



ZEITSCHRIFTENAUSWERTUNG (ZA) Zeitschrift für Jurastudium und Ausbildung

34. Jahrg.

August 2009

Heft 08

Aus dem Inhalt:

- BGH:** Instandhaltungskosten bei Grundstücksnießbrauch
- BGH:** Strafbarkeit eines GmbH-Geschäftsführers bei Bankrott
- BVerwG:** Unsittlichkeit einer Anbahnungsgaststätte
- BGH:** Präklusion des Aufrechnungseinwands
- BGH:** Wiedereinsetzungsfrist bei Ablehnung der Prozesskostenhilfe
- OVG Bamberg:** Beweisverwertungsverbot
- BVerfG:** Summarische Prüfung im Eilverfahren



Impressum:

Verlag und Redaktion:

Juristischer Verlag Juridicus
Hiberniastraße 6
45879 Gelsenkirchen

Tel.: 0209 / 945 806 –35

Fax: 0209 / 945 806 – 50

info@juridicus.de

www.juridicus.de

Verantwortliche Redakteure:

Silke Wollburg, Hiberniastraße 6, 45879 Gelsenkirchen

Britta Wegner, Hiberniastraße 6, 45879 Gelsenkirchen

Urheber und Verlagsrechte:

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

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

Erscheinungsweise: monatlich

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

Zahlung quartalsweise im Voraus

Inhalt

Aus der Gesetzgebung

Bürgerentlastungsgesetz	1
Abreden im Strafverfahren	2

Brandaktuell

BGH: Zulässigkeit einer Lehrerbewertung im Internet (kein Verstoß gegen allgemeines Persönlichkeitsrecht)	5
--	---

Entscheidungen materielles Recht

Zivilrecht

OLG München: Eigentumseintragung ins Grundbuch (Nachweis der Eintragungsvoraussetzungen)	6
BGH: Kündigungsfrist für Telefonfestnetzanschluss (Wirksamkeit der AGB)	8

Strafrecht

BGH: sexueller Missbrauch von Kindern (via Internet)	12
BGH: fahrlässige Tötung (Verkehrssicherungspflicht bei Abbrucharbeiten)	14

öffentl. Recht

BVerfG: Grundrechtsfähigkeit (juristische Personen des öffentlichen Rechts)	17
OVG Koblenz: Verkaufsstellen in Tankstellen (Beschränkung des Alkoholverkaufs)	19

Kurzauslese I

BGH: Schadensersatz wegen Schlechterfüllung (Entbehrlichkeit der Fristsetzung)	22
OLG Saarbrücken: Verjährung (Verjährungsbeginn trotz fehlender Fälligkeit)	22
OLG Brandenburg: unwirksame Dekorations-AGB (keine Kompensation über Mietzuschlag)	23
BGH: Nachschusspflicht für Personengesellschafter (Wirksamkeit)	23
OLG Brandenburg: Tierhalterhaftung (gilt auch für Polizeihund)	23
BGH: Beleidigung (persönliche Schmähungen Dritter durch Strafverteidiger)	24
OLG Hamburg: unerlaubtes Entfernen vom Unfallort (vorsatzloses Sich-Entfernen in der „Beendigungsphase“)	24
VG Stuttgart: Familienzuschlag (auch für Beamte in Eingetragener Lebenspartnerschaft)	25
OVG Magdeburg: Dienstunfähigkeit eines Soldaten (Begriffsdefinition)	26
OVG Münster: Ausschluss eines Ratsmitglieds (kein Verwaltungsakt)	26

Entscheidungen Verfahrensrecht**Zivilrecht**

OLG Düsseldorf:	Unzulässigkeit eines Teilurteils (bei Minderungseinwand gegen Räumungsklage)	27
BGH:	Einzelrichter als gesetzlicher Richter (Geschäftsverteilung und Einverständnis der Parteien)	29

Strafrecht

BVerfG:	Rasterfahndung (Abfrage von Kreditkartendaten)	32
---------	--	----

öffentl. Recht

OVG Weimar:	Verwirkung des prozessualen Klagerechts (trotz fehlender Zustellung und mangelhafter Belehrung)	37
OVG Weimar:	Unbestimmtheit eines Prozessvergleichs (Titelabwehrklage im Verwaltungsprozess)	40

Kurzauslese II

BGH:	Telefonische Rechtsmitteleinlegung (unzulässig)	43
BGH:	Berufungsschrift (fehlende Unterschrift)	44
BGH:	Briefbeschlagnahme (Zulässigkeit der Beschlagnahme bei Mandanten)	44
BGH:	langfristige Observation (Zuständigkeit des OLG)	45
BVerwG:	Rechtsmittelbelehrung (Angabe des zuständigen Rechtsmittelgerichts)	46
OVG Münster:	Rechtsbehelfsbelehrung (bei Zustellung eines Bescheids Einschreiben)	46
OVG Lüneburg:	Zustellung an Bevollmächtigung (bei schriftlicher Vollmacht)	47

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

OLG Schleswig:	Zeithonorar (Vereinbarung eines 15-Minuten-Taktes ist zulässig)	48
OLG Naumburg:	Vergütungsanspruch (für Erstellung eines Fachaufsatzes)	48
OLG Düsseldorf:	Verfahrensgebühr (Erstattungsfähigkeit anwaltlicher Kosten im Ablehnungsverfahren)	49
OLG Düsseldorf:	Kosten für Grundbuchauszug (sind im Kostenfestsetzungsverfahren zu berücksichtigen)	49
OLG Nürnberg:	Streitwertfestsetzung (in Ehesachen)	49
OLG Schleswig:	Anschlussberufung (Kostentragungspflicht)	50

Aus der Praxis

AGH S-H:	„Rechtsanwälte für Arbeitsrecht“ (unzulässige Werbung)	51
LG Regensburg:	„Prädikatsanwalt“ (unzulässige Werbung)	51
OLG Dresden:	Prozesskostenhilfe (Aufwendungen für bedürftigen Lebensgefährten sind zu berücksichtigen)	51
OLG Koblenz:	Prozesskostenhilfe (Berücksichtigung von Fahrtkosten)	52
OLG Köln:	Verfahrensaussetzung (selbstständiges Beweisverfahren)	52
BGH:	Berufungsschrift (Prüfung der gerichtlichen Zuständigkeit)	52
BGH:	nachträgliche Titulierung der Verfahrenskosten (mahngerichtliche Zuständigkeit)	53

BAG:	versuchter Prozessbetrug (zulässiger Kündigungsgrund).....	53
BAG:	Kindesunterhalt (Kindergartenbeitrag als Mehrbedarf).....	53
BGH:	Restschuldbefreiung (Auskunftspflichtverletzung).....	54
Steuern		
BFH:	Rechtsmittelschrift (zulässige elektronische Übermittlung an BFH).....	57
BFH:	steuerrechtliche Anzeige- und Berichtigungspflicht (Voraussetzungen und Reichweite).....	58
Weitere Schrifttumsnachweise		61
Mandantenbrief		65

Aus der Gesetzgebung

A. Bürgerentlastungsgesetz

Gesetz zur verbesserten steuerlichen Berücksichtigung von Vorsorgeaufwendungen v. 19.06.2009, In-Kraft-Treten am 01.01.2010

I. Allgemeines

1. Nach geltendem Recht dürfen die Beiträge für eine Kranken- und Pflegeversicherung nur insoweit als Sonderausgaben abgezogen werden, als sie zusammen mit anderen abziehbaren Vorsorgeaufwendungen (z.B. den Beiträgen für Haftpflicht-, Arbeitslosen-, Berufsunfähigkeits- oder Unfallversicherungen) den Höchstbetrag nicht übersteigen.

Die Höhe des Abzugsbetrags hängt dabei davon ab, ob der Steuerpflichtige die Aufwendungen zu seiner Krankenversicherung in vollem Umfang alleine oder mit Hilfe von Zuschüssen des Arbeitgebers trägt. Steuerpflichtige, die keine Zuschüsse zu ihrer Krankenversicherung erhalten (z.B. Selbständige), können Aufwendungen in Höhe von maximal 2.400 € abziehen. Bei Steuerpflichtigen (z.B. sozialversicherungspflichtige Arbeitnehmer, Rentner, Beamte usw.), die ganz oder teilweise ohne eigene Aufwendungen einen Anspruch auf vollständige oder teilweise Erstattung oder Übernahme von Krankheitskosten haben oder für deren Krankenversicherung steuerfreie Leistungen erbracht werden, vermindert sich der Höchstbetrag auf 1.500 € (§ 10 IV EStG).

2. Das **BVerfG** (Beschluss vom 13.02.2008) **hatte die Höhe des Sonderausgabenabzugs für die Beiträge zu einer Kranken- und Pflegeversicherung als verfassungswidrig beurteilt** und entschieden, dass die Beiträge mindestens in einer Höhe abziehbar sein müssen, die erforderlich ist, um dem Steuerzahler und seiner Familie eine **sozialhilfegleiche Kranken- und Pflegeversicherung** zu gewährleisten; für die **Umsetzung dieser Vorgaben** hatte das BVerfG dem Gesetzgeber eine **Frist bis zum 01.01.2010** eingeräumt.
3. Mit der **gesetzlichen Neuregelung** werden nunmehr erstmals die **Aufwendungen für eine Kranken- und Pflegeversicherung auf sozialhilferechtlich gewährleitetem Leistungsniveau**, also für eine Basiskranken- und Pflegepflichtversicherung, **steuerlich vollständig als Sonderausgaben berücksichtigt**.

Um künftig auch die übrigen **sonstigen Vorsorgeaufwendungen**, z.B. für Arbeitslosen-, Berufsunfähigkeit-, Haftpflicht- oder Lebensversicherungen angemessen zu berücksichtigen, wird für diese ein **höheres gemeinsames Abzugsvolumen** eingeführt.

Die derzeitigen **Abzugsvolumina** werden dabei jeweils um 400 € von 1.500 € auf **1.900 €** bzw. von 2.400 € auf **2.800 €** (Selbstständige) erhöht. Das Abzugsvolumen steht dabei primär für Beiträge zugunsten einer Basiskranken- und Pflegepflichtversicherung zur Verfügung. Die entsprechenden Beiträge sind - auch bei Überschreiten der genannten Abzugsvolumina - in jedem Fall voll abziehbar.

Ab 2010 können damit **alle Aufwendungen steuerlich berücksichtigt** werden, die im Wesentlichen ein der gesetzlichen Kranken- und der sozialen Pflegepflichtversicherung entsprechendes Leistungsniveau absichern. Sonderleistungen wie Krankengeld fallen jedoch nicht unter die neue Regelung. Weiterhin besteht nun erstmalig die Möglichkeit, die Beiträge für Kinder, die bei ihren Eltern privat mitversichert sind, vollständig abzusetzen.

II. Die Neuregelungen im Überblick

- Der Sonderausgabenabzug für alle sonstigen Vorsorgeaufwendungen wird in einen **Sonderausgabenabzug für Kranken- und Pflegepflichtversicherungsbeiträge** umgestaltet, § 10 I Nr. 3 EStG.
- Diese Umgestaltung führt zu einem **Abzugsverbot für alle weiteren sonstigen Vorsorgeaufwendungen**, wie z.B. die Beiträge für Haftpflicht-, Arbeitslosen-, Berufsunfähigkeits- oder Unfallversicherungen.
- **Abzug der Beiträge** des Steuerpflichtigen für sich und seine Familienangehörigen **zugunsten einer Krankenversicherung in Höhe der sog. Basisabsicherung als Sonderausgaben**, § 10 I Nr. 3a EStG.
Nicht abzugsfähig sind Beiträge, die über die sog. Basisabsicherung hinausgehen (z.B. Chefarztbehandlung oder Ein-Bett-Zimmer im Krankenhaus).
Nicht abzugsfähig sind des Weiteren die Beitragsanteile zur gesetzlichen Krankenversicherung, soweit sie der Finanzierung des Krankengelds dienen; der jeweilige Beitrag ist insoweit um 4% zu vermindern (§ 10 I Nr. 3a S. 4 EStG-E).
- Die Beiträge zugunsten einer Krankenversicherung werden nur berücksichtigt, wenn der Steuerpflichtige gegenüber dem Versicherungsunternehmen, dem Träger der gesetzlichen Kranken- und Pflegeversicherung oder der Künstlersozialkasse **in eine Datenübermittlung eingewilligt** hat (§ 10 II 3 i.V. mit IIa EStG); die **Einwilligung gilt jedoch als erteilt, wenn die Beiträge mit der elektronischen Lohnsteuerbescheinigung oder der Rentenbezugsmitteilung übermittelt werden**.
- **Beiträge zu Pflegepflichtversicherungen** sind **in voller Höhe** als Sonderausgaben **abziehbar**, § 10 I Nr. 3b EStG.
- **Zur Vermeidung von Schlechterstellungen** gegenüber der alten Rechtslage **erfolgt bis zum Jahr 2019** eine sog. **Günstigerprüfung**, § 10 IV EStG.
- Die **als Sonderausgaben abziehbaren Beiträge** im Lohnsteuerabzugsverfahren sind **in pauschalierter Form zu berücksichtigen**, § 39b II 5 Nr. 2 und 3 EStG). Da im Veranlagungsverfahren nach neuem Recht nur noch die tatsächlich geleisteten Beiträge zu berücksichtigen sind, erübrigt sich dort der Abzug einer Vorsorgepauschale, § 10c EStG-E.
- Die vom Unterhaltsverpflichteten **tatsächlich geleisteten Beträge für die Kranken- und Pflegeversicherung des Unterhaltsberechtigten** werden im **Rahmen des sog. begrenzten Realsplittings** nach § 10 I Nr. 1 EStG sowie nach § 33a I 1 EStG - soweit sie für die Erlangung eines sozialhilfegleichen Versorgungsniveaus erforderlich sind - durch entsprechende Erhöhung der jeweiligen Höchstbeträge **berücksichtigt**.

