



PRAKTIKER-REPORT (PR)

Monatsschrift für den praktisch tätigen Juristen

38. Jahrg.

Juni 2013

Heft 6

Aus dem Inhalt:

- | | |
|---------------------|---|
| BGH: | Rücktritt beim Neuwagenkauf |
| BGH: | Schadensbemessung beim Eingehungsbetrug |
| BVerwG: | Gewerberechtliche Unzuverlässigkeit |
| BGH: | Zulässigkeit einer Saldoklage |
| BGH: | Verjährungshemmung bei Verfahrensstillstand |
| BGH: | Beweisverwertungsverbot beim DNA-Reihentest |
| VGH München: | Nachbarschutz im Baurecht |



Impressum:

Verlag und Redaktion:

Juristischer Verlag Juridicus GbR
Hiberniastraße 6
45879 Gelsenkirchen

Tel.: 0209 / 945 806 - 35

Fax: 0209 / 945 806 - 50

info@juridicus.de

www.juridicus.de

Verantwortliche Redakteure:

Silke Wollburg, Hiberniastraße 6, 45879 Gelsenkirchen

Britta Wegner, Hiberniastraße 6, 45879 Gelsenkirchen

Urheber und Verlagsrechte:

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

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

Erscheinungsweise: monatlich

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

Zahlung quartalsweise im Voraus

Inhalt

Aus der Gesetzgebung

Änderungen im Strafverfahrensrecht	1
--	---

Brandaktuell

BVerfG: Verbot von Satellitenschüsseln (nur nach konkreter Interessenabwägung im Einzelfall)	2
---	---

Entscheidungen materielles Recht

Zivilrecht

BGH: Lackmängel beim Neuwagen (Rücktritt trotz Nachbesserungsverlangen)	3
OLG Hamm: Formwirksamkeit eines privatschriftlichen Testaments (Abfassen auf mehreren Blättern)	6

Strafrecht

BGH: Eingehungsbetrug (Schadensbemessung)	8
BGH: Bankrott (Schuldner-eigenschaft des faktischen Geschäftsführers)	11

öffentl. Recht

BVerwG: Gewerberechtliche Unzuverlässigkeit (Bezirksschornsteinfegermeister mit antisemitischer Gesinnung)	14
VGH Mannheim: Wirtschaftliche Betätigung einer Gemeinde (Bautätigkeit als Daseinsvorsorge)	19

Kurzauslese I

OLG Köln: Rückforderung unentgeltlicher Zuwendungen (Verjährung)	22
BGH: Eigentumserwerb (Veräußerung eines unterschlagenen Kraftfahrzeugs)	22
OLG Saarbrücken: Rücktrittsrecht des Käufers (nach misslungenem Nachbesserungsversuch)	23
BGH: Werben für eine terroristische Vereinigung (Abgrenzung zu Sympathiewerbung)	23
BGH: Vergewaltigung (Ausnutzen vorangegangener Gewalt)	24
BGH: Gefährliche Körperverletzung (Hinterlistiger Überfall)	24
BGH: Banden- und gewerbsmäßiger Betrug (Mittäterschaft und Beihilfe)	24
BGH: Entschädigungsanspruch des Vermieters (Polizeiliche Durchsuchung einer Wohnung)	24
OVG Münster: Prüfungsverfahren (Chancengleichheit)	25
OVG Lüneburg: Dienstpflichtverletzung (Tragen rechtsextremistischer Symbole)	26

Zivilrecht

BGH:	Zulässigkeit einer „Saldoklage“ (Nutzungsentschädigungsrückstand aus mehreren Jahren).....	27
BGH:	Stillstand des Verfahrens (Ende der Verjährungshemmung).....	30

Strafrecht

BGH:	Beweisverwertungsverbot (DNA-Reihentest).....	33
------	--	----

öffentl. Recht

VGH München:	Nachbarschutz im Baurecht (im vereinfachten Genehmigungsverfahren erteilte Baugenehmigung).....	36
OVG Bautzen:	Öffentlichkeitsgrundsatz im Verwaltungsprozess (Rügepflicht im laufenden Verfahren).....	40

Kurzauslese II

BGH:	Zwischenfeststellungsklage (Zulässigkeit).....	43
BGH:	Wiedereinsetzung in versäumte Berufungsbegründungsfrist (Entscheidungsbefugnis des Revisionsgerichts).....	43
BGH:	Berufung gegen Kostenentscheidung (Statthaftigkeit).....	43
BGH:	Verständigung (Bindung des Gerichts).....	44
OLG Hamm:	Hauptverhandlungsprotokoll (richterliche Urteilsunterschrift).....	44
BGH:	Wiedereintritt in Hauptverhandlung (nach mündlicher Urteilsbekanntgabe).....	45
OLG Oldenburg:	Nebenklage (Konstitutive Wirkung der Zulassung).....	45
BVerfG:	Verfassungsbeschwerde (Vertretung einer Gemeinde).....	45
VGH Mannheim:	Widerspruchsverfahren (Auslegung von Erklärungen).....	45
VGH München:	Selbstständiges Beweisverfahren (rechtliches Interesse).....	46
VGH München:	Vertreter des öffentlichen Interesses (Rügeberechtigung).....	46

Speziell für Rechtsanwälte und Notare

Gebühren und Kosten

LG Görlitz:	Anwaltliche Honorarvereinbarung (Wahrung der Schriftform durch Email).....	47
BAG:	Terminsgebühr (Besprechung mit einem Dritten).....	47
OLG Hamburg:	Titulierungsinteresse (Verfahrenswert).....	48
KG:	Räumungs- und Herausgabeklage gegen Untermieter (Streitwert).....	48

Inhaltsverzeichnis

OLG Köln:	Allgemeiner Prozessaufwand (Erstattungsfähigkeit).....	48
OLG Koblenz:	Verspäteter Kostenfestsetzungsantrag (Berücksichtigungsfähigkeit).....	49
OLG Saarbrücken:	Selbstständiges Beweisverfahren (Kostentragungspflicht bei Vergleichsabschluss).....	49
Aus der Praxis		
BGH:	Arbeitsunfähigkeit eines Rechtsanwalts (Voraussetzungen).....	50
OLG Hamm:	Wettbewerbsverstoß (Zulässigkeit der Werbung mit „Online-Scheidung“).....	50
AG Bremen:	Anwaltliche Honorarforderung (Unzulässigkeit der Abtretung an Steuerberater).....	51
BGH:	Widerruf der Fachanwaltsbezeichnung (Verstoß gegen Fortbildungspflicht).....	51
BGH:	Androhung der Mandatsniederlegung (Widerrechtliche Drohung).....	51
OLG Koblenz:	Zugangsnachweis (Faxprotokoll).....	52
BGH:	Fiktive Schadensabrechnung (Umfang der erforderlichen Reparaturkosten).....	52
BGH:	Vollstreckungsfähigkeit eines Titels (Auslegung des titulierten Zinsausspruchs).....	53
OLG Celle:	Befangenheitsantrag (keine Richterablehnung wegen „fehlender Fachkenntnis“ und/oder „fachlicher Unkenntnis“).....	53
OLG Hamm:	Verbotswidrige Nutzung eines Mobiltelefons (Navigationshilfe).....	54
Steuern		
BFH:	Einkünfte aus Gewerbebetrieb (Prostitution).....	55
FG Düsseldorf/FG SH:	Außergewöhnliche Belastungen (Kosten eines Scheidungsverfahrens).....	55
BAG:	Berichtigung einer Lohnsteuerbescheinigung (Rechtsweg).....	57
Weitere Schrifttumsnachweise		58

Aus der Gesetzgebung

Änderungen im Strafverfahrensrecht

Gesetz zur Stärkung der Verfahrensrechte von Beschuldigten im Strafverfahren vom 07.06.2013

I. Allgemeines

Der Bundesrat hat in seiner Sitzung vom 07.06.2013 das **Gesetz zur Stärkung der Verfahrensrechte von Beschuldigten im Strafverfahren gebilligt**, das damit **umgehend in Kraft treten** kann. Das Gesetz dient der Umsetzung der Richtlinie 2010/64/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 20. Oktober 2010 über das Recht auf Dolmetscherleistungen und Übersetzungen in Strafverfahren (Umsetzungsfrist: 27. Oktober 2013) und der Richtlinie 2012/13/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 22. Mai 2012 über das Recht auf Belehrung und Unterrichtung in Strafverfahren in das nationale Recht.

Beide Richtlinien haben **Mindestverfahrensrechte des Beschuldigten auf dem Gebiet der Dolmetscher- und Übersetzungsleistungen** und hinsichtlich der **Belehrung und Unterrichtung in Strafverfahren** zum Gegenstand.

II. Die wesentlichen Neuerungen im Überblick

1. Recht auf Dolmetscherleistungen und Übersetzungen

Kernpunkt der zur Umsetzung der Richtlinie über das Rechts auf Dolmetscherleistungen und Übersetzungen in Strafverfahren notwendigen Rechtsanpassungen ist die Schaffung einer **Pflicht zur schriftlichen Übersetzung verfahrenswichtiger Dokumente**, insbesondere von Strafurteilen. Diese Übersetzungspflicht soll nach der Neuregelung – im Einklang mit den Ausnahmetatbeständen der Richtlinie 2010/64 – vor allem in Fällen des verteidigten Angeklagten in das pflichtgemäße **Ermessen des Gerichts** gestellt werden.

Weiterhin sieht die Neuregelung die **Möglichkeit eines Verzichts des Beschuldigten auf die schriftliche Übersetzungsleistung** vor und hält die jeweils als Dolmetscher oder Übersetzer eingesetzte Person zur Verschwiegenheit an.

2. Recht auf Belehrung und Unterrichtung

Zur Umsetzung der Richtlinie über das Recht auf Belehrung und Unterrichtung in Strafverfahren sieht das Gesetz nur **wenige Ergänzungen des Gerichtsverfassungs- und Strafverfahrensrechts** vor, wie z. B. dort bislang noch nicht enthaltene **Belehrungen und Dokumentationspflichten**. So soll insbesondere ein **Hinweis auf das Recht auf Dolmetscherleistungen vor Vernehmungen** durch das Gericht sowie durch die Polizei und die Staatsanwaltschaft erfolgen, ebenso im Rahmen der **schriftlichen Belehrung nach Festnahme**. Im letztgenannten Fall soll der Beschuldigte auch schriftlich über die Möglichkeit der Bestellung eines Pflichtverteidigers sowie die Rechte auf Auskunft und Akteneinsicht belehrt werden.

Das Gesetz sieht zudem eine **für sämtliche Behörden einheitliche Dokumentationspflicht** hinsichtlich der von ihnen vorgenommenen Ermittlungshandlungen vor.

Brandaktuell

GG

Verbot von Satellitenschüsseln

VerfR

Art. 5 I

nur nach konkreter Interessenabwägung im Einzelfall

(BVerfG in Pressemitteilung Nr. 35/2013; Urteil vom 14.05. - 1 BvR 1314/11)

Fall: Die Bf. sind türkische Staatsangehörige turkmenischer Abstammung. Sie fühlen sich einer in der Türkei lebenden turkmenischen Minderheit zugehörig, die eigenen Traditionen und der turkmenischen Sprache verbunden geblieben ist. An der Gebäudefassade ihrer Mietwohnung hatten die Bf. - ohne die nach dem Mietvertrag erforderliche Zustimmung der Vermieterin - eine Parabolantenne angebracht. Mit dieser wollten sie ein nur über Satellit verfügbares Programm über die turkmenische Region sowie die dort lebenden Menschen empfangen, das ganztägig in türkischer und turkmenischer Sprache ausgestrahlt wird. Die Vermieterin nahm die Bf. auf Beseitigung der Parabolantenne bzw. Unterlassung ihrer Anbringung in Anspruch. Sie obsiegte hiermit sowohl vor dem Amtsgericht als auch in der Berufungsinstantz vor dem Landgericht. Gegen diese beiden Entscheidungen richtet sich die Verfassungsbeschwerde. Die Bf. rügen die Verletzung ihrer Informationsfreiheit aus Art. 5 I 1, 2. Halbsatz GG.

I. Eingriff in den Schutzbereich

*„Die Installation einer Parabolantenne ist vom **Schutzbereich des Grundrechts auf Informationsfreiheit** der Beschwerdeführer umfasst. Dieses Grundrecht muss auch in der vorliegenden zivilgerichtlichen Streitigkeit beachtet werden.“* (BVerfG aaO)

II. Rechtfertigung

1. Beschränkbarkeit

*„Die Informationsfreiheit findet ihre Schranken unter anderem in den **allgemeinen Gesetzen**, zu denen auch die **miet- und eigentumsrechtlichen Bestimmungen des Bürgerlichen Gesetzbuchs** gehören, die die Rechte und Pflichten von Mietern und Vermietern festlegen. Die Verfassung verlangt aber, dass bei deren Auslegung die betroffenen Grundrechte berücksichtigt werden. In der Regel haben die Gerichte hierzu eine **fallbezogene Abwägung** vorzunehmen, bei der die Eigentümerinteressen des Vermieters an der - auch optisch -ungeschmälerten Erhaltung des Wohnhauses und die Informationsinteressen des Mieters an der Nutzung zugänglicher Informationsquellen zu berücksichtigen sind.“* (BVerfG aaO)

2. Einhaltung der Vorgaben

*„In der Regel entspricht es diesen Anforderungen, wenn die Zivilgerichte den Vermieter dann nicht für verpflichtet halten, eine Parabolantenne des Mieters zu dulden, wenn er dem Mieter einen **Kabelanschluss** bereitstellt. Dem **besonderen Informationsinteresse** dauerhaft in Deutschland lebender **ausländischer Staatsangehöriger** trägt dieser Grundsatz jedoch nicht in allen Fällen ausreichend Rechnung. Sie sind daran interessiert, die Programme ihres Heimatlandes zu empfangen, um sich über das dortige Geschehen unterrichten und die kulturelle / sprachliche Verbindung zu ihrem Heimatland aufrechterhalten zu können.*

*Ist eine **angemessene Zahl von Programmen** aus dem jeweiligen Heimatland nicht über den vom Vermieter bereitgestellten Kabelanschluss, sondern **nur über eine Parabolantenne zu empfangen**, so ist das Interesse der ausländischen Mieter am Empfang von Rundfunkprogrammen ihres Heimatlandes bei der **Abwägung mit den Eigentümerinteressen** des Vermieters zu berücksichtigen. Zulässige Abwägungsgesichtspunkte sind hierbei, in welchem Umfang der Mieter Programme seines Heimatlandes bereits ohne eigene Parabolantenne empfangen kann und ob er über die bereitgestellte Empfangsanlage **gegen angemessenes Entgelt ein zusätzliches Programmangebot** nutzen kann.*

*Das Amtsgericht hat das Informationsinteresse der Beschwerdeführer schon deshalb nicht ausreichend berücksichtigt, weil es seiner Abwägung - ohne sachhaltige Auseinandersetzung mit dem Vorbringen der Beschwerdeführer - die **Annahme** zugrunde gelegt hat, **Turkmenisch sei lediglich ein türkischer Dialekt**, nicht aber eine eigene Sprache. Das Landgericht hat zwar zumindest auch hilfsweise die Annahme zugrunde gelegt, Turkmenisch sei eine eigene Sprache. Es hat dann aber mit einem schlichten feststellenden Satz das Ergebnis der amtsgerichtlichen Interessenabwägung bestätigt, ohne dies irgendwie weiter zu begründen. Damit ist nicht nachvollziehbar, ob und wie das Landgericht das **spezifische Interesse** der Beschwerdeführer, in **turkmenischer Sprache Informationen über die turkmenische Minderheit in der Türkei zu erhalten**, gewürdigt und gewichtet hat.“* (BVerfG aaO)

III. Ergebnis

Das BVerfG hat die Sache zur erneuten Entscheidung an das Amtsgericht zurückverwiesen, um die erforderliche fallbezogene Abwägung nachzuholen.

„In diesem Rahmen ist auch zu berücksichtigen, inwieweit die Beschwerdeführer glaubhaft machen, dass ihr Lebensalltag tatsächlich vom Gebrauch der turkmenischen Sprache und turkmenischen Traditionen geprägt ist, obwohl sie nie in den turkmenischsprachigen Herkunftsgebieten ihrer Vorfahren gewohnt haben, und ob das von ihnen geltend gemachte besondere Informationsinteresse auch mittels der türkischen Programme gedeckt werden kann, die über die vorhandene zentrale Satellitenempfangsanlage verfügbar sind.“ (BVerfG aaO)

Entscheidungen materielles Recht

BGB

§§ 323, 439

Lackmängel beim Neuwagen Rücktritt trotz Nachbesserungsverlangen

ZivilR

(BGH in NJW 2013, 1365; Urteil vom 06.02.2013 – VIII ZR 374/11)

1. Ein Neuwagenkäufer, der die Entgegennahme des ihm angebotenen Fahrzeugs wegen vorhandener **Karosserie- und Lackmängel** ablehnt und deren **Beseitigung verlangt**, verliert hierdurch nicht den Anspruch darauf, dass das Fahrzeug technisch und optisch in einen Zustand versetzt wird, der der beim Neuwagenkauf konkludent vereinbarten **Beschaffenheit „fabrikneu“** entspricht.
2. Bei der im Rahmen des § 323 V 2 BGB vorzunehmenden Interessenabwägung **indiziert** der **Verstoß gegen eine Beschaffenheitsvereinbarung** in der Regel die Erheblichkeit der **Pflichtverletzung**.

Fall: Im November 2009 bestellte der Kl. bei der Bekl., einer B-Vertragshändlerin, einen Pkw B als Neuwagen zum Preis von 39 000 Euro. Hierauf leistete der Kl. eine Anzahlung von 10 000 Euro. Eine am 29.12.2009 vorgesehene Fahrzeugübergabe scheiterte, weil der Kl. wegen Beschädigungen des Fahrzeugs im Bereich der linken hinteren Seitenwand und des Kofferraumdeckels die Entgegennahme verweigerte. Ein von ihm eingeholtes Sachverständigengutachten kam zu dem Ergebnis, dass die hintere linke Seitenwand im Radbogenbereich verformt, die Stoßstange im hinteren linken Flankenbereich angeschlagen sowie Motorhaube und Kofferraumdeckel an der Lackoberfläche milchig blass seien. Nach einer vom damaligen Bevollmächtigten des Kl. am 14.01.2010 unter Fristsetzung bis zum 15.01.2010 verlangten Nachbesserung lehnte der Kl. – unter anderem gestützt auf ein weiteres Sachverständigengutachten, welches die Nachbesserung für nicht ordnungsgemäß erachtete – die Annahme des ihm am 14.01.2010 zum zweiten Mal zur Übergabe angebotenen Fahrzeugs erneut ab. Im März 2010 erklärte er schließlich den Rücktritt vom Kaufvertrag, nachdem die Bekl. sich zuvor unter Hinweis auf ein von ihr selbst eingeholtes Sachverständigengutachten darauf berufen hatte, das Fahrzeug sei nunmehr mängelfrei. Hat der Kl. einen Anspruch auf Rückerstattung der geleisteten Anzahlung?

Der Kl. könnte einen Anspruch auf Rückerstattung der geleisteten Anzahlung nach §§ 346 I, 323 I, 437 Nr. 2, 434 BGB haben. Dazu müsse der von K erklärte Rücktritt wirksam sein. Dies setzt neben der erfolgten Rücktrittserklärung voraus, dass er sich auf einen Rücktrittsgrund berufen kann. Als Rücktrittsgrund kommt hier §§ 437 Nr. 2, 323 BGB in Betracht.

I. Vorliegen der Voraussetzungen der Sachmängelhaftung nach § 437 BGB

1. Fehlerhaftigkeit der Kaufsache

Die Sachmängelhaftung nach § 437 Nr. 2 BGB setzt voraus, dass die Kaufsache im Sinne des § 434 BGB mangelhaft ist.

Dies ist bei Fehlen konkreter Vereinbarungen über die Eigenschaften der Kaufsache oder die Verwendungseignung nach § 434 I 2 Nr. 2 BGB zumindest dann der Fall, wenn die Kaufsache nicht die Beschaffenheit aufweist, die der Käufer nach der Art der Sache erwarten kann.

Hier wies das Fahrzeug schon bei Auslieferung Beschädigungen im Bereich der linken hinteren Seitenwand und des Kofferraumdeckels auf. Dies entspricht nicht der üblichen Beschaffenheit eines Neuwagens, so dass ein Sachmangel vorlag.

2. bei Gefahrübergang

Dieser Fehler muss nach § 434 I BGB auch bei Gefahrübergang vorgelegen haben. Gefahrübergang erfolgt nach § 446 S. 1 BGB mit Übergabe der Sache. Der Mangel lag vor, als die Sache übergeben werden sollte. Es ist hierbei unerheblich, dass der Kl. die Übergabe letztlich wegen der Mangelhaftigkeit verweigert hat.

*„Zutreffend hat das BerGer. hiernach zwar die von ihm für einschlägig erachteten Voraussetzungen eines Rücktrittsrechts des Kl. nach § 323 I BGB bejaht. Denn der Kl. hatte das Fahrzeug bei Erklärung seines Rücktritts noch nicht abgenommen, sondern als **erfüllungsuntauglich zurückgewiesen**, nachdem es der Bekl. nach bereits gescheitertem ersten Übergabeversuch trotz der ihr zur Nachbesserung gesetzten Frist nicht gelungen war, das Fahrzeug in einen mangelfreien Zustand zu versetzen (vgl. Palandt/Weidenkaff, BGB, 72. Aufl., § 434 Rn. 8 a, § 437 Rn. 49; Faust, in: Bamberger/Roth, BGB, 3. Aufl., § 433 Rn. 41, § 437 Rn. 4).“* (BGH aaO)

3. kein Ausschluss der Sachmängelhaftung

Ein vertraglicher Ausschluss der Sachmängelhaftung ist nicht erfolgt. Die Voraussetzungen der Sachmängelhaftung liegen damit vor, so dass der Kl. sich auf die in § 437 BGB genannten Rechte berufen kann.

II. Vorliegen der weiteren Voraussetzungen des § 323 BGB

1. angemessene Frist zur Nachbesserung

Nach § 323 I BGB kann der Kl. erst dann vom Vertrag zurücktreten, wenn er der Bekl. eine angemessene Frist zur Nachbesserung gesetzt hat. Der Kl. hatte der Bekl. zunächst eine Frist bis zum 15.01.2010 für die Nachbesserung eingeräumt. Anhaltspunkte dafür, dass diese Frist unangemessen war, liegen nicht vor.

2. Mangelhaftigkeit auch nach Nachbesserung

Allerdings ist fraglich, ob er insofern diese Frist erfolglos gesetzt hatte, denn die Bekl. hat Nachbesserungsarbeiten durchgeführt. Es kommt daher darauf an, ob das Fahrzeug nach durchgeführter Nachbesserung immer noch einen Sachmangel aufwies.

*„Das BerGer. hat unangegriffen festgestellt, dass an dem als **Neuwagen** verkauften Fahrzeug auch bei dem zweiten Übergabeversuch noch **Oberflächenverkratzungen** und **Lackschäden** vorhanden waren, die von dem zu erwartenden gewöhnlichen Zustand eines Neufahrzeugs abweichen. Das begegnet keinen rechtlichen Bedenken. Damit fehlte dem Fahrzeug die mit dem Vertragsschluss konkludent vereinbarte, dem Begriff „**Neuwagen**“ **innewohnende Beschaffenheit „fabrikneu**“. Denn Fabrikneuheit verlangt, dass sich das Fahrzeug bei Übergabe an den Käufer in dem **unbenutzten und unbeschädigten** Zustand befindet, wie es vom Hersteller ausgeliefert worden ist (BGH, NJW 1980, 2127 [unter II 2 c]). Dieser Zustand war nach den festgestellten Oberflächenverkratzungen und Lackschäden nicht mehr gegeben. Zudem waren die am hinteren linken Radlauf ausgeführten Reparaturarbeiten nach den unangegriffenen Feststellungen des BerGer. lediglich von „handwerklicher“ und damit nicht von solcher Qualität, wie sie für einen werksseitigen Herstellungszustand bei Auslieferung des Fahrzeugs in unbeschädigtem Zustand zu erwarten war.“ (BGH aaO)*

3. Ausschluss der Berufung auf Sachmangel wegen Nachbesserungsgesucht

Fraglich ist jedoch, ob dem Kl. die Berufung auf die Fabrikneuheit dadurch verwehrt ist, dass er selbst die Bekl. zur Nachbesserung statt zur Neulieferung aufgefordert hat.

*„Zu Unrecht meint das BerGer. allerdings – wie die Revision mit Recht rügt –, der Kl. könne auf Grund des von ihm erhobenen Nachbesserungsverlangens die fehlende Fabrikneuheit des Fahrzeugs nicht mehr als Mangel geltend machen oder sich darauf berufen, dass die von ihm verlangte Reparatur die Fabrikneuheit beseitigt habe. An diese **Auslegung** des Nachbesserungsverlangens des Kl. ist der Senat **nicht gebunden**. Zwar handelt es sich hierbei um eine **Individualerklärung**, deren **tatrichterliche Auslegung** nach der Rechtsprechung des BGH in der Revisionsinstanz nur eingeschränkt darauf überprüft werden kann, ob gesetzliche oder allgemein anerkannte **Auslegungsregeln, Denkgesetze oder Erfahrungssätze verletzt** sind oder wesentlicher Auslegungstoff außer Acht gelassen worden ist (vgl. nur BGH, NVwZ 2007, 971 = WM 2007, 1227 Rn. 13 m. w. Nachw.; Ur. v. 26.10.2011 – VIII ZR 108/10, BeckRS 2012, 00763). Solche Rechtsfehler liegen hier jedoch vor, weil die **Auslegung** des BerGer., ohne dass besondere Umstände festgestellt oder sonst erkennbar sind, dem **üblichen Bedeutungsgehalt eines Nachbesserungsverlangens nicht gerecht wird**.“ (BGH aaO)*

Die in § 439 I BGB als eine der Modalitäten der Nacherfüllung geregelte Nachbesserung zielt darauf ab, die gekaufte Sache in einen vertragsgemäßen Zustand zu versetzen, wie er nach §§ 433 I 2, 434 I BGB geschuldet ist.

*„Der Verkäufer schuldet deshalb **nicht nur bloße Verbesserungen eines bestehenden Mangelzustands**, sondern eine vollständige und nachhaltige Beseitigung des Mangels (Senat, BGHZ 163, 234 [242 f.] = NJW 2005, 2852; Erman/Grunewald, BGB, 13. Aufl., § 439 Rn. 2; Pammler, in: jurisPK-BGB, 6. Aufl., § 439 Rn. 13 f.). Zwar steht es einem Käufer frei, Nachbesserung auch dann zu verlangen, wenn eine **Behebung des Mangels nicht vollständig möglich** ist und er – wenn auch gegebenenfalls unter Ausgleich eines dadurch verbleibenden Minderverts – bereit ist, sich mit einem Zustand der Sache im Umfang einer möglichen Nachbesserung zu begnügen (vgl. Staudinger/Matusche-Beckmann, BGB, Neubearb. 2004, § 439 Rn. 38). Dass er bei Stellung eines Nachbesserungsverlangens aber bereit ist, einen **Nachbesserungserfolg unterhalb des Möglichen als noch vertragsgerecht hinzunehmen** und dadurch auf einen Teil der zu beanspruchenden Leistung zu verzichten, kann – da ein Verzicht auf Rechte im Allgemeinen nicht zu vermuten ist, sondern eindeutiger Anhaltspunkte bedarf (Senat, NJW 2012, 2270 Rn. 26 m. w. Nachw.) – nicht ohne Weiteres angenommen werden. Dies hat das BerGer. nicht bedacht.“ (BGH aaO)*

Der Kl. konnte insofern ohne weiteres erwarten, dass ihm ein einem Neuwagen entsprechendes **mangelfreies Fahrzeug** übergeben würde, der herbeizuführende Nachbesserungserfolg also jedenfalls **in technischer Hinsicht** den Fahrzeugzustand wie-

derherstellen würde, **wie er werksseitig bei Auslieferung des Fahrzeugs in unbeschädigtem Zustand vorgelegen hätte.**

„Das gilt umso mehr, als der Kl. bei seinem Nachbesserungsverlangen auf die ihm **zustehende Fabrikneuheit** des Fahrzeugs **hingewiesen** und das Erfordernis einer **Makellosigkeit** der Lackierung noch einmal **eigens hervorgehoben** hatte. Den danach entgegen der Auffassung des BerGer. geschuldeten „**fabrikneuen**“ **Fahrzeugzustand** hat die Bekl. auch bei ihrem zweiten Übergabeversuch durch die von ihr vorgenommenen Nachbesserungsarbeiten **nicht erreicht**. Das gilt für die zu diesem Zeitpunkt noch vorhandenen Oberflächenverkratzungen und Lackschäden, die nach den getroffenen Feststellungen „von dem zu erwartenden, gewöhnlichen Zustand eines Neufahrzeugs“ abwichen und zu deren möglicher Behebung ein weiterer Nachbesserungsaufwand erforderlich gewesen wäre, und ebenso für die am hinteren linken Radlauf ausgeführten Reparaturarbeiten.“ (BGH aaO)

4. Erheblichkeit des Mangels, § 323 V 2 BGB

Der Kl. kann eine Rückabwicklung des Vertrages wegen der Mangelhaftigkeit nach § 323 V 2 BGB nur verlangen, wenn ein erheblicher Mangel vorliegt.

Nach dieser Vorschrift ist der Rücktritt ausgeschlossen, wenn die in der Mangelhaftigkeit der Kaufsache liegende Pflichtverletzung unerheblich ist, d. h., wenn der Mangel geringfügig ist (BGH, NJW 2011, 2872 = WM 2011, 2149 Rn. 19).

„Die Beurteilung, ob eine Pflichtverletzung unerheblich i. S. des § 323 V 2 BGB ist, erfordert nach der Rechtsprechung des Senats eine **umfassende Interessenabwägung**, in deren Rahmen ein **Verstoß gegen eine Beschaffenheitsvereinbarung** aber die **Erheblichkeit der Pflichtverletzung** in der Regel **indiziert** (BGH, NJW-RR 2010, 1289 Rn. 23 m. w. Nachw.). Ein solcher Fall liegt hier vor.

Die von den Parteien getroffene **Beschaffenheitsvereinbarung** ist auch im Rahmen des § 323 V 2 BGB und der dabei anzustellenden **Interessenabwägung beachtlich**. Hieran gemessen erweist sich die Erwägung des BerGer., **sämtliche Mängel seien trotz der für ihre Beseitigung aufzuwendenden Kosten im Bereich von 2000 Euro bis maximal 3000 Euro geringfügig** i. S. des § 323 V 2 BGB, weil sie lediglich optischer Natur und auch für den sorgfältigen Betrachter kaum wahrnehmbar seien, als rechtsfehlerhaft. Abgesehen davon, dass mit der Entscheidung für den **Kauf eines Neuwagens** für den Käufer gerade typischerweise auch **optische Gesichtspunkte**, insbesondere eine verarbeitungstechnische Makellosigkeit der Karosserie, eine zumindest mitentscheidende Rolle zu spielen pflegen, kommt dieser **Kaufentscheidung** zugleich eine **wirtschaftliche Bedeutung** zu. Denn Fahrzeuge, die diesen Karosseriestandard – wie hier – nicht oder nicht mehr annähernd aufweisen, werden üblicherweise mit **deutlichen Preisabschlägen** gehandelt, da sie in der Wertschätzung des Verkehrs nur noch zweite Wahl sind und deshalb allenfalls noch als bereits in Gebrauch genommene Vorführgewagen abgesetzt werden können (vgl. auch Senat, NJW-RR 2010, 1289 Rn. 25).“ (BGH aaO)

Hierbei kommt es nicht darauf an, ob auf das Nachbesserungsverlangen des Kl. durch Nachbesserungsarbeiten der Bekl. ein einem **Neuwagen** jedenfalls **annähernd entsprechender Karosseriezustand** hätte erreicht werden können.

„Denn für die **Beurteilung der Frage**, ob ein **Mangel als geringfügig** i. S. des § 323 V 2 BGB einzustufen ist, ist auf den **Zeitpunkt der Rücktrittserklärung** des Käufers abzustellen (Senat, NJW 2011, 3708 = WM 2011, 2148 Rn. 9 m. w. Nachw.). Zu diesem Zeitpunkt war es der Bekl. nach den nicht angegriffenen Feststellungen des BerGer. jedoch trotz der ihr gem. § 323 I BGB gesetzten Frist nicht gelungen, die zuvor gerügten Schäden fachgerecht zu beseitigen. Ein zum Zeitpunkt der Rücktrittserklärung **erheblicher Mangel wird nicht dadurch unerheblich**, dass es der Bekl. möglicherweise zu **einem späteren Zeitpunkt** noch hätte gelingen können, das Fahrzeug in einen der getroffenen Beschaffenheitsvereinbarung entsprechenden Zustand zu versetzen (vgl. BGH, NJW 2011, 3708 = WM 2011, 2148 m. w. Nachw.).“ (BGH aaO)

5. Rücktrittserklärung

Der Rücktritt wurde auch ordnungsgemäß gegenüber dem richtigen Rücktrittsgegner erklärt.

III. keine Unwirksamkeit des Rücktritts nach § 218 BGB

Der Rücktritt ist nach § 218 BGB unwirksam, wenn der Leistungs- oder der Nacherfüllungsanspruch verjährt sind. Der Nacherfüllungsanspruch verjährt nach § 438 I Nr. 2 BGB nach 2 Jahren. Da die Nacherfüllung unmittelbar im Zusammenhang mit dem Übergabeangebot erfolgt ist, bestehen keine Anhaltspunkte für eine Unwirksamkeit nach § 218 BGB.

IV. Ergebnis

Der Kl. ist wirksam vom Kaufvertrag zurückgetreten und hat einen Anspruch auf Erstattung seiner Anzahlung nach §§ 346 I, 323 I, 437 Nr. 2, 434 BGB.

(OLG Hamm in NJOZ 2013, 625; Beschluss vom 19.09.2012 – 15 W 420/11)

1. Ein privatschriftliches Testament kann formwirksam auf mehreren losen Blättern errichtet werden, wenn aus der Gesamturkunde die **Einheitlichkeit der Willenserklärung** erkennbar ist.
2. Der erforderliche **innere Zusammenhang** kann aber **nicht allein durch die gemeinsame Aufbewahrung** mit anderen Dokumenten (u. a. einer Kopie eines notariellen Testaments) begründet werden.

Fall: Die 2011 verstorbene Erblasserin hat im Jahre 2003 die Bet. zu 1 und 2 durch notarielles Testament als Erben eingesetzt. Diese haben einen entsprechenden Erbschein beantragt. Die Bet. zu 3 hat auf ein privatschriftliches Zusatzvermächtnis der Erblasserin aus dem Jahre 2010 verwiesen, das ihr erhebliche Vermögenswerte zuwendet, aber keine Unterschrift trägt. Das „Zusatzvermächtnis“ hat sich zusammen mit weiteren Schriftstücken und einer von der Erblasserin unterschriebenen Bitte an die Erben, für ihren Kater zu sorgen, in einem verschlossenen Umschlag befunden. Die Bet. zu 3 ist der Auffassung, dass Sie wegen dieses „Zusatzvermächtnisses“ ebenfalls Erbin ist.

Die Bet. zu 1 und 2 könnten im Wege der gewillkürten Erbfolge durch das notarielle Testament aus dem Jahre 2003 Erben geworden sein. An der Formwirksamkeit dieses Testaments bestehen zunächst keine Bedenken.

Fraglich ist jedoch, ob die Erblasserin dieses Testament widerrufen oder abgeändert hat. Eine solche Abänderung könnte das auf den 08.12.2010 datierte, mit „Zusatzvermächtnis“ überschriebene Schriftstück darstellen. Dazu müssten jedoch die Wirksamkeitsanforderungen an letztwillige Verfügung erfüllt werden.

I. Testierfähigkeit

An der Testierfähigkeit der Erblasserin als volljähriger Frau bestehen keine Zweifel.

II. persönliche Errichtung, § 2064 BGB

Auch hat sie das betreffende Schriftstück persönlich verfasst.

III. Form

Fraglich ist jedoch, ob die Formanforderungen eingehalten wurden. Bei einem privatschriftlichen Testament handelt es sich um ein eigenhändiges nach § 2247 BGB, welches grundsätzlich selbst handschriftlich geschrieben und unterschrieben sein muss.

1. Inhalt des Unterschriftserfordernisses

„Wesensmerkmal der Unterschrift ist, dass sie „Unterschrift“ ist, d. h. den Text, auf den sie sich zu beziehen hat, abdecken kann. Bei Fehlen der Unterschrift ist das Testament formnichtig gem. § 125 S. 1 BGB. Ergänzungen oder Änderungen einer ursprünglich formgerecht getroffenen letztwilligen Verfügung, die sich auf einem besonderen Blatt befinden, bedürfen einer erneuten Unterzeichnung durch den Erblasser. Inhaltliche Verknüpfungen der Anordnungen allein können das Formerfordernis – anders als bei nachträglichen Verfügungen auf demselben Blatt oder Bogen – nicht ersetzen (vgl. u. a. BGH, NJW 1983, 689; Senat, MDR 1983, 131 = NJW 1983, 689 L). Sind die eigenhändigen Nachträge nach der Testamenterrichtung oder auf einem besonderen Blatt hergestellt und enthalten sie eine weitere letztwillige Verfügung, bedürfen die Nachträge der nochmaligen Unterzeichnung durch den Erblasser (BGH, NJW 1974, 1083; BayObLG, FamRZ 1975, 287; Senat, NJW-RR 1995, 1096 = FamRZ 1995, 246), es sei denn, es handelt sich lediglich um Klarstellungen oder Berichtigungen von Schreibfehlern (Hagena, in: MüKo-BGB, 5. Aufl., § 2247 Rn. 37). Sind die Anlagen oder Zusätze vor oder bei der Testamenterrichtung hergestellt, ist eine gesonderte Unterzeichnung nicht erforderlich, wenn sich der Zusammenhang aus dem Inhalt der Urkunde unzweideutig ergibt und eine Verwechslung nicht möglich ist (Hagena, in: MüKo-BGB, § 2247 Rn. 38). (OLG Hamm aaO)

2. Anwendung auf den Fall

Das Schriftstück, auf welches sich die Bet. zu 3 bezieht, müsste diesen Anforderungen entsprechen.

„Das von der Bet. zu 3 zur Begründung ihres Erbrechts herangezogene „Zusatzvermächtnis“ vom 08.12.2010 ist aber unzweifelhaft nach dem notariellen Testament verfasst worden und enthält keinesfalls Klarstellungen oder Berichtigungen zu dem notariellen Testament. Nach dem Inhalt des Schriftstücks sollte der Bet. zu 3 in Abänderung zu der ursprünglich getroffenen letztwilligen Verfügung ein ganz beträchtli-

cher Vermögenswert zugewendet werden, so dass eine Ausnahme vom Unterschriftserfordernis nicht angenommen werden kann.“ (OLG Hamm aaO)

3. Ausnahme vom Unterschriftserfordernis wegen Mehrheit von Dokumenten

Fraglich ist jedoch, ob sich eine Ausnahme zu Vorstehendem nicht daraus ergeben muss, dass das „Zusatzvermächtnis“ in einem unbeschriebenen, verschlossenen Umschlag mit einer Kopie des notariellen Testaments, Grundbuchunterlagen und einer weiteren Anordnung der Erblasserin aufgefunden wurde.

a) Grundsatz

*„Besteht ein Testament aus mehreren nicht untrennbar miteinander verbundenen Blättern, die **erkennbar in engerem Zusammenhang** stehen und eine **einheitliche Willenserklärung** enthalten, genügt eine Unterschrift auf dem letzten Blatt, wenn die **Zusammengehörigkeit** der einzelnen Blätter **erkennbar** ist, etwa auf Grund Nummerierung mit Seitenzahlen, eines fortlaufenden Textes oder des Schreibmaterials (vgl. u. a. BayObLG, FamRZ 1991, 370; Palandt/Edenhofer, BGB, 71. Aufl., § 2247 Rn. 11). Der Erblasser kann das von ihm als früheres Testament Niedergeschriebene ganz oder zum Teil zum Bestandteil eines neuen Testaments machen; aus der **Gesamturkunde** muss hervorgehen, dass die **einzelnen Blätter ein einziges untrennbares Ganzes** sein sollen, somit eine einheitliche Willenserklärung enthalten (vgl. u. a.: OLG Karlsruhe, NJOZ 2003, 381 = NJW-RR 2003, 653). Dabei ist die **zeitliche Reihenfolge** der einzelnen Bestandteile des Testaments **ohne Bedeutung**. Das Gesetz verlangt keine Einheit der Errichtungshandlung (BayObLG, NJOZ 2004, 3816 = FamRZ 2005, 1012; OLG Karlsruhe, NJOZ 2003, 381 = NJW-RR 2003, 653).“ (OLG Hamm aaO)*

b) Anwendung auf den Fall

Das weitere, auf einem gesonderten Blatt **handschriftlich gefertigte Schriftstück** enthält die Bitte an die „Erben“, dafür zu sorgen, dass es dem Kater der Erblasserin immer gut gehen möge. Das nicht überschriebene Schriftstück ist mit „Euer Tante M“ unterzeichnet und enthält **weder eine Einleitung, noch eine Anrede oder ein Datum**. Dem äußeren Anschein nach erscheint es nicht ausgeschlossen, dass dieses Schriftstück und das „Zusatzvermächtnis“ auf demselben Papier und mit demselben Stift geschrieben wurden. Fraglich ist, ob dies ausreicht.

*„Stehen einzelne lose Blätter in **keinem inneren Zusammenhang** und ist **nur ein Blatt unterschrieben**, so stellt **nur dieses ein wirksames Testament** dar, während die nicht unterschriebenen Blätter keine gültigen Testamente sind. So ist beispielsweise die Verbindung der Einlageblätter in einem Ringbuch mit Mechanismus zum Öffnen deshalb nicht ausreichend, um die einzelnen Blätter als **einheitliche letztwillige Verfügung** anzusehen (OLG Hamm, FamRZ 1983, 131). Der insoweit erforderliche **innere Zusammenhang** des „Zusatzvermächtnisses“ kann **nicht allein dadurch begründet** werden, dass dieses zusammen mit einer Kopie des in amtlicher Verwahrung befindlichen notariellen Testaments vom 17.07.2003 und der Bitte um die Versorgung des Katers **in einem verschlossenen Umschlag** aufgefunden wurde. Festzustellen ist auf Grund dieser objektiven Gegebenheiten lediglich, dass es sich bei den **in dem Umschlag befindlichen Dokumenten** um solche handelte, die die Erblasserin für die Regelung ihrer Angelegenheiten als **wichtig angesehen** hat. Dies ändert aber nichts daran, dass die erforderliche Unterschrift unter dem „Zusatzvermächtnis“ fehlt. Dass die Unterzeichnung des gesonderten Blattes in einem inneren Zusammenhang mit dem „Zusatzvermächtnis“ steht, ist nicht ersichtlich. Allein der Gebrauch derselben Schreibmaterialien reicht in Anbetracht der deutlich abweichenden Form der Schreiben nicht aus.“ (OLG Hamm aaO)*

IV. Ergebnis

Entgegen der Auffassung der Bet. zu 3 kann das damit formnichtige „Zusatzvermächtnis“ nicht zur Auslegung des letzten Willens der Erblasserin herangezogen werden. Erben sind die Bet. zu 1 und 2 geworden. Ein wirksames Vermächtnis wurde nicht begründet.

(BGH in NJW 2013, 1460; Urteil vom 20.03.2013 – 5 StR 344/12)

Täuscht der **Empfänger einer Sachleistung** bei einem **Eingehungsbetrug** über seine Zahlungsbereitschaft, bedarf es für die **Bemessung des Schadens** regelmäßig **keiner** von dem ohne Wissens- und Willensmängel vereinbarten Preis abweichenden **Bestimmung des Werts der Gegenleistung**.

Fall: Der Angekl., ein vermögender Immobilienkaufmann, war Geschäftsführer der B-GmbH (im Folgenden: B). Die B stand vor der bilanziellen Überschuldung. Dem Angekl. war über den Zeugen W zur Kenntnis gelangt, dass die L-GmbH (im Folgenden: L) das ehemalige Rundfunkgelände der DDR verkaufen wollte. Dieses am Spreeufer in Berlin-Oberschöneweide gelegene Areal steht unter Denkmalschutz, Teile des Rundfunkgeländes sind mit Bodenkontaminationen belastet. Nach dem Einigungsvertrag fiel das Eigentum an dem Rundfunkgelände den fünf neuen Bundesländern und dem Land Berlin zu, die eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts mit unterschiedlichen Anteilen bildeten. Das Grundstück, das nach den Vorstellungen des Landes Berlin weiterhin als Medienstandort genutzt werden sollte, war teilvermietet. Es verursachte aber erhebliche monatliche Lasten, die sich auf zwischen 100.000 € und 150.000 € monatlich beliefen. Die von der L vertretene Eigentümergemeinschaft drängte deshalb auf einen raschen Verkauf des Rundfunkgeländes. Der Zeuge W wusste um die Verkaufsbemühungen. Da er aber nicht über die erforderlichen Mittel verfügte, stellte ihm der Angekl. die von der L geforderten 350.000 € zur Verfügung, die W nach einem privatschriftlichen Optionsvertrag hätte aufbringen müssen. Der Angekl. erreichte, dass er an dessen Stelle für die B das Rundfunkgelände erwerben konnte. Um den von der L geforderten Bonitätsnachweis zu erbringen, überwies der Angekl. kurzfristig auf die Konten der B einen Betrag von ca. 1 Mio. €, ließ sich über das Guthaben Bankbescheinigungen ausstellen und zog die Beträge sogleich wieder ab. Im November 2005 kam es dann zum Abschluss des notariellen Kaufvertrags zwischen der B und der Ländergemeinschaft. In dem Vertrag wurde neben dem bereits vorab gezahlten Kaufpreis von 350.000 €, der dann verrechnet wurde, als Gegenleistung vereinbart, dass der Erwerber schon ab dem 01.12.2005 alle anfallenden Bewirtschaftungskosten und Lasten des Grundstücks tragen musste, auch wenn der Übergang von Nutzen und Lasten erst später erfolgen sollte. Die B war bis zu diesem Zeitpunkt verpflichtet, die Ländergemeinschaft ggf. im Innenverhältnis freizustellen. Dieser Verpflichtung ist die B – wie der Angekl. von vornherein vorhatte – nie nachgekommen. Der Ländergemeinschaft ist ein Schaden aus den nicht erstatteten Betriebskosten und Lasten in Höhe von mindestens 290.000 € entstanden. Die Ländergemeinschaft erwirkte zwar gegen die B im zivilgerichtlichen Verfahren einen Titel, konnte diesen aber nicht vollstrecken, weil die B zwischenzeitlich vermögenslos geworden war. Bereits vier Wochen nach dem Abschluss des Kaufvertrags wurden die Grundstücke an die N-GmbH i. G. (kaufpreisfrei) übertragen. Etwa acht Monate später wurde ein Teil der Grundstücke für knapp 3,5 Mio. € veräußert.

