstreckungsbehörde als Verwaltungsakt zu qualifizieren (so Tipke/Kruse, § 322 Rn 31). Gegen einen Antrag nach § 58 SachsAnhVwVG kann der Vollstreckungsschuldner daher weder durch Anfechtungsklage noch durch einen Antrag auf Aussetzung der Vollziehung vorgehen.“ (BVerfG aaO).

- II. Gleichwohl ist der **Vollstreckungsschuldner nicht rechtsschutzlos**, denn ihm wird durch die allgemeine Leistungsklage in Form der **Abwehrklage gegen die bereits erfolgte schlicht-hoheitliche Maßnahme der Vollstreckungsbehörde** und in Form der **vorbeugenden Unterlassungsklage gegen künftige Ersuchen der Vollstreckungsbehörde** gewährt.

„Die Tatsache, dass die Anträge nicht auf unmittelbare Rechtswirkung nach außen gerichtet sind, [bedeutet] nicht das Fehlen jeglicher **Rechtsbeeinträchtigung**. Diese liegt bereits in dem **Antrag der Vollstreckungsbehörde**, weil das Vollstreckungsgericht (Grundbuchamt) die Voraussetzungen der Vollstreckung nicht überprüfen darf. Rechtsschutz wird insoweit durch die allgemeine Leistungsklage in Form der Abwehrklage gegen die bereits erfolgte schlicht-hoheitliche Maßnahme der Vollstreckungsbehörde und in Form der vorbeugenden Unterlassungsklage gegen künftige Ersuchen der Vollstreckungsbehörde gewährt. Damit ist ausreichender Rechtsschutz gegen die Anträge der Vollstreckungsbehörde an das Vollstreckungsgericht bzw. Grundbuchamt gewährleistet (so auch: Kruse, in: Tipke/Kruse, § 322 Rn 33).“ (BVerfG aaO).

- PR 06/09 -

Juristischer Verlag Juridicus

HessGO
§ 8b**Bürgerbegehren
statthafte Klageart**

öffR

(VG Gießen in NVwZ-RR 2009, 446; Urteil vom 26.09.2008 – 8 K 1365/08)

Statthafte Klageart für ein Verfahren, das auf die **Zulässigkeit eines Bürgerbegehrens** gerichtet ist, ist die **Verpflichtungsklage**.

„Das Begehren der Kl., die Zulassung des von ihnen unterstützten Bürgerbegehrens zu erreichen, ist im Wege der Verpflichtungsklage zu verfolgen, weil die hierzu gem. § 8b IV 2 HessGO erforderliche Entscheidung der Gemeindevertretung der Bekl. einen Verwaltungsakt darstellt (Spies, Bürgerversammlung, Bürgerbegehren, Bürgerentscheid 1999, S. 253; H. Schmidt HSGZ 2004, 136; Steinwachs/Zeiss VR 1998, 203; vgl. ferner: VG Gießen BeckRS 2008, 38395): Durch die Entscheidung der Gemeindevertretung wird gegenüber den Unterstützern des Bürgerbegehrens verbindlich und mit Außenwirkung festgestellt, ob die Voraussetzungen für die Durchführung eines Bürgerentscheids erfüllt sind. Der Beschluss trifft mithin eine Regelung zu einem subjektiv-öffentlichen Recht der Gemeindebürger (vgl. hierzu: VGH Kassel NVwZ-RR 2000, 451 = HSGZ 2000, 143) und betrifft nicht eine Position des Innenrechts der Gemeinde (eine Verpflichtungsklage bejahen ebenfalls nach Maßgabe des jeweils einschlägigen Landesrechts: OVG Münster NVwZ-RR 2003, 448f.; VGH Mannheim NVwZ-RR 1994, 110; VGH München BeckRS 2008, 36029 = BayVBl 2008, 241f.; OVG Greifswald NVwZ 1997, 306f.; VG Hamburg BeckRS 2008, 36779 = NordÖR 2008, 167).

Soweit der VGH Kassel demgegenüber in Streitigkeiten auf Zulassung eines Bürgerbegehrens von einer Feststellungsklage ausgeht (VGH Kassel NVwZ-RR 2000, 451), ist dies im Hinblick auf den anzunehmenden Verwaltungsaktscharakter der Entscheidung der Gemeindevertretung nicht überzeugend (vgl. hierzu auch: OVG Saarlouis BeckRS 2008, 36780; OVG Koblenz NVwZ-RR 1997, 241; OVG Lüneburg NdsVBl 1998, 96 = BeckRS 2005, 20593; OVG Bautzen NVwZ-RR 1998, 253f. - die bezogen auf das jeweils einschlägige Landesrecht ebenfalls von einer Feststellungsklage ausgehen, jedoch anders als VGH Kassel - zugleich das Vorliegen eines Kommunalverfassungsstreits bejahen).“ (VG Gießen aaO).

Speziell für Rechtsanwälte und Notare

Gebühren und Kosten

VV RVG
Nr. 1000, 3104

Einigungs- und Terminsgebühr
bei mehreren Rechtsstreitigkeiten derselben Partei

RVG

(OLG Düsseldorf in NJOZ 2009, 183; Beschluss vom 04.03.2009 – 10 WF 36/08)

Bei **gemeinsamer Einigung in mehreren Rechtsstreitigkeiten derselben Parteien** entsteht **nur eine Einigungs- und Terminsgebühr**, die nach den zusammengerechneten Werten der Einigungsgegenstände zu berechnen ist.

*„Dies gilt auch dann, wenn zuvor **keine förmliche Verbindung nach § 147 ZPO** erfolgt ist oder gar nicht zulässig war. Der Abschluss eines einheitlichen gerichtlichen Vergleichs bringt den übereinstimmenden Willen des Gerichts, der Parteien und ihrer Anwälte zum Ausdruck, die Sachen für die Einigung als miteinander verbunden zu behandeln (Gerold/Schmidt-Müller-Rabe, RVG, 18. Aufl., Nr. 1000 VV-RVG Rn 351; Gerold/Schmidt-v. Eicken, RVG, 17. Aufl., Nr. 1000 VV-RVG Rn 45).“*
(OLG Düsseldorf aaO).

VV RVG
Nr. 2300, 2503 II 1, 3100

Geschäftsgebühr
anteilige Anrechnung auf BRH-Gebühr

RVG

(OLG Stuttgart in NJOZ 2009, 1856; Beschluss vom 28.10.2008 – 8 W 438/08)

Liegen die **Voraussetzungen für die Gewährung von Beratungshilfe** gem. § 1 I Nr. 1, II BerHG und für die **Bewilligung von Prozesskostenhilfe ohne Zahlungspflichten** für die bedürftige Partei **vor**, so **kommt die Anrechnung** gem. Teil 3 Vorb. 3 IV VV-RVG **einer hälftigen Geschäftsgebühr** nach Nr. 2300 VV-RVG **nicht in Betracht**; es ist lediglich die im Rahmen der Beratungshilfe - fiktiv - entstehende Geschäftsgebühr nach Nr. 2503 VV-RVG anteilig abzuziehen (Nr. 2503 II 1 VV-RVG). Dies gilt selbst dann, wenn Beratungshilfe nicht in Anspruch genommen wurde.

*„Soweit die **Gegenmeinung** demgegenüber grds. eine höhere, nur ggf. gem. § 49 RVG ermäßigte hälftige Geschäftsgebühr gem. Nr. 2300 VVRVG auf die prozesskostenhilferechtliche Verfahrensgebühr auch im Verhältnis des beigeordneten Anwalts zur Staatskasse anrechnen will, wird dies dem Umstand nicht gerecht, dass **der beigeordnete Rechtsanwalt eine vorgerichtlich möglicherweise entstandene höhere Geschäftsgebühr** zumindest in entsprechender Anwendung von § 122 I Nr. 3 ZPO **regelmäßig nicht gegenüber seiner Partei geltend machen kann**, wenn er diese nicht auf die Möglichkeit der Inanspruchnahme von Beratungshilfe hingewiesen hat. Nach Auffassung von Mayer (Gerold/Schmidt, 18. Aufl., Nr. 2503 VVRVG Rn 33) entsteht in solchen Fällen schon von vornherein keine Geschäftsgebühr gemäß Nr. 2300 VVRVG, sondern lediglich eine pauschale Beratungshilfegebühr gem. Nr. 2503 VVRVG.“*

Bei dieser Sachlage entspricht es nach Auffassung des Senats aber weiterhin **Sinn und Zweck der prozesskostenhilferechtlichen Regelungen**, auch in Anbetracht der Auslegung von Vorb. 3 IV VV-RVG nach der neuen Rspr. des BGH, die letztgenannte Vorschrift auf die im gerichtlichen Verfahren angefallene prozesskostenhilferechtliche Verfahrensgebühr nur dergestalt anzuwenden, dass **im Regelfall nur eine hälftige Beratungshilfegebühr angerechnet** wird.

Mit der Anrechnungsbestimmung in Vorb. 3 IV VVRVG soll der von einem Rechtsanwalt für eine vorgerichtliche und anschließend gerichtliche Tätigkeit durch das RVG erweiterte begründete Gebührenanspruch begrenzt werden. So wird die 1,3-Regel-Geschäfts- und Verfahrensgebühr insgesamt auf das 1½-fache begrenzt. Würde man die Anrechnungsbestimmung in Vorb. 3 IV VV-RVG nach der für Fälle ohne Prozesskostenhilfebewilligung entwickelten neuen Rechtsprechung des BGH ohne Einschränkung unverändert auch auf den Gebührenerstattungsanspruch des beigeordneten Rechtsanwalts gegen die Staatskasse anwenden, so würde dieser wegen des von ihm für seine vorgerichtliche Tätigkeit nur erzielbaren Anspruchs auf eine pauschale Beratungshilfegebühr bei Streitwerten über 1500 Euro für eine vorgerichtliche und gerichtliche Tätigkeit insgesamt sogar weniger von der Staatskasse erhalten, als wenn er nur im gerichtlichen Verfahren tätig geworden wäre. Von einer bereits vorgerichtlich bedürftigen Partei kann er einen weitergehenden Gebührenanspruch regelmäßig weder rechtlich noch tatsächlich bezahlt verlangen. Eine solche Auswirkung ist aber nicht Sinn und Zweck der Anrechnungsbestimmung.

Die **Staatskasse** wird **durch einschränkende Auslegung der Anrechnungsbestimmung nicht unangemessen benachteiligt**. Diese trägt lediglich dem Umstand Rechnung, dass trotz der vorgerichtlichen Tätigkeit des späteren Prozessbevollmächtigten ein gerichtliches Verfahren nicht vermieden werden konnte.

Für diese Auslegung sprechen auch **Gründe der Prozessökonomie**, da ein Bevollmächtigter sonst geneigt sein könnte, anstelle der Übernahme einer vorgerichtlichen Tätigkeit alsbald zu klagen, um sich bei einer fehlenden Zahlungsfähigkeit des Mandanten zumindest die ungekürzten Gebühren für das gerichtliche Verfahren zu sichern.

Bei der Anwendung der hier vertretenen Auffassung ist allerdings zu prüfen, ob im Rahmen der vorgerichtlichen Tätigkeit ebenfalls von der Bedürftigkeit des Mandanten auszugehen ist, was aber zumindest bei zeitnaher vorgerichtlicher Tätigkeit des Bevollmächtigten in der Regel der Fall sein wird.

Anzurechnen ist eine hälftige Beratungshilfegebühr gem. Nr. 2503 VV-RVG auch dann, wenn Beratungshilfe im konkreten Fall nicht in Anspruch genommen wurde, denn vorgerichtliche Gebührenansprüche sind im gerichtlichen Vergütungsverfahren nicht festsetzbar (BGH NJW 2008, 1323).

Lediglich wenn Beratungshilfe ggf. zu versagen gewesen wäre - etwa, weil für Geltendmachung von Unterhalt die Unterstützung durch eine öffentliche Stelle verfügbar gewesen wäre -, muss auch eine solche Anrechnung unterbleiben.“ (OLG Stuttgart aaO).

VV RVG
Nr. 6101

Terminsgebühr Vernehmung des Verfolgten

RVG

(OLG Oldenburg in NSiZ-RR 2009, 192; Beschluss vom 16.03.2009 – Ausl 56/08)

Im Auslieferungsverfahren steht dem Beistand eine Terminsgebühr nur für die Teilnahme an Verhandlungsterminen vor dem OLG gem. §§ 30 IV, 31 IRG zu, nicht für diejenige an amtsgerichtlichen Terminen, die lediglich die Verkündung des Haftbefehls und eine Vernehmung des Verfolgten gem. § 28 IRG zum Gegenstand haben.

I. **Unter welchen Bedingungen im Verfahren nach dem IRG Terminsgebühren anfallen, ist umstritten.**

Nr. 6101 VV-RVG bestimmt, dass eine Terminsgebühr je Verhandlungstag entsteht. In **Abs. 3 der amtlichen Vorb. 6** heißt es, dass die Terminsgebühr für die Teilnahme an gerichtlichen Terminen entstehe, soweit nichts anderes bestimmt sei.

Diese Regelung lässt **unterschiedliche Deutungen** zu:

- **Teilweise** wird mit Blick auf die amtliche Vorb. 6 die Auffassung vertreten, mangels hinreichender Anhaltspunkte dafür, dass der Gesetzgeber seine weit gespannte Regelung in der Vorb. habe einschränken wollen, sei davon auszugehen, dass die Teilnahme an jedweden gerichtlichen Terminen den Gebührenanspruch auslöse.

OLG Jena NSiZ-RR 2008, 63; Volpert, in: ZAP-RVG, 2. Aufl., Nr. 6101 VV, Rn 2; Hufnagel JurBüro 2007, 455

- **Überwiegend** wird jedoch die Ansicht vertreten, die Formulierung der Ziffer 6101 („je Verhandlungstag“) lasse deutlich werden, dass es **tatsächlich einer Verhandlung bedürfe**, so dass lediglich mündliche Verhandlungen vor dem OLG gem. den §§ 30 III, 31 IRG geeignet seien, eine Terminsgebühr auszulösen. Die bloße Teilnahme des Beistands an einem **Termin zur Verkündung** des Auslieferungshaftbefehls und der damit einhergehenden Vernehmung des Verfolgten gem. § 28 IRG sei demgegenüber **nicht geeignet, die Gebühr auszulösen**.

OLG Stuttgart AGS 2008, 34; OLG Koblenz Rpfleger 2008, 442; OLG Köln NJW-RR 2007, 71; OLG Dresden AGS 2007, 355; OLG Bamberg JurBüro 2007, 484; OLG Hamburg AGS 2006, 290; OLG Hamm AGS 2006, 343; OLG Bremen AGS 2005, 443; Hartmann, KostenG, 37. Aufl., zu VV 6100, 6101 Rn 7; Gerold/Schmidt-Madert, RVG, 18. Aufl., VV 6100-6101 Rn 17; Mayer/Kroiß, RVG, 3. Aufl., Nr. 6100, 6101 Rn 4

II. **OLG Oldenburg aaO** schließt sich der herrschenden Auffassung an.

„Hierfür sprechen mehrere Gesichtspunkte:

Zum einen ist die **Anhörung in Auslieferungsverfahren** gem. § 28 IRG **maßgeblich durch Belehrungspflichten geprägt** und dadurch, dass das AG die Erklärungen des Verf. zu Protokoll nimmt. Die Entscheidungskompetenz des AG ist ansonsten weitreichend eingeschränkt (vgl. OLG Koblenz Rpfleger 2008, 442; OLG Stuttgart AGS 2008, 34). In Anbetracht seines **stark formalisierten Ablaufes** und des Umstandes, dass eine inhaltliche Auseinandersetzung mit den Voraussetzungen einer Auslieferung für gewöhnlich erst im nachhinein schriftlich erfolgt, unterscheidet sich der Verkündungstermin deutlich von einem Verhandlungstermin. Mit Rücksicht darauf erscheint es nicht unangemessen, die Teilnahme des Beistandes als durch die Verfahrensgebühr mit abgegolten anzusehen, wie es auch auf der Grundlage des früher einschlägigen § 106 BRAGO der überwiegenden Auffassung entsprach (vgl. OLG Köln NJW-RR 2007, 71 mwN).

Vor allen Dingen aber spricht für ein entsprechendes Verständnis der Gebührenvorschrift ein **Vergleich mit Nr. 4102 Nr. 3 VV-RVG**: Nach dieser Regelung sind auch Termine zur Verkündung eines die Untersuchungshaft anordnenden Haftbefehls nur dann geeignet, eine Terminsgebühr auszulösen, wenn über die Anordnung und Fortdauer der Untersuchungshaft „verhandelt“ wird.“ (OLG Oldenburg aaO).

RVG
§ 14 II 1

Kostenfestsetzungsverfahren keine Verbindlichkeit einer zu niedrig berechneten Geschäftsgebühr

RVG

(OLG Celle in NSiZ-RR 2009, 158; Beschluss vom 19.12.2008 – 2 Ws 365/08)

§ 14 II 1 RVG ist im **Kostenfestsetzungsverfahren** gegen den Prozessgegner des Auftraggebers des Anwalts **nicht anzuwenden**. Wird daher die Festsetzung einer zu niedrig berechneten Geschäftsgebühr beantragt, kann die angemessene Vergütung in einem derartigen Fall durch den Rechtspfleger oder das Gericht im Verfahren nach § 104 ZPO bestimmt werden.

„Vorbem. 3 IV zu Nr 3100 ff. VV-RVG bestimmt, dass eine nach den Nr 2300 bis 2303 entstehende Geschäftsgebühr zur Hälfte auf die Verfahrensgebühr des gerichtlichen Verfahrens angerechnet wird. Indem das Gesetz auf die entstehende Geschäftsgebühr abstellt, wird deutlich, dass es nicht auf die vom Anwalt in Rechnung gestellte Gebühr, sondern allein darauf ankommt, welche Gebühr für die vorgerichtliche Tätigkeit tatsächlich entstanden ist.“

Ist die Gebühr von einem Dritten zu ersetzen, ist die **von dem Rechtsanwalt getroffene Bestimmung nicht verbindlich, wenn sie unbillig ist** (§ 14 I 4 RVG). Unbilligkeit in diesem Sinne ist nicht nur dann gegeben, wenn der Rechtsanwalt eine zu hohe Gebühr berechnet. Die Unbilligkeitsregelung des § 14 I 4 RVG ist vielmehr auch dann anwendbar, wenn der Rechtsanwalt seinem eigenen Mandanten eine zu geringe Gebühr in der Absicht berechnet, dadurch eine höhere Kosten-erstattung vom im Rechtsstreit unterlegenen Prozessgegner zu erlangen.

Das ist hier nicht der Fall, weil die behauptete Berechnung einer bloßen 0,65 Geschäftsgebühr für die vorprozessuale Tätigkeit ganz offenkundig nur dazu dient, einen höheren Erstattungsanspruch gegen die Kl. zu erlangen. Die angemessene Vergütung wird in einem derartigen Fall durch den Rechtspfleger oder das Gericht im Kostenfestsetzungsverfahren bestimmt (entsprechende Anwendung von § 315 III 2 BGB).“ (OLG Celle aaO).

GKG
§ 39 I

Streitwertbestimmung Ausländerrecht

GKG

(VGH Mannheim in NVwZ-RR 2009, 456; Beschluss vom 12.02.2009 – 13 S 2863/08)

Sind mehrere **Nebenbestimmungen oder andere Zusätze zu einer ausländerrechtlichen Duldung umstritten**, ist der **Streitwert insgesamt** nur auf **5.000 €** festzusetzen; eine Addition nach § 39 I GKG findet insoweit nicht statt.

„Bei ausländerrechtlichen Streitverfahren, die im Wege der Hauptsacheklage auf Duldung, d.h. auf Aussetzung einer Abschiebung gerichtet sind, ist grds. nach der Rspr. des erkennenden Gerichtshofs der **Auffangstreitwert von 5.000 €** festzusetzen; gleiches gilt für Streitigkeiten, mit welchen sich der Kläger gegen eine Nebenbestimmung zu einer ihm bereits erteilten Duldung wendet.