B. Abreden im Strafverfahren

Gesetz zur Regelung der Verständigung im Strafverfahren v. 19.06.2009, In-Kraft-Treten am Tage nach der Verkündung

I. Die bisherige Rechtslage

Die **Verständigung in Strafverfahren** war **bislang gesetzlich nicht geregelt**. In der Praxis haben Gericht und die weiteren Verfahrensbeteiligten – vor allem Staatsanwaltschaft, Angeklagter und Verteidigung, aber auch der Nebenkläger – oftmals versucht, sich über den Verlauf des Verfahrens und über dessen Ausgang zu verständigen. Der BGH hat solche Absprachen zwar für grds. zulässig erklärt und vor dem Hintergrund der hohen Belastung der Justiz diese verfahrensökonomische Art der Erledigung als unerlässlich bezeichnet.

Voraussetzung für die Zulässigkeit von Absprachen ist jedoch, dass die grundlegenden Prinzipien des deutschen Strafprozesses und des materiellen Strafrechts eingehalten werden. Zustandekommen und Ergebnis einer Verständigung müssen sich daher am

Grundsatz des fairen Verfahrens, der Pflicht des Gerichts zur umfassenden Ermittlung der Wahrheit sowie an einer gerechten und schuldangemessenen Strafe orientieren.

II. Die wesentlichen Grundsätze

Das nunmehr beschlossene Gesetz zur Regelung der Verständigung im Strafverfahren enthält **klare gesetzliche Vorgaben zu Verfahren, Inhalt und Folgen von Verständigungen** und gewährleistet dadurch Rechtsicherheit, Transparenz und eine gleichmäßige Rechtsanwendung durch die gerichtliche Praxis.

Die neuen Vorschriften gehen dabei von folgenden **Grundsätzen** aus:

- Die **Grundsätze der Strafzumessung bleiben unberührt**, das Strafmaß muss sich weiterhin an der Schuld des Angeklagten orientieren.
- Unberührt bleiben auch die **Grundsätze des Strafverfahrens**. Es wird insbesondere **kein sog. „Konsensprinzip“** geben, denn eine Verständigung kann nie alleinige Grundlage eines Urteils sein. Das Gericht bleibt daher weiterhin verpflichtet, den wahren Sachverhalt bis zu seiner Überzeugung zu ermitteln.
- Es muss ein größtmögliches Maß an **Transparenz gewährleistet** sein. Eine **Verständigung kann nur in der öffentlichen Hauptverhandlung** zustande kommen, Vorgänge außerhalb der Hauptverhandlung muss das Gericht öffentlich mitteilen. Verständigungen müssen stets umfassend protokolliert und im Urteil erwähnt werden.
- Es gibt **keinerlei Beschränkungen der Rechtsmittel**. Ist dem Urteil eine Verständigung vorangegangen, ist ein Rechtsmittelverzicht ausgeschlossen. Das Urteil bleibt auch nach einer Verständigung in vollem Umfang überprüfbar, der Angeklagte muss darüber eingehend belehrt werden.

III. Der neue § 257c StPO

Zentrale Vorschrift zur Regelung der Verständigung **ist § 257c StPO**: Er enthält Vorgaben zum zulässigen Gegenstand, zum Zustandekommen und zu den Folgen einer Verständigung; außerdem legt er fest, dass die Pflicht des Gerichts zu Aufklärung des Sachverhalts uneingeschränkt bestehen bleibt.

1. Gegenstand einer Verständigung

Zulässiger Gegenstand einer Verständigung dürfen **nur die Rechtsfolgen**, also im Wesentlichen das Strafmaß und etwaige Auflagen wie zum Beispiel Bewährungsaufgaben sein.

Ausdrücklich ausgeschlossen als Gegenstand einer Verständigung **ist der Schuldspruch** – also die Frage, ob und wenn ja, wegen welcher Strafnorm jemand verurteilt wird.

Ebensowenig können Maßregeln der Besserung und Sicherung wie beispielsweise die Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus in eine Verständigung aufgenommen werden, weil hier das Gesetz dem Gericht keinen Entscheidungsspielraum belässt.

2. Das Zustandekommen

Eine Verständigung kommt zustande, indem das **Gericht ihren möglichen Inhalt bekannt gibt und der Angeklagte sowie die Staatsanwaltschaft dem zustimmen**. Die **Initiative zu einer Verständigung** ist aber nicht allein dem Gericht vorbehalten, entsprechende Anregungen **können auch von den anderen Verfahrensbeteiligten ausgehen**.

Nicht vorgesehen ist, dass auch der **Nebenkläger** zustimmen muss. Dies entspricht dem bereits geltenden Strafprozessrecht, nach dem der Nebenkläger das Urteil allein wegen der Rechtsfolgen nicht angreifen kann. Die Strafzumessung bzw. das Strafmaß sind aber gerade der wesentliche Gegenstand einer Verständigung. Damit wird aber nicht ausgeschlossen, dass der Nebenkläger an Gesprächen und Erörterungen

rungen im Vorfeld von Verständigungen beteiligt ist und dabei seine Bedenken und Vorschläge äußert.

3. Transparenz der Verständigung

Eine Verständigung kann **nur in öffentlicher Hauptverhandlung** zustande kommen. Damit wird zwar nicht ausgeschlossen, dass außerhalb der Hauptverhandlung Gespräche geführt werden, durch die eine Verständigung vorbereitet wird. Nach dem Gesetzentwurf ist der Vorsitzende des Gerichts aber dazu verpflichtet, darüber Transparenz herzustellen, indem er in öffentlicher Hauptverhandlung mitteilt, ob und ggf. mit welchem Inhalt solche Gespräche stattgefunden haben. Um die Geschehnisse bei einer Verständigung umfassend zu dokumentieren, muss das Gericht den **wesentlichen Ablauf einschließlich** etwaiger Vorgespräche außerhalb der Hauptverhandlung, **den Inhalt und das Ergebnis einer Verständigung protokollieren**. Damit wird vor allem sichergestellt, dass **Absprachen im Revisionsverfahren vollständig überprüft** werden können.

4. Folgen des Scheiterns

Eine **besondere Vorschrift ist für den Fall** vorgesehen, **dass sich das Gericht von einer Verständigung lösen will**: Die Bindung des Gerichts entfällt, wenn bedeutsame tatsächliche oder rechtliche Umstände übersehen worden sind oder sich nachträglich ergeben und das Gericht deswegen zur Überzeugung kommt, dass die in Aussicht gestellte Strafe nicht mehr tat- oder schuldangemessen ist, was den Fall einschließt, dass das Gericht eine unzutreffende Prognose bei der Bewertung des bisherigen Verhandlungsergebnisses abgegeben hat. Auch kann das Prozessverhalten des Angeklagten das Gericht veranlassen, sich von der Absprache zu lösen, wenn es nicht mehr dem Verhalten entspricht, welches das Gericht seiner Prognose zugrunde gelegt hat.

Eine solche Regelung ist erforderlich, weil Ergebnis des Strafverfahrens immer ein richtiges und gerechtes Urteil sein muss. Entfällt die Bindung des Gerichts, darf ein Geständnis des Angeklagten, das er im Vertrauen auf den Bestand der Verständigung als seinen "Beitrag" abgegeben hat, nicht verwertet werden. Damit wird der Schutz des Angeklagten gestärkt und dem Grundsatz des fairen Verfahrens Rechnung getragen.

V. Die Stärkung der Kommunikation zwischen den Verfahrensbeteiligten

Ein weiterer, wichtiger Regelungskomplex (§§ 160b, 202a, 212 StPO) hat zum Gegenstand, die Kommunikation zwischen den Verfahrensbeteiligten zu stärken. Es sollen bereits im Ermittlungsverfahren, aber auch in allen weiteren Stadien des gerichtlichen Verfahrens sog. Erörterungen der verfahrensführenden Stellen (Staatsanwaltschaft bzw. Gericht) mit den Verfahrensbeteiligten gefördert werden. Bei solchen Erörterungen im gerichtlichen Verfahren kann auch die Möglichkeit einer Verständigung besprochen werden. Ziel ist es, dass die Beteiligten miteinander im Gespräch bleiben, wenn dies für den Verlauf des Verfahrens sinnvoll ist.

Brandaktuell

GG **Zulässigkeit einer Lehrerbewertung im Internet** **VerfR**
Art. 2 I, 1 I **keine Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts**
(BGH in Pressemitteilung Nr. 137/2009; Urteil vom 23.06.2009 –VI ZR 196/08)

Fall: L ist Lehrerin an einer allgemeinbildenden Schule. Einige ihrer Schüler haben auf der Website www.spickmich.de, die von den Beklagten gestaltet und verwaltet wird, unter Nennung ihres Namens ihre Leistungen als Lehrerin bewertet. Zugang zu dem Portal haben nur registrierte Nutzer. Die Registrierung erfolgt nach Eingabe des Namens der Schule, des Schulortes, eines Benutzernamens und einer E-Mail-Adresse. An die E-Mail-Adresse wird ein Passwort versandt, das den Zugang zu dem Portal eröffnet. Die mit den Schulnoten 1 bis 6 abzugebenden Bewertungen sind an vorgegebene Kriterien gebunden wie etwa "cool und witzig", "beliebt", "motiviert", "menschlich", "gelassen" und "guter Unterricht". Ein eigener Textbeitrag des Bewertenden ist nicht möglich. Aus dem Durchschnitt der anonym abgegebenen Bewertungen wird eine Gesamtnote errechnet. Die Nutzer können außerdem auf einer Zitatseite angebliche Zitate der bewerteten Lehrer einstellen. L, deren Name und Funktion auch der Homepage der Schule, an der sie unterrichtet, entnommen werden kann, erhielt für das Unterrichtsfach Deutsch eine Gesamtbewertung von 4,3. Ihr zugeschriebene Zitate wurden bisher nicht eingestellt.

Mit der Klage verfolgt die Klägerin einen Anspruch auf Löschung bzw. Unterlassung der Veröffentlichung ihres Namens, des Namens der Schule, der unterrichteten Fächer im Zusammenhang mit einer Gesamt- und Einzelbewertung und der Zitat- und Zeugnisseite auf der Homepage www.spickmich.de. Hierbei beruft Sie sich auf den Schutz ihres Persönlichkeitsrechts und das Bundesdatenschutzgesetz.

Fraglich ist, ob eine solche personenbezogene, öffentlich zugängliche Bewertung beruflicher Leistungen zulässig ist.

I. Betroffenheit personenbezogener Daten

Hier sind neben den klassische Daten wie etwa dem Namen oder dem Geburtsort, auch Meinungsäußerungen und **Beurteilungen** erfasst, die sich auf einen bestimmten oder bestimmbar Betroffenen beziehen. Für die Erhebung, Speicherung und Übermittlung solcher Daten in **automatisierten Verfahren** gelten grundsätzlich die Vorschriften des Bundesdatenschutzgesetzes.

II. Zulässigkeit der Erhebung und Speicherung von Daten

Im Regelfall bedarf die Erhebung und Speicherung von Daten zur Übermittlung an Dritte der Einwilligung des Betroffenen. Diese ist nur entbehrlich, wenn davon auszugehen ist, dass der Betroffenen kein schutzwürdiges Interesse am Ausschluss der Erhebung und Speicherung seiner Daten zur Übermittlung an Dritte hat.

Für die Bewertung eines solchen schutzwürdigen Interesses sind das Recht der Schüler auf freie Meinungsäußerung und das Recht der L auf informationelle Selbstbestimmung gegeneinander abzuwägen.