Der Angekl. könnte sich wegen **Eingehungsbetrugs nach § 263 StGB** strafbar gemacht haben, indem er den Kauf über eine vermögenslose GmbH abwickelte, die er zum Schein kurzfristig mit erheblichen Finanzmitteln ausstattete, während er von Anfang an vorhatte, die zweite Komponente des Kaufpreises, nämlich die Zahlung der erheblichen Betriebskosten und Lasten schon vor Gefahrübergang, nicht erbringen zu wollen.

- I. Dies setzt u. a. das Vorliegen eines **Vermögensschadens** voraus. Liegt ein Eingehungsbetrug vor, gilt für die Schadensbestimmung nach der st. BGH-Rspr., dass eine **Gesamtsaldierung** vorzunehmen ist. Dabei sind der **Geldwert des gegen den Täuschenden erworbenen Anspruchs** und der **Geldwert der eingegangenen Verpflichtung miteinander zu vergleichen**. Der Getäuschte ist geschädigt, wenn sich ein **Negativsaldo** zu seinem Nachteil ergibt (BGH NJW 2013, 883 = NSTZ 2013, 234; BGH NJW 2011, 2675 = NSTZ 2011, 638).

Ein solcher Vergleich ergibt hier, dass der **täuschungsbedingte Nachteil** der Verkäuferseite darin besteht, dass sie die zweite Kaufpreiskomponente nicht erhalten hat.

*„Da es für die **Ermittlung des Schadens beim Eingehungsbetrug** auf den **Zeitpunkt des Vertragsschlusses** ankommt, stellt letztlich der Betrag den Schaden dar, der an Betriebskosten und Lasten bei gewöhnlichem Verlauf bis zum Zeitpunkt des Übergangs von Nutzungen und Lasten angefallen wäre. Diese Summe stellt das **täuschungsbedingte Minus im Vermögen der Verkäufer** dar. Dieser sicher zu erwartende Fehlbetrag war im Vertrag mit dem insoweit nicht erfüllungswilligen Angekl. angelegt; Umstände, die diesen Verlust auf der Verkäuferseite hätten ausgleichen können, sind nicht ersichtlich.*

*Entgegen der Auffassung der Verteidigung und des Generalbundesanwalts **kommt es nicht auf eine Bestimmung des objektiven Werts** des Grundstücks an. Dieser ist in einem Fall der hier vorliegenden Art bei der erforderlichen Gesamtsaldierung der Vermögenslage keine anzusetzende Position. Das LG hat deshalb im Ergeb-*

nis zu Recht keine Feststellungen zum objektiven Wert der Grundstücke getroffen und keine Sachverständigenbegutachtung hierzu in Auftrag gegeben.“ (BGH aaO)

II. Aus der **Rspr. des BVerfG** ergibt sich nach Auffassung des BGH aaO nichts anderes.

1. Das BVerfG (BVerfGE 130, 1 = NJW 2012, 907 = NStZ 2012, 496) hat ausgeführt, dass der **Vermögensschaden** – abgesehen von einfach gelagerten und eindeutigen Fällen – **der Höhe nach zu beziffern und in den Urteilsgründen nachvollziehbar darzulegen** ist. Dabei können normative Gesichtspunkte bei der Bewertung von Schäden eine Rolle spielen; sie dürfen die **wirtschaftliche Betrachtung** allerdings nicht überlagern oder verdrängen.

Mit dieser Entscheidung knüpft das BVerfG an seine grundlegende Entscheidung zur Nachteilsbestimmung bei der Untreue (§ 266 StGB) an (BVerfGE 126, 170 = NJW 2010, 3209 = NStZ 2010, 626), in der näher dargelegt ist, wie – dort allerdings für den Fall einer pflichtwidrigen Kreditvergabe – die Schadensbewertung vorzunehmen ist.

2. Die Anforderungen an die Schadensfeststellung sind (jedenfalls was die Frage der Wertfeststellung anbelangt) gewahrt.

„Es liegt schon nahe, dass der hier zu beurteilende Sachverhalt ein hinsichtlich der Schadensfeststellung einfach gelagerter und eindeutiger Fall i. S. der vorgenannten Entscheidung ist.

Der Angekl. hat nämlich eine **Leistung versprochen, die er von vornherein nicht zu erbringen beabsichtigte**, wenngleich er sie im Blick auf sein Vermögen – wie sich aus den Urteilsgründen ergibt – ohne Weiteres hätte erbringen können. Stattdessen hat er den Erwerb und gewinnbringenden Weiterverkauf über eine vermögenslose GmbH initiiert. Bei einer derartigen Konstellation bedarf es keiner Schätzung des objektiven Grundstückswerts, die ohne sachverständige Hilfe nicht sachgerecht zu treffen wäre.“ (BGH aaO)

3. **Der Rspr. des BVerfG lässt sich nach Ansicht des BGH aaO nicht entnehmen, dass** grds. bei betrügerischen Handlungen im Zusammenhang mit dem Abschluss von Austauschverträgen **es der Bestimmung des „objektiven Werts“ des Vertragsgegenstands bedürfte.**

„Abgesehen davon, dass dies mit einem **nicht hinzunehmenden Aufwand** verbunden und für Fälle der gängigen Betrugskriminalität auch **kriminalpolitisch fragwürdig** wäre, ist eine solche verobjektivierte Feststellung auch im Regelfall nicht veranlasst, zumal solche Wertbestimmungen häufig nur scheinogenau sind, weil sie ihrerseits auf Rückschlüssen aus den Marktgegebenheiten beruhen. Grds. legen in einem von Angebot und Nachfrage bestimmten marktwirtschaftlichen System die Vertragsparteien den Wert des Gegenstands fest. Diese intersubjektive Wertsetzung muss nicht deshalb in Frage gestellt werden, weil – wie hier – eine Partei sich bei Vertragsschluss bereits vorgenommen hat, die vertraglich übernommene Verpflichtung ganz oder teilweise nicht zu erfüllen. Deswegen hat dieser von den Parteien selbst – auf der Grundlage übereinstimmender, von Willens- und Wissensmängeln nicht beeinflusster Vorstellungen über Art und Güte des Vertragsgegenstands – bestimmte Wert grds. auch die Basis der Schadensfeststellung im Rahmen des Betrugs zu sein. Dies wird sämtliche Fallgestaltungen betreffen, in denen Leistung und Gegenleistung in keinem augenfälligen Missverhältnis zueinander stehen (vgl. dazu auch BGHSt 16, 220 = NJW 1961, 1876).

Ein **betrugsbedingter Schaden** liegt danach vor, wenn **täuschungsbedingt die getäuschte Vertragspartei einen geringerwertigen Anspruch erhält**, als sie nach den **vertraglich vorausgesetzten Synallagma** hätte beanspruchen können. Dies wird sich freilich regelmäßig durch einen **Vergleich der vertraglich vorausgesetzten mit der täuschungsbedingt erlangten Leistung** feststellen lassen. Der sich daraus ergebende Minderwert ist – ggf. mit sachverständiger Hilfe – zu beziffern (Matt/Renzikowski, StGB, 2013, § 263 Rn 243). Insoweit besteht zwar nicht beim Schadensbegriff, wohl aber bei der Schadensbestimmung ein Unterschied zwischen den Straftatbeständen des Betrugs (§ 263 StGB) und der Untreue (§ 266 StGB). Bei der Untreue muss bewertet werden, ob und inwieweit die pflichtwidrige Einzelhandlung zu einem Nachteil für das betreute Vermögen geführt hat. Dies kann nur in der Form eines auf objektiven Kriterien beruhenden Gesamtvermögensvergleichs erfolgen. Dagegen liegt beim Eingehungsbetrug regelmäßig eine **Bewertung des Vertragsgegenstands durch die Vertragsparteien** vor. Hieran kann die Schadensbestimmung grds. anknüpfen, indem nur noch bewertet wird, inwieweit infolge der Täuschung das vertragliche Synallagma verschoben worden ist. Die Feststellung eines vom vereinbarten Preis abweichenden „objektiven Werts“ des Vertragsgegenstands ist hiermit nicht verbunden.“ (BGH aaO)

III. Aus der **Rspr. des BGH** ergibt sich nichts Abweichendes.

„Die Entscheidung des BGH NStZ 2010, 700 betrifft einen anderen Sachverhalt. Dort ging es um ein betrügerisch verkauftes Unternehmen, dessen Erwerb wirtschaftlich sinnlos war. Entsprechendes gilt auch für BGH NStZ 2008, 96 und für BGHSt 16, 220 = NJW 1961, 1876, denen eine objektive wertlose Leistung und das Fehlen einer zugesicherten Eigenschaft zu Grunde lagen. Die Täuschungshandlung bezog sich dort jeweils auf den Kaufgegenstand, nicht auf die in einer Geldzahlung bestehende Gegenleistung. Ähnliches gilt für Geschäfte, die eine Risikobewertung beinhalten. Eine solche Fallkonstellation lag der Entscheidung des BVerfG zu Grunde (BVerfGE

130, 1 = NJW 2012, 907 = NStZ 2012, 496 – Lebensversicherung). Gleiches gilt für das Urteil des BGH NJW 2013, 883 = NStZ 2013, 234 (Sportwetten) und BGH NJW 2012, 2370 = NStZ 2012, 698 (Kreditbetrug).

All diesen Fallgestaltungen ist gemeinsam, dass es dort um die Bewertung und Bezifferung des täuschungsbedingten Risikoungleichgewichts ging. Aber auch dies setzt nicht voraus, dass die vertragliche Preisgestaltung an sich einer Überprüfung nach objektiven Wertmaßstäben unterzogen werden müsste. Der Schaden bestimmt sich in diesen Fällen immer aus der Verschiebung des synallagmatischen Zusammenhangs zu Lasten des Getäuschten. Eine solche betragsmäßige Bestimmung wird dann in Abhängigkeit zu dem konkreten in Frage stehenden Risiko regelmäßig unter sachverständiger Mithilfe vorgenommen werden (vgl. zur Berechnung des Wettbetrugschadens BGH NJW 2013, 883 = NStZ 2013, 234).

Ein derartiges Risikogeschäft liegt hier nicht vor: Ein **Schaden ist bei Vertragsschluss eingetreten**, weil der Angekl. – worüber er getäuscht hat – innerlich entschlossen war, die zweite Komponente des Kaufpreises nicht zu erbringen. Für die Schadensbestimmung, die beim Eingehungsbetrug bezogen auf den Zeitpunkt des Vertragsschlusses zu erfolgen hat, ist deshalb **allein der Betrag relevant, den der Angekl. von vornherein nicht erbringen wollte**, bis zum Gefahrübergang an Betriebskosten und Lasten indes vertragsgemäß hätte aufbringen müssen. Dies lässt sich nach dem gewöhnlichen Verlauf der Dinge ohne Weiteres anhand der monatlich zu tätigen Aufwendungen schätzen. Dass hiernach ein Schaden entstanden ist, versteht sich angesichts der angefallenen Kosten und Lasten von selbst.“ (BGH aaO)

StGB

Bankrott

StGB

§ 283 I Nr. 8

Schuldner eigenschaft des faktischen Geschäftsführers

(BGH in NSTZ 2013, 284; Beschluss vom 15.11.2012 – 3 StR 199/12)

Auch dem **faktischen Geschäftsführer** ist das **besondere persönliche Merkmal** der **Schuldner eigenschaft i. S. der neueren Rspr. des BGH** zuzurechnen.

Fall: Der Angekl. M, der faktischer Geschäftsführer eines in Form einer GmbH geführten Speditionsunternehmens war, fasste im Laufe des Jahres 2002 den Plan, dieses und weitere, später von ihm ebenfalls als faktischer Geschäftsführer beherrschte Gesellschaften unter Einschaltung eines sog. Firmenbestatters verdeckt zu liquidieren. Zum jeweils geplanten Ende des Unternehmens sollten Forderungen der Gläubiger – insbes. die in betrügerischer Absicht durch Stoßbetankungen der Fahrzeuge begründeten – nicht mehr erfüllt und die unternehmerische Tätigkeit mit einer Nachfolgegesellschaft fortgeführt werden. Dazu bediente sich der Angekl. M eines in Berlin ansässigen Dienstleistungsunternehmens – des sog. Firmenbestatters –, das gegen ein von den Angekl. zu zahlendes Entgelt die Abwicklung übernahm. Teil dieser Dienstleistung war es, Personen zu finden – im internen Sprachgebrauch „Strohgeschäftsführer“ genannt –, auf die die Geschäftsanteile zum Kaufpreis von einem Euro übertragen wurden und die das Amt des Geschäftsführers übernahmen. Diese veräußerten die Anteile nach wenigen Wochen an im europäischen Ausland lebende Personen weiter, die sich – teilweise nach Umfirmierung der Gesellschaft, die der weiteren Verschleierung diene – wiederum als Geschäftsführer einsetzen ließen. Auch diese Personen wählte der Firmenbestatter aus und wies sie an, wie sie sich bei den notariell beurkundeten Anteilsübertragungen und Geschäftsführerbestellungen zu verhalten hatten. Bei etwaigen Nachfragen von Gläubigern bereitete der Firmenbestatter – in der Regel inhaltende – Schreiben vor, die von den neuen Geschäftsführern unterschrieben werden mussten; zum Teil leisteten sie auch Blankounterschriften, die für solche Zwecke verwendet wurden. Für ihre Bereitschaft, als „Strohgeschäftsführer“ zu agieren, erhielten die ausgewählten Personen, bei denen es sich regelmäßig um Rentner oder Empfänger von Arbeitslosengeld II handelte, einmalige Zahlungen i.H.v. 500 oder 1000 €. Sie waren sämtlich nicht in der Lage, ein Speditionsunternehmen zu führen und hatten daran auch kein Interesse.

Im Vorfeld der Anteilsübertragungen vernichteten und/oder versteckten die Angekl. teilweise Geschäftsunterlagen, teilweise wurden diese auch an den Firmenbestatter übergeben, ohne dass sie allerdings den neuen Geschäftsführern zum Zwecke der Fortführung der Gesellschaft zur Verfügung gestellt wurden; sie sollten vielmehr dem Zugriff der Gläubiger und eines etwaigen Insolvenzverwalters dauerhaft entzogen werden. Ein Teil der Unterlagen wurde aus diesem Grund – neben denen anderer Gesellschaften – ungeordnet auf Paletten an einen der „Strohgeschäftsführer“ in Griechenland versandt.

Die Geschäfte der auf diese Weise übertragenen Gesellschaften führte ein ebenfalls von dem Angekl. M beherrschtes Nachfolgeunternehmen weiter, das – jedenfalls soweit erforderlich – die Fahrzeuge und das Personal und teilweise auch die Büroausstattung und die -räumlichkeiten übernahm. Mit der Liquidation dieser Unternehmenswerte waren die Angekl. jeweils noch nach den Anteilsübertragungen befasst. Ebenso wurden die in betrügerischer Absicht eingesetzten Tankkarten der Unternehmen noch nach der Anteilsübertragung auf Weisung des Angekl. M verwendet, um Benzinvorräte für die Nachfolgeunternehmen in illegalen Tanklagern anzulegen bzw. weiter aufzufüllen. In einigen Fällen hoben die von dem Angekl. M eingesetzten früheren Geschäftsführer – auch der Angekl. B – nach der offiziellen Veräußerung der Gesellschaft noch die auf dem Geschäftskonto befindlichen bzw. dort noch eingehenden Guthabenbeträge ab und gaben das Geld an ihn weiter.

Nach diesem Muster verfuhr der Angekl. M bei der A&B Spedition GmbH, deren nomineller Geschäftsführer bis zur Anteilsveräußerung im Oktober 2002 sein Vater gewesen war, bei der Rostock Cargo GmbH (Geschäftsführer vor der Anteilsveräußerung im September 2004: zunächst die Lebensgefährtin des Angekl. und sodann der gesondert verfolgte Michael T), bei der M&S Logistik GmbH (Geschäftsführer vor der Anteilsveräußerung im November 2005: der Angekl. B, der mit dem Angekl. M arbeitsteilig zusammenwirkte) und bei der PIT GmbH (Geschäftsführer vor der Anteilsveräußerung im Juni 2005: der Angekl. P), die von vornherein in erster Linie dazu bestimmt war, Dieseltreibstoff betrügerisch zu erlangen und ansonsten keine nennenswerte Geschäftstätigkeit entfaltete. In gleicher Weise agierte der Angekl. B bei der von ihm auch als eingetragener Geschäftsführer geleiteten A&S GmbH, deren SpeditionsGeschäfte die Rostock Cargo GmbH weiter führte.

Zu prüfen ist, ob die Angekl. sich wegen **Bankrotts nach § 283 I Nr. 8 StGB** strafbar gemacht haben.

- I. Durch die teilweise **Vernichtung** und letztlich vollständige **Entziehung der gesamten Geschäftsunterlagen** ist der **Tatbestand des § 283 I Nr. 6 StGB** erfüllt, denn es handelte sich insoweit um **Handelsbücher** und sonstige Unterlagen, zu deren Aufbewahrung die durchweg in der wirtschaftlichen Krise befindlichen Gesellschaften verpflichtet waren; durch ihre Unterdrückung wurde zudem die **Übersicht über ihren Vermögensstand erschwert**.

- II. In der **Übertragung der Unternehmen** auf einen zur Fortführung des Geschäfts ungeeigneten und unwilligen **Strohmann** könnte eine **Verschleierung der wirklichen geschäftlichen Verhältnisse** i. S. v. § 283 I Nr. 8 Alt. 2 StGB liegen.

*„Mit dem Merkmal der „geschäftlichen Verhältnisse“ sind über die **Vermögensverhältnisse im engeren Sinn** hinaus die Umstände angesprochen, die für die **Beurteilung der Kreditwürdigkeit** des in der Krise befindlichen Schuldners erheblich sind. Da der Tatbestand mit Blick auf die **Gläubigerinteressen** auszulegen ist, geht es bei der Tathandlung des Verschleierns zwar in erster Linie um die unrichtige Darstellung der Vermögensverhältnisse (BGH NSTz 2009, 635 m. w. Nachw.). Zu den geschäftlichen Verhältnissen zählen aber auch **grundlegende unternehmerische Gesichtspunkte**, namentlich Investitionsvorhaben, Planungsmaßnahmen und die zukünftige Entwicklung des Unternehmens (Kümmel wistra 2012, 165; LK-Tiedemann, 12. Aufl., § 283 Rn 173).*

*Insbes. über letztere wurden die Gläubiger vorliegend getäuscht, weil durch den Wechsel des Gesellschafters/Geschäftsführers ohne die Absicht, das Unternehmen fortzuführen, verschleiert wurde, dass die Gesellschaften tatsächlich von den Angekl. liquidiert wurden und mangels jeglicher weiterer unternehmerischer Tätigkeit bereits feststand, dass sie die entstandenen Verbindlichkeiten auf keinen Fall würden begleichen können und dies auch nicht wollten. Dadurch sowie durch die durchgeführten weiteren Veräußerungen und die damit verbundenen Sitzverlegungen ins Ausland konnten Gläubiger davon abgehalten werden, in Vermögensgegenstände der Gesellschaften zu vollstrecken (vgl. dazu BGH aaO). Angesichts des alleinigen Ziels der **Gläubigerbenachteiligung** waren diese Handlungen auch erkennbar grob wirtschaftswidrig.“ (BGH aaO)*

- III. Fraglich ist, ob die insoweit maßgeblichen **Bankrotthandlungen** den Angekl. auch als **täterschaftliches Handeln** zugerechnet werden können.

Bei dem Tatbestand des Bankrotts nach § 283 StGB handelt es sich um ein **Sonderdelikt** des Schuldners; ist der Schuldner – wie hier – eine juristische Person, die nur durch ihre Organe/Vertreter handeln kann, so ist die **Zurechnung der Schuldner-eigenschaft über § 14 StGB** vorzunehmen (BGH NJW 2009, 2225 m. w. Nachw.; zu den Zurechnungskriterien nach Aufgabe der Interessentheorie durch die Rspr. des BGH vgl. BGH NJW 2012, 2366).

1. Die **Einhaltung der außerstrafrechtlichen Aufbewahrungspflicht**, deren Verletzung die Strafbarkeit nach § 283 I Nr. 6 StGB begründet, **hatten** bei den Gesellschaften deren **Organe bzw. Vertretungsberechtigte zu gewährleisten** (vgl. BGH NJW 2012, 2366), also der Angekl. M als faktischer und der Angekl. B in den ihn betreffenden Fällen als eingetragener **Geschäftsführer**.

Die den Tatbestand des § 283 I Nr. 8 StGB begründenden Tathandlungen begingen die Angekl. nur zum Teil selbst, indem sie die **Geschäftsanteile veräußerten**.

*„Dies allein begründet die Strafbarkeit – jedenfalls wegen vollendeten Bankrotts – indes noch nicht, weil der **formelle Akt der Anteilsübertragung für sich betrachtet** – auch im Zusammenhang mit dem Ziel der „Firmenbestattung“ – **kein vollendetes Verschleiern der geschäftlichen Verhältnisse** darstellt (Brand/Reschke ZIP 2010, 2134). Erst im Zusammenhang mit den weiteren Handlungen der **Stroh-männer**, die sich nach dem Erwerb der Anteile selbst zu Geschäftsführern einsetzten und – wenn auch auf Weisung des eingeschalteten Firmenbestatters die Gesellschaften an im Ausland lebende weitere Stroh-männer veräußerten und zum Teil auch umfirmierten, wurden die **Gläubiger** im oben dargelegten Sinne über die geschäftlichen Verhältnisse der Unternehmen **in die Irre geführt**. Diese Handlungen können den Angekl. jedoch nach § 25 II StGB zugerechnet werden.“ (BGH aaO)*

2. Die Angekl. blieben auch nach den jeweiligen Anteilsveräußerungen und den Bestellungen der Stroh-männer zu Geschäftsführern der Gesellschaften nach § 14 StGB **taugliche Täter des Bankrotts** nach § 283 StGB.

Nach einer in der **Lit.** und insbes. in der **instanzgerichtlichen Rspr.** im Vordringen befindlichen Auffassung soll dies schon daraus folgen, dass sowohl die Anteilsübertragung als auch sämtliche Gesellschafterbeschlüsse, mit denen der frühere Geschäftsführer abberufen und der neue bestellt, die Firma geändert oder ihr Sitz verlegt wird, wegen der damit verbundenen und intendierten Gläubigerbenachteiligung sittenwidrig i. S. von § 138 I BGB und deshalb – mit Blick auf die Gesellschafterbeschlüsse in entsprechender Anwendung von § 241 Nr. 4 AktG – nichtig sind.

Kilper, Unternehmensabwicklung außerhalb des gesetzlichen Insolvenz- und Liquidationsverfahrens in der GmbH, 2009, S. 371ff.; Kümmel wistra 2012, 165; AG Memmingen GmbHR 2004, 952, mit zust. Anm. Wachter GmbHR 2004, 955 und Ries Rpfleger 2004, 226; LG Potsdam wistra 2005, 193 m. w. Nachw.; für Sittenwidrigkeit nach § 138 BGB auch Kleindiek ZGR 2007, 276 m. w. Nachw.; vgl. auch BGH NSTz 2009, 635; offen gelassen von BGH BGHR StGB § 266a I Vorsatz 2; a.A. Brand/Reschke ZIP 2010, 2134 m. w. Nachw.

Diese Frage kann hier aufgrund der Besonderheiten des Falles indes offen bleiben:

*„Der Angekl. M war – zum maßgeblichen Zeitpunkt – in keinem Fall eingetragener Geschäftsführer der von ihm faktisch beherrschten Gesellschaften, so dass die Frage einer Wirksamkeit der Gesellschafterbeschlüsse seine Strafbarkeit nicht berührt. Er war vielmehr vor den jeweiligen Anteilsveräußerungen **faktischer Geschäftsführer** der Gesellschaften und blieb dies auch über diesen Zeitpunkt hinaus bzw. übernahm die Stellung eines faktischen Liquidators (vgl. dazu BGH NStZ 2000, 34; Scholz, GmbHG, 10. Aufl., § 82 Rn 46), indem er die Gesellschaften abwickelte. Der Angekl. B war zwar in beiden ihn betreffenden Fällen eingetragener Geschäftsführer der Gesellschaften; auf die **zivilrechtliche Wirksamkeit seiner Abberufung** kommt es aber ebenfalls nicht an, weil auch er – in einem Fall im arbeitsteiligen Zusammenwirken mit dem Angekl. M – diese Gesellschaften nach der Anteilsveräußerung faktisch weiter liquidierte.“* (BGH aaO)

3. Daher kann beiden Angekl. über § 14 Abs. I Nr. 1 StGB das **besondere persönliche Merkmal der Schuldner-eigenschaft** nach der neueren Rspr. des BGH zugerechnet werden.

*„Sie wurden in ihrer Eigenschaft als (faktisches) Organ im Geschäftskreis der Gesellschaften tätig: Soweit sie rechtsgeschäftlich handelten, etwa bei der weiteren Verwendung der Tankkarten, zeigt sich ihr **organ-schaftliches Handeln** daran, dass die Rechtsfolgen – jedenfalls nach den Grundsätzen der Anscheinsvollmacht – im Außenverhältnis unmittelbar die Gesellschaften trafen. I. Ü. – etwa bei den Barabhebungen von den Geschäftskonten – handelten die Angekl. mit Zustimmung der (neuen) Gesellschafter/Geschäftsführer, denn wesentlicher Bestandteil der Abrede zur Firmenbestattung war gerade, dass diese die Gesellschaften nicht fortführen wollten und den Angekl. bei deren Abwicklung freie Hand ließen (vgl. BGH NJW 2012, 2366).“* (BGH aaO)

4. Die jeweils **neu eingesetzten Geschäftsführer** wiesen ebenfalls gem. § 14 I Nr. 1 StGB die erforderliche **Schuldner-eigenschaft** auf, so dass sie **taugliche Mittäter des Bankrotts** waren und ihre täterschaftlich begangenen Beiträge zur Tatbestandverwirklichung den Angekl. gemäß § 25 II StGB zugerechnet werden können.

*„Sie handelten als **Vertretungsberechtigte der Gesellschaft**, denn ohne ihre besondere Organstellung als Geschäftsführer wären ihnen Handlungen wie Umfirmierung oder Sitzverlegung nicht möglich gewesen (vgl. BGH aaO). Auch insoweit **kommt es auf die zivilrechtliche Wirksamkeit insbes. ihrer Geschäftsführerbestellungen nicht an**, denn im Falle der Unwirksamkeit wäre § 14 I StGB gleichwohl anzuwenden (§ 14 III StGB). Es kann deshalb offen bleiben, ob ihre Handlungen den Angekl. nicht auch dann zugerechnet werden könnten, wenn die „Strohgeschäftsführer“ selbst sich nur wegen Beihilfe zum Bankrott strafbar gemacht hätten, weil in ihrer Person das besondere persönliche Merkmal der Schuldner-eigenschaft nicht vorlag.“* (BGH aaO)

SchfG F. 1998
§ 11 II

Gewerberechtliche Unzuverlässigkeit Bezirksschornsteinfegermeister mit antisemitischer Gesinnung (BVerwG in NVwZ-RR 2013, 357; Urteil vom 07.11.2012– 8 C 28/11)

GewR

Ein Bezirksschornsteinfegermeister, der nicht die Gewähr bietet, die **geltende Rechtsordnung**, insbesondere die Grundrechte der Eigentümer und Besitzer von Grundstücken und Räumen in seinem Kehrbezirk jederzeit **verlässlich zu beachten**, ist i. S. von § 11 II Nr. 1 SchfG F. 1998 persönlich unzuverlässig.

Fall: Der Kl. wandte sich gegen den Widerruf seiner Bestellung zum Bezirksschornsteinfegermeister. Der im Jahre 1958 geborene Kl. ist seit dem Jahr 1987 als Bezirksschornsteinfegermeister bestellt und ist derzeit für einen Kehrbezirk im B.-Kreis zuständig. Der Kl. betätigt sich aktiv für die Nationaldemokratische Partei (NPD), ohne deren Mitglied zu sein. Er ist seit dem Jahr 2004 Vorsitzender der NPD-Fraktion im Stadtrat von L., seit 2007 Mitglied der NPD-Fraktion im Kreistag des B.-Kreises und kandidierte im Jahr 2005 als Unabhängiger auf der Landesliste Sachsen-Anhalt der NPD für die Wahlen zum Deutschen Bundestag. In den Jahren 2001 – 2004 sowie 2006 und 2007 nahm er an Veranstaltungen zum Gedenken an die Mörder des Außenministers der Weimarer Republik Walther Rathenau in Bad K., Ortsteil S., teil, wo er 2004 an einer Kranzniederlegung mitwirkte und 2007 zudem eine Rede hielt. Weitere außerberufliche Aktivitäten des Kl. sind zwischen den Bet. umstritten. Der Bekl. widerrief mit Bescheid vom 10.04.2008 die Bestellung des Kl. als Bezirksschornsteinfegermeister mit der Begründung, dass dieser nicht die erforderliche persönliche Zuverlässigkeit für die Ausübung seines Berufes besitze. Hiergegen hat der Kl. eine zulässige Anfechtungsklage erhoben. Diese begründet er damit, dass der die Voraussetzungen für einen Widerruf nicht vorgelegen hätte, er zudem aber auch sämtliche Aktivitäten im Zusammenhang mit der NPD oder der rechten Szene aufgegeben habe, so dass ihm zumindest die Ausübung wieder gestattet werden müsste. Ist die Klage begründet?

Die Anfechtungsklage ist nach § 113 I 1 VwGO begründet, wenn der Widerruf der Bestellung zum Bezirksschornsteinfegermeister rechtswidrig ist und den Kläger in seinen Rechten verletzt.

I. Maßgebliche Sach- und Rechtslage

Zunächst ist fraglich, auf welchen Zeitpunkt für die Beurteilung der Sach- und Rechtslage abzustellen ist.

*„Da es sich um eine Anfechtungsklage handelt und das einschlägige materielle Recht keine anderweitige Regelung trifft, ist für die Beurteilung der Sach- und Rechtslage der **Zeitpunkt der letzten behördlichen Entscheidung maßgeblich** (vgl. BVerwG, Buchholz 451.29 Schornsteinfeger Nr. 41 = GewA 1997, 484 = NVwZ-RR 1998, 232 L). Entgegen der Auffassung der Revision handelt es sich bei dem Widerruf der Bestellung **nicht** um einen **Dauerverwaltungsakt**, sondern um einen **rechtsgestaltenden Verwaltungsakt**, mit dem in Form einer einmaligen Regelung eine Rechtsposition wieder entzogen wird (vgl. auch: Musielak/Schira/Manke, SchornsteinfegerG, 6. Aufl. [2003], § 11 Rn. 9). Schon deshalb **geht** die vom Bekl. gezogene **Parallele zur Gewerbeunter-sagung nach § 35 GewO fehl**. Die nach einem Widerruf der Bestellung als Bezirksschornsteinfegermeister gegebene **Wiedereintragungsmöglichkeit** in die Bewerberliste ist zudem **von einem** an die Behörde zu stellenden **Antrag abhängig** (vgl. § 4 II Nr. 3 lit. b, III i. V. mit § 1 Nr. 2 der Verordnung über das Schornsteinfegerwesen v. 19.12.1969 – SchfVO F. 1969, in: BGBl I, 1969 2363). Dieses **Antragserfordernis schließt** es nicht anders als bei der Wiedergestattung einer zuvor untersagten Gewerbeausübung **aus** (vgl. zu § 35 V und VI GewO: BVerwG, NVwZ 1982, 503; BVerwGE 65, 1 [2f.] = NVwZ 1982, 503 = Buchholz 451.20 § 35 GewO Nr. 37, S. 8), die **für eine Wiedergestattung relevanten Umstände im laufenden Anfechtungsprozess zu berücksichtigen**. Der angefochtene Bescheid beurteilt sich somit nach dem Gesetz über das Schornsteinfegerwesen i. d. F. der Bekanntmachung vom 10.08.1998 – SchfG F. 1998, in: BGBl I, 19982071, geändert durch Art. 147 der 9. ZuständigkeitsanpassungsV v. 31.10.2006 in: BGBl I, 2006 2407); auf nach dem Widerruf eingetretene tatsächliche Umstände lässt er sich nicht stützen.“ (BVerwG aaO)*

Es kommt daher allein darauf an, ob die Voraussetzungen für den Widerruf der Bestellung zum Bezirksschornsteinfegermeister bei der letzten behördlichen Entscheidung vorlagen. Auf eine spätere Änderung der Umstände kann sich der Kl. nicht berufen.

II. Vorliegen der Voraussetzungen für den Widerruf der Bestellung

Nach § 11 II Nr. 1 SchfG F. 1998 ist die Bestellung als Bezirksschornsteinfegermeister zu widerrufen, wenn Tatsachen die Annahme rechtfertigen, dass der Bezirksschornsteinfegermeister nicht die **erforderliche persönliche Zuverlässigkeit** für die Ausübung seines Berufes besitzt.

1. Anforderungen an die persönliche Zuverlässigkeit eines Bezirksschornsteinfegermeisters

„[Die] Anforderungen an die persönliche Zuverlässigkeit [sind] funktions-, d. h. berufsbezogen zu bestimmen. Das ergibt sich schon aus dem Wortlaut des § 11 II Nr. 1 SchfG F. 1998, der die erforderliche persönliche Zuverlässigkeit des Bezirksschornsteinfegermeisters „für die Ausübung seines Berufes“ voraussetzt.“ (BVerwG aaO)

a) rechtliche Einordnung der Tätigkeit des Bezirksschornsteinfegermeisters

„Der Bezirksschornsteinfegermeister nimmt seine **öffentlichen Aufgaben unter Ausübung hoheitlicher Befugnisse** wahr; er ist insofern **Beliehener** (st. Rspr.; vgl. BVerwG, GewA 1972, 184; NVwZ-RR 1990, 439; BVerwGE 84, 244 [247] = NVwZ-RR 1990, 439 = Buchholz 451.29 Schornsteinfeger Nr. 32, S. 20; BVerwG, NJW-RR 1994, 972 = Buchholz 451.29 Schornsteinfeger Nr. 37, S. 6). Das gilt unabhängig davon, ob er selbst Verwaltungsakte erlassen darf oder auf schlicht-hoheitliches Handeln beschränkt ist (vgl. hierzu: Huber/Schorr, Die Zukunft des Schornsteinfegerhandwerks im Binnenmarkt, 2006, Rn. 32 ff., 51 ff.).“ (BVerwG aaO)

b) Zuverlässigkeitsanforderungen an Beliehene

Vor diesem Hintergrund könnten an Beliehene ähnliche Zuverlässigkeitsanforderungen gestellt werden, sie an Beamte.

aa) Anforderungen an Beamte

Beamte unterliegen auch einer politischen Treupflicht zum Staat, wie sie nach der Rechtsprechung des BVerfG zu den hergebrachten Grundsätzen des Berufsbeamtentums gem. Art. 33 V GG den Beamten als solchen – (auch) unabhängig von dessen Funktion – trifft (BVerfGE 39, 334 [346 ff.] = NJW 1975, 1641).

„Nach dieser Rechtsprechung **hat der Beamte den Staat und seine geltende Verfassungsordnung zu bejahren**; sie fordert insbesondere, dass er sich eindeutig von Gruppen und **Bestrebungen distanzier**t, die diesen **Staat, seine verfassungsmäßigen Organe** und die geltende **Verfassungsordnung angreifen, bekämpfen und diffamieren** (BVerfGE 39, 334 [348] = NJW 1975, 1641). Zwar ist gem. Art. 33 V GG das Recht des öffentlichen Dienstes unter Berücksichtigung der hergebrachten Grundsätze des Berufsbeamtentums zu regeln und fortzuentwickeln, und gem. Art. 33 IV GG ist die Ausübung hoheitsrechtlicher Befugnisse als ständige Aufgabe in der Regel Angehörigen des öffentlichen Dienstes zu übertragen, die in einem öffentlich-rechtlichen Dienst- und Treueverhältnis stehen.“ (BVerwG aaO)

bb) Übertragbarkeit auf Beliehene

Der **Bezirksschornsteinfegermeister ist nicht Angehöriger des öffentlichen Dienstes**.

„Zwar **übt er ebenfalls hoheitliche Befugnisse aus**; doch ist er deshalb nicht in den öffentlichen Dienst eingegliedert, sondern wird als **Privater** mit der Ausübung hoheitlicher Befugnisse beliehen (vgl. BVerwG, NJW-RR 1994, 972 = Buchholz 451.29 Schornsteinfeger Nr. 37). Die **Beleihung Privater** mit der Ausübung hoheitlicher Befugnisse stellt gerade die **Ausnahme** von der Regel des Art. 33 IV GG dar (vgl. BVerfG, NJW 2012, 1563 = JZ 2012, 676 Rn. 143 ff. = NVwZ 2012, 1033 L m. Anm. Waldhoff).

Aus Art. 33 II GG ergibt sich nichts Anderes. Zwar mag die Betrauung mit öffentlichen Aufgaben unter gleichzeitiger Ermächtigung zur **Ausübung hoheitlicher Befugnisse als Übertragung eines öffentlichen Amtes** im Sinne dieser Vorschrift angesehen werden; dementsprechend bestimmt § 9 IV des Schornsteinfeger-HandwerksG vom 26. 11. 2008 (BGBl I, 2008 2242) nunmehr, dass die Auswahl zwischen den Bewerbern und Bewerberinnen zum bevollmächtigten Bezirksschornsteinfegermeister nach ihrer Eignung, Befähigung und fachlichen Leistung vorzunehmen ist. Das lässt jedoch **offen, nach welchen Gesichtspunkten** die Anforderungen an die persönliche Eignung des bevollmächtigten Bezirksschornsteinfegermeisters des Näheren zu bestimmen sind. Namentlich ist damit nicht gesagt, dass hierbei auch bei Personen, die nicht dem öffentlichen Dienst zuzurechnen sind, die hergebrachten Grundsätze des Berufsbeamtentums zu berücksichtigen sind.“ (BVerwG aaO)

Der Bezirksschornsteinfegermeister unterliegt damit **nicht** einer **politischen Treupflicht** gegenüber dem Staat und seiner Verfassung,.

cc) Begriff der (sonstigen) persönlichen und sachlichen Zuverlässigkeit

Der Bezirksschornsteinfegermeister besitzt nur dann die erforderliche (fachliche und persönliche) Zuverlässigkeit für die Ausübung seines Berufes, wenn er die

Gewähr dafür bietet, jederzeit seine Berufspflichten zu erfüllen. Diese ergeben sich aus den §§ 3 und 13 SchfG F. 1998. Hiernach hat der **Bezirksschornsteinfegermeister** eine **Doppelstellung**: Gemäß § 3 II SchfG F. 1998 gehört er als Gewerbetreibender dem **Handwerk** an, nimmt aber bei der **Feuerstättenschau** (§ 13 I Nr. 2 SchfG F. 1998), bei der **Bauabnahme** (§ 13 I Nrn. 4 und 9 SchfG F. 1998) und bei Tätigkeiten auf dem Gebiet des **Immissionsschutzes** sowie der rationellen **Energieverwendung** (§ 13 II Nrn. 10, 11 und 12 SchfG F. 1998) öffentliche Aufgaben wahr.

„Der Bezirksschornsteinfegermeister hat demnach im Vergleich zu anderen Handwerkern eine Sonderstellung inne, bei der die privatrechtlichen Wesenszüge ganz zurücktreten, die öffentlich-rechtlichen Elemente durchaus überwiegen (BVerwGE 6, 72 [75] = Buchholz 451.20 § 39 GewO Nr. 1, S. 3 = NJW 1958, 473 L; BVerwG, GewA 1972, 184). Dementsprechend gelten für ihn nicht nur die Anforderungen des allgemeinen Handwerks- und Gewerberechts; zusätzlich muss er auch Gewähr dafür bieten, diejenigen spezifischen Berufspflichten zu erfüllen, die sich gerade aus der Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben begründen.“ (BVerwG aaO)

Dem Bezirksschornsteinfegermeister wird gem. § 2 SchfG F. 1998 ein Kehrbezirk zugewiesen, in dem er zur Vornahme der in § 1 SchfG F. 1998 geregelten Kehr- und Überprüfungsarbeiten **unter Ausschluss jeden Wettbewerbs** allein befugt ist. Die Eigentümer und Besitzer von Grundstücken und Räumen sind nach § 1 III SchfG F. 1998 verpflichtet, dem Bezirksschornsteinfegermeister und seinen Bediensteten zur Ausübung dieser Kehr- und Überwachungsaufgaben den Zutritt zu ihren Grundstücken und Räumen zu gestatten.

*„Der Bezirksschornsteinfegermeister tritt den Eigentümern und Besitzern von Grundstücken und Räumen damit **hoheitlich gegenüber**. Er ist deshalb **wie jede Behörde** (vgl. § 1 IV VwVfG) **an Gesetz und Recht** (Art. 20 III GG), namentlich an die Grundrechte gebunden (Art. 1 III GG). Ein Bezirksschornsteinfegermeister, der **nicht die Gewähr** bietet, die geltende Rechtsordnung, insbesondere die **Grundrechte** der Eigentümer und Besitzer von Grundstücken und Räumen in seinem Kehrbezirk **jederzeit verlässlich** zu beachten, ist i. S. von § 11 II Nr. 1 SchfG F. 1998 **persönlich unzuverlässig**.“ (BVerwG aaO)*

2. Prognoseentscheidung

Wie bei der Beurteilung sonstiger gewerberechtlicher Zuverlässigkeit handelt es sich bei der Bewertung um eine Prognoseentscheidung. Ob der Bezirksschornsteinfegermeister unzuverlässig ist, beurteilt sich anhand von **Tatsachen**, welche auf sein **künftiges Verhalten in Ausübung seines Berufes schließen** lassen (vgl. § 35 I 1 GewO).

*„Von der Behörde wird also eine **Wertung von Tatsachen** verlangt, verbunden mit einer **Prognose auf das künftige Verhalten** des Bezirksschornsteinfegermeisters (vgl. Marcks, in: Landmann/Rohmer, GewO, Bd. I, Stand: Feb. 2012, § 35 Rn. 31 f.). Dabei entspricht es den allgemeinen **Grundsätzen des Rechts der Gefahrenabwehr**, umso strengere Anforderungen an die Zuverlässigkeit zu stellen, je schutzwürdiger die Rechtsgüter sind, die gefährdet werden können, und je höher der mögliche Schaden ist (vgl. Marcks, § 35 Rn. 32 m. w. Nachw.).*

*Hierbei ist auch **vergangenes außerberufliches** – in diesem Sinne **privates** – Verhalten in den Blick zu nehmen, sofern dieses **Anhaltspunkte für künftiges berufliches Verhalten** bietet. Aus der Regelungsgeschichte lässt sich nicht herleiten, dass der Normgeber **privates Verhalten** hätte vollständig ausblenden wollen [wird ausgeführt]. Entgegen der Annahme des BerGer. ist auch **nicht nur solches private Verhalten** relevant, das schon selbst einen „**unmittelbaren**“ **Berufsbezug** aufweist. Der nötige Berufsbezug wird dadurch hergestellt, dass auch **privates Verhalten** das Urteil der Unzuverlässigkeit nur dann zu tragen vermag, wenn es die **Sorge begründet**, der Bezirksschornsteinfegermeister werde künftig seinen beruflichen **Pflichten nicht jederzeit zuverlässig nachkommen**.“ (BVerwG aaO)*

3. Anwendung auf den Fall

Vor diesem Hintergrund können allein die Anhängerschaft des Kl. für die NPD und die Kandidatur zu kommunalen Vertretungskörperschaften oder staatlichen Parlamenten, die Wahrnehmung von Mandaten aus einer solchen Wahl oder die Mitgliedschaft in einer Fraktion der NPD nicht seine Unzulässigkeit begründen, da es eben gerade - anders als bei Beamten - nicht um seine politische Treuepflicht zu Staat geht.

Vielmehr müsste sein politisches Engagement auf eine mögliche Verletzung berufsbezogener Pflichten schließen lassen.

*„Zulässig ist jedoch eine Anknüpfung an **öffentliche antisemitische Aktivitäten** des Kl. im außerberuflichen Bereich. Es ist davon auszugehen, dass der Kl. in den Jahren 2001 – 2004 sowie erneut 2006 und*

2007 an den **jährlichen „Totenehrungen“** an den (mittlerweile eingeebneten) Gräbern der Mörder Walther Rathenau teilgenommen, dort 2004 einen Kranz mit der Aufschrift „Wenn alle untreu werden, bleiben wir doch treu“ niedergelegt und 2007 eine Rede gehalten hat. Durch seine aktive Beteiligung an den „Totenehrungen“ hat der Kl. zum Ausdruck gebracht, dass für ihn **selbst schwerste antisemitische Straftaten billigungswert** und die **Täter verehrungswürdig** sind, sofern die Taten den von ihm für richtig gehaltenen politischen Zielen dienen. [wird ausgeführt].