Nach der Rspr. des Senats ist aber auch dann, wenn wie hier mehrere Nebenbestimmungen oder andere Zusätze zu einer ausländerrechtlichen Duldung in Streit stehen, der Streitwert insgesamt nur auf 5.000 € festzusetzen; eine Addition nach § 39 I GKG findet insoweit nicht statt.

Hierbei kann offen bleiben, welche Rechtsnatur die angegriffenen Nebenbestimmungen oder sonstigen Zusätze haben und ob es sich bei den von dem Kl. geltend gemachten Begehren prozessual um mehrere Streitgegenstände handelt, denn auch dann findet nicht in jedem Fall eine Zusammenrechnung statt. Im Anwendungsbereich des § 5 ZPO war allgemein anerkannt, dass das Vorliegen mehrerer prozessualer Ansprüche nur eine von zwei Voraussetzungen für eine Addition der Streitwerte ist. Zusätzlich müssen die geltend gemachten Ansprüche wirtschaftlich selbständig sein (Schumann, Anspruchsmehrheiten im Streitwertrecht, NJW 1982, 2800). Dieses Erfordernis wird im Bereich des Zivilprozesses beispielsweise bei einer Verbindung des Leistungsantrags mit einem Feststellungsbegehren oder bei dem Antrag auf Rückzahlung des Darlehens, der mit dem Antrag auf Herausgabe der sicherungsübereigneten Sache verbunden ist, verneint (Nachw. bei Schumann aaO).

Auch im Bereich des Verwaltungsprozesses kann eine **wirtschaftliche Identität trotz unterschiedlicher Streitgegenstände** vorliegen, die einer Addition der Einzelstreitwerte entgegensteht.

Gem. § 39 I GKG sind die einzelnen Streitwerte für die Anspruchsbegehren hier deshalb nicht zu addieren (vgl. hierzu auch Ziff 1.1.1 des Streitwertkatalogs für die Verwaltungsgerichtsbarkeit in der maßgeblichen Fassung 2004, NVwZ 2004, 1327). Der Gedanke, dass eine Addition bei einer wirtschaftlichen Einheitlichkeit mehrerer Begehren nicht stattfindet, gilt auch im Anwendungsbereich des § 39 I GKG, da insoweit nur die Regel des § 5 ZPO auf alle Gerichtsbarkeiten übertragen werden sollte (vgl. BT-Drucks. 15/1971, 154). Eine **wirtschaftliche Einheitlichkeit** in diesem Sinne liegt **auch dann vor, wenn mehrere Nebenbestimmungen oder sonstige Zusätze, die einer ausländerrechtlichen Duldung beigefügt sind, umstritten sind**. Es handelt sich um Begehren, die **im Verhältnis zueinander keine wirtschaftlich selbstständige Bedeutung** haben. Letztlich möchte der Kl. eine einheitliche Duldung erhalten, die nicht mit den von ihm angegriffenen Einschränkungen versehen ist. Bei dieser Ausgangslage würde es nicht der Bedeutung der Sache entsprechen, den Streitwert im Streit um (auch mehrere) Nebenbestimmungen oder sonstige Zusätze einer Duldung höher anzusetzen als den Streitwert um die Duldung selbst. Das Interesse an der Aufhebung einzelner Nebenbestimmungen oder sonstiger Zusätze zu einer Duldung kann insgesamt nicht höher sein als das Interesse daran, überhaupt im Bundesgebiet bleiben zu dürfen. Der vorliegende Fall ist daher mit den oben angeführten Fallgruppen vergleichbar, in denen eine wirtschaftliche Eigenständigkeit allgemein verneint wird.“ (VGH Mannheim aaO).

GKG
§ 45

Klage und Widerklage Wertaddition

GKG

(OLG Düsseldorf in NJW 2009, 151; Beschluss vom 11.11.2008 – 10 W 114/08)

Begehrt der Vermieter mit der Klage die Zahlung der sich aus der Betriebskostenabrechnung ergebenden Nachforderung und verlangt der Mieter widerklagend die Rückzahlung sämtlicher geleisteter Vorauszahlungen hinsichtlich des abgerechneten Zeitraums, so ist bei der Festsetzung des Streitwerts der **Wert von Klage und Widerklage zu addieren**.

„Zwar ist gem. § 45 I 3 GKG nur der Wert des höheren Anspruchs (hier: der Widerklage) maßgebend, wenn Klage und Widerklage denselben Gegenstand betreffen. Diese Voraussetzungen liegen jedoch entgegen der Auffassung des LG nicht vor. Ebenso wie die **Vorgängerregelung des § 19 GKG a.F.** ist es Zweck des § 45 I GKG, den Gebührenstreitwert niedrig zu halten, wenn die gemeinschaftliche Behandlung von Klage und Widerklage die Arbeit des Gerichts vereinfacht (BGH NJW-RR 2005, 506; Hartmann, KostenG, 37. Aufl., § 45 GKG Rn 26ff.). Deshalb kommt es nicht auf den zivilprozessualen Streitgegenstandsbegriff an, den § 45 I GKG auch nicht erwähnt (BGH NJW-RR 2005, 506; NJW 1994, 3292; Binz/Dörndorfer/Petzold/Zimmermann, GKG, § 45 Rn 4).

Der **kostenrechtliche Gegenstandsbegriff der Vorschrift erfordert vielmehr eine wirtschaftliche Betrachtung**: Eine Zusammenrechnung hat grds. nur dort zu erfolgen, wo durch das Nebeneinander von Klage und Widerklage eine „**wirtschaftliche Werthäufung**“ entsteht, beide also nicht das **wirtschaftlich identische Interesse** betreffen (BGH NJW-RR 2005, 506). Hiervon ist nach der von der Rspr. entwickelten „Identitätsformel“ grundsätzlich auszugehen, wenn die Ansprüche aus Klage und Widerklage nicht in der Weise nebeneinander stehen können, dass das Gericht unter Umständen beiden

stattgeben kann, sondern die Verurteilung nach dem einen Antrag notwendigerweise die Abweisung des anderen Antrages nach sich zieht (BGH NJW-RR 2005, 506; NJW-RR 2003, 713; BGHZ 43, 31 = NJW 1965, 444; RGZ 145, 164; Hartmann, § 45 GKG Rn 10 ff.: Nämlichkeit des Streitgegenstands).

Zwar liegen diese Voraussetzungen grds. vor, weil die Verurteilung zur Zahlung der Nachforderungen aus den streitgegenständlichen Betriebskostenabrechnungen der Kl. zugleich die Abweisung der Widerklage auf Rückzahlung der für den abgerechneten Zeitraum von dem Bekl. geleisteten Betriebskostenvorauszahlungen bedingt. Der Nämlichkeitsgrundsatz erfährt jedoch dann eine **Ausnahme**, wenn **mit Klage und Widerklage Teilansprüche aus demselben Rechtsverhältnis hergeleitet** werden (Binz/Dörndorfer/Petzold/Zimmermann, § 45 Rn 4; Meyer, GKG, 9. Aufl., § 45 Rn 12, 14). So wird etwa eine Wertaddition trotz materiellen Gleichlaufs bejaht, wenn bei einem Werkvertrag der Besteller Rückgewähr seiner Anzahlung, der Unternehmer dagegen den restlichen Werklohn verlangt (OLG Bamberg JurBüro 1979, 252), wenn der Käufer die Rückzahlung der geleisteten Kaufpreisanzahlung begehrt, der Verkäufer widerklagend die restliche Kaufpreissumme (OLG Nürnberg AnwBl 1983, 89), wenn die Parteien um einen Teil des Werklohnanspruchs streiten, der der Summe der mit Klage und Widerklage verlangten Beträge entspricht (OLG Celle AnwBl 1964, 177) oder wenn der Beklagte gegenüber einer Mietzinsklage den Einwand der Minderung erhebt und wegen desselben Mangels widerklagend die Bereicherungsklage wegen überzahlter Miete für vorherige Zeiträume erhebt (LG Hamburg WuM 1993, 477). In diesem Sinn hat schon das RG (JW 1893, 485) entschieden und bei einer Klage auf Herabsetzung einer Enteignungsentschädigung und einer Widerklage auf deren Erhöhung eine Verschiedenheit der Gegenstände angenommen.

Allen diesen Beispielen ist gemein, dass bei der gebotenen wirtschaftlichen Betrachtung unterschiedliche Vermögenspositionen betroffen sind und nicht nur die jeweiligen mit Klage oder Widerklage geltend gemachten Teilbeträge, sondern der gesamte Anspruch den Gegenstand des Rechtsstreits bildet. Damit entsteht in diesen Fällen eine wirtschaftliche Werthäufung, der auch bei Nämlichkeit des Streitgegenstands ausnahmsweise durch eine Zusammenrechnung der Werte von Klage und Widerklage Rechnung zu tragen ist (Binz/Dörndorfer/Petzold/Zimmermann, § 45 Rn 4; Hartmann, § 45 GKG Rn 18ff.; i.Erg. auch Schneider/Herget, Streitwert, 12. Aufl., Rn 3098f.).

Hieran gemessen ist auch im Streitfall eine Wertaddition von Klage und Widerklage vorzunehmen: Begehrt der Vermieter mit der Klage die Zahlung der sich nach Abzug der Vorauszahlungen des Mieters aus der erstellten Jahresabrechnung zu seinen Gunsten errechneten Nachforderung und verlangt der Mieter widerklagend die Rückzahlung sämtlicher die abgerechnete Periode betreffenden Vorauszahlungen, steht wirtschaftlich gesehen die gesamte Betriebskostenabrechnung, eingeschlossen die geleisteten Vorauszahlungen, in Streit und bildet wertmäßig den Gegenstand des Rechtsstreits.“ (OLG Düsseldorf aaO).

Aus der Praxis

BRAO
§§ 7 Nr.10, 14 II Nr.5, 47

zulässige Nebentätigkeit
Juniorprofessur

BRAO

(AGH NRW in AnwBl 2009, 455; Beschluss vom 21.11.2008 – 1 AGH 68/08)

Die **Tätigkeit als Juniorprofessor in einem Beamtenverhältnis ist mit dem Beruf des Rechtsanwalts unvereinbar.**

- I. Aus der **gesetzgeberischen Wertung der §§ 7 Nr. 10, 14 II Nr. 5, 47 BRAO** ergibt sich, dass die Zulassung von aktiven Angehörigen des öffentlichen Dienstes zur Rechtsanwaltschaft dem Gedanken, **Freiheit und Unabhängigkeit des Anwaltsberufs zu schützen**, widerspricht (BGH BRAK-Mitt. 2008, 137).

Zur Erreichung des gesetzgeberischen Ziels ist eine **deutliche Trennung des Rechtsanwaltsberufs von einer Tätigkeit im öffentlichen Dienst erforderlich**, weil die Mittel der Berufsaufsicht Abhängigkeitsverhältnisse nicht zuverlässig ausschließen können oder jedenfalls in den Augen der Öffentlichkeit nicht gleich wirksam sind. Für die Betroffenen ist die dadurch zum Ausdruck kommende Beschränkung ihrer Berufsfreiheit allerdings nur dann zumutbar, wenn sie nicht starr gehandhabt wird. Der öffentliche Dienst ist vielgestaltig. Es muss deshalb im Einzelfall geprüft werden, ob die gleichzeitige Ausübung des Anwaltsberufs und eine Tätigkeit im öffentlichen Dienst die Belange der Rechtspflege gefährden kann.

- II. Eine **Gefahr für die Rechtspflege** ist nach der BGH-Rspr. (BGH BRAK-Mitt. 2008, 137) gegeben, wenn der Rechtsanwalt öffentliche Aufgaben von einer Art wahrnimmt, dass das rechtsuchende Publikum den Eindruck gewinnen kann, die Unabhängigkeit des Anwalts sei durch Bindungen an den Staat beeinträchtigt. Das kann insbesondere dann der Fall sein, wenn der Rechtsanwalt in seinem Zweitberuf hoheitlich tätig wird.

*„Der Ast. hat selbst eingeräumt, dass er auf dem Gebiet der **Benotung von Studienleistungen** mit der **Ausübung hoheitlicher Gewalt** Dritten gegenüber befasst ist. In der Senatsverhandlung hat der Ast. bestätigt, dass er als Prüfer im Ersten juristischen Staatsexamen tätig ist. Ferner hat er angegeben, dass er neben seiner Tätigkeit in Promotionsverfahren auch als Prüfer im neugeschaffenen Bachelor-Studiengang tätig werden wird. Nach § 1 I JAG des Landes BW besteht die Erste juristische Prüfung aus der staatlichen Pflichtfachprüfung und aus der universitären Schwerpunktprüfung. Nach § 1 III 1 dieses Gesetzes sowie nach § 26 I JAPrO wird die Schwerpunktprüfung der Ersten juristischen Prüfung von den Universitäten in eigener Verantwortung abgenommen. Nach § 34 JAPrO ist Voraussetzung für das Bestehen der Ersten juristischen Prüfung das Bestehen der Universitätsprüfung. Damit handelt es sich bei der Tätigkeit des Ast. nicht um eine solche, die rein wissenschaftlich ausgerichtet ist und bei der eine Gefahr für die Interessen der Rechtspflege nicht besteht (BGH BRAK-Mitt. 1982, 124).*

*Diese hoheitliche Tätigkeit des Ast. in seiner Eigenschaft als Zeitbeamter innerhalb des Ersten juristischen Staatsexamens ist mit dem Anwaltsberuf schlechthin nicht vereinbar; sie gefährdet die Interessen der Rechtspflege, so dass eine ausnahmsweise Gestattung der weiteren Ausübung des Berufs als Anwalt durch den Antragsteller nicht in Betracht kommt. Denn jede hoheitliche Tätigkeit steht in **Widerspruch zu der** in § 3 BRAO normierten **Unabhängigkeit des Rechtsanwalts** (BGH BeckRS 2002, 30254935; EGMR BRAK-Mitt. 2007, 216; vgl. auch BGH NJW 1987, 3011). Daran ändert auch nichts der Umstand, dass Prüfer nach § 3 II JAG des Landes in der Ausübung des Prüferamtes unabhängig sind. Entscheidend ist, dass der Ast. in seiner Eigenschaft als Zeitbeamter unmittelbar und inhaltlich gestaltend an dem Zustandekommen von Verwaltungsakten mitwirkt.*

*Auch der Hinweis des Ast. darauf, dass er sich noch in der **Berufsfindungsphase** befinde, vermag kein anderes Ergebnis zu rechtfertigen: Zwar sind gerade die wirtschaftlichen Folgen einer Berufssperre bei der Anwendung der Inkompatibilitätsregelungen gegenüber Berufsanfängern zu berücksichtigen (BVerfG NJW 1995, 951). Für einen Härtefall fehlt angesichts der Vollzeit-Besoldung des Ast. nach der Besoldungsgruppe W 1 jeder Anhaltspunkt. Es ist entgegen der Auffassung des Ast. auch nicht verfassungsrechtlich gefordert, dass er beide Berufe nebeneinander und nicht etwa nacheinander erprobt. Auch die Dauer der Tätigkeit des Ast. als Zeitbeamter ist mit jedenfalls drei Jahren nicht so kurz bemessen, dass der Gesichtspunkt einer Gefährdung der Interessen der Rechtspflege zurückzustehen hätte oder eine solche bereits ausgeschlossen wäre.“ (AGH NRW aaO).*

- III. Das Vorliegen eines **Ausnahmefalles** ist auch aus anderen Gesichtspunkten ausgeschlossen.

1. Die **Belange der Rechtspflege** sind nach der Rspr. des BGH **auch dann gefährdet, wenn** bei den Rechtsuchenden die **Vorstellung entstehen kann, der Rechtsanwalt könne wegen seiner „Staatsnähe“ mehr als andere Rechtsanwälte für sie bewirken**, oder, umgekehrt, der Gegner eines solchen Rechtsanwalts den Eindruck der Benachteiligung gewinnen kann. Ob derartige Gefahren gegeben sind, muss anhand der konkreten Ausgestaltung des Angestelltenverhältnisses und der ausgeübten Tätigkeit geprüft werden. Dabei ist sowohl der Aufgabenbereich der Körperschaft, bei welcher der Rechtsanwalt angestellt ist, als auch deren Bedeutung im Bereich der Niederlassung des Rechtsanwalts zu berücksichtigen.
2. Die Tätigkeit des Ast. in seiner Eigenschaft als Zeitbeamter als Prüfer im Rahmen der Ersten juristischen Staatsprüfung begründet die sich deutlich abzeichnende, naheliegende Gefahr, dass Mandanten des Ast. sich vorstellen werden, dass seine hoheitliche Tätigkeit als Prüfer innerhalb des Ersten juristischen Staatsexamens diesen in die Lage versetzen könnte, mehr für seine Mandanten zu bewirken als andere Rechtsanwälte.

„Der Gefahr, dass die Öffentlichkeit den Eindruck gewinnen kann, der Ast. vermöge seine Stellung als Ausübender öffentlicher Gewalt für seine anwaltliche Tätigkeit auszunutzen, steht nicht entgegen, dass der Ast. sich

einer Kanzlei angeschlossen hat, zumal auch am Kanzleisitz eine Universität mit juristischer Fakultät ansässig ist. Der Umstand, dass der Ast. ausschließlich zivilrechtliche Mandate bearbeitet hat, rechtfertigt ebenfalls keine dem Ast. günstigere Entscheidung. Denn eine solche Selbstbeschränkung hängt allein vom Willen des Ast. ab und ist deshalb nicht kontrollierbar.“ (AGH NRW aaO).

3. Der Hinweis auf die **Tätigkeit von solchen Rechtsanwälten**, die nicht wie der Ast. zugleich Zeitbeamte sind, **als Lehrbeauftragte oder als Prüfer** in den juristischen Staatsexamina rechtfertigt keine andere Bewertung, denn diese stehen in einem **öffentlich-rechtlichen Rechtsverhältnis eigener Art**, so dass auf sie **§ 47 BRAO keine Anwendung findet** (vgl. Feuerich/Weyland, 7. Aufl., § 47 BRAO Rn 9).
4. Hinzu kommt, dass der Versagungsgrund der unvereinbaren Tätigkeit schließlich auch deshalb vorliegt, weil der Ast. **rechtlich nicht die Möglichkeit** hat, den **Rechtsanwaltsberuf mit dem unerlässlichen Maß an Unabhängigkeit von seinem Dienstherrn auszuüben**.

„Nach der Rspr. des BGH (vgl. BGH NJW-RR 1995, 949) muss dem in einem anderen Beruf abhängig beschäftigten Rechtsanwalt von seinem Arbeitgeber **unwiderruflich die Tätigkeit als Rechtsanwalt gestattet** sein; die **Genehmigung darf nicht einseitig vom Arbeitgeber widerrufen werden können**. Es fehlt an der erforderlichen Unabhängigkeit, wenn der Rechtsanwalt rechtlich nicht in einer Position ist, in der ihm der Arbeitgeber nicht einseitig die Voraussetzung für seine Zulassung entziehen kann. Denn der Vorbehalt des jederzeitigen einseitigen Widerrufs schließt ein, dass sich der Arbeitgeber selbst im Einzelfall bei einem zeitlichen Konflikt in der Erledigung der anwaltlichen Tätigkeit mit einer betrieblichen Angelegenheit durch Ausübung des Direktionsrechts durchsetzt. Für den Bereich des Beamten hat der BGH bereits **entschieden (BGH BRAK-Mitt. 1995, 125), dass der Lebenszeitbeamte in einem öffentlich-rechtlichen Dienst- und Treuverhältnis steht, das ihm besondere Pflichten auferlegt und ihn bei der Übernahme und dem Umfang anderer Tätigkeiten grds. von Genehmigungen seines Dienstherrn abhängig macht und dass dieser Inhalt des Beamtenverhältnisses nicht in Einklang mit der Stellung eines Rechtsanwalts steht. Dabei unterscheidet sich die Stellung eines Hochschullehrers nicht grundlegend von derjenigen anderer Beamten (EGMR BRAK-Mitt. 2007, 216).**“ (AGH NRW aaO).