*„Die Bewertungen stellen Meinungsäußerungen dar, die die **berufliche Tätigkeit** der L betreffen, bei der der Einzelne grundsätzlich **nicht den gleichen Schutz wie in der Privatsphäre** genießt. **Konkrete Beeinträchtigungen** hat L nicht geltend gemacht. Die Äußerungen sind **weder schmähend noch** der Form nach **beleidigend**. Dass die Bewertungen anonym abgegeben werden, macht sie nicht unzulässig, weil das **Recht auf Meinungsfreiheit nicht an die Zuordnung der Äußerung an ein bestimmtes Individuum gebunden** ist. Die Meinungsfreiheit umfasst grundsätzlich das Recht, das Verbreitungsmedium frei zu bestimmen.*

Auch die Zulässigkeit der Übermittlung der Daten an den Nutzer kann nur aufgrund einer Gesamtabwägung zwischen dem Persönlichkeitsschutz des Betroffenen und dem Recht auf Kommunikationsfreiheit im jeweiligen Einzelfall beurteilt werden. Im Streitfall ist im Hinblick auf die geringe Aussagekraft und Eingriffsqualität der Daten und die Zugangsbeschränkungen zum Portal die Datenübermittlung nicht von vornherein unzulässig. Besondere Umstände, die der Übermittlung im konkreten Fall entgegenstehen könnten, hat L nicht vorgetragen.“ (BGH aaO)

Entscheidungen materielles Recht

GB0
§ 29

Eigentumseintragung ins Grundbuch Nachweis der Eintragungsvoraussetzungen

SachenR

(OLG München in FGPrax 2009, 62; Beschluss vom 26.11.2008 – 34 Wx 88/08)

1. Die Einigung nach § 925 BGB muss bei **gleichzeitiger Anwesenheit** der Parteien vor einer zuständigen Stelle erklärt werden, eine Beurkundung der Auflassungsverhandlung ist hierbei nicht erforderlich.
2. Die **notarielle Beglaubigung** der Unterschriften auf einer Auflassungserklärung ist **keine** im Sinne des § 29 GBO **ausreichende öffentliche Urkunde** über die Auflassung, da nur die Echtheit der Unterschriften, nicht aber die gleichzeitige Anwesenheit bestätigt wird.
3. **Öffentliche Urkunde** bildet nur der **Beglaubigungsvermerk**, die abgegebene Erklärung bleibt Privaturkunde
4. Auch die **Angabe von Ort, Zeit und Datum** reichen nicht aus, um über die gleichzeitige Anwesenheit Urkundsbeweis zu erbringen, da sich auf derartige zusätzliche Angaben nämlich der **Beglaubigungsvermerk nicht bezieht**.

Fall: A und B sind im Grundbuch je zu ½ als Eigentümer eines Miteigentumsanteils an einem Grundstück, verbunden mit dem Sondereigentum an Wohnräumen, eingetragen. A legte am 07.08.2008 dem Grundbuchamt eine privatschriftliche Vereinbarung zwischen A und B sowie der C vor, nach der sich A, B und C darüber einig sind, dass das Eigentum an der Wohnung auf C als Alleineigentümerin übergeht. C beantragt und A / B bewilligen hiernach die Eintragung des Eigentumsübergangs im Grundbuch. Weiter soll der Übertragungsgegenstand zugunsten von A und B mit einem Nießbrauch belastet werden. Auch dies bewilligen die A und B und beantragen die Eintragung des Nießbrauchs im Grundbuch. Das maschinenschriftlich gefertigte Schriftstück endet mit den Unterschriften von A, B und C., über denen zu Ort (M.), Datum (05.08.08) und Uhrzeit (15.30) jeweils dieselbe Angabe gemacht ist. Die Echtheit der vorstehenden, vor einem Notar vollzogenen Unterschriften von A, B und C. wurde unter demselben Datum notariell beglaubigt.

Das Grundbuchamt hat mit zwei Beschlüssen vom 13.08.2008 die von A persönlich eingereichten Eintragungsanträge zurückgewiesen. Hinsichtlich des Antrags auf Eintragung der Auflassung sah es den erforderlichen Nachweis nicht in der Form des § 29 GBO als geführt an.

Liegen die Eintragungsvoraussetzungen vor?

Die Eintragung darf im Fall der Grundstücksauflassung nur vorgenommen werden, wenn die erforderliche Einigung des berechtigten und des anderen Teils in der Form des § 29 GBO erklärt sei. Die Einigung muss so nachgewiesen werden, wie sie sachlichrechtlich zur Herbeiführung der Rechtsänderung notwendig sei.

I. ordnungsgemäßer Antrag nach § 13 GBO

Der Eintragungsantrag muss nur in den in § 30 GBO geregelten Fällen in der Form des § 29 GBO nachgewiesen werden. Ein solcher Fall liegt hier nicht vor.

„Er muss nur in einem Schriftstück niedergelegt sein (siehe § 13 II 1 GBO). Diese Voraussetzungen erfüllt die privatschriftliche Vereinbarung vom 05.08.2008, die auch den Antrag des C auf Eintragung des Eigentumsübergangs im Grundbuch enthält.

*Für den **Nachweis der Antragsberechtigung** einschließlich der Antragsbefugnis und der Antragsvollmacht gilt § 29 GBO ebenfalls nicht (BGH, NJW 1999, 2369; Demharter, GBO, 26. Aufl., § 13 Rn. 55, § 30 Rn. 8).“ (OLG München aaO)*

II. Bewilligung, §§ 19, 20 GBO

1. Formelles Konsensprinzip, § 19 GBO

A und B als die von der Eintragung betroffenen haben die Änderung des Grundbuchs bewilligt, so dass dem formellen Konsensprinzip genüge getan ist.

2. Materielles Konsensprinzip, § 20 GBO

Im Fall der Auflassung eines Grundstücks darf die Eintragung nur erfolgen, wenn die erforderliche Einigung des berechtigten und des anderen Teils erklärt ist (§ 20 GBO). Dies gilt entsprechend für Wohnungseigentum (Weitnauer/Briesemeister, WEG, 9. Aufl. Vor § 1 Rn 60; Riecke/Schmid/ Schneider, WEG, 2. Aufl., § 1 Rn. 81).

Es muss daher eine ordnungsgemäße Auflassung erfolgt sein.

„Materiellrechtlich verlangt § 925 I BGB, dass die zur Eigentumsübertragung an dem Grundstück erforderliche **Einigung** des Veräußerers und des Erwerbers bei **gleichzeitiger Anwesenheit** beider Teile vor einer zuständigen Stelle - dies ist jeder Notar - erklärt werden muss. Eine **formgerechte Beurkundung der Auflassungsverhandlung** setzt § 925 BGB nach ganz herrschender Meinung **nicht voraus** (BGHZ 22, 312; Palandt/Bassenge, BGB, 67. Aufl., § 925 Rn 3; Demharter, aaO, § 20 Rn 27; Fuchs-Wisseemann, Rpfleger 1977, 9/10).“ (OLG München, aaO)

Die Auflassung selbst ist daher in einer zulässigen Form erfolgt.

3. Form, § 29 GBO

Fraglich ist jedoch, ob der Nachweis der Auflassung in der durch § 29 GBO vorgesehenen Form erfolgt ist, indem eine privatschriftliche Urkunde vorgelegt wurde, bei der lediglich die Echtheit der Unterschriften notariell beglaubigt, nicht jedoch die gesamte Auflassung beurkundet wurde.

„§ 29 GBO schreibt für den Fall der Auflassung (§ 20 GBO) vor, dass diese **durch öffentliche oder öffentlich beglaubigte Urkunden nachgewiesen** wird. Dazu gehört nach materiellem Recht jedenfalls die Erklärung der Einigung bei gleichzeitiger Anwesenheit beider Teile vor dem Notar (BayObLGZ 2001, 14/15).

Dieser Nachweis kann **nicht durch eine lediglich öffentlich beglaubigte Urkunde** erbracht werden (KG, DNotZ 1934, 283; OLG Celle, DNotZ 1979, 308f.; Fuchs-Wisseemann, Rpfleger 1977, 9/11). Denn durch die Beglaubigung wird mit öffentlichem Glauben **nur bekräftigt**, dass die **Unterschriften** von den Personen stammen, die sie in Gegenwart des Notars vollzogen oder anerkannt haben (§ 40 BeurkG). **Nicht bewiesen** wird mit der Beglaubigung, dass die Erklärungen gem. § 925 BGB **bei gleichzeitiger Anwesenheit** beider Vertragsteile vor dem Notar abgegeben worden sind. Insoweit ist der Nachweis durch eine öffentliche Urkunde zu erbringen, deren Merkmale sich aus § 415 ZPO ergeben (vgl. BayObLGZ 2001, 14/16). Der die Echtheit der Unterschriften bestätigende **Beglaubigungsvermerk sagt nämlich nichts über die Umstände**, unter denen Veräußerer und Erwerber sich vor dem Notar erklärt haben.“ (OLG München aaO)

Etwas anderes könnte sich im vorliegenden Fall jedoch daraus ergeben, dass zusätzlich zu den Daten der Unterschriften auch die Uhrzeit angegeben war und dies den Schluss auf die gleichzeitige Anwesenheit zulassen könnte.

„**Beglaubigt** wird ausschließlich die in Gegenwart des Notars vollzogene oder anerkannte **Unterschrift** (§ 40 BeurkG). Die Beglaubigung bildet das entsprechende Zeugnis der Urkundsperson (vgl. § 129 I BGB). **Öffentliche Urkunde bildet nur der Beglaubigungsvermerk, die abgegebene Erklärung bleibt Privaturskunde**. Die Beglaubigung bezieht sich nur auf die Echtheit der Unterschrift, nicht hingegen auf den Erklärungsinhalt (BGHZ 37, 79/86). Es liegt außerhalb der Aufgaben des Beglaubigungsvermerks, zu bescheinigen, welche Erklärungen der Unterzeichnende abgeben wollte (Winkler, BeurkG, 15. Aufl., § 40 Rn. 51).

Danach ist **nur als bewiesen** anzusehen, dass in öffentlich beglaubigten Urkunden enthaltene **Willenserklärungen von den Ausstellern abgegeben** sind. Die gleichzeitige Anwesenheit der Bet. und die Abgabe ihrer Auflassungserklärungen vor einer zur Entgegennahme bereiten zuständigen Stelle ist jedoch selbst dann nicht bewiesen, wenn Veräußerer und Erwerber die beiderseitigen Erklärungen auf demselben Blatt unterzeichnet haben und der Notar die Unterschriften mit einem einheitlichen Vermerk beglaubigt hat (vgl. BayObLGZ 2001, 14/16 = FGPrax 2001, 57; KG DNotZ 1934, 283; Fuchs-Wisseemann, Rpfleger 1977, S. 9/11).

Abweichendes ergibt sich auch **nicht daraus**, dass die Unterschriften mit **Ortsangabe, Datum und Uhrzeit**, die jeweils identisch sind, versehen wurden. **Auf derartige zusätzliche Angaben bezieht sich nämlich der Beglaubigungsvermerk nicht** (a.A. für den angegebenen Zeitpunkt Palandt/Heinrichs/Ellenberger, § 129 Rn. 1). Demgemäß gehören zur Beglaubigung als Sollangaben auch nur die Angaben von Ort und Tag der Ausstellung (§ 39 BeurkG a.E.), die nicht zusammenfallen müssen mit der Angabe des Orts und des Tags des Vollzugs (Winkler, aaO, § 40 Rn. 58).“ (OLG München aaO)

III. **Ergebnis:** Damit ist die Auflassung nicht in der nach § 29 GBO notwendigen Form nachgewiesen worden und die Eintragungsvoraussetzungen lagen nicht vor.

BGB
§ 307

Kündigungsfrist für Telefonfestnetzanschluss Wirksamkeit der AGB

SchuldR

(BGH in MDR 2009, 554; Urteil vom 12.02.2009 – III ZR 179/08)

Folgende Klausel in Allgemeinen Geschäftsbedingungen für Telefonfestnetzanschlüsse benachteiligt die Kunden nicht nach Treu und Glauben unangemessen:

„Das Vertragsverhältnis ist für beide Vertragspartner zum Schluss eines jeden Werktags **kündbar**. Die Kündigung muss der zuständigen Niederlassung der X (= Anbieter) oder dem Kunden mindestens **sechs Werktagen** vor dem Tag, an dem sie wirksam werden soll, zugehen. Der Samstag gilt nicht als Werktag.“

Fall: B hat für ihre Telefonfestnetzanschlüsse folgende Klausel verwendet:

„Das Vertragsverhältnis ist für beide Vertragspartner zum Schluss eines jeden Werktags kündbar. Die Kündigung muss der zuständigen Niederlassung der X (= Anbieter) oder dem Kunden mindestens sechs Werktagen vor dem Tag, an dem sie wirksam werden soll, zugehen. Der Samstag gilt nicht als Werktag.“

B betreibt unter anderem ein Fernmeldefestnetz für die Öffentlichkeit und erbringt Telekommunikationsdienstleistungen. Die Regulierungsbehörde für Telekommunikation und Post (jetzt: Bundesnetzagentur) hatte B mit Beschluss vom 27.08.2004, der die Genehmigung eines Festnetztarifs betraf, eine Kündigungsfrist von höchstens sechs Werktagen gestattet.

K als eingetragener Verbraucherverein und klagebefugt nach dem Unterlassungsklagegesetz hat beantragt, B zu verurteilen, es bei Meidung von Ordnungsmitteln zu unterlassen, Satz 1 der wiedergegebenen Klausel beim Abschluss von Dauerschuldverhältnissen mit Verbrauchern über die Bereitstellung eines Zugangs zum öffentlichen Kommunikationsnetz zu verwenden oder sich hierauf zu berufen.