Einem Bezirksschornsteinfegermeister, der in dieser Weise **antisemitische und rassistische schwerste Straftaten öffentlich billigt**, fehlt die erforderliche persönliche Zuverlässigkeit für die Ausübung seines Berufes. Er bietet nicht die Gewähr dafür, dass er die Grundrechte der Eigentümer und Besitzer von Grundstücken und Räumen, denen er in Ausübung seines Berufes gegenübertritt, jederzeit verlässlich achtet. Vielmehr **besteht die Gefahr**, dass er sich diesen Personen gegenüber – entgegen seiner Bindung auch an Art. 3 III GG – jedenfalls dann **voreingenommen und diskriminierend** verhält, wenn diese einer **ethnischen oder religiösen Minderheit** angehören. Eine Verletzung der besonderen Grundrechte aus Art. 3 III GG wäre zudem von besonderem Gewicht; das **Vertrauen der Bevölkerung** und gerade von ethnischen oder religiösen Minderheiten **in eine neutrale und unvoreingenommene Amtsführung deutscher Amtsträger** ist nach den Erfahrungen der deutschen Geschichte stets prekär und gerade deshalb besonders wertvoll. Angesichts dessen sind an die nach § 11 II Nr. 1 SchfG F. 1998 „erforderliche“ Zuverlässigkeit gerade in dieser Hinsicht besonders hohe Anforderungen zu stellen. Deshalb genügen die beschriebenen Anhaltspunkte, um den Kl. als unzuverlässig erscheinen zu lassen. Die zuständige Behörde muss **nicht abwarten**, bis sich die **Gefahr einer konkreten Verletzung der Berufspflichten realisiert**.“ (BVerwG aaO)

4. Verletzung der Grundrechte des Klägers

Der Berücksichtigung des privaten Verhaltens des Kl. könnte aber sein verfassungsrechtliche gewährleistetes Grundrecht auf Meinungsfreiheit aus Art. 5 I GG und seine Freiheit, sich in einer oder für eine nicht nach Art. 21 II GG verbotene Partei zu engagieren, verletzt werden.

„Solche Maßnahmen dürfen deshalb **nicht allein an die politische oder weltanschauliche Gesinnung** anknüpfen. Bei der Prüfung und Beurteilung der persönlichen Zuverlässigkeit eines Bezirksschornsteinfegermeisters geht es allein darum, eine – auf der Grundlage seines bisherigen Verhaltens zu befürchtende – **Verletzung berufsbezogener Pflichten zu verhindern**.“ (BVerwG aaO)

a) Verletzung der Berufsfreiheit, Art. 12 GG

Die Bestellung zum Bezirksschornsteinfegermeister stellt eine **subjektive Berufszulassungsregelung** dar.

„Solche Einschränkungen sind nach der ständigen Rechtsprechung des BVerfG nur statthaft, soweit dadurch ein **überragendes Gemeinschaftsgut**, das der Freiheit des Einzelnen vorgeht, geschützt werden soll, sie nicht außer Verhältnis zu dem angestrebten Zweck der ordnungsgemäßen Erfüllung der Berufstätigkeit stehen und keine übermäßige unzumutbare Belastung enthalten (BVerfGE 69, 209 [218] = NJW 1985, 1949).

Es steht nicht im Widerspruch zu Art. 12 I GG, Personen nicht mit den Hoheitsbefugnissen eines Bezirksschornsteinfegermeisters zu beleihen, die Anlass bieten, an ihrer Bereitschaft und Fähigkeit zu zweifeln, ihre Amtspflichten uneingeschränkt zu erfüllen und insbesondere ihre beruflichen **Aufgaben unparteiisch und frei von jeglicher Diskriminierung** ihrer Kunden, auch wenn sie ethnischen oder religiösen Minderheiten angehören, wahrzunehmen. Die **Gewährleistung einer unparteiischen und rechtsstaatlichen Aufgabewahrnehmung** stellt ein **überragend wichtiges Gemeinschaftsgut** dar, hinter das das Interesse des Bezirksschornsteinfegermeisters, mit Hoheitsbefugnissen beliehen zu werden, zurückzustehen hat. Mildere, ebenso geeignete Maßnahmen zum Schutz des Gemeinschaftsguts sind nicht ersichtlich [wird ausgeführt].“ (BVerwG aaO)

b) Verletzung der Meinungsfreiheit, Art. 5 GG

Der Widerruf der Bestellung des Kl. als Bezirksschornsteinfegermeister wegen seiner festgestellten mehrfachen aktiven Beteiligung an den „Totenehrungen“ für die Rathenau-Attentäter in Saaleck könnte gegen sein Grundrecht auf freie Meinungsäußerung (Art. 5 I 1, II GG) verstoßen.

„Dabei kann **offen bleiben**, ob die Maßnahme überhaupt in den **Schutzbereich** dieses Grundrechts **eingreift**. Selbst wenn der Widerruf der Bestellung wegen der damit verbundenen nachteiligen wirtschaftlichen Auswirkungen in den Schutzbereich dieses Grundrechts eingreifen sollte, ist dies gerechtfertigt.“ (BVerwG aaO)

aa) Begriff der allgemeinen Gesetze

Die Meinungsäußerungsfreiheit findet ihre Grenze u. a. in den „**allgemeinen Gesetzen**“ nach Art. 5 II GG. Hierzu gehören diejenigen Gesetze, die nicht eine Meinung als solche verbieten und die sich nicht gegen die Äußerung einer Mei-

nung als solche richten, sondern dem **Schutze eines schlechthin**, ohne Rücksicht auf eine bestimmte Meinung **zu schützenden Rechtsguts dienen** (st. Rspr., vgl.: BVerfGE 7, 198 [209 f.] = NJW 1958, 257 m. w. Nachw.).

„Das betr. **Rechtsgut** muss in der Rechtsordnung **allgemein** und damit **ohne Rücksicht auf eine bestimmte Meinung** sowie unabhängig davon **geschützt** sein, ob es durch Meinungsäußerungen oder auf andere Weise verletzt werden kann (vgl. BVerfGE 117, 244 [260] = NJW 2007, 1117 = NVwZ 2007, 685 L; BVerfGE 120, 180 = NJW 2008, 1793).

Für Eingriffe in Art. 5 I GG folgt hieraus, dass ihre **Zielsetzung nicht darauf gerichtet** sein darf, Schutzmaßnahmen gegenüber rein geistig bleibenden Wirkungen von **bestimmten Meinungsäußerungen zu treffen** (vgl. BVerfGE 124, 300 [332] = NJW 2010, 47). Das ist bei § 11 II Nr. 1 SchfG F. 1998 nicht der Fall. Der Widerruf der Bestellung dient der **Gefahrenabwehr** und zielt allein darauf ab sicherzustellen, dass nur solche Personen die Aufgaben und Befugnisse eines Bezirksschornsteinfegermeisters wahrnehmen, die die Gewähr bieten, dass sie die damit verbundenen **beruflichen Pflichten uneingeschränkt und verlässlich erfüllen**.

Eine den Kl. weniger belastende, jedoch gleich wirksame Maßnahme als der Widerruf der Bestellung ist nicht ersichtlich. Der Widerruf ist auch verhältnismäßig im engeren Sinne, da dem Kl. nicht die Ausübung des Schornsteinfegerhandwerks generell untersagt wird.“ (BVerwG aaO)

bb) Vereinbarkeit dieser Auslegung mit Art. 10 I EMRK

Fraglich ist, ob eine solche Auslegung und Anwendung des Art. 5 GG mit Art. 10 I EMRK zu vereinbaren ist.

„Nach der Rechtsprechung des EGMR (EGMR, Urt. v. 23.09.1998 – Nr. 55/1997/839/1045, in: ÖJZ 1999, 656 [658] – Lehideux und Isomi/Frankreich; NJW 2004, 3691 f. – Garaudy/Frankreich) genießt eine **Äußerung gegen die Grundwerte der Europäischen Menschenrechtskonvention** (EMRK), worunter auch die Rechtfertigung einer pro-nationalsozialistischen Politik fällt, bereits **nicht den Schutz des Art. 10 I EMRK**.

Selbst wenn man davon ausginge, dass der Widerruf der Bestellung hier in den Schutzbereich der Meinungsfreiheit eingreifen würde, läge ein Verstoß gegen Art. 10 I EMRK nur dann vor, wenn der **Eingriff nicht gesetzlich vorgesehen** ist, **kein legitimes Ziel** nach Absatz 2 verfolgt und in einer demokratischen Gesellschaft zur Erreichung dieses Ziels oder dieser Ziele **nicht notwendig** ist. Der Widerruf der Bestellung ist jedoch in § 11 II Nr. 1 SchfG F. 1998 gesetzlich vorgesehen. Damit wird auch ein i. S. von Art. 10 II EMRK legitimes Ziel verfolgt; es soll sichergestellt werden, dass die Grundrechte der Eigentümer und Besitzer von Grundstücken und Räumen, denen der Kl. bei der Ausübung seines Berufes hoheitlich gegenübertritt, **uneingeschränkt und jederzeit verlässlich geachtet** werden. Dieses Ziel ist in einer demokratischen Gesellschaft notwendig. Das bedarf keiner näheren Darlegung. Der Widerruf ist auch nicht i. S. von Art. 10 II EMRK unverhältnismäßig. Insofern gilt nichts Anderes als hinsichtlich der Beschränkung des Grundrechts aus Art. 5 I GG.“ (BVerwG aaO)

III. Ergebnis

Der Widerruf der Bestellung zum Bezirksschornsteinfegermeister ist wirksam erfolgt, so dass der Verwaltungsakt nicht rechtswidrig ist. Die Anfechtungsklage ist daher nach § 113 I 1 VwGO nicht begründet.

(VGH Mannheim in NVwZ-RR 2013, 328; Beschluss vom 29.11.2012 – 1 S 1258/12)

1. Bei Anwendung der qualifizierten Subsidiaritätsklausel des § 102 I Nr. 3 BadWürttGO ist auf der Grundlage einer interessenabwägenden, die Belange der Privat- und der Kommunalwirtschaft gleichermaßen berücksichtigenden Betrachtungsweise zu entscheiden, ob die **wirtschaftliche Betätigung** einer Gemeinde unter den Begriff der **Daseinsvorsorge** fällt.
2. Eine Tätigkeit, die schwerpunktmäßig im Erwerb, der Bebauung und der Veräußerung von Grundstücken besteht, kann nur dann der Daseinsvorsorge zugeordnet werden, wenn die **Art der geplanten Bebauung Zwecken der Daseinsvorsorge** dient.
3. Die bloße Benennung der **städtebaulichen Entwicklung als Gesellschaftszweck** eines wirtschaftlichen Unternehmens mit kommunaler Beteiligung schließt die Anwendung des § 102 I Nr. 3 BadWürttGO nicht aus. Für den Ausschluss ist vielmehr erforderlich, dass das Unternehmen **tatsächlich Tätigkeiten von einigem Gewicht** wahrnimmt, die der **Daseinsvorsorge** zugeordnet werden können und die zudem der erwerbswirtschaftlichen Betätigung außerhalb der Daseinsvorsorge nicht völlig untergeordnet sind.

Fall: Die Ast. beehrte im Wege einer einstweiligen Anordnung von der Ag. die Unterlassung des Erwerbs von Eigentum an zwei Grundstücken. Die Ast. ist ein überwiegend als Bauträgerin tätiges Wohnungsbaunternehmen. Die Beigel., eine gemeinnützige Gesellschaft, ist Eigentümerin zweier Grundstücke in zentraler Lage in Baden-B. (FlSt.-Nrn. X. und Y.). Für diese im unbepflanzten Innenbereich gelegenen Grundstücke besteht derzeit noch keine Bauleitplanung der Ag.; es wurde lediglich ein Aufstellungsbeschluss für einen Bebauungsplan gefasst. Seit dem Frühjahr 2011 suchte die Beigel. Käufer für ihre Grundstücke, um mit dem Kaufpreis den Neubau eines von ihr betriebenen Pflegeheims in Baden-B.-O. zu ermöglichen. Neben der Ast. meldete auch die Ag. Interesse an diesen Grundstücken an. Mit notariellem Kaufvertrag vom 14.10.2011 erwarb die Z.-oHG von der Beigel. die streitigen Grundstücke zu einem Kaufpreis von 5, 66 Mio. Euro. Ein Kaufangebot der Ast. über zuletzt 6, 3 bzw. 6, 6 Mio. Euro nahm die Beigel. nicht an. Bei der Käuferin handelt es sich um einen Zusammenschluss zwischen der Gesellschaft für Stadterneuerung und Stadtentwicklung Baden-B.-mbH (im Folgenden: GSE), die zu 100 % von der Ag. gehalten wird, und der Privatfirma A.-GmbH & Co. KG. Der geänderte Gesellschaftsvertrag vom 13.10.2011 sieht – neben einer Umbenennung in Z.-oHG – als Gesellschaftszweck u. a. den Erwerb der streitigen Grundstücke sowie die städtebauliche Entwicklung, die Errichtung von Gebäuden, die ganze oder teilweise Aufteilung nach dem WEG und den Verkauf – auch als Bauträger i. S. von § 34 c GewO – auf diesem Grundbesitz vor. Die Ag. und die A.-GmbH & Co. KG sind an der Gesellschaft jeweils mit einer Einlage von 50 000 Euro beteiligt (vgl. § 4). Gesellschafterbeschlüsse werden gem. § 7 des Gesellschaftervertrags einstimmig gefasst; die Geschäftsführung der Gesellschaft erfolgt durch alle Gesellschafter gemeinschaftlich (§ 8). Am 10.10.2011 hat die Ast. beim VG einen zulässigen Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung gestellt und hat beantragt, der Ag. im Wege der einstweiligen Anordnung aufzugeben, es zu unterlassen, Maßnahmen zu ergreifen, die darauf gerichtet sind, dass sie selbst oder ein Unternehmen, an dem sie unmittelbar oder mittelbar über eine von ihr beherrschte Gesellschaft beteiligt ist, Eigentum an den Grundstücken FlSt.-Nrn. X., Y. der Gemarkung Baden-B. erwirbt. Bestehen Anordnungsanspruch und Anordnungsgrund?

I. Anordnungsanspruch

Ein Anordnungsanspruch könnte sich aus § 102 I Nr. 3 BadWürttGO ergeben.

Diese Vorschrift bestimmt, dass die **Gemeinde** ungeachtet der Rechtsform **wirtschaftliche Unternehmen** nur errichten, übernehmen, wesentlich erweitern oder sich daran beteiligen darf, wenn bei einem **Tätigwerden außerhalb der kommunalen Daseinsvorsorge** der **Zweck nicht ebenso gut und wirtschaftlich durch einen privaten Anbieter** erfüllt wird oder erfüllt werden kann (sog. qualifizierte Subsidiaritätsklausel).

1. Tätigkeit außerhalb der Daseinsvorsorge

Zunächst könnte es sich bei der Tätigkeit des Unternehmens, an dem die Gemeinde beteiligt ist, um eine Tätigkeit im Rahmen der Daseinsvorsorge handeln.

Wird eine Kommune im Rahmen der Daseinsvorsorge tätig, handelt sie im Kernbereich des ihr verfassungsrechtlich gewährleisteten Selbstverwaltungsrechts.

*„In diesem Bereich soll im Rahmen der insoweit unverändert fortbestehenden gesetzlichen Vorgaben auch unter Geltung der durch das Gesetz vom 01.12.2005 (BadWürttGBl S. 705) eingeführten qualifizierten Subsidiaritätsklausel die bisher bestehende **Handlungsfreiheit erhalten bleiben** (vgl. LT-Dr 13/4767, S. 9). Durch die Freistellung der Gemeinden von der Subsidiaritätsklausel im Rahmen der Daseinsvorsorge wird der Selbstverwaltungsgarantie gerade mit Blick darauf Rechnung getragen, dass die Daseinsvorsorge zu dem von Art. 28 II GG geschützten Kernbereich gehört.“ (VGH Mannheim aaO)*

a) Begriff der Daseinsvorsorge

Eine Legaldefinition des Begriffs der Daseinsvorsorge enthält die Gemeindeordnung nicht.

„Nach der Vorstellung des Gesetzgebers ist der Begriff **relativ weit zu verstehen** und umfasst nicht nur die klassischen Versorgungs- und Entsorgungsbereiche wie die Wasser- und Energieversorgung, die Abfallentsorgung und die Abwasserbeseitigung. Vielmehr fallen unter den Begriff der Daseinsvorsorge, jeweils grds. bezogen auf den örtlichen Wirkungskreis, „unstreitig z. B.

- die **Stadtplanung und Stadtentwicklung**,
- der **soziale Wohnungsbau**,
- die **kommunale Wirtschaftsförderung** in Form der Bereitstellung der notwendigen Infrastruktur,
- Maßnahmen im Zusammenhang mit der **kommunalen Sozial- und Jugendhilfe**,
- das **Krankenhauswesen**,
- die **Förderung von Kultur, Bildung und Sport**,
- der öffentliche **Personennahverkehr**,
- die **Wasser- und Energieversorgung** sowie die kommunale Entsorgungswirtschaft (Abfall und Abwasser).“

Mit Blick auf den **Zweck der Ausnahme**, die wirtschaftliche Betätigung der Gemeinden in dem durch die institutionelle Garantie des Art. 28 II GG und des Art. 71 BadWürttVerf. verfassungsrechtlich geschützten Umfang zu sichern, ist aber jeweils zu prüfen, ob die **wirtschaftliche Betätigung im konkreten Fall tatsächlich** in einem vom kommunalen Selbstverwaltungsrecht **geschützten Bereich** erfolgt. Der Begriff der Daseinsvorsorge ist dabei nicht auf Maßnahmen beschränkt, die für das Leben und Zusammenleben der Bürger in einer kommunalen Gemeinschaft existenziell notwendig sind. Auf der anderen Seite ist zu beachten, dass die **Gemeinden der Privatwirtschaft nicht ohne Not schrankenlos Konkurrenz machen** sollen. Ziel der verschärften Subsidiaritätsklausel ist es, die wirtschaftliche Betätigungsgarantie der Gemeinden begrenzt zu Gunsten der Privatwirtschaft zurückzunehmen (Kunze/Bronner/Katz, BadWürttGO, 4. Aufl., § 102 Rn. 41). Angesichts dieser „**mittleren Linie**“ des Gesetzgebers im Verhältnis der Privat- zur Kommunalwirtschaft verbietet sich eine Auslegung, bei der für die Subsidiaritätsklausel **kein nennenswerter Anwendungsbereich** verbleibt. Ausgehend von der gesetzgeberischen Zielsetzung für die Klausel und der historisch gewachsenen Kommunalwirtschaft ist auf der Grundlage einer interessenabwägenden, die Belange der Privat- und der Kommunalwirtschaft gleichermaßen berücksichtigenden Betrachtungsweise zu bewerten und zu entscheiden, ob eine wirtschaftliche Betätigung unter den Begriff der Daseinsvorsorge fällt (ebenso: Kunze/Bronner/Katz, Rn. 42; ähnlich Werner, NVwZ 2001, 712; für eine deutlich engere Auslegung der Ausnahme: Hoppe/Uechtritz/Reck, 3. Aufl., § 6 Rn. 91).“ (VGH Mannheim aaO)

b) Vorliegen von Daseinsvorsorge

Vor diesem Hintergrund stellt sich daher die Frage, ob das Tätigkeitsfeld der Z-oHG dem Bereich der Daseinsvorsorge zuzuordnen ist, bei es auf den Schwerpunkt der Tätigkeit ankommt.

„Ist die Tätigkeit eines solchen Unternehmens schwerpunktmäßig der Daseinsvorsorge zuzuordnen, kann es in Betracht kommen, damit verbundene **untergeordnete Tätigkeiten**, die bei isolierter Betrachtung nicht als Tätigkeiten auf dem Gebiet der Daseinsvorsorge angesehen werden könnten, noch als **Annex oder sinnvolle Abrundung der Daseinsvorsorge** zuzuordnen. Lässt sich demgegenüber bereits der Tätigkeitsschwerpunkt nicht der Daseinsvorsorge zuordnen, so wird regelmäßig die gesamte Tätigkeit an der Subsidiaritätsklausel des § 102 I Nr. 3 BadWürttGO zu messen sein, auch wenn einzelne untergeordnete Tätigkeiten einen gewissen Bezug zur Daseinsvorsorge aufweisen.“ (VGH Mannheim aaO)

c) Schwerpunkt der Tätigkeit der Z.-oHG

Der Schwerpunkt ihrer Tätigkeit liegt bei objektiver Betrachtung im **Erwerb** der streitgegenständlichen Grundstücke, der **Errichtung von Gebäuden** auf diesen Grundstücken, der **Aufteilung nach dem WEG und dem Verkauf** – auch als Bauträger i. S. von § 34 c GewO – der zu errichtenden Wohneinheiten.

„Hierbei handelt es sich um eine **erwerbswirtschaftliche Betätigung**, die sich in nichts von der eines beliebigen privaten Bauträgers unterscheidet. Eine solche Tätigkeit kann **nur dann** dem Begriff der **Daseinsvorsorge** zugeordnet werden, wenn die Art der **Bebauung Zwecken der Daseinsvorsorge dient**. Dies wäre etwa der Fall, wenn auf den Grundstücken **öffentliche Einrichtungen oder Einrichtungen der Wasser- und Energieversorgung** errichtet werden sollten. Bei Verfolgung derartiger Zwecke hätte die Gemeinde auch – bei entsprechender Festsetzung in einem Bebauungsplan – ein Vorkaufsrecht nach § 24 I 1 Nr. 1 BauGB. Auch eine **Bebauung mit Sozialwohnungen** oder die **Schaffung von Wohnraum für Personengruppen mit besonderem Wohnbedarf** (vgl. § 9 I Nr. 8

*BauGB), die auf dem freien Wohnungsmarkt besondere Schwierigkeiten haben, mag unter den Begriff der Daseinsvorsorge subsumiert werden können. Hier geht es jedoch um den **Bau von Wohnungen für den gehobenen Wohnbedarf**. Zielgruppe auf Käuferseite sind Personen, deren Wohnbedürfnisse typischerweise durch die Privatwirtschaft adäquat befriedigt werden.“ (VGH Mannheim aaO)*

Fraglich ist, ob sich etwas anderes daraus ergibt, dass Gesellschaftszweck ausweislich des Gesellschaftsvertrags auch die städtebauliche Entwicklung auf den beiden Grundstücken ist.

*„Zwar lässt sich die Stadtplanung und Stadtentwicklung abstrakt dem Begriff der Daseinsvorsorge zuordnen. Die Anwendung des § 102 I Nr. 3BadWürttGO ist jedoch nur dann ausgeschlossen, wenn das wirtschaftliche Unternehmen, an dem die Gemeinde beteiligt ist, **tatsächlich Tätigkeiten auf dem Gebiet der Daseinsvorsorge entfaltet**. Fehlt es im konkreten Einzelfall an Tätigkeiten von einigem Gewicht, die der Daseinsvorsorge zugeordnet werden können und die zudem der erwerbswirtschaftlichen Betätigung nicht völlig untergeordnet sein dürfen, so kann die **bloße Benennung der städtebaulichen Entwicklung als Gesellschaftszweck** die Anwendung der Subsidiaritätsklausel nicht ausschließen.*

*Die Möglichkeit der Ag., über die Beteiligung an der Z.-oHG den Zeitpunkt der Weiterveräußerung der geplanten Wohnungen zu steuern und durch eine eigene Preisgestaltung regulierend in das Marktgeschehen einzugreifen, wäre nur dann der Daseinsvorsorge zuzuordnen, wenn es sich um Sozialwohnungen oder Wohnungen für Personengruppen mit besonderem Wohnbedarf handeln würde. Geht es demgegenüber – wie hier – um Wohnungen für den gehobenen Wohnbedarf, **dienen Eingriffe in das Marktgeschehen nicht der Daseinsvorsorge**.“ (VGH Mannheim aaO)*

Nach alledem lässt sich keine der von der Z.-oHG zu erbringenden Tätigkeiten der Daseinsvorsorge zuordnen.

2. Zweckerfüllung durch privaten Anbieter nicht ebenso gut und wirtschaftlich möglich

Da eine der Daseinsvorsorge zuzuordnende Tätigkeit der Z.-oHG nicht feststellbar ist, greift die qualifizierte Subsidiaritätsklausel und die wirtschaftliche Betätigung der Ag. ist nur zulässig, wenn der mit der Beteiligung an der Z.-oHG verfolgte Zweck nicht ebenso gut und wirtschaftlich durch einen privaten Anbieter erfüllt wird oder erfüllt werden kann.

*„Im Anwendungsbereich des § 102 I Nr. 3 BadWürttGO hat die Gemeinde ein sog. **Markterkundungsverfahren** durchzuführen, d. h. sie hat die relevanten Marktgegebenheiten im Hinblick auf Vorhandensein, Leistungsfähigkeit und Effizienz privater Anbieter zu prüfen und einen konkreten Vergleich zwischen der Leistungserbringung durch ein kommunales Unternehmen und einen privaten Anbieter anzustellen (vgl. Kunze/Bronner/Katz, § 102 BadWürttGO, Rn. 41). Einen derartigen **Leistungsvergleich** hat die Ag. **nicht vorgenommen**. Vielmehr argumentiert sie wiederum damit, dass die Gefahr bestünde, dass ein privater Dritter Baurechte durchsetze, die den öffentlichen Interessen zuwider liefen. Diese Gefahr besteht jedoch, wie bereits ausgeführt wurde, bei realistischer Betrachtung nicht, wenn die Ag. von dem **Instrumentarium der Bauleitplanung** zweckentsprechenden Gebrauch macht. Auch das Risiko der Anfechtung eines Bauplanungsplans durch einen privaten Dritten ist von der Ag. hinzunehmen und muss im Rahmen des Leistungsvergleichs unberücksichtigt bleiben.“ (VGH Mannheim aaO)*

Im vorliegenden Fall wird die Ag., vermittelt über ihre Beteiligung an der Z.-oHG, außerhalb der kommunalen Daseinsvorsorge tätig. Die Z.-oHG kann den verfolgten Zweck auch nicht besser und wirtschaftlicher erfüllen, als dies ein privater Anbieter könnte. Es besteht daher ein Anordnungsanspruch

II. Anordnungsgrund

Ein Anordnungsgrund liegt vor, wenn ein Bedürfnis nach vorläufiger Sicherung während des Interimszeitraums bis zur rechtskräftigen Entscheidung im Hauptsacheverfahren besteht.

*„Zwar besteht die wechselseitige Verpflichtung zur Auflassung und Bewilligung der Eintragung erst nach vollständiger Begleichung des Kaufpreises, die bislang nicht erfolgt ist. Nach dem vertraglichen Ratenplan dürften bislang erst zwei Kaufpreistraten geflossen sein; die dritte Rate wird zum 01.01.2013 und die letzte Rate bei vertragsgerechter Räumung und Übergabe zur Zahlung fällig. Die Z.-oHG hat jedoch **jederzeit die Möglichkeit, den gesamten Restkaufpreis sofort zu bezahlen** und dadurch **zeitnah die Eigentumsübertragung** herbeizuführen, ohne dass dies für die Ast. erkennbar wäre und für sie die Möglichkeit bestünde, vor Schaffung vollendeter Tatsachen prozessual zu reagieren. In dieser Situation ist ein **Bedürfnis nach vorläufiger Sicherung** anzuerkennen.“ (VGH Mannheim aaO)*

III. Ergebnis: Anordnungsanspruch und Anordnungsgrund für eine Sicherungsanordnung liegen vor, so dass der Antrag begründet und eine einstweilige Anordnung nach § 123 I 1 VwGO ergehen wird.

Kurzauslese I

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

BGB **BGB**
§§ 195, 197 I Nr.2 **Rückforderung unentgeltlicher Zuwendungen**
Verjährung

(OLG Köln in FamRZ 2013, 822; Beschluss vom 20.08.2012 – 4 UF 99/12)

Der von **Schwiegereltern** geltend gemachte **Rückforderungsanspruch** wegen Wegfalls der Geschäftsgrundlage **für an Schwiegerkinder gemachte unentgeltliche Zuwendungen entsteht mit endgültigem Scheitern der Ehe** zwischen Kind und Schwiegerkind der zuwendenden Eltern, also **spätestens mit deren rechtskräftiger Scheidung**. Ab diesem Zeitpunkt **beginnt der Lauf der dreijährigen Verjährung**. Die teilweise Änderung der Rspr. des BGH hat hierauf keinen Einfluss.

„Die Ehe des Sohnes mit der Ag. wurde mit Urteil vom 31.05.2006 rechtskräftig geschieden, so dass gem. §§ 195, 199 I Nr. 1 und 2 BGB in der damals geltenden Fassung ein möglicher Rückforderungsanspruch des Ast. spätestens mit Ablauf des Jahres 2009 verjährte.

Vorliegend galt die regelmäßige 3-jährige Verjährung nach § 195 BGB. Die Ausnahmevorschrift des § 197 I Nr. 2 BGB a. F., wonach familienrechtliche Ansprüche innerhalb von 30 Jahren verjährten, greift vorliegend nicht ein. Denn bei dem geltend gemachten Rückforderungsanspruch handelt es sich um keinen familienrechtlichen Anspruch i. S. des § 197 I Nr. 2 BGB in der damals geltenden Fassung. So war schon zum alten Rechtszustand anerkannt, dass Ansprüche zwischen Ehegatten wie auch zwischen einem Ehegatten und Schwiegereltern, die nicht familienrechtlich sind, sondern z. B. aus einem Schenkungsvertrag herrührten, keine Ansprüche familienrechtlicher Natur waren und damit innerhalb der Regelfrist des § 195 BGB verjährten. Um solche Ansprüche handelt es sich aber vorliegend, wie sich aus der neueren Rspr. des BGH ergibt, wonach unentgeltliche schwiegerelterliche Zuwendungen rechtlich als Schenkungen zu qualifizieren sind. Damit entfällt aber das Argument des Ast., dass Rechtsgrund der Zuwendung ein im Gesetz nicht geregeltes familienrechtliches Rechtsverhältnis eigener Art ist, auf die die Regelung des § 1374 II BGB analog anwendbar sei (so noch BGH NJW 1995, 1889). Damit kann auch unentschieden bleiben, ob der früher teilweise vertretenen Auffassung zu folgen ist, dass für solche „unbenannten Zuwendungen“ der Schwiegereltern die 30-jährige Verjährung galt oder die dreijährige Regelfrist, da dieser familienrechtliche Gesichtspunkt nach der neueren Rspr. des BGH für Rückforderungsansprüche nicht tragend ist (BGH FamRZ 2010, 958; BGH FamRZ 2012, 273).

Die Änderung der Rspr. des BGH zu der Rückforderungsmöglichkeit der Schwiegereltern hinsichtlich getätigter unentgeltlicher Zuwendungen an ein Schwiegerkind stellt auch keine Gesetzesänderung mit der Folge dar, dass bis zu diesem Zeitpunkt von einem familienrechtlichen Anspruch auszugehen wäre. Die Gesetzeslage hat sich nicht geändert; geändert hat sich lediglich die rechtliche Beurteilung des vorgegebenen Sachverhalts unter einem einzigen Gesichtspunkt bei gleichbleibender Gesetzeslage. Güterrechtliche Gesichtspunkte können der Geltendmachung eines Rückforderungsanspruchs hinsichtlich der schwiegerelterlichen Zuwendung im Rahmen der Zumutbarkeitsprüfung durch das erstattungspflichtige Schwiegerkind nicht mehr entgegengesetzt werden. Zutreffend weist die Ag. darauf hin, dass es dem Ast. frei stand, den Anspruch spätestens ab rechtskräftiger Scheidung des Sohnes geltend zu machen. Ob die Klage unter dem Blickwinkel der damaligen BGH-Rspr. Aussicht auf Erfolg gehabt hätte, kann für die richtige Beurteilung des Anspruchs und die sich hieraus ergebende Verjährungsfrage daher nicht von Belang sein.

Mit endgültigem Scheitern der Ehe des Sohnes - also spätestens mit Rechtskraft der Scheidung - war der mögliche Rückforderungsanspruch entweder unter dem Gesichtspunkt des Wegfalls der für die Schenkung maßgeblichen Geschäftsgrundlage oder wegen Zweckfortfalls unter bereicherungsrechtlichen Gesichtspunkten entstanden.“ (BGH aaO)

BGB **BGB**
§§ 164, 985 **Eigentumserwerb**
Veräußerung eines unterschlagenen Kraftfahrzeugs

(BGH in BB 2013, 1281; Urteil vom 01.03.2013 – V ZR 92/12)

Tritt der **Veräußerer eines unterschlagenen Kfz unter dem Namen des Eigentümers** auf, wird, wenn der Kauf sofort abgewickelt wird, **grds. die unter fremden Namen handelnde Person Vertragspartner** des Erwerbers und **nicht der Eigentümer**.

I. In **Lit. und Rspr.** herrschen **unterschiedliche Auffassungen** vor, wer bei dem Erwerb eines gebrauchten Kfz Geschäftspartner wird, wenn der Veräußerer unter fremden Namen auftritt:

- Eine Ansicht geht davon aus, dass dies der **Namensträger** ist. Zwar verbinde der andere Geschäftspartner mit dem Namen, unter dem gehandelt werde, zunächst keinerlei Vorstellungen. Nach Einblick in die ihm vorgelegten Papiere, die den Namensträger als den Halter des angebotenen Fahrzeuges auswiesen, sei seine Bereitschaft, das Geschäft zu tätigen, jedoch daran geknüpft, dass er es mit dem Namensträger und nicht mit einem anderen zu tun habe.

OLG Düsseldorf NJW 1985, 2484; OLG Koblenz NJW-RR 2011, 555; ähnlich OLG Celle MDR 2007, 48; juris-PK-BGB/Gehrlein-Weinland, 6. Aufl., § 164 Rn 29.1.; Palandt/Ellenberger, BGB, 72. Aufl., § 164 Rn 11

- Demgegenüber stellt eine andere Ansicht die Überlegung in den Vordergrund, dass der Geschäftspartner weder den Handelnden noch den Namensträger gekannt habe. Er gehe daher davon aus, dass sein **Gegenüber** sein **Geschäftspartner** sei. Zwar halte er diesen für den Namensträger. Dies ändere aber nichts

an der Vorstellung, dass der tatsächlich Handelnde der Geschäftspartner sei. Eine andere Beurteilung sei nur gerechtfertigt, wenn dem Anderen der Name so wichtig gewesen sei, dass er das Geschäft nur mit dem Namensträger habe abschließen wollen. Davon könne jedoch angesichts des **Bargeschäftscharakters eines typischen Gebrauchtwagenverkaufs** keine Rede sein. Es **fehle an der Identitätstäuschung des Veräußerers**.

OLG Düsseldorf NJW 1989, 906; BeckOK-BGB/Valentini, Stand: 1. November 2012, § 164 Rn 33; Jauernig, BGB, 14. Aufl., § 177 Rn 8; MüKo-BGB/Schramm, 6. Aufl., § 164 Rn 43; NK BGB/Stoffels, 2. Aufl., § 164 Rn 72; Soergel/Leptien, BGB, 13. Aufl., § 164 Rn 25; Reinking/Eggert, Der Autokauf, 11. Aufl., Rn 4737; Giegerich NJW 1986, 1975; Mittenzwei NJW 1986, 2472; Holzhauser JuS 1997, 43

- II. **BGH aaO** entscheidet diese Streitfrage dahingehend, dass **allein das Auftreten des Veräußerers** unter dem aus den Fahrzeugpapieren ersichtlichen Namen noch **nicht zur Annahme führt, Kaufvertrag** und - hier von Interesse - die **dingliche Einigung** seien **mit dem Namensträger** zustande gekommen.

*„Zutreffend ist zwar, dass bei einer Übereinstimmung des Namens des Veräußerers mit den Eintragungen in den Fahrzeugpapieren der Erwerber - vorbehaltlich anderweitiger Anhaltspunkte - auf die Eigentümerstellung des Veräußerers vertrauen kann, während ihn bei einer Abweichung im Rahmen des § 932 II BGB Erkundigungspflichten nach den bestehenden Eigentumsverhältnissen treffen (BGHZ 68, 323; BGH NJW 1992, 310). Daraus kann aber noch nicht darauf geschlossen werden, dass der Käufer das Fahrzeug stets nur von dem Träger des aus den Fahrzeugpapieren ersichtlichen Namens, mithin von dem tatsächlichen Eigentümer, erwerben will. Für den Erwerber ist grds. die Übereinstimmung der Namen des Veräußerers und des aus dem Fahrzeugbrief ersichtlichen Halters von Belang, nicht aber die **hinter dem Namen stehende Person**. Gibt sich der Veräußerer eines unterschlagenen Kraftfahrzeuges unter Vorlage der Fahrzeugpapiere als dessen Eigentümer aus, so begründet dies allein noch **keine Identitätsvorstellung des Erwerbers**, hinter der die Person des verhandelnden Veräußerers zurücktritt (Soergel/Leptien, BGB, 13. Aufl., § 164 Rn 25). Von einer Identitätsvorstellung des Erwerbers kann vielmehr nur ausgegangen werden, wenn der Namensträger für den Erwerber eine besondere Bedeutung hatte. Ein solcher Ausnahmefall, der bspw. in Betracht käme, wenn kein sofortiger Leistungsaustausch stattfindet oder wenn es sich bei dem Verkäufer um eine bekannte Persönlichkeit handelt, liegt hier jedoch nicht vor.“ (BGH aaO)*

BGB
§§ 439, 440

Rücktrittsrecht des Käufers Nach misslungenem Nachbesserungsversuch

BGB

(OLG Saarbrücken in BB 2013, 1300; Urteil vom 18.04.2013 – 4 U 52/12-16)

Ein **Recht des Käufers zum Rücktritt ohne Gewährung eines zweiten Nachbesserungsversuchs** kann zu bejahen sein, wenn dem Verkäufer **beim ersten Nachbesserungsversuch gravierende Ausführungsfehler** unterlaufen oder dieser Nachbesserungsversuch von vornherein nicht auf eine nachhaltige, sondern nur eine **provisorische Mängelbeseitigung** angelegt war.

*„Einer Fristsetzung zur Nachbesserung bedarf es u. a. dann nicht, wenn diese dem Käufer unzumutbar ist (§ 440 S. 1 Fall 3 BGB). Das gilt erst Recht, wenn der Käufer dem Verkäufer einen ersten Nachbesserungsversuch gewährt hat und es dem Käufer **aufgrund bestimmter Umstände unzumutbar ist, einen zweiten Versuch zu gestatten**. Dazu genügt es aber noch nicht, dass der erste Nachbesserungsversuch nicht erfolgreich war. Da der Verkäufer gem. § 439 I BGB eine **nachhaltige Nachbesserungsmaßnahme** schuldet, muss allerdings bereits der erste Nachbesserungsversuch, auch wenn er im Ergebnis fehlschlägt, sachgemäß sein. Ein Recht des Käufers zum Rücktritt ohne Gewährung eines zweiten Nachbesserungsversuchs kann demnach zu bejahen sein, wenn dem Verkäufer beim ersten Nachbesserungsversuch **gravierende Ausführungsfehler** unterlaufen oder dieser Nachbesserungsversuch von vornherein nicht auf eine nachhaltige, sondern nur eine **provisorische Mängelbeseitigung** angelegt war (OLG Hamm NJW-RR 2011, 1423; Palandt/Weidenkaff, § 440 Rn 8).“ (OLG Saarbrücken aaO)*

StGB
§ 129a V 2

Werben für eine terroristische Vereinigung Abgrenzung zu Sympathiewerbung

StGB

(BGH in NStZ 2013, 171; Beschluss vom 19.07.2012 – 3 StR 218/12)

Die Annahme von **Werben i. S. v. § 129a V 2 StGB** erfordert zunächst eine **Gedankenäußerung**, die sich nach dem Verständnis des Adressaten als **Werbung zugunsten einer konkreten terroristischen Vereinigung** darstellt. Ein **allgemein gefasster Aufruf**, sich an nicht näher gekennzeichneten terroristischen Aktivitäten zu beteiligen, **reicht für den hiernach notwendigen Organisationsbezug nicht aus**. Auch die Aufforderung, sich dem „Jihad“ anzuschließen, genügt für sich genommen nicht.

*„Dieser Begriff [steht] nicht allein für den Kampf einer oder mehrerer bestimmter terroristischer Vereinigungen, sondern für eine Vielzahl von islamistischen Aktivitäten, selbst wenn diese nicht durch terroristische Vereinigungen unternommen werden. Etwas anderes kann für den Aufruf zum „Jihad“ nur gelten, wenn er durch eine Person vorgenommen wird, die eine Vereinigung derartig herausgehoben repräsentiert, dass sich allein daraus ausreichend konkret ergibt, die Aufforderung gelte zu allererst oder zumindest auch zu Gunsten der repräsentierten Vereinigung (BGH aaO). Allein der Umstand, dass die „Medienstelle“ einer bestimmten terroristischen Vereinigung eine Veröffentlichung in ihr Angebot aufnimmt, verleiht andererseits einem darin enthaltenen allgemeinen Aufruf zur Teilnahme am „Jihad“ regelmäßig noch nicht den **Erklärungswert**, dies solle gerade auf Seiten dieser terroristischen Vereinigung geschehen. Denn solche Angebote umfassen erfahrungsgemäß oft nur schwer überschaubare Mengen propagandistischer und radikalreligiöser Materials.“ (BGH aaO)*

StGB
§ 177 I Nr. 1 u. 2, II 2 Nr. 1

Vergewaltigung

StGB

Ausnutzen vorangegangener Gewalt

(BGH in NSTz 2013, 279; Beschluss vom 16.10.2012 – 3 StR 385/12)

Der **Tatbestand der Vergewaltigung** ist nicht bereits dann erfüllt, wenn das **Opfer** auf Grund der früher zu anderen Zwecken angewendeten Gewalt oder ausgesprochenen Drohung **noch Angst empfindet**, der **Täter dies erkennt** und zur Umsetzung seiner nunmehr gefassten Absichten **ausnutzt, ohne ausdrücklich oder konkludent** unter Bezugnahme auf die ursprüngliche Gewalt oder Drohung eine **neue Drohung** zum Ausdruck zu bringen.

„Das angewendete **Nötigungsmittel muss** nach dem Willen des Täters **der Herbeiführung der sexuellen Handlung und ihrer Durchführung tatsächlich dienen**, mithin „final“ **verknüpft** sein. **Vorausgegangene Gewalt**, die der Täter ursprünglich aus anderen Gründen angewendet hatte, kann zwar später in der Weise als Drohung **aktualisiert** werden, dass der Täter durch sein Verhalten **ausdrücklich oder zumindest konkludent zum Ausdruck bringt**, er werde die **Gewaltanwendung wiederholen**, sollte ihm das Opfer nunmehr nicht sexuell zu Willen sein. Nur wenn das Opfer auf eine solche **aktuelle Drohung hin vom Widerstand gegen das sexuelle Ansinnen absieht** und der Täter dies **zumindest für möglich hält und billigend in Kauf nimmt**, sind die tatbestandlichen Voraussetzungen des § 177 I Nr. 2 StGB erfüllt. Dies gilt in gleicher Weise, wenn der Täter zunächst zu anderen Zwecken zwar keine Gewalt verübt, aber mit **Gefahr für Leib oder Leben des Opfers gedroht** hatte (vgl. BGH NSTz-RR 2003, 42; BGH BGHR StGB § 177 I Drohung 8). Demgegenüber genügt es nicht, dass das Opfer aufgrund der früher zu anderen Zwecken angewendeten Gewalt oder ausgesprochenen Drohung **noch Angst empfindet**, der **Täter dies erkennt** und zur Umsetzung seiner nunmehr gefassten Absichten **ausnutzt, ohne indes ausdrücklich oder konkludent unter Bezugnahme auf die ursprüngliche Gewalt oder Drohung eine neue Drohung zum Ausdruck zu bringen** (vgl. BGH NSTz 2005, 268).“ (BGH aaO)

StGB
§ 244 I Nr. 3

Gefährliche Körperverletzung

StGB

Hinterlistiger Überfall

(BGH in NSTz-RR 2013, 173; Urteil vom 18.04.2013 – 4 U 52/12-16)

Ein **hinterlistiger Überfall i.S. des § 224 I Nr. 3 StGB** liegt nicht schon dann vor, wenn der **Täter** lediglich einen **Überraschungsmoment zur Tatbegehung ausnutzt**.

„Ein Überfall ist nach st. Rspr. des BGH nicht schon dann hinterlistig, wenn der Täter für den Angriff auf das Opfer das Moment der Überraschung ausnutzt, etwa indem er plötzlich von hinten angreift. **Hinterlist setzt vielmehr voraus, dass der Täter planmäßig** in einer auf Verdeckung seiner wahren Absicht berechneten Weise **vorgeht**, um dadurch dem Gegner die **Abwehr des nicht erwarteten Angriffs zu erschweren** und die **Vorbereitung auf seine Verteidigung nach Möglichkeit auszuschließen** (vgl. BGH NSTz 2012, 698 m. w. Nachw.; Fischer, StGB, 60. Aufl., § 224 Rn 10).“ (BGH aaO)

StGB
§ 263

Banden- und gewerbsmäßiger Betrug

BGB

Mittäterschaft und Beihilfe

(BGH in StV 2013, 386; Beschluss vom 14.11.2012 – 3 StR 403/12)

Schließen sich mehrere Täter zu einer Bande zusammen, um fortgesetzt Straftaten nach den §§ 263 bis 264 oder 267 bis 269 StGB zu begehen, hat die **bloße Verbindung zu einer Bande nicht zur Folge, dass jedes** von einem der Bandenmitglieder aufgrund der Bandenabrede **begangene Betrugsdelikt den anderen Bandenmitgliedern** ohne Weiteres **als gemeinschaftlich begangene Straftat** i. S. des § 25 Abs. 2 StGB **zugerechnet werden kann**.

„Vielmehr ist für jede einzelne Tat nach den **allgemeinen Kriterien** festzustellen, ob sich die anderen Bandenmitglieder hieran als **Mittäter, Anstifter oder Gehilfen beteiligt** oder ob sie ggf. überhaupt keinen strafbaren **Tatbeitrag geleistet** haben. **Mitglied einer Bande kann auch derjenige sein, dessen Tatbeiträge sich nach der Bandenabrede auf Beihilfehandlungen beschränken**. Die Abgrenzung zwischen Mittäterschaft an bzw. Beihilfe zu der jeweiligen Einzeltat ist in wertender Betrachtung unter Berücksichtigung aller Umstände vorzunehmen, die von der **Vorstellung des jeweiligen Bandenmitglieds** umfasst sind. Maßgeblich sind dabei insbes. **sein Interesse an der Durchführung der Tat** sowie der **Umfang seiner Tatherrschaft** oder jedenfalls sein Wille, Tatherrschaft auszuüben, d.h. ob objektiv oder jedenfalls aus seiner Sicht die Ausführung der Tat wesentlich von seiner Mitwirkung abhängt (st. Rspr.; vgl. nur BGH NSTz-RR 2003, 265 m. w. Nachw.).