BORA
§ 10 I 3

Benennungsgebot Namensnennung bei Kurzbezeichnung im Briefkopf

BORA

(BVerfG in AnwBl 2009, 449; Beschluss vom 24.03.2009 – 1 BvR 144/09)

Bei Verwendung der Kurzbezeichnung „Rechtsanwälte“ auf dem Briefbogen einer Kanzlei müssen **mind. 2 Anwälte namentlich genannt** werden. Wird ein Rechtsanwalt von einem einzelnen Rechtsanwalt beschäftigt, kann durch **ausdrückliche Hinweise** an die Rechtssuchenden **auf ein Anstellungsverhältnis oder eine freie Mitarbeit** die Annahme einer Scheinsozietät vermieden werden.

- I. Nach **§ 9 BORA** dürfen Rechtsanwälte in bestimmten Fällen beruflicher Zusammenarbeit, etwa bei einer Sozietät, bei einem Anstellungsverhältnis oder bei freier Mitarbeit, eine Kurzbezeichnung führen. Einzelheiten zur Verwendung einer solchen Kurzbezeichnung auf Briefbögen eines Rechtsanwalts regelt § 10 I BORA.

„Die [vorgenannte] Regelung dient der **Transparenz** sowie der **Information des rechtsuchenden Publikums** und damit hinreichenden Belangen des Gemeinwohls (vgl. BVerfG NJW 2008, 502). So werden Rechtsuchende durch die namentliche Benennung der Rechtsanwälte auf dem Briefbogen in die Lage versetzt, mögliche Interessenwiderstreite abzuschätzen (vgl. BVerfG NJW 2002, 2163). Zwar wird dieser Gemeinwohlbelang in erster Linie mit der Verpflichtung zur namentlichen Benennung sämtlicher Gesellschafter aus § 10 I 1 BORA verfolgt. Jedoch dient auch § 10 I 3 BORA der Information der Rechtsuchenden über die personelle Zusammensetzung der Kanzlei, indem er bei zulässigen Kurzbezeichnungen unabhängig von der internen Gesellschafterstellung zur namentlichen Angabe weiterer Berufsträger verpflichtet, sofern aus der Kurzbezeichnung hervorgeht, dass in der Kanzlei mehrere Berufsträger tätig sind. Dass dies dem Rechtsuchenden weitere Informationen zur Abschätzung eines potentiellen Interessenkonflikts verschafft, wird gerade in Fällen wie dem vorliegenden deutlich, weil die weitere in der Kanzlei des Beschwerdeführers tätige Rechtsanwältin zusätzlich noch eine eigene Kanzlei betreibt.“ (BVerfG aaO).

- II. Sofern mit einer Kurzbezeichnung auch eine Aussage über die Anzahl der in der Kanzlei aktiv tätigen Rechtsanwälte verbunden ist, bietet § 10 I 3 BORA den Rechtsuchenden auch insoweit Transparenz, als ihnen die namentliche Benennung der Berufsträger die **Kontrolle ermöglicht, ob die Kanzlei tatsächlich die durch die Kurzbezeichnung suggerierte Größe aufweist**.

„Die **Pluralbezeichnung** deutet nicht nur auf eine bestimmte Größe hin, sondern **erweckt** beim rechtsuchenden Publikum **auch die Erwartung, dass im Haftungsfall mehrere gesamtschuldnerisch haftende Gesellschafter zur Verfügung stehen**. Durch das Benennungsgebot wird aus dem Briefbogen mithin auch ersichtlich, welche Berufsträger auf Seiten der Kanzlei in möglichen künftigen Haftungsfällen dem Mandanten gegenüberstehen.“ (BVerfG aaO).

- III. Das Benennungsgebot ist auch ein **geeignetes Mittel zur Erreichung des verfolgten Zwecks**.

„Zwar ist dem Bf. zuzugeben, dass sich die personelle Zusammensetzung einer Kanzlei nicht abschließend aus dem Briefbogen ersehen lässt, weil nach § 10 I 3 BORA nur so viele Berufsträger namentlich aufgeführt sein müssen, wie dies der gewählten Kurzbezeichnung entspricht. Daraus folgt jedoch nicht, dass das gewählte Mittel zur Zweckerreichung ungeeignet wäre und daher auch auf das vorgeschriebene Mindestmaß an Information verzichtet werden müsste. Eine Maßnahme ist bereits dann im verfassungsrechtlichen Sinne geeignet, wenn mit ihrer Hilfe der gewünschte Erfolg gefördert werden kann, so dass die Möglichkeit der Zweckerreichung genügt (vgl. BVerfGE 63, 88; 67, 157; 96, 10; 103, 293; 115, 276). Dem Normgeber kommt dabei ein Einschätzungs- und Prognosevorrang zu (vgl. BVerfGE 25, 1; 77, 84; 115, 276). Ihm obliegt es, unter Beachtung der Sachgesetzlichkeiten zu entscheiden, welche Maßnahmen er im Interesse des Gemeinwohls ergreifen will (vgl. BVerfGE 103, 293; 115, 276). Allein durch den Umstand, dass sich das angestrebte Ziel durch eine noch strengere Regelung - etwa die namentliche Benennung sämtlicher in der Kanzlei tätigen Rechtsanwälte ohne Rücksicht auf die gewählte Kurzbezeichnung - möglicherweise besser

erreichen ließe, wird jedoch die Eignung der Regelung nicht in Frage gestellt (vgl. BVerfGE 101, 331; auch BVerfG NJW 2002, 2163).“ (BVerfG aaO).

- IV. Gegen die **Geeignetheit der angegriffenen Vorschrift**, dem Rechtsuchenden die Haftungssituation erkennbar zu machen, spricht auch nicht, dass es einem Einzelanwalt, der freie Mitarbeiter oder Angestellte beschäftigt, nicht verwehrt ist, eine Kurzbezeichnung zu wählen, die auf eine Mehrheit an Berufsträgern hinweist.

„Aus dem Umstand, dass das anwaltliche Berufsrecht auch in Konstellationen, in denen letztlich nur ein Berufsträger haftet, die Verwendung von Pluralbezeichnungen nicht ausgeschlossen hat, folgt vielmehr gerade das Bedürfnis einer klarstellenden Information des Rechtsuchenden, die durch § 10 I 3 BORA sichergestellt wird.“

Ebenso wenig vermag die Argumentation des Bf. zu überzeugen, dass es für das Vorliegen eines Interessenwiderstreits nur auf den Einzelanwalt ankomme und die Regelung der Sozietätserschreckung des § 3 II BORA „relativ bedeutungslos“ sei. Denn die Benennung soll dem Rechtsuchenden ohne Rücksicht auf etwaige strafrechtliche oder berufsrechtliche Sanktionsschwellen Informationen an die Hand geben, damit für ihn ersichtlich wird, wer ihm auf Seiten der Sozietät gegenübersteht, und er mögliche Interessenkollisionen ggf. auch bereits im Vorfeld einer Mandatserteilung erkennen und die Angaben zur Größe der Kanzlei überprüfen kann. Dies verdeutlicht auch, dass die Vorschrift entgegen einer in der Literatur geäußerten Ansicht (vgl. Hartung/Römermann, Berufs- und Fachanwaltsordnung, 4. Aufl., § 10 BORA Rn 26) nicht aufgrund der allgemeinen Vorschriften aus § 3 und § 5 BORA überflüssig ist, weil § 10 I 3 BORA eine diese Pflichten flankierende Maßnahme darstellt, die dem Rechtsuchenden eine eigene Einschätzung ermöglichen soll.“ (BVerfG aaO).

- V. Die Regelung ist zur **Erreichung der verfolgten Ziele erforderlich**.

„Soweit der Bf. darauf hinweist, die Zusammensetzung der Kanzlei könne dem Rechtsuchenden auch auf Nachfrage mitgeteilt werden, dieser könne sich ferner über das Internet informieren oder Anwaltsverzeichnisse erwerben, bleibt außer Betracht, dass es sich hierbei durchweg um **Alternativen der Informationsbeschaffung** handelt, **bei denen der Rechtsuchende selbst aktiv werden muss** und die schon aus diesem Grunde **keinen vergleichbaren Eigenschaftsgrad** aufweisen.“ (BVerfG aaO).

- VI. Insbesondere wegen der mit ihr verbundenen **geringen Belastung des Einzelnen** ist die angegriffene Satzungsbestimmung auch im engeren Sinne verhältnismäßig.

„Entgegen der Ansicht des Bf. folgt aus § 10 I 3 BORA **keine Pflicht zur Begründung einer Scheinsozietät**. Nicht jede Benennung eines weiteren Rechtsanwalts im Briefbogen führt zwingend zu einer diesen Berufsträger in die Haftung einschließenden Außengesellschaft. **Entscheidend ist** vielmehr die **konkrete Gestaltung des Außenauftritts im Einzelfall, etwa durch Briefbögen, Stempel und Kanzleischild**. Hierbei ist es durchaus möglich - und in der Praxis auch üblich - durch ausdrückliche Hinweise an die Rechtsuchenden, wie etwa die nach § 8 BORA zulässige Angabe des Anstellungsverhältnisses oder der freien Mitarbeit, Transparenz zu schaffen und einen haftungsbegründenden Rechtsschein zu vermeiden.“ (BVerfG aaO).

- VII. Das **Interesse der Rechtsuchenden** an einem Mindestmaß an Information und Transparenz **hinsichtlich personeller Zusammensetzung, Größe und Haftungssituation einer Kanzlei** rechtfertigt es, dass - neben der durch § 10 I 1 BORA geforderten Benennung namentlichen Benennung aller Gesellschafter - jedenfalls auch die Berufsträger durch Angabe ihrer Namen auf dem Briefbogen individualisiert werden, auf deren Mitarbeit die Kurzbezeichnung der Kanzlei hinweist.

„Demgegenüber kommt dem Interesse des Bf., den Zusatz „Rechtsanwälte“ in der verwendeten Kurzbezeichnung zu führen, ohne einen weiteren Rechtsanwalt namentlich benennen zu müssen, untergeordnete Bedeutung zu: Dem Bf. geht es letztlich um die **Vermeidung einer von ihm als lästig und antiquiert empfundenen Informationspflicht**. Auch praktische Schwierigkeiten der Briefbogengestaltung - wie sie etwa von Großkanzleien mit einer Vielzahl bereits aufgrund § 10 I 1 BORA namentlich zu benennender Gesellschafter geltend gemacht werden (vgl. BVerfG NJW 2002, 2163) - können im vorliegenden Fall nicht bestehen. Bei der namentlichen Benennung handelt es sich um eine **regelmäßig mit geringem Aufwand zu bewerkstellende zusätzliche Angabe im Briefbogen, die auch keine nennenswerten drucktechnischen Schwierigkeiten mit sich bringt**, welche die Verpflichtung als unzumutbar erscheinen ließen.“ (BVerfG aaO).

- VIII. Auch ein **Verstoß gegen Art. 3 I GG** ist nicht ersichtlich.

„Zum einen handelt es sich bei der Rechtsanwalts-gesellschaft nicht um eine im Hinblick auf die Briefbogengestaltung geeignete Vergleichsgruppe; denn aufgrund § 4 des Gesetzes betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung (GmbHG) ist die Rechtsanwalts-gesellschaft verpflichtet, in der Firma den Zusatz „mit beschränkter Haftung“ oder „mbH“ zu verwenden. Dies verdeutlicht zumindest für die Haftungserwartung dem Rechtsuchenden, dass eine gesamtschuldnerische Haftung der tatsächlichen oder vermeintlichen Gesellschafter wie bei einer GbR nicht besteht.“

Zum anderen übersieht der Bf., dass die Berufsordnung für Rechtsanwälte zwar **keine direkte Anwendung auf die Rechtsanwalts-gesellschaft nach § 59c ff. BRAO** finden mag, jedoch im Ergebnis aufgrund der Verpflichtung aus § 33 II BORA die Vorschriften über die Briefbogengestaltung auch bei der Berufsausübung in Form einer GmbH zu beachten sind (vgl. Feuerich/Weyland, Bundesrechtsanwaltsordnung, 7. Aufl., § 59b Rn 3 und § 59m Rn 5), so dass bereits die vom Bf. behauptete tatsächliche Ungleichbehandlung nicht zu erkennen ist.“ (BVerfG aaO).

BGB
§ 204 I Nr.14

Verjährungshemmung
nur durch PKH-Antrag nach neuem Recht

BGB

(BGH in NJW 2009, 1137; Urteil vom 02.12.2008 – XI ZR 525/07)

Für die Frage, ob ein Prozesskostenhilfeantrag „erstmalig“ i.S.d. § 204 I Nr.14 BGB gestellt worden ist, ist nur der Zeitraum ab dem 01.01.2002 maßgeblich; ein früher gestellter Antrag ist grds. nicht zu berücksichtigen.

- I. Dies ergibt sich bereits aus **Art. 229 § 6 I 2 EGBGB**, nach dem sich der Beginn, die Hemmung, die Ablaufhemmung und der Neubeginn der Verjährung für den Zeitraum vor dem 01.01.2002 nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch in der bis zu diesem Tag geltenden Fassung bestimmen.

Nach der bis zum 31.12.2001 geltenden Rechtslage konnte ein Prozesskostenhilfeantrag eine Hemmung der Verjährung wegen Verhinderung der Rechtsverfolgung infolge höherer Gewalt i.S. des § 203 BGB a.F. zwar herbeiführen. Hierzu mussten aber innerhalb der Verjährungsfrist ein ordnungsgemäß begründetes und vollständiges Bewilligungsgesuch eingereicht und die nach § 117 ZPO erforderlichen Unterlagen rechtzeitig und vollständig dem Gericht vorgelegt werden (vgl. BGHZ 70, 235 = NJW 1978, 938; BGH, NJW 1989, 3149 und WM 1989, 450 [453]); außerdem war weitere Voraussetzung, dass der Antragsteller subjektiv der Ansicht sein durfte, er sei bedürftig (vgl. BGH VersR 1982, 41; OLG Düsseldorf WM 1998, 1628). Schließlich musste die Verjährung innerhalb von sechs Monaten drohen.

- II. Die Unmaßgeblichkeit des Prozesskostenhilfeantrags (hier: aus dem Jahr 1997) für den Hemmungstatbestand des § 204 I Nr. 14 BGB folgt aber auch daraus, dass dieser **Hemmungsgrund dem alten Recht zwar nicht unbekannt war, aber einen grundlegend anderen Regelungsinhalt erfahren hat**.

Nach der bis zum 31.12.2001 geltenden Rechtslage konnte ein Antrag auf Gewährung von Prozesskostenhilfe unter bestimmten Voraussetzungen eine Hemmung der Verjährung wegen Verhinderung der Rechtsverfolgung infolge höherer Gewalt i.S. des § 203 BGB a.F. herbeiführen. Dessen enge Voraussetzungen wirkten zugleich der missbräuchlichen wiederholten Einreichung von Prozesskostenhilfeanträgen entgegen.

*„Demgegenüber ist nach **neuer Rechtslage** - in bewusster Abkehr von der früheren Rspr. - **für den Eintritt der Hemmungswirkung nur noch die Bekanntgabe des bloßen Prozesskostenhilfeantrags erforderlich**. Der Antrag muss weder ordnungsgemäß begründet, vollständig und von den erforderlichen Unterlagen begleitet noch von der subjektiven Ansicht der Bedürftigkeit getragen sein (vgl. BT-Dr 14/6040, S. 116), sondern **lediglich bestimmten Mindestanforderungen - etwa die Individualisierbarkeit der Parteien und die ausreichende Darstellung des Sach- und Streitverhältnisses - genügen** (h. M.; vgl. Bamberger/Roth, BGB, 2. Aufl., § 204 Rn 45; MüKo-BGB/Grothe, 5. Aufl., § 204 Rn 65; Palandt/Heinrichs, BGB, 68. Aufl., § 204 Rn 30; Soergel/Niederführ, BGB, 13. Aufl., § 204 Rn 98; Staudinger/Peters, BGB, Bearb. 2004, § 204 Rn 116; Gottwald, Verjährung im ZivilR, 2005, Rn 315; Mansel/Budzikiewicz, Das neue VerjährungsR, 2002, § 8 Rn 82; a.A. Lakkis, in: jurisPK-BGB, 4. Aufl. [2008], Stand: 06.10.2008, § 204 Rn 89; Nickel FamRB 2003, 86; Wax FPR 2002, 471). Um einem **Missbrauch des § 204 I Nr. 14 BGB durch die Einreichung wiederholter Prozesskostenhilfeanträge zu begegnen, hat der Gesetzgeber die Hemmungswirkung auf den erstmaligen Prozesskostenhilfeantrag beschränkt**. Danach löst ein Antrag auf Bewilligung von Prozesskostenhilfe keine Hemmung der Verjährung aus, wenn er mangels Erfüllung der genannten Mindestvoraussetzungen vom Gericht der Gegenseite nicht bekannt gegeben, sondern ohne deren Anhörung abgelehnt oder aus anderen Gründen nicht beschieden wird (vgl. BGH WM 2008, 806). In einem solchen Fall ist ein weiterer, nunmehr dem Gegner bekannt gegebener Antrag als „erstmaliger Antrag“ i.S. des § 204 I Nr. 14 BGB zu behandeln (Bamberger/Roth, 2. Aufl., § 204 Rn 46; Palandt/Heinrichs, § 204 Rn 32; Prütthier/Wegen/Weinrich, BGB, 3. Aufl., § 204 Rn 20).“ (BGH aaO).*

BGB
§ 2219 I

Schadensersatzanspruch Honorarvereinbarung mit Rechtsanwalt

BGB

(OLG Koblenz in NJW 2009, 1153; Urteil vom 29.05.2008 – 2 U 1620/06)

Werden **Schadensersatzansprüche wegen einer Pflichtverletzung** geltend gemacht, so sind **Rechtsanwaltskosten, die auf einer Honorarvereinbarung beruhen und über die gesetzliche Vergütung hinausgehen, zu ersetzen**. Die **Schadensminderungspflicht** des Geschädigten **greift insoweit nicht ein**.

„Nach § 22 19 I BGB hat der Testamentsvollstrecker, der seine Pflichten verletzt, dem Erben den daraus entstehenden Schaden zu ersetzen. Nach § 2215 BGB hat der Testamentsvollstrecker unmittelbar nach Annahme des Amtes unverzüglich ein Verzeichnis der in seiner Verwaltung stehenden Nachlassgegenstände zu erstellen und bekannte Nachlassverbindlichkeiten mitzuteilen.

Dieser ihm obliegenden Pflicht ist der Testamentsvollstrecker nicht unverzüglich nachgekommen: Die Erteilung des Testamentsvollstreckerzeugnisses erfolgte im November 2002, erst nach Aufforderung durch den Prozessbevollmächtigten des Kl. ist das Verzeichnis erstellt worden. Diese Pflicht besteht unabhängig davon, ob ein Erbschein erteilt ist.

Der Bekl. ist verpflichtet, dem Kl. den durch die Pflichtverletzung entstandenen Schaden in Form von Rechtsanwaltskosten zu ersetzen. Die Einschaltung eines Rechtsanwalts, der besondere Kenntnisse auf dem Gebiet des Erb- und Steuerrechts aufweist, war angesichts der beharrlichen Weigerung des Bekl., ein Nachlassverzeichnis vorzulegen, erforderlich. Der Bekl. hat darüber hinaus den Kl. als Erben nicht über wesentliche Umstände des Nachlasses informiert, keine ordnungsgemäßen Rechnungen erteilt und über einen langen Zeitraum keinen Erbschaftsteuerbescheid oder eine Erbschaftsteuererklärung vorgelegt. Der Bekl. ist nicht in ausreichendem Maße seiner Informations- und Benachrichtigungspflicht nachgekommen. Für den Kl. bestand als Erbe die Gefahr, einer einkommen- und umsatzsteuerrechtlichen, möglicherweise auch einer strafbewehrten Haftung ausgesetzt zu sein, da er gegenüber dem Finanzamt auf Grund der mangelnden Auskünfte des Bekl. keine Erklärungen abgeben konnte. Es bestand die nicht von der Hand zu weisende Gefahr, dass er gegenüber dem Finanzamt als Steuerschuldner unmittelbar in die Haftung genommen würde. Mit dem Nachlass waren Einnahmen aus Mieterträgen und Kapitalvermögen verbunden. Es war mit erheblichen steuerpflichtigen Gewinnen zu rechnen. Angesichts des Gesamtumsatzes des Nachlasses vor Abzug von Vermächtnissen etc. stand ein Betrag von 885.540,28 € im Raum. Angesichts dieser Situation war die Vereinbarung eines Zeithonorars mit einem Stundenansatz von 250 € nach Auffassung des Senats angemessen und die vorgelegten Honorarrechnungen auch nicht überzogen.“ (OLG Koblenz aaO).