K könnte ein Anspruch auf Unterlassung der Verwendung dieser Klausel nach **§ 1 UKlaG** zustehen, da er nach § 4 UKlaG **klagebefugt** ist.

Dann müsste die Klausel gegen die gesetzlichen Vorgaben für die Wirksamkeit allgemeiner Geschäftsbedingungen verstoßen. Da es bei einer Klage nach § 1 UKlaG **nicht** um die **einzelfallbezogene Prüfung** eines Vertrages geht, sind Einschränkungen in der Anwendbarkeit oder Fragen der wirksamen Einbeziehung in den Vertrag nicht zu prüfen. Prüfungsgegenstand ist allein die Frage, ob **Allgemeine Geschäftsbedingungen** vorliegen und diese **gegen §§ 307-309 BGB verstoßen**.

I. Vorliegen von AGB nach § 305 I BGB

Bei der streitigen Klausel handelt es sich um eine **Vertragsbedingung**, die für eine **Vielzahl von Verträgen vorformuliert** ist und von **B als Verwender** gestellt wurde.

II. Verstoß gegen §§ 307-309 BGB

Ein Verstoß gegen Klauselverbote ohne Wertungsmöglichkeit nach § 309 BGB oder Klauselverbote mit Wertungsmöglichkeit nach § 308 BGB kommt nicht in Betracht. Die Klausel könnte aber gegen die Generalklausel des § 307 BGB verstoßen.

1. Abweichung von dispositivem Recht oder Ergänzung dispositiver Normen, § 307 III BGB

Eine inhaltliche Überprüfung der Klausel kommt nur in Betracht, wenn überhaupt eine Abweichung von der Rechtslage ohne die Klausel vorliegt.

- a) Ob dies der Fall ist, könnte aber **dahinstehen**, wenn die Anwendbarkeit der § 307 I, II BGB wegen der **Genehmigung der Regulierungsbehörde** für Post und Telekommunikation ausgeschlossen ist.

„Zwar ist die **Inhaltskontrolle gem. § 307 III 1 BGB ausgeschlossen**, soweit eine **behördliche Genehmigung** vorliegt, die eine **abschließende Gestaltung der Rechtsbeziehungen** der Vertragsbeteiligten bezweckt, und somit der privatautonome Spielraum des Verwenders beseitigt ist, wie es etwa bei der Entgeltregulierung nach §§ 27ff. TKG der Fall ist (Senat, NJW 2007, 3344 Rn 11, 12, 15). Eine solche Konstellation liegt hier jedoch nicht vor.

Aus der Begründung des Beschlusses ergibt sich, dass die Regulierungsbehörde die **Verkürzung der Kündigungsfrist allein aus kartellrechtlichen Erwägungen** vorgenommen hat. Die Beschlusskammer der Behörde war der Auffassung, die vorgesehene dreimonatige Kündigungsfrist binde die Kunden der B zu lange und beeinträchtige daher den Wettbewerb unter

den Telefondiensteanbietern. Hieraus ergibt sich, dass eine **verbindliche Regelung nur für die Frist zur ordentlichen Kündigung durch die Kunden der B** getroffen werden sollte. Deshalb kommt nur insoweit eine abschließende, den privatautonomen Spielraum des Verwenders ausschließende Gestaltung der Rechtsbeziehungen durch den Beschluss vom 27.08.2004 in Betracht. Die für die Kündigung durch die B geltende Frist ist hiervon hingegen nicht betroffen.“

b) Abweichung von der Rechtslage

Bei einem Telefonfestnetzvertrag handelt es sich um einen gemischten Vertrag, der Elemente verschiedener Vertragsarten enthält. Insofern sind die Kündigungsfristen von den vertraglichen Regelungen der Parteien abhängig und gesetzlich nicht vorgegeben. Vor diesem Hintergrund hat eine Kontrolle der Klausel stattzufinden.

2. Verstoß gegen § 307 I, II BGB

Bestimmungen in AGB sind nach § 307 I 1 BGB unwirksam, wenn sie den Vertragspartner des Verwenders entgegen den Geboten von Treu und Glauben unangemessen benachteiligen. Eine unangemessene Benachteiligung ist nach § 307 II BGB im Zweifel anzunehmen, wenn eine Bestimmung mit wesentlichen Grundgedanken der gesetzlichen Regelung, von der abgewichen wird, nicht zu vereinbaren ist oder wesentliche Rechte oder Pflichten, die sich aus der Natur des Vertrags ergeben, so einschränkt, dass die Erreichung des Vertragszwecks gefährdet ist.

a) Unvereinbarkeit mit § 45k TKG

§ 45k TKG sieht vor, dass eine Sperre nur erfolgen darf, wenn ein Mindestrückstand von 75,00 € besteht und diese zwei Wochen zuvor angedroht wurde. Der Kunde hat dann die Möglichkeit, den Anspruch zu begleichen, die Rechnung zu bezahlen oder seinerseits zu kündigen und einen neuen Anbieter zu wählen. Hier geht es jedoch nicht um eine Sperre, sondern eine ordentliche Kündigung des Anbieters, die von keinerlei Voraussetzungen abhängig ist und den Kunden nötigt, sich binnen einer Frist von ca. 1 Woche einen neuen Anbieter zu suchen und den Anspruch freischalten zu lassen. Dies könnte zu einer vergleichbaren Schutzbedürftigkeit führen.

aa) Wesen einer Anschluss Sperre

„Die Sperre gem. § 45k TKG stellt, wie sich bereits aus dem Wortlaut seines Abs. 1 ergibt, die fachgesetzliche **Sonderregelung des allgemeinen zivilrechtlichen Leistungsverweigerungsrechts nach §§ 273, 320, 321 BGB** dar (Begr. d. BReg. zu der Vorgängerregelung § 19 TKV = § 17 TKV-E, BR-Dr 551/97, S. 38; Dahlke, in: Beck'scher TKG-Komm., 3. Aufl., § 45k TKG-E 2005 Rdnr. 3; Kessel, in: Arndt/Fetzer/Scherer, § 45k Rdnr. 2; Schlotter, in: Berlkomm-TKG, § 45k Rdnr. 1; Graf v. Westphalen/Grote/Pohle, Der Telefondienstvertrag, S. 56).

Die Sperre gem. § 45k TKG führt dementsprechend **nicht zur Beendigung des Vertragsverhältnisses**, sondern lediglich zu einer grundsätzlich auf vorübergehender Dauer angelegten und überdies nach Maßgabe des § 45k I 2 i.V. mit § 108 I TKG (Zugang zu den Notrufnummern) eingeschränkten Suspendierung der Leistungsverpflichtung des Telefonanbieters. Da sie den Fortbestand des Vertragsverhältnisses unberührt lässt, bleibt der **Anschlussinhaber trotz der Sperre weiterhin zur Zahlung des nutzungsunabhängigen Grundentgelts verpflichtet** (Dahlke, in: Beck'scher TKG-Komm., § 45k TKG-E 2005, Rdnr. 16; vgl. auch Eckert, in: Schuster, Vertrags-Hdb. Telemedia, S. 540 Rdnr. 117, Imping, in: Spindler, VertragsR d. Telekommunikationsanbieter, S. 362 Rdnr. 73; vgl. zum Mobilfunkvertrag, für den § 45k TKG nicht gilt, auch Köhler, Der Mobilfunkvertrag, S. 206; Graf v. Westphalen/Grote/Pohle, S. 242; vgl. auch Erwägungsgrund Nr. 16 S. 2 der Universaldienst-Richtlinie.“ (BGH aaO)

bb) Wesen einer Kündigung

„Die **Rechtsfolgen einer Kündigung** unterscheiden sich hiervon wesentlich. Sie führt, sobald sie wirksam wird, zu einer **Vollbeendigung des Vertragsverhältnisses** und dem **Fortfall der beiderseitigen Leistungsverpflichtungen** aus dem Telefondienstleistungsvertrag für die Zukunft (z.B. Dahlke, in: Beck'scher TKG-Komm., § 45k TKG-E Rdnr. 24). Der Anbieter ist nicht mehr verpflichtet, den Telefonanschluss bereitzuhalten. Umgekehrt entstehen gegen den bisherigen Anschlussinhaber keine Zahlungsansprüche mehr.“ (BGH aaO)

cc) Schlussfolgerung

„Gleichwohl steht die angegriffene Kündigungsklausel nicht in einem Wertungswiderspruch zu § 45k TKG. Die **Kündigung** ist gegenüber der Sperre nach dieser Bestimmung ein **aliud**. Beide stehen unabhängig nebeneinander. Aus den Voraussetzungen für eine Sperre gem. § 45k TKG lassen sich deshalb **keine Einschränkungen für die Bestimmungen über die ordentliche Kündigung eines Telefondienstvertrags** in den AGB der B ableiten. Die Voraussetzungen einer fristlosen oder fristgerechten Kündigung richten sich vielmehr nach den **allgemeinen zivilrechtlichen Vorschriften** (so auch Schadow, in: Scheurle/Mayen, TKG, 2. Aufl., § 45k Rn 4; Schlotter, in: BerIKomm-TKG, § 45k Rn 13; wohl auch Kessel, in: Arndt/Fetzer/Scherer, TKG, § 45k Rn 28; einschr. für die außerordentliche Kündigung wegen Zahlungsverzugs Hahn, MMR 1999, 586 [591]; Lammich, in: Manssen, Telekommunikations- u. MultimediaR, § 19 RKV Rn 10).“ (BGH aaO)

b) Unvereinbarkeit mit Anhang I Teil A lit. e der Universaldienst-Richtlinie

„Einer Vorlage der Sache an den EuGH (Art. 234 III i.V. mit I lit. b EGB) bedarf es nicht, da die **Richtlinie** hinsichtlich der Trennung vom Netz und ihrer Ankündigung durch den jeweiligen Telefondienstanbieter **keine konkreten Vorgaben**, sondern lediglich **unbestimmte Rechtsbegriffe** enthält und somit den nationalen Rechtsordnungen erhebliche Spielräume belässt, die hier offensichtlich nicht überschritten sind. die richtige Anwendung des Gemeinschaftsrechts ist deshalb derart offenkundig, dass **für einen vernünftigen Zweifel kein Raum** mehr bleibt (acte clair; BGHZ 174, 273 = NJW 2008, 1229 Rn 34 m.w.N.; Senat EuZW 2009, 28 = MDR 2009, 142 = WM 2009, 61, 31).“ (BGH aaO)

c) Unvereinbarkeit mit § 621 Nr. 3 BGB

§ 621 Nr. 3 BGB sieht vor, dass bei **Dienstverhältnissen**, die keine Arbeitsverhältnisse sind, eine ordentliche Kündigung beiderseits bei monatlich bemessenem Entgelt mit einer Frist von **2 Wochen zum Monatsende** möglich ist. Hiervon könnte eine Abweichung vorliegen.

„Insbesondere ist dem BerGer. entgegen der Ansicht der Revision darin zuzustimmen, dass **B im Gegenteil bei Erfolg der Klage gezwungen** würde, von dem § 621 BGB immanenten Grundsatz abzuweichen, dass für die **Parteien eines Dienstvertrags** grundsätzlich **dieselben Fristen für eine ordentliche Kündigung** gelten. Auf Grund des Beschlusses der früheren Regulierungsbehörde für Telekommunikation und Post vom 27.08.2004 darf die Bekl. für die **Kündigung durch ihre Kunden keine längere** als die in der umstrittenen Klausel **bestimmte Frist vorsehen**. Dürfte sie selbst eine Kündigung nur innerhalb einer längeren Frist aussprechen, gälten für die **Vertragsparteien unterschiedliche Zeiträume**. Demgegenüber sieht § 621 BGB für beide Vertragsteile gleiche Kündigungsfristen vor.

Zwar ist der Revision einzuräumen, dass **asymmetrische Kündigungsfristen dem BGB nicht fremd** sind (vgl. § 573c BGB) und es dem Verwender allgemeiner Geschäftsbedingungen lediglich versagt ist, unter unangemessener Benachteiligung seines Vertragspartners asymmetrische Kündigungsfristen zu verwenden (vgl. BGH, NJW 2001, 3480 [3482]; OLG Koblenz, MMR 2004, 106). Hieraus folgt indessen nicht, dass der Verwender Allgemeiner Geschäftsbedingungen in Telefondienstverträgen gezwungen ist, seinen Kunden eine längere Kündigungsfrist einzuräumen als sich selbst.“ (BGH aaO)

d) Unvereinbarkeit mit § 84 TKG

„Nach dieser Vorschrift haben Endnutzer im Rahmen der Gesetze und der AGB gegenüber Unternehmen, die Universaldienstleistungen anbieten, einen Anspruch darauf, dass diese Leistungen erbracht werden. Hieraus folgt für diese Unternehmen ein **Kontrahierungszwang** (z.B. Cornils, in: Beck'scher TKG-Komm., § 84 Rn 2; Mager, in: BerIKomm-TKG, § 84 Rn 10; Windthorst, in: Scheurle/Mayen, § 84 Rdnr. 7).