Wirkt ein Täter an einzelnen Taten anderer Täter nicht mit, sondern erschöpfen sich seine Tatbeiträge hierzu im Aufbau und in der Aufrechterhaltung eines auf Straftaten ausgerichteten Geschäftsbetriebs, sind diese Tathandlungen als - uneigentliches - Organisationsdelikt zu einer einheitlichen Tat i. S. des § 52 I StGB **zusammenzufassen** (st. Rspr.; vgl. BGH wistra 2008, 181, 182 m. w. Nachw.), ohne dass die Annahme banden- und gewerbsmäßiger Begehung dadurch berührt würde. Ob die anderen Täter die einzelnen Delikte ggf. **tatmehrheitlich begangen** haben, ist ohne Bedeutung (vgl. BGHSt 49, 177).“ (BGH aaO)

GG
Art. 34

Entschädigungsanspruch des Vermieters

GG

Polizeiliche Durchsuchung einer Mietwohnung

(BGH in ZAP 2013, 504 = NJW 2013, 1736; Urteil vom 14.03.2013 – III ZR 253/12)

- I. Dem **Vermieter einer Wohnung** steht für **Schäden, die im Zuge einer rechtmäßigen Durchsuchung der Wohnung im Rahmen eines strafrechtlichen Ermittlungsverfahrens gegen den Mieter verursacht** worden sind, grds. ein **Anspruch aus enteignendem Eingriff** zu. Dabei kommt es abgesehen von Bagatellfällen auf die Höhe des aus einer Substanzverletzung der Mietwohnung resultierenden Schadens nicht an, ebenso wenig wie es eine Rolle spielt, ob dem Vermieter möglicherweise Schadensersatzansprüche gegen seinen Mieter zustehen.

„Das **Eigentum** des Kl. wurde **für Zwecke der Strafverfolgung und damit im öffentlichen Interesse in Anspruch genommen**. Der Kl. wurde einem **staatlichen Eingriff** ausgesetzt, der ihn **anders als andere Eigentümer zu einer Aufopferung im öff-**

fentlichen Interesse zwang. Hierbei handelt es sich **nicht um das allgemeine Lebensrisiko eines Vermieters**, das deshalb immer von diesem zu tragen ist.“ (BGH aaO)

- II. Allerdings kann nach der **Senats-Rspr.** von dem **Abverlangen eines Sonderopfers im öffentlichen Interesse** und damit einem gleichheitswidrigen, entschädigungspflichtigen staatlichen Verhalten regelmäßig keine Rede sein, **wenn** sich der nachteilig **Betroffene freiwillig in eine gefährliche Situation begeben** hat, deren Folgen dann letztlich von ihm herbeigeführt und grds. selbst zu tragen sind (vgl. etwa BGHZ 17, 172 = NJW 1955, 1109; BGHZ 31, 1 = NJW 1960, 97; BGHZ 37, 44 = NJW 1962, 1439; BGH NJW 1976, 1204).

So hat der BGH etwa demjenigen, der schuldhaft den Anschein einer polizeilichen Gefahr hervorgerufen hat, keinen Anspruch aus enteignendem Eingriff für die aus der polizeilichen Maßnahme resultierenden Folgen zugebilligt, weil nicht in die Rechtssphäre eines Unbeteiligten eingegriffen worden sei, sondern der Betroffene, wenn auch nicht für eine objektive Gefahr, aber doch für eine Sachlage verantwortlich sei, die eine Pflicht der Polizei zum Eingreifen begründet habe, so dass er nicht als unbeteiligter Dritter angesehen werden könne (vgl. BGHZ 5, 144 = NJW 1952, 586).

„Allgemein ging es in der Senats-Rspr. insoweit um Sachverhalte, in denen jedenfalls der **Konflikt zwischen den privaten und öffentlichen Interessen** infolge eines Verhaltens des Betroffenen eintrat, welches im Hinblick auf die nachteiligen Einwirkungen rechtlich nicht geschützt war. Der Eigentümer darf nicht durch eigenes Verhalten, auch wenn dieses rechtlich erlaubt ist, einen vorher noch nicht vorhandenen Interessenkonflikt aktiviert haben; in diesem Fall sind die Folgen regelmäßig seiner Sphäre zuzuordnen und stellen kein gleichheitswidriges Sonderopfer dar (vgl. etwa BGHZ 129, 124 = NJW 1995, 1823 zur Errichtung eines Wohnhauses im Einflussbereich eines Militärflugplatzes).

Hiermit ist der Fall der Vermietung aber regelmäßig nicht zu vergleichen (i. Erg. ebenso OLG Celle GE 2012, 1638). Von einer freiwilligen Übernahme einer Gefahr kann nicht allein im Hinblick auf den Umstand gesprochen werden, dass sich ein Eigentümer durch die Vermietung der eher entfernt liegenden, wenn auch nicht vollständig auszuschließenden Gefahr aussetzt, dass sein Mieter straffällig wird und es im Zuge strafprozessualer Maßnahmen gegen den Mieter zu Beschädigungen der Wohnung kommt. Die **Vermietung einer Wohnung ist ein sozial adäquates, ja sozial erwünschtes Verhalten, das im Normalfall die Gefahr strafbaren Verhaltens der Bewohner weder begünstigt noch gar hervorruft**. Daher stehen die Vermietung und das den Polizeieinsatz auslösende strafbare Verhalten des Mieters grds. völlig unabhängig und selbstständig nebeneinander. Der Vermieter verliert nicht im enteignungsrechtlichen Sinn durch die bloße Vermietung seine Stellung als unbeteiligter Dritter mit der Folge, dass strafprozessuale Maßnahmen gegen den Mieter seiner Sphäre zuzuordnen wären. Daran ändert sich grds. auch nichts, wenn der Mieter im Rahmen seines strafbaren Verhaltens Gegenstände – etwa Diebesgut oder wie hier Betäubungsmittel – in die Wohnung einbringt. Denn die Überlassung der Wohnung durch den Vermieter erfolgt zum vertragsgemäßen Gebrauch; hierfür zahlt der Mieter den Mietzins.

Letzterer ist gerade **keine Gegenleistung für vertragswidrige Verhaltensweisen** und rechtfertigt deshalb nicht für sich die Zuordnung von darauf zurückzuführenden Schäden zur Verantwortungssphäre des Vermieters.“ (BGH aaO)

NWJAG
§§ 47, 51 III 1, 52

Prüfungsverfahren
Chancengleichheit

PrüfR

(OVG Münster in NVwZ-RR 2013, 469; Urteil vom 20.11.2012 – 14 A 755/11)

- I. **Bevorzugt die Prüfungsbehörde einzelne Prüfungskandidaten durch die Wahl einer bestimmten Aufgabenstellung**, führt dies zu einer **Benachteiligung der anderen Prüfungskandidaten**, wenn wegen der Aufgabenstellung typischerweise damit gerechnet werden muss, dass eine **grundlegende Verfälschung der vernünftigen und gerechten Relation der Bewertungen untereinander** eintritt und damit auch die **Gefahr einer schlechteren Bewertung der Leistungen der nicht bevorzugten Mitprüflinge besteht**.

„Die **Wahl eines Prüfungsstoffes [ist] am Grundsatz der Chancengleichheit zu messen**. Dieser in Art. 3 I GG wurzelnde Grundsatz gebietet es, möglichst gleichmäßige äußere Voraussetzungen für alle Prüflinge zu schaffen und ihnen damit gleiche Erfolgchancen einzuräumen. **Jede Form der Bevorzugung oder Benachteiligung von Prüfungskandidaten ist verboten**. Beide Arten von Ungleichbehandlung sind geeignet, den Zweck der Prüfung zu vereiteln und das Prüfungsergebnis zu verfälschen (s. BVerwG NVwZ 1984, 307; BVerwG NVwZ-RR 1994, 585; BVerwG BeckRS 1996, 31232774; BFHE 189, 280 = NVwZ-RR 2000, 299).

Allein eine **rechtswidrige Bevorzugung eines Prüfungskandidaten verletzt aber grds. nicht die Rechte der nicht bevorzugten Kandidaten**. Denn auch im Prüfungsrecht gibt es **kein subjektives öffentliches Recht des einzelnen Prüflings auf Beachtung des Grundsatzes der Chancengleichheit als objektiv-rechtliches Gebot**. Die nicht bevorzugten Prüfungskandidaten können deshalb nicht rügen, entgegen dem Grundsatz der Chancengleichheit hätten andere Prüflinge rechtswidrige Vorteile gehabt (s. BFHE 189, 280 [286] = NVwZ-RR 2000, 299; BFHE 196, 470 [478] = NVwZ-RR 2002, 156; ebenso: BVerwG, Beschl. v. 3. 10. 1986 – 7 B 89/86, in: BeckRS 1986, 31246032 = Buchholz 421.0 Prüfungswesen Nr. 232 – für vom Prüfungsamt nicht verhinderte Täuschungshandlungen einzelner Prüflinge).“ (OVG Münster aaO)

- II. Eine **rechtsverletzende Benachteiligung eines Prüflings** durch eine rechtswidrige Bevorzugung von Mitprüflingen kann auch **nicht darin erblickt werden, dass die Leistung des nicht Bevorzugten im Verhältnis zu den bevorzugten Mitprüflingen schlechter erscheint**.

„Grds. sind **Prüfungsleistungen nämlich allein nach einem absoluten Maßstab ohne Rücksicht auf die Leistungen der Mitprüflinge zu bewerten**. Insbes. darf eine Prüfungsleistung nicht deshalb schlechter bewertet werden, weil andere Prüflinge bei der Bewältigung der betreffenden Aufgabe bessere Leistungen erbracht haben (s. BVerwG BeckRS 1979, 31273013; BVerwG DÖV 1974, 752; BFHE 189, 280 = NVwZ-RR 2000, 299).“ (OVG Münster aaO)

- III. Die Bevorzugung einer Prüflingsgruppe schlägt sich also nicht grds. in einer Verschlechterung der nicht bevorzugten Prüflinge nieder. Allerdings **gilt dies nicht ausnahmslos**: So liegt eine **rechtlich relevante Bevorzugung oder Benachteiligung** dann vor, wenn eine **Prüfungsbehörde in Kenntnis der Tatsache, dass die Lösung einer Arbeit einem Teil der Prüfungskandidaten bekannt ist, die Aufgabe trotzdem stellt und damit**

diese **Prüflinge gegenüber den übrigen Prüfungsteilnehmern**, die die Arbeit nicht kennen, **bevorzugt** (s. BVerwG NVwZ-RR 1994, 585).

„Ein Durchschlagen der rechtswidrigen Bevorzugung von Prüfungskandidaten auf die Rechtmäßigkeit des Prüfungsverfahrens der nicht bevorzugten Prüflingsgruppe ist nämlich dann gerechtfertigt, wenn die **gleichheitsgerechte Bewertung dieser Gruppe auch bei Anwendung des absoluten Prüfungsmaßstabs nicht mehr gesichert** wäre. Denn die Bewertung nach absolutem Maßstab wird auch durch relative Elemente mit beeinflusst. Der **besonders gute oder schlechte Ausfall einer Prüfung beeinflusst** nämlich die **Annahme des Prüfers** für diesen Termin, **wo als Basis der Notenbildung die durchschnittliche Leistung liegt**. Die Leistungen der Mitprüflinge lassen Rückschlüsse auf den Schwierigkeitsgrad einer Aufgabe zu; der Schwierigkeitsgrad beeinflusst wiederum die Notengebung. Dementsprechend ist anerkannt, dass es grds. zulässig ist, die Leistungen der anderen Prüfungsteilnehmer vergleichend heranzuziehen, um eine vernünftige und gerechte Relation der Bewertungen untereinander zu erreichen (vgl. BVerwG DÖV 1974, 752; Niehues/Fischer, PrüfungsR, 5. Aufl., Rn 534 f.).

Daher kann die Bevorzugung einzelner Prüfungskandidaten dann zu einer Benachteiligung der anderen Prüfungskandidaten führen, wenn durch die Bevorzugung die **Gefahr einer grundlegenden Verfälschung der vernünftigen und gerechten Relation der Bewertungen untereinander** und damit auch eine schlechtere Bewertung der Leistungen der nicht bevorzugten Mitprüflinge besteht. Ob dies der Fall ist, hängt von den Umständen des Einzelfalls ab. So wird es u. a. darauf ankommen, wie groß die Gruppe der Prüfungskandidaten insgesamt war bzw. wie viele Prüfungskandidaten bevorzugt wurden (vgl. BVerwGE 16, 150 = NJW 1963, 1640).

Auch kommt es bei einer Bevorzugung durch mögliche Vorkenntnisse einzelner Prüflinge vom Prüfungsfall auf die Wahrscheinlichkeit an, wie intensiv sich die Bevorzugten mit der Lösung der Prüfungsaufgabe befassen würden. Die Wahrscheinlichkeit einer bloß kursorischen Vorbefassung eines oder mehrerer Prüflinge mag eine bessere Leistung des Begünstigten hervorbringen. Dass dadurch aber die Gefahr entsteht, dass die vernünftige und gerechte Relation der Bewertungen untereinander grundlegend verfälscht wird, ist nicht anzunehmen.“ (OVG Münster aaO)

IV. **Irrelevant** für das Vorliegen eines Verstoßes gegen die Chancengleichheit aller Prüflinge ist es auch, **ob die Mitprüflinge bewusst bevorzugt wurden**.

„**Maßgeblich ist allein**, dass die **Prüfungsbehörde zurechenbar ungleiche Prüfungsbedingungen herstellt**, die die Gefahr der genannten grundlegenden Verfälschung des Gesamtleistungsbildes mit sich bringen. Es ist Aufgabe der Prüfungsbehörde, das Prüfungsverfahren mit Rücksicht auf die Grundrechtsbetroffenheit der Prüflinge **gleichheitsgerecht auszugestalten** (zur Grundrechtsrelevanz des Prüfungsrechts und der Pflicht zur Berücksichtigung dieses Umstandes im Prüfungsverfahrensrecht vgl.: BVerfGE 79, 212 = NVwZ 1989, 645; BVerfGE 84, 34 = NJW 1991, 2005; Niehues/Fischer, PrüfungsR, 5. Aufl., Rn 128).

Die Prüfungsbehörde stellt allerdings dann keine zurechenbar ungleichen Prüfungsbedingungen her, die die Gefahr der genannten grundlegenden Verfälschung des Gesamtleistungsbildes mit sich bringen, wenn ein Prüfling das „Glück“ hat, eine Aufgabe zur Bearbeitung zu erhalten, auf die er sich im Rahmen seiner Ausbildung besonders gut vorbereitet hat (s. BVerwG NVwZ 1984, 307; BVerwG NVwZ-RR 1994, 585; Niehues/Fischer, PrüfungsR, 5. Aufl., Rn 652).“ (OVG Münster aaO)

SG
§§ 14 I, 55 V

Dienstpfllichtverletzung
Tragen rechtsextremistischer Symbole

SG

(OVG Lüneburg in NVwZ-RR 2013, 475; Beschluss vom 04.12.2012 – 5 LA 357/11)

Das **Tragen von Kleidung mit rechtsextremistischen Aufdrucken** beim Dienstsport kann grds. eine **Dienstpfllichtverletzung** darstellen und eine **fristlose Entlassung aus der Bundeswehr rechtfertigen**.

„Nach der st. Rspr. des Senats handelt es sich bei der Beurteilung der **Gefährdung des Ansehens der Bundeswehr** zwar um eine nachträgliche Prognose, in deren Rahmen die **Gesamtpersönlichkeit des betr. Soldaten zu berücksichtigen** ist (vgl. OVG Lüneburg NVwZ-RR 2006, 708). Die vom dem Kl. angeführten Gesichtspunkte – ein dreieinhalb Jahre beanstandungsfrei ausgeübter Dienst sowie ein Einsatz in Afghanistan – sind indes nicht geeignet, sein **Verhalten in einem günstigeren Licht erscheinen zu lassen** und den **drohenden Ansehensverlust der Bundeswehr bei einem Verzicht auf eine Entlassung auszuschließen**. Sie entsprechen lediglich der allgemeinen Erwartung an einen Zeitsoldaten. Auch Reue sowie die Vernichtung der Kleidungsstücke gehen nicht über das hinaus, was von einem Soldaten in der Situation des Kl. – zumal angesichts der drohenden Entlassung – zu erwarten ist. Demgegenüber wiegen die gegen den Kl. sprechenden Gründe schwer. Dieser hat gegenüber der Bekl. selbst angegeben, das Trikot seit Sommer 2008 regelmäßig beim Dienstsport getragen zu haben. Es handelt sich mithin keineswegs um eine einmalige Verfehlung. Hinzu kommt, dass die Dienstpfllichtverletzung eine besondere Schwere aufweist, weil der Kl. die **Symbole der Bundeswehr** als einer Armee in einem demokratischen Rechtsstaat **mit den Kennzeichen einer rassistischen Ideologie** – und in provokativer Absicht mit einer Bezugnahme auf Adolf Hitler – **verbunden** hat.

Vor diesem Hintergrund überzeugt auch der weitere Einwand, das VG habe nicht geprüft, ob die Gefahr für das Ansehen der Bundeswehr durch eine Disziplinarmaßnahme abgewendet werden konnte, nicht. Einer solchen Prüfung bedarf es nur dann, wenn es sich entweder um ein leichteres Fehlverhalten handelt oder mildernde Umstände hinzutreten (vgl. BVerwG NVwZ-RR 2010, 896). Beides ist hier nicht der Fall.“ (OVG Lüneburg aaO)

Entscheidungen Verfahrensrecht

ZPO
§ 253 II

Zulässigkeit einer „Saldoklage“ Nutzungsentschädigungsrückstand aus mehreren Jahren (BGH NJW 2013, 1367, Beschluss vom 09.01.2013 – VIII ZR 94/12)

ZPO

1. Eine im Hinblick auf § 253 II ZPO vorgenommene **nähere Aufgliederung der Klageforderung** ist nach der Rechtsprechung des BGH **kein neues Angriffs- und Verteidigungsmittel**, sondern gehört zum Angriff selbst und bedarf daher nicht der Zulassung nach § 531 ZPO.
2. Ein Klageantrag ist hinreichend bestimmt, wenn er den erhobenen **Anspruch konkret bezeichnet**, dadurch den Rahmen der gerichtlichen Entscheidungsbefugnis (§ 308 ZPO) absteckt, Inhalt und Umfang der materiellen Rechtskraft der begehrten Entscheidung (§ 22 ZPO) erkennen lässt, das Risiko eines Unterliegens des Klägers nicht durch vermeidbare Ungenauigkeit auf den Beklagten abwälzt und schließlich eine Zwangsvollstreckung aus dem Urteil ohne eine Fortsetzung des Streits im Vollstreckungsverfahren erwarten lässt.
3. Werden in einer Klage **mehrere Ansprüche** erhoben, sind deshalb grundsätzlich die **für jeden Anspruch geforderten Teilbeträge anzugeben**; insbesondere ist bei einer Teilleistungsklage, mit der mehrere selbstständige Ansprüche geltend gemacht werden, genau anzugeben, wie sich der eingeklagte Betrag auf die einzelnen Ansprüche verteilen soll und in welcher Reihenfolge diese Ansprüche zur Entscheidung des Gerichts gestellt werden sollen.
4. Bei einer „Saldoklage“ ist nicht erforderlich, dass für jeden einzelnen Monat aufgeschlüsselt wird, welcher Betrag unter Berücksichtigung der geleisteten Zahlungen jeweils noch als restliche Nutzungsentschädigung begehrt wird. Diese **Angaben sind nicht erforderlich**, weil sie weder für den Entscheidungsumfang des Gerichts (§ 308 ZPO) noch zur Ermittlung der Rechtskraft einer späteren gerichtlichen Entscheidung oder eine Zwangsvollstreckung von Bedeutung sind.

Fall: Die Bekl. bewohnten die Wohnung nach Beendigung des von 1999 bis Ende 2003 befristeten Mietverhältnisses bis zur Rückgabe am 31.03.2010 weiter. Bis November 2009 zahlten sie als Grundmiete weiterhin den ursprünglich vereinbarten Betrag von 1.431 Euro monatlich, ferner im Dezember 2009 Beträge von 2.170,46 Euro und 2.306,56 Euro sowie im März 2010 von 2.306,56 Euro. Die Kl. haben für den Zeitraum Januar 2007 bis März 2010 Nutzungsentschädigung in Höhe von 17.948,48 Euro nebst Zinsen begehrt. Sie haben unter Berufung auf ein von ihnen vorgelegtes Privatgutachten geltend gemacht, dass die ortsübliche Vergleichsmiete für die Wohnung seit Beendigung des Mietverhältnisses 1.918,00 Euro monatlich beträgt und die Bekl. nach § 546 a II BGB zum Schadensersatz verpflichtet sind, soweit die von ihnen gezahlte Miete dahinter zurückbleibt. Die Bekl. haben widerklagend Auszahlung der Guthaben aus den von den Kl. erteilten Betriebskostenabrechnungen für die Jahre 2007 bis 2009, insgesamt 7.060,09 Euro nebst Zinsen, verlangt. Gegen diese Forderung haben die Kl. mit der von ihnen für die Jahre 2005 und 2006 beanspruchten (restlichen) Nutzungsentschädigung aufgerechnet.

Das AG hat die Klage als unzulässig abgewiesen und die Kl. auf die Widerklage zur Zahlung von 7.060,09 Euro nebst Zinsen verurteilt. Das LG Frankfurt a. M. (Urt. v. 23.02.2012 – 11 S 248/11, BeckRS 2013, 02372) hat die Berufung zurückgewiesen. Die auf Nutzungsentschädigung gerichtete Klage sei unzulässig, weil sie den Anforderungen des § 253 II Nr. 2 ZPO mangels Bestimmtheit oder Bestimmbarkeit der erhobenen Forderungen nicht genüge. Es reiche nicht aus, dass die Kl. den Rückstand aus dem Jahr 2007 mit 5.340,49 Euro, für 2008 mit 5.836,80 Euro, für 2009 mit 4.207,74 Euro und für 2010 mit 2.553,34 Euro angegeben hätten. Vielmehr sei die Verteilung der Beträge auf die einzelnen Monate mitzuteilen; ohne diese Informationen sei die Klage nicht hinreichend bestimmt oder zumindest bestimmbar. Selbst wenn man annehmen wolle, dass die Kl. die Differenz zwischen der behaupteten ortsüblichen Vergleichsmiete von 1.918,00 Euro monatlich und den tatsächlichen Zahlungen verlangen wollten, ergebe sich nur für das Jahr 2008 der tatsächlich verlangte Betrag von 5.836,80 Euro als Differenz. Hinzu komme noch, dass der im Vorprozess vom Gericht beauftragte Sachverständige die ortsübliche Vergleichsmiete mit lediglich 1.567,70 Euro monatlich angegeben habe. Das neue Vorbringen der Kl. zur Berechnung und Aufschlüsselung der begehrten Nutzungsentschädigung könne gem. § 531 II 1 ZPO nicht berücksichtigt werden, weil davon auszugehen sei, dass das AG in der mündlichen Verhandlung auf die Ergänzungsbedürftigkeit des Vorbringens hingewiesen habe und die Ergänzung des Sachvortrags aus Nachlässigkeit unterblieben sei. Ist dieser Rechtsstandpunkt zutreffend?

I. Ausschluss mit neuen Vorbringen nach § 531 II ZPO

Zunächst stellt sich die Fragen, ob eine Aufschlüsselung der Forderung in der Berufungsinstanz nach § 531 II ZPO als neues Vorbringen mit der Begründung zurückgewiesen werden kann, dass diese auch schon im erstinstanzlichen Verfahren hätte erfolgen können.

Hierbei kommt es darauf an, es sich insofern um neues Vorbringen im Sinne des § 531 II ZPO handelt.

„Dabei ist es **unerheblich**, ob die Kl. in der ersten Instanz auf die erforderliche Aufschlüsselung ihrer Forderung **hingewiesen** worden sind und ob eine lediglich in den Entscheidungsgründen des erstinstanzlichen Urteils erfolgte **Dokumentation des Hinweises ausreicht** (vgl. dazu BGHZ 164, 166 [172 f.] = NJW 2006, 60). Denn eine im Hinblick auf § 253 II ZPO vorgenommene **nähere Aufgliederung der Klageforderung** ist nach der Rechtsprechung des BGH **kein neues Angriffs- und Verteidigungsmittel**, sondern gehört zum Angriff selbst (BGH, NJW 1993, 1393 [unter II 1]; NJW 1997, 870 [unter II 1, 2], jeweils zu § 528 ZPO a. F.) und bedarf daher nicht der Zulassung nach § 531 ZPO.“ (BGH aaO)

II. Unbestimmtheit der Klage

Sowohl das Amtsgericht als auch das Landgericht sind davon ausgegangen, dass die Klage mangels Aufschlüsselung des für jeden einzelnen Monat geltend gemachten Rückstands nicht den Bestimmtheitsanforderungen des § 253 II ZPO genüge und deshalb unzulässig sei. Es handelt sich bei der Klage um eine sog. Saldoklage, deren Zulässigkeit umstritten ist.

1. Unzulässigkeit der Saldoklage

„[In] der **Rechtsprechung der Instanzgerichte** und in der **mietrechtlichen Literatur** [wird] die Auffassung vertreten, dass eine Klage, mit der für einen bestimmten Zeitraum (restliche) Mietrückstände eingeklagt werden, nur zulässig sei, wenn der **für jeden einzelnen Monat begehrte Rückstand beziffert** werde; eine so genannte Saldoklage werde dem Bestimmtheitserfordernis des § 253 II ZPO nicht gerecht und sei deshalb unzulässig (OLG Brandenburg, GE 2006, 1169 = BeckRS 2006, 09427; NJW-RR 2007, 1310 = NZM 2007, 685 = GE 2007, 444; LG Berlin, GE 2009, 717 = BeckRS 2009, 17390; AG Köln, NZM 2009, 737 = WuM 2008, 676 [677]; Stornel, MietR aktuell, 4. Aufl., Rn. XIV 49; Kinne/Schach/Bieber, Miet- u. MietprozessR, 6. Aufl., II Rn. 122; vgl. auch Fischer, in: Bubl/Treier, Hdb. d. Geschäfts- u. Wohnraummiete, 3. Aufl., VIII Rn. 25; a. A. wohl OLG Düsseldorf, ZMR 2005, 943 = BeckRS 2005, 09760, das nur die Schlüssigkeit einer „Saldoklage“ erörtert).“ (BGH aaO)

2. Standpunkt des BGH zur Saldoklage

Nunmehr hat der BGH sich mit der Frage der Zulässigkeit der Saldoklage befasst.

a) Allgemeine Anforderungen an Bestimmtheit der Klageschrift

Zunächst muss die Klageschrift nach § 253 II Nr. 2 ZPO die bestimmte Angabe des Gegenstands und des Grunds des erhobenen Anspruchs enthalten. Damit wird der Streitgegenstand abgegrenzt und zugleich die Grundlage für eine etwa erforderlich werdende Zwangsvollstreckung geschaffen.

„Daran gemessen ist ein Klageantrag grundsätzlich hinreichend bestimmt, wenn er den erhobenen **Anspruch konkret bezeichnet**, dadurch den Rahmen der gerichtlichen Entscheidungsbefugnis (§ 308 ZPO) absteckt, Inhalt und Umfang der materiellen Rechtskraft der begehrten Entscheidung (§ 322 ZPO) erkennen lässt, das Risiko eines Unterliegens des Klägers nicht durch vermeidbare Ungenauigkeit auf den Beklagten abwälzt und schließlich eine Zwangsvollstreckung aus dem Urteil ohne eine Fortsetzung des Streits im Vollstreckungsverfahren erwarten lässt (BGH, NJW 1999, 954 [unter I 2 a] m. w. Nachw.).

Werden in einer Klage **mehrere Ansprüche** erhoben, sind deshalb grundsätzlich die **für jeden Anspruch geforderten Teilbeträge anzugeben**; insbesondere ist bei einer Teilleistungsklage, mit der mehrere selbstständige Ansprüche geltend gemacht werden, genau anzugeben, wie sich der eingeklagte Betrag auf die einzelnen Ansprüche verteilen soll und in welcher Reihenfolge diese Ansprüche zur Entscheidung des Gerichts gestellt werden sollen (BGH, NJW 1984, 2346 [unter II 1 a aa]; NJW-RR 1997, 441 [unter II 1 a]; NJW 2008, 3142 Rn. 7).“ (BGH aaO)

b) Anwendung auf den Fall

Fraglich ist, ob die Klage den so beschriebenen Anforderungen gerecht geworden ist. Die Klageforderung wurde damit begründet, dass den Klägern für den gesamten streitigen Zeitraum eine monatliche Nutzungsentschädigung in Höhe der von ihnen auf 1918 Euro bezifferten ortsüblichen Vergleichsmiete zugestanden habe und die

Bekl. von dem sich daraus ergebenden Gesamtbetrag einen Betrag in Höhe der Klageforderung (17 948,28 Euro) schuldig geblieben seien.

*„Sie haben damit **keine Teilforderung** geltend gemacht, sondern die gesamte von ihnen noch beanspruchte **Nutzungsentschädigung für den streitigen Zeitraum** eingeklagt. Dieser einheitliche (Gesamt-)Anspruch ist hinreichend bestimmt. Entgegen der Auffassung des BerGer. sind diese Angaben nicht deshalb ungenügend, weil die Kl. nicht für jeden einzelnen Monat aufgeschlüsselt haben, welcher Betrag unter Berücksichtigung der von den Bekl. geleisteten Zahlungen jeweils noch als restliche Nutzungsentschädigung begehrt wird. Diese Angaben sind nicht erforderlich, weil sie weder für den Entscheidungsumfang des Gerichts (§ 308 ZPO) noch zur Ermittlung der Rechtskraft einer späteren gerichtlichen Entscheidung oder eine Zwangsvollstreckung von Bedeutung sind.“* (BGH aaO)

Für die Entscheidung des Rechtsstreits kommt es allein darauf an, ob den Kl., wie von ihnen geltend gemacht, für den streitigen Zeitraum als Nutzungsentschädigung ein Betrag in Höhe von 1918 Euro monatlich zusteht und inwieweit die von den Bekl. erbrachten Zahlungen dahinter zurückbleiben.

„Das Interesse der Bekl., nicht durch vermeidbare Ungenauigkeiten mit dem Risiko des Unterliegens belastet zu werden, sind schon deshalb nicht betroffen, weil es für den Ausgang des vorliegenden Rechtsstreits ohne Bedeutung ist, wie die erbrachten Zahlungen auf einzelne Zeitabschnitte innerhalb des streitigen Zeitraums zu verteilen sind.“

*[Für] die Zulässigkeit der Klage [ist es] **ohne Bedeutung**, ob sich bei Zugrundelegung der von den Kl. beanspruchten ortsüblichen Vergleichsmiete von monatlich 1918 Euro nach Abzug der – unstrittigen – Zahlungen der Bekl. ein **geringerer** als der von den Kl. geforderte **Gesamtbetrag** ergibt, denn dies ist eine **Frage der Begründetheit der Klage**. Das Gleiche gilt für die unterschiedlichen Angaben der Parteien zur Höhe der ortsüblichen Vergleichsmiete als Grundlage der Berechnung der von den Kl. begehrt Nutzungsentschädigung.“* (BGH aaO)

Die Klage genügte daher dem Bestimmtheitserfordernis und war nicht nach § 253 II ZPO unzulässig.

III. Unwirksamkeit der Aufrechnung wegen Unbestimmtheit der Forderung

Zudem wurde die von den Kl. erklärte Aufrechnung gegen den mit einer Widerklage geltend gemachten Rückzahlungsanspruch der Bekl. wegen Unbestimmtheit der Forderung, mit der aufgerechnet wurde, für unwirksam erachtet. Auch hier war vom AG und vom LG eine monatsbezogene Aufschlüsselung des Rückstandes als erforderlich erachtet worden. Dies hält einer Überprüfung ebenfalls nicht stand.

*„Auch die Annahme des BerGer., dass die von den Kl. gegenüber der Widerklageforderung erklärte Aufrechnung mangels Aufschlüsselung der beehrten restlichen Nutzungsentschädigung für die Jahre 2004 und 2005 auf die einzelnen Monate unwirksam sei, ist von Rechtsfehlern beeinflusst. Denn die Kl. haben vorgetragen, dass die Bekl. für diesen Zeitraum eine monatliche Nutzungsentschädigung in Höhe von 1.918,00 Euro schuldeten und hierauf im Jahr 2004 und 2005 jeweils Beträge in Höhe von 5.836,80 Euro schuldig geblieben seien. Der so **ermittelte Saldo genügt zur Individualisierung der zur Aufrechnung gestellten Forderungen**. Dass diese die Hauptforderung übersteigen, ist unschädlich; soweit die Kl. eine Erklärung, in welcher Reihenfolge die Aufrechnung erfolgen sollte, nicht abgegeben haben, ergibt sich die Tilgungsreihenfolge aus § 396 I 2 i. V. mit § 366 II BGB (vgl. hierzu BGHZ 179, 1 = NJW 2009, 1071 Rn. 15).“* (BGH aaO)

Auch die Aufrechnung hätte daher mit Hinweis auf die Unbestimmtheit der Gegenforderung zurückgewiesen und der Widerklage stattgegeben werden dürfen.

IV. Ergebnis

*„Der Rechtsstreit ist **nicht zur Endentscheidung reif**, weil das BerGer. – vor dem Hintergrund der von ihm vertretenen Auffassung folgerichtig – **keine Feststellungen zur Höhe der ortsüblichen Vergleichsmiete** bzw. der Nutzungsentschädigung für die Wohnung der Bekl. im streitigen Zeitraum getroffen hat.“* (BGH aaO)

Die Sache wurde daher zurückverwiesen.

(BGH in MDR 2013, 544; Urteil vom 07.02.2013 – VII ZR 263/11)

1. Eine Untätigkeit der Parteien führt dann nicht zum Stillstand des Verfahrens i. S. des § 204 II 2 BGB und folglich auch nicht zum Ende der Verjährungshemmung, wenn die **Verfahrensleitung beim Gericht liegt, das für den Fortgang des Prozesses Sorge zu tragen** hat.
2. Stellt der Kläger einer Stufenklage einen **Terminsantrag** (in der dritten Stufe), mit dem er einen nicht bezifferten Zahlungsantrag und einen Schadensersatzfeststellungsantrag ankündigt, so ist es grundsätzlich **Sache des Gerichts** und nicht des Klägers, für den Fortgang des Prozesses Sorge zu tragen.

Fall: Die Parteien streiten in der Revision noch um Ansprüche aus einem beendeten Franchiseverhältnis betreffend ein Fachgeschäft in L. Der Kl. nimmt die Bekl., nachdem diese Auskunft erteilt hat, in nunmehr dritter Stufe einer Stufenklage auf Zahlung von so genannten Differenzrabatten nebst Zinsen und auf Feststellung der Verpflichtung zum Schadensersatz in Anspruch. Mit seiner seit dem 11.01.2000 rechtshängigen Klage hat der Kl. die Bekl. unter anderem im Wege der Stufenklage auf Auskunft hinsichtlich aller von der Bekl. vereinnahmten und pflichtwidrig nicht an ihn weitergegebenen Differenzrabatte in Anspruch genommen. Das LG hat die Bekl. für verpflichtet gehalten, dem Kl. über alle ihr in der Zeit vom 14.05.1994 bis zum 31.12.1999 von ihren Lieferanten gewährten und nicht in voller Höhe an den Kl. weitergeleiteten Einkaufsvorteile aus Einkäufen des Kl. Auskunft zu erteilen.

Auf die Berufung der Bekl. hat das BerGer. die Klage vollständig abgewiesen. Der BGH hat mit Urteil vom 13.07.2004 die landgerichtliche Verurteilung der Bekl. zur Auskunftserteilung für die Zeit vom 14.05.1994 bis zum 31.12.1999 wiederhergestellt. Die Bekl. erteilte sodann mit anwaltlichem Schreiben vom 08.10.2004 Auskunft über erhaltene Differenzrabatte von 1994 bis 1999. Danach erhielt die Bekl. Differenzrabatte in Höhe von insgesamt 62 385,53 Euro. Nachdem das LG die Parteien mit Verfügung vom 02.11.2004 darauf hingewiesen hatte, Termin zur Fortsetzung der mündlichen Verhandlung werde erst auf Antrag einer der Parteien bestimmt, hat der Kl. mit Schriftsatz vom 20.12.2004 Terminantrag in der dritten Stufe gestellt, wobei er einen unbezifferten Zahlungsantrag, einen Schadensersatzfeststellungsantrag sowie einen Hilfsantrag angekündigt hat. Mit Schriftsatz vom 23.05.2005 hat die Bekl. auf die Klageänderung im Schriftsatz vom 20.12.2004 reagiert. Mit Verfügung vom 25.04.2005 hat das LG die Parteien darauf hingewiesen, neuer Termin solle erst nach Abschluss des vom Kl. zwischenzeitlich anhängig gemachten Zwangsmittelverfahrens bestimmt werden. Das Zwangsmittelverfahren ist seit Mai 2005 nicht mehr betrieben worden. Eine Terminierung durch das LG ist zunächst nicht erfolgt. Mit Schriftsatz vom 08.05.2009 hat der Kl. erneut um Terminierung gebeten. Das Verfahren nahm daraufhin seinen Fortgang. Die Bekl. beruft sich nunmehr auf Verjährung. Zu Recht?

I. Bestimmung der Verjährungsfrist

Auf das Schuldverhältnis der Parteien sind unter Berücksichtigung der für die Verjährung geltenden Übergangsvorschriften in Art. 229 § 6 EGBGB und unter Berücksichtigung der für Zinsen geltenden Übergangsvorschrift in Art. 229 § 1 I 3 EGBGB die für bis zum 31.12.2001 geschlossene Verträge geltenden Rechtsvorschriften anwendbar (Art. 229 § 5 S. 1 EGBGB).

„Die [...] geltend gemachten Schadensersatzansprüche aus positiver Vertragsverletzung sind im Zeitraum von Mai 1994 bis Ende Dezember 1999 entstanden. Die gem. Art. 229 § 6 I 1 EGBGB anwendbare dreijährige Frist des § 195 BGB n. F. ist daher vom 01.01.2002 an zu berechnen.“ (BGH aaO)

Die Verjährungsfrist wäre daher am 31.12.2004 abgelaufen.

II. Hemmung der Verjährung

Allerdings wurde die Verjährung nach § 204 I Nr. 1 BGB n. F. mit Beginn des 01.01.2002 durch die schon zuvor erfolgte Zustellung der Stufenklage gehemmt.

§ 204 II S. 1 BGB sieht jedoch vor, dass die Hemmung 6 Monate nach der rechtskräftigen Entscheidung oder anderweitigen Beendigung des eingeleiteten Verfahrens endet. § 204 II S. 2 BGB setzt an die Stelle der Beendigung des Verfahrens den Umstand, dass das Verfahren in Stillstand gerät, weil die Parteien es nicht betreiben. In diesem Fall tritt an die Stelle der Beendigung des Verfahrens die letzte Verfahrenshandlung der Parteien, des Gerichts oder der sonst mit dem Verfahren befassten Stelle.

Die zunächst letzte Verfahrenshandlung ist am 23.05.2005 von Seiten der Beklagten erfolgt. Die nächste Verfahrenshandlung ist dann in der Bitte um Terminierung mit Schriftsatz vom 08.05.2009 zu sehen. Dazwischen liegen mehrere Jahre. Sollte in den Abläufen ein auf das

Verhalten der Parteien zurückzuführender Stillstand des Verfahrens zu sehen sein, so hätte die Hemmung am 24.11.2005 geendet und Verjährung wäre am 25.11.2008 und damit vor der Fortführung des Verfahrens eingetreten.

Fraglich ist jedoch, ob von einem Stillstand des Verfahrens wegen des Nichtbetreibens der Parteien ausgegangen werden kann.

1. Allgemeines zum Stillstand des Verfahrens

„Nach ständiger Rechtsprechung des BGH führt eine **Untätigkeit der Parteien** dann nicht zum Stillstand des Verfahrens i. S. des § 204 II 2 BGB n. F., wenn die **Verfahrensleitung beim Gericht** liegt, das für den Fortgang des Prozesses Sorge zu tragen hat (vgl. BGH, VersR 1978, 1142 [1143] = BeckRS 1978, 30403495; NJW 1983, 2496; NJW 2000, 132 [133]; NJW-RR 2005, 606 = BauR 2005, 868 [869], jew. zu § 211 II 1 BGB a. F., der Vorgängervorschrift von § 204 II 2 BGB; Grothe, in: MüKo-BGB, 6. Aufl., § 204 Rn. 77). Der diesbezüglichen Pflicht, **für den Fortgang des Prozesses Sorge** zu tragen, kommt das Gericht insbesondere durch die Bestimmung eines Termins zur mündlichen Verhandlung nach.

Insofern enthält die ZPO die allgemeine Regel, dass **Termine unverzüglich von Amts wegen zu bestimmen** sind (§ 216 II ZPO). Von einer Terminsbestimmung kann das Gericht allerdings absehen, wenn sich die Parteien als Herren des Verfahrens damit einverstanden erklären. Soweit es um die Voraussetzungen von § 204 II 2 BGB n. F. (§ 211 II 1 BGB a. F.) geht, ist nach der Rechtsprechung des BGH anerkannt, dass die **Verantwortung für das Betreiben des Prozesses vom Gericht auf den Kl. übergeht**, wenn das Gericht mit dessen ausdrücklich oder konkludent erklärtem Einverständnis **von einer Terminsbestimmung auf unbestimmte Zeit absieht** (vgl. BGH, NJW-RR 2005, 606 = BauR 2005, 868 [869]; NJW 1983, 2496 [2497]). Dann ist es Sache des Kl., dafür Sorge zu tragen, dass seine Ansprüche nicht verjähren, indem er sich um einen Fortgang des Prozesses bemüht, zum Beispiel durch einen Antrag auf Terminsbestimmung.“ (BGH aaO)

2. Verfahrensstillstand wegen Fehlen eines Antrags auf Terminsbestimmung

Fraglich ist, ob hier davon auszugehen, dass das Gericht mit dem Einverständnis des Kl. von einer Terminsbestimmung auf unbestimmte Zeit abgesehen hat.

Das LG hat die Parteien mit Verfügung vom 02.11.2004 darauf hingewiesen, Termin zur Fortsetzung der mündlichen Verhandlung werde **erst auf Antrag einer der Parteien** bestimmt. Als Reaktion hierauf hat der Kl. mit Schriftsatz vom 20. 12. 2004 – ausdrücklich um das Verfahren weiter zu betreiben und allen Aspekten des neuen Verjährungsrechts zu entsprechen – **Terminsantrag in der dritten Stufe gestellt**, wobei er einen nicht bezifferten Zahlungsantrag, einen Schadensersatzfeststellungsantrag sowie einen Hilfsantrag angekündigt hat. Mit Verfügung vom 25.04.2005 hat das LG den Parteien mitgeteilt, neuer Termin solle erst nach Abschluss des Zwangsmittelverfahrens bestimmt werden. Sodann hat es mit Verfügung vom 25.10.2005 die Akten wegen sechsmonatigen Nichtbetreibens des Verfahrens weggelegt.

„Danach lag die Verfahrensleitung weiterhin beim LG. Die Mitteilung, **neuer Termin solle erst nach Abschluss des Zwangsmittelverfahrens** bestimmt werden, reicht zum Übergang der Prozessförderungspflicht vom Gericht auf die Parteien nicht aus. Die **Verantwortung für das Betreiben des Prozesses** ist **nicht dadurch auf den Kl. übergegangen**, dass er auf die gerichtliche Verfügung vom 25.04.2005 zunächst geschwiegen hat. In diesem Schweigen kann kein konkludent erklärtes Einverständnis damit gesehen werden, dass eine Förderung des Prozesses von einer weiteren – über den bereits im Schriftsatz vom 20.12.2004 enthaltenen Terminsantrag hinausgehenden – Erklärung des Kl. abhängen sollte. In diesem Schriftsatz hat der Kl. **vorsorglich Terminsantrag gestellt, um das Verfahren weiterzubetreiben** und allen Aspekten des neuen Verjährungsrechts zu entsprechen. Bei dieser Lage ist es nicht gerechtfertigt, dem genannten Schweigen des Kl. einen **konkludenten Erklärungswert mit gegenteiligem Inhalt** beizumessen.“ (BGH aaO)

Allerdings könnte dem Kl. vorzuhalten sein, dass er es **außergewöhnlich und unverständlich lang versäumt** hätte, das **Gericht** an die Fortsetzung des Prozesses zu **erinnern**.

„Der Gesetzgeber hat **ausdrücklich davon abgesehen**, die durch Rechtshängigkeit herbeigeführte Verjährungsunterbrechung (jetzt: **Verjährungshemmung**) **enden zu lassen**, wenn eine Partei das Gericht nicht an die Fortsetzung des Prozesses erinnert (vgl. BGH, NJW 1979, 2307 [2308], unter Bezugnahme auf Motive I, S. 333, zit. bei Mugdan, Die gesamten Materialien zum BGB, Bd. I, S. 535). Die Bestimmung des Zeitpunkts, in welchem die Verjährungshemmung enden würde, weil eine Partei das Gericht nicht an die Fortsetzung des Prozesses erinnert, würde zu erheblichen Schwierigkeiten und Rechtsunsicherheit führen (vgl. Motive I, S. 333, zit. bei Mugdan, S. 535). Aus dem bloßen Zeitablauf zwischen den Terminsanträgen in den Schriftsätzen des Kl. vom 20.12.2004 und 08.05.2009 lässt sich nicht entnehmen, dass eine weitere Förderung des Prozesses vom Kl. abhängen sollte. Der BGH hat bereits entschieden, dass das **Abwarten eines**

Kl. auf das pflichtgemäße Tätigwerden des Gerichts auch über einen Zeitraum von mehreren Jahren dazu grundsätzlich nicht ausreicht (vgl. BGH, NJW 1979, 2307 [2308]).“ (BGH aaO)

3. Verfahrensstillstand wegen Nichtbeifferung des Zahlungsantrags in der dritten Stufe

Ein Nichtbetreiben des Verfahrens könnte aber darin zu sehen sein, dass der Kl. mit seinem Termins Antrag keinen bezifferten Zahlungsantrag für die dritte Stufe der Stufenklage angekündigt hat.