ZPO
§ 85 II

Nichterscheinen im Termin Vertretenmüssen

ZPO

(OLG Brandenburg in FamRZ 2009, 800; Beschluss vom 12.08.2008 – 9 WF 198/08)

Eine **Partei hat ihr Nichterscheinen im Termin i.d.R. auch dann zu vertreten, wenn ihr Prozessbevollmächtigter erklärt hat, sie solle (brauche) nicht (zu) erscheinen**; § 85 II ZPO findet insofern Anwendung.

„Hat das Gericht das persönliche Erscheinen einer Partei zwecks Aufklärung des Sachverhaltes angeordnet, besteht für die Partei ein Zwang zum Erscheinen. Dieser **Zwang gilt selbst dann, wenn sich die Partei nicht zur Sache selbst einlassen will** (Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann, ZPO, 68. Aufl., 2008, § 141 Rn 29; teilweise andere Ansicht OLG Naumburg MDR 1999, 1020). Zu einer Einlassung im Termin ist die Partei nicht verpflichtet, muss dann aber die Sanktionen der ZPO – insbesondere den Erlass eines Versäumnisurteils – gegen sich wirken lassen. Die Frage einer Einlassungspflicht hat aber nichts mit der Frage einer Erscheinenspflicht zu tun. Anordnungen über das Erscheinen durch das Gericht ist zwingend Folge zu leisten, sofern nicht die Teilnahme der Partei an der mündlichen Verhandlung zwecklos erscheint. Gerade wegen der gebotenen Sachaufklärung, zu der das Gericht auch in den Grenzen der Dispositionsmaxime verpflichtet ist, ist regelmäßig ein entsprechendes Erscheinen der Partei erforderlich. Will diese sich nicht einlassen, ist dies zwar ihr gutes Recht. Gerade aufgrund des persönlichen Kontaktes zum Richter ergibt sich aber vielfach, dass im Laufe einer Verhandlung das Gericht die Partei umstimmen bzw. dass die Partei von sich aus unter dem Eindruck der mündlichen Verhandlung Erklärungen abgibt bzw. abgeben will. Insoweit dient das persönliche Erscheinen letztendlich auch der Wahrung der Interessen der Partei selbst.

Nichts anderes folgt daraus, dass der Bekl. auf Anraten seines Prozessbevollmächtigten dem Termin ferngeblieben ist. Dieses Verschulden seines Bevollmächtigten muss sich der Bekl. gem. § 85 II ZPO als eigenes Verschulden zurechnen lassen. **Weist der Prozessbevollmächtigte seine Partei fehlerhaft an, sie brauche zu dem Termin, zu der ihr persönliches Erscheinen angeordnet ist, tatsächlich nicht erscheinen bzw. es sei ihr freigestellt, unterfällt dies § 85 II ZPO** (LAG Rheinland-Pfalz, Beschluss vom 15.02.2008 – 7 TA 13/08, zitiert nach Juris; LSG Thüringen, Beschluss vom 13.07.1998 – L 1B 22/98 U, zitiert nach Juris; andere Ansicht LAG Hamburg NZA-RR 2005, 213 f). Letztendlich kann dies hier aber sogar dahinstehen. Selbst wenn man der anderen Ansicht folgen würde, darf sich die Partei nicht blind auf eine Auskunft ihres Bevollmächtigten, die einer gerichtlichen und an die Partei persönlich ergangenen Anweisung widerspricht, verlassen. Vielmehr ist insoweit die Partei grundsätzlich gehalten, nach ihren persönlichen Fähigkeiten wie Bildungsgrad, Gewandtheit in Geschäfts- und Gerichtsangelegenheiten, Vertrautheit mit hiesigen Verhältnissen selbständig zu ermitteln, ob sie tatsächlich von der persönlichen Erscheinenspflicht befreit worden ist. Im Regelfall wird jede Partei über die entsprechenden Fähigkeiten verfügen.“ (OLG Brandenburg aaO).

ZPO
§ 121

Prozesskostenhilfe Beordnung des Betreuers als Rechtsanwalt

ZPO

(OVG Hamburg in NJW 2009, 1292; Beschluss vom 03.11.2008 – 3 So 39/08)

Die **Beordnung eines Rechtsanwalts** gem. § 166 VwGO i.V. mit § 121 II ZPO ist **nicht** mangels Erforderlichkeit **deshalb ausgeschlossen, weil** dieser **bereits zum Betreuer** des Bet. mit einem in dem Rechtsstreit einschlägigen Aufgabenkreis **bestellt** ist.

- I. Nach mittlerweile **herrschender Rechtsauffassung** ist es nicht mangels Erforderlichkeit ausgeschlossen, einen Rechtsanwalt zur Vertretung seines mittellosen Mandanten auch dann beizuordnen, wenn er zugleich dessen Betreuer mit einem in dem Rechtsstreit einschlägigen Aufgabenkreis ist.
vgl. BGH NJW 2007, 844; LSG Berlin-Brandenburg BeckRS 2008, 56031; LSG Berlin-Brandenburg BeckRS 2006, 44130.

Dabei entspricht es ganz überwiegender Auffassung, dass der Anwaltsbetreuer schon aus dem Gesichtspunkt einer **kostensparenden Amtsführung** verpflichtet ist, für die gerichtliche Vertretung des Betroffenen Prozesskostenhilfe zu beantragen, so dass er im Falle der Bewilligung die entsprechenden Gebühren eines beigeordneten Rechtsanwalts gem. § 49 RVG (früher § 123 BRAGO) erhält.

OLG Frankfurt a.M. NJW-RR 2001, 1516 = NJW 2002, 381 = FamRZ 2002, 59; BayObLG BtPrax 2004, 70; Knittel, BetreuungsgG, § 1835 BGB Rn 27; Staudinger/Bienwald, BGB, § 1835 Rn 12; Soergel/Zimmermann, BGB, 13. Aufl., § 1835 Rn 30; Bienwald/Sonnenfeld/Hoffmann, BetreuungsgR, 4. Aufl., § 1835 Rn 12; Heidelberger Komm. z. Betreuungs- und UnterbringungsR [HK-BUR]/Bauer/Deinert, § 1835 BGB Rn 51; Dodegge/Roth, BetreuungsgR, F Rn 46; Klein/Pammler, in: jurisPK-BGB, 3. Aufl., § 1835 Rn 68; Zimmermann FamRZ 2002, 1373

- II. **OVG Hamburg aaO schließt sich** dieser Meinung an.

„Dieser Ansicht ist bereits deshalb zuzustimmen, weil sie mit dem allgemeinen Grundsatz korrespondiert, dass der **Rechtsanwalt im Rahmen seiner umfassenden Beratungspflicht jeden erkennbar mittellosen Mandanten auf die Möglichkeiten der Inanspruchnahme von Prozesskostenhilfe hinzuweisen hat** (vgl. OLG Düsseldorf MDR 1984, 937; AnwBl 1987, 147; Palandt/Heinrichs, BGB, § 280 Rn 73; Rinsche/Fahrendorf/Terbille, Die Haftung des Rechtsanwalts, 7. Aufl., Kap. 10 Rn 1333; Schneider MDR 1988, 282; vgl. auch § 16 I BORA). Wird diese Pflicht verletzt, kann dem mittellosen Mandanten gegen den Rechtsanwalt ein auf die Befreiung von den Gebührenansprüchen gerichteter Gegenanspruch auf Schadensersatz zustehen (vgl. Rinsche/Fahrendorf/Terbille, Kap. 10 Rn 1334; Feuerich/Weyland, BRAO, 6. Aufl., § 49a Rn 15).

Eine **abweichende Beurteilung der anwaltlichen Pflichten bei der Wahrnehmung der rechtlichen Interessen eines mittellosen Betreuten ist nicht deshalb gerechtfertigt**, weil über §§ 1835 IV, 1908i I 1 BGB auch außerhalb der Prozesskostenhilfe ein Zugriff auf die Staatskasse wegen der Gebührenansprüche des für den Betreuten tätigen Rechtsanwalts eröffnet werden könnte. Wenn das gerichtliche Verfahren nicht in dem Land geführt wird, in dem die Betreuung für die mittellose Partei eingerichtet worden ist, ist der Schuldner für die im Wege der Prozesskostenhilfe zu zahlende Rechtsanwaltsvergütung nicht mit demjenigen Schuldner identisch, der für den Aufwendungsersatz des Betreuers aufzukommen hätte; in diesem Falle wirkt sich die Bewilligung von Prozesskostenhilfe zu Gunsten der öffentlichen Stelle aus, welche ansonsten den Aufwendungsersatz des Anwaltsbetreuers zu leisten hätte (Knittel, § 1835 BGB Rn 27). Vor allem jedoch dient die bevorzugte Inanspruchnahme von (ratenzahlungsfreier) Prozesskostenhilfe den Interessen des Betreuten für den Fall eines nachträglichen Vermögenserwerbs. Anders als im sonstigen Sozialrecht haftet für den Regressanspruch der Staatskasse wegen der auf sie übergegangenen Aufwendungsersatzansprüche des Betreuers auch später erlangtes Vermögen des Betreuten (Palandt/Diederichsen, § 1836e Rn 4). Während dieser Regressanspruch gegen den Betreuten gem. §§ 1836e I 2, 1908i I 1 BGB erst zehn Jahre nach Ablauf des Jahres erlischt, in dem die Staatskasse die Aufwendungen getätigt hat, ist die Abänderung einer den Betreuten begünstigenden Prozesskostenhilfeentscheidung wegen verbesserter wirtschaftlicher Verhältnisse bereits nach Ablauf einer Frist von vier Jahren nach rechtskräftiger Beendigung des Verfahrens ausgeschlossen.“ (OVG Hamburg aaO).

ZPO
§ 121 III**Prozesskostenhilfe**
Beordnung eines auswärtigen Rechtsanwalts

ZPO

(OVG Hamburg in NJW 2009, 1433; Beschluss vom 01.12.2008 – 4 So 75/08)

Wird ein **Rechtsanwalt ohne sein Einverständnis nur eingeschränkt** „unter der Bedingung eines im Bezirk des Prozessgerichts ansässigen Rechtsanwalts“ **beigeordnet**, so **kann er sich mit der Beschwerde hiergegen wenden** und die Aufhebung dieser Beordnung verlangen.

„Das bedeutet allerdings nicht, dass ein Rechtsanwalt, der sein Einverständnis zu der Einschränkung nicht erklärt hat, ohne diese Einschränkung beizuordnen wäre. Vielmehr scheidet in einem solchen Fall seine Beordnung aus. Wird er gleichwohl mit dieser Einschränkung beigeordnet, so kann er sich mit der Beschwerde auch gegen seine Beordnung wenden (Zöller/Philippi, § 127 ZPO Rn 19). Denn die **eingeschränkte Beordnung** „zu den Bedingungen eines hamburgischen Anwalts“ enthält für ihn eine weitere **materielle Beschwer**. Sie hat zur Folge, dass der Prozessbevollmächtigte seinen Mandanten vertreten muss, ohne gegen die Staatskasse einen Anspruch auf Erstattung der Fahrtkosten zu haben. Da fraglich sein kann, ob dies ein wichtiger Grund wäre, die Beordnung gem. § 48 II BRAO aufzuheben, kann es in seinem Interesse liegen, jedenfalls von einer solchen eingeschränkten Beordnung, der er nicht zugestimmt hat, verschont zu werden.“ (OVG Hamburg aaO).

ZPO
§§ 81, 172 I 1**PKH-Abänderungsverfahren**
Zustellungen müssen an Partei selbst erfolgen

ZPO

(OLG Koblenz in FamRZ 2009, 898; Beschluss vom 09.02.2009 – 13 WF 90/09)

Nach Instanzende haben Zustellungen im PKH-Abänderungsverfahren, wie z.B. die Aufforderung zur Abgabe der Erklärung nach § 120 IV 2 ZPO und der Aufhebungsbeschluss nach § 124 ZPO, **an die Partei und nicht an den erstinstanzlich bestellten Rechtsanwalt** zu erfolgen. Eine **Ausnahme** gilt nur dann, wenn der **Rechtsanwalt sich für das Abänderungsverfahren bestellt hat**.

„Das entspricht der Regelung des § 172 I 1 ZPO, wonach nur in einem anhängigen Verfahren die Zustellung an den für den Rechtszug bestellten Prozessbevollmächtigten zu erfolgen hat. Der Senat vertritt in st. Rspr. (zuletzt FamRZ 2008, 1358) und im Einklang mit der überwiegenden Meinung in der Rspr. die Auffassung (OLG Brandenburg FamRZ 2005, 47; OLG München FamRZ 1993, 580; OLG Koblenz FamRZ 2005, 531; OLG Köln FamRZ 2007, 908; OLG Bremen FamRZ 2008, 1545), dass eine Zustellung gem. § 172 ZPO an den Prozessbevollmächtigten nur innerhalb eines anhängigen Verfahrens zu erfolgen hat, welches mit der **formellen Rechtskraft der abschließende Entscheidung** endet (Thomas/Putzo, ZPO, 29. Auflage, § 172 Rn 6). Ein PKH-Aufhebungsverfahren, welches nach Beendigung des Verfahrens eingeleitet wird, ist nicht Teil des Hauptverfahrens und auch keines der Verfahren, die in § 172 ZPO aufgezählt sind. Es kommt nicht darauf an, ob der bevollmächtigte Rechtsanwalt das Hauptsacheverfahren seinerzeit durch einen Prozesskostenhilfeantrag eingeleitet hat (so aber BAG, Beschluss vom 19.07.2006- 3 AZB 18/06 bei juris, und ihm folgend OLG Brandenburg FamRZ 2008, 72), denn die Bevollmächtigung zur Beantragung der Prozesskostenhilfe begründet nicht die Vermutung, der Anwalt sei auch für das Verfahren zur Änderung des Bewilligungsbeschlusses (§ 120 IV ZPO) bevollmächtigt. Deshalb muss sich der Anwalt, der die Partei auch in einem Verfahren nach Abschluss des Hauptverfahrens vertritt, hierfür ausdrücklich bestellen. Der **Umfang der Prozessvollmacht** ergibt sich allein aus § 81 ZPO. Weil der Lauf der Frist zur Einlegung eines Rechtsmittels klar und eindeutig bestimmbar sein muss, kann es für die Frage, an wen zugestellt werden muss, nicht darauf ankommen, welcher Rechtsanwalt seinerzeit einen Prozesskostenhilfeantrag gestellt hat, zumal nicht selten ein Wechsel des Anwalts stattfindet und der Anwalt, der den Prozesskostenhilfeantrag stellt, nicht derselbe ist, der die Partei zuletzt im Klageverfahren vertreten hat.“ (OLG Koblenz aaO).

ZPO
§ 317**Urteilszustellung**
wirksam auch bei Angabe eines fehlerhaften Aktenzeichens

ZPO

(OLG Brandenburg in NJOZ 2009, 1819; Beschluss vom 10.12.2008 – 9 UF 130/08)

Ist **auf dem vorbereiteten Empfangsbekanntnis ein falsches Aktenzeichen des Empfängers ausgewiesen**, so **führt dies allein nicht zur Unwirksamkeit der Zustellung**, wenn die angefochtene Entscheidung selbst im Übrigen inhaltlich ordnungsgemäß übermittelt worden ist.

„Es **kommt ausschließlich darauf an, ob die zugewandene Ausfertigung des Urteils formell und inhaltlich geeignet war**, der **Partei bzw. hier der weiteren Verfahrensbeteiligten die Entschließung über die Notwendigkeit der Einlegung eines Rechtsmittels zu ermöglichen**, weil sich ein Fehler in der Sphäre des Gerichts nicht als eine Beeinträchtigung oder gar Vereitelung der Rechtsmittelmöglichkeit auswirken darf (vgl. BGH BeckRS 1981, 30405081). Wenn schon nicht jede Abweichung zwischen der Ausfertigung und der Urschrift der Gerichtsentscheidung zur Unwirksamkeit der Zustellung führt, sondern nur eine Abweichung in wesentlichen Punkten (vgl. BGH BeckRS 1981, 30405081; NJW 2001, 1653; Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann, ZPO, 63. Aufl., § 317 Rn 9; Zöller/Vollkommer, ZPO, 27. Aufl., § 317 Rn 6), muss dies umso mehr gelten, wenn die angefochtene Entscheidung selbst inhaltlich ordnungsgemäß übermittelt worden ist und lediglich das vorbereitete Empfangsbekanntnis ein falsches Aktenzeichen des Empfängers ausweist.“ (OLG Brandenburg aaO).

ZPO
§ 524 II 3**Anschlussberufung**
in Unterhaltssachen fristfrei

ZPO

(BGH in NJW 2009, 1271; Urteil vom 28.01.2009 – XII ZR 119/07)

In Fällen einer **Verurteilung zu künftig fällig werdenden Leistungen** ist die **Anschließung an eine gegnerische Berufung bis zum Schluss der letzten mündlichen Verhandlung möglich**; dies setzt nach § 524 II 3 ZPO nicht voraus, dass die zur Begründung vorgetragenen Umstände erst nach der letzten mündlichen Verhandlung in erster Instanz entstanden sind.

- I. Nach **§ 521 I ZPO in der bis Ende 2001 geltenden Fassung** konnte sich der Berufungsbekl. einer Berufung anschließen, selbst wenn er auf die Berufung verzichtet hatte oder wenn die Berufungsfrist verstrichen war. Eine **Frist für den Anschluss an die Berufung des Gegners sah das Gesetz seinerzeit nicht vor**.

Erst durch das **Gesetz zur Reform des Zivilprozesses** (ZPO-ReformG, BGBl I, 1887, 1896, in Kraft seit dem 01.01.2002) wurde die Regelung durch **§ 524 ZPO** ersetzt, die eine **Anschlussberufung lediglich bis zum Ablauf eines Monats nach der Zustellung der Berufungsbegründungsschrift** vorsah (§ 524 II 2 ZPO in der bis August 2004 geltenden Fassung). Zur Begründung hatte der Gesetzgeber angeführt, dass mit der Beschränkung des Streitstoffs durch die Umgestaltung des Berufungsverfahrens unter Berücksichtigung des Zwecks der Anschlussmöglichkeit kein Grund bestehe, die Anschließung über den genannten Zeitpunkt hinaus zuzulassen (BT-Dr 14/4722, S. 98f.).

- II. Diese **gesetzliche Neuregelung** ist im Wesentlichen aus zwei Gründen **in der Lit. auf Kritik gestoßen**: Zum einen wurde kritisiert, dass die knapp bemessene Anschlussfrist nicht verlängert werden konnte, wie es bei der Erwidernsfrist der Fall ist. Andererseits wurde im Hinblick auf den Zweck der gesetzlichen Regelung kritisiert, dass die Neuregelung keine Möglichkeit der Anpassung belasse, wenn in einem Verfahren auf künftig fällig werdende wiederkehrende Leistungen, wie regelmäßig im Unterhaltsrechtsstreit, eine Anpassung an veränderte Verhältnisse nach Ablauf der Monatsfrist nicht möglich sei (Born FamRZ 2003, 1245; Gerken NJW 2002, 1095).

Der **Gesetzgeber hat diese Kritik aufgenommen und die Vorschrift des § 524 II ZPO durch das erste Gesetz zur Modernisierung der Justiz** (1. Justizmodernisierungsg, BGBl I, 2198, 2199) erneut **geändert**: Danach ist eine **Anschlussberufung bis zum Ablauf der dem Berufungsbekl. gesetzten Frist zur Berufungserwidern zulässig**. Zugleich wurde dem § 524 II ZPO ein weiterer Satz hinzugefügt, wonach diese Frist nicht gilt, „wenn die Anschließung eine Verurteilung zu künftig fällig werdenden wiederkehrenden Leistungen (§ 323) zum Gegenstand hat“.