Dies **bedeutet** aber entgegen der Auffassung der Revision **nicht**, dass **B lediglich zu Änderungskündigungen berechtigt** wäre und gleichzeitig mit der Kündigungserklärung den Abschluss eines neuen Vertrags anbieten müsste.“ (BGH aaO)

e) Unvereinbarkeit mit § 307 I BGB

„Die vom K beanstandete Klausel ist auch nicht gem. § 307 I BGB unwirksam. Sie **benachteiligt** die Vertragspartner der B **nicht entgegen Treu und Glauben unangemessen**.

Eine formularmäßige Vertragsbestimmung ist unangemessen, wenn der Verwender durch einseitige Vertragsgestaltung **missbräuchlich eigene Interessen auf Kosten seines Vertragspartners durchzusetzen versucht**, ohne von vornherein auch dessen Belange hinreichend zu berücksichtigen und ihm einen angemessenen Ausgleich zuzugestehen (z.B. BGHZ 175, 102 = NJW 2008, 1064 Rdnr. 19). Die für Kündigungen, die die Bekl. ausspricht, nach der streitigen Klausel geltende Frist von **sechs Werktagen** ohne Berücksichtigung des Samstags (= in der Regel acht Kalendertage) ist **noch angemessen**, um den Anspruch des An-

schlussinhabers auf **Teilhabe an der Grundversorgung** mit Telefondienstleistungen (§ 78 II TKG, Art. 1 II, 3 I, 4 der Universaldienst-Richtlinie) **zu gewährleisten**.

Dessen ungeachtet hat der Anschlussinhaber, wie das BerGer mit Recht herausgestellt hat, gegen die B aus § 84 I TKG einen **Anspruch auf (Neu-)Abschluss eines Telefondienstleistungsvertrags**. Die Geltendmachung dieses Kontrahierungsrechts benötigt noch weniger Zeit als der Abschluss eines Vertrags mit einem neuen Anbieter. Der Kunde wird regelmäßig in der Lage sein, seinen aus § 84 I TKG folgenden **Anspruch auf Abschluss eines (neuen) Vertrags mit der B. innerhalb der in der streitigen Klausel vorgesehenen Kündigungsfrist geltend zu machen**. Er kann dann dem sich aus der Kündigung ergebenden Recht der Bekl., ihre Leistungen einzustellen (§ 45k III TKG), den Einwand der unzulässigen Rechtsausübung (§ 242 BGB - dolo agit, qui petit, quod statim redditurus est; vgl. z.B. BGHZ 110, 30 = NJW 1990, 1289; BGH NJW-RR 2007, 823 Rn 15) entgegensetzen. (BGH aaO)

StGB

sexueller Missbrauch von Kindern

StGB

§ 176 IV Nr.1

via Internet

(BGH in NJW 2009, 1892; Beschluss vom 21.04.2009 – 1 StR 105/09)

Der **Tatbestand des sexuellen Missbrauchs von Kindern** nach § 176 IV Nr. 1 StGB („sexuelle Handlungen vor einem Kind vornimmt“) ist **auch dann erfüllt, wenn** das Opfer die über das Internet übermittelten **sexuellen Handlungen des Täters zeitgleich am Bildschirm mitverfolgt**.

Fall: Der Angekl. trat über das Internet in Kontakt mit den Kindern R, M und D sowie C und X, die zur Tatzeit zwischen fünf und 13 Jahre alt waren und an einem Computer im Wohnhaus der Familie D in Belgien im Internet surfen. Während dieser Verbindung wurden Live-Bilder des Angekl. und der Kinder mittels Webcam übertragen. Der Angekl. äußerte zunächst gegenüber D, dass er sie „ficken“ wolle; außerdem fragte er sie, ob sie sich nicht ausziehen wolle. D drehte daraufhin die Webcam weg und teilte dem Angekl. mit, dass sie erst zwölf Jahre alt sei. Daraufhin schrieb der Angekl. den Kindern zurück: „Ist egal wie alt ihr seid, willst du dich ausziehen? Ich will dich ficken“. Anschließend richtete der Angekl. seine Webcam auf sein entblößtes Glied und führte Onanierbewegungen durch, um sich sexuell zu erregen, wobei es ihm darauf ankam, dass die Kinder seine Handlungen am Bildschirm wahrnahmen.

- I. Nach § 176 IV Nr. 1 StGB **sollen Kinder** unter 14 Jahren **vor einer Beeinträchtigung ihrer Gesamtentwicklung durch das Erleben von exhibitionistischen Handlungen geschützt** werden, die vor ihnen vorgenommen werden (BT-Dr VI/1552, S. 17).

Um dem **erheblichen Schuld- und Unrechtsgehalt eines sexuellen Missbrauchs** von Kindern gerecht zu werden, hat der Gesetzgeber die Strafandrohung im Laufe der Jahre kontinuierlich heraufgesetzt: Waren exhibitionistische Handlungen vor Kindern in der bis 31.03.1998 geltenden Fassung noch mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder mit Geldstrafe bedroht, wurde diese Strafobergrenze durch das 6. Strafrechtsreformgesetz vom 26.01.1998 (BGBl I, 164) auf Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren oder Geldstrafe erhöht. In der heute geltenden Fassung wurde, zurückgehend auf das Gesetz zur Änderung der Vorschriften über die die Straftaten gegen die sexuelle Selbstbestimmung (SexualdelÄndG) vom 27.12.2003 (BGBl I, 1607), die Mindeststrafandrohung auf drei Monate Freiheitsstrafe heraufgesetzt.

Die vom Gesetzgeber vorgenommenen Veränderungen, die zu einer deutlichen Erhöhung des Strafniveaus geführt haben, belegen somit, dass eine effektive und umfassende Regelung zum Schutz der ungestörten Entwicklung von Kindern getroffen werden sollte.

- II. Der darin zum Ausdruck kommende **gesetzgeberische Wille** macht deutlich, dass es **nach dem Schutzzweck** des § 176 IV Nr. 1 StGB **nicht auf eine unmittelbare Nähe zwischen Täter und Opfer ankommen kann**.

1. Zwar ist die **Strafbarkeit von sexuellen Handlungen „vor“** einem anderen gem. § 184f Nr. 2 StGB a.F. (jetzt § 184g Nr. 2 StGB) auf solche **Handlungen** beschränkt, die **vor einem anderen vorgenommen** werden, der den **Vorgang wahrnimmt**. Dies **bedeutet aber nicht, dass sich Täter und Opfer** bei der Tatbegehung **zwangsläufig in unmittelbarer räumlicher Nähe zueinander befinden** müssen, was bei typischen exhibitionistischen Handlungen, die in der Regel durch eine gewisse Distanz zwischen Täter und Betrachter gekennzeichnet sind, ohnehin selten vorkommen dürfte.

„Durch die in § 184f Nr. 2 StGB a.F. verwendete Formulierung soll vielmehr klargestellt werden, dass für die Verwirklichung des Straftatbestands nicht die räumliche Gegenwart des Opfers bei Vornahme der sexuellen Handlungen ausschlaggebend ist, sondern die unmittelbare Wahrnehmung des Opfers von dem äußeren Vorgang der sexuellen Handlung (BT-Dr VI/3521, S. 37). Ohne

diese Wahrnehmung, die nicht notwendig auf das Visuelle beschränkt sein muss, fehlt es an einer intellektuellen Einbeziehung des Kindes in die sexuelle Handlung und damit an einer vom Strafzweck erfassten Einwirkung auf das Kind (vgl. BT-Dr VI/3521, S. 25, zu § 174 II StGB).“ (BGH aaO).

2. Dass es bei der Verwirklichung des Tatbestands des § 176 IV Nr. 1 StGB maßgeblich auf die Wahrnehmung des Kindes ankommt und nicht auf eine unmittelbare räumliche Nähe zwischen Täter und Opfer, wird auch bei einem **Vergleich mit den übrigen in § 176 IV StGB enthaltenen Tatbestandsvarianten** deutlich.

„Keine der in § 176 IV Nr. 2 - 4 StGB genannten sexualbezogenen Einwirkungen auf ein Kind erfordert eine unmittelbare räumliche Nähe zwischen Täter und Opfer. Selbst Tathandlungen, die wie in § 176 IV Nr. 3 und 4 StGB von wesentlich geringerer Intensität sind, als die von § 176 IV Nr. 1 StGB erfassten, und dennoch dieselbe Strafandrohung aufweisen, setzen eine unmittelbare räumliche Beziehung nicht voraus. Vielmehr stellen auch diese Varianten, die für die Tatbestandsverwirklichung ein Einwirken auf ein Kind mittels bloßer Gedankenäußerung, etwa durch Schriften i.S. des § 11 III StGB (§ 176 IV Nr. 3 StGB) oder durch Vorzeigen pornografischer Abbildungen, durch Abspielen von Tonträgern pornografischen Inhalts oder durch Reden mit entsprechendem Inhalt (§ 176 IV Nr. 4 StGB), ausreichen lassen, wesentlich auf die Wahrnehmung solcher Gedankenäußerungen durch das Kind ab. Nichts anderes kann deshalb für die von § 176 IV Nr. 1 StGB erfassten sexuellen Handlungen gelten, zumal der Gesetzgeber bei der Schaffung des Tatbestands durch das 4. StrRG vom 23. 11.1973 (BGBl I, 1725) noch nicht mit der Möglichkeit der Live-Übertragung sexueller Handlungen mittels Webcam und Internet rechnen konnte (vgl. MüKo-StGB/Hörnle, § 184f Rn 15).“ (BGH aaO).

3. Dem steht auch nicht die **Entscheidung des BGH** (BGHSt 41, 285 = NJW 1996, 1068 = NSTz 1996, 131) entgegen, in der der BGH eine **Strafbarkeit nach § 176 V Nr. 2 StGB** („ein Kind dazu bestimmt, dass es sexuelle Handlungen vor ihm oder einem Dritten vornimmt“) in der bis zum 31.03.1998 geltenden Fassung in einem Fall **verneinte**, in dem der Täter nur über eine **Telefonverbindung** ein Kind zu sexuellen Handlungen „vor ihm“ bestimmen wollte, weil es an einer räumlichen Nähe zwischen Täter und Opfer fehlte.

„**Danach** - ersichtlich auch mit Blick auf diese Entscheidung - **änderte der Gesetzgeber die Fassung der Vorschrift** dahin, dass das Kind sexuelle Handlungen „an sich“ vornimmt (§ 176 III Nr. 2 StGB, in Kraft seit dem 01.04.1998). Mit dieser erweiterten Fassung wollte der Gesetzgeber gerade auch den Fall erfassen, „dass so genannte Verbalerotiker Kinder durch Telefonanrufe“ zu sexuellen Manipulationen veranlassen (BT-Dr 13/9064, S. 11). **Erfasst werden** damit **auch** durch den Täter veranlasste **akustische oder optische Aufzeichnungen der sexuellen Handlungen des Opfers**, bei denen der Täter sich nicht in räumlicher Nähe zu dem Kind befindet (Schönke/Schröder, StGB, 27. Aufl., § 176 Rn 13).“ (BGH aaO).

- III. Es steht daher der Verwirklichung des Tatbestands des § 176 IV Nr. 1 StGB nicht entgegen, wenn sich der Täter und das Tatopfer bei der Tatbegehung nicht in unmittelbarer räumlicher Nähe zueinander befinden, sondern durch eine **Live-Übertragung** miteinander **über das Internet** verbunden sind. Der Tatbestand ist nämlich auch dann erfüllt, wenn eine räumliche Distanz zwischen dem Täter und seinem konkreten Opfer im Wege einer simultanen Bildübertragung überwunden wird, so dass das Opfer die übermittelten sexuellen Handlungen des Täters zeitgleich am Bildschirm mitverfolgen kann (vgl. MüKo-StGB/Hörnle, § 184f Rn 16).

„Auch wenn sich der Angekl. und die fünf Kinder nicht in unmittelbarer räumlicher Nähe zueinander befunden haben, so konnten die Opfer das entblößte Glied und die Onanierbewegungen des Angekl. auf Grund der simultanen Bildübertragung mittels Webcam und Internet am Bildschirm ihres Computers unmittelbar wahrnehmen und verfolgen. Bei dieser Fallgestaltung kann es keinen Unterschied machen, ob sich der Täter mit seinen Opfern im selben Raum befindet und sich entblößt oder ob er die mittlerweile **bestehenden technischen Möglichkeiten zur Überwindung der räumlichen Distanz** nutzt, um seine sexuellen Triebe auf diese Weise auszuleben. Gerade die Möglichkeiten, die das Internet und der Einsatz einer Webcam für einen Täter bieten, nämlich dass er, wie im vorliegenden Fall, in eine Interaktion mit seinen Opfern tritt bzw. die Webcam zu Nahaufnahmen seines Gliedes einsetzt, führen zu einem **intensiveren Erleben des Tatgeschehens durch das Opfer** als dies bei einem Exhibitionisten in der Regel der Fall ist, der sich von seinen Opfern entfernt entblößt (vgl. Sander, Zur Beurteilung exhibitionistischer Handlungen, S. 51). Im Hinblick auf den **Willen des Gesetzgebers** besteht kein Zweifel daran, dass Kinder zum Schutz ihrer ungestörten Gesamtentwicklung vor solchen Wahrnehmungen umfassend bewahrt werden sollen.“ (BGH aaO).