*„Zwar ist anerkannt, dass im Fall einer **Stufenklage** ein vom Kläger zu vertretender **Stillstand** des Verfahrens eintreten kann, wenn der Kläger nach Erledigung der vorangegangenen Stufe den **auf Zahlung gerichteten Leistungsantrag nicht weiterverfolgt** (BAG, NJW 1986, 2527; vgl. auch BGH, NJW-RR 2006, 948 Rn. 14; Grothe, in: MüKo-BGB, § 204 Rn. 78 a. E.). Das Gericht hat dann keine Veranlassung, von sich aus Termin zur mündlichen Verhandlung zu bestimmen. Vielmehr ist es zunächst Sache des Klägers, einen solchen Antrag weiterzuverfolgen. Das Gericht darf und muss eine Anregung des Klägers zur Fortsetzung des Prozesses abwarten. Ein solcher Fall der **Nichtverfolgung des auf Zahlung gerichteten Leistungsantrags** nach Auskunftserteilung liegt hier jedoch nicht vor. Im Schriftsatz vom 20.12.2004 hat der Kl. unter Konkretisierung seiner Anträge Termins Antrag in der dritten Stufe gestellt. Auch wenn er den angekündigten Zahlungsantrag dabei nicht beziffert, sondern die **Zahlung des sich aus der Auskunft ergebenden Betrags nebst Zinsen** begehrt hat, hat er gleichwohl mit diesem Schriftsatz unmissverständlich zum Ausdruck gebracht, dass er den auf Zahlung gerichteten Leistungsantrag weiterverfolgen wollte. Bei dieser Lage musste das Gericht keine weitere Anregung des Kl. zur Fortsetzung des Prozesses abwarten, sondern war gehalten, für den Fortgang des Prozesses Sorge zu tragen.“ (BGH aaO)*

III. Ergebnis

Da die Prozessförderungspflicht nicht vom Gericht auf die Parteien übergegangen ist, trat kein Stillstand des Verfahrens i. S. des § 204 II 2 BGB n. F. ein. Diese Hemmung endete nicht gem. § 204 II 1 und 2 BGB n. F., so dass eine Verjährung der zuletzt noch geltend gemachten Ansprüche insgesamt nicht eingetreten ist.

StPO
§ 81h I**Beweisverwertungsverbot
DNA-Reihentest**

StPO

(BGH in ZD 2013, 273; Urteil vom 20.12.2012 – 3 StR 117/12)

Sog. **Beinahetreffer** von Verwandten bei **DNA-Reihenuntersuchungen dürfen nicht verwendet werden**, denn § 81 h I StPO erlaubt den Abgleich von DNA-Identifizierungsmustern nur, soweit dies zu der Feststellung erforderlich ist, ob das Spurenmaterial von einem der Teilnehmer der Reihenuntersuchung stammt. Darüber hinausgehende Untersuchungen und Feststellungen gestattet das Gesetz nicht.

Fall: Der Angekl. war durch eine zuvor richterlich angeordnete molekulargenetische Reihenuntersuchung als Täter einer Vergewaltigung ermittelt worden. Er hatte zwar selbst nicht an der Reihenuntersuchung teilgenommen. Die Kriminaltechniker konnten jedoch bei den DNA-Identifizierungsmustern von zweien seiner Verwandten, die sich an der Untersuchung freiwillig beteiligt hatten, eine so hohe Übereinstimmung mit dem Spurenmaterial feststellen, dass sie daraus auf eine Verwandtschaft mit dem Täter schließen konnten. Dies führte dazu, dass beim Angekl. eine zwangsweise Entnahme von Körperzellen angeordnet wurde, deren genetische Untersuchung dann eine eindeutige Übereinstimmung mit dem Spurenmaterial ergab.

Fraglich ist, **ob** die bei dem Reihengentest gewonnenen **Identifizierungsmuster auf verwandtschaftliche Ähnlichkeiten hin abgeglichen werden durften** oder aber ob das so gewonnene Ergebnis einem Bewertungsverbot unterliegt.

I. Gem. **§ 81h I StPO** darf die Ermittlung von Identifizierungsmustern und ihr Abgleich mit dem des Spurenmaterials nur vorgenommen werden, soweit dies zur Feststellung erforderlich ist, ob das Spurenmaterial von den Teilnehmern des Reihengentests stammt. Die nach § 81h I 1 StPO entsprechend geltende Vorschrift des § 81g II 2 StPO **verbietet** es, **darüber hinausgehende Untersuchungen vorzunehmen** und weitergehende Feststellungen zu treffen.

„Die hier festgestellte mögliche Verwandtschaft zwischen 2 Probanden und dem mutmaßlichen Täter stellt eine für die Frage, ob die DNA-Identifizierungsmuster der Teilnehmer des Reihengentests mit dem der Tatspur übereinstimmen, nicht erforderliche Erkenntnis dar. Diese ist allerdings nicht durch eine darauf gerichtete und damit unzulässige Untersuchung erlangt worden, denn nach den rechtsfehlerfrei getroffenen Feststellungen des LG liegt das Auswertungsergebnis der automatisierten Abgleichung der DNA-Identifizierungsmuster erst am Ende des Abgleichungsprozesses in verschiedenen DNA-Systemen vor, so dass es der Sachverständigen faktisch nicht möglich war, das Ergebnis der Identitätsprüfung zur Kenntnis zu nehmen, ohne die auf eine mögliche Verwandtschaft deutende Übereinstimmung der DNA-Muster ebenfalls zu registrieren.“ (BGH aaO)

II. **Wie** ein solcher „**Beinahetreffer**“ (vgl. dazu Brocke StraFo 2011, 298), der im Rahmen einer DNA-Reihenuntersuchung anfällt, **rechtlich zu beurteilen ist** und wie mit ihm verfahren werden kann, ist **in Rspr. und Lit. bislang nicht geklärt**: Der Gesetzgeber hat diese Fallkonstellation bei der Schaffung des § 81h StPO angesichts fehlender Regelungen dazu und dem diesbezüglichen Schweigen der Gesetzesbegründung offenbar nicht im Blick gehabt.

1. In der **Lit.** wird die Auffassung vertreten, dass es sich bei der Feststellung des möglichen Verwandtschaftsverhältnisses um ein zufälliges zusätzliches Resultat der gesetzlich vorgesehenen Untersuchungsmethoden und -zwecke handele, um ein „**technisch bedingtes Nebenprodukt**“, das lediglich bei Gelegenheit der Abgleichung und somit in Ausführung des eigentlich angestrebten Ziels der Ermittlungsmaßnahme anfalle; die **Beweiserhebung sei insoweit zulässig** (Brocke StraFo 2011, 298, 299).

*„Zuzugeben ist dieser Auffassung, dass ein **Verstoß gegen ein Untersuchungsverbot nicht vorliegt**. Aus diesem Grund hätte der Senat auch Bedenken, ein Feststellungsverbot i. S. eines Kenntnisnahmeverbots anzunehmen, weil dadurch von den zur Untersuchung und Auswertung einzuschaltenden Sachverständigen etwas verlangt würde, was ihnen nach den tatsächlichen Gegebenheiten unmöglich ist.“ (BGH aaO)*

2. Gleichwohl verbleibt es bei der nach dem **Wortlaut des § 81h I StPO eindeutigen Zweckbindung** von Untersuchung und Abgleich der DNA-Proben und dem **Verbot überschießender Feststellungen**.

*„Dieses führt dazu, dass sich die **Weitergabe der zusätzlich gewonnenen Erkenntnisse** i. S. einer möglichen verwandtschaftlichen Beziehung und ihre anschließende Verwendung im Verfahren gegen den Angekl. als **verfahrensfehlerhaft** erweist. Denn die darin liegende **Verwertung als Verdachtsmoment stellt eine Verwendung personenbezogener Daten zu einem Zweck dar, zu dem sie nicht erhoben worden waren**. Hierin liegt ein Eingriff in die Grundrechte des Vaters und des Onkels des Angekl. aus Art. 2 I, Art. 6 I GG, der nach st. verfassungsgerichtlicher Rspr. einer gesonderten gesetzlichen Grundlage bedarf (vgl. zuletzt BVerfGE 125, 260 m. w. Nachw.).“*

Diese fehlt: § 160 StPO kommt nicht in Betracht, weil § 81h I StPO eine **eindeutige Zweckbindung** und damit eine **entgegenstehende Verwendungsregelung** enthält (§ 160 IV StPO). Auch aus den neben den bereichsspezifischen Regelungen der Strafprozessordnung subsidiär anwendbaren **Vorschriften des allgemeinen Datenschutzrechts** (Meyer-Goßner 55. Aufl., vor § 474 Rn 3) ergibt sich eine solche Ermächtigungsgrundlage nicht. § 14 II Nr. 7 BDSG tritt hinter die speziellere, einschränkende Verwendungsregelung in §§ 81h I, III 1, 81g II 2 StPO zurück. Nach § 4 BDSG dürfen mangels sonstiger gesetzlicher Grundlage personenbezogene Daten nur mit Einwilligung des Betroffenen verwendet werden. Der Vater und der Onkel des Angekl. haben eine solche jedoch nicht erklärt. Ihre Einwilligung in den Reihengentest deckte – wie dargelegt – die Verwendung ihrer Daten als Verdachtsmoment gegen den Angekl. nicht. Eine weitere Einwilligung haben sie nicht erteilt, vielmehr haben sie in der Hauptverhandlung der Verwertung ihrer Daten ausdrücklich widersprochen.“ (BGH aaO)

3. **Ergebnis:** Die Verwendung der Daten der Angehörigen des Angekl. gegen ihn war verfahrensfehlerhaft, sodass davon auch der gegen ihn erlassene Beschluss nach § 81a StPO betroffen ist. Die Gewinnung der daraus folgenden Beweismittel – die Übereinstimmung seines DNA-Identifizierungsmusters mit dem der Tatspuren – erweist sich damit ebenfalls als rechtswidrig.

III. Nach BGH aaO durfte die StrK diese **Beweismittel aber gleichwohl** in die Hauptverhandlung einführen und im Urteil gegen den Angekl. **verwerten**.

1. Dies folgt indes nicht schon daraus, dass der Angekl. sich auf die gegenüber seinem Vater und seinem Onkel begangenen Rechtsverletzungen nicht berufen könnte, weil seine Interessen von dem **Schutzzweck der eng gefassten Verwendungsregelung in §§ 81h I, III 1, 81g II 2 StPO** nicht erfasst wären.

„Insoweit gilt vielmehr nichts anderes als bei Verstößen gegen § 52 I Nr. 3, III 1 oder § 81c III 1 und 2 Halbs. 2 StPO. Auch diese **Vorschriften dienen zwar nicht unmittelbar dem Schutz des Beschuldigten vor der Verwendung bestimmter Beweismittel** (BGHSt 11, 213), **sondern wollen in erster Linie den mit ihm eng verwandten Zeugen vor der Zwangslage bewahren**, dass er durch eine wahrheitsgemäße Aussage oder die an ihm vorgenommene Untersuchung ggf. dazu beitragen müsste, einen Angehörigen einer Straftat zu überführen (BGHSt 2, 351; BGHSt 22, 35; BGHSt 27, 231; BGHSt 32, 140). Darüber hinaus bezwecken sie aber auch den **Schutz der Familie** des Besch. (BGHSt 11, 213) und dienen damit mittelbar der Wahrnehmung seiner Interessen. Daher ist anerkannt, dass eine Missachtung des Zeugnisverweigerungsrechts aus § 52 I Nr. 3 StPO oder des Untersuchungsverweigerungsrechts nach § 81c III 1 i.V.m. § 52 I Nr. 3 StPO, insbes. auch ein Verstoß gegen die Belehrungspflicht gem. § 52 III 1 StPO bzw. § 81c II 2 Halbs. 2 i.V.m. § 52 III 1 StPO, grds. zur Unverwertbarkeit der Aussage des Zeugen oder des Untersuchungsergebnisses führt und dies vom Angekl. mit der Revision gerügt werden kann (Meyer-Goßner aaO, § 52 Rn 32 und 34 m. w. Nachw., § 81c Rn 32; LR-Krause aaO, § 81c Rn 65).

Ähnlich liegt es hier: Indem sich das zunächst gegen Unbekannt geführte Ermittlungsverfahren aufgrund der zweckwidrigen Verwendung der vom Vater und vom Onkel des Angekl. bei dem Reihengentest gewonnenen DNA-Identifizierungsmuster nunmehr gegen den Angekl. richtete, war nachträglich eine Situation entstanden, die derjenigen nach einem Verstoß gegen §§ 81c III 1 und 2 Halbs. 2, 52 I Nr. 3, III 1 StPO vergleichbar war. Die in dem Reihengentest gewonnenen DNA-Identifizierungsmuster hätten gegen den Angekl. (damals Besch.) verdachtsbegründend und als Grundlage für die Anordnung nach § 81a StPO nur verwendet werden dürfen, wenn sein Vater und sein Onkel nach nachgeholter Belehrung (vgl. BGHSt 12, 235) in diese Nutzung ihrer persönlichen Daten eingewilligt hätten (vgl. § 4 BDSG). Daran fehlt es. Dementsprechend sind nach den dargestellten Maßstäben durch den Gesetzesverstoß auch die rechtlich geschützten Interessen des Angekl. beeinträchtigt.“ (BGH aaO)

2. Dennoch hat die Rüge des Angekl. keinen Erfolg; denn der dargestellte Verstoß gegen §§ 81h I, III 1, 81g II 2 StPO und die daraus resultierende Rechtswidrigkeit des gegen ihn erwirkten Beschlusses nach § 81a StPO führen hier ausnahmsweise noch nicht dazu, dass das Ergebnis der an dem Zellmaterial des Angekl. vorgenommenen DNA-Analyse nicht zum Tatnachweis gegen ihn hätte verwendet werden dürfen.

- a) Nach **st. Rspr. des BGH führt nicht jeder Rechtsverstoß bei der strafprozessualen Beweisgewinnung zu einem Verwertungsverbot** hinsichtlich der so erlangten Erkenntnisse. Vielmehr ist je nach den **Umständen des Einzelfalles unter Abwägung aller maßgeblichen Gesichtspunkte und der widerstreitenden Interessen** zu entscheiden (sog. **Abwägungslehre**).

Bedeutsam sind dabei insbes. die **Art und der Schutzzweck des etwaigen Beweiserhebungsverbots** sowie das **Gewicht des in Rede stehenden Verfahrensverstößes**, das seinerseits wesentlich von der Bedeutung der im Einzelfall betroffenen Rechtsgüter bestimmt wird. Dabei ist in den Blick zu nehmen, dass die Annahme eines Verwertungsverbots ein wesentliches Prinzip des Strafverfahrensrechts – den Grundsatz, dass das Gericht die Wahrheit zu erforschen und dazu die Beweisaufnahme von Amts wegen auf alle Tatsachen und Beweismittel zu erstrecken hat, die von Bedeutung sind – einschränkt. Aus diesem Grund stellt ein Beweisverwertungsverbot eine Ausnahme dar, die nur bei

ausdrücklicher gesetzlicher Anordnung oder aus übergeordneten wichtigen Gründen im Einzelfall anzuerkennen ist (BGHSt 54, 69 m. w. Nachw.; BVerfG NJW 2012, 907).

- b) Nichts anderes gilt mit Blick darauf, dass nach **neuerem verfassungsrechtlichen Verständnis** jede weitere Verwendung erhobener Daten als eigenständiger Grundrechtseingriff zu werten ist und einer Rechtsgrundlage bedarf.

*„Diese liegt für die Einführung der Beweismittel in die Hauptverhandlung in der in § 244 II StPO statuierten **Pflicht des Gerichts, zur Erforschung der Wahrheit** die Beweisaufnahme in der Hauptverhandlung auf alle im Verfahren gewonnenen Beweismittel zu erstrecken, die für die Entscheidung von Bedeutung sind. Die rechtliche Legitimation für die Verwertung der in die Hauptverhandlung eingeführten Daten zur Urteilsfindung – den nochmaligen Eingriff in die genannten Grundrechte – folgt aus § 261 StPO, der dem Tatgericht gebietet, sich seine Überzeugung aus dem Inbegriff der Hauptverhandlung zu bilden, mithin insbesondere die dort erhobenen Beweise zu würdigen (BGHSt 56, 127 m. w. Nachw.; BVerfG NJW 2012, 907).*

Die hinreichend bestimmte Vorschrift des § 261 StPO beschränkt die Verwertung nicht auf rechtmäßig erhobene Beweise; auch in verfahrensfehlerhafter Weise gewonnene Beweismittel können zur Urteilsfindung herangezogen werden, wenn nicht im Einzelfall ein Beweisverwertungsverbot entgegensteht. Ein solches kann sich aus gesetzlichen Vorschriften ergeben. Es kann aber – mit Blick auf die verfassungsrechtliche Gewährleistung des Rechts auf ein faires Verfahren – auch von Verfassungen wegen geboten sein. Letzteres ist insbes. nach schwerwiegenden, bewussten oder objektiv willkürlichen Rechtsverstößen, bei denen grundrechtliche Sicherungen planmäßig oder systematisch außer Acht gelassen worden sind, in Betracht zu ziehen (BVerfG NJW 2012, 907). Diesen verfassungsrechtlichen Anforderungen wird die Abwägungslehre gerecht (BVerfG NJW 2012, 907).“ (BGH aaO)

- c) Die **Verwertung der erlangten Beweisergebnisse** – insbes. des mit dem der Tat spur übereinstimmenden DNA-Identifizierungsmusters des Angekl. – **war hier (noch) zulässig.**

*„Der **Rechtsverstoß** liegt vorliegend in der **Verwendung der durch den angeordneten Reihengentest zufällig gewonnenen Erkenntnis**, dass zwischen dem mutmaßlichen Täter und dem Vater und dem Onkel des Angekl. möglicherweise eine verwandtschaftliche Beziehung bestehen könnte. Dieser ist auch von erheblichem Gewicht, denn eine **Zweckbindung**, wie sie von §§ 81h I, III 1, 81g II 2 StPO vorgesehen ist, **soll gerade jede sonstige Datenverwendung verhindern.***

*Dem stehen jedoch folgende Umstände gegenüber: Der **Reihengentest**, der zu der Erkenntnis führte, war **in rechtmäßiger Art und Weise richterlich angeordnet** und die **Probanden entsprechend den gesetzlichen Bestimmungen ordnungsgemäß belehrt** worden. Auch **bei der Durchführung der Maßnahme**, namentlich bei der Untersuchung der Proben und dem anschließenden Abgleich mit der Tat spur, ist es **nicht zu Rechtsverstößen gekommen**; die **Beweisgewinnung insoweit war rechtmäßig.***

*Entscheidend ist aber, dass der **Gesetzgeber Regelungen für den Umgang mit solchen sog. Beinahetreffern nicht getroffen** hat. Die Rechtslage war für die Ermittlungsbehörden im Zeitpunkt der weiteren Verwendung ungeklärt. Die Ausgangslage der zufälligen Gewinnung einer überschießenden Erkenntnis im Rahmen des Reihengentests wies eine **strukturelle Nähe zu der auf**, die Gegenstand anderer **strafprozessualen Regelungen über den Umgang mit Zufallserkenntnissen** ist. Diese **verbieten die Verwertung von Zufallserkenntnissen nicht generell**: § 108 I StPO regelt den Umgang mit **Zufallsfunden**. Die Vorschrift betrifft Gegenstände, die anlässlich einer Durchsuchung aufgefunden wurden und – anders als im vorliegenden Fall – in keiner Beziehung zur Anlasstat stehen, aber auf die Verübung einer anderen Straftat hindeuten. Mit Ausnahme der Abs. 2 und 3, die dem **Schutz des Vertrauensverhältnisses** zwischen Arzt und Patientin und dem der Pressefreiheit dienen, ist die Verwertung der Zufallsfunde gestattet. Nach § 477 II 2 StPO ist die Verwendung von Daten in einem anderen Strafverfahren als dem Anlassverfahren – auch ohne Einwilligung des Betroffenen – erlaubt, wenn die Voraussetzungen der Anordnung der Ermittlungsmaßnahme auch in dem Verfahren gegen den nunmehr Besch. vorgelegen hätten; auch in diesen Fällen liegen zufällig gewonnene Erkenntnisse vor, die gleichwohl verwertet werden dürfen.*

*Angesichts dieser Umstände war die Annahme der Ermittlungsbeamten nicht völlig unververtretbar, dass die Erkenntnis der möglichen Verwandtschaft zwischen dem mutmaßlichen Täter und dem Vater und dem Onkel des Angekl. als Ermittlungsansatz verwertet werden konnte. Jedenfalls stellte sich diese Annahme **nicht als eine bewusste oder gar willkürliche Umgehung des Gesetzes oder grundrechtlich geschützter Positionen** des – zu diesem Zeitpunkt noch gar nicht bekannten – Angekl. oder seiner Verwandten dar.*

*Nach alledem **wiegt der Verfahrensverstoß auch mit Blick auf die Überschreitung der Zweckbindung** und den berührten **Schutzbereich des Art. 6 I GG nicht so schwer**, dass er hier die Unverwertbarkeit der infolge der unbefugten Datenverwendung erlangten Erkenntnisse zur Folge hätte.“ (BGH aaO)*

Nachbarschutz im Baurecht im vereinfachten Genehmigungsverfahren erteilte Baugenehmigung (VGH München in NJOZ 2013, 741; Beschluss vom 21.01.2013 – 9 CE 12.918)

1. Gegen eine im **vereinfachten Genehmigungsverfahren** erteilte Baugenehmigung, in der über eine erforderliche Abweichung von den gesetzlichen Abstandsflächen nicht entschieden worden ist, kann der Nachbar nur im Wege einer Klage auf bauaufsichtliches Einschreiten und mit Antrag auf Erlass einer entsprechenden **einstweiligen Anordnung** vorgehen.
2. Ein Nachbar ist immer dann in seinen Rechten verletzt, wenn eine ihm gegenüber anfallende **Abstandsfläche auf sein Grundstück fällt**; ob auch eine **tatsächliche Beeinträchtigung** vorliegt, ist für die Rechtsverletzung dagegen **ohne Bedeutung**.
3. Sind die **richtigen Maße des Bauvorhabens hinsichtlich Größe und Lage** schon bei Beantragung des Bauvorbescheides mitgeteilt und von den Nachbarn gegengezeichnet worden, so führt eine **Änderung der rechtlichen Bewertung** nicht zu einer rechtlichen Beeinträchtigung der Nachbar.

Fall: Die Ast. sind Eigentümer des Grundstücks Fl. Nr. ... der Gemarkung Z. Sie wandten sich gegen den mit Bescheid des Landratsamts W. (Landratsamt) vom 13.12.2011 genehmigten Bau eines Wohnhauses mit Garage auf dem südlich angrenzenden Grundstück der Beigel. (Fl. Nr. ... – Baugrundstück). Der Baugenehmigung war ein Vorbescheid des Landratsamts (v. 18.07.2011) vorausgegangen, in dem u. a. hinsichtlich der Nichteinhaltung der gesetzlichen Abstandsflächen zum Grundstück der Ast. Abweichungen zugelassen wurden. Die Ast. hatten den Vorbescheidsplan in seiner ursprünglichen Fassung als Nachbarn unterschrieben, nicht aber einen nachgereichten Plan, in dem die vollen Abstandsflächen wiedergegeben waren. Der Vorbescheid selbst wurde ihnen erst nach Ergehen der Baugenehmigung auf Verlangen zur Kenntnis gebracht und ist von ihnen schließlich am 09.05.2012 mit Klage angefochten worden, über die noch nicht entschieden ist.

Der nachfolgende Bauantrag der Beigel. entsprach ihrem Vorbescheidsvorhaben. Sie hat zwar u. a. auch Abweichungen gem. Art. 63 I 1 BayBauO beantragt, die im vereinfachten Genehmigungsverfahren erteilte Baugenehmigung vom 13.12.2011 schweigt sich hierüber jedoch aus. Einem Aktenvermerk ist zu entnehmen, dass das Landratsamt davon ausging, über die Abweichung von den gesetzlichen Abstandsflächen sei bereits mit dem Vorbescheid entschieden worden, weshalb „im Rahmen des Baugenehmigungsverfahrens die Abweichung von den Abstandsflächen nicht noch einmal ausgesprochen“ worden sei. Die Ast. haben gegen die Baugenehmigung am 12.01.2012 Klage zum VG erhoben mit dem Antrag, diese aufzuheben. Auch über diese Klage ist noch nicht entschieden.

Am 30.03.2012 haben sie außerdem beim VG gem. § 123 VwGO beantragt, den Ag. mit einstweiliger Anordnung zur vorläufigen Einstellung der Bauarbeiten auf dem Baugrundstück durch Erlass einer sofort vollziehbaren Baueinstellungsverfügung zu verpflichten.

Wird der Antrag Erfolg haben?

Der Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung nach § 123 VwGO wird Erfolg haben, wenn er zulässig und begründet ist.

I. Zulässigkeit des Antrags

Der Antrag ist zulässig, wenn die allgemeinen und besonderen Sachentscheidungs Voraussetzungen vorliegen.

1. Eröffnung des Verwaltungsrechtsweg, § 40 I 1 VwGO

Die Ast. streiten um die Pflicht der Ag., die vorläufige Einstellung der Bauarbeiten auf dem Baugrundstück durch Erlass einer sofort vollziehbaren Baueinstellungsverfügung zu erwirken. Streitentscheidende Normen sind also Vorschriften des öffentlichen Baurechts aus der BayBauO und dem BauGB. Es handelt sich deshalb um eine öffentlich-rechtliche Streitigkeit, so dass der Verwaltungsrechtsweg nach § 40 I 1 VwGO eröffnet ist.

2. Statthaftigkeit des Anordnungsverfahrens

Der Erlass der begehrten einstweiligen Anordnung ist nach § 123 V VwGO **unstatthaft**, wenn einer der dort genannten Fälle vorliegt, da insofern vorläufiger Rechtsschutz allein **nach §§ 80 V, 80a VwGO** zu gewähren ist. Das Verfahren nach § 123 VwGO ist insofern gegenüber diesen Verfahren subsidiär.

a) Baugenehmigung

Grundsätzlich wird der Rechtsschutz gegen eine dem Nachbarn erteilte Baugenehmigung im Wege der Anfechtungsklage gegen die Baugenehmigung als drittbelastendem, begünstigendem Verwaltungsakt gewährt. Da diese jedoch nach § 212a BauGB keine aufschiebende Wirkung hat, ist zudem ein Antrag auf Anordnung der aufschiebenden Wirkung dieser Klage gem. §§ 80 a III, 80 V VwGO ist zu stellen.

Insofern könnte hier gegen die Baugenehmigung die Anfechtungsklage einschlägig und der vorläufige Rechtsschutz über §§ 80 a III, 80 V VwGO zu suchen sein.

Eine Abweichung von vorstehenden Grundsätzen könne sich daraus ergeben, dass die Baugenehmigung vom 13.12.2011 im so genannten vereinfachten Genehmigungsverfahren gem. Art. 59 BayBauO erteilt worden ist.

*„In diesem Verfahren werden jedoch die **Abstandsflächen regelmäßig nicht geprüft**. Die Beigel. hat zwar mit ihrem Bauantrag u. a. auch eine Abweichung gem. Art. 63 I 1 BayBauO beantragt, gleichwohl ist im Tenor des Bescheids eine Abweichung von den Abstandsflächen nicht ausgesprochen worden. Hierzu geht aus dem Aktenvermerk vom 13.02.2012 hervor, dass diese **Unterlassung bewusst erfolgt** ist, weil das Landratsamt der Meinung war, über die Abweichung **sei schon im Vorbescheid bindend entschieden** worden, weshalb in der Baugenehmigung diese Entscheidung nicht noch einmal habe getroffen werden müssen. Ob diese Auffassung in dieser Allgemeinheit zutrifft, kann insbesondere vor dem Hintergrund von Art. 59 S. 1 Nr. 2 BayBauO und Art. 63 II 2 BayBauO fraglich sein (zum Verhältnis von Vorbescheid und Baugenehmigung vgl. auch König, in: Schwarzer/König, BayBauO, 4. Aufl. [2012], Art. 71 Rn. 17 ff.). Denn danach ist bei Bauvorhaben, die einer Genehmigung bedürfen, der Abweichungsantrag mit dem Bauantrag zu stellen und die Bauaufsichtsbehörde muss **beantragte Abweichungen auch im vereinfachten Genehmigungsverfahren prüfen**. Es spricht viel dafür, dass die Entscheidung über die Abweichung, selbst wenn sie bereits im Vorbescheid bindend getroffen worden wäre, in die Baugenehmigung zumindest hätte „redaktionell übernommen“ werden müssen (vgl. König, in: Schwarzer/König, Art. 71 Rn. 17). Im hier vorliegenden Fall erweist sich der Standpunkt des Landratsamts jedoch schon deshalb als unzutreffend, weil die **im Vorbescheidsverfahren gem. Art. 71 BayBauO getroffene Abweichungsentscheidung**, mit der gestaltend in Nachbarrechte eingegriffen wurde, mangels **Beteiligung der betroffenen Nachbarn** gegenüber nicht in Bestandskraft erwachsen ist und damit **keine Bindungswirkung entfaltet**. In einem solchen Fall war über die beantragte Abweichung deshalb in der Baugenehmigung erneut zu entscheiden; die sofortige Vollziehbarkeit der Baugenehmigung reicht insoweit nicht aus (vgl. König, in: Schwarzer/König, Art. 71 Rn. 18).*

*Für die Statthaftigkeit des Antrags auf Erlass einer einstweiligen Anordnung ist daher maßgeblich, dass in der Baugenehmigung keine die gesetzlichen Abstandsflächen zu den Ast. verkürzende Entscheidung getroffen worden ist, so dass der **Eingriff in die subjektiv-öffentlichen Nachbarrechte** der Ast. **nur durch die Baumaßnahmen** erfolgt, die der Verwirklichung eines Gebäudes dienen, das die gesetzlichen Abstandsflächen nicht einhält (vgl. zu dieser Fallkonstellation auch Wolf, in: Simon/Busse, BayBauO, Stand: Sept. 2012, Art. 59 Rn. 110, 114 m.w. Nachw.; Molodovsky, in: Koch/Molodovsky/Famers, BayBauO, Stand: Okt. 2012, Art. 59 Rn. 44).“ (VGH München aaO)*

Da vor diesem Hintergrund in der ergangenen Baugenehmigung hinsichtlich der Abstandsflächen keine Drittbelastung der Ast. zu sehen ist, kommt auch eine Anfechtungsklage nicht in Betracht mit der Folge, dass der vorläufige Rechtsschutz nicht über §§ 80 a III, 80 V VwGO gewährt werden kann.

b) Bauvorbescheid

Allerdings haben die Ast. auch gegen den Bauvorbescheid Klage erhoben, so dass sich insofern korrespondierend ein vorläufiger Rechtsschutz über §§ 80 a III, 80 V VwGO ergeben könnte. Der Vorbescheid unterscheidet sich insofern von der erteilten Baugenehmigung, als dass er eine Entscheidung über die Abweichung von den Abstandsflächen trifft.

*„Ein – das Vorgehen mit einem Antrag nach § 123 VwGO ausschließender – Vorrang des vorläufigen Rechtsschutzes gem. §§ 80 a III, 80 V VwGO kann auch nicht damit begründet werden, dass die die Rechte der Ast. berührende **Abweichungsentscheidung im Vorbescheid** getroffen und dieser inzwischen ebenfalls mit Klage angefochten worden ist. Denn der Vorbescheid **berechtigt die Beigel. nicht zur Errichtung einer baulichen Anlage**. Hierzu bedarf es zuvor noch einer Baugenehmigung, so dass ein Rechtsschutzbedürfnis für einen Antrag nach §§ 80 a III, 80 V VwGO gegen eine lediglich im Vorbescheidsverfahren getroffene behördliche Entscheidung nicht gegeben wäre.“ (VGH München aaO)*

Vor diesem Hintergrund ist der Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung nach § 123 VwGO statthaft.

3. Antragsbefugnis, § 42 II VwGO analog

Die Ast. müssten auch analog § 42 II VwGO antragsbefugt sein. In einem Verfahren nach § 123 VwGO ist die Antragsbefugnis nach der **Möglichkeitstheorie** zu bestimmen. Die Ast. sind daher antragsbefugt, wenn die Verletzung in einem subjektiv-öffentlichen Recht nicht von vornherein und nach jeder Betrachtungsweise ausgeschlossen ist.

Hier berufen sich die Ast. auf die Verletzung der **Abstandsflächen**. Diese sind **grundsätzlich nachbarschützend**, so dass eine subjektiv-öffentliche Rechtsposition besteht, deren Verletzung jedenfalls auch nicht von vornherein und nach jeder Betrachtungsweise ausgeschlossen erscheint.

Zwischenergebnis: Der Antrag ist zulässig.

II. Begründetheit des Antrags

Ein Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung ist begründet, wenn die Ast **Anordnungsanspruch** (den zu regelnden bzw. sichernden Anspruch) und **Anordnungsgrund** (Gefährdung des Anspruchs) gem. § 123 I, III VwGO i.V.m. §§ 920 II, 294 ZPO glaubhaft gemacht haben.

1. Anordnungsgrund

„Ein Anordnungsgrund ist gegeben, weil die Beigel. auf Grund der sofortigen Vollziehbarkeit der erteilten Baugenehmigung gem. § 212 a BauGB dazu berechtigt ist, mit der Verwirklichung des Bauvorhabens zu beginnen.“ (VGH München aaO)

2. Anordnungsanspruch

Fraglich ist jedoch, ob die Ast. einen Anordnungsanspruch hinreichend glaubhaft gemacht haben. Ein Anordnungsanspruch ist anzunehmen, wenn eine Verletzung der öffentlich-rechtlichen Nachbarrechte der Ast. durch das Bauvorhaben der Beigel., die ein behördliches Einschreiten zwingend erfordern würde, vorliegt.

a) Ausschluss der Verletzung von Nachbarrechten wegen Bauvorbescheid

Für das Bauvorhaben ist ein Vorbescheid ergangen. Wäre dieser bestandskräftig, könnten sich die Antragsteller, welche die Planunterlagen für den Vorbescheid unterzeichnet haben, nicht auf eine Verletzung durch die Nichteinhaltung von Abstandsflächen berufen. Allerdings ist zu berücksichtigen, dass der Vorbescheid vom 18.07.2011 den Ast. gegenüber noch nicht bestandskräftig geworden ist.

*„Der ihnen seinerzeit vorgelegte und von ihnen auch **unterschiedene Vorbescheidsplan** vom 27.04.2011 **wies die Abstandsflächen** auf der Grundlage des so genannten 16m-Privilegs (Art. 6 VI BayBauO) **aus** und nahm zudem als Fußpunkt für die Berechnung der Wandhöhe eine auf dem Baugrundstück geplante Aufschüttung an, so dass die **gesetzlichen Abstandsflächen vollständig auf dem Baugrundstück** zu liegen kamen. Demgegenüber berechnete die Behörde – zutreffend – die für die Abstandsfläche zu den Ast. maßgebliche Höhe der nördlichen Außenwand des geplanten Gebäudes mit dem Fußpunkt auf Höhe der natürlichen Geländeoberfläche. Bei dieser Berechnung ergab sich, dass auch bei Inanspruchnahme des 16m-Privilegs die **Abstandsfläche** sich in der nordöstlichen Ecke **zum Teil auf das Grundstück der Ast. erstreckt hätte** und das Vorhaben deshalb einer Abweichung bedurfte.“ (VGH München aaO)*

Diese wurde dann zwar mit dem **Vorbescheid erteilt**, dieser Bescheid ist den Ast. jedoch **nicht zugestellt** worden. Sie haben hiervon erst im Zusammenhang mit der nachfolgenden Baugenehmigung Kenntnis erlangt und sind sodann im Wege einer Klage dagegen vorgegangen.

„Insofern trifft die Auffassung des Landratsamts nicht zu, dass die Planunterlagen des Bauantrags „die gleichen Planunterlagen wie im Antrag auf Vorbescheid“ gewesen wären. Vielmehr konnte bei Erteilung einer Abweichung das 16m-Privileg nicht mehr in Anspruch genommen werden (vgl. VGH München [Großer Senat], VGH n. F. 53, 89 = BayVBl 2000, 562; Molodovsky, in: Koch/Molodovsky/Famers, BayBauO, Stand: Okt. 2012, Art. 6 Rn. 178; König, in: Schwarzer/König, Art. 6 Rn. 88 ff.); eine Abweichung kann sich nur auf die vollen Abstandsflächen gem. Art. 6 V BayBauO beziehen, nicht aber auf die (halben) Abstandsflächen des in Art. 6 VI BayBauO geregelten Sonderfalls. Dies hat zur Folge,

dass die **gesetzliche Abstandsfläche** gem. Art. 6 V BayBauO vor der nördlichen Außenwand **nunmehr zu mehr als der Hälfte auf dem Grundstück der Ast.** zu liegen kommt. Den von der Beigel. im Vorbescheidsverfahren nachgereichten Plan, der die Abstandsflächen unter Berücksichtigung dieser Gegebenheiten darstellt, haben die Ast. **unstreitig nicht unterschrieben.**“ (VGH München aaO)

Der unterschriebene Vorbescheid steht daher einer Rechtsverletzung nicht entgegen.

b) kein Erfordernis einer tatsächlichen Beeinträchtigung

Eine Verletzung von öffentlichen-rechtlichen Nachbarrechten könnte auch dann ausgeschlossen sein, wenn die Erteilung der Abweichung die Ast. tatsächlich nicht beeinträchtigt. Fraglich ist jedoch, ob es hierauf ankommt.

„[Ein] Nachbar ist immer dann in seinen Rechten verletzt, wenn eine ihm gegenüber anfallende **Abstandsfläche auf sein Grundstück fällt**; ob auch eine **tatsächliche Beeinträchtigung** vorliegt, ist für die Rechtsverletzung dagegen **ohne Bedeutung** (vgl. König, in: Schwarzer/König, Art. 6 Rn. 109 m. w. Nachw.).“ (VGH München aaO)

c) keine Abweichung der Maßzahlen zwischen den unterschriebenen Vorbescheidsplänen und der erteilten Abweichung

Die von den Ast. unterschriebenen Vorbescheidspläne geben die Maßzahlen für die Wandhöhe des geplanten Gebäudes von der natürlichen Geländeoberfläche bis zum Schnittpunkt mit der Dachhaut (Art. 6 IV 2 BayBauO) ebenso wieder wie dessen Abstand zum Nachbargrundstück und diese Maße identisch sind mit den Maßangaben in den für die Erteilung der Baugenehmigung eingereichten Plänen, **lediglich die rechtliche Einordnung differiert.**

„In dieser Situation kann aber nicht davon ausgegangen werden, dass das Bauvorhaben die Rechte der Ast. in einer derart gravierenden Weise verletzt, dass ein behördliches Einschreiten zwingend geboten und dem Landratsamt insoweit kein Ermessen mehr eingeräumt wäre.

Hinzu kommt, dass die von der Behörde nach Aktenlage **intendierte Erteilung einer Abweichung** von der gesetzlichen Abstandsfläche **rechtlich möglich** erscheint. Ein atypischer Fall liegt hier vor, denn das Bauvorhaben soll in stark hängigem Gelände verwirklicht werden, wobei die Höhenentwicklung des hangabwärts gelegenen Gebäudeteils naturgemäß größer ist als dessen oberer, westlicher Teil. Dort hält das geplante Gebäude zum Grundstück der Ast. **mehr als die halbe gesetzliche Abstandsfläche** ein, wobei der über die halbe Abstandsfläche hinausgehende Grenzabstand in etwa jener Fläche entspricht, um die die halbe Abstandsfläche im unteren Teil die Grundstücksgrenze zu den Ast. überschreiten würde. Bei dieser Sachlage spricht somit viel dafür, dass eine Abweichung auch unter Würdigung der öffentlich-rechtlich geschützten nachbarlichen Belange der Ast. (Art. 63 I 1 BayBauO) ohne Rechtsverstoß erteilt werden kann.“ (VGH München aaO)

Es besteht daher kein Anordnungsanspruch.

IV. Ergebnis

Das Landratsamt trifft im Ergebnis keine Verpflichtung, gegen die Baumaßnahmen der Beigel. zur Verwirklichung der ihr erteilten Baugenehmigung einzuschreiten.

(OVG Bautzen in LKV 2013, 182; Beschluss vom 21.01.2013 - 1 A 605/12)

1. Eine **Verfahrensrüge** ist nur dann ordnungsgemäß erhoben, wenn die zur Begründung der Rüge **vorgetragene(n) Tatsachen** unabhängig von ihrer Beweisbarkeit und Richtigkeit den **behaupteten Mangel** ergeben.
2. Im Verwaltungsprozess kann ein Beteiligter, der eine **Verletzung der Vorschriften über die Öffentlichkeit des Verfahrens** bereits während der mündlichen Verhandlung erkannt hat, sein nachfolgendes Rechtsmittel nur dann auf diesen Verfahrensfehler stützen, wenn er eine **entsprechende Rüge bereits in der mündlichen Verhandlung** oder zumindest in deren Anschluss eindeutig erhoben hat.

Fall: Im Verfahren auf Zulassung der Berufung hat der Kläger innerhalb der zweimonatigen Antragsbegründungsfrist, die mit der Zustellung des Urteils am 16.08.2012 in Lauf gesetzt wurde, fristwährend geltend gemacht, in der mündlichen Verhandlung vom 03.07.2012 seien die Vorschriften über die Öffentlichkeit des Verfahrens in vorwerfbarer Weise verletzt worden (§ 55 VwGO i.V.m. § 169 GVG, § 138 Nr. 5 VwGO). Beim Verlassen des Sitzungssaals hätten sowohl der Kläger als auch die Einzelrichterin bemerkt, dass die elektronische Anzeigetafel vor dem Sitzungssaal die Verhandlung durch einen großen roten Schriftzug als „nicht öffentliche Sitzung“ ausgewiesen habe. Durch diese fehlerhafte Anzeige am Sitzungssaal seien potentielle Zuschauer von der mündlichen Verhandlung fern gehalten worden; dies sei ein absoluter Zulassungsgrund.

Nachdem der Senat den Beteiligten den Aktenvermerk der Einzelrichterin vom 03.07.2012 mit der Gelegenheit zur Stellungnahme übersandt hat, führt der Kläger mit Schriftsatz vom 13.11.2012 aus: Der Vermerk belege, dass die Einzelrichterin die fehlerhafte Anzeige nicht erst nach Ende der mündlichen Verhandlung um 15.20 Uhr, sondern bereits bei der ersten Unterbrechung gegen 11.45 Uhr festgestellt habe. Zwischen dem Verhandlungsbeginn um 9.00 Uhr, zu dem die Verhandlung durch einen Knopfdruck der Richterin am Computer im Richtertisch als „öffentlich“ ausgewiesen worden sei, und der Sitzungsunterbrechung um 11.45 Uhr sei offenbar „eine der vielen auf dem Richterpult liegenden Akten auf den Knopf gekommen“ (so die Formulierung des Aktenvermerks). Dadurch sei die öffentliche mündliche Verhandlung sowohl auf der Anzeigetafel vor dem Sitzungssaal als auch - bedingt durch die zentrale elektronische Steuerung - auf dem Anzeigefeld im Eingangsbereich des Fachgerichtszentrums über einen Zeitraum von „bis zu zwei Stunden und 15 Minuten“ (so der klägerische Vortrag) als „nicht öffentlich“ ausgewiesen worden. Der Aktenvermerk belege sogar die Erkennbarkeit der falschen Anzeige auf dem Display des Richtertisches. Gleichwohl habe das Gericht erst auf den Hinweis des Klägers reagiert und nach Fortsetzung der mündlichen Verhandlung um 12.45 Uhr durch eine erneute Bedienung des entsprechenden Knopfes einen ungehinderten Zugang zur mündlichen Verhandlung gewährleistet. Entgegen den Ausführungen des Beklagten komme es nicht darauf an, dass die Tür zum Sitzungssaal unverschlossen und dass es der Begleitperson des Klägers möglich gewesen sei, an der gesamten Verhandlung als Zuhörer teilzunehmen. Bei einer ausdrücklichen als „nicht öffentlich“ ausgewiesenen Gerichtsverhandlung könne es potenziellen Zuschauern nicht angesonnen werden, den Ausschluss der Öffentlichkeit an der Gerichtspforte oder gar durch ein Betreten des Sitzungssaales zu hinterfragen.

Wie wird das OVG über den zulässigen Antrag auf Zulassung der Berufung entscheiden?

Der Kläger beruft sich hier auf den Berufungszulassungsgrund des § 124 Abs. 2 Nr. 5 VwGO, indem er einen Verfahrensmangel rügt, auf dem die Entscheidung beruhen kann. Fraglich ist, ob er einen solchen Verfahrensmangel hinreichend dargelegt hat.

I. Anforderungen des Darlegungserfordernisses

*„Das Darlegungserfordernis verlangt, dass ein Antragsteller im Zulassungsverfahren zum einen zumindest einen **Zulassungsgrund** gemäß § 124 Abs. 2 VwGO **bezeichnet** und zum anderen **herausarbeitet**, aus welchen Gründen die Voraussetzungen des bezeichneten **Zulassungsgrundes erfüllt** sind. Das Oberverwaltungsgericht ist bei seiner Entscheidung über die Zulassung der Berufung darauf beschränkt, das Vorliegen der von dem Antragsteller bezeichneten Zulassungsgründe **anhand der von ihm innerhalb der gesetzlichen Antragsbegründungsfrist** (§ 124a Abs. 4 Satz 4 VwGO) **vorgetragenen Gesichtspunkte zu prüfen**.“* (OVG Bautzen aaO)

II. Berücksichtigung des Vorbringens im Schriftsatz vom 13.11.2013

Fraglich ist vor diesem Hintergrund, ob das OVG bei seiner Entscheidung, das nachträgliche Klägervorbringen im Schriftsatz vom 13.11.2012 mit zu berücksichtigen hat, da dieses erst nach Ablauf der Frist für die Begründung des Antrags auf Zulassung der Berufung erfolgt ist.

„[Das] Oberverwaltungsgericht [hat] bei der Entscheidung über den Zulassungsantrag das nachträgliche Klägervorbringen ebenfalls zu berücksichtigen, soweit es der Erläuterung und Verdeutlichung der fristgerechten Antragsbegründung anhand des den Beteiligten erst im Zulassungsverfahren bekannt gewordenen Aktenvermerks dient (vgl. Kopp/Schenke, VwGO, 18. Aufl., § 124a Rn. 50).“ (OVG Bautzen aaO)

III. Erfüllung des Darlegungserfordernisses

Fraglich ist daher, ob der Kläger den von ihm geltend gemachten Verfahrensmangel dargelegt hat.