Zur Begründung dieser erneuten Änderung ist in den Gesetzesmaterialien ausgeführt, die vorherige Regelung habe dazu geführt, dass das BerGer. eine Veränderung der tatsächlichen Verhältnisse zu Gunsten des Berufungsbekl. nach Ablauf der Anschlussfrist in seiner Entscheidung nicht mehr berücksichtigen konnte. Praktisch sei diese Konstellation insbesondere im Bereich der unterhaltsrechtlichen Streitigkeiten. Der Berufungsbekl. habe dann in einem neuen Rechtsstreit auf Abänderung des erstinstanzlichen Titels klagen müssen. Daher sei es notwendig, „dass eine gesetzliche Ausnahme von der Monatsfrist für solche Anschlussberufungen eingeführt wird, die eine Verurteilung zu künftig fällig werdenden wiederkehrenden Leistungen gem. § 323 I ZPO zum Gegenstand haben“. Es entspreche der Prozessökonomie, wesentliche Änderungen der für die Höhe der Leistung maßgebenden Umstände nicht erst im Abänderungsverfahren gem. § 323 ZPO zu berücksichtigen, sondern den Rechtsstreit zwischen den Parteien im Berufungsverfahren umfassend zu entscheiden. Es sei daher gerechtfertigt, eine Belastung des Berufungsverfahrens mit einem neuen Streitgegenstand zuzulassen, zumal die strikte Beschränkung der Zulassung neuer Tatsachen im Berufungsverfahren gem. § 531 II ZPO gewährleiste, dass nur solche Änderungen berücksichtigt werden, die erst nach Schluss der erstinstanzlichen mündlichen Verhandlung eingetreten seien und daher nach bisheriger Rechtslage zulässigerweise im Abänderungsverfahren nach § 323 ZPO hätten geltend gemacht werden können. Die Anschlussberufung, die eine Verurteilung zu künftig fällig werdenden Leistungen zum Gegenstand habe, sei deswegen bis zum Schluss der letzten mündlichen Verhandlung zulässig (BT-Dr 15/3482, S. 18).

- III. Infolge dieser gesetzlichen Neuregelung ist **in Rspr. und Lit. streitig** geworden, **ob die Anschlussfrist im Falle einer Verurteilung zu künftig fällig werdenden wiederkehrenden Leistungen nach § 524 II 3 ZPO stets entfällt**, die Anschlussberufung in solchen Verfahren also immer bis zum Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung eingelegt werden kann, oder ob dies voraussetzt, dass sich die tatsächlichen Verhältnisse seit der letzten mündlichen Verhandlung erster Instanz oder sogar seit Ablauf der gesetzlichen Anschlussfrist des § 524 II 2 ZPO geändert haben.

- **Teilweise** wird vertreten, die Frist für eine Anschlussberufung in § 524 II 2 ZPO entfalle gem. § 524 II 3 ZPO nur dann, wenn die der Anschlussberufung zu Grunde liegenden Umstände erst während der Berufungsinstanz entstanden seien.

Denn **in § 524 II 3 ZPO werde nicht auf § 258 ZPO** (Klage auf wiederkehrende Leistungen), **sondern auf § 323 ZPO** (Abänderungsklage) **verwiesen**. Die Abänderungsklage sei aber daran geknüpft, dass eine wesentliche Änderung der seinerzeit maßgeblichen Verhältnisse eintrete. Dieser Umstand sowie die Gesetzesbegründung sprächen dafür, eine unbefristete Anschlussberufung auf Fälle zu beschränken, in denen sich die Verhältnisse des Anschlussberufungskl. während der Berufungsinstanz verändert haben.

OLG Nürnberg NJW-RR 2009, 292; OLG Düsseldorf FamRZ 2007, 1572; OLG Koblenz NJW 2007, 3362 = FamRZ 2007, 1999; Born NJW 2005, 3038; Wendl/Schmitz, Das UnterhaltsR in der familienrichterlichen Praxis, 7. Aufl., § 305a; Ehinger/Griesche/Rasch, Hdb. UnterhaltsR, 5. Aufl., Rn 916

- **Andere Stimmen in Rspr. und Lit.** wollen die Anschlussberufung im Falle einer Verurteilung zu künftig fällig werdenden wiederkehrenden Leistungen stets unbefristet zulassen.

Schon der **Gesetzeswortlaut** sei bewusst weit gefasst. Eine unbefristete Anschließung setze danach lediglich eine Verurteilung voraus, die „künftig fällig werdende wiederkehrende Leistungen“ zum Gegenstand habe. Die Nennung des § 323 ZPO beinhalte keine zusätzliche Einschränkung, weil sich aus dem Gesetz nicht entnehmen lasse, dass eine unbefristete Anschlussberufung nur „unter den Voraussetzungen“ des § 323 ZPO zulässig sei. Die Vorschrift sei lediglich ein Hinweis darauf, dass der Begriff der künftig fällig werdenden wiederkehrenden Leistungen ebenso verstanden werden müsse wie in § 323 ZPO. Auch der Hinweis auf § 531 II ZPO in der Gesetzesbegründung könne nicht dazu führen, die unbefristete Anschlussberufung auf nachträgliche Änderungen der zu Grunde liegenden Tatsachen zu begrenzen. In Familiensachen gelte für die Zulassung neuer Angriffs- und Verteidigungsmittel ohnehin die wesentlich großzügigere Vorschrift des § 621d ZPO. Schließlich sei

der Gesetzgeber mit der Neuregelung bewusst über die zuvor im Schrifttum erhobene Kritik hinausgegangen und habe eine **typisierende Regelung** geschaffen, ohne eine Änderung der unterhaltsrelevanten Umstände zu verlangen. Die notwendige Beschränkung des Prozessstoffs sei schon nach Auffassung des Rechtsausschusses durch die strikte Beschränkung der Zulassung neuer Tatsachen gewährleistet.

Schließlich sei eine **Einschränkung von Verfahrensrechten nur dann wirksam, wenn sie sich eindeutig aus dem Gesetz entnehmen** lasse.

OLG Koblenz NJOZ 2007, 4662 = OLG 2007, 788; Klinkhammer FF 2006, 95; Eschenbruch/Klinkhammer, Der Unterhaltsprozess, 5. Aufl., Kap. 5 Rn 156; Schnitzler/Klinkhammer, FamilienR, 2. Aufl., § 33 Rn 47

IV. **BGH aaO** schließt sich der zuletzt genannten Auffassung an.

1. Schon der Wortlaut des § 524 II 3 ZPO spricht für die Zulässigkeit einer unbefristeten Anschlussberufung, „wenn die Anschließung eine Verurteilung zu künftig fällig werdenden wiederkehrenden Leistungen zum Gegenstand hat“.

„Anderes ergibt sich auch nicht daraus, dass in diesem Zusammenhang auf die Vorschrift des § 323 ZPO verwiesen wird. Der Verweis kann ebenso als bloße Erläuterung der künftig fällig werdenden wiederkehrenden Leistungen verstanden werden. Auch der Umstand, dass in § 524 II 3 ZPO auf § 323 ZPO und nicht auf § 258 ZPO verwiesen wird, lässt keinen anderen Schluss zu. Denn während sich § 258 ZPO lediglich mit der Zulässigkeit einer Klage auf wiederkehrende Leistungen befasst, regelt § 323 ZPO die Abänderung einer solchen Entscheidung, die auch Gegenstand des Berufungsverfahrens ist.“ (BGH aaO).

2. Soweit die **Gesetzesbegründung** auf § 531 II ZPO verweist, lässt sich auch daraus keine Einschränkung der unbefristeten Anschlussberufung bei Verurteilung zu künftig fällig werdenden wiederkehrenden Leistungen entnehmen.

„Denn der Gesetzgeber hat ausdrücklich darauf hingewiesen, dass es gerechtfertigt sei, „eine Belastung des Berufungsverfahrens mit einem neuen Streitgegenstand zuzulassen, zumal die strikte Beschränkung der Zulassung neuer Tatsachen im Berufungsverfahren gem. § 531 II ZPO gewährleistet“ sei. Ist also ein neuer Tatsachenvortrag nach der im Unterhaltsrecht geltenden Vorschrift des § 621d ZPO nicht mehr zulässig, bedarf es keiner zusätzlichen Frist für die Anschlussberufung, weil sie schon in der Sache keinen Erfolg haben kann. Sind neue Angriffs- und Verteidigungsmittel hingegen noch in zulässiger Weise vorgetragen, spricht der vom Gesetzgeber genannte Grundsatz der Prozessökonomie dafür, die für die Höhe des geschuldeten Unterhalts maßgebenden Umstände nicht einem Abänderungsverfahren nach § 323 ZPO zu überlassen, sondern den Rechtsstreit zwischen den Parteien schon im Berufungsverfahren abschließend zu entscheiden.“ (BGH aaO).

3. Auch der aus dem **Rechtsstaatsprinzip** folgende **Grundsatz der Rechtsmittelklarheit** spricht dafür, die Zulässigkeit der Anschlussberufung nicht daran zu knüpfen, dass Abänderungsgründe nach § 323 ZPO schlüssig vorgetragen sind.

4. Schließlich hat der **Gesetzgeber** auch bei Erlass des Gesetzes zur Reform des Verfahrens in Familiensachen und in Angelegenheiten der Freiwilligen Gerichtsbarkeit (FGG-ReformG, BGBl I, 2586, 2603) in **Kenntnis der unterschiedlichen Auffassungen in Rspr. und Lit. keine abweichende Regelung getroffen**.

Mit der neu geschaffenen Vorschrift des § 66 FamFG wird im allgemeinen Teil des Familienverfahrensgesetzes eine Anschlussbeschwerde zugelassen, ohne diese zeitlich zu befristen (vgl. BR-Dr 309/07, S. 455). Lediglich in § 117 II FamFG wird für Ehe- und Familienstreitsachen auf die Vorschrift des § 524 II 2 und 3 ZPO verwiesen.

„Auch insoweit ist der Gesetzesbegründung **keine zusätzliche Beschränkung des unbefristeten Anschlussrechtsmittels** i. S. einer späteren Änderung der unterhaltsrelevanten Umstände zu entnehmen. Der Gesetzgeber hat sogar ausdrücklich darauf hingewiesen, dass in Fällen einer Verurteilung zu künftig fällig werdenden wiederkehrenden Leistungen „die Anschlussberufungsfrist gem. § 524 II ZPO weggefallen“ ist (BT-Dr 16/6308, S. 225). Die auf einen Vorschlag des Bundesrats zurückgehende endgültige Fassung des § 117 II FamFG unterscheidet innerhalb der Familienstreitsachen ausdrücklich zwischen den Güterrechtssachen und den sonstigen Familiensachen, für „die die Befristung des § 524 II 2 ZPO Anwendung“ findet, und Unterhaltssachen. Für Letztere ist in der Beschlussempfehlung und dem Bericht des Rechtsausschusses ausdrücklich ausgeführt: „Keine Anwendung findet die Befristung demgegenüber, wie bereits nach geltender Rechtslage, gem. § 524 II 3 ZPO bei wiederkehrenden Leistungen, insbesondere also in Unterhaltssachen“ (BT-Dr 16/9733, S. 292).“ (BGH aaO).

RPfIG
§ 11 II

Erinnerung

RPfIG

gegen Weigerung des Rechtspflegers, Anträge entgegenzunehmen

(KG in MDR 2009, 523; Beschluss vom 09.02.2009 – 11 W 1/09)

Gegen die Weigerung des Rechtspflegers, Anträge oder Erklärungen nach § 24 RPFIG aufzunehmen ist die befristete Erinnerung gem. § 11 II Nr. 1 RPFIG statthaft.

- I. Bei der Weigerung des Rechtspflegers, Erklärungen zu Protokoll der Geschäftsstelle aufzunehmen, handelt es sich um **eine gem. § 11 II RPFIG anfechtbare Entscheidung**.

„Im Falle einer Verweigerung der Aufnahme von Erklärungen zu Protokoll der Geschäftsstelle ist es - ausgehend vom Grundsatz eines fairen Verfahrens - geboten, dem Betroffenen die Wahrnehmung der ihm kraft Gesetzes zustehenden Verfahrensrechte durch eine gerichtliche Überprüfungsmöglichkeit zu sichern und diesen nicht auf die (sekundär bestehende) Gewährung rechtlichen Gehörs bzw. Wiedereinsetzung in den vorigen Stand durch das erkennende Gericht zu verweisen.“

Der **Begriff der „Entscheidung“ in § 11 II RPfIG** ist im Hinblick auf die verfassungsrechtlichen Vorgaben in § 19 IV GG **weit auszulegen**. Die Rechtsschutzgarantie des § 19 IV GG macht es notwendig, die Weigerung des Rechtspflegers durch die Gerichte überprüfen zu lassen. Ist ein Rechtsmittel nach den allgemeinen verfahrensrechtlichen Vorschriften nicht gemäß § 11 I RPfIG zulässig, steht dem Beschwerenden die Möglichkeit der Erinnerung nach § 11 II RPfIG zur Verfügung, über die nach Maßgabe der Sätze 3 und 4 dieser Vorschrift das Gericht des Rechtspflegers entscheidet, wenn dieser ihr nicht abhilft (vgl. BVerfG NJW-RR 2001, 1077). Dieser Handhabung trägt Art. 19 IV GG Rechnung und berücksichtigt, dass der Gesetzgeber (vgl. BTDrucks 13/10244, S. 7) bei Änderung des Rechtspflegergesetzes durch das Gesetz vom 06.08.1998 (BGBl. I S. 2030) den Rechtsbehelf der Erinnerung für die Fälle, in denen Entscheidungen des Rechtspflegers nach den allgemeinen Regeln des Verfahrensrechts nicht anfechtbar sind, gerade aus verfassungsrechtlichen Gründen beibehalten hat (vgl. BVerfG aaO).“ (KG aaO).

- II. Einer gerichtlichen Überprüfung steht auch nicht entgegen, dass der Rechtspfleger gem. § 24 RPfIG **Aufgaben der Geschäftsstelle** und nicht solche des Richters wahrnimmt.

„Auch die Tätigkeit des Urkundsbeamten der Geschäftsstelle unterliegt einer gerichtlichen Kontrolle. Gem. § 573 I 1 ZPO ist gegen Entscheidungen des Urkundsbeamten der Geschäftsstelle die Erinnerung möglich. Unerheblich ist, dass nach § 24 III RPfIG die Vorlage an den Richter (§ 5 RPfIG) ausgeschlossen ist. § 5 RPfIG regelt lediglich die Möglichkeit, auf den Rechtspfleger übertragene Aufgaben unter bestimmten Voraussetzungen dem Richter vorzulegen, enthält aber keine Bestimmung für die Frage des Rechtsschutzes.“ (KG aaO).

Steuerrecht

BGB
§ 675

Anscheinsbeweis Vermutung beratungsgemäßen Mandantenverhaltens

SteuerR

(BGH in MDR 2009, 656; Urteil vom 05.02.2009 – IX ZR 6/06)

Die **Vermutung**, dass der **Mandant beratungsgemäß gehandelt** hat, **gilt** bei Verträgen mit rechtlichen oder steuerlichen Beratern **nur, wenn im Hinblick auf die Interessenlage oder andere objektive Umstände eine bestimmte EntschlieÙung des zutreffend unterrichteten Mandanten mit Wahrscheinlichkeit zu erwarten war**. Eine **Beweiserleichterung** für den Mandanten **greift** mithin **nicht generell** ein.

„Wie sich der Mandant bei vertragsgerechter Beratung verhalten hätte, zählt zur haftungsausfüllenden Kausalität, die der Mandant nach § 287 ZPO zu beweisen hat (BGHZ 129, 386 = NJW 1995, 2108; BGH NJW-RR 2006, 1645 = WM 2006, 1736).

Auf einen Beweis des ersten Anscheins kann sich die Kl. nicht berufen. Ob ein Anscheinsbeweis eingreift, unterliegt der Prüfung durch das RevGer. (vgl. etwa BGH NJW 1984, 432; NJW 1987, 1694 = WM 1987, 407).

*Im Rahmen von Verträgen mit rechtlichen oder steuerlichen Beratern gilt die Vermutung, dass der Mandant beratungsgemäß gehandelt hätte, nur, wenn im Hinblick auf die Interessenlage oder andere objektive Umstände eine bestimmte EntschlieÙung des zutreffend unterrichteten Mandanten mit Wahrscheinlichkeit zu erwarten gewesen wäre. Voraussetzung sind danach tatsächliche Feststellungen, die im Falle sachgerechter Aufklärung durch den Berater aus der Sicht eines vernünftig urteilenden Mandanten eindeutig eine bestimmte tatsächliche Reaktion nahe gelegt hätten (BGHZ 123, 311 = NJW 1993, 3259; BGH, NJW 2008, 2041 = WM 2008, 946). Die Beweiserleichterung für den Mandanten gilt also nicht generell. Sie setzt einen Tatbestand voraus, bei dem der **Ursachenzusammenhang zwischen der Pflichtverletzung des Beraters und einem bestimmten Verhalten seines Mandanten typischerweise gegeben** ist, beruht also auf Umständen, die nach der Lebenserfahrung eine bestimmte tatsächliche Vermutung rechtfertigen (BGHZ 123, 311 = NJW 1993, 3259; BGH NJW-RR 2006, 1645).*

Um beurteilen zu können, wie ein Mandant sich nach pflichtgemäÙer anwaltlicher oder steuerlicher Beratung verhalten hätte, müssen die Handlungsalternativen geprüft werden, die sich ihm stellten; deren Rechtsfolgen müssen ermittelt sowie miteinander und mit den Handlungszielen des Mandanten verglichen werden (BGH NJW-RR 2006, 1645).“ (BGH aaO).

ESTG
§ 19 I 1 Nr.1

Trinkgelder unterliegen der Einkommenssteuerpflicht

SteuerR

(BFH in DStRE 2009, 210; Urteil vom 18.12.2008 – VI R 49/06)

- I. Zum **Arbeitslohn gem. § 19 I 1 Nr. 1 EStG** gehören nach st. Rspr. alle Vorteile, die für eine Beschäftigung im öffentlichen oder privaten Dienst gewährt werden. Dies gilt auch für die Zuwendung eines Dritten, wenn diese ein Entgelt „für“ eine Leistung bildet, die der Arbeitnehmer im Rahmen des Dienstverhältnisses für seinen Arbeitgeber erbringt, erbracht hat oder erbringen soll. **Voraussetzung** ist, dass sie sich für den Arbeitnehmer als **Frucht seiner Arbeit für den Arbeitgeber** darstellt und **im Zusammenhang mit dem Dienstverhältnis steht** (vgl. BFH DStR 2007, 1119).
- II. Danach sind von einer Spielbank als Arbeitgeber an die Mitarbeiter geleisteten Zahlungen - auch soweit sie aus dem Tronc gespeist worden waren - steuerpflichtiger Arbeitslohn i. S. des § 19 I 1 Nr. 1 EStG.
 1. Nach **§ 3 Nr. 51 EStG** in der seit 2002 und damit auch im Streitjahr geltenden Fassung (Fassung durch das Gesetz zur Steuerfreistellung von Arbeitnehmertrinkgeldern v. 08.08.2002, BGBl I 2002, 3111) sind ohne betragsmäßige Begrenzung **Trinkgelder steuerfrei**, die anlässlich einer Arbeitsleistung dem Arbeitnehmer von Dritten freiwillig und ohne dass ein Rechtsanspruch auf sie besteht, zusätzlich zu dem Betrag gegeben werden, der für diese Arbeitsleistung zu zahlen ist.
 2. **Trinkgeld i. S. des § 3 Nr. 51 EStG** ist eine **dem dienstleistenden Arbeitnehmer vom Kunden oder Gast gewährte zusätzliche Vergütung**, die eine gewisse **persönliche Beziehung zwischen dem Arbeitnehmer und dem Dritten** voraussetzt.