StGB

fahrlässige Tötung

StGB

§§ 222, 229

Verkehrssicherungspflicht bei Abbrucharbeiten

(BGH in NZBau 2009, 178; Urteil vom 13.11.2008 – 4 StR 252/08)

1. Bei Bauvorhaben ist neben dem Hauptunternehmer auch der Subunternehmer für die in seinem Bereich liegenden Gefahrenquellen verantwortlich.
2. Die Verkehrssicherungspflichtigen sind gehalten, sich gegenseitig abzustimmen und zu unterrichten; der für die Gefahrenquelle Verantwortliche muss sich im Rahmen des Zumutbaren informieren. ob der Sicherungspflichtige seinen Aufaa-

Fall: Die Stadt G. betrieb die Sanierung einer städtischen Schule, wobei der Abbruch einer tragenden Querwand erforderlich wurde.

Den nach öffentlicher Ausschreibung erteilten Zuschlag für die Bauhauptleistungen erhielt als Unternehmer i. S. der Landesbauordnung Mecklenburg-Vorpommern (LBauO M-V) der T, der als Bauunternehmer eine Einzelfirma betrieb. Zum Leistungsumfang gehörten gemäß dem dem Vertrag zu Grunde liegenden Leistungsverzeichnis u.a. auch die Stahlbauarbeiten und Betonschneidearbeiten. Die Stahlbauarbeiten umfassten danach u.a. für die sog. Montageunterstützung „das Vorhalten, den Einbau und die Beseitigung von 300 Drehsteifen für den Einbau der Stahlträger zur Abfangung der Geschossdecken“. Zu den Betonschneidearbeiten gehörten nach dem Leistungsverzeichnis auch das abschnittsweise Abbrechen einer Wand aus bewehrtem Beton. Die Durchführung dieser Betonschneidearbeiten einschließlich des Abbruchs und der Entsorgung der tragenden Wand übertrug T im Rahmen eines Subunternehmervertrages auf die Fa. H Betonbohr- und Sägetechnik, für die als Niederlassungsleiter der Angekl. W und als deren Arbeiter der Angekl. C vor Ort an der Baustelle tätig waren. Zum Leistungsumfang der Fa. H zählten danach aber nicht die notwendigen Absteifungsarbeiten; diese waren nach dem Leistungsverzeichnis vielmehr ausdrücklich im Titel „Stahlbauarbeiten“ enthalten.

Nach der im Auftrag der Stadt G. erstellten statischen Berechnung für den Umbau war eine Grundabsteifung mit insgesamt 336 Stützen - davon 98 Stützen im Erdgeschoss bei einem Stützenabstand von 0,15 m - mit einer zulässigen Tragfähigkeit von jeweils 20 kN vorgesehen. Der Angekl. C informierte seinen Vorgesetzten, den Angekl. W, dass der vorgesehene Stützenabstand von 0,15 m ein Arbeiten mit der für die Betonschneidearbeiten verwendeten Wandsäge unmöglich mache. Der Angekl. C wandte sich auf Bitten des Angekl. W an T, der darauf erwiderte, er werde bei dem Statiker nachfragen und klären, wie vorgegangen werden könne. Tatsächlich fragte T bei dem Statiker aber nicht nach. T ließ in der Folgezeit zwei seiner Arbeiter die Grundabsteifung durch Aufstellen der vor Ort vorhandenen Drehsteifen in der Weise vornehmen, dass im Erdgeschoss anstelle der in der statischen Berechnung vorgesehenen 98 Stützen beidseitig der tragenden Wand nur 29 Drehsteifen aufgestellt wurden, von denen auch nur eine einzige eine Tragfähigkeit in der vorgesehenen Größenordnung von 20 kN hatte, während die Tragfähigkeit der übrigen Steifen geringer war und überwiegend bei lediglich 16,5 kN lag. Insgesamt wurden von den in allen Geschossen laut statischer Berechnung vorgesehenen 336 Steifen in dem Gebäudeteil lediglich 98 Steifen aufgestellt. Die Abstützung der Decke in den zurückgebauten Abschnitten nahmen die Mitarbeiter von T durch 3 oder 4 Drehsteifen anstelle der vom Statiker geforderten Kantholzsteifen 20/20 und durch ein 2,40 m langes Kantholz 15/25 anstelle eines Stahlunterzuges vor. Anschließend erledigte der Angekl. C den Rückbau der Abschnitte I, II und III der Wand. Er teilte T mit, dass er noch am gleichen Tage mit dem Herausschneiden des Teilstücks Abschnitt IV beginnen werde. Dabei sah T, dass der Abschnitt III noch „abgesteift“ werden musste, und wies seine Arbeiter an, dies zu erledigen, was unter Mithilfe des Angekl. C geschah. Erst danach nahm der Angekl. C den Abbruch des ca. 1,20 m breiten Abschnitts IV vor. Als er von der verbliebenen Wandverbindung ca. 30 cm abgestemmt hatte, kam es zum Einsturz des gesamten Mittelteils des Südostflügels des Schulgebäudes und zur Tötung von 5 Arbeitern. Als Ursachen für den Einsturz wurde die zu geringe Anzahl der Steifen, die unterlassene Verwendung der für die Absteifung vorgegebenen Kantholzsteifen 20/20 und deren Ersatz durch Drehsteifen mit zu geringer Traglast festgestellt.

Zu prüfen ist, ob die Angekl. sich wegen **fahrlässigen Tötung nach §§ 222, 229 StGB** strafbar gemacht haben.

- I. Nach **anerkannten Rechtsgrundsätzen** hat jeder, der eine **Gefahrenquelle schafft** oder unterhält, die nach Lage der Verhältnisse **erforderlichen Vorkehrungen zum Schutz anderer Personen** zu treffen (st. Rspr.; BGHZ 103, 338; BGHR BGB § 823 I Verkehrssicherungspflicht 18).

1. Diese **Sicherungspflicht** wird indes **nicht bereits durch jede bloß theoretische Möglichkeit einer Gefährdung ausgelöst**; da eine absolute Sicherung gegen Gefahren und Schäden nicht erreichbar ist und auch die berechtigten Verkehrserwartungen nicht auf einen solchen absoluten Schutz ausgerichtet sind, **beschränkt** sich die Verkehrssicherungspflicht **auf das Ergreifen solcher Maßnahmen, die nach den Gesamtumständen zumutbar sind** und die ein verständiger und umsichtiger Mensch für **notwendig und ausreichend** hält, um Andere vor Schäden zu bewahren. Haftungsbegründend wirkt demgemäß die Nichtabwendung einer Gefahr erst dann, wenn sich vorausschauend für ein sachkundiges Urteil die nahe liegende Möglichkeit ergibt, dass Rechtsgüter anderer Personen verletzt werden können (st. Rspr.; vgl. BGHR BGB § 823 I Verkehrssicherungspflicht 31).
2. Diese **in der zivilrechtlichen Rspr. entwickelten Grundsätze** sind **maßgebend auch für die Bestimmung der strafrechtlichen Anforderungen** an die im Einzelfall gebotene Sorgfaltspflicht. **Ausgangspunkt** dafür ist jeweils das **Maß der Gefahr** mit der Folge, dass die Sorgfaltsanforderungen umso höher sind, je größer bei erkennbarer Gefährlichkeit einer Handlung die Schadenswahrscheinlichkeit und Schadensintensität sind.

zur Abhängigkeit zwischen dem Maß der Gefahr und der Sorgfaltspflicht BGHSt 37, 184; 47, 224; Landau wistra 1999, 47

- II. In erster Linie trug T die **Verantwortung für die Bauausführung** und haftete deshalb auch strafrechtlich für die Sicherung der von dem Abbruch der tragenden Wand im Erdgeschoss ausgehenden Gefahren haftete (vgl. BGHSt 19, 286).

*„Dieser **Pflichtenstellung des T im Verhältnis zu den Angekl. W und C entsprach auch die Aufgabenverteilung nach dem von T mit der Fa. H geschlossenen Subunternehmervertrag und dem diesem Vertrag zu Grunde liegenden Leistungsverzeichnis**, demzufolge die Durchführung der Sicherung des Wandabbruchs durch die Absteifung in den Aufgabenbereich von T als Bauunternehmer fiel. Dieser Umstand entließ indes die Fa. H und damit auch deren an dem Bau tätigen Mitarbeiter, die Angekl. W und C, nicht von vornherein aus der Haftung. Denn die Fa. H war zuständig für den Abbruch und deshalb verpflichtet, Dritte vor den durch den Abbruch drohenden Gefahren zu schützen und die hierzu erforderlichen Vorkehrungen zu treffen (BGH VersR 1966, 165). Diese Pflicht bestand grds. nicht nur gegenüber Außenstehenden, etwa befügten Besuchern der Baustelle, sondern auch gegenüber den an dem Bau tätigen Arbeitnehmern, die hier durch den Einsturz zu Schaden gekommen sind (vgl. BGH NJW 1971, 752; OLG Naumburg NSTZ-RR 1996, 229; Palandt-Sprau, BGB, § 823 Rn 191 mwN).“* (BGH aaO).

- III. Da danach neben T die Fa. H - wenn auch nur sekundär – verkehrssicherungspflichtig blieb, so trifft dies grds. auch für ihre **Arbeitnehmer**, die Angekl. W und C zu, soweit diese - wie hier - den gefahrenträchtigen Abbruch der tragenden Wand zumindest weitgehend in eigener Verantwortung durchführten.

vgl. OLG Stuttgart Urteil v. 12.03.1999 - 2 U 74/98 [zit. nach juris]; anders u.U. für unselbstständige weisungsgebundene Arbeitnehmer BGH BB 1954, 273f.; OLG Düsseldorf NJW-RR 1993, 1309; Palandt-Sprau, BGB, 67. Aufl., § 823 Rn 49, 191

*„Denn nach den in der Rspr. entwickelten Grundsätzen sind **mehrere Personen (oder Firmen)**, die an einer gefahrenträchtigen Baumaßnahme beteiligt sind, **untereinander verpflichtet**, sich in zumutbarer Weise gegenseitig zu informieren und abzustimmen, um vermeidbare Risiken für Dritte auszuschalten. Insbesondere dann, wenn erkennbar Sicherungsmaßnahmen erforderlich sind, die vor Beginn der eigentlichen gefahrträchtigen Handlung durchgeführt werden müssen, muss sich der für die Gefahrenquelle Verantwortliche im Rahmen des ihm Zumutbaren vergewissern, dass der für die notwendige Sicherung Verantwortliche seine Aufgabe erfüllt hat, und darf nicht blindlings darauf vertrauen, dass dies auch zutrifft.“*

*Im vorliegenden Fall ergab sich dieses Zusammenwirken von Abbruchaufgabe (Fa. H) und Sicherungsaufgabe (Bauunternehmen T) schon kraft Natur der Sache. Dabei waren die **Sorgfaltspflichten nicht etwa auf die jeweils vertraglich geschuldeten Leistungen beschränkt**. Denn für die Begründung von Sorgfaltspflichten genügt regelmäßig bereits die tatsächliche Übernahme eines entsprechenden Pflicht-*

tenkreises (vgl. BGHSt 47, 224; Kühl NJW 2008, 1897; Fischer, StGB, 55. Aufl., § 222 Rn 12). Das war hier für die Fa. H schon deshalb der Fall, weil die besondere Gefahrenquelle eben in dem Abbruch der tragenden Wand lag.“ (BGH aaO).

- IV. Ihrer hiernach bestehenden - **sekundären - Sicherungspflicht** sind die Angekl. W und C jedoch hinreichend nachgekommen.