Eine Verfahrensrüge ist nur dann ordnungsgemäß erhoben, wenn die zur Begründung der Rüge vorgetragenen Tatsachen unabhängig von ihrer Beweisbarkeit und Richtigkeit den behaupteten Mangel ergeben.

1. Beweiskraft des Protokolls

Für Verfahrensrügen ist zunächst auf die Beweiskraft des Protokolls abzustellen.

*„Die Rüge, das Verwaltungsgericht habe in der mündlichen Verhandlung vom 03.07.2012 in zurechenbarer Weise den **Öffentlichkeitsgrundsatz** (§ 55 VwGO i. V. m. § 169 GVG) verletzt, weil der Sitzungssaal 05 des Fachgerichtszentrums zwischen dem Verhandlungsbeginn um 9.00 Uhr und der ersten Unterbrechung um 11.45 Uhr über einen Zeitraum von „bis zu zwei Stunden und 15 Minuten“ durch die fehlerhaft geschaltete Anzeige „nicht öffentliche Sitzung“ faktisch nicht für jeden interessierten Zuhörer zugänglich gewesen sei, betrifft eine **wesentliche Förmlichkeit der mündlichen Verhandlung**, die gem. § 105 VwGO i.V.m. § 165 Satz 1 ZPO auch im Verwaltungsprozess nur durch das Protokoll bewiesen werden kann (vgl. BVerwG, Beschl. v. 29. April 1998 - 7 B 22.98 -, juris Rn. 2). Gem. § 160 Abs. 1 Nr. 5 ZPO ist im **Protokoll anzugeben, dass öffentlich verhandelt** oder die Öffentlichkeit ausgeschlossen wurde. Die in sich vollständige und der Auslegung nicht zugängliche „**Niederschrift über die öffentliche Verhandlung**“ des Verwaltungsgerichts vom 03.07.2012 enthält **keine Angaben** über einen Ausschluss der Öffentlichkeit und belegt damit die Öffentlichkeit der Verhandlung (vgl. BVerwG, Beschl. v. 22.11.2010, Buchholz 310 § 105 VwGO Nr. 56; ebenso BAG, Beschl. v. 13.11.2007, NJW 2008, 1021).“ (OVG Bautzen aaO)*

Vor diesem Hintergrund ist zunächst grundsätzlich von der Wahrung des Öffentlichkeitsgrundsatzes auszugehen.

2. Pflicht zum Bewirken einer Protokollberichtigung

Allerdings könnte der Kläger im Hinblick auf die besondere Beweiskraft des Protokolls (§ 165 Satz 1 ZPO) gehalten gewesen wäre, bis zum Ablauf der zweimonatigen Frist für die Begründung des Zulassungsantrags beim Verwaltungsgericht einen **Antrag auf Protokollberichtigung** (vgl. BAG a. a. O.) zu stellen.

*„[Dies] mag dahinstehen. Auch wenn der nach § 165 Satz 2 ZPO mit allen zulässigen Beweismitteln **fühbare Gegenbeweis** (vgl. BGH, Urt. v. 16. Oktober 1984 - VI ZR 205/83 -, juris Rn. 17) für eine Verletzung der in Rede stehenden Förmlichkeit bereits **durch den richterlichen Aktenvermerk vom 03.07.2012 erbracht** und ein Berichtigungsantrag deshalb ebenso entbehrlich sein mag wie entsprechende Darlegungen des Klägers, lässt die Begründung des Zulassungsantrags jedenfalls die erforderlichen **Ausführungen zum Rügeerfordernis** nach § 173 Satz 1 VwGO i. V. m. § 295 ZPO (vgl. OVG Bautzen. v. 16.12.1997, SächsVBl. 1998, 162 und v. 11. Juni 2012 - 1 E 43/11 -, juris Rn. 8) **vermissen**.“ (OVG Bautzen aaO)*

3. Verletzung der Rügepflicht

Rügt ein Antragsteller im Zulassungsverfahren die Verletzung von Verfahrensvorschriften, auf deren Beachtung die Beteiligten in entsprechender Anwendung von § 295 ZPO verzichten können, erfordert das **Darlegungsgebot** Ausführungen zur **Wahrung der Rügeobliegenheit**.

*„Nach dem im Verwaltungsprozess über die Verweisung in § 173 Satz 1 VwGO entsprechend anwendbaren § 295 Abs. 1 ZPO kann die **Verletzung von Verfahrensvorschriften nicht mehr gerügt** werden, wenn die Partei bei der nächsten mündlichen Verhandlung, die aufgrund des betreffenden Verfahrens stattgefunden hat, den Mangel nicht gerügt hat, obgleich sie erschienen und ihr der Mangel bekannt war und bekannt sein musste. Klägerische Darlegungen zum Rügeerfordernis sind im Zulassungsverfahren auch nicht mit der Erwägung verzichtbar, eine Anwendung von § 295 Abs. 1 ZPO scheidet ersichtlich aus:*

*Da die „**nächste mündliche Verhandlung**“ i. S. v. § 295 Abs. 1 ZPO bei entsprechender Anwendung der Norm im Verwaltungsprozess **auch die fortgesetzte Verhandlung** erfasst (vgl. Kopp/Schenke aaO., § 132 Rn. 24 m.w.N.), hätte sich der anwaltlich vertretene Kläger bei Fortsetzung der zwischen 11.45 Uhr und 12.15 Uhr unterbrochenen mündlichen Verhandlung - in **sicherer Kenntnis** der nunmehr als Verfahrensfehler geltend gemachten Umstände - **nicht rügelos** auf die weitere, rund einstündige Zeugenvernehmung **einlassen**, auf das Abspielen des Tonträgers (auch) über die vor 11.45 Uhr durchgeführte Zeugenvernehmung verzichten (Protokoll S. 13) und sich auf das Stellen zusätzlicher Beweisanträge (Protokoll S. 12) sowie des Klageantrags (Protokoll S. 13) beschränken dürfen.*

*Bei dieser Beurteilung folgt der Senat der **Rechtsprechung** sowohl des **Bundesverwaltungsgerichts** (Beschl. v. 04.11.1977, Buchholz 303 § 295 ZPO Nr. 1 = MDR 1978, 600 [nur Leitsatz] für die mündliche Verhandlung in der Radarstation eines Sperrgebiets; Beschl. v. 24. Mai 1984, NVwZ 1985, 566: „ständige Rechtsprechung des Senats“) **als auch des Bundesfinanzhofs** (Beschl. v. 24. August 1990 - X R 45/90, X*

R 46/90 -, juris Rn. 4 ff.; zustimmend Greger, in: Zöller, ZPO, 28. Aufl., § 295 Rn. 5, ablehnend u. a. Kissel/Mayer, GVG, 5. Aufl., § 169 Rn. 58) zu § 295 Abs. 1 ZPO, nach der ein Beteiligter sein Rechtsmittel auf die von ihm bereits während der Verhandlung erkannte Verletzung der Vorschriften über die Öffentlichkeit nur dann erfolgreich stützen kann, wenn er diese **Rüge bereits in der mündlichen Verhandlung oder zumindest in deren Anschluss eindeutig erhoben** hat. Dieser Rechtsprechung liegt die Erwägung zugrunde, dass sich die Rechtsfolgen einer Verletzung des § 169 S. 1 GVG nach dem jeweils anwendbaren Verfahrensrecht richten, wobei der Öffentlichkeitsgrundsatz im Verwaltungs- und Finanzprozess nur in abgeschwächter Form gilt, zumal die Beteiligten jeweils wirksam auf mündliche Verhandlungen in Urteilsverfahren verzichten können. Damit steht § 295 II ZPO dem Verlust des Rügerechts bei einer Verletzung des Öffentlichkeitsgrundsatzes im Verwaltungsprozess nicht entgegen (so ausdrücklich bereits BVerwG, Beschl. v. 04.11.1977 a. a. O.; anders Cybulka, in: Sodan/Ziekow, VwGO, 3. Aufl., § 55 Rn. 26; Kissel/Mayer aaO.; Kopp/Schenke a. a. O., § 55 Rn. 5; und - für den Zivilprozess - OLG Köln, Urt. v. 07.11.1984, NJW-RR 1986, 560 f.).“ (OVG Bautzen aaO).

4. Ergebnis

Da der Kläger seiner Rügepflicht nicht nachgekommen ist, hat er den Verfahrensmangel nicht hinreichend dargelegt, so dass der Zulassungsantrag abzulehnen ist.

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 II

Zwischenfeststellungsklage Zulässigkeit

ZPO

(BGH in NJW 2013, 1744; Urteil vom 07.03.2013 – VII ZR 223/11)

Eine **Zwischenfeststellungsklage** ist **zulässig**, wenn beide Parteien mit **Klage und Widerklage selbstständige Ansprüche verfolgen**, für die das **streitige Rechtsverhältnis vorgreiflich** ist; dies gilt auch dann, wenn sie in ihrer Gesamtheit die Ansprüche erschöpfen, die sich aus dem Rechtsverhältnis überhaupt ergeben können.

*„Mit der Zwischenfeststellungsklage wird es dem Kl. ermöglicht, neben einer rechtskräftigen Entscheidung über seine Klage auch eine solche über nach § 322 I ZPO der Rechtskraft nicht fähige Streitige Rechtsverhältnisse herbeizuführen, auf die es für die Entscheidung des Rechtsstreits ankommt. Die begehrte Feststellung muss sich allerdings grds. auf einen **Gegenstand beziehen, der über den der Rechtskraft fähigen Gegenstand des Rechtsstreits hinausgeht**. Für eine Zwischenfeststellungsklage ist daher grds. kein Raum, wenn mit dem Urteil über die Hauptklage die Rechtsbeziehungen der Parteien erschöpfend geregelt werden (vgl. BGHZ 169, 153 = NJW 2007, 82 = NZBau 2007, 39; Zöller/Greger, ZPO, 29. Aufl., § 256 Rn 26). Eine Zwischenfeststellungsklage ist jedoch dann zulässig, wenn **mit der Hauptklage mehrere selbstständige Ansprüche aus dem Rechtsverhältnis verfolgt werden**, mögen sie auch in ihrer Gesamtheit die Ansprüche erschöpfen, die sich aus ihm überhaupt ergeben können (vgl. RGZ 144, 54; RGZ 170, 328). Diesen Rechtsgrundsatz hat der BGH auf den Fall übertragen, dass die Parteien mit Klage und Widerklage mehrere selbstständige Ansprüche verfolgen, für die das Streitige Rechtsverhältnis vorgreiflich ist, mögen sie auch in ihrer Gesamtheit die Ansprüche erschöpfen, die sich aus dem Rechtsverhältnis überhaupt ergeben können (BGH WM 1967, 1245; BGH MDR 1979, 746). Dies wird damit begründet, dass in beiden Fällen Teilurteile ergehen können und deshalb die Entscheidungen über das zu Grunde liegende Rechtsverhältnis für nachfolgende Teilurteile und das Schlussurteil von Bedeutung sein können.*

*Entsprechend diesen Grundsätzen ist die Zwischenfeststellungsklage der Kl. im Streitfall zulässig: Die Rechtsnatur der Kündigung ist jedenfalls sowohl für die Klage auf Erstattung der Mehrkosten für die drittseitige Fertigstellung des Bauvorhabens als auch für die Widerklage auf Zahlung einer Kündigungsvergütung für nicht erbrachte Leistungen vorgreiflich. Der Einwand der Bekl., wegen des engen Verbunds zwischen Klage- und Widerklageantrag sei für den Erlass von Teilurteilen, für die die Zwischenfeststellung von Bedeutung sein könnte, kein Raum, weshalb die Zwischenfeststellungsklage unzulässig sei, ist nicht stichhaltig. Grds. darf allerdings bei Klage und Widerklage ein Teilurteil nur erlassen werden, wenn die **Gefahr widersprechender Entscheidungen ausgeschlossen** ist (vgl. BGH NJW-RR 2003, 303 = NZBau 2003, 153 = BauR 2003, 381). Die Gefahr der Widersprüchlichkeit kann indes gerade dadurch beseitigt werden, dass über eine für Klage und Widerklage vorgreifliche Vorfrage ein Zwischenfeststellungsurteil gem. § 256 II ZPO ergeht (vgl. BGH NJW-RR 2003, 303; BGH NJW-RR 2012, 849 = NZBau 2012, 440 = BauR 2012, 1391).“ (BGH aaO)*

ZPO
§ 237

Wiedereinsetzung in versäumte Berufungsbegründungsfrist Entscheidungsbefugnis des Revisionsgerichts

ZPO

(BGH in NJW-RR 2013, 702; Beschluss vom 26.02.2013 – VI ZR 374/12)

Über einen **Antrag auf Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gegen die Versäumung der Berufungsbegründungsfrist** hat **grds. das Berufungsgericht** und nicht das Revisionsgericht **zu entscheiden**. Das gilt auch dann, wenn die Berufung bereits als unbegründet zurückgewiesen und der Antrag nach Einlegung der Nichtzulassungsbeschwerde gestellt worden ist.

*„Etwas anders gilt – aus Gründen der **Prozesswirtschaftlichkeit** – zwar dann, wenn nach dem Akteninhalt Wiedereinsetzung ohne Weiteres zu gewähren ist. In einem solchen Fall ist das mit der Sache befasste RevGer. ausnahmsweise befugt, selbst zu entscheiden und dem für den Berufungsrechtszug gestellten Wiedereinsetzungsantrag stattzugeben (vgl. BGH VersR 1993, 500; BGH NJW 1996, 2581; Wendtland, BeckOK-ZPO, § 237 Rn 6; Saenger, HK-ZPO, 5. Aufl., § 237 Rn 3). Die Voraussetzungen hierfür sind vorliegend aber nicht gegeben.*

*Der Entscheidung über den Wiedereinsetzungsantrag gegen die Versäumung der Berufungsbegründungsfrist steht nicht entgegen, dass die Berufung inzwischen als unbegründet zurückgewiesen worden ist. Da die **Zulässigkeit der Berufung eine Prozessvoraussetzung ist, von der das gesamte weitere Verfahren nach Einlegung der Berufung, mithin auch das Verfahren der Revisionsinstanz, in seiner Rechtswirksamkeit abhängt**, ist sie vom RevGer. von Amts wegen zu prüfen (BGHZ 4, 389; BGH NJW 1982, 1873 u. NJW 2011, 926). Sollte dem Kl. Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gegen die Versäumung der Berufungsbegründungsfrist gewährt werden, wäre seine Berufung zulässig. Über die Nichtzulassungsbeschwerde gegen den die Berufung gem. § 522 II ZPO zurückweisenden Beschluss wäre sachlich zu entscheiden. Hätte der Wiedereinsetzungsantrag keinen Erfolg, wäre die Berufung unzulässig und das landgerichtliche Urteil wäre rechtskräftig. In diesem Fall wäre das RevGer. gehindert, über die Nichtzulassungsbeschwerde in der Sache zu entscheiden. Die Nichtzulassungsbeschwerde müsste vielmehr mit der Maßgabe zurückgewiesen werden, dass die Berufung gegen das Urteil des LG als unzulässig verworfen wird.“ (BGH aaO)*

ZPO
§§ 91a, 511

Berufung gegen Kostenentscheidung Statthaftigkeit

ZPO

(BGH in MDR 2013, 671; Beschluss vom 19.03.2013 – VIII ZB 45/12)

Eine **Berufung** ist **nicht statthaft**, wenn sich eine Partei **allein gegen die Kostenentscheidung nach § 91a ZPO** und nicht zugleich auch gegen die Entscheidung in der Hauptsache wendet.

„Gegen Kostenentscheidungen nach § 91a I ZPO ist das Rechtsmittel der sofortigen Beschwerde nach § 91a II ZPO eröffnet. Dies gilt auch dann, wenn eine solche Entscheidung als Teil einer **Kostenmischentscheidung** in einem Urteil getroffen worden ist (BGHZ 40, 265; BGH NJW 2001, 230; BGH NJW-RR 2003, 1504).

Daneben ist aus Gründen der **Prozessökonomie** als einheitliches Rechtsmittel auch die Berufung eröffnet, wenn sich der Rechtsmittelführer nicht nur gegen die Kostenentscheidung, sondern auch gegen den streitig entschiedenen Teil der Hauptsache wendet (vgl. BGH NJW-RR 2010, 640; OLG Rostock OLGR 2003, 388; OLG München BauR 2012, 537; Stein/Jonas/Bork, ZPO, 22. Aufl., § 91a Rn 42; Zöller/Vollkommer, § 91a Rn 56; MüKo-ZPO/Lindacher, 4. Aufl., § 91a Rn 120; Musielak/Lackmann, ZPO, 9. Aufl., § 91a Rn 53). Eine solche Fallgestaltung ist vorliegend jedoch nicht gegeben. Der Bekl. ist in der Hauptsache nicht beschwert, er wendet sich allein gegen die ihn belastende Kostenentscheidung nach § 91a I ZPO. Soll eine im Rahmen eines Urteils ergangene gemischte Kostenentscheidung allein hinsichtlich der Entscheidung nach § 91a ZPO angefochten werden, steht dafür nicht die Berufung, sondern nur das Rechtsmittel der sofortigen Beschwerde zur Verfügung (BGHZ 113, 362 m. w. Nachw.).“ (BGH aaO)

StPO
§§ 257c IV 1, 267

Verständigung Bindung des Gerichts

StPO

(BGH in NStZ-RR 2013, 184; Beschluss vom 25.10.2012 – 1 StR 421/12)

Die **Bindung des Gerichts an eine Verständigung entfällt** gem. § 257 IV 1 StPO erst dann, wenn **rechtlich oder tatsächlich bedeutsame Umstände übersehen** worden sind oder sich ergeben haben und das Gericht deswegen zu der Überzeugung gelangt, dass der **in Aussicht gestellte Strafrahmen nicht mehr tat- oder schuldangemessen** ist. Dies ist anzunehmen, wenn die Strafrahmengzusage sich hierdurch so weit von dem Gedanken eines **gerechten Schuldausgleichs** entfernt, dass sie als **unvertretbar** erscheint.

„Dabei liegt die Prüfung und Entscheidung, ob eine mit dem materiellen Recht in Einklang stehende Ahndung auch bei veränderter Beurteilungsgrundlage noch im Rahmen der getroffenen Verständigung möglich ist, im Verantwortungsbereich des Gerichts (vgl. BGH NJW 2012, 3113). In § 257c IV 1 StPO ist ausdrücklich geregelt, dass ein Abweichen von der Verständigung und damit ein Entfallen der Bindung an diese u.a. voraussetzt, dass das Gericht **wegen der veränderten Beurteilungsgrundlage** zu der Überzeugung gelangt, der in Aussicht gestellte **Strafrahmen sei nicht mehr tat- oder schuldangemessen**.

Bei der Beantwortung der Frage, ob die in Aussicht gestellten Strafrahmengrenzen auch auf veränderter Beurteilungsgrundlage eine tat- und schuldangemessene Ahndung ermöglichen, kommt dem Gericht wie auch sonst bei Wertungsakten im Bereich der Strafzumessung ein **weiter Beurteilungsspielraum** zu, der erst überschritten ist, wenn die zugesagte Strafober- oder die zugesagte Strafuntergrenze nicht mehr **mit den Vorgaben des materiellen Rechts in Einklang zu bringen** ist. Dies wäre etwa anzunehmen, wenn die Strafrahmengzusage sich unter Berücksichtigung von neu eingetretenen oder erkannten Umständen so weit von dem Gedanken eines gerechten Schuldausgleichs entfernte, dass sie als **unvertretbar** erschiene. In diesem Fall wäre das Gericht jedenfalls aus Gründen sachlichen Rechts verpflichtet, von der getroffenen Verständigung abzuweichen.“ (BGH aaO)

StPO
§ 275 II 1

Hauptverhandlungsprotokoll Richterliche Urteilsunterschrift

StPO

(OLG Hamm in NStZ 2013, 304; Beschluss vom 08.10.2012 – III-3 RBs 273/12)

Die **Unterschrift des allein entscheidenden Richters unter dem Protokoll der Hauptverhandlung reicht als Unterschrift** i.S.d. § 275 II 1 StPO (i.V.m. § 46 I OWiG) **aus**, wenn das **Urteil vollständig mit Gründen in das Protokoll aufgenommen** worden ist. Eine gesonderte Unterschrift unter den Urteilsgründen ist dann nicht erforderlich.

- I. Die **Frage ist umstritten**: In der Lit. heißt es verbreitet, die Unterschriften der Berufsrichter müssten das gesamte Urteil decken; die Unterschrift der Vorsitzenden unter dem Protokoll soll ausdrücklich nicht ausreichen (LR-Gollwitzer, 25. Aufl., § 275 Rn 21; Meyer-Goßner, 55. Aufl., § 275 Rn 1; KK-Engelhardt, 6. Aufl., § 275 Rn 3).

Die Folge dieser Rechtsauffassung ist, dass die Vorsitzende im Fall eines Urteils, das gem. § 275 I StPO mit den Gründen vollständig ins Protokoll aufgenommen ist, zwei Unterschriften leisten muss, und zwar sowohl unter den Urteilsgründen als auch unter dem Protokoll.

- II. **OLG Hamm aaO folgt der Gegenauffassung**, nach der eine nochmalige Unterschrift entbehrlich ist.

„Dem liegt eine **zweckbezogene Auslegung des § 275 I und II StPO** zu Grunde: Die Unterschriften unter dem Urteil sollen beurkunden, dass die Urteilsgründe mit dem Beratungsergebnis des Kollegialgerichts übereinstimmen (Meyer-Goßner aaO, Rn 19 m. w. Nachw.). Dies gilt entsprechend für den Fall des (allein entscheidenden) Straf- bzw. Bußgeldrichters: Er beurkundet mit seiner Unterschrift, dass die Urteilsgründe mit denjenigen Gründen übereinstimmen, die für seinen Urteilsspruch maßgebend waren.

Dieser Zweck wird erfüllt, wenn – im Fall einer gesonderten Urteilsurkunde – die Unterschriften gem. § 275 II 1 StPO unter die Urkunde gesetzt werden. Im Fall des Protokollurteils gem. § 275 I 1 StPO besteht hingegen die Besonderheit, dass das Urteil einschließlich der Gründe zum Gegenstand der Hauptverhandlung gemacht worden ist, die durch das Protokoll dokumentiert wird (vgl. OLG Celle aaO). Billigt der Vorsitzende das Protokoll mit seiner Unterschrift als zutreffend, erstreckt sich dies damit auch auf das Urteil und seine Gründe, so dass eine gesonderte Unterschrift entbehrlich ist. Nur im Fall einer Entscheidung eines Kollegialgerichts durch Protokollurteil sind neben der Unterschrift des Vorsitzenden unter dem Protokoll noch die Unterschriften der weiteren Berufsrichter erforderlich (vgl. OLG Celle StraFo 2012, 21).“ (OLG Hamm aaO)

StPO
§ 338 Nr. 7

Wiedereintritt in Hauptverhandlung
Nach mündlicher Urteilsbekanntgabe

StPO

(BGH in StV 2013, 378; Beschluss vom 23.10.2012 – 2 StR 285/12)

Mit der **mündlichen Bekanntgabe von Formel und Gründen** ist das **Urteil ergangen**; **danach** ist es für das erkennende Gericht **nicht mehr abänderbar oder ergänzbar**. Für einen **Wiedereintritt in die Hauptverhandlung** sowie eine erneute Urteilsberatung und -verkündung ist - unbeschadet der Identität der Urteilsformel – **in diesem Falle kein Raum**.

„Das Ziel nachträglich einen Verfahrensfehler formal zu "heilen", womit aber zugleich dem Angekl. eine Rechtsmittelmöglichkeit versagt werden sollte, rechtfertigt eine solche Verfahrensweise nicht. Ein Fehler im Verfahren kann nicht dadurch geheilt werden, dass andere Verfahrensregeln von erheblicher Bedeutung verletzt werden.“

Hinsichtlich des zuerst ergangenen Urteils hat die Revision mit der Verfahrensrüge des Fehlens schriftlicher Entscheidungsgründe Erfolg (§ 338 Nr. 7 StPO): Mit den gem. §§ 267, 275 I zu den Akten zu bringenden schriftlichen Urteilsgründen bezeugen die beteiligten Berufsrichter durch ihre Unterschrift, dass es sich bei der Niederschrift um die Urteilsgründe handelt, die das Gericht aufgrund der Beratung und Abstimmung des Urteils in der Hauptverhandlung gewonnen hat. Die hier vorhandene Urteilsurkunde bezieht sich auf das zuletzt verkündete Urteil, auch wenn ihr Inhalt darüber nicht unmittelbar Aufschluss gibt. Dies folgt jedoch aus der Vorgehensweise des Landgerichts, das nach Wiedereintritt in die Hauptverhandlung, erneuter Entgegennahme der Schlussvorträge und Gewährung des letzten Wortes an den Angekl. das Urteil beraten und verkündet hat. Die spätere Formulierung der schriftlichen Urteilsbegründung war unter Berücksichtigung der nachträglichen Prozesshandlungen erfolgt (Art. 103 I GG, § 261 StPO); sie kann nach Lage der Dinge nur auf der letzten Urteilsberatung beruhen. Dann aber fehlt eine alleine dem zuerst verkündeten Urteil zuzuordnende Urteilsurkunde. Das erste Urteil war deshalb ebenfalls aufzuheben.“ (BGH aaO)

StPO
§ 395 III

Nebenklage
Konstitutive Wirkung der Zulassung

StPO

(OLG Oldenburg in ZAP 2013, 510; Beschluss vom 06.02.2013 – 1 Ws 70/13)

Die **Zulassung der Nebenklage** gem. § 395 III StPO hat **konstitutive Wirkung** und **bindet auch das Rechtsmittelgericht**.

*„Anders als ein gem. § 395 I oder II StPO ergangener Zulassungsbeschluss begründet die auf § 395 III StPO gestützte Zulassung einen materiellen Anschlussgrund mit konstitutiver Wirkung. Sie ist durch § 396 II StPO **jeder Anfechtung entzogen und bindet auch das Rechtsmittelgericht**, mit der Folge, dass das Landgericht bei der im Rahmen der Zulässigkeit der Berufung zu prüfenden Beschwer der Nebenklägerin deren Nebenklageberechtigung nicht abweichend von der materiellen Entscheidung des Amtsgerichts beurteilen darf (vgl. BGH NJW 2012, 2601; OLG Düsseldorf NSTZ 1994, 49; Rössner NSTZ 1994, 506; OLG Düsseldorf NSTZ-RR 1997, 11).“ (OLG Oldenburg aaO)*

BVerfGG
§§ 22 I, 90, 93 I

Verfassungsbeschwerde
Vertretung einer Gemeinde

BVerfGG

(BVerfG in BayVBl 2013, 305 = NJW-RR 2013, 249; Beschluss vom 28.12.2012 – 1 BvR 2620/11)

Die **Verfassungsbeschwerde einer Stadt** ist nicht in zulässiger Weise erhoben worden, wenn sie nicht **vom gesetzlichen Vertreter** (hier: gem. § 42 I 2, IV BadWürttGO vom Oberbürgermeister), sondern vom Stadtrechtsdirektor mit dem Zusatz „i. A.“ unterzeichnet wurde und dieser nicht wirksam gem. § 22 I 4 BVerfGG als Beistand zugelassen wurde.

*„Der außerordentliche Rechtsbehelf der Verfassungsbeschwerde verlangt grds., dass der Bf. selbst handelt, bei juristischen Personen also der gesetzliche Vertreter (vgl. BVerfG NJW 2001, 3326; Maunz/Schmidt-Bleibtreu/Klein/Bethge, BVerfGG, Stand: März 2010, § 90 Rn 174, jew. m. w. Nachw.). Die Bf. ist eine **juristische Person des öffentlichen Rechts**. Sie wird nach § 42 I 2 und IV der BadWürttGO durch ihren Oberbürgermeister vertreten. Die Verfassungsbeschwerde wurde nicht vom Oberbürgermeister der Bf. eingelegt (wird ausgeführt).*

*Es liegt auch **kein Fall einer wirksamen gewillkürten Prozessvertretung nach § 22 BVerfGG** vor: Ein Stadtrechtsdirektor ist keine vertretungsberechtigte Person i. S. des § 22 I 1 BVerfGG. Das BVerfG kann zwar auch eine andere Person als Beistand eines Bet. nach § 22 I 4 BVerfGG zulassen. Ein solcher Antrag auf Zulassung des Stadtrechtsdirektors als Beistand hätte allerdings innerhalb der Monatsfrist des § 93 I BVerfGG wirksam gestellt werden müssen. Dies ist nicht geschehen.“ (BVerfG aaO)*

VwGO
§§ 68 ff

Widerspruchsverfahren
Auslegung von Erklärungen

VwGO

(VGH Mannheim in NVwZ-RR 2013, 398; Urteil vom 07.01.2013 – 2 S 2120/12)

Erklärungen im Widerspruchsverfahren sind wie **Prozesserklärungen** entsprechend den für die Auslegung von Willenserklärungen geltenden allgemeinen Grundsätzen (§§ 133, 157 BGB) **auszulegen**.

*„Für das Widerspruchsverfahren ist **auf die allgemeinen Grundsätze zurückzugreifen**, die für das Klageverfahren gelten, **soweit keine abweichende spezialgesetzliche Regelung existiert** (vgl. Kopp/Schenke, VwGO, Vorb. § 68 Rn 14 ff.). Erklärungen im Widerspruchsverfahren sind demzufolge wie Prozessklärungen entsprechend den für die Auslegung von Willenserklärungen geltenden allgemeinen Grundsätzen (§§ 133, 157 BGB) auszulegen. **Wesentlich ist** hiernach der **geäußerte Wille des Bet.**, wie er sich aus der Erklärung und den sonstigen Umständen ergibt. Neben dem Wortlaut der Erklärung ist auch die Interessenlage des Rechtsmittelführers zu berücksichtigen, soweit sie sich aus dem Parteivortrag und sonstigen für die Behörde als Empfänger der Erklärung*

erkennbaren Umständen ergibt. Ist der Rechtsmittelführer anwaltlich vertreten, kommt der gewählten Formulierung gesteigerte Bedeutung zu. Selbst dann darf die Auslegung jedoch vom Wortlaut abweichen, wenn sonstige Umstände eindeutig erkennen lassen, dass das Gewollte von der gewählten Formulierung abweicht. Eine **bloße – erkennbar – unrichtige Bezeichnung des Gemeinden schadet demzufolge nicht** (BVerwG DöD 2012, 190; LSG Baden-Württemberg BeckRS 2012, 65948; auch allg.: BVerwG NVwZ 2012, 1413; VGH Mannheim BeckRS 2010, 50412).“ (VGH Mannheim aaO)

VwGO
§ 98

Selbstständiges Beweisverfahren Rechtliches Interesse

VwGO

(VGH München in BayVBI 2013, 314; Beschluss vom 15.05.2012 – 8 C 10.2054)

Das **Vorliegen eines rechtlichen Interesses an der Durchführung des selbstständigen Beweisverfahrens** ist auch **im Verwaltungsprozess nur dann zu verneinen, wenn der behauptete Anspruch ganz offensichtlich und eindeutig nicht besteht.**

„Nach der **gefestigten Rspr. des BGH** (BGH NZBau 2005, 45) ist der **Begriff des rechtlichen Interesses** i. S. v. § 485 II 1 ZPO **weit zu fassen**. Insbes. ist es dem nach § 486 ZPO zuständigen Gericht verwehrt, bereits im Rahmen des selbstständigen Beweisverfahrens eine Schlüssigkeits- oder Erheblichkeitsprüfung vorzunehmen. Dementsprechend kann ein rechtliches Interesse dann verneint werden, wenn ein Rechtsverhältnis, ein möglicher Prozessgegner oder ein Anspruch nicht ersichtlich ist. Dabei kann es sich aber **nur um völlig eindeutige Fälle** handeln, in denen evident ist, dass der behauptete Anspruch keinesfalls bestehen kann (vgl. BGH aaO).“ (VGH München aaO)

VwGO
§§ 152 I 1 Nr. 2, 152a

Vertreter des öffentlichen Interesses Rügeberechtigung

BGB

(VGH München in NVwZ-RR 2013, 438; Beschluss vom 14.01.2013 – 10 ZB 12.2102)

I. **Für eine Übertragung der prozessualen Privilegierung des Vertreters des öffentlichen Interesses bei der Einlegung von Rechtsmitteln auch auf die Anhörungsrüge ist kein Raum**; er ist daher für einen (behaupteten) Gehörsverstoß bei einem anderen Verfahrensbeteiligten nicht rügeberechtigt.

„Soweit der Vertreter des öffentlichen Interesses sich auf die Verletzung von Art. 103 I GG beruft, weil der Senat den Anspruch der Bekl. auf Gewährung von rechtlichem Gehör verletzt habe, fehlt es bereits an seiner **Rügeberechtigung**: Gem. § 152 a I 1 Nr. 2 VwGO ist auf Rüge eines durch die gerichtliche Entscheidung beschwerten Bet. das Verfahren fortzuführen, wenn das Gericht den Anspruch dieses Bet. auf rechtliches Gehör in entscheidungserheblicher Weise verletzt hat. **Rügeberechtigt ist folglich nur der durch die gerichtliche Entscheidung beschwerte Bet.**

Zwar kann der Vertreter des öffentlichen Interesses nach allgemeiner Meinung auch Rechtsmittel gegen ihn nicht beschwerende Gerichtsentscheidungen einlegen (Eyermann/Geiger, VwGO, 13. Aufl. 2010, § 36 Rn 5 m. w. Nachw.). Einer Übertragung der prozessualen Privilegierung des Vertreters des öffentlichen Interesses bei der Einlegung von Rechtsmitteln auf die Anhörungsrüge **steht jedoch der klare Wortlaut des § 152 a I 1 Nr. 2 VwGO entgegen**. Zudem handelt es sich bei der **Anhörungsrüge um kein Rechtsmittel, sondern um einen außerordentlichen Rechtsbehelf** (Kopp, VwGO, 18. Aufl. 2012, § 152 a Rn 4). Für die fehlende Berechtigung des Vertreters des öffentlichen Interesses zur Geltendmachung eines behaupteten Gehörsverstoßes eines anderen Verfahrensbet. spricht zudem, dass der Gesetzgeber bei dem anderen, in der VwGO geregelten außerordentlichen Rechtsbehelf der Wiederaufnahme des Verfahrens nach § 153 VwGO ausdrücklich geregelt hat, dass dem Vertreter des öffentlichen Interesses die **Befugnis zur Erhebung der Nichtigkeitsklage** zusteht (§ 153 II VwGO). Wäre der Vertreter des öffentlichen Interesses allein auf Grund seiner Stellung als Verfahrensbet. im rechtskräftig beendeten Verfahren unabhängig vom Vorliegen einer eigenen Beschwerde befugt, eine Klage auf Wiederaufnahme des Verfahrens zu erheben, so hätte es der ausdrücklichen Regelung in § 153 II VwGO, der den Kreis der Klagebefugten erweitert (vgl. Eyermann/Rennert, VwGO, § 53 Rn 14), nicht bedurft (vgl. zum Ganzen: Sodan/Ziekow, VwGO, 3. Aufl. 2010, § 152 a Rn 25).“ (VGH München aaO)

II. **Der Vertreter des öffentlichen Interesses kann im Zulassungsverfahren das zulässige Vorbringen des Rechtsmittelführers allenfalls erläutern oder vertiefen, nicht aber – sofern er nicht selbst Rechtsmittelführer ist – um neue Gründe ergänzen.**

„Vorliegend hat die Landesanzwaltschaft darauf verzichtet, im Zulassungsverfahren als Rechtsmittelführer aufzutreten. Sie hat sich vielmehr erst nach Ablauf der Antrags- und der Begründungsfrist als Vertreter des öffentlichen Interesses am Verfahren beteiligt. Ihr Vorbringen kann daher für sich genommen auf Grund der **strikten gesetzlichen Vorgaben des Zulassungsrechts** nicht zum Erfolg des Rechtsmittels der Bekl. führen. Die Ausführungen des Vertreters des öffentlichen Interesses können nur dazu dienen, die bereits von der Bekl. dargelegten Zulassungsgründe zu vertiefen oder zu erläutern, jedoch nicht dazu, neue von der Bekl. noch nicht angeführte Zulassungsgründe bzw. neue materielle Fragen oder Zweifel, die bisher von der Bekl. nicht formuliert waren, in das Verfahren einzuführen.

Eine andere Betrachtungsweise gebietet auch nicht der vom Vertreter des öffentlichen Interesses angeführte **Grundsatz der effektiven Aufgabenwahrnehmung**: Der Vertreter des öffentlichen Interesses erfährt im Zulassungsverfahren eine verfahrensrechtliche Privilegierung nur insoweit, als er durch die anzugreifende gerichtliche Entscheidung nicht beschwert sein muss und selbst dann als Rechtsmittelführer auftreten kann, wenn er im ersten Rechtszug nicht am Verfahren beteiligt war. Eine darüber hinausgehende, **den gesetzlichen Vorgaben des Zulassungsrechts zuwiderlaufende Berechtigung des Vertreters des öffentlichen Interesses**, das Zulassungsverbringen des Rechtsmittelführers dergestalt zu ergänzen, dass dadurch erst die Hürde des § 124 a IV VwGO überwunden wird, **lässt sich weder der gesetzlichen Regelung über die Stellung des Vertreters des öffentlichen Interesses im Verfahren in §§ 36 und 63 Nr. 4 VwGO noch den Vorschriften des Zulassungsrechts entnehmen.**“ (VGH München aaO)

Speziell für Rechtsanwälte und Notare

Gebühren und Kosten

RVG
§ 3a

Anwaltliche Honorarvereinbarung Wahrung der Schriftform durch Email

RVG

(LG Görlitz in NJW-aktuell 20/2013, 28; Urteil vom 01.03.2013 – 1 S 51/12)

Für die **Wahrung der in § 3a RVG vorgesehenen Textform** genügt der **wechselseitige Austausch von Angebot und Annahmeerklärung in Textform**, wobei auch eine **auf elektronischem Wege übermittelte, reproduzierbare Erklärung (Email)** ausreichend ist.

„Erforderlich für die Einhaltung der Textform ist darüber hinaus lediglich, dass der **Urheber der Erklärung kenntlich** ist. In formaler Hinsicht genügen also die dem Bekl. (ohne Unterschrift des Kl.) übermittelte Vergütungsvereinbarung, wie auch die E-Mail des Bekl. der Textform.

Die Email des Bekl. ist auch als Annahme des Angebotes auf Abschluss einer Vergütungsvereinbarung zu verstehen. Formbedürftige Willenserklärungen sind, wie alle Willenserklärungen, auszulegen. Dabei können außerhalb der Urkunde liegende Umstände jedenfalls dann mit berücksichtigt werden, wenn sie unstreitig bzw. bewiesen sind und der im Wege der Auslegung zu ermittelnde **Sinn der Erklärung im Erklärungstext wenigstens "angedeutet"** ist (Palandt, 70 Aufl., § 133 Rn 19). Daraus ergibt sich hier: Der Kl. hatte in seinem vorangegangenen Anschreiben sowie im zugleich übersandten Text der Vergütungsvereinbarung unmissverständlich zum Ausdruck gebracht, dass er den Betrag aus der Vergütungsvereinbarung als **"Zusatzbetrag"** zur gesetzlichen Vergütung versteht. Der Bekl. konnte also nicht dem Missverständnis erliegen, der Kl. berechne eine Art "Vorschuss". In Anbetracht der eindeutigen Formulierungen in Anschreiben und Vergütungsvereinbarung sowie der weiteren Umstände, dass die sogleich übersandte Rechnung ausdrücklich auf die Vergütungsvereinbarung Bezug nimmt, stellt die Bezahlung der Vergütung durch den Bekl. und dessen nachfolgende schriftliche Mitteilung, dass die Bezahlung erfolgt sei und einer Tätigkeit des Kl. damit "nichts mehr im Wege" stehen "sollte" bei der gebotenen Auslegung unter Berücksichtigung von Treu und Glauben eine Einverständniserklärung dar. Die Relativierung durch Verwendung des Wortes sollte und der Umstand, dass der Bekl. nicht - wie gefordert - die unterschriebene Vergütungsvereinbarung an den Kl. zurücksandte, haben dem gegenüber kein entscheidendes Gewicht. Denn Willenserklärungen sind unter Berücksichtigung von Treu und Glauben auszulegen; der Empfänger darf dabei von einem redlichen Geschäftspartner ausgehen. Der geheime Vorbehalt bei Abgabe einer Willenserklärung (§ 116 BGB) ist unbeachtlich, gleiches für Verhaltensweisen, mit denen der Erklärende entgegen dem an sich eindeutigen Sinngehalt seiner Erklärung, so wie ihn sein Geschäftspartner verstehen darf, sich formal eine "Hintertür" offenhalten möchte.“ (LG Görlitz aaO)

VV RVGB
Nr. 3104

Terminsgebühr Besprechung mit einem Dritten

VV RVG

(BAG in DB 2013, 1184 = NZA 2012, 395; Beschluss vom 19.02.2013 – 10 AZB 2/13)

Eine die **Terminsgebühr** der Nr. 3104 VV RVG **auslösende Besprechung** i. S. der Vorb. 3 III VV RVG **setzt die Bereitschaft der Gegenseite** voraus, **überhaupt in Verhandlungen** mit dem Ziel einer einvernehmlichen Beendigung des Verfahrens **einzutreten**.

- I. Nach dem **Wortlaut der Norm** wird nicht danach differenziert, mit wem die **auf eine Erledigung des Verfahrens gerichtete Besprechung** erfolgt, lediglich Besprechungen mit dem Auftraggeber sind ausdrücklich ausgenommen.

„Dementsprechend wird im **Schrifttum** davon ausgegangen, dass grds. auch Besprechungen mit Dritten eine **Terminsgebühr** auslösen können (vgl. z. B. Baumgärtel/Hergenröder/Houben, RVG, 15. Aufl., Vorb. 3 VV Rn 14; Bischof, RVG, 4. Aufl., Vorb. 3 VV Teil 3 Rn 54; Gerold/Schmidt/Müller-Rabe, RVG, 20. Aufl., Vorb. 3 VV Rn 125; Mayer/Kroiß, RVG, 5. Aufl., Vorb. 3 Rn 49; Riedel/Sußbauer/Keller, RVG, 9. Aufl., VV Teil 3 Vorb. 3 Rn 48; Hansens JurBüro 2004, 249; Enders JurBüro 2005, 84). Dabei kann es sich aber nur um **Dritte** handeln, mit denen eine **Besprechung zur außergerichtlichen Erledigung des Rechtsstreits führen kann**. Beispielhaft werden dabei die Versicherung der Gegenpartei, deren Gesellschafter, eine übergeordnete Behörde oder Streithelfer bei einer Haftungskette, wie der mithaftende Architekt, genannt. Dies entspricht dem **Sinn und Zweck der Regelung und ihrer Entstehungsgeschichte**.“ (BAG aaO)

- II. Die **Terminsgebühr** nach Vorb. 3 III i. V. mit Nr. 3104 VV RVG ersetzt sowohl die **frühere Verhandlungs- als auch die Erörterungsgebühr** nach § 31 I Nrn. 2 und 4 BRAGO.

„Die **Regelung** sollte zu einer **erheblichen Vereinfachung** führen und einen **Anreiz dafür schaffen**, dass der **Anwalt nach seiner Bestellung in jeder Phase des Verfahrens zu einer möglichst frühen, der Sach- und Rechtslage entsprechenden Beendigung des Verfahrens beiträgt**. Deshalb soll die Gebühr schon verdient sein, wenn der Anwalt an auf die Erledigung des Verfahrens gerichteten Besprechungen ohne Beteiligung des Gerichts mitwirkt, insbes. wenn diese auf den Abschluss des Verfahrens durch eine gütliche Regelung zielen. Vor allem wollte der Gesetzgeber die Praxis beseitigen, nur deshalb einen gerichtlichen Verhandlungstermin anzustreben, weil solche Besprechungen nach den Regelungen der BRAGO nicht honoriert wurden (BT-Dr 15/1971, S. 209). Die mit der Neuregelung des Anwaltsvergütungsrechts geschaffene Verfahrensgebühr nach Vorb. 3 II VV RVG sollte demgegenüber dem Abgeltungsbereich der Prozessgebühr nach § 31 I Nr. 1 BRAGO entsprechen. Durch die erhöhte Verfahrensgebühr sollten die notwendigen Vorarbeiten nach Erteilung des Auftrags abgegolten sein, sowie „die im Zusammenhang mit dem gerichtlichen Verfahren notwendigen Besprechungen mit Mandanten, Dritten, Behörden, Ge-

richten, Sachverständigen, Architekten usw.“, ebenso wie die Mitwirkung bei der Auswahl und Beschaffung von Beweismitteln einschließlich dem etwa notwendigen Schriftwechsel (BT-Dr 15/1971, S. 209 f.).“ (BAG aaO)

- III. Dementsprechend fällt die Terminsgebühr z. B. an, wenn auf Vorschlag des Gerichts ein **schriftlicher Vergleich nach § 278 VI ZPO geschlossen** wird (BGH NJW-RR 2006, 1507) oder der Gegner eine **auf die Erledigung des Verfahrens gerichtete Erklärung zwecks Prüfung und Weiterleitung** an seine Partei **entgegennimmt** (BGH NJW-RR 2007, 286).