*„Trinkgeld ist eine **freiwillige und typischerweise persönliche Zuwendung an den Bedachten als eine Art honorierende Anerkennung seiner dem Leistenden gegenüber erwiesenen Mühewaltung** in Form eines kleineren Geldgeschenks (vgl. BFHE 218, 122; BFH BStBl II 2007, 712; BFH DStR 2007, 1119). Dem Begriff des Trinkgelds ist als Zeichen der besonderen Honorierung einer Dienstleistung über das vereinbarte Entgelt hinaus ein Mindestmaß an persönlicher Beziehung zwischen Trinkgeldgeber und Trinkgeldnehmer grundsätzlich immanent. Charakteristisch dafür ist, dass in einem nicht unbedingt rechtlichen, jedenfalls aber tatsächlichen Sinne Geldfluss und honorierte Leistung korrespondierend einander gegenüberstehen (BFHE 218, 122; BFH BStBl II 2007, 712; BFH DStR 2007, 1119). Das Trinkgeld und die damit „belohnte“ Dienstleistung kommen dem Arbeitnehmer und dem Kunden unmittelbar zugute. Der Trinkgeldempfänger steht faktisch in einer doppelten Leistungsbeziehung und erhält entsprechend dazu auch doppeltes Entgelt, nämlich das Arbeitsentgelt seitens seines Arbeitgebers und das Trinkgeld seitens des Kunden.“ (BFH aaO).*

3. Dieser **Trinkgeldbegriff gilt auch nach der Neuregelung des § 3 Nr. 51 EStG** durch das Gesetz zur Steuerfreistellung von Arbeitnehmertrinkgeldern.

*„Denn es war zwar erklärtes **Ziel der Neuregelung, klar zwischen Arbeitsentgelt und Trinkgeld abzugrenzen** (vgl. BT-Drs. 14/9428, S. 1, 6) und zu vermeiden, dass reguläre Lohnleistungen durch „Trinkgelder“ ersetzt*

werden (vgl. BT-Drs. 14/9428, S. 1, 5). Zu diesem Zweck wurden auch in § 3 Nr. 51 EStG die Tatbestandsmerkmale „anlässlich einer Arbeitsleistung“, „freiwillig“ und „zusätzlich zu dem Betrag ...“, der für diese Arbeitsleistung zu zahlen ist“ eingefügt. Es ist aber nicht erkennbar, dass mit diesen Ergänzungen der überkommene, durch den **allgemeinen Sprachgebrauch** geprägte und bisher nur **typologisch umschriebene Trinkgeldbegriff** durch einen nun eigenständig gesetzlich definierten ersetzt und insbesondere auf die für das Trinkgeld typische persönliche Beziehung zwischen Arbeitnehmer und Dritten verzichtet werden sollte. Anhaltspunkte geben dazu weder die Begründung des Gesetzentwurfs zur Steuerfreistellung von Arbeitnehmertrinkgeldern (BT-Drs. 14/9029) noch die des Gesetzentwurfs zur Änderung des Einkommensteuergesetzes (Abschaffung der Trinkgeldbesteuerung, BT-Drs. 14/9061). Trinkgeld ist danach **Ausdruck der Zufriedenheit mit der Qualität der Dienstleistung**, die ausschließlich an die Person des Dienstleistenden gebunden ist (BT-Drs. 14/9061, S. 3), und setzt damit ebenfalls eine persönliche Beziehung zwischen dem Arbeitnehmer und Kunden voraus. In Übereinstimmung damit versteht auch das BAG unter Trinkgeld Leistungen, die ohne rechtliche Verpflichtung als persönliche Zuwendung aus einer bestimmten Motivationslage von Dritten freiwillig erbracht werden (BAGE 80, 230).“ (BFH aaO).

4. Daran gemessen ist der den Mitarbeitern ausbezahlte **Anteil am Troncaufkommen nicht als steuerfreies Trinkgeld, sondern als steuerpflichtiges Arbeitentgelt** zu qualifizieren.

- a) **Es fehlt an der für ein steuerfreies Trinkgeld i. S. des § 3 Nr. 51 EStG typischen persönlichen und unmittelbaren Leistungsbeziehung zwischen dem Arbeitnehmer und dem Dritten.**

„Denn die zum Recht der öffentlichen Sicherheit und Ordnung zählende gesetzliche Regelung des § 11 I SpBG untersagt strikt die Annahme eines Trinkgelds, vergleichbar mit dem Verbot einer Vorteilsannahme. Dieses Verbot dient der Ordnungsmäßigkeit des staatlich geregelten Spielbetriebs und umfasst dabei insbesondere auch das Verhältnis zwischen Spielbankbesuchern und dort tätigen Arbeitnehmern. Zum Kern der Regelung des Spielbetriebs gehört es insbesondere, dass die Arbeitnehmer der Spielbank nicht den Anschein erwecken, durch Geldgeschenke beeinflusst werden zu können. Sie haben den ordnungsgemäßen Spielbetrieb zu gewährleisten, ihre Aufgabe in der gebotenen Objektivität unabhängig von irgendwelchen persönlichen Beziehungen auszuüben und jeden Eindruck zu vermeiden, geneigt zu sein, Gewinn oder Verlust der Spieler je nach Trinkgeldhöhe zu manipulieren (so schon BFHE 77, 433; BVerfGE 28, 119; BVerfG NJW 1968, 1083).

Das **Verbot der Trinkgeldannahme** wird ergänzt durch das **gesetzliche Gebot, sämtliche dennoch von Spielbankbesuchern geleisteten Zuwendungen unmittelbar an den Arbeitgeber weiterzuleiten**: Nach § 11 II 2 SpBG müssen solche Zuwendungen unverzüglich den dafür aufgestellten Behältern zugeführt werden, deren Inhalt ohne Rücksicht auf einen etwaigen anderweitigen Willen des Spenders an den Spielbankunternehmer abzuliefern und von diesem zur Deckung der Personalkosten zu verwenden ist. Dem Verbot widersprechende Verfügungen wären nach § 134 BGB nichtig (vgl. B VerfGE 28, 119; BAG E 88, 151; BAG BeckRS 1998, 30009364).

Angesichts dieser Sachlage kann im Streitfall nicht von einer trinkgeldtypischen doppelten Leistungsbeziehung ausgegangen werden, die neben dem Arbeitsverhältnis auch Raum für eine zwischen Arbeitnehmer und Kunden des Arbeitgebers bestehende Beziehung lässt und die Annahme rechtfertigt, der Arbeitnehmer erhalte eine persönliche Zuwendung zur Anerkennung seiner dem Leistenden gegenüber erwiesenen Bemühungen.“ (BFH aaO).

- b) Dieses Ergebnis begegnet auch **keinen gleichheitsrechtlichen Bedenken**, soweit das Fehlen einer trinkgeldtypischen Leistungsbeziehung bei den in einer Spielbank beschäftigten Arbeitnehmern aus den genannten landesrechtlichen Regelungen folgt, während nicht in einer Spielbank beschäftigte Arbeitnehmer vergleichbaren Regelungen nicht unterworfen sind.

„Denn neben der Höhe der vom Tronc insgesamt erfassten Gelder spricht auch die gesetzliche Verpflichtung, die Tronceinnahmen zur Deckung der Personalkosten zu verwenden, dafür, dass es sich bei den betroffenen Geldern im Kern um reguläre Lohnleistungen handelt. Die landesrechtlichen Regelungen führen deshalb nicht zu einer nur formalen Unterscheidung von Arbeitnehmern einer Spielbank und anderen Arbeitnehmern, sondern entsprechen auch in der Sache dem unterschiedlichen Charakter von Tronceinnahmen und gewöhnlichen Trinkgeldern.“ (BFH aaO).

- c) Selbst wenn man eine persönliche Leistungsbeziehung zwischen dem Spielbankmitarbeiter und dem Dritten unterstellen würde, müsste eine Steuerbefreiung auch deshalb ausscheiden, weil die **streitigen Zahlungen tatsächlich und rechtlich nicht von einem Dritten, sondern vom Arbeitgeber** erhalten hat.

- aa) **§ 3 Nr. 51 EStG** setzt voraus, dass die Trinkgelder „dem Arbeitnehmer von Dritten“ gegeben werden.

„Daran fehlt es, wenn die Gelder der Dritten auf Grundlage zwingender gesetzlicher Regelungen nicht dem Arbeitnehmer, sondern dem Arbeitgeber überlassen werden, weil dieser sie selbst tatsächlich und von Rechts wegen an- und einnehmen, verwalten und buchungstechnisch erfassen muss. Dem lässt sich nicht entgegenhalten, dass die arbeits- und tarifvertragliche Regelung nur einen Anspruch auf Einhaltung eines bestimmten, die Verteilung des fremden Geldes betreffenden Verfahrens und Verteilungsschlüssels durch die Spielbank als Arbeitgeber begründe. Denn angesichts des bestehenden und so auch praktizierten Trinkgeldannahmeverbots und Weiterleitungsgebots erwerben die Arbeitnehmer am Tronc selbst kein Eigentum oder Anteile daran. Die dort gesammelten Gelder sind für die Arbeitnehmer fremde Gelder, sie gehören der Spielbank als Arbeitgeber. Alleiniger Rechtsgrund der Zahlung an den Kl. ist der arbeits- und tarifvertraglich eingeräumte Anspruch gegen den Arbeitgeber (BVerfGE 28, 119; BAGE 88, 151); als Trinkgeld erreicht das Troncaufkommen nie den Arbeitnehmer, denn am Troncaufkommen hat er keinen originären Anspruch. Daher bedarf es auch der Regelung des § 11 II 2 SpBG, nach der das Troncaufkommen zur Deckung der Personalkosten zu verwenden ist.“ (BFH aaO).

- bb) Das Fehlen einer originären Berechtigung oder Teilhabe der Arbeitnehmer am Troncaufkommen unterscheidet den Streitfall zugleich von solchen Fällen, in denen eine „Pooling von Einnahmen“ vorliegt und Trinkgeld in eine gemeinsame Kasse eingezahlt und anschließend aufgeteilt wird, z. B. beim Friseurgewerbe oder Gaststättenbereich bei zentraler Kasse (vgl. BFH DStRE 2006, 67).

*„Denn in diesen Fällen mag das **Trinkgeld den Arbeitnehmern in ihrer Gesamtheit gegeben werden, so dass sie entweder originär Miteigentum am Inhalt der Trinkgeldkasse erwerben, jedenfalls aber gegen den Arbeitgeber einen Anspruch auf Überlassung des Inhalts der Trinkgeldkasse haben.**“ (BFH aaO).*

ESTG
§ 19 I 1 Nr.1

**Mitgliedsbeiträge für DAV
steuerpflichtiger Arbeitslohn**

SteuerR

(BFH in DB 2009, 880; Urteil vom 12.02.2009 – VI R 32/08)

Die **Übernahme der Beiträge für die Mitgliedschaft einer angestellten Rechtsanwältin im Deutschen Anwaltverein** führt zu **steuerpflichtigem Arbeitslohn**, es sei denn, der Arbeitgeber handelt im überwiegend eigenbetrieblichen Interesse.

- 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. 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.
- II. Ein Vorteil wird dann aus **ganz überwiegend eigenbetrieblichem Interesse** gewährt, wenn im Rahmen einer Gesamtwürdigung aus den Begleitumständen 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. 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; BFHE 220, 266 = BStBl II 2008, 378 = NJW 2008, 1838 = NZA-RR 2008, 423

- III. Nach diesen Grundsätzen hat **BFH aaO** entschieden, dass die Übernahme der Beiträge zum Deutschen Anwaltverein durch die Kl. auch im eigenen Interesse der angestellten Rechtsanwältin erfolgt und deshalb Arbeitslohn anzunehmen sei.

*„Nach den Feststellungen des FG bietet der Deutsche Anwaltverein seinen Mitgliedern die **Förderung und Initiierung des für die Berufsausübung notwendigen Erfahrungs- und Informationsaustausches** zwischen den Kollegen durch aktuelle Informationen über verschiedene **Werbemaßnahmen und Services** bis hin zu einem Stellenmarkt und eigenem Rechtsschutz. Darüber hinaus kommen Mitglieder in den Genuss von **Rabatten und Sonderkonditionen** bei zahlreichen Kooperationspartnern wie Autoherstellern, Hotelketten sowie Bürotechnik- und Telekommunikationsanbietern. Die Satzung nennt als Zweck des Vereins die Wahrung, Pflege und Förderung aller beruflichen und wirtschaftlichen Interessen der Rechtsanwaltschaft und des Anwaltsnotariats, insbesondere durch die Förderung von Rechtspflege und Gesetzgebung, der Aus- und Fortbildung sowie die Pflege des Gemeinsinnes und des wissenschaftlichen Geistes der Rechtsanwaltschaft. Ziel des Vereins ist die Zusammenfassung aller Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälte in Deutschland und aller deutschen Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälte im Ausland. [Dies spricht] für ein eigenes Interesse der B an der von der Kl. finanzierten Mitgliedschaft.“*

Die auf dieser Grundlage vorgenommene Gewichtung, nach der das Eigeninteresse der B so schwer wiege, dass es nicht neben dem Interesse der Kl. in den Hintergrund tritt, ist jedenfalls möglich und lässt keinen Rechtsfehler erkennen. Die eigenbetrieblichen Interessen der Kl. an der Übernahme der streitbefangenen Beiträge treten gegenüber dem offenkundigen eigenen Interesse der angestellten Rechtsanwältin an der Mitgliedschaft im Deutschen Anwaltverein jedenfalls nicht evident hervor.“ (BFH aaO).

Weitere Schrifttumsnachweise

I. Zivilrecht

1. **Lorenz:** Die Reichweite der kaufrechtlichen Nacherfüllungspflicht durch Neulieferung (NJW 2009, 1633)

Bei Lieferung einer mangelhaften, vom Käufer eingebauten Sache schuldet der auf Neulieferung in Anspruch genommene **Verkäufer Ersatz der Kosten einer erneuten Montage der Kaufsache einschließlich der Entfernung der mangelhaften Sache** im Wege des (einfachen) Schadensersatzes gem. § 280 I BGB, sofern er die in der Lieferung der mangelhaften Sache liegende Pflichtverletzung zu vertreten hat; die Kosten der Erstmontage schuldet er nur dann, wenn der Käufer (ggf. in Kombination mit Rücktritt) Schadensersatz statt der Leistung bzw. an dessen Stelle Aufwendungsersatz nach § 284 BGB geltend macht. - Der **kaufrechtliche Nacherfüllungsanspruch** im Wege der Neulieferung impliziert unabhängig von einer Rückgabepflicht des Käufers eine **Rücknahmeverpflichtung des Verkäufers in Bezug auf die mangelhafte Kaufsache**; die dabei anfallenden **Transportkosten fallen unabhängig vom Erfüllungsort der Nacherfüllungsverpflichtung dem Verkäufer zur Last**; § 439 II BGB ist insoweit eine **eigenständige Anspruchsgrundlage**. - Aus der Rücknahmepflicht folgt weder eine Demontagepflicht noch eine Pflicht, die Demontagenkosten zu tragen. - Das Recht des Verkäufers, die geforderte Nacherfüllung gem. § 439 III BGB auch dann wegen Unzumutbarkeit zu verweigern, wenn eine **alternative Abhilfemöglichkeit nicht besteht**, ist richtlinienkonform. - **Maßstab für die Unzumutbarkeit** ist nicht das Verhältnis der Nacherfüllungsaufwendungen des Verkäufers zum Kaufpreis, sondern das **Verhältnis der Nacherfüllungsaufwendungen zum** (nicht notwendig wirtschaftlichen) **Leistungsinteresse des Käufers**; als Maßstab kann insoweit die Wertung des § 323 V 2 BGB entsprechend herangezogen werden.

2. **Stöhr:** Die Darlegungs- und Beweislast bei § 172 I BGB (MDR 2009, 547)

Bespr. der Entsch. **BGH MDR 2008, 1405**, wonach das Nichtvorliegen einer Rechtsscheinvollmacht nach §§ 171 ff. BGB eine anspruchsbegründende Tatsache darstellt, soweit der Anleger Bereicherungsansprüche gegen die Bank geltend macht; da der Kläger hinsichtlich der anspruchsbegründenden Umstände nach üblichem Verständnis darlegungs- und beweisbelastet ist, hat die Entscheidung des BGH zur Folge, dass der Anleger nunmehr darlegen und beweisen muss, dass der Bank z. Zt. des Vertragsschlusses keine Vollmachtsausfertigung vorlag. – Nach **Ansicht des Autors** ist jedoch diese Rspr. abzulehnen, sodass dann, wenn sich eine **Bank auf die Rechtsscheinhaftung des Anlegers nach § 172 I BGB beruft, diese für das Vorliegen der entsprechenden Voraussetzungen darlegungs- und beweisbelastet** ist; ebenfalls ist nach Ansicht des Autors ein Anscheinsbeweis abzulehnen, wenn die Bank die Vollmachtsausfertigung im Prozess vorlegt; eine Beweislastumkehr soll nur unter dem Gesichtspunkt des Beweismittelverlustes in Betracht kommen, wenn die Bank im Hinblick auf das Verhalten des Anlegers davon ausgehen durfte, dass dieser keine Ansprüche mehr gegen die Bank erheben würde.

3. **Wertenbruch:** Festlaufzeiten und Kündigungsausschluss in freiberufler-Gesellschaftsverträgen (DB 2009, 1222)

Der **Ausschluss des ordentlichen Kündigungsrechts für eine längere Dauer als 5 Jahre** stellt bei Freiberufler-Personengesellschaften i.d.R. eine **unzulässige Kündigungsbeschränkung i.S. des § 723 III BGB** dar, - Ebenfalls unzulässig ist eine über 5 Jahre hinausgehende Bindung von Freiberuflern, sofern es sich um eine GmbH oder AG mit vinkulierten Anteilen handelt – Nur in Ausnahmefällen kann eine über 5 Jahre hinausgehende Bindung zulässig sein, der Versorgungscharakter einer längeren Bindung genügt hierfür jedoch nicht.

4. **Grziwotz:** Rspr. zur nichtehelichen Lebensgemeinschaft (FamRZ 2009, 750)

II. Strafrecht

1. **Peters:** Der Tatbestand des § 238 StGB (Nachstellung) in der staatsanwaltlichen Praxis (NStZ 2009, 899)

Problemstellung: Zahlreiche Verfahren, die den Tatbestand der Nachstellung zum Gegenstand haben, gelangen aus vielfältigen Gründen nicht ins Hauptverfahren; ohne dass bislang empirische Studien vorliegen, stellt sich der Regelfall in der täglichen Dezernatsarbeit so dar, dass es sich bei den zu beurteilenden Sachverhalten mehrheitlich um den Nachgang einer Beziehung handelt, bei welchem ein Rosenkrieg mit anderen Mitteln geführt wird; Täter und Opfer sich zumindest persönlich bekannt sind; hinzu kommt, dass die Täter meist, wenn auch nicht ausschließlich, im sozial schlechter gestellten Milieu zu suchen sind, der anonyme Stalker bildet dagegen die Ausnahme. - Aus der Perspektive des täglichen

Betrachters heraus muss festgestellt werden, dass der Tatbestand der Nachstellung in der Praxis Geltung beansprucht, seine Einführung also nicht - wie zunächst befürchtet - überflüssig war. - Noch sind nur einzelne abschließende gerichtliche Entscheidungen bekannt, jedoch ist der Vorteil des Tatbestands der Nachstellung bereits darin zu sehen, dass vielfach schon nach einer ersten verantwortlichen Vernehmung des Beschuldigten unter Hinweis auf die mögliche Strafbarkeit wegen Nachstellung die Täter ihre Verhaltensweisen einstellen; hierzu beigetragen haben dürfte insbesondere die Aufnahme des Tatbestands in das Strafgesetzbuch, so dass dem Täter bewusst wird, tatsächlich Straftaten zu begehen und die Grenze zur straflosen Belästigung überschritten zu haben; ein weiterer Vorteil besteht auch darin, in diesen Fällen der bestehenden Eskalationsgefahr vorgebeugt zu haben.