„Nachdem der Angekl. C auf Veranlassung des Angekl. W den Bauunternehmer T darauf hingewiesen hatte, dass bzgl. der ursprünglich in der Statik vorgesehenen Stabilisierung der Decken durch die seitlichen Stützen eine Veränderung vorgenommen werden müsse, um die Wandsäge einsetzen zu können, hatte T zugesagt, dies zu veranlassen und sich mit dem Statiker in Verbindung zu setzen. Auch wenn die Verringerung der Anzahl der Stützen gegenüber der ursprünglichen Planung erheblich war, erforderte die - sekundäre - Verkehrssicherungspflicht der Angeklagten nicht eine nochmalige Nachfrage, ob der Statiker die Änderungen auch tatsächlich gebilligt habe. Dies wäre nur dann erforderlich gewesen, wenn die mangelnde Eignung der angebrachten Abstützung und die dadurch bedingte besondere Gefahrenlage für die Angekl. offensichtlich gewesen wäre. Gerade das hat das LG aber nicht festgestellt. Vielmehr hat es in Übereinstimmung mit dem Bausachverständigen angenommen, dass ungeachtet der gegenüber der statischen Berechnung deutlich vergrößerten Stützenabstände jedenfalls für die Angekl. nicht ohne Weiteres erkennbar war, dass die Absteifung unzureichend war. Dem entspricht, dass weder der Bauleiter noch der Sicherheitskoordinator auf die Einhaltung der ursprünglich vorgesehenen Stützenabstände gedrungen hatten, obwohl der Bauleiter in einer Besprechung auf der Baustelle noch am Tag vor dem Unglück, an der T teilnahm, die Abstützung der Decke erörtert hatte. Dass die Angekl. W und C besondere Fachkenntnisse besaßen, die sie befähigt hätten, die Mangelhaftigkeit der von T vorgegebenen Abstützung zu erkennen, hat das LG nicht festgestellt und ergibt sich auch nicht allein auf Grund ihrer Erfahrungen auf dem Gebiet von Abbrucharbeiten. Auch mussten sie nicht von einer besonderen Unzuverlässigkeit oder Risikobereitschaft des T ausgehen (zur Beschränkung der Sorgfaltspflichten durch den Vertrauensgrundsatz bei horizontaler Aufteilung einzelner Verantwortungsbereiche im Rahmen eines einheitlichen Arbeitsvorgangs vgl. BGH NJW 1999, 1779 [zum Zusammenwirken mehrerer Ärzte bei einer Operation]; Fischer, StGB, § 222 Rn 10, 14 mwN). Dass die Angekl. sich vielmehr ihrer Verantwortung für die Sicherheit des Bauwerks bewusst waren, wird daran deutlich, dass der Angekl. C noch am Morgen des Unfalltages gegenüber T den Abbruch des Teilstücks IV der Wand ankündigte und mit der Fortsetzung seiner Tätigkeit aus Sicherheitsgründen zuwartete, bis der Unterzug hinsichtlich des Teilstücks III angebracht war. Unter diesen Umständen erübrigte sich für die Angekl. W und C, bei T noch einmal ausdrücklich nachzufragen, ob statischerseits Bedenken gegen die Fortsetzung der Abbrucharbeiten bestehen.“ (BGH aaO).

- V. **Ergebnis:** Da den Angekl. W und C ein strafrechtlich relevantes Versäumnis nicht zur Last gelegt werden kann, ist eine **Strafbarkeit nach §§ 222, 229 StGB nicht gegeben.**

GG

Grundrechtsfähigkeit

VerfR

Art. 19 III

juristische Personen des öffentlichen Rechts

(BVerfG in NVwZ-RR 2009, 361; Urteil vom 11.12.2008 – 1 BvR 1665/09)

1. Die Grundrechte sind immer schon dann nicht auf juristische Personen des öffentlichen Rechts anwendbar, wenn diese als **Teil der mittelbaren Staatsverwaltung** öffentliche Aufgaben wahrnehmen.
2. Eine **Ausnahme** von diesen Grundsätzen ist für solche juristische Personen des öffentlichen Rechts zu machen, die von den ihnen durch die Rechtsordnung übertragenen Aufgaben her **unmittelbar einem durch bestimmte Grundrechte geschützten Lebensbereich zugeordnet** sind.
3. Juristische Personen sind einem grundrechtlich geschützten Lebensbereich **nicht schon deshalb** zugeordnet, weil ihnen **Selbstverwaltungsrechte** zusteht.
4. Die Garantie des gesetzlichen Richters nach Art. 101 I 2 GG ist nur dann verletzt, wenn ein Richterspruch unter keinem denkbaren Aspekt rechtlich vertretbar ist und sich daher der Schluss aufdrängt, dass er auf sachfremden Erwägungen beruht.

Fall. Einer regional schwerpunktmäßig im Rheinland tätigen Innungskrankenkasse, wurde vom Deutschen Patent- und Markenamt (DPMA) und vom Bundespatentgericht die Anmeldung der Wortmarke „IKK Nordrhein-Westfalen“ versagt. Die Rechtsbeschwerde war nicht zulassen worden. Hiergegen hat die Krankenkasse Verfassungsbeschwerde eingelegt.

Wird sie hiermit Erfolg haben?

Eine Verfassungsbeschwerde ist nach Art. 93 Nr. 4a GG, 13 Nr. 8a GG grundsätzlich nur **statthaft**, wenn sich der Beschwerdeführer auf die Verletzung von Grundrechten oder grundrechtsgleichen Rechten beruft. Die Innungskrankenkasse ist jedoch eine juristische Person des öffentlichen Rechts. Zwar können sich nach Art. 19 III GG auch juristische Personen auf den Schutz der Grundrechte berufen, jedoch nur, wenn diese dem Wesen nach auf sie anwendbar sind. Dies ist jedoch gerade bei juristischen Personen des öffentlichen Rechts sehr problematisch.

I. Berufung auf Grundrechte

„Für öffentlich-rechtliche Körperschaften im Allgemeinen und Sozialversicherungsträger und gesetzliche Krankenkassen im Besonderen gelten die Grundrechte gem. Art. 19 III GG grundsätzlich nicht. Denn die Grundrechte sind ihrem Wesen nach nicht auf juristische Personen des öffentlichen Rechts anwendbar, soweit Letztere öffentliche Aufgaben wahrnehmen.“

Die **Grundrechtsberechtigung hängt** namentlich **von der Funktion** ab, in der die juristische Person des öffentlichen Rechts von dem beanstandeten Akt der öffentlichen Gewalt betroffen wird. Besteht diese Funktion in der **Wahrnehmung gesetzlich zugewiesener und geregelter öffentlicher Aufgaben**, so kann eine juristische Person sich insoweit nicht auf Grundrechte berufen (vgl. BVerfGE 39, 302 [312ff.]; 68, 193 [205ff.] = NJW 1985, 1385 = NVwZ 1985, 481 L; BVerfGE 70, 1 [15] = NJW 1986, 772; BVerfGE 75, 192 [196f.] = NVwZ 1987, 879). Dies gilt auch für die Rechtsschutzgarantie aus Art. 19 IV GG (vgl. BVerfGE 39, 302 [316]).

Eine **Ausnahme** von diesen Grundsätzen ist für solche juristische Personen des öffentlichen Rechts zu machen, die von den ihnen durch die Rechtsordnung übertragenen Aufgaben her **unmittelbar einem durch bestimmte Grundrechte geschützten Lebensbereich zugeordnet** sind (vgl. BVerfGE 75, 192 [196f.] = NVwZ 1987, 879).“ (BVerfG aaO)

Fraglich ist daher, ob die Innungskrankenkasse bezüglich der Ablehnung des begehrten Markenschutzes in ihrer Funktion als Trägerin öffentlicher, vom Staat durch Gesetz übertragener und geregelter Aufgaben betroffen ist.

*„Der Schutz in Fällen von Krankheit ist in der sozialstaatlichen Ordnung des Grundgesetzes eine der **Grundaufgaben des Staats**. Ihr ist der Gesetzgeber nachgekommen, indem er durch Einführung der gesetzlichen **Krankenversicherung als öffentlich-rechtlicher Pflichtversicherung** für den Krankenschutz eines Großteils der Bevölkerung Sorge getragen und die Art und Weise der Durchführung dieses Schutzes geregelt hat (vgl. BVerfGE 68, 193 [209] = NJW 1985, 1385 = NVwZ 1985, 481 L). Die **Hauptaufgabe** der gesetzlichen Krankenkassen besteht im **Vollzug** einer zwecks Erfüllung dieser staatlichen Grundaufgabe geschaffenen detaillierten **Sozialgesetzgebung** (vgl. BVerfGE 39, 302 [313]).“*

Es lässt sich **nicht feststellen**, dass die **Einführung wettbewerblicher Elemente** in der gesetzlichen Krankenversicherung (vgl. § 173 SGB V) an der **Funktion** der Krankenkassen als Träger öffentlicher Verwaltung etwas mit der Folge **geändert** haben sollte, dass nunmehr die Zuerkennung einer (partiellen) Grundrechtsfähigkeit der Krankenkassen zu erwägen wäre. Die Hauptaufgabe der gesetzlichen Krankenkassen besteht nach wie vor darin, als **Teil der mittelbaren Staatsverwaltung öffentlich-rechtlich geregelten Krankenversicherungsschutz für die Versicherten zu gewähren** (vgl. BVerfG, NVwZ 2005, 572 [573]).

Der Umstand, dass die gesetzlichen Krankenkassen nach § 4 I SGB V rechtsfähige **Körperschaften des öffentlichen Rechts mit Selbstverwaltung** sind, rechtfertigt keine andere Beurteilung. Juristische Personen sind einem grundrechtlich geschützten Lebensbereich nicht schon deshalb zugeordnet, weil ihnen Selbstverwaltungsrechte zustehen (vgl. BVerfGE 61, 82 [103] = NJW 1982, 2173 = NVwZ 1982, 554 L.) (BVerfG aaO)

II. Berufung auf Art. 101 I 2 GG

Zwar stehen den juristischen Personen des öffentlichen Rechts die Verfahrensgrundrechte zu, so dass auch eine Berufung auf die Garantie des gesetzlichen Richters grundsätzlich möglich ist (vgl. BVerfGE 61, 82 [104] = NJW 1982, 2173 = NVwZ 1982, 554 L m.w.N.)

„Die Entscheidung eines Gerichts, die Rechtsbeschwerde nicht zuzulassen, kann zwar gegen die **Gewährleistung des grundrechtsgleichen Rechts auf den gesetzlichen Richter** verstoßen.

Voraussetzung hierfür wäre nach der Rechtsprechung des BVerfG jedoch das Vorliegen von **Willkür**; die bloß einfachrechtlich fehlerhafte Handhabung der Zulassungsvorschriften genügt nicht (vgl. BVerfGE 67, 90 [95] = NJW 1984, 2147; BVerfGE 87, 282 [284f.] = NJW 1993, 381; BVerfGK 2, 202 [204] = BeckRS 2004, 20401). **Willkürlich** ist ein Richterspruch **nur**, wenn er **unter keinem denkbaren Aspekt rechtlich vertretbar** ist und sich daher der Schluss aufdrängt, dass er auf sachfremden Erwägungen beruht (vgl. BVerfGE 4, 1 [7] = NJW 1954, 1153; BVerfGE 80, 48 [51] = NJW 1989, 1917 = NJW-RR 1989, 1160 L; st. Rspr.).

Dass dies bei den angegriffenen Entscheidungen der Fall wäre, ist nach dem Vortrag der Bf. nicht ersichtlich.“ (BVerfG aaO)

LadöffnG RhIPf
§§ 6, 2 II

Verkaufsstellen in Tankstellen Beschränkung des Alkoholverkaufs

POR

(OVG Koblenz in NVwZ-RR 2009, 368; Beschluss vom 29.12.2008 – 6 B 11337/058)

Das öffentliche Interesse am Sofortvollzug der Beschränkung des Alkoholverkaufs in Tankstellen ergibt sich aus dem besonderen Bedürfnis an der Einhaltung des Ladenöffnungsgesetzes und überwiegt gegenüber dem wirtschaftlichen Interesse der Tankstellenbetreiber.

Fall: A ist Betreiber einer Tankstelle, in welcher er auch außerhalb der üblichen Ladenöffnungszeiten Alkoholika in unbegrenzter Menge verkauft. Ihm wurde nach ordnungsgemäßer Anhörung von der zuständigen Behörde B der Verkauf von Alkoholika mit der Begründung untersagt, dass er nur außerhalb der üblichen Ladenöffnungszeiten neben dem Verkauf von Ersatzteilen nur berechtigt sei, Reisebedarf zu verkaufen. Ihm wurde daher aufgegeben, in der von ihm betriebenen Tankstelle jeweils in der Zeit von 22 bis 6 Uhr an dieselbe Person nur einmal Getränke mit einem Alkoholgehalt bis zu 8 Volumenprozent in einer Menge bis zu 2 l oder Getränke mit einem Alkoholgehalt von über 8 bis 14 Volumenprozent in einer Menge bis zu 1 l oder Getränke mit einem Alkoholgehalt von über 14 Volumenprozent in einer Menge bis zu 0,1 l zu verkaufen.

Zudem wurde die sofortige Vollziehung mit der Begründung angeordnet, dass es ein besonderes öffentliches Bedürfnis an der Einhaltung des Ladenöffnungsgesetzes gebe und dieses das wirtschaftliche Interesse des A überwiegen.

Gegen diesen Bescheid hat A form- und fristgerecht Klage erhoben und einen Antrag auf Wiederherstellung der aufschiebende Wirkung seiner Klage bei Gericht gestellt. Wird der Antrag Erfolg haben?

Der Antrag auf Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung wird Erfolg haben, wenn er zulässig und begründet ist.

I. Zulässigkeit des Antrags

1. Streitentscheidend sind Normen des Ladenöffnungsgesetzes, welches als Teil des Ordnungsrechts ausschließlich Träger öffentlicher Gewalt berechtigt und verpflichtet, so dass mangels Beteiligung eines Verfassungsorgans eine öffentlich-rechtliche Streitigkeit nichtverfassungsrechtlicher Art vorliegt und der **Verwaltungsrechtsweg gem. § 40 I 1 VwGO eröffnet** ist.