„Bei der Terminsgebühr handelt es sich allerdings weder um eine allgemeine Korrespondenzgebühr, die von der Wahrnehmung eines gerichtlichen Termins vollständig abgekoppelt wäre (BGH NJW 2007, 1461), noch genügt ein allgemeines Gespräch über die grundsätzliche Bereitschaft oder abstrakte Möglichkeit einer außergerichtlichen Einigung (BGH ZfS 2010, 286). Insbes. verlangt der **Gesetzeszweck** aber, dass überhaupt die **Bereitschaft der Gegenseite besteht, in Verhandlungen** mit dem Ziel einer einvernehmlichen Beendigung des Verfahrens **einzutreten**. Verweigert der Gegner von vornherein entweder ein **sachbezogenes Gespräch** oder eine gütliche Einigung, kommt eine Besprechung bereits im Ansatz nicht zu Stande und das Ziel einer einvernehmlichen Regelung kann nicht erreicht werden (BGH NJW-RR 2007, 286). Dies muss erst recht gelten, wenn die Besprechung mit einem Dritten stattfindet, der nicht im „Lager des Gegners“ steht. Eine Besprechung zwischen den Bevollmächtigten mehrerer Bekl. kann zwar die Einleitung von Vergleichsgesprächen mit dem Gegner fördern. Ohne dass der Gegner aber seine Bereitschaft offengelegt hat, überhaupt in solche Gespräche einzutreten, kann eine solche Besprechung noch nicht der Beilegung eines gerichtlichen Verfahrens im Sinne des Vorb. 3 III VV RVG dienen (ebenso Bischof, Vorb. 3 VV Teil 3 Rn 76b). Solche Aktivitäten sind vielmehr bereits durch die Verfahrensgebühr nach Nr. 3101 VV RVG abgegolten.“ (BAG aaO)

FamGKG
§ 51 I 1

Titulierungsinteresse
Verfahrenswert

FamGKG

(OLG Hamburg in MDR 2013, 600; Beschluss vom 13.03.2013 – 7 WF 21/13)

Auch dann, wenn der Antragsgegner den **geschuldeten Unterhalt freiwillig bezahlt** und der **Zahlungsanspruch nur deswegen gerichtlich geltend gemacht** wird, weil der **Antragsteller** für den Anspruch einen **gerichtlichen Titel haben will**, ist als **Verfahrenswert** nach § 51 I 1 FamGKG der **Jahresbetrag des Unterhalts** anzusetzen und nicht ein geringerer Wert als bloßes "Titulierungsinteresse".

„Der **Wortlaut der gesetzlichen Regelung** ist insoweit eindeutig und **unterscheidet nicht danach, ob der Anspruch auf künftige Zahlung des Unterhalts deswegen erhoben wird, weil der Anspruchsverpflichtete den laufenden Unterhalt nicht bezahlt oder seine Unterhaltspflicht bestreitet, oder deswegen, weil der Anspruchsberechtigte sich trotz Leistung des laufenden Unterhalts durch Titulierung des Anspruchs die Möglichkeit verschaffen will, bei einer künftig etwa ausbleibenden Leistung sogleich die Zwangsvollstreckung betreiben zu können** (siehe zum aktuellen Stand der Rspr. etwa OLG Celle FamRZ 2003, 465; Musielak/Heinrich, ZPO, 9. Aufl., § 3 ZPO Rn 35 unter „Titulierungsinteresse“). Das erscheint auch deshalb als zutreffend, weil bei einem Antrag auf künftigen Unterhalt im Zeitpunkt der Antragstellung naturgemäß noch nicht feststehen kann, ob der Unterhaltspflichtige seine Verpflichtung auch künftig freiwillig erfüllen wird oder nicht. Der Unterhaltsverpflichtete, der den geschuldeten Unterhalt bisher freiwillig gezahlt hat, wird auf diese Weise **nicht mit einem unzumutbar hohen Kostenrisiko** belastet; denn die Kosten des gerichtlichen Verfahrens hat er entsprechend § 243 S. 2 Nr. 4 FamFG nicht zu tragen, wenn er den gerichtlich geltend gemachten Unterhaltsanspruch sofort anerkennt und keinen Anlass zur gerichtlichen Geltendmachung des Anspruchs gegeben hat. Einen Anlass zur gerichtlichen Geltendmachung hat er dann, wenn er den laufenden Unterhalt bisher freiwillig gezahlt hat, aber nur gegeben, wenn er einer vorgegerichtlichen Aufforderung, den Anspruch kostenfrei titulieren zu lassen (etwa durch Erstellen einer Jugendamtsurkunde) nicht nachgekommen ist (siehe z. B. KG NJW 2011, 2672).

Die von dem Antragsgegner angeführten Stellen aus Rspr. und Lit. stehen dem nur scheinbar entgegen: Sie betreffen den Fall, dass vor Gericht ein Vergleich geschlossen wird, der nicht nur die in dem anhängigen gerichtlichen Verfahren streitigen Ansprüche umfasst, sondern in dem der Schuldner sich weitergehend vollstreckbar verpflichtet, auch weiterhin einen bisher freiwillig gezahlten Unterhalt zu leisten. Da es für den Wert, der der Berechnung der durch den Abschluss des Vergleichs ausgelösten Gebühren zugrunde zu legen ist, nicht darauf ankommt, worauf die Parteien sich in dem Vergleich geeinigt haben, sondern darauf, über welche streitigen Ansprüche sie sich geeinigt haben, ist bei der Wertberechnung der unstreitig geschuldete Unterhalt eigentlich nicht einzubeziehen; nur für diese Konstellation ist daher streitig, ob nicht zumindest ein Titulierungsinteresse anzusetzen ist.“ (OLG Hamburg aaO)

GKG
§ 41 II

Räumungs- und Herausgabeklage gegen Untermieter
Streitwert

GKG

(KG in ZMR 2013, 337; Beschluss vom 26.11.2012 – 8 W 77/12)

Der **Streitwert** einer auf §§ 546 II, 985 BGB gestützten **Räumungs- und Herausgabeklage gegen den Untermieter** richtet sich nach § 41 II GKG. Danach ist **das für die Dauer eines Jahres zu zahlende Entgelt** maßgeblich.

„Abzustellen ist dabei grds. nicht auf den vom Untermieter an den Untervermieter zu zahlenden Untermietzins, sondern **auf den vom Mieter an den Vermieter zu zahlenden Hauptmietzins**. Ist die Mietsache nur teilweise untervermietet worden und wird dementsprechend nur die Herausgabe der untervermieteten Räume vom Untermieter verlangt, haftet der Untermieter auch nur im Verhältnis der von ihm genutzten Fläche zur Gesamtfläche des Mietobjektes.“ (KG aaO)

ZPO
§ 91

Allgemeiner Prozessaufwand
Erstattungsfähigkeit

ZPO

(OLG Köln in NJOZ 2013, 784; Beschluss vom 19.09.2012 – 17 W 150/12)

Schaltet eine **Versicherung** eine **Drittfirma** ein, um für sie **Internet- und Datenbankrecherchen** vorzunehmen, so sind die **dafür anfallenden Kosten** nicht als **allgemeiner Prozessaufwand erstattungsfähig**.

„Es gilt der Grundsatz, dass der **allgemeine Prozessaufwand nicht zu den erstattungsfähigen Kosten des Rechtsstreits zählt**. Jeder Partei obliegt es, auf eigene Kosten den mit der Vorbereitung oder der Durchführung eines Rechtsstreits verbundenen Zeitaufwand oder anderweitige Kosten diesbzgl. selbst zu tragen (KG MDR 1985, 414; OLG Hamburg MDR 1985, 237; OLG Nürnberg NJOZ 2002, 191 = MDR 2001, 1439; OLG Köln BeckRS 2013, 00751; Zöller/Herget, ZPO, 29. Aufl., § 91 Rn 13 „Allgemeiner Prozessaufwand“). Nichts Anderes gilt grds., wenn eine Partei anstatt selbst tätig zu werden, Dritte einschaltet. Das **gilt auch für eine Versicherung** (OLG Düsseldorf NJW-RR 2006, 647). Anders liegt der Fall aber dann, wenn der Partei Eigenleistungen im konkreten Fall nicht zuzumuten wären oder wenn ihr oder ihren Mitarbeitern das besondere Fachwissen fehlt (OLG Bamberg JB 1981, 1659; OLG Hamburg MDR 1985, 237; OLG Nürnberg NJOZ 2002, 191 = MDR 2001, 1439).

So sind etwa Kosten für die Einschaltung einer Detektei zur Anschriftenermittlung als erstattungsfähig angesehen worden, wenn Anfragen beim Melderegister erfolglos geblieben waren (OLG Koblenz NJW-RR 1999, 1158) oder von Bekanntschaftsverhältnissen oder von Gründen für die Anmietung eines Mietwagens beim Verdacht eines gestellten Unfalls (OLG Schleswig JB 1991, 1657; KG JB 2004, 32). Diese Entscheidungen sieht der Senat allerdings wegen der **technischen Entwicklung** als überholt an, soweit es um Recherchen im Internet geht. Diese hat eine Versicherung durch ihre Mitarbeiter ausführen zu lassen. Entsprechende Aufwendungen fallen unter den allgemeinen Prozessaufwand, auch wenn es um den Verdacht eines gestellten Verkehrsunfalls geht.“ (OLG Köln aaO)

ZPO
§ 106

Verspäteter Kostenfestsetzungsantrag Berücksichtigungsfähigkeit

ZPO

(OLG Koblenz in NJOZ 2013, 826; Beschluss vom 30.10.2012 – 14 W 592/12)

Der Rechtspfleger muss auch einen **nach Ablauf der Wochenfrist** des § 106 ZPO eingereichten **Kostenausgleichsantrag beachten**, wenn der **Antrag des Prozessgegners** zu diesem Zeitpunkt **noch nicht beschieden** ist und der verspätete Antrag **keine weiteren Ermittlungen erfordert**.

„Ob ein Kostenausgleichsverfahren durchgeführt wird, steht nicht in der unmittelbaren Dispositionsbefugnis der Parteien, sondern im **pflichtgemäßen Ermessen des Gerichts**. Teilweise wird sogar eine entsprechende Verpflichtung angenommen (LG Bonn Rpfleger 1984, 33). Der **Zweck des Kostenausgleichsverfahrens** liegt nämlich in der **Vereinfachung des Kostenfestsetzungsverfahrens und der nachfolgenden Zwangsvollstreckung** (Musielak/Wolst, ZPO, 9. Aufl., 2012, § 106 Rn 1). Das Kostenausgleichsverfahren nach § 106 ZPO setzt lediglich einen Festsetzungsantrag sowie eine Kostenentscheidung nach Quoten voraus. Beide Voraussetzungen liegen ohne Zweifel vor. Das LG hat ohne Rechtsfehler angenommen, dass der Kostenfestsetzungsantrag des Gegners im Kostenausgleichsverfahren nach § 106 ZPO auch dann noch zu berücksichtigen ist, wenn er zwar nach der nicht verlängerbaren Wochenfrist des § 106 I 1 ZPO, aber vor der Abfassung des Kostenfestsetzungsbeschlusses eingeht (Musielak/Wolst, ZPO, 9. Aufl., 2012, § 106 Rn 1; MüKo-ZPO/Giebel, 3. Aufl., 2008, § 106 Rn 10; Zöller/Herget, ZPO, 29. Aufl., 2012, § 106 Rn 4). Das muss jedenfalls so lange gelten, wie der verspätete Kostenausgleichs- bzw. Festsetzungsantrag keine weiteren Ermittlungen des Kostenbeamten erfordert. Dies entspricht dem **Vereinfachungszweck des § 106 ZPO**.“ (OLG Koblenz aaO)

ZPO
§§ 493 I, 96

Selbstständiges Beweisverfahren Kostentragungspflicht bei Vergleichsabschluss

ZPO

(OLG Saarbrücken in NJW-RR 2013, 316; Beschluss vom 10.12.2012 – 9 W 323/12)

Schließen die Parteien im **Hauptsacheverfahren** einen **Vergleich**, der die **Aufhebung der Kosten des Rechtsstreits** vorsieht, sind auch die **Kosten des vorausgegangenen selbstständigen Beweisverfahrens** – auch ohne gesonderte Kostenregelung – **gegeneinander aufgehoben**, wenn die **Parteien und der Streitgegenstand beider Verfahren identisch** sind.

„Grds. stellen die im **selbstständigen Beweisverfahren entstandenen Kosten** solche des **nachfolgenden Hauptsacheverfahrens** dar, sofern die **Parteien und der Streitgegenstand beider Verfahren identisch** oder, was genügt, **teilidentisch** sind. Dies hat seinen Grund darin, dass das **selbstständige Beweisverfahren tatsächliche Grundlagen für ein anschließendes Hauptsacheverfahren** schafft, es also in diesem Sinne vorbereitet; dementsprechend steht gem. § 493 I ZPO die selbstständige Beweiserhebung einer Beweisaufnahme vor dem Prozessgericht gleich. Hierbei **kommt es für die Kostenentscheidung nicht darauf an, ob das im selbstständigen Beweisverfahren gewonnene Beweisergebnis verwertet worden ist** oder die Entscheidung des Hauptsacheverfahrens auf anderen Gründen beruht.

Eine sachbezogene abschließende Entscheidung in der Hauptsache ist nicht Voraussetzung für eine Einbeziehung der Kosten des selbstständigen Beweisverfahrens (BGH NJW 2007, 1279 = BauR 2007, 587; ZfBR 2005, 790 m. w. Nachw.; OLG Düsseldorf Rpfleger 2007, 228; Werner/Pastor, Der Bauprozess, 12. Aufl., Rn 123 ff. m. w. Nachw.).

[In einem] Vergleich [können], ebenso wie im Hauptsacheverfahren in **entsprechender Anwendung von § 96 ZPO**, dem Ast. die dem Ag. durch das selbstständige Beweisverfahren entstandenen Kosten auferlegt werden. Haben die Parteien bei der im Vergleich getroffenen Kostenregelung von dieser Möglichkeit keinen Gebruch gemacht, scheidet eine Korrektur ebenso wie bei einer vom Gericht getroffenen Kostengrundentscheidung im Wege der Kostenfestsetzung aus (BGH NJW-RR 2006, 810 = BauR 2006, 865 = NJW 2006, 2557 m. w. Nachw.; OLG Celle BeckRS 2010, 16898 m. w. Nachw.; OLG Stuttgart MDR 2005, 358; Werner/Pastor, Rn 125, 127 m. w. Nachw.). Von daher sind die Kosten des selbstständigen Beweisverfahrens gemäß der in dem Vergleich getroffenen Kostenregelung **anteilig zu tragen**.“ (OLG Saarbrücken aaO)

Aus der Praxis

MB/KT 2009
§ 1 III 1

Arbeitsunfähigkeit eines Rechtsanwalts Voraussetzungen

RA/Not

(BGH in VersR 2013, 615; Urteil vom 03.04.2013 – IV ZR 239/11)

Ein **Rechtsanwalt** ist **arbeitsunfähig**, wenn ihm die **Fähigkeit zur umfassenden Bearbeitung der übernommenen Mandate und Vertretung des Mandanten fehlt**. Die Arbeitsunfähigkeit i.S. von § 1 III 1 MB/KT 2009 entfällt daher nicht schon dann, wenn der Versicherte **lediglich zu einzelnen Tätigkeiten in der Lage** ist, die im Rahmen seiner Berufstätigkeit zwar auch anfallen, **isoliert aber keinen Sinn ergeben**.

*„Bereits eine **nur zum Teil gegebene Arbeitsfähigkeit genügt**, um den Anspruch auf Krankentagegeld auszuschließen. Diese setzt aber voraus, dass der Versicherungsnehmer in der Lage ist, dem ausgeübten **Beruf in seiner konkreten Ausgestaltung mindestens teilweise nachzugehen** (BGH VersR 1993, 297).*

Hierfür genügt es nicht, dass der Versicherte lediglich **zu einzelnen Tätigkeiten in der Lage** ist, die im Rahmen seiner Berufstätigkeit zwar auch anfallen, **isoliert aber keinen Sinn ergeben**. Dies schließt es aus, bei einem selbständig tätigen Rechtsanwalt, der eigenständig Mandate bearbeitet, nur auf einen **Ausschnitt der dabei anfallenden Aufgaben**, wie z. B. das Führen von Mandantengesprächen, abzustellen. Vielmehr stellt die **Fähigkeit zum flüssigen Lesen und Durcharbeiten von Texten** regelmäßig eine **Grundvoraussetzung** für das Ausüben des juristischen Berufs dar; für den Beruf des Rechtsanwalts ist eine weitgehend erhaltene Lesefähigkeit unabdingbar. Nur so ist für den Rechtsanwalt - mag auch eine Übernahme von Mandaten nur in reduziertem Umfang möglich sein - die **Fähigkeit zur umfassenden Bearbeitung dieser übernommenen Mandate und Vertretung des Mandanten** gegeben.“ (BGH aaO)

BRAO
§ 43b

Wettbewerbsverstoß Zulässigkeit der Werbung mit „Online-Scheidung“

BRAO

(OLG Hamm in NJW-aktuell 20/2013, 28; Urteil vom 07.03.2013 – 4 U 162/12)

- I. Die **Aussage "Scheidung online -> spart Zeit, Nerven und Geld"** auf der Internetseite eines Anwalts ist dann **nicht irreführend**, wenn die Art und Weise, wie Kosten gespart werden können, **im Folgenden hinreichend erläutert** wird.

*„Der von dem Angebot des Bekl. angesprochene Verbraucher versteht die Aussage „Scheidung Online -> spart Zeit, Nerven und Geld“ zur Überzeugung des Senats **nicht als isolierte und für sich geltende Angabe**, die in keinem **erkennbaren Zusammenhang mit den nachfolgenden Aussagen** für sich steht. Die Werbeaussage ist Bestandteil des Internetauftritts des Bekl. und darin eingebettet. Der Verbraucher, der zunächst die sog. Homepage des Internetauftritts aufruft, gelangt über die Schaltfläche „Kosten sparen“ zu der betreffenden Unterseite, die die beanstandete Werbeaussage beinhaltet. Es wird hinreichend deutlich, dass die einzelnen Inhalte des Internetauftritts des Bekl. zusammengehören. Damit informiert der Bekl. über die sog. „Online Scheidung“ und wirbt in diesem Zusammenhang für die von ihm angebotenen anwaltlichen Dienstleistungen. Die angegriffene Werbeaussage „Scheidung Online -> spart Zeit, Nerven und Geld“ steht zudem wie eine Überschrift über dem darunter befindlichen Text und lädt quasi dazu ein, diese nachfolgenden näheren Informationen zu der Möglichkeit einer Kostenersparnis zur Kenntnis zu nehmen (vgl. auch BGH MDR 2011, 1490, zu einer werbenden Kurzangabe). Bei dieser Sachlage ergibt sich eine Irreführung auch nicht nach den Grundsätzen einer sog. Blickfangwerbung.*

*Ein **durchschnittlich informierter und verständiger Verbraucher**, der der Werbung die der Situation angemessene Aufmerksamkeit entgegenbringt, **versteht die Werbeaussage als einleitenden Hinweis auf Sparmöglichkeiten und Vorteile** einer „Online-Scheidung“, die sich aus seiner Sicht nach Kenntnis des Ablaufs von selbst verstehen oder noch näher erläutert werden. Er versteht die Aussage insbes. nicht so, dass nur bei einer „Online-Scheidung“ und zwangsläufig immer Zeit, Nerven und Geld gespart werden. Denn der Verbraucher muss immer in Betracht ziehen, dass es ganz unterschiedliche Abläufe des Verfahrens und Interessen geben kann, der Zeitlauf des Gerichtsverfahrens durch die Wahl der „Online-Scheidung“ ohnehin nicht beeinflusst werden kann und dass deshalb nur eine (wertende) Tendenz, nicht aber eine Gewissheit zum Ausdruck gebracht werden soll. Die Tatsache, dass derjenige, der die Möglichkeit der Kommunikation mit dem zu beauftragenden Rechtsanwalt auf elektronischem Weg wählt, aus seiner Sicht Zeit sparen kann, liegt schon deshalb auf der Hand, weil das Aufsuchen der Kanzleiräume des Rechtsanwalts jedenfalls für die erste Kontaktaufnahme und Vorbereitung der Antragstellung nicht erforderlich ist.*

Auch die Tatsache, dass „Nerven“ gespart werden und es somit zu einer Verminderung der mit einem Scheidungsverfahren einhergehenden psychischen Belastung des Mandanten kommt, wenn dieser die persönliche Kommunikation mit dem Rechtsanwalt meiden will und kann, ist vor diesem Hintergrund ohne nähere Erläuterung nachvollziehbar. Wer den persönlichen Kontakt mit dem Rechtsanwalt bevorzugt, wird sich ohnehin nicht ernsthaft mit dem Angebot der „Online-Scheidung“ befassen.

*Die Werbeaussage des Bekl. ist insbesondere nicht dahin zu verstehen, dass bei einer „Online-Scheidung“ zwingend eine Kostenersparnis eintritt. Im Zusammenhang mit dem nachfolgenden Text der Werbung wird nur eine Möglichkeit aufgezeigt, Kosten einzusparen (wird ausgeführt). Der Werbung ist nicht zu entnehmen, dass es bei einer unstreitigen Scheidung zwingend zu einer **Streitwertreduzierung** um 30% kommt. Ausdrücklich ist nur von einem Versuch die Rede, dies durch entsprechende Antragstellung zu erreichen. Dass die Festsetzung des Streitwertes nach dem Inhalt der Werbung „dann im Scheidungstermin durch das Gericht“ erfolgt, besagt vor diesem Hintergrund nicht, dass dem Antrag auch stets stattgegeben wird. Es wird lediglich klargestellt, dass das Gericht letztlich darüber entscheidet.“ (OLG Hamm aaO)*

- II. Die **Darstellung eines online eingeleiteten Scheidungsverfahrens als formalisiertes Verfahren** in neun Schritten ist **weder irreführend noch unsachlich**, wenn sie **wie eine mündliche Beratung wirkt**, inhaltlich nicht zu beanstanden ist und dabei auch nicht den Eindruck erweckt, dass eine anwaltliche Beratung in keinem Fall stattzufinden braucht.

„Die betreffende Schilderung des Verfahrensablaufs ist nicht irreführend (§ 5 I 1 und 2 Nr. 1 UWG). Die Kl. hat weder konkret vorgetragen noch ist es sonst ersichtlich, dass diese Darstellung des Verfahrensablaufs inhaltlich unzutreffend ist oder dem Interessenten bestimmte Informationen vorenthalten werden. Auch wenn nach dem Inhalt der Überschrift der Ablauf der „Online-Scheidung“ „im Einzelnen“ dargestellt wird, ist die Schilderung nicht dahin zu verstehen, dass das Verfahren stets in neun Schritten und in dieser Weise formalisiert abläuft. Der **mögliche Verfahrensablauf** wird lediglich unter neun verschiedenen Gliederungspunkten erläutert. Dass es im Einzelfall zu unterschiedlichen Verfahrensabläufen kommen kann, zeigt sich für den Verbraucher schon daran, dass auf die Möglichkeit zur Abtrennung des Verfahrens betreffend den Versorgungsausgleich hingewiesen wird.

Die Schilderung ist **weder nach ihrer Form noch nach ihrem Inhalt unsachlich**. Hinsichtlich der verwendeten Form unterliegt es keinen Bedenken, dass eine solche systematisierende Art der zusammenfassenden Darstellung des möglichen Verfahrensablaufs gewählt wird. Auch **inhaltlich ist die Schilderung nicht zu beanstanden**. Insbes. liegt keine Irreführung vor. Es handelt sich vielmehr um die Verschriftlichung des Inhalts einer möglichen anwaltlichen Beratung auf die Frage des Mandanten nach dem Ablauf des Verfahrens. Die **Darstellung vermittelt auch nicht den Eindruck, dass eine anwaltliche Beratung nicht stattfindet**. So ist ausgeführt, dass dem Mandanten der vom Anwalt erstellte Scheidungsantrag zur Prüfung überlassen wird. Das impliziert, dass sich der Mandant ggf. mit dem Rechtsanwalt in Verbindung setzen kann, falls er Änderungswünsche hat. Eine Beratung muss nicht zwingend in den Kanzleiräumen stattfinden, sondern kann auch telefonisch oder auf elektronischem Wege (per Email) erfolgen. Hinzu kommt, dass auf der Internetseite des Bekl., die die Schilderung des Verfahrensablaufs enthält, auch eine Telefonverbindung genannt ist. Es heißt dort: „Sollten Sie noch Fragen haben, stehen wir Ihnen unter Tel.-Nr. ... telefonisch zur Verfügung.“ (OLG Hamm aaO)

BRAO
§§ 49b IV, 59, 59a

Anwaltliche Honorarforderung
Unzulässige Abtretung an Steuerberater

BRAO

(AG Bremen in NJW-aktuell 21/2013, 8 = ZAP 2013, 603; Urteil vom 11.01.2013 – 25 C 0200/12)

Die **Abtretung einer anwaltlichen Honorarforderung an einen Steuerberater ist unzulässig**. Dies gilt auch für eine zwischen einer Rechtsanwaltssozietät und einer Steuerberaterkanzlei bestehende **Bürogemeinschaft**, denn dies ist **keine rechtsanwaltliche Berufsausübungsgemeinschaft** i. S. von § 49 b BRAO.

„Die Unzulässigkeit der Abtretung ergibt sich aus **§ 49 b IV BRAO**. Danach ist die **Abtretung anwaltlicher Gebührenforderungen zwar an Rechtsanwälte oder rechtsanwaltliche Berufsausübungsgemeinschaften** i. S. von § 59 a BRAO **zulässig**, i. Ü. aber ohne schriftliche Einwilligung des Mandanten unzulässig, wenn die Forderung nicht rechtskräftig festgestellt ist. Das gilt für die Abtretung an jeden Nicht-Anwalt, auch hinsichtlich der Angehörigen sozietätsfähiger Berufe. Nicht zulässig ist danach die Abtretung ohne Einwilligung des Mandanten der nicht rechtskräftig festgestellten anwaltlichen Honorarforderung an einen Steuerberater.

Daran ändert auch die Tatsache nichts, dass die Steuerberaterkanzlei, der der Kl. als Zessionar angehört, mit der Rechtsanwaltskanzlei, der die Zedentin angehört, eine **Bürogemeinschaft** unterhält. Die Abtretung der Honorarforderung ist nämlich nicht an eine Berufsausübungsgemeinschaft, sondern an den Kl. persönlich, der nicht Rechtsanwalt ist, erfolgt. Überdies ist die Bürogemeinschaft der Steuerkanzlei und der Rechtsanwaltssozietät gerade **keine rechtsanwaltschaftliche Berufsausübungsgemeinschaft**, sondern eine Bürogemeinschaft, also eine Betriebsgemeinschaft. Dass es sich bei der Bürogemeinschaft nicht um eine Berufsausübungsgemeinschaft handelt, ergibt sich aus der **Systematik des § 59 BRAO**, der in Abs. 1 und 2 die anwaltlichen Berufsausübungsgemeinschaften definiert und im Abs. 3 auf Bürogemeinschaften ausdehnt. Diese Gleichsetzung findet sich jedoch gerade nicht in § 49 b BRAO.“ (AG Bremen aaO)

FAO
§ 15 III

Widerruf der Fachanwaltsbezeichnung
Verstoß gegen Fortbildungsverpflichtung

RA/Nt

(BGH in AnwBl 2013, 466; Urteil vom 08.04.2013 – AnwZ (Brgf) 16/12)

Der **Verstoß gegen die aus § 15 III FAO folgende Pflicht, die Erfüllung der Fortbildungsverpflichtung der Rechtsanwaltskammer unaufgefordert nachzuweisen, rechtfertigt** für sich genommen **keinen Widerruf** nach § 43c IV 2 BRAO.

„Ihrem **Wortlaut** nach stellt die Vorschrift des § 43c IV 2 BRAO auf die **unterlassene Fortbildung ab, nicht auf den unterbliebenen Nachweis**. Nur hinsichtlich der Fortbildungspflichten verweist § 43c IV 2 BRAO auf die Berufsordnung (Fachanwaltsordnung). Entgegen der Ansicht der Bekl. ist die in § 15 III FAO gesondert geregelte Nachweispflicht nicht Teil der Fortbildungspflicht. Gegenteiliges ergibt sich auch nicht aus § 15 I 2 FAO. Diese Bestimmung regelt die Anforderungen an Fortbildungsveranstaltungen, die nicht in Präsenzform durchgeführt werden. Voraussetzung dafür, dass sie als "Fortbildung" i. S. von § 15 FAO anerkannt werden können, ist u. a., dass der **Nachweis der durchgängigen Teilnahme** erbracht wird. Bei diesem Nachweis handelt es sich nicht um den vom Anwalt zu erbringenden Nachweis der Erfüllung der Fortbildungsverpflichtung nach § 15 III FAO, sondern um eine Anforderung an die Fortbildungsveranstaltung als solche. Entspricht eine Fortbildungsveranstaltung den in § 15 I 2 FAO beschriebenen Anforderungen, entbindet dies den Anwalt, der an ihr teilgenommen hat, nicht von seiner Pflicht nach § 15 III FAO. Auch bei Fortbildungen in der Form des § 15 I 2 FAO ist also **zwischen der Fortbildung als solcher und ihrem Nachweis zu unterscheiden**; gleiches gilt für alle anderen Fortbildungen, die nach § 15 I 1 FAO möglich sind.“ (BGH aaO)

BGB
§§ 123, 138 I

Androhung der Mandatsniederlegung
Widerrechtliche Drohung

BGB

(BGH in NJW 2013, 1591; Urteil vom 07.02.2013 – IX ZR 138/11)

Veranlasst ein Rechtsanwalt den persönlich nicht haftenden Gesellschafter seiner Mandantin erstmals unmittelbar vor einem anberaumten Gerichtstermin mit dem Hinweis, anderenfalls das Mandat niederzulegen, zum Abschluss einer Haftungsübernahme, kann hierin eine **widerrechtliche Drohung** liegen.

- I. In der Ankündigung eines Rechtsanwalts, das Mandat niederzulegen, um hierdurch eine günstigere Vergütungsabrede durchzusetzen, kann ausnahmsweise eine **rechtswidrige Drohung** liegen (vgl. BGH AnwBl 1978, 227; Zuehör/G. Fischer/Vill/D. Fischer/Rinkler/Chab, Hdb. d. Anwaltshaftung, 3. Aufl., Rn 938; Gehrlein, Anwalts- und Steuerberaterhaftung, 2. Aufl., S. 180 f.).
1. Ob eine Drohung in einem solchen Fall rechtswidrig ist, hängt von dem **Verhältnis zwischen dem verfolgten Zweck und dem dazu eingesetzten Mittel** ab; entscheidend ist, ob der Drohende an der Erreichung des Zwecks ein **berechtigtes Interesse** hat und die Drohung nach **Treu und Glauben** als ein angemessenes Mittel zur Erreichung dieses Zwecks anzusehen ist (BGH NJW 1983, 384 = WM 1983, 90; BGH NJW 2002, 2774; BGHZ 184, 209 = NJW 2010, 1364).
 2. So ist auf Grund der **Mittel-Zweck-Relation** eine widerrechtliche Drohung gegeben, wenn der Verteidiger unmittelbar vor Beginn der Hauptverhandlung erstmals seinen Mandanten mit dem Hinweis, anderenfalls das Mandat niederzulegen, zur Unterzeichnung einer Gebührenvereinbarung veranlasst (BGHZ 184, 209 = NJW 2010, 1364; vgl. auch BGH AnwBl 1978, 227). Unter derartigen Gegebenheiten missbraucht der Verteidiger die Zwangslage seines Mandanten, der sich in der unmittelbar bevorstehenden Hauptverhandlung seines vertrauten Wahlverteidigers bedienen möchte, **in verwerflicher Weise zur Durchsetzung von Gebühreninteressen**. Unterrichtet dagegen der Anwalt längere Zeit vor Beginn der Hauptverhandlung den Mandanten über den Inhalt der von ihm gewünschten Gebührenvereinbarung als Voraussetzung für die Fortsetzung der weiteren Verteidigung, so wird dieser in der Lage sein, die ihm angemessene Gebührenvereinbarung zurückzuweisen und rechtzeitig vor Beginn der in Rede stehenden Verhandlung auf der Grundlage einer ihm genehmen Gebührenabrede andere Wahlverteidiger einzusetzen (BGHZ NJW 2010, 1364).
- II. Nach BGH aaO sind diese **Grundsätze** auch auf die **Prozessvertretung im Zivilrechtsstreit übertragbar**.

*„Nicht nur der Strafprozess wird durch ein **besonderes Vertrauensverhältnis zwischen Mandanten und Verfahrensbevollmächtigten** gekennzeichnet, sondern dies **gilt auch für Mandate im zivilgerichtlichen Verfahren**. Ohnehin ist der Anwaltsvertrag in besonderer Weise **durch gegenseitiges Vertrauen geprägt** (BGH NJW 1995, 1425). Dass auch im Zivilprozess von einem besonderen Vertrauensverhältnis zwischen Mandant und Anwalt auszugehen ist, zeigt die vorliegende Fallgestaltung. Wird unmittelbar vor dem anberaumten Verhandlungstermin der Mandant mit der Ankündigung des Prozessbevollmächtigten überrascht, er werde das Mandat unverzüglich niederlegen, wird der Mandant im Anwaltsprozess nur selten in der Lage sein, einen neuen Prozessanwalt für diesen Termin zu stellen. Da sich die Partei die Mandatsniederlegung selbst dann als eigenes Verschulden zurechnen lassen muss, wenn der Anwalt die Kündigung zur Unzeit ausspricht (BGH VersR 1985, 542; BGH VersR 1992, 378; BGH NJW 2006, 2334; Zöller/Vollkommer, ZPO, 29. Aufl., § 85 Rn 24), liegt es nicht fern, dass im anberaumten Termin gegen die nicht vertretene Partei Versäumnisurteil ergehen wird (vgl. BGH VersR 1985, 542). Der **Grundsatz**, dass der **Anwalt seinen Mandanten nicht im Stich lassen darf** (BGH AnwBl 1978, 227), erfährt daher **im Zivilprozess besondere Bedeutung**.“ (BGH aaO)*

BGB
§§ 145, 147, 151

Zugangsnachweis Faxprotokoll

BGB

(OLG Koblenz in GWR 2013, 110; Beschluss vom 17.12.2012 – 2 U 1249/11)

Das **Vorliegen eines „OK-Vermerks“** im Faxprotokoll **belegt das Zustandekommen einer Verbindung**; damit steht fest, dass zwischen dem Telefaxgerät des Senders und dem des Empfängers zu angegebener Zeit eine Leistungsverbindung bestanden hat (OLG Karlsruhe VersR 2009, 245 = RuS 2008, 505 = DB 2008, 2479).

*„Nach der **Rspr. des BGH** (NJW 1995, 665) begründet die im Sendebericht mit dem „OK“-Vermerk bezeichneter Übertragung eines Telefaxschreibens **keinen Beweis des ersten Anscheins hinsichtlich des Zugangs am Faxgerät des Empfängers, allenfalls ein Indiz**. In seiner **jüngeren Rspr.** stellt er nunmehr auf die **Speicherung der gesendeten technischen Signale im Telefaxgerät des Empfängers** ab (BGHZ 167, 214).*

*Behauptet die Bkl. als Empfänger der Sendung, diese nicht erhalten zu haben, so obliegt ihr im Rahmen der **sekundären Darlegungslast** vorzutragen, welches Gerät er an der Gegenstelle betreibt, ob die Verbindung im Speicher des Geräts enthalten ist und ob und auf welcher Weise er eine Dokumentation des Empfangsjournals führt (OLG Frankfurt IBR 2010, 267). Die Bkl. wäre gehalten gewesen, ihr **Fax-Eingangsjournal vorzulegen**, um darzulegen, dass sie entweder zu diesem Zeitpunkt kein Telefax oder ggf. ein Schreiben mit anderem Inhalt von der Klägerin erhalten hat.“ (OLG Koblenz aaO)*

BGB
§ 249 II 2

Fiktive Schadensabrechnung Umfang der erforderlichen Reparaturkosten

BGB

(BGH in MDR 2013, 586 = VersR 2013, 637; Urteil vom 19.02.2013 – VI ZR 69/12)

Bei einer (**fiktiven**) **Schadensabrechnung nach § 249 II 1 BGB** umfassen die erforderlichen **Reparaturkosten auch allgemeine Kostenfaktoren wie Sozialabgaben und Lohnnebenkosten**.

*„Denn das **Vermögen des durch einen Verkehrsunfall Geschädigten ist um denjenigen Betrag gemindert, der aufgewendet werden muss, um die beschädigte Sache fachgerecht zu reparieren**. Zu den **erforderlichen Wiederherstellungskosten** gehören, wie sich aus dem BGH-Urteil (BGHZ 61, 56, 58 f.) ergibt, grds. auch **allgemeine Kostenfaktoren wie Umsatzsteuer, Sozialabgaben und Lohnnebenkosten**. Deshalb hat der Senat in der vorgenannten Entscheidung vor dem Inkrafttreten des Zweiten Schadensrechtsänderungsgesetzes bei einer **„fiktiven“ Schadensabrechnung die Mehrwertsteuer beim nicht vorsteuerabzugsberechtigten Geschädigten als echten Schadensposten anerkannt und ausgeführt, der steuertechnisch bedingte getrennte Ausweis der Mehrwertsteuer ändere nichts daran, dass sie als objekt- bzw. leistungsbezogene allgemeine Abgabe auf den Verbrauch nicht weniger ein allgemeiner Kostenfaktor sei als andere öffentliche Abgaben, welche direkt oder indirekt in die Kosten und damit in den Preis einer Ware oder Leistung Eingang gefunden haben**.*

Soweit der Gesetzgeber nunmehr durch das Zweite Schadensrechtsänderungsgesetz in § 249 II 2 BGB die **Erstattung nicht angefallener Umsatzsteuer bei fiktiver Schadensabrechnung ausdrücklich vom Schadensersatzanspruch ausgenommen hat**, hat er hiermit lediglich einen - **systemwidrigen** - **Ausnahmetatbestand geschaffen, der nicht analogiefähig ist** (vgl. Palandt/Grüneberg, BGB, 72. Aufl., § 249 Rn 14; Prütting/Wegen/ Weinreich/Medicus, BGB, 7. Aufl., § 249 Rn 29; MüKo-BGB/Oetker, 6. Aufl., § 249 Rn 459; Beck-OK-BGB/Schubert, § 249 Rn 226 f.; a.A. Clos r+s 2011, 277 ff. m. w. Nachw.). (BGH aaO)

- I. Aus den **Gesetzesmaterialien** (vgl. insbes. BT-Drs. 14/7752, S. 13) ergibt sich, dass der Entwurf eines Zweiten Schadensrechtsänderungsgesetzes aus der 13. Legislaturperiode zunächst vorsah, bei einer fiktiven Abrechnung von Sachschäden die öffentlichen Abgaben außer Ansatz zu lassen. Dieser Vorschlag ist indes auf vielfältige Kritik gestoßen. Dieser Kritik hat der Gesetzgeber im Rahmen des weiteren Gesetzgebungsverfahrens Rechnung getragen und auf einen Abzug sämtlicher öffentlicher Abgaben bewusst verzichtet und sich auf die **Umsatzsteuer als größten Faktor unter den "durchlaufenden Posten"** beschränkt. Fehlt es mithin an einer Regelungslücke, kommt eine entsprechende Anwendung des § 249 II 2 BGB auf andere "öffentliche Abgaben" nicht in Betracht.

„Soweit es nach den Gesetzesmaterialien der Rspr. überlassen werden sollte, das Sachschadensrecht "zu konkretisieren und zu entwickeln", vermag dies dem Senat nicht den Weg zu einer Abweichung vom geltenden Recht und zu einer von der Revision erwünschten, aber vom Gesetzgeber nicht vorgesehenen Gleichstellung von Umsatzsteuer und anderen "öffentlichen Abgaben" zu eröffnen.“ (BGH aaO)

- II. Eine Erstattung des zur Herstellung erforderlichen Geldbetrags gem. § 249 II 1 BGB ohne Abzug von Sozialabgaben und Lohnnebenkosten führt auch nicht zwangsläufig zu einer **Überkompensation des Geschädigten**.

„Sie ist vielmehr lediglich die **rechtliche Folge der gesetzlichen Regelung des § 249 II 1 BGB**, wonach der Geschädigte bei der Beschädigung einer Sache **statt der Naturalrestitution** i. S. des § 249 I BGB **Geldersatz** verlangen kann (sog. Ersetzungsbefugnis). Zu ersetzen ist dabei das **Integritätsinteresse**, d.h. der Geldbetrag, der zur Herstellung des Zustands erforderlich ist, der ohne das schädigende Ereignis bestehen würde. Daneben ist der Geschädigte, der auf diese Weise die Beseitigung der erlittenen Vermögenseinbuße verlangt, in der Verwendung des Schadensersatzbetrags frei, d.h. er muss den ihm zustehenden Geldbetrag nicht oder nicht vollständig für eine ordnungsgemäße Reparatur in einer (markengebundenen) Fachwerkstatt einsetzen (sog. Dispositionsbefugnis). Die Revisionserwiderung weist mit Recht darauf hin, dass die Sichtweise der Revision zur Beseitigung dieser Dispositionsbefugnis führen würde, die mit einer missbräuchlichen Bereicherung des Geschädigten nichts zu tun hat. Verzichtet der Geschädigte auf eine Reparatur des unfallbeschädigten Fahrzeugs, so bleibt der entsprechende Wertverlust des Fahrzeugs bestehen. Wählt er eine Eigen-, Teil- oder Billigreparatur außerhalb einer Fachwerkstatt, kann damit ebenfalls ein Wertverlust des Fahrzeugs einhergehen. Entgegen der Auffassung der Revision kann nicht unterstellt werden, dass der Wert des Fahrzeugs nicht dadurch beeinflusst wird, ob bei der Reparatur Sozialabgaben, Lohnnebenkosten und Umsatzsteuer angefallen sind. Vielmehr spielt es beim Verkauf eines Fahrzeugs mit einem früheren Unfallschaden nach allgemeiner Lebenserfahrung durchaus eine Rolle, ob der Unfallschaden vollständig und fachgerecht in einer markengebundenen oder sonstigen Fachwerkstatt behoben worden ist.“ (BGH aaO)

- III. Schließlich führt ein Abzug der Lohnnebenkosten und Sozialabgaben bei fiktiver Abrechnung eines Kfz-Sachschadens auch nicht zu einer **Harmonisierung des Schadensersatzrechts** im Hinblick auf die Rechtslage bei der Abrechnung eines Haushaltsführungsschadens bei Personenschäden.

„Die von der Revision angeführten Senatsentscheidungen betreffen andere Fallgestaltungen (vgl. BGH VersR 1987, 70; BGH VersR 1982, 951; BGHZ 140, 39). Die i. S. des § 249 II 1 BGB erforderlichen (Gesamt-) Reparaturkosten eines Kfz nach einem Verkehrsunfall setzen sich aus vielen einzelnen Kostenfaktoren zusammen und lassen sich schadensrechtlich nicht aufspalten in einen "angefallenen" und einen "nicht angefallenen" Teil. Dies **wäre in der Rechtspraxis nicht handhabbar** und würde dem Geschädigten sowohl die Ersetzungsbefugnis als auch die Dispositionsfreiheit i. S. des § 249 II 1 BGB nehmen.“ (BGH aaO)

BGB
§ 288 I

Vollstreckungsfähigkeit eines Titels Auslegung des titulierten Zinsauspruchs

BGB

(BGH in FamRZ 2013, 782 = NJW-RR 2013, 511; Beschluss vom 07.02.2013 – VII ZB 2/12)

Der in einem Urteil enthaltene **Zinsauspruch „8 % Zinsen über dem Basiszinssatz“** ist regelmäßig **dahingehend auszulegen, dass Zinsen in Höhe von acht Prozentpunkten über dem Basiszinssatz tituliert sind**.

„Die Formulierung „8 % Zinsen über dem Basiszinssatz“ ist mehrdeutig. In Betracht kommt das Verständnis, dass (lediglich) Zinsen in Höhe von 108 % des – gem. § 247 BGB variablen – Basiszinssatzes ausgerechnet wurden (vgl. Hartmann NJW 2004, 1358; zur Gesetzesgeschichte variabler Zinssätze vgl. Coen NJW 2012, 3329). Die Formulierung kann aber auch so zu verstehen sein, dass – entsprechend der Zinsregelung in § 288 II BGB, die an den Basiszinssatz gem. § 247 BGB als variable Bezugsgröße anknüpft – Zinsen in Höhe von acht Prozentpunkten über dem Basiszinssatz ausgerechnet wurden. Die Auslegung des Titels ergibt, dass Letzteres zutrifft. Die Formulierung „5 % Zinsen über dem Basiszinssatz“ wird in der **prozessualen Praxis unbeschadet sprachlicher Ungenauigkeit ganz überwiegend gleichbedeutend mit der sich an der Zinsregelung in § 288 I 2 BGB orientierenden Formulierung** „Zinsen in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz“ verstanden (vgl. OLG Hamm NJW 2005, 2238; Weidlich DNotZ 2004, 820; Führ JuS 2005, 1095; a. M. LAG Nürnberg NZA-RR 2005, 492). Für die Formulierung „8 % Zinsen über dem Basiszinssatz“ gilt im Hinblick auf die Zinsregelung in § 288 II BGB Entsprechendes.“ (BGH aaO)

ZPO
§ 42

Befangenheitsantrag

ZPO

Keine Richterablehnung wegen „**fehlender Fortbildung**“ und/oder „**fachlicher Unkenntnis**“

(OLG Celle in MDR 2013, 721; Beschluss vom 25.03.2013 – 10 WF 372/12)

Ein **Ablehnungsantrag** gegen einen Richter **wegen Besorgnis der Befangenheit** kann ebenso wenig wie das Ablehnungsgesuch gegen einen Sachverständigen **auf vermeintlich "fehlende Fortbildung" oder behauptete "fachliche Unkenntnis" gestützt werden**.

„Die Ablehnung eines Sachverständigen wegen Besorgnis der Befangenheit, für die § 406 I ZPO hinsichtlich Voraussetzungen vollinhaltlich auf diejenigen für die Ablehnung eines Richters verweist, kann nach ganz gefestigter Rspr. nicht auf einen etwaigen Mangel an Sachkunde bzw. auf Unzulänglichkeiten oder Fehlerhaftigkeit seines Gutachtens gestützt werden (vgl. BGH NJW 2005, 1869 = MDR 2005, 1007). Dies beruht darauf, dass ein derartiger Vorwurf schon im Ansatz nicht die für eine etwaige Besorgnis der Befangenheit entscheidende **Unparteilichkeit** berührt; einer etwaigen „fehlenden Fachkunde“, „unzureichenden Fortbildung“ oder mangelnder Sorgfalt sehen sich vielmehr alle Beteiligten eines Verfahrens in gleicher Weise ausgesetzt (vgl. BGH aaO). Diese Erwägung trifft uneingeschränkt auch für die Befangenheitsablehnung eines Richters zu.