2. **Dessecker:** Zur Konkretisierung des Bandenbegriffs im Strafrecht (NStZ 2009, 184)

Die **formelle Festlegung einer Mindestzahl von Bandenmitgliedern ermöglicht 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 mind. 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 vielmehr 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. - Für die Strafrechtsdogmatik ist im Wesentlichen Folgendes zu bedenken: Bei **Vermögensdelikten** liegt die Schwelle zum Nachweis einer geschäftsähnlichen Organisation gerade dann nicht allzu hoch, wenn sie innerhalb eines Unternehmens begangen werden; welchen Stellenwert strafbare Zielsetzungen für das Gesamtunternehmen haben, wird ausgeblendet; jedoch ist darauf hinzuweisen, dass die **Anforderungen der Rspr. etwa für die Anwendung des Regelbeispiels aus § 263 III 2 Nr. 1 StGB oder der Qualifikation nach § 263 V StGB noch weniger streng angelegt sind**; 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; schließlich liegt es nahe, die ebenfalls überwiegend vertretene Auffassung aufzugeben, nach der ein Bandendelikt bereits mit der ersten Verwirklichung des Tatbestands vorliegen kann, denn das Vorliegen einer geschäftsähnlichen und deshalb für strafrechtlich geschützte Rechtsgüter gefährlichen Organisation ist erst dann anzunehmen, wenn es nicht bei einer einzigen Tat bleibt.

3. **Müller/Schmidt:** Aus der Rspr. zum Recht der Strafverteidigung 2008 (NStZ 2009, 251)

4. **Bosbach:** Ungeschriebene strafprozessuale Zeugnisverweigerungsrechte im Verhältnis zwischen Strafverteidiger und Mandant nach rechtskräftigem Abschluss des Verfahrens gegen den Mandanten? (NStZ 2009, 177)

Problemstellung: Hat der Mandant des Strafverteidigers ein Zeugnis-/Auskunftsverweigerungsrecht über die Inhalte der Gespräche mit dem Strafverteidiger, wenn sein eigener Fall (in welchem er Beschuldiger/Angekl. war) rechtskräftig abgeschlossen ist und eine eigene Strafverfolgung auf Grund der eigenen Aussage nicht mehr droht? - Solange ein **Strafverfahren gegen den Mandanten des Strafverteidigers andauert, besitzt dieser** – insbes. auch mit Blick auf die Kommunikation zwischen ihm und dem Strafverteidiger - ein **Schweigerecht nach § 136 I 2 StPO**; nach rechtskräftigem Abschluss des ihn betreffenden Verfahrens steht ihm § 136 I 2 StPO jedoch nicht mehr zur Seite, wenn es um die Frage geht, ob er z.B. in einem Strafverfahren gegen den Strafverteidiger über die Inhalte der in der Vergangenheit liegenden Gespräche berichten muss; die StPO versagt ihm in dieser Situation auf den ersten Blick auch den Schutz über die §§ 52ff. StPO, sodass die Fachgerichte sich immer wieder mit Schweigerechten neben den „klassischen“ Zeugnis- und Auskunftsverweigerungsrechten nach §§ 52ff. StPO zu befassen haben. – **OLG Koblenz** hat ein Auskunftsverweigerungsrecht nach § 55 StPO zwar abgelehnt, aber weitergehend im Grundsatz ein verfassungsunmittelbares Schweigerecht unter Verweis auf die Rspr. des BVerfG anerkannt. – Auch das **BVerfG** erkennt ein Zeugnisverweigerungsrecht unmittelbar aus der Verfassung im Grundsatz an, verneint aber die Schutzbedürftigkeit des vertrauensvollen Gespräches zwischen dem (ehemaligen) Mandanten und dessen (damaligem) Strafverteidiger und weist darauf hin, dass durch die Zeugenaussage des ehemaligen Mandanten für diesen keine Gefahr der Beeinträchtigung der Verteidigungsinteressen bestehe, da sein Strafverfahren abgeschlossen sei; die allgemeine Mutmaßung, ein Mandant offenbare sich seinem Verteidiger nicht mehr rückhaltlos, wenn er damit rechnen müsse, in einem späteren Strafverfahren gegen den Verteidiger aussagen zu müssen, sei für die Begründung eines verfassungsrechtlich gebotenen Zeugnisverweigerungsrechts „nicht zielführend“.

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

6. **Pfister:** Die Beurteilung der Schuldfähigkeit in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs NStZ-RR 2009, 161

III. öffentliches Recht

1. **Ditscheid/Ufer:** Die Novellierung des TKG 2009 - ein erster Überblick (MMR 2009, 367)
2. **Voigt:** Datenschutz bei Google (MMR 2009, 377)

Die **Verwendung eines** beachtlichen Teils der **Google-Cookies und die neunmonatige Speicherung von vielen IP-Adressen durch Google verstoßen gegen deutsches Datenschutzrecht:** Im Gegensatz zur Nutzung von Cookies und der Speicherung von IP-Adressen durch normale, unvernetzte Webseiten besteht bei Google auch tatsächlich eine datenschutzrechtliche Gefahr für den Nutzer, da die zunächst pseudonymen Daten über die Verflechtung mit anderen Informationen aus dem Google-Umfeld konkreten Personen zugeordnet werden können. – Selbst wenn eine tatsächliche Verknüpfung von IP-Adressen und Cookie-Informationen mit persönlichen Daten aus den registrierungspflichtigen Diensten möglicherweise gar nicht stattfindet, sollte das Datenschutzrecht das **Allgemeine Persönlichkeitsrecht einfachrechtlich schützen**; verhindert werden soll nicht nur ein tatsächlicher Missbrauch, sondern bereits die Gefährdung des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung; Google sollte daher seine Profile in anderer Art bilden, etwa indem der Datenbestand aus IP-Adressen und Cookies vollständig vom personenbezogenen Datenbestand getrennt wird; in diesem Falle könnte dann die IP-Adresse zur Profilbildung benutzt werden. - Die **bloße Speicherung auf verschiedenen Servern genügt zur Trennung der Datenbestände allerdings nicht**; eine längerfristige Speicherung von IP-Adressen und Cookiedaten der Nutzer registrierungspflichtiger Google-Dienste ist vielmehr nur dann möglich, wenn die IP-Adressen und Cookie-Informationen von personenbeziehbaren Daten „entschlackt“ werden, eine Datenverwendung also ohne jeden Bezug zu den Daten aus den Google-Konten stattfindet; dies kann gerade bei Cookies zu einer gewissen Einschränkung der Nutzungsmöglichkeiten führen. - Generell sollte eine solche **Anonymisierung der Daten** jedoch technisch machbar sein, indem die bei registrierungspflichtigen Diensten erhobenen Informationen aus Cookies und IP-Adressen ohne jede Verbindung zu den personenbezogenen Daten aus selbigen Diensten gespeichert werden; ein Personenbezug wäre so nicht mehr gegeben; die Speicherung von IP-Adressen und Cookiedaten müsste sich dann nicht mehr nach den engen datenschutzrechtlichen Anforderungen des § 12 I TMG, sondern nur noch nach den vereinfachten Bedingungen des § 15 III TMG richten.

3. **Hanschmann:** Demontage eines Grundrechts - Zur Verfassungsmäßigkeit des Bayerischen Versammlungsgesetzes (DÖV 2009, 389)

Der Beitrag stellt die **wesentlichen Bestimmungen des am 01.10.2008 in Kraft getretenen Bayerischen Versammlungsgesetzes** dar und untersucht in kritischer Perspektive deren Verfassungsmäßigkeit. – Der **Erlass des neuen Bayerischen Versammlungsgesetzes** wurde **durch die** im Zuge der Föderalismusreform vorgenommene **Änderung der Gesetzgebungskompetenz für das Versammlungsrecht ermöglicht**: Unterfiel das Versammlungsrecht bis zum Inkrafttreten der Föderalismusreform am 01.09.2006 der konkurrierenden Gesetzgebungskompetenz (Art. 74 I Nr. 3 GG a.F.) und wurde diese vom Bundesgesetzgeber durch Erlass des Gesetzes über Versammlungen und Aufzüge vom 24.07.1953 (BVerfG) in Anspruch genommen, haben nunmehr die Bundesländer die Kompetenz zur Regelung des Versammlungsrechts; gem. Art. 125 a I 2 GG ersetzt das Bayerische Versammlungsgesetz mit seinem Inkrafttreten am 01.10.2008 das Bundesversammlungsgesetz. - Der **Begründung des Gesetzesentwurfs** zufolge soll das Gesetz in erster Linie der **Bekämpfung des Rechts- und Linksextremismus** dienen; die in Art. 8 GG garantierte **Versammlungsfreiheit gilt jedoch unabhängig von dem jeweiligen politischen Inhalt, der kollektiv geltend gemacht wird**; solange Gesetze also nicht verletzt werden und das verfassungsrechtliche Instrumentarium der „wehrhaften Demokratie“ nicht greift, hat das inhaltliche Anliegen einer Versammlung für die Frage der Inanspruchnahme des Grundrechts und die Reichweite seines Schutzes keine Bedeutung; zudem findet die Zielrichtung des Gesetzes bis auf wenige Ausnahmen in den abstrakt-generellen Formulierungen des Bayerischen Versammlungsgesetzes keinen Widerklang, ihre Anwendung allein auf links- oder rechtsextremistische Versammlungen ist folglich alles andere als garantiert. - Warum es angesichts der bisher schon zur Verfügung stehenden rechtlichen Handlungsmöglichkeiten, mit denen radikalen Minderheiten entgegengetreten werden kann, überhaupt erforderlich ist, in besonderer Weise auf bestimmte politische Gruppen gesetzgeberisch zu reagieren, bleibt eine vom bayerischen Gesetzgeber nicht beantwortete Frage: Es wird jedenfalls nicht gesagt, warum beispielsweise die Beschränkung der Grundrechtsgewährleistung auf friedliche Versammlungen (Art. 8 I GG), die Verwirkung von Grundrechten (Art. 18 GG), das Verbot von verfassungswidrigen Parteien (Art. 21 II GG), die Berücksichtigung der Rechte Dritter oder die Möglichkeit, Auflagen oder Verbote von Versammlungen bei Verstößen gegen § 86a (Verwendung der Kennzeichen verfassungswidriger Organisationen), § 90a (Verunglimpfung des Staates und seiner Symbole) bzw. § 130 StGB (Volksverhetzung) zu erlassen, unzureichend sind, um wirksam gegen politischen Extremismus in Versammlungsform vorzugehen. - Ob es jedoch jemals zu einem **Inkrafttreten des Bayerischen Versammlungsgesetzes** kommt, ist **fraglich**, da ein Bündnis bestehend aus Gewerkschaften, Fraktionen des Bayerischen Landtags und anderen gesellschaftlichen Gruppen beim BVerfG **Verfassungsbeschwerde gegen das**

Gesetz erhoben hat; dem von den Bf. ebenfalls gestellten Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung gem. § 32 I BVerfGG hat das BVerfG mit Beschluss vom 17.02.2009 bereits teilweise stattgegeben.

4. **Kötter/Nolte:** Was bleibt von der „Polizeifestigkeit des Versammlungsrechts“? (DÖV 2009, 399)

Der **Grundsatz der Polizeifestigkeit des Versammlungsrechts** hat infolge der Streichung der Gesetzgebungskompetenz des Bundes im Zuge der Föderalismusreform zwar seine **verfassungsrechtliche Begründung eingebüßt**, seine **Bedeutung zur Abgrenzung von besonderem und allgemeinem Ordnungsrecht nimmt** wegen der zunehmend komplexer werdenden Versammlungswirklichkeit dagegen zu; das **Versammlungsgesetz vermittelt dabei keine andere Sperrwirkung als andere besondere Ordnungsgesetze**; spezielle Regelungen gehen immer den allgemeinen vor und immer wieder ist dabei klärungsbedürftig, inwiefern zur Lückenfüllung auf die allgemeinen Regeln zurückgegriffen werden kann. - Eine Rückgriffssperre besteht dann, wenn das besondere Ordnungsrecht eine abschließende Regelung eines Regelungsbereichs enthält. - Auch **zukünftige Versammlungsgesetze der Länder werden** – ebenso wie das Bundesversammlungsgesetz – **besonderes Ordnungsrecht enthalten**, das den allgemeinen polizeirechtlichen Regelungen vorgeht, soweit es abschließende Regelungen enthält; der Grundsatz der Polizeifestigkeit des Versammlungsrechts entbindet vor diesem Hintergrund nicht von der eingehenden Prüfung, inwiefern Versammlungsgesetze abschließende Regelungen enthalten, die die Anwendung des allgemeinen Ordnungsrechts ausschließen. - Das noch geltende **Versammlungsgesetz des Bundes regelt nicht alle Maßnahmen gegen Versammlungen oder Versammlungsteilnehmer abschließend**, enthält insbes. keine Regelungen für das Vorgehen gegen nichtöffentliche Versammlungen und für das Vorgehen gegen potenzielle Versammlungsteilnehmer im Vorfeld einer Versammlung; dagegen enthält es **abschließende Regelungen für das Vorgehen gegen die Versammlung oder einzelne Teilnehmer während der Versammlung**. - Hinsichtlich der Maßnahmen während der Versammlung muss der Grundsatz der Polizeifestigkeit des Versammlungsrechts auch als Ausdruck des **Respekts vor der Selbstbestimmung der Versammlung** verstanden werden; Maßnahmen gegen die Versammlung können als **nachträgliche Auflagen** ergehen, wie das Versammlungsgesetz dies gem. § 15 I VersG zulässt; das Versammlungsgesetz sieht außerdem mit der Auflösung und dem Ausschluss von Störern Maßnahmen vor, um die Polizeifestigkeit im Ganzen und bezüglich einzelner Versammlungsteilnehmer zu brechen; bevor es dazu keinen Anlass gibt, sollte die Polizeifestigkeit ernst genommen und nicht durch „Minusmaßnahmen“ in die Versammlung eingegriffen werden. - Für die Bereiche, in denen das Versammlungsgesetz des Bundes und auch künftige Versammlungsgesetze der Länder keine abschließende Regelung enthalten, ist das **allgemeine Sicherheits- und Ordnungsrecht anwendbar**: Zur Klarstellung sind Öffnungsklauseln zugunsten der ergänzenden Anwendbarkeit des allgemeinen Ordnungsrechts denkbar, aber nicht zwingend; eine solche Klausel könnte z.B. lauten: „Für Maßnahmen im Vorfeld der Durchführung von Versammlungen bleiben die Befugnisse der allgemeinen Gefahrenabwehrgesetze unberührt.“ Unabdingbar ist allerdings die Zitierung des Art. 8 GG in den Gesetzen, die Eingriffe in die Versammlungsfreiheit ermöglichen; bei der Schaffung von Landesversammlungsgesetzen sollte also darauf geachtet werden, dass entweder Vorfeldmaßnahmen in den Versammlungsgesetzen geregelt werden, oder dass eine Zitierung von Art. 8 GG in den allgemeinen Sicherheits- und Ordnungsgesetzen erfolgt.

IV. Richter / Staatsanwälte / Notare / Rechtsanwälte

1. **Ruland:** Der neue Versorgungsausgleich - Strategien und Beratung durch den Anwalt (NJW 2009, 169)
2. **Schrader:** Die nachträgliche Zulassung der Kündigungsschutzklage in der Praxis (NJW 2009, 1541)
3. **Bauer:** Rechtsentwicklung bei den Allgemeinen Bedingungen für die Rechtsschutzversicherung bis Anfang 2009 (NJW 2009, 1564)

Überreicht durch:

Mandantenbrief

- neueste Informationen -

Aus Gesetzgebung, Rechtsprechung und Praxis

Juni 2009

A. Aus der Gesetzgebung

Zugang zum Visa-Informationssystem

Gesetz über den Zugang von Polizei- und Strafverfolgungsbehörden sowie Nachrichtendiensten zum Visa-Informationssystem (VIS-Zugangsgesetz - VISZG) vom 06.05.2009 (BGBl. I S. 1034)

Im europäischen Visa-Informationssystem werden Daten zu Schengen-Visa durch die zuständigen Behörden - insbesondere Visum-, Grenz- und Einwanderungsbehörden - gespeichert. So sollen unter anderem Visum-Mehrfachanträge bei mehreren EU-Mitgliedstaaten verhindert und Identitätstäuschungen aufgedeckt werden.

Die deutschen Polizei- und Strafverfolgungsbehörden sowie Nachrichtendienste erhalten mit dem VISZG zur Verhütung, Aufdeckung und Ermittlung terroristischer und sonstiger schwerwiegender Straftaten im Einzelfall Zugang zum Visa-Informationssystem (VIS) der Europäischen Union.

Das Gesetz tritt an dem Tag in Kraft, ab dem der Beschlusses 2008/633/JI des Rates vom 23.06.2008 über den Zugang der benannten Behörden der Mitgliedstaaten und von Europol zum Visa-Informationssystem (VIS) für Datenabfragen zum Zwecke der Verhütung, Aufdeckung und Ermittlung terroristischer und sonstiger schwerwiegender Straftaten (ABl. EU Nr. L 218 S. 129) nach seinem Artikel 18 Abs. 2 gilt.

Modernisierung im anwaltlichen und notariellen Berufsrecht

Gesetz zur Modernisierung von Verfahren im anwaltlichen und notariellen Berufsrecht vom 23.04.2009, in Kraft treten zum 01.09.2009 (BR-Drs. 377/09)

I. Die wichtigsten Neuregelungen

1. Der Bundestag hat am 23.04.2009 das Gesetz zur Modernisierung von Verfahren im anwaltlichen und notariellen Berufsrecht und damit die Errichtung einer unabhängigen, bundesweit tätigen "Schlichtungsstelle der Rechtsanwaltschaft" beschlossen. Das Gesetz orientiert sich an dem Vorbild anderer erfolgreicher "Ombudsstellen" wie etwa bei Banken oder Versicherungen.
2. Bisher verweist die Bundesrechtsanwaltsordnung (BRAO) für verwaltungsrechtliche Streitigkeiten auf das Gesetz über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit (FGG).

Dies ist insbesondere bei Streitigkeiten über die Zulassung zur Rechtsanwaltschaft, ihre Rücknahme oder ihren Widerruf sowie die Anfechtung sonstiger Verwaltungsakte und das Vorgehen gegen Wahlen und Beschlüsse der Kammern der Fall.

Das Gesetz über die Tätigkeit europäischer Rechtsanwälte in Deutschland (EuRAG) und die Bundesnotarordnung (BNotO) nehmen insoweit auf die BRAO Bezug.

Künftig gelten für diese Verwaltungsverfahren jedoch nicht mehr die Vorschriften des Gesetzes über das Verfahren in Familiensachen und in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit (FamFG), sondern die Verwaltungsverfahrensgesetze des Bundes und der Länder und im gerichtlichen

Verfahren die Verwaltungsgerichtsordnung (VwGO), denn die Rechtsanwalts- und Notarkammern handeln als öffentlich-rechtliche Körperschaften gegenüber ihren Mitgliedern öffentlich-rechtlich. Auch die Justizverwaltungen werden im Bereich des verwaltenden öffentlichen Rechts tätig. An dem in der Praxis bewährten Rechtsweg - in Anwaltssachen zum Anwaltsgerichtshof und zum Bundesgerichtshof in Anwaltssachen, in Notarsachen zum Oberlandesgericht und zum Bundesgerichtshof - hält das Gesetz fest; dabei soll Rechtsschutz wie bisher auch weiterhin durch zwei Tatsacheninstanzen gewährt werden.

II. Weitere Neuerungen im Überblick

- Die Anzahl der von einem Rechtsanwalt maximal führbaren Fachanwaltschaften wird von bisher zwei auf drei erhöht.
- Die Anrechnung einer Gebühr auf eine nachfolgende Gebühr im Rechtsanwaltsvergütungsgesetz wird neu geregelt.
- Es wird die Möglichkeit zur Abwicklung des Verwaltungsverfahrens über eine einheitliche Stelle geschaffen.

B. Aus der Rechtsprechung

BGB BGB
 §§ 536a, 539 I **eigenmächtige Mängelbeseitigung eines Mieters**
Erstattungsanspruch

(OLG Düsseldorf in OLGR 2009, 275; Urteil vom 05.02.2009 – I-10 U 128/08)

Beseitigt ein Mieter eigenmächtig einen während der Mietzeit aufgetretenen Mangel des Mietobjekts (hier: an einem LKW), **ohne** dass die **Voraussetzungen des § 536a II Nr. 1 BGB bzw. des § 536a II Nr. 2 BGB** vorliegen, so steht ihm gegen den Vermieter **kein Anspruch auf Ersatz seiner Reparaturaufwendungen** aus § 539 I BGB oder aus §§ 683 S. 1, 677, 670 BGB bzw. § 684 S. 1, 812 ff. BGB zu.

Die Auffassung, dass der Bekl. wegen sämtlicher von ihr durchgeführter Reparaturen an dem gemieteten Lkw keine aufrechenbaren Ersatzansprüche aus § 536 a BGB, insbesondere auch nicht aus § 536 a II BGB zustehen, fußt auf der Rspr. des BGH (DWW 2008, 174 = GE 2008, 325 = NJW 2008, 1116 = NZM 2008, 279): Danach kann der Mieter die Aufwendungen zur Mängelbeseitigung weder nach § 539 I BGB noch als Schadensersatz gemäß § 536 a I BGB vom Vermieter ersetzt verlangen, wenn er eigenmächtig einen Mangel der Mietsache beseitigt, ohne dass der Vermieter mit der Mängelbeseitigung in Verzug ist (§ 536 a II Nr. 1 BGB) oder die umgehende Beseitigung des Mangels zur Erhaltung oder Wiederherstellung des Bestands der Mietsache notwendig ist (§ 536 a II Nr. 2 BGB).

I. Die Bekl. hat keinen Anspruch aus § 536a II Nr. 1 BGB.

„Unstreitig hat die Bekl. die Kl. **hinsichtlich der streitgegenständlichen Arbeiten nicht in Verzug gesetzt**, § 286 I 1 BGB. Eine **Mahnung war entgegen der Auffassung der Bekl. auch nicht nach § 286 II Nr. 4 BGB entbehrlich**. Nach dieser Vorschrift bedarf es zur Herbeiführung des Verzugs keiner Mahnung, wenn dies aus besonderen Gründen unter Abwägung der beiderseitigen Interessen gerechtfertigt ist. Einen solchen Fall hat das LG mit zutreffender Begründung verneint. Nach dem Normzweck der Bestimmung **soll dem Vermieter der Vorrang bei der Beseitigung eines Mangels zukommen**. Das dient zum einen deswegen auch seinem Schutz, weil er dadurch die Minderung der Miete (§ 536 BGB) oder Schadensersatzansprüche des Mieters (§ 536a I BGB) abwenden kann. Die dem Vermieter grundsätzlich einzuräumende Möglichkeit, den Mangel selbst zu beseitigen, soll es ihm zudem ermöglichen, die Mietsache darauf zu überprüfen, ob der behauptete Mangel besteht, auf welcher Ursache er beruht sowie ob und auf welche Weise er beseitigt werden kann, und hierzu gegebenenfalls Beweise zu sichern. Der Verlust dieser Möglichkeit einer **Untersuchung und Beweissicherung** durch eigenmächtige Mängelbeseitigung des Mieters lässt sich nicht damit rechtfertigen, dass die Mängel hier teilweise im Ausland aufgetreten sind und es aufgrund des enormen Zeitdrucks im Speditionsgewerbe für die Beklagte unabwendbar gewesen sei, bei Beschädigungen schnellstmöglich die Funktionsfähigkeit des Fahrzeugs wiederherzustellen. Der von der Beklagten angesprochene Zeitdruck betrifft das eigene Geschäftsrisiko der Beklagten und befreite diese nicht davon, die Kl. zumindest telefonisch von den aufgetretenen Mängeln in Kenntnis zu setzen und ihr die Möglichkeit zu geben, über das Ob und Wie einer Reparatur des gemieteten Lkw zu entscheiden. Gegenteiliges ist den mietvertraglichen Vereinbarungen nicht zu entnehmen. Diese sehen eine Beteiligung der Kl. an dem Geschäftsrisiko der Bekl. nicht vor. Die Bekl. behauptet im Übrigen selbst nicht, dass im Speditionsgewerbe ein Handelsbrauch bestehe, an dem gemieteten Fahrzeug auftretende Beschädigungen im In- und Ausland ohne vorherige Benachrichtigung des Vermieters durchzuführen.“ (OLG Düsseldorf aaO).

II. Auch die Voraussetzungen eines Anspruchs aus § 536a II Nr. 2 BGB sind zu verneinen.

„Die **umgehende Beseitigung** der von der Bekl. behaupteten Mängel war zur Erhaltung oder Wiederherstellung des Bestands der Mietsache nicht notwendig. Die Vorschrift erfasst **Notmaßnahmen des Mieters**, die keinen Aufschub dulden und auch ohne vorherige Mahnung einen Aufwendungsersatzanspruch auslösen sollen (BGH aaO). Entsprechende Umstände hat die Bekl. weder erst- noch zweitinstanzlich dargelegt.“ (OLG Düsseldorf aaO).

III. Liegen die Voraussetzungen des § 536 a BGB aber nicht vor, kann die Bekl. Ersatz ihrer Aufwendungen für die Beseitigung der behaupteten Mängel auch nicht nach § 539 I BGB i. V. mit den Voraussetzungen einer berechtigten (§ 683 S. 1, §§ 677, 670 BGB) oder unberechtigten (§ 684 S. 1, §§ 812 ff. BGB) Geschäftsführung ohne Auftrag verlangen (OLG Düsseldorf aaO).

BGB
§ 558a I, II Nr.1

Mieterhöhungsverlangen
Verweis auf Mietspiegeleinsicht ist ausreichend
(BGH in NJW 2009, 1667; Urteil vom 11.03.2009 – VIII ZR 74/08)

BGB

Nimmt der Vermieter zur **Begründung seines Mieterhöhungsverlangens** auf einen Mietspiegel Bezug und **bietet** er zugleich dem Mieter die **Einsichtnahme in den Mietspiegel** an dessen Wohnort des Mieters an, muss der Mietspiegel dem Mieterhöhungsverlangen nicht beigelegt werden.

„Der BGH hat bereits entschieden, dass es einer Beifügung des Mietspiegels jedenfalls dann nicht bedarf, wenn dieser allgemein zugänglich ist (BGH NJW 2008, 573 = NZM 2008, 164); in einem solchen Fall ist es dem Mieter zumutbar, zur Überprüfung des Mieterhöhungsverlangens auf den ohne Weiteres zugänglichen Mietspiegel zuzugreifen.“

Dasselbe gilt, wenn der Vermieter - wie hier - in seinem Mieterhöhungsverlangen die Einsichtnahme in den Mietspiegel in den Räumen seines Kundencenters am Wohnort des Mieters anbietet. Ebenso wie bei der Einsichtnahme in die Belege der Betriebskostenabrechnung (vgl. dazu BGH NJW 2006, 1419 = NZM 2006, 340) kann einem Mieter, der die Angaben des Vermieters zur Einordnung seiner Wohnung in den Mietspiegel sowie die dafür angegebene ortsübliche Vergleichsmiete anhand des Mietspiegels überprüfen will, eine damit unter Umständen verbundene gewisse Mühe zugemutet werden. Einer Beifügung des Mietspiegels bedarf es auch nicht deshalb, um eine umfassende rechtliche Beratung des Mieters - z.B. durch einen Rechtsanwalt - zu ermöglichen, denn die Kenntnis des örtlichen Mietspiegels ist bei einem in Mietsachen tätigen Rechtsanwalt vorauszusetzen.“ (BGH aaO).

GmbHG
§ 43 II

Geschäftsführerhaftung
Haftung eines „Strohmannes“
(OLG Frankfurt in OLGR 2009, 287; Urteil vom 16.04.2008 – 1 U 136/05)

GesellschaftsR

Auch ein **GmbH-Geschäftsführer**, der **nur als „Strohmann“ eingesetzt** wird, **haftet** der Gesellschaft gegenüber für einen entstandenen Schaden **nach Maßgabe des § 43 II GmbHG**.

„Gem. § 43 II GmbHG haftet ein GmbH-Geschäftsführer, der die ihm nach Abs. 1 der Vorschrift in den Angelegenheiten der Gesellschaft obliegende Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmannes verletzt, der Gesellschaft für den entstandenen Schaden.“

Die Bekl. war zur Zeit der streitgegenständlichen Konto-Abhebungen **formgültig zur Geschäftsführerin** der Kl. **bestellt und auch als solche im Handelsregister eingetragen**.

Soweit sie einwendet, sie sei nur formell, als **Strohfrau**, nicht aber tatsächlich Geschäftsführerin der Kl. gewesen, **schließt dies eine Haftung gem. § 43 II GmbHG nicht aus**. Im Hinblick auf § 6 I GmbHG, wonach eine GmbH mindestens einen Geschäftsführer haben muss, ist die Bestellung eines Strohmann-Geschäftsführers grds. - als Auftrags- und Treuhandgeschäft - ernstlich gewollt und daher nicht gem. § 117 BGB unwirksam (vgl. BGHZ 21, 378 ff.; Siegmann/Vogel ZIP 1994, S. 1821; Michalski/Haas, GmbHG, Band II 2002, § 43 Rn 23; Baumbach/Hueck/ Zöllner/Noack, GmbHG, 18. Auflage, § 43 Rn 2; Palandt/Heinrichs, BGB, 67. Auflage, § 117 Rn 6). Um die „Strohmann- Eigenschaft“ zu erwerben, muss die vorgeschobene Person die Bestellung zum Geschäftsführer und die damit für sie selbst verbundenen Pflichten ernstlich wollen (vgl. BGHZ 21, 378 ff.).

Nach dem Vortrag der Bekl. wurde sie deswegen zur Geschäftsführerin der Kl. bestellt, weil der frühere Geschäftsführer diese Tätigkeit nach Gründung der A-AG aus Rechtsgründen nicht mehr wahrnehmen können. Um wirksam vertreten zu sein, habe die Kl. eine neue - rechtsgültig bestellte - Geschäftsführerin benötigt. Demnach wollten die Parteien die Bekl. nicht nur zum Schein, sondern ernstlich als Geschäftsführerin bestellen; dies wird auch durch den schriftlichen Abschluss eines Geschäftsführervertrages zwischen den Parteien bestätigt. Daher unterlag die Bekl., selbst wenn sie nur eine „Strohfrau“-Geschäftsführerin gewesen sein sollte, zivilrechtlich denselben Pflichten und auch der Haftung eines „wahren“ Geschäftsführers (vgl. Siegmann/Vogel aaO; Michalski/Haas aaO; BFH BFH/NV 2000, 303 f.; zur vollen Rechts- und Pflichtenstellung eines Strohmannesgesellschafters vgl. BGHZ 118, 107 ff.; BGHZ 31, 258 ff.).“ (BGH aaO).

HessGO
§ 8b

Bürgerbegehren
statthafte Klageart
(VG Gießen in NVwZ-RR 2009, 446; Urteil vom 26.09.2008 – 8 K 1365/08)

öffR

Statthafte Klageart für ein Verfahren, das auf die **Zulässigkeit eines Bürgerbegehrens** gerichtet ist, ist die **Verpflichtungsklage**.

„Das Begehren der Kl., die Zulassung des von ihnen unterstützten Bürgerbegehrens zu erreichen, ist im Wege der Verpflichtungsklage zu verfolgen, weil die hierzu gem. § 8b IV 2 HessGO erforderliche Entscheidung der Gemeindevertretung der Bekl. einen Verwaltungsakt darstellt (Spies, Bürgerversammlung, Bürgerbegehren, Bürgerentscheid 1999, S. 253; H. Schmidt HSGZ 2004, 136; Steinwachs/Zeiss VR 1998, 203; vgl. ferner: VG Gießen BeckRS 2008, 38395): Durch die Entscheidung der Gemeindevertretung wird gegenüber den Unterstützern des Bürgerbegehrens verbindlich und mit Außenwirkung festgestellt, ob die Voraussetzungen für die Durchführung eines Bürgerentscheids erfüllt sind. Der Beschluss trifft mithin eine Regelung zu einem subjektiv-öffentlichen Recht der Gemeindebürger (vgl. hierzu: VG Kassel NVwZ-RR 2000, 451 = HSGZ 2000, 143) und betrifft nicht eine Position des Innenrechts der Gemeinde (eine Verpflichtungsklage bejahen ebenfalls nach Maßgabe des jeweils einschlägigen Landesrechts: OVG Münster NVwZ-RR 2003, 448f.; VGH Mannheim NVwZ-RR 1994, 110; VGH München BeckRS 2008, 36029 = BayVBl 2008, 241f.; OVG Greifswald NVwZ 1997, 306f.; VG Hamburg BeckRS 2008, 36779 = NordÖR 2008, 167).

Soweit der VGH Kassel demgegenüber in Streitigkeiten auf Zulassung eines Bürgerbegehrens von einer Feststellungsklage ausgeht (VGH Kassel NVwZ-RR 2000, 451), ist dies im Hinblick auf den anzunehmenden Verwaltungsaktscharakter der Entscheidung der Gemeindevertretung nicht überzeugend (vgl. hierzu auch: OVG Saarlouis BeckRS 2008, 36780; OVG Koblenz NVwZ-RR 1997, 241; OVG Lüneburg NdsVBl 1998, 96 = BeckRS 2005, 20593; OVG Bautzen NVwZ-RR 1998, 253f. - die bezogen auf das jeweils einschlägige Landesrecht ebenfalls von einer Feststellungsklage ausgehen, jedoch - anders als VGH Kassel - zugleich das Vorliegen eines Kommunalverfassungsstreits bejahen).“ (VG Gießen aaO).

Herausgeber: Juristischer Verlag Juridicus GbR
Hiberniastraße 6
45879 Gelsenkirchen

Tel.: 0209 / 945 806 – 35
Fax: 0209 / 945 806 - 50
www.juridicus.de / info@juridicus.de

ZPO
§ 85 II**Nichterscheinen im Termin
Vertretenmüssen**

ZPO

(OLG Brandenburg in FamRZ 2009, 800; Beschluss vom 12.08.2008 – 9 WF 198/08)

Eine Partei hat ihr Nichterscheinen im Termin i.d.R. auch dann zu vertreten, wenn ihr Prozessbevollmächtigter erklärt hat, sie solle (brauche) nicht (zu) erscheinen; § 85 II ZPO findet insofern Anwendung.

„Hat das Gericht das persönliche Erscheinen einer Partei zwecks Aufklärung des Sachverhaltes angeordnet, besteht für die Partei ein Zwang zum Erscheinen. Dieser Zwang gilt selbst dann, wenn sich die Partei nicht zur Sache selbst einlassen will (Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann, ZPO, 68. Aufl., 2008, § 141 Rn 29; teilweise andere Ansicht OLG Naumburg MDR 1999, 1020). Zu einer Einlassung im Termin ist die Partei nicht verpflichtet, muss dann aber die Sanktionen der ZPO – insbesondere den Erlass eines Versäumnisurteils – gegen sich wirken lassen. Die Frage einer Einlassungspflicht hat aber nichts mit der Frage einer Erscheinenspflicht zu tun. Anordnungen über das Erscheinen durch das Gericht ist zwingend Folge zu leisten, sofern nicht die Teilnahme der Partei an der mündlichen Verhandlung zwecklos erscheint. Gerade wegen der gebotenen Sachaufklärung, zu der das Gericht auch in den Grenzen der Dispositionsmaxime verpflichtet ist, ist regelmäßig ein entsprechendes Erscheinen der Partei erforderlich. Will diese sich nicht einlassen, ist dies zwar ihr gutes Recht. Gerade aufgrund des persönlichen Kontaktes zum Richter ergibt sich aber vielfach, dass im Laufe einer Verhandlung das Gericht die Partei umstimmen bzw. dass die Partei von sich aus unter dem Eindruck der mündlichen Verhandlung Erklärungen abgibt bzw. abgeben will. Insoweit dient das persönliche Erscheinen letztendlich auch der Wahrung der Interessen der Partei selbst.

Nichts anderes folgt daraus, dass der Bekl. auf Anraten seines Prozessbevollmächtigten dem Termin ferngeblieben ist. Dieses Verschulden seines Bevollmächtigten muss sich der Bekl. gem. § 85 II ZPO als eigenes Verschulden zurechnen lassen. Weist der Prozessbevollmächtigte seine Partei fehlerhaft an, sie brauche zu dem Termin, zu der ihr persönliches Erscheinen angeordnet ist, tatsächlich nicht erscheinen bzw. es sei ihr freigestellt, unterfällt dies § 85 II ZPO (LAG Rheinland-Pfalz, Beschluss vom 15.02.2008 – 7 TA 13/08, zitiert nach Juris; LSG Thüringen, Beschluss vom 13.07.1998 – L 1B 22/98 U, zitiert nach Juris; andere Ansicht LAG Hamburg NZA-RR 2005, 213 f). Letztendlich kann dies hier aber sogar dahinstehen. Selbst wenn man der anderen Ansicht folgen würde, darf sich die Partei nicht blind auf eine Auskunft ihres Bevollmächtigten, die einer gerichtlichen und an die Partei persönlich ergangenen Anweisung widerspricht, verlassen. Vielmehr ist insoweit die Partei grundsätzlich gehalten, nach ihren persönlichen Fähigkeiten wie Bildungsgrad, Gewandtheit in Geschäfts- und Gerichtsangelegenheiten, Vertrautheit mit hiesigen Verhältnissen selbstständig zu ermitteln, ob sie tatsächlich von der persönlichen Erscheinenspflicht befreit worden ist. Im Regelfall wird jede Partei über die entsprechenden Fähigkeiten verfügen.“ (OLG Brandenburg aaO).

BGB
§ 675**Anscheinsbeweis
Vermutung beratungsgemäßen Mandantenverhaltens**

SteuerR

(BGH in MDR 2009, 656; Urteil vom 05.02.2009 – IX ZR 6/06)

Die Vermutung, dass der Mandant beratungsgemäß gehandelt hat, gilt bei Verträgen mit rechtlichen oder steuerlichen Beratern nur, wenn im Hinblick auf die Interessenlage oder andere objektive Umstände eine bestimmte Entschliebung des zutreffend unterrichteten Mandanten mit Wahrscheinlichkeit zu erwarten war. Eine Beweiserleichterung für den Mandanten greift mithin nicht generell ein.

„Wie sich der Mandant bei vertragsgerechter Beratung verhalten hätte, zählt zur haftungsausfüllenden Kausalität, die der Mandant nach § 287 ZPO zu beweisen hat (BGHZ 129, 386 = NJW 1995, 2108; BGH NJW-RR 2006, 1645 = WM 2006, 1736).

Auf einen Beweis des ersten Anscheins kann sich die Kl. nicht berufen. Ob ein Anscheinsbeweis eingreift, unterliegt der Prüfung durch das RevGer. (vgl. etwa BGH NJW 1984, 432; NJW 1987, 1694 = WM 1987, 407).

Im Rahmen von Verträgen mit rechtlichen oder steuerlichen Beratern gilt die Vermutung, dass der Mandant beratungsgemäß gehandelt hätte, nur, wenn im Hinblick auf die Interessenlage oder andere objektive Umstände eine bestimmte Entschliebung des zutreffend unterrichteten Mandanten mit Wahrscheinlichkeit zu erwarten gewesen wäre. Voraussetzung sind danach tatsächliche Feststellungen, die im Falle sachgerechter Aufklärung durch den Berater aus der Sicht eines vernünftig urteilenden Mandanten eindeutig eine bestimmte tatsächliche Reaktion nahe gelegt hätten (BGHZ 123, 311 = NJW 1993, 3259; BGH, NJW 2008, 2041 = WM 2008, 946). Die Beweiserleichterung für den Mandanten gilt also nicht generell. Sie setzt einen Tatbestand voraus, bei dem der Ursachenzusammenhang zwischen der Pflichtverletzung des Beraters und einem bestimmten Verhalten seines Mandanten typischerweise gegeben ist, beruht also auf Umständen, die nach der Lebenserfahrung eine bestimmte tatsächliche Vermutung rechtfertigen (BGHZ 123, 311 = NJW 1993, 3259; BGH NJW-RR 2006, 1645).

Um beurteilen zu können, wie ein Mandant sich nach pflichtgemäßer anwaltlicher oder steuerlicher Beratung verhalten hätte, müssen die Handlungsalternativen geprüft werden, die sich ihm stellten; deren Rechtsfolgen müssen ermittelt sowie miteinander und mit den Handlungszielen des Mandanten verglichen werden (BGH NJW-RR 2006, 1645).“ (BGH aaO).