Zudem sehen die Verfahrensordnungen gegen möglicherweise inhaltlich unzutreffende Endentscheidungen der Gerichte ein **differenziertes Rechtsmittelsystem** vor, in dem - soweit geboten - eine **Korrekturmöglichkeit eröffnet** ist. Nicht zuletzt dürfte einer „Qualitätskontrolle“ des zuständigen Richters unter Missbrauch des Befangenheitsrechts durchgreifend auch das verfassungsrechtlich besonders geschützte **Prinzip des gesetzlichen Richters** entgegenstehen.“ (OLG Celle aaO)

StVO
§ 23 Ia

Verbotswidrige Nutzung eines Mobiltelefons
Navigationshilfe

StVO

(OLG Hamm in ZAP 2013, 557 = MMR 2013, 333; Urteil vom 18.02.2013 – III-5 RBs 11/13)

Unter dem **Begriff der „Benutzung“ eines Mobiltelefons** i.S.d. § 23 I a StVO ist **auch die Nutzung als Navigationsgerät** zu verstehen.

„Unter „Benutzung“ i.S.d. § 23 I a StVO [ist] auch die Nutzung als Navigationsgerät zu verstehen (vgl. OLG Köln NJW 2008, 3368 [= MMR 2008, 746; Burmann/Heß/Jahnke/Janker, StVR, 22. Aufl., § 23 StVO Rn 22a; Hentschel/König/Dauer, StVR, 41. Aufl., § 23 StVO Rn 32). Insb. das OLG Köln aaO hat zutreffend ausgeführt, der Gesamtheit der obergerichtlichen Rspr. zu § 23 I a StVO sei mit hinreichender Sicherheit zu entnehmen, dass auch die **Nutzung der Funktion eines Mobilfunkgeräts als Navigationshilfe als unzulässig anzusehen** sei. Denn die Nutzung des Geräts als Navigationshilfe beinhalte einen **Abruf von Daten und stelle sich damit zugleich als „Benutzung“ dar**. Ein derartiger **Kommunikationsvorgang** solle nach dem Willen des Gesetzgebers jedenfalls im Zusammenhang mit einem Mobiltelefon unterbleiben.

Der Senat folgt dieser Argumentation: Denn der **Begriff der Benutzung eines Mobiltelefons wird von der Rspr. weit ausgelegt**. Eine Benutzung liegt nicht nur dann vor, wenn das Gerät zum Telefonieren verwendet wird, sondern auch bei jeder anderen **bestimmungsgemäßen Verwendung von Bedienfunktionen**. Die Frage der Benutzung eines Mobiltelefons i.S.d. § 23 I a StVO beurteilt sich allein danach, ob das **Gerät in der Hand gehalten** wird oder nicht (vgl. bereits OLG Hamm NZV 2003, 98) und die Handhabung des Geräts einen Bezug zu einer **bestimmungsgemäßen Funktion** desselben aufweist. Nach der gesetzgeberischen Intention der 33. Verordnung zur Änderung straßenrechtlicher Vorschriften v. 11.12.2000 (VBl. 2001, 8) soll die Vorschrift des § 23 I a StVO gewährleisten, „dass der Fahrzeugführer während der Benutzung des Mobiltelefons beide Hände für die Bewältigung der Fahraufgabe frei hat. Die Benutzung schließt neben dem Gebrauch im öffentlichen Fernsprechnetz sämtliche Bedienfunktionen ein“. Hierzu zählt auch die Verwendung der Navigationshilfe, weil **jegliche Nutzung untersagt** wird, soweit das Mobiltelefon in der Hand gehalten wird, sodass der Fahrzeugführer nicht beide Hände für die Fahraufgabe frei hat, wodurch wiederum erhebliche Gefahren im Straßenverkehr entstehen können.“ (OLG Hamm aaO)

Steuerrecht

ESTG
§ 15 II

Einkünfte aus Gewerbebetrieb Prostitution

SteuerR

(BFH in NJW-aktuell 21/2013, 10; Beschluss vom 20.02.2013 – GrS 1/12)

Selbständig tätige Prostituierte erzielen **Einkünfte aus Gewerbebetrieb**. BFH aaO hat damit seine frühere Auffassung aufgegeben (BFHE 80, 73 = BStBl III 1964, 500), nach der Prostituierte aus „gewerbsmäßiger Unzucht“ keine gewerblichen, sondern sonstige Einkünfte i.S. des § 22 Nr. 3 EStG erwirtschafteten.

- I. In der **Lit.** wird allgemein die Ansicht vertreten, selbständig tätige Prostituierte erzielen Einkünfte aus Gewerbebetrieb.

z.B. Kirchhof/Lehner/Raupach/Rodi [Hrsg.], Festschrift K. Vogel, 2000, S. 661; Fischer DStR 2000, 1342; Kirchhof, EStG, 11. Aufl., § 22 Rn 69; Schmidt/Weber-Grellet, EStG, 32. Aufl., § 22 Rn 150 "Prostitution"; Blümich/Bode, § 15 EStG Rn 17; Blümich/Nacke, § 22 EStG Rn 168 "Gewerbsmäßige Prostitution"; Herrmann/Heuer/Raupach, § 15 EStG Rn 1059; Kirchhof aaO, § 15 Rn 34; Lenski/Steinberg, Gewerbesteuerrecht, § 2 Rn 259; Kirchhof/Söhn/Mellinghoff, EStG, § 22 Rn D 179 "Geschlechtsverkehr"; Kemper DStR 2005, 543

- II. **BFH aaO** teilt die Auffassung des vorlegenden Senats (BFHE 237, 421 = BStBl II 2012, 661), dass selbständig tätige Prostituierte Einkünfte aus Gewerbebetrieb erzielen und damit einen Gewerbebetrieb i.S. des § 2 I 2 GewStG i.V.m. § 15 II EStG unterhalten.

„Unter einem Gewerbebetrieb ist gem. § 2 I GewStG, § 15 II EStG jede selbständige nachhaltige Tätigkeit zu verstehen, die mit Gewinnerzielungsabsicht unternommen wird und sich als Beteiligung am allgemeinen wirtschaftlichen Verkehr darstellt, falls sie den Rahmen einer privaten Vermögensverwaltung überschreitet und es sich nicht um die Ausübung von Land- und Forstwirtschaft (§ 13 EStG) oder einer selbständigen Arbeit (§ 18 EStG) handelt.

Selbständig tätige Prostituierte erfüllen diese Voraussetzungen; sie nehmen insbes. in Abweichung von der in BFHE 80, 73 = BStBl III 1964, 500 vertretenen Auffassung auch am allgemeinen wirtschaftlichen Verkehr teil; die Prostitution kann in Gestalt eines "sich am wirtschaftlichen Verkehr beteiligenden Unternehmens" betrieben werden. Da dies einhelliger Auffassung in Verwaltung und Lit. entspricht, sieht der Große Senat von weiteren Ausführungen hierzu ab, sondern verweist zur Begründung auf die zutreffenden Ausführungen in BFHE 237, 421 = BStBl II 2012, 661. Prostituierte erzielen auch keine Einkünfte aus selbständiger Arbeit i.S. des § 18 EStG.“ (BFH aaO)

ESTG
§ 33

Außergewöhnliche Belastungen Kosten eines Scheidungsverfahrens

SteuerR

(FG Düsseldorf in NJW-aktuell 20/2013, 10; Urteil vom 19.02.2013 – 10 K 2392/12;
FG SH in DStRE 2013, 655; Urteil v. 21.12.2012 – 1 K 75/11)

- I. **FG Düsseldorf aaO** hat entschieden, dass die durch ein Scheidungsverfahren veranlassten Gerichts- und Anwaltskosten steuerlich in vollem Umfang als außergewöhnliche Belastung absetzbar sind.

1. Nach **§ 33 I EStG** wird auf Antrag die Einkommensteuer ermäßigt, wenn einem Steuerpflichtigen zwangsläufig größere Aufwendungen als der überwiegenden Mehrzahl der Steuerpflichtigen gleicher Einkommens- und Vermögensverhältnisse sowie gleichen Familienstands erwachsen (außergewöhnliche Belastung). Aufwendungen erwachsen dem Steuerpflichtigen dann zwangsläufig, wenn er sich ihnen aus rechtlichen, tatsächlichen oder sittlichen Gründen nicht entziehen kann und somit die Aufwendungen den Umständen nach notwendig sind und einen angemessenen Betrag nicht übersteigen (§ 33 II 1 EStG).
2. Der BFH hat unter **Änderung der bisherigen Rspr.** entschieden, dass Zivilprozesskosten (stets) als außergewöhnliche Belastungen zu berücksichtigen sind, wenn der Steuerpflichtige darlegen kann, dass die Rechtsverfolgung oder -verteidigung eine hinreichende Aussicht auf Erfolg bietet und nicht mutwillig erscheint. Prozesskosten, die im Zusammenhang mit der Auseinandersetzung des Vermögens bzw. mit dem Streit über den Zugewinnausgleich entstehen, sollen dagegen nach bisheriger Rspr. nicht als außergewöhnliche Belastungen zu berücksichtigen sein, da es die Eheleute in der Hand haben, die vermögensrechtliche Einigung ohne Inanspruchnahme der Gerichte herbeizuführen (BFH BStBl II 2006, 491 und BStBl II 2006, 492).
3. Diese **Begrenzung der Abzugsfähigkeit lehnt FG Düsseldorf aaO ab.**

„Das Recht der Ehe (Eheschließung und -scheidung einschließlich der daraus folgenden Unterhalts-, Vermögens- und Versorgungsfragen) unterliegt allein dem staatlich dafür vorgesehenen Verfahren. Ein anderes, billigeres Verfahren steht Eheleuten zur Beendigung einer Ehe nicht zur Verfügung; eine gewaltsame Konfliktlösung wird nicht gebilligt. § 623 ZPO a. F. ordnet für den Fall, dass im Zusammenhang mit der Durchführung eines Scheidungsverfahrens die Regelung einer anderen Familiensache begehrt wird (sog. Folgesachen), einen Verhandlungs- und Entscheidungsverbund zwischen der Scheidungssache und der Folgesache an. Zweck der Vorschrift ist es, den Ehegatten deutlich vor Augen zu führen, welche Wirkungen die Scheidung für sie haben wird. Schließlich wird auch der schwächere Ehegatte, der sich der Scheidung nicht mit Erfolg widersetzen kann, durch den Verhandlungs- und Entscheidungsverbund geschützt. Er kann wenigstens sicher sein, dass die Ehe nicht geschieden wird, bevor die für ihn wichtigen Fragen geregelt sind. Der Verhandlungs- und Entscheidungsverbund bewirkt einen Zwang zur gemeinsamen Verhandlung und Entscheidung. Ein unter Missachtung des Verbunds gefälltes Scheidungsurteil leidet an einem wesentlichen Verfahrensmangel.

Diese nicht zuletzt aus dem **Rechtsstaatsprinzip** (Art. 20 III GG) folgenden Erwägungen werden verletzt, wenn die Möglichkeit der Abzugsfähigkeit von Ehescheidungskosten (Anwalts- und Gerichtskosten) auf Fälle des sog. Zwangsverbundes zwischen Ehescheidung und Versorgungsausgleich begrenzt wäre. Kausal für die insgesamt zu treffenden Regelungen einschließlich der vermögensrechtlichen und unterhaltsrechtlichen Beziehungen ist die Beendigung der bisher bestehenden Ehe durch die begehrte Ehescheidung. Dabei kann es keinen Unterschied machen, ob die die Ehescheidung Begehrenden letztere durch Urteil klären oder im Vergleichswege vom Gericht beurkunden lassen. Im Übrigen soll das Gericht in jeder Lage eines Verfahrens auf die vergleichsweise Regelung eines Rechtsstreits hinwirken (§ 278 I, II und VI ZPO). Anders als bei einem nicht aus dem Scheidungsverfahren resultierenden Vergleich zur Regelung vermögensrechtlicher oder güterrechtlicher Ansprüche, der der privaten Lebensführung nach § 12 Nr. 2 EStG zuzurechnen ist, ist ein **mit dem Scheidungsverfahren bestehender Veranlassungszusammenhang gegeben**. Jeder Ehegatte könnte diese Fragen durch Antragstellung zum Verfahrensgegenstand der Scheidungssache machen, über die insgesamt dann durch Urteil zu entscheiden wäre. Unter Heranziehung der geänderten Rspr. des BGH, wonach Zivilprozesskosten Kl. wie Bekl. unabhängig vom Gegenstand des Zivilrechtsstreits aus rechtlichen Gründen zwangsläufig erwachsen, sind die der Kl. insgesamt mit der Ehescheidung erwachsenen Verfahrensaufwendungen als außergewöhnliche Belastungen berücksichtigungsfähig.“ (FG Düsseldorf aaO)

II. Auch nach Auffassung des **FG SH aaO** stellen Anwaltskosten einer im Scheidungsverbundverfahren entschiedenen Scheidungsfolgesache (hier: Unterhaltsstreit) bei Vorliegen der weiteren Voraussetzungen grds. eine außergewöhnliche Belastung i. S. des § 33 EStG dar.

1. Für die Entscheidung, ob Aufwendungen zwangsläufig i. S. des § 33 EStG angefallen sind, ist **auf die wesentliche Ursache abzustellen**, die zu den Aufwendungen geführt hat. Liegt diese in der vom Einzelnen gestaltbaren Lebensführung, kommt ein Abzug nicht in Betracht (BFH BStBl II 2004, 867, BFH DStRE 2004, 631).
2. Die Kosten eines Zivilprozesses wurden bis zum Ergehen der **Grundsatzentscheidung des BFH** (DStR 2011, 1308) lediglich in besonders gelagerten Fällen als außergewöhnliche Belastung anerkannt.

Die erforderliche Zwangsläufigkeit der Kosten wurde nur dann bejaht, wenn die Durchführung eines Gerichtsverfahrens prozessrechtlich der einzige Weg war, das Klageziel zu erreichen. Dies wurde z. B. für Scheidungskosten bejaht, soweit sie unmittelbar und unvermeidbar durch die prozessuale Durchführung des Ehescheidungsverfahrens entstanden sind: Wenn Ehepartner sich scheiden ließen, sei davon auszugehen, dass die Ehe zerrüttet und deshalb die Ehescheidung aus tatsächlichen Gründen zwangsläufig sei. Dabei wurde zunächst keine Unterscheidung zwischen dem Scheidungsverfahren als solchen und antragsweise in den Scheidungsverbund einbezogenen Folgesachen gemacht. Nach früherer Auffassung der Finanzverwaltung (BMF-Schrb. v. 25.09.1980, IV B 5 -S 2284- 42/80 III; Abschn. 186 EStR 1990; H 186-189 EStH ab 1993) waren Kosten der Ehescheidung auch hinsichtlich der Scheidungsfolgeregelungen als zwangsläufig erwachsen anzusehen. Damit sollte dem prozessualen Verbund und dem Umstand Rechnung getragen werden, dass im Verbundverfahren eine einheitliche Kostenentscheidung ergeht. Wegen der Degression der Gebührentabelle war eine Aufteilung des Gesamtstreitwertes nach den einzelnen Streitwertposten nicht möglich. Gemessen an diesen Grundsätzen wären die geltend gemachten Anwaltskosten als außergewöhnliche Belastung anzuerkennen.

Allerdings hatte der BFH (DStR 2005, 1767) erkannt, dass die anteiligen Kosten einer Scheidungsfolgesache auch dann nicht als zwangsläufig anzusehen seien, wenn der andere Ehegatte die Einbeziehung in den Scheidungsverbund beantragt hat. Die Finanzverwaltung hat ihre Richtlinien unter Bezugnahme auf das vorgenannte Urteil entsprechend geändert.

3. **Diese Rspr. ist jedoch nicht mehr aktuell:** Der **BFH (DStR 2011, 1308)** hat nunmehr neue Rechtsgrundsätze festgestellt und erkannt, dass Zivilprozesskosten mit Rücksicht auf das staatliche Gewaltmonopol unabhängig vom Gegenstand des Prozesses aus rechtlichen Gründen zwangsläufig erwachsen. Unausweichlich seien derartige Aufwendungen jedoch nur, wenn die beabsichtigte Rechtsverfolgung oder Rechtsverteidigung hinreichende Aussicht auf Erfolg bietet, nicht mutwillig erscheint und einen angemessenen Betrag nicht überschreitet.
4. Auf der Grundlage dieser aktuellen Rspr. vertritt **FH SH aaO** die Auffassung, dass **Anwaltskosten einer im Scheidungsverbundverfahren entschiedenen Scheidungsfolgesache** bei Vorliegen der weiteren Voraussetzungen (wieder) **in vollem Umfang eine außergewöhnliche Belastung darstellen**.

„Aufgrund des Scheidungsantrages seiner früheren Ehefrau und des von ihr gestellten Verbundantrages in Sachen Unterhalt musste sich der Kl. dem **Verfahren ohne jeden eigenen Gestaltungsspielraum** stellen. Sein Klagabweisungsantrag in Sachen Unterhaltsforderung erscheint weder ohne Aussicht auf Erfolg noch mutwillig: Die vom Kl. ausweislich des Tatbestands des familiengerichtlichen Urteils gegen die Unterhaltsforderung vorgebrachten Argumente erscheinen nachvollziehbar und können unter keinen Umständen als mutwillig qualifiziert werden. Dass hinreichende **Erfolgsaussichten** bestanden, ergibt sich mittelbar aus dem Umstand, dass der Kl. in 2. Instanz eine erhebliche Reduzierung der Unterhaltsforderung durchsetzen konnte. Die **Prozesskosten können auch der Höhe nach nicht als unangemessen qualifiziert werden**.

Das Gericht erachtet auch mit Rücksicht auf den Nichtanwendungserlass der Verwaltung (BMF-Schrb. v. 20.12.2011 BStBl I 2011, 1286 = DStR 2011, 2462) eine vertiefte Auseinandersetzung mit den Gründen des BFH-Urteils (DStR 2011, 1308) nicht für erforderlich. Dies insbes. deshalb nicht, weil die hier zur Beurteilung stehenden Anwaltskosten des Scheidungsverfahrens auch bei einer sachgerechten Anwendung der früheren Rspr.- und Verwaltungsgrundsätze als zwangsläufig zu beurteilen wären. Die **Kosten eines Scheidungsverfahrens sind nicht mit den Kosten eines beliebigen Zivilprozesses vergleichbar**: Eine zerrüttete Ehe kann nur im Wege des familiengerichtlichen Scheidungsverfahrens beendet werden. Dementsprechend ist es unstrittig, dass die Scheidungskosten als solche eine außergewöhnliche Belastung darstellen. Eine Trennung der Scheidungskosten im engeren Sinne von den anteiligen Kosten einer Scheidungsfolgesache erachtet das Gericht für rechtlich nicht geboten. Stellt ein Ehegatte Antrag auf Verbundentscheidung mit seiner Unterhaltsforderung, dann hat das Familiengericht durch einheitliches Verbundurteil mit einheitlicher Kostenentscheidung zu erkennen. Es bestehen deshalb keinerlei Verhaltensspielräume. Dies muss im Rahmen des § 33 EStG angemessen Berücksichtigung finden.

Die im Urteil des BFH (DStR 2005, 1767) angesprochene **Möglichkeit einer anderweitigen Kostenregelung rechtfertigt keine andere Beurteilung**. Zwar ermöglichen die in Bezug genommenen Kostenregelungen der ZPO dem Familiengericht in besonderen Fällen eine kostenrechtliche Billigkeitsentscheidung. Allein hierdurch wird jedoch kein hinreichender Ausgleich für die durch eine Scheidungsverbandsache entstehende zusätzliche Kostenbelastung geschaffen. Dies insbes. deshalb nicht, weil die kostenrechtlichen Entscheidungsmaßstäbe des Familiengerichts regelmäßig nicht mit den für eine außergewöhnliche Belastung i. S. des § 33 EStG geltenden steuerlichen Maßstäben deckungsgleich sind. Im Streitfall kommt hinzu, dass der Kl. in 1. Instanz ungeachtet der von ihm geltend gemachten Verwirkungstatbestände zu einer vergleichsweise hohen Unterhaltsleistung verurteilt wurde, die ihm kaum mehr als den familienrechtlichen Selbstbehalt beließ. Die Durchführung eines Berufungsverfahrens stellte für ihn nach Lage der Dinge die einzige Korrekturmöglichkeit dar und war für seine persönliche Lebensführung von besonderer Bedeutung.“ (FH SH aaO)

FGO
§ 33

Berichtigung einer Lohnsteuerbescheinigung Rechtsweg

SteuerR

(BAG in DB 2013, 1308; Beschluss vom 07.05.2013 – 10 AZB 8/13)

Für einen **Rechtsstreit um die Berichtigung einer fehlerhaft ausgefüllten Lohnsteuerbescheinigung** ist der **Finanzrechtsweg** jedenfalls dann **eröffnet**, wenn die **Entscheidung des Streits von der Anwendung steuerrechtlicher Normen abhängt**.

- I. Es handelt es sich hier nicht um eine bürgerlich-rechtliche, sondern um eine **öffentlichrechtliche, nämlich abgabenrechtliche Streitigkeit i. S. d. § 33 FGO**.

„Der von den Parteien ursprünglich geführte arbeitsrechtliche Streit um den Zeitpunkt der Beendigung ihres Arbeitsverhältnisses ist [rechtskräftig] entschieden. Die Parteien streiten nicht - auch nicht indirekt - um Zahlung von Arbeitsvergütung oder sonstige nach Rechtssätzen des bürgerlichen Rechts zu beurteilende Fragen. Die einzige Meinungsverschiedenheit der Parteien betrifft das Steuerrecht. Der Kl. begehrt eine in bestimmter Weise ausgefüllte Lohnsteuerbescheinigung. Die **Verpflichtung zur Erstellung dieser Bescheinigung folgt aus § 41b I EStG**. Dort ist auch der gesetzlich vorgeschriebene Inhalt der Bescheinigung geregelt. Die Parteien streiten damit im Kern um eine öffentlich-rechtliche, nämlich steuerrechtliche Frage. Ein **Rechtssatz des bürgerlichen Rechts, der die Frage beantworten würde, besteht nicht**. Außersteuerliche Rechtswirkungen sind mit der Lohnsteuerbescheinigung nicht verbunden.“ (BAG aaO)

- II. Auch die **Anwendung der neueren Rspr. des BFH** zur Frage des zutreffenden Rechtswegs bei Ansprüchen auf Berichtigung der Lohnsteuerbescheinigung **führt nach Auffassung des BAG aaO zu keinem anderen Ergebnis**.

„In dem vom Kl. herangezogenen Beschluss hat der BFH ausgeführt, bei einem Streit um die Berichtigung einer Lohnsteuerbescheinigung sei der Rechtsweg zu den Arbeitsgerichten jedenfalls dann gegeben, wenn es bei dem Rechtsstreit im Kern um arbeitsrechtliche Fragen gehe, zu denen die vom Arbeitnehmer beanstandeten Eintragungen in der Lohnsteuerbescheinigung oder das Begehren des Arbeitnehmers auf Ausstellung einer Lohnsteuerbescheinigung einen bloßen Reflex bildeten. Der zur Klagebegründung vorgetragene Sachverhalt werde für die aus ihm hergeleitete Rechtsfolge insbesondere dann von Rechtssätzen des Arbeitsrechts geprägt, wenn Streit bestehe, ob überhaupt ein Arbeitsverhältnis vorgelegen habe, für welchen Zeitraum ein Arbeitsverhältnis bestanden habe oder welche arbeitsrechtlichen Ansprüche – insbes. Barlohnansprüche - beständen oder bestanden hätten. Die letztgenannte Frage präge insbes. dann den Kern des Rechtsstreits, wenn um Bestehen und Inhalt einer Nettolohnvereinbarung gestritten und damit nach dem sachlichen Gehalt des Klagebegehrens zusätzlicher Lohn gefordert werde.

Der BFH (BFHE 220, 124) hat ausdrücklich festgehalten, dass dann, wenn die Entscheidung des Streits um die richtige Ausfüllung der Lohnsteuerbescheinigung die **Anwendung steuerrechtlicher Normen** erfordert, der Rechtsweg zu den Finanzgerichten gegeben ist. Der gegenteiligen Auffassung, nach der eine Zuständigkeit der Finanzgerichte für alle Klagen auf Berichtigung von Lohnsteuerbescheinigungen ausgeschlossen sein soll (vgl. zum Streitstand GK-ArbGG/Schütz, Stand März 2013, § 2 ArbGG Rn 145 ff.; Küttner/Poeche/Reinecke, Personalbuch 2013, Lohnsteuerbescheinigung Rn 1 ff.; ErfK/Koch, 13. Aufl., § 2 ArbGG Rn 22; BeckOK/ArbGG, Stand 1. März 2013, § 2 Rn 21; GMP/Matthes/Schlewing, 7. Aufl., § 2 Rn 79 ff.; Hohmann, Arbeitsgerichtsgesetz, § 2 Rn 15 f.; Bartone, jurisPR-SteuerR 6/2009, Anm. 6), hat sich der BFH nicht angeschlossen.

Im hier gegebenen Fall **stehen keine bürgerlich-rechtlichen Fragen zur Entscheidung**: Es geht nicht darum, ob, für welchen Zeitraum oder in welcher Höhe dem Kl. arbeitsrechtliche Ansprüche zustehen. Es kann deshalb dahinstehen, ob Ansprüche auf Berichtigung der Lohnsteuerbescheinigung stets oder nur dann dem Rechtsweg zu den Finanzgerichten zuzuordnen sind, wenn es „im Kern“ um abgabenrechtliche Fragen geht. Im Streitfall ist das steuerrechtliche Begehren des Kl. auch kein bloßer „Reflex“ eines arbeitsrechtlichen Anspruchs. Es liegt vielmehr gerade umgekehrt: Die vom Kl. geltend gemachte **Nebenpflicht des Arbeitgebers auf richtige Erstellung der Lohnsteuerbescheinigung** erweist sich als **bloßer Reflex des im Kern abgabenrechtlichen Streits** der Parteien.“ (BAG aaO)

Weitere Schrifttumsnachweise

I. Zivilrecht

1. **Mrosk:** Der Nachweis des Zugangs von Willenserklärungen im Rechtsverkehr (NJW 2013, 1481)

Der **Nachweis des Zugangs eines Einwurf-Einschreibens** wird **innerhalb der Rspr. unterschiedlich beurteilt**; der Autor vertritt die Ansicht, dass Ein- und Auslieferungsbeleg einen Anscheinsbeweis für den Zugang der Sendung darstellen; gleichwohl würde dies jedoch nicht den Zugang einer bestimmten Erklärung, sondern nur einer Briefsendung belegen, wie bei dem mit Mühe und Kosten aufzugebendem **Übergabe-Einschreiben** oder **Einschreiben mit Rückschein**; für den Tatrichter dürfte indes die Vermutung naheliegen, dass der Absender einer Willenserklärung nur eine kostenintensivere Übersendungsart wählt, wenn die gewollte Erklärung auch Inhalt der Sendung geworden ist. - Die Übermittlung durch eine **elektronische Versendungsart** (E-Mail/SMS/Fax) ist **nicht frei von Zugangsrisiken**: Sie dient zwar der kostengünstigen und schnellen Versendung von Mitteilungen und Nachrichten, was aber zu Lasten der Sicherheit der Übertragung geht, weil die Datenübermittlung fehlschlagen kann. – **Fazit:** Der Zugang kann am sichersten bewiesen werden kann je aufwändiger und teurer der Übermittlungsvorgang ist; die **einzig sicher beweisbare Übermittlungsmethode** einer Willenserklärung stellt im Ergebnis nur die **Vermittlung durch einen Gerichtsvollzieher** dar.

2. **Erger:** Der Rücktritt des Käufers beim „Montagsauto“ (NJW 2013, 1485)

Fällt ein Auto in die Kategorie des Montagsautos, so **kann der Käufer unmittelbar zurücktreten**, denn ein solcher rechtsbegründender Mangel ist stets erheblich, nicht behebbbar und somit hat der Verkäufer kein Recht der zweiten Andienung; eines immer noch vorhandenen weiteren Mangels bedarf es dann nicht mehr. - **Art und Umfang der Indizmängel** sind lediglich für die Frage nach dem Vertrauen des Durchschnittskäufers wichtig; die Konzentration der Indizmängel auf einen Bereich ist unschädlich, solange der Bereich von **hinreichender Bedeutung für die Gesamtkaufsache** ist; das Vertrauen des Käufers wird von sehr geringen Mängeln zwar deutlich weniger erschüttert als von größeren, dennoch vermögen es auch geringfügige Mängel, die Berechtigung zum fristlosen Rücktritt zu schaffen; die Anforderungen hieran sind aber besonders hoch. - Bei der tatrichterlich zu beurteilenden Frage, ob ein Auto ein Montagsauto ist, muss also zur Gesamtbetrachtung angesetzt werden, bei der das Gewicht der zu erwartenden Mängel mit der Wahrscheinlichkeit ihres tatsächlichen Auftretens bewertet wird; erst wenn diese Prognose für den durchschnittlichen Käufer negativ ausfällt, also mit ganz überwiegender Wahrscheinlichkeit immer wieder nicht völlig unerhebliche Mängel auftreten werden, ist das Auto als Montagsauto zu qualifizieren und der Käufer kann fristlos vom Kaufvertrag zurücktreten.

3. **Jäckle:** Vorgerichtliche Kosten eines Inkassounternehmens als Verzugsschaden (NJW 2013, 1393)

Besteht die Hauptforderung nicht und/oder bestreitet der Schuldner diese, so kann der Gläubiger die **Einschaltung des Inkassounternehmens nicht als zweckmäßige und notwendige Maßnahme** betrachten, sodass diese Inkassokosten nicht erstattungsfähig sind. - Vom Schuldner **nicht zu ersetzen sind auch die durch das Konzerninkasso entstehenden Kosten**, denn mit der Gründung eines konzerneigenen Inkassounternehmens wird lediglich das **Forderungsmanagement ausgelagert** und damit ein „**künstlicher Schadensposten**“ geschaffen; eine deutliche Verstärkung hat diese Argumentation dadurch erfahren, dass § 2 III Nr. 6 RDG das Konzerninkasso mangels Fremdheit des Geschäfts nicht als Rechtsdienstleistung qualifiziert. - Bei erfolgreicher Tätigkeit eines nicht konzerneigenen Inkassounternehmens besteht ein **Erstattungsanspruch in Höhe einer 0,3 Gebühr analog Nr. 2302 VV RVG** nebst Auslagen; hat das Inkassounternehmen besondere Leistungen wie z. B. eine Anschriftenermittlung oder ein Telefoninkasso erbracht, so besteht der Anspruch in der für diese Leistungen üblicherweise zu entrichtenden Höhe. - Bei **erfolgloser Tätigkeit des Inkassounternehmens und nachfolgender Einschaltung eines Rechtsanwalts** zum Zweck der Prozessführung besteht eine **Ersatzpflicht allenfalls in Höhe der Hälfte der erstattungsfähigen, in Anlehnung an das RVG zu ermittelnden Inkassokosten**. - Wird kein Anwalt beauftragt, so beantwortet sich die Frage nach dem Erstattungsanspruch danach, ob der Gläubiger in seiner ex-ante-Sicht von einer erfolgreichen Tätigkeit des Inkassounternehmens ausgehen durfte; diese Frage dürfte bei gewerblichen Schuldnern deutlich häufiger zu bejahen sein als bei gegen Verbraucher gerichteten Forderungen; die Beweislast für das Vorliegen der Erforderlichkeit liegt beim Gläubiger.

4. **Niesse/Ghassemi-Tabar:** Grundstückskauf – Die Arglisthaftung des Verkäufers (MDR 2013, 569)

Bespr. der Entsch. **OLG Saarbrücken MDR 2013, 577**, wonach das Tatbestandsmerkmal „Arglist“ auch solche Verhaltensweise umfasst, die auf bedingten Vorsatz i.S. eines „Fürmöglichhaltens“ und „Inkaufnehmens“ reduziert und mit denen kein moralisches Unwerturteil verbunden ist.

5. **Dommermuth-Alhäuser/Heup:** Haftung des Betriebsrats und seiner Mitglieder (BB 2013, 1461)

Bespr. der Entsch. **BGH BB 2013, 380** – Der Betriebsrat ist als Gremium nur teilrechtsfähig; er kann daher nur Vertragspartner von Dritten sein, wenn und soweit er innerhalb seines **betriebsverfassungsrechtlichen Aufgabenkreises** handelt. – Hat der Betriebsrat sich wirksam zu einer Geldleistung verpflichtet, schuldet er grds. Erfüllung; aufgrund seiner Vermögenslosigkeit kann er dem Dritten i. d. R. lediglich seinen **Freistellungsanspruch**

aus § 40 I BetrVG erfüllungshalber abtreten; dieser wandelt sich mit Abtretung in einen Zahlungsanspruch des Dritten gegen den Arbeitgeber um. – Betriebsratsmitglieder haften nicht akzessorisch für wirksam begründete Vertragsverbindlichkeiten des Betriebsrats, da dies mit dem Ehrenamtsprinzip unvereinbar wäre. – besteht kein Freistellungsanspruch nach § 40 I BetrVG, weil der Betriebsrat sich außerhalb seines gesetzlichen Aufgabenkreises bewegt, haftet das handelnde Betriebsratsmitglied ggü. dem Dritten analog § 179 I BGB als „Vertreter“ ohne Vertretungsmacht; hierbei kommt ihm neben § 179 II und III BGB analog – entspr. der gesetzgeberischen Wertung in § 31a BGB – ein zusätzliches Haftungsprivileg zugute, wonach seine Haftung auf Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit beschränkt ist; Anknüpfungspunkt für dieses Privileg ist § 254 BGB analog, denn der Dritte trägt das Risiko der Rechtsfähigkeit des Betriebsrats.

6. **Schmitt:** Prozesskosten als außergewöhnliche Belastung (DB 21/2013, M8)
7. **Drüen:** Zum Betriebsausgabenabzug von Geldbußen (DB 2013, 1133)

II. Strafrecht

1. **Gericke:** Strafrechtliche Sanktionen für Fehlverhalten von Mietvertragsparteien (NJW 2013, 1633)

Der strafrechtliche Schutz der Mieter in gewerblichen Mietverhältnissen betreffend den Umgang mit der Kautions bleibt hinter dem der Mieter in Wohnraummietverhältnissen zurück: Während im Wohnraummietrecht den Vermieter eine gesetzliche Vermögensbetreuungspflicht trifft, besteht eine solche im Gewerberaummietrecht nicht; eine Strafbarkeit des Vermieters wegen Untreue nach § 266 I StGB wird insoweit nur in Betracht kommen, wenn der Mieter eine Vereinbarung zur abgesonderten, insolvenzfesten Anlage der Mietkaution durchsetzen kann, aus der sich eine vertragliche Vermögensbetreuungspflicht ableiten lässt. – Falsche Angaben einer Mietvertragspartei werden in aller Regel bei der anderen Partei einen Irrtum und eine irrumsbedingte Vermögensverfügung hervorrufen; der Eintritt eines Vermögensschadens ist hingegen schwieriger zu belegen und wird insbes. in den Fällen falscher Angaben zur Größe des Mietobjekts in nicht wenigen Fällen nicht feststellbar sein. – Bei Beendigung des Mietverhältnisses kommen neben den Delikten des Hausfriedensbruchs bei unerlaubtem Betreten der Wohnung durch den Vermieter und der Pfandkehr bei Mitnahme eigener, dem Vermieterpfandrecht unterliegender Sachen des Mieters insbes. Eigentumsdelikte in Betracht, wenn eine Mietvertragspartei jeweils Sachen der anderen an sich bringt; während sich Mieter bei Mitnahme von Sachen des Vermieters wegen veruntreuender Unterschlagung nach § 246 II StGB strafbar machen können, wird eine Strafbarkeit des Vermieters wegen Diebstahls nach § 242 StGB bei Wegnahme von Sachen des Mieters jedenfalls dann in aller Regel ausscheiden, wenn dem Vermieter noch Forderungen gegen den Mieter zustehen, zu deren Sicherung er die Sachen an sich bringt.

2. **Stoffers:** Anwesenheitsrechte des Verteidigers bei Zeugenvernehmungen im Ermittlungsverfahren (NJW 2013, 1495)

Dem Verteidiger steht im strafrechtlichen Ermittlungsverfahren bei richterlichen Zeugenvernehmungen de lege lata ein Anwesenheitsrecht mit grds. Benachrichtigungspflicht vom Vernehmungstermin zu, das ein Frage- und Hinweisrecht umfasst. – Bei staatsanwaltschaftlichen und polizeilichen Zeugenvernehmungen ist ein solches Anwesenheitsrecht gesetzlich nicht vorgesehen; dem Verteidiger kann die Anwesenheit bei der Zeugenvernehmung durch die Staatsanwaltschaft und Polizei zwar ausnahmsweise gestattet werden, die dann ebenfalls ein Frage- und Hinweisrecht beinhaltet; es handelt sich hierbei aber um eine – jederzeit widerrufbare – Ermessensentscheidung, die kein Recht auf Anwesenheit begründet; begründet werden diese unterschiedlichen Gesetzesregelungen mit der geringeren Beweiskraft staatsanwaltschaftlicher und polizeilicher Vernehmungsprotokolle sowie mit der unterschiedlichen Behandlung der Strafbarkeit in §§ 153, 154 StGB. – Für die Beantwortung der Frage nach einem Anwesenheitsrecht des Verteidigers im strafrechtlichen Ermittlungsverfahren bei Zeugenvernehmungen spielt aber auch Art. 6 EMRK eine Rolle: So ist es möglich, aus Art. 6 I EMRK (sog. Fair-trial-Grundsatz) in Verbindung mit Art. 6 III d EMRK (Konfrontationsrecht) eine Stärkung des Teilhaberechts der Verteidigung im Ermittlungsverfahren durch ein generelles Anwesenheitsrecht bei Zeugenvernehmungen – also auch bei solchen durch die Staatsanwaltschaft und Polizei – herzuleiten; vor diesem Hintergrund ist dem Verteidiger zu empfehlen, vor der Vernehmung eines Zeugen durch die Staatsanwaltschaft oder Polizei unter Berufung auf diese Vorschriften einen Antrag auf Anwesenheit zu stellen und im Falle einer Ablehnung hiergegen gerichtliche Entscheidung in analoger Anwendung von § 161a III 2 StPO (bei Ablehnung durch die Staatsanwaltschaft) bzw. in analoger Anwendung von § 163 III 3 i. V. mit § 161a III 2 StPO (bei Ablehnung durch die Polizei) zu beantragen; sofern eine staatsanwaltschaftliche oder polizeiliche Vernehmungsniederschrift eines Zeugen in der Hauptverhandlung unter den Voraussetzungen des § 251 I StPO verlesen wird, sollte der Verteidiger hiergegen Widerspruch einlegen, falls er von der Vernehmung nicht vorher benachrichtigt worden und daher nicht anwesend war, denn diese hätte dann einem Verwertungsverbot unterlegen; hierin könnte bei ablehnender Entscheidung seitens des Gerichts sogar ein Revisionsgrund liegen.

3. **Bilsdorfer:** Die Entwicklung des Steuerstraf- und Steuerordnungswidrigkeitenrechts (NJW 2013, 1633)
4. **Spatscheck:** Fallstricke der Selbstanzeige (DB 2013, 1073)

Die Selbstanzeige nach § 371 AO ermöglicht, rückwirkend die Strafbarkeit der Steuerhinterziehung zu beseitigen, auch wenn an ihre Wirksamkeitsvoraussetzungen erhöhte Anforderungen gestellt werden. – Der Bundesrat hat einen Gesetzentwurf zur Verbesserung der Bekämpfung von Steuerstraftaten vorgelegt, mit dem generell

die Verjährungsfristen für Steuerbetrugsdelikte verschärft werden und Regelungen erlassen werden sollen, die ein Vorgehen gegen Banken ermöglichen, wenn diese systematisch Beihilfe zur Steuerhinterziehung begehren.

III. Öffentliches Recht

1. **Séché:** Verfassungsbeschwerden gegen den Rundfunkbeitrag im nicht-privaten Bereich (NVwZ 2013, 683)

Der Rundfunkbeitragsstaatsvertrag regelt **Beitragspflichten für den „privaten Bereich“** in den §§ 2 – 4 und für den „nicht-privaten Bereich“ in den §§ 5–7: Während im „privaten Bereich“ ein Beitrag für jede Wohnung zu entrichten ist, ist im „nicht-privaten Bereich“ ein nach Beschäftigtenzahl gestaffelter Beitrag je Betriebsstätte und ein Drittelbeitrag für jedes zu gewerblichen, gemeinnützigen oder öffentlichen Zwecken genutzte Fahrzeug vom jeweiligen Inhaber zu entrichten. - Auch wenn der **neue Rundfunkbeitrag nicht als Steuer einzustufen** sein sollte, erweist sich die Beitragspflicht im nicht-privaten Bereich jedoch als **verfassungswidrig, weil die Beitragsbemessung auf Grund nicht vorteilsgerechter Typisierungen und nicht hinreichend begründeter Privilegierungen erfolgt**; ebenso problematisch sind nach Ansicht des Autors die Regelungen zur Datenverarbeitung, die es den Rundfunkanstalten überlassen, in welchem Umfang die Bürger durchleuchtet werden, was mit dem Wesentlichkeitsvorbehalt nicht zu vereinbaren ist.

2. **Ruttloff:** Gestaltende und verwaltende Legislativorgane - Zum Anspruch auf Zugang zu Informationen nach Abschluss des Gesetzgebungsverfahrens (NVwZ 2013, 701)

Bundestag und Bundesrat sind grds. informationspflichtige Stellen i. S. des UIG und des IFG, soweit sie **außerhalb des eigentlichen Gesetzgebungsverfahrens tätig** sind; die organisationsrechtliche Einordnung als Legislativorgan ist insofern unerheblich, denn maßgeblich ist allein die funktionale Betrachtung. - Nach Abschluss des Gesetzgebungsverfahrens nehmen auch Bundestag und Bundesrat keine legislativ-gestaltende Funktion mehr wahr, sondern nur noch eine verwaltende; verwaltend in diesem Sinne ist auch die Dokumentation, Archivierung und Aufbewahrung von Beratungsvorgängen. - Unberührt von der grundsätzlichen Einordnung als informationspflichtige Stelle bleiben die einfachgesetzlich normierten Ausnahmetatbestände, die im Einzelfall einem Informationsanspruch entgegenstehen können; hierzu zählen neben grundrechtlich geschützten Interessen Privater auch spezifische Schutzinteressen für die verfassungsrechtlich zugewiesenen Funktionen und Aufgaben von Hoheitsträgern.

3. **Goldhammer:** Zweistufentheorie, Kontrahierungszwang und das Problem der Sparkassen mit imagegefährdenden Kunden (DÖV 2013, 416)

Die öffentlich-rechtlichen Sparkassen unterliegen grds. einem **Kontrahierungszwang**, der im Wege des Art. 3 I GG eine subjektiv-rechtliche Dimension erfährt. - Den Anspruch auf Zulassung zu den Leistungen, insbesondere eines Girokontos, kann der Kunde sowohl im Verwaltungsrechtsweg als auch vor den ordentlichen Gerichten geltend machen. - Die **Sparkassen können und müssen bestimmten Kunden die Zulassung zu den Leistungen der Anstalt versagen**, dies ist **immanenter Bestandteil des öffentlichen Auftrags**; der **besondere Anstaltszweck** als Legitimationsgrund der Versagung bildet zugleich deren disziplinierende Grenze. - Kündigungsgründe, die nicht sparkassenakzessorisch gerechtfertigt werden können, sondern allgemeinen Zwecken dienen, vermögen, entgegen der derzeitigen Rspr., die Versagung indes nicht rechtfertigen

IV. Richter / Staatsanwälte / Rechtsanwälte / Notare

- Fromm:** Vergütung des Strafverteidigers für Bemühungen zur Schadenswiedergutmachung (NJW 2013, 1720)

Die Begleichung zivilrechtlicher Ausgleichsansprüche oder zumindest das Bemühen um eine Schadenswiedergutmachung kann sich für den Besch. strafrechtlich in mehrfacher Hinsicht positiv auswirken, denn der Gesetzgeber belohnt einen derartigen Täter-Opfer-Ausgleich nach §§ 46, 46a, 153b, 155a StPO mit Verfahrenseinstellungen, Absehen von Strafe oder Strafmilderungen. - Da der Gesetzgeber derartige **Tätigkeiten des Verteidigers auch zum Zwecke der Entlastung der Zivilgerichte** nach dem Rechtsanwaltsvergütungsrecht geregelt hat, sollte der Verteidiger diese Gebühren bei der Abrechnung des Falles gegenüber dem Mandanten oder der Staatskasse bei der notwendigen Verteidigung § 140 StPO nicht übersehen. - Wird der Verteidiger zur Abwehr gegen den Angekl. gerichteter **Adhäsionsanträge** oder im Strafverfahren hinsichtlich des **vermögensrechtlichen Anspruchs des Verletzten** tätig, entsteht die **Verfahrensgebühr nach Nr. 4143 VV RVG** und der Rechtsanwalt kann eine **2,0-Gebühr aus dem Streitwert** neben den allgemeinen strafrechtlichen Gebühren nach Nr. 4100 ff. VV RVG abrechnen. - Einigt sich der anwaltlich vertretene Besch. mit der Gegenseite über eine bestimmte Ausgleichszahlung, so fällt zusätzlich die **Einigungsgebühr** (nach Nr. 1000 vorgerichtlich bzw. Nr. 1003 VV RVG im gerichtlichen Verfahren) an. - Der Pflichtverteidiger muss darauf eingestellt sein, dass der Bezirksrevisor sowohl die beantragte Verfahrensgebühr nach Nr. 4143 VV RVG als auch im Falle eines Vergleichs die Einigungsgebühr nach Nr. 1003 VV RVG absetzen wird, denn teilweise wird in Rspr. und Lit. die Auffassung vertreten, Nr. 4143 VV RVG könne nur im förmlichen Adhäsionsverfahren ausgelöst werden und die Bestellung/Beiordnung eines Rechtsanwalts zum Pflichtverteidiger beziehe sich nicht auf die Befugnis zur Vertretung des Angeklagten im Adhäsionsverfahren; wird die Vergütung daher nicht antragsgemäß festgesetzt, so sollte der Verteidiger die Entscheidung durch entsprechende **Rechtsbehelfe gem. §§ 55 f. RVG** richterlich überprüfen lassen.

Protokolle für die mündliche Prüfung

Warum Prüfungsprotokolle?

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

Wie läuft das ab?

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

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

Was können Sie sonst noch tun?

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

1/3
Protokollwissen

Protokolle anfordern!

Prüfungsstoff im Mündlichen
1/3
Zeitschriftenwissen der letzten Monate

ZA lesen!

1/3
unbekannter Stoff

Phantasie zeigen! ■