2. Das Verfahren nach § 80 V VwGO hat nach § 123 V VwGO Vorrang vor dem Verfahren nach § 123 I VwGO. Es ist einschlägig, wenn in der Hauptsache eine Anfechtungsklage zu erheben ist und um den Suspensiveffekt gestritten wird.

Bei der Untersagungsverfügung handelt es sich um einen belastenden Verwaltungsakt nach § 35 S. 1 VwVfG, gegen den A schon Anfechtungsklage erhoben hat. Da der Suspensiveffekt wegen der Anordnung der sofortigen Vollziehung nach § 80 II 1 Nr. 4 VwGO entfallen ist, ist daher der **Antrag auf Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung statthaft**.

3. Auch für das Verfahren nach § 80 V VwGO ist wegen der im Hintergrund stehen Anfechtungsklage eine **Antragsbefugnis analog § 42 II VwGO** erforderlich, die jedoch – da A Adressat eines ihn belastenden Verwaltungsaktes ist und insofern jedenfalls in Art. 2 I GG verletzt sein kann – nach der **Adressatentheorie** ohne weiteres gegeben ist.

4. Der Antrag ist nach § 78 I Nr. 2 VwGO i.V.m. den jeweiligen Ausführungsgesetzen **gegen die Behörde** zu stellen, welche den **sofort vollziehbaren Verwaltungsakt erlassen** ist.

5. A muss auch ein **schutzwürdiges Interesse** an dem Verfahren haben.

Der Streit, ob zunächst vor Einleitung des Verfahrens nach § 80 V VwGO in der Hauptsache ein Rechtsbehelf eingelegt sein muss, kann dahinstehen, da A hier zuvor schon Klage erhoben hatte. Dieser ist auch nicht offensichtlich unzulässig. Auch bedurfte es keines vorherigen Antrags an die Behörde auf Aussetzung der Vollziehung, da kein Fall des § 80 VI VwGO vorliegt und eine analoge Anwendung dieser Norm nach allgemeiner Auffassung ausscheidet.

Der Antrag des A ist daher zulässig.

II. Begründetheit

Der Antrag müsste auch begründet sein. Dies ist der Fall, wenn die Anordnung der sofortigen Vollziehung rechtswidrig ist.

1. **Rechtsgrundlage** für eine Anordnung der sofortigen Vollziehung (AOsV) ist § 80 II 1 Nr. 4 VwGO.

2. formelle Rechtswidrigkeit der AOsV

a) **Zuständig** für die AOsV ist nach § 80 II 1 Nr. 4 VwGO die Behörde, die den Verwaltungsakt erlassen hat. Hier hat die Erlassbehörde also als zuständige Behörde gehandelt.

b) Form

Nach § 80 III 1 VwGO ist die AOsV schriftlich zu begründen, wobei die Begründung nicht nur formelhaft sein darf und über die Begründung für den Erlass des für sofort vollziehbar erklärten Verwaltungsaktes hinausgehen muss. Dies ist hier berücksichtigt worden.

c) Verfahren

Ob es vor Erlass einer AOsV einer Anhörung nach § 28 VwVfG darf, weil es sich bei der AOsV um einen Verwaltungsakt nach § 35 S. 1 VwVfG handelt oder weil wegen einer vergleichbaren belastenden Tendenz zumindest eine analoge Anwendung geboten ist, kann dahinstehen, da eine Anhörung jedenfalls erfolgt ist.

3. materielle Rechtswidrigkeit der AOsV

Für die materielle Prüfung der AOsV kommt es darauf an, ob das öffentliche Interesse an der sofortigen Vollziehung das Aufschubinteresse des Bürgers überwiegt, wobei das öffentliche Vollzugsinteresse über das öffentliche Erlassinteresse hinausgehen muss, dass ohnehin an jedem Verwaltungsakt besteht.

a) Erfolgsaussichten in der Hauptsache nach summarischer Prüfung

Ein solches Vollzugsinteresse kann überhaupt nur dann bestehen, wenn der Verwaltungsakt, dessen sofortige Vollziehung angeordnet wurde, nicht schon nach summarischer Prüfung rechtswidrig ist. Es kommt also darauf an, ob der Rechtsbehelf des A in der Hauptsache überhaupt Erfolg haben könnte. Hinsichtlich der Zulässigkeit bestehen keine Bedenken, so dass es maßgebend darauf ankommt, ob die Unterlassungsverfügung rechtswidrig ist und den A in seinen Rechten verletzt, § 113 I 1 VwGO.

Da im Eilverfahren jedoch nur eine summarische Prüfung erfolgen kann, kommt es darauf an, ob das Gericht ohne Beweiserhebung und eingehende Würdigung hierüber überhaupt entscheiden kann.

*„Bei der gem. § 80 V VwGO gebotenen Interessenabwägung lässt der Senat die **Erfolgsaussichten der Klage des A offen**. Denn die sich im vorliegenden Fall stellenden Rechtsfragen können **nicht auf Grund** der im gerichtlichen Eilverfahren allein möglichen **summarischen Prüfung** der Sach- und Rechtslage **beantwortet werden**. Dies gilt insbesondere für die Frage, ob B zum Erlass eines gesetzeskonkretisierenden Verwaltungsakts befugt war und der Begriff **„Reisebedarf“** i.S. der §§ 6, 2 II RhPfLadöffnG **kunden- oder produktbezogen** zu verstehen ist.“* (OVG Koblenz aaO)

vgl. für die anderen Bundesländer §§ 7, 2 II LSchlG Bay, §§ 5, 2 IV LadÖG BW, §§ 5 Nr. 2, 2 III LadÖffG Bln, §§ 7, 2 II LöG Bbg, §§ 5, 2 III LSchlG HB, §§ 5 2 III LöffG HH, §§ 4 I Nr. 1, 2 I Nr. 2 LöG Hess, §§ 5 II, 2 LöffG MV, §§ 4 I Nr. 1b), 2 II LöffVZG Nds, §§ 8, 3 III LÖG NW, §§ 5, 2 III LÖG Saarl, §§ 5, 2 IV LadÖffG Sachs, §§ 4 Nr. 3, 2 III LöffzeitG LSA, §§ 7, 2 III LöffZG SH, §§ 6, 2 III LAdÖffG Thür

b) Interessenabwägung

Kann eine Aussage über die Erfolgsaussichten der Hauptsacheklage im Eilverfahren nicht gemacht werden, so kommt es auf eine besonders sorgfältige Interessenabwägung an. Hierbei ist einander gegenüber zu stellen, welche nachteiligen Folgen für A eintreten, wenn ihm der Suspensiveffekt nicht

gewährt wird, er aber in der Hauptsache obsiegt und welche Nachteile für die Öffentlichkeit eintreten, wenn A die Untersagung zunächst nicht beachten muss, jedoch letztlich unterliegt.

„Das öffentliche Interesse am Sofortvollzug der angefochtenen Verfügung ergibt sich aus dem besonderen **Bedürfnis an der Einhaltung des Ladenöffnungsgesetzes durch die Betreiber von Tankstellen**.

Nach § 6 S. 2 RhPfladöffnG ist **während der allgemeinen Ladenschlusszeiten** an Tankstellen u.a. nur die **Abgabe von Reisebedarf** zulässig. Hierunter fallen gem. § 2 II RhPfladöffnG neben sonstigen Waren Lebens- und Genussmittel, und damit auch **alkoholische Getränke in kleineren Mengen**. Nach den Feststellungen des B wird gegen diese gesetzlichen Vorgaben in nicht wenigen Fällen verstoßen. An der Richtigkeit dieser Feststellungen hat der Senat keine Zweifel. Es entspricht im Gegenteil der **gerichtsbekanntem Lebenswirklichkeit**, dass **sich Tankstellen zu SB-Märkten** mit eingeschränktem Sortiment entwickelt haben, in denen ‚rund um die Uhr‘ eingekauft werden kann. Daher liegt es auf der Hand, dass vor allem der erhebliche Alkoholverkauf in Tankstellen außerhalb der allgemeinen Ladenöffnungszeiten dem mit dem Ladenöffnungsgesetz neben anderen Zwecken verfolgten **Konkurrenzenschutz widerspricht**. Denn die **Privilegierung der Tankstellen** durch die Einräumung erweiterter Öffnungszeiten ist im Verhältnis zum übrigen Einzelhandel nur ausnahmsweise **gerechtfertigt**, nämlich **wenn** die Warenabgabe außerhalb der allgemeinen Ladenöffnungszeiten **auf den Reisebedarf begrenzt** ist.

Angesichts der aufgezeigten Verstöße gegen das Ladenöffnungsgesetz und ihrer Auswirkungen auf die Allgemeinheit und den sonstigen Einzelhandel besteht ein **erhebliches öffentliches Interesse** an einer Konkretisierung der Vorgaben des Ladenöffnungsgesetzes über den Warenverkauf an Tankstellen. Dieses **Regelungsbedürfnis besteht unabhängig von im Einzelfall** festgestellten Gesetzesverstößen gegenüber allen Tankstellenbetreibern im Bereich des B, weil auf diese Weise ein gleichmäßiger Gesetzesvollzug erreicht wird.

Im Vergleich zum öffentlichen Vollzugsinteresse hat das **Suspensivinteresse des A** nach Maßgabe des Tenors ein **geringeres Gewicht**, weil die verfügten **mengenmäßigen Beschränkungen des Alkoholverkaufs** nicht über das hinausgeht, was der A bereits aufgrund des Ladenöffnungsgesetzes beachten muss.

Zwar ist der Einwand, der Begriff ‚Reisebedarf‘ könne **nicht kunden** -, sondern **nur produktbezogen** definiert werden, bei summarischer Prüfung nicht von der Hand zu weisen.

Deshalb ist der **A vorläufig nicht verpflichtet**, beim Verkauf von Alkohol außerhalb der gesetzlichen Ladenöffnungszeiten **zu überprüfen, ob es sich bei den Kunden um Reisende** handelt.

Jedoch werden im Übrigen die wirtschaftlichen Interessen des A trotz der vom Senat aufrecht erhaltenen Verkaufsbeschränkungen ausreichend gewahrt. Denn die nach der Verfügung des B **zum Verkauf zugelassenen Mengen alkoholischer Getränke** ist gemessen am Begriff der „kleineren Mengen“ i.S. des § 2 II RhPfladöffnG **nicht zu niedrig angesetzt**. Damit geht die mengenmäßige Verkaufsbeschränkung nicht über die gesetzlichen Begrenzungen des Alkoholverkaufs an Tankstellen hinaus. Sollte der Vollzug der angefochtenen Verfügung zu **finanziellen Einbußen der Tankstellenbetreiber** führen, entsprechen sie deshalb denen, die **bei Einhaltung des Gesetzes ohnehin eintreten**. Sie sind somit von A hinzunehmen.

Auch die übrigen Einwendungen gegen den Sofortvollzug der Beschränkung des Verkaufs alkoholischer Getränke an Tankstellen greifen nicht durch. Insbesondere ist die weitgehend mit der angefochtenen Verfügung übereinstimmende vorläufige Regelung des Senats **hinreichend bestimmt**. Sie erlaubt A - wenn auch im beschränkten Umfang - auch in Zukunft den Verkauf alkoholischer Getränke außerhalb der allgemeinen Ladenöffnungszeiten in handelsüblichen Mengen. Dabei ist es im Interesse eines praktikablen Gesetzesvollzuges **zumutbar**, den gleichzeitigen Verkauf **unterschiedlicher Arten alkoholischer Getränke** (z.B. 0,33 l Bier sowie 0,7 l Wein) **zu unterlassen**. Des Weiteren ist nicht ersichtlich, dass durch den sofortigen Vollzug der **bereits nach dem Gesetz bestehenden Einschränkungen** bei der Alkoholabgabe an Tankstellen der Verkauf sonstigen Reisebedarfs in einem Umfang zurückgehen wird, der **nicht bereits durch das Ladenöffnungsgesetz selbst** vorgegeben und deshalb hinzunehmen ist. Schließlich kann A nichts daraus herleiten, dass in anderen Kommunen bisher keine Beschränkungen des Alkoholverkaufs durch Verwaltungsakte angeordnet wurden. Maßgeblich ist allein, ob ein **überwiegendes öffentliches Interesse** an der Verkaufsbeschränkung **im Zuständigkeitsbereich des B** besteht. Dies ist zu bejahen.“ (OVG Koblenz aaO)

Kurzauslese I

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

BGB **BGB**
§ 281 II Alt.1, 323 II Nr.1 **Schadensersatz wegen Schlechterfüllung**
Entbehrlichkeit der Fristsetzung

(BGH in MDR 2009, 675; Urteil vom 20.01.2009 – X ZR 45/07)

Eine **Fristsetzung** als Voraussetzung des Schadensersatzanspruchs wegen Schlechtleistung kann grundsätzlich nur dann **entbehrlich** werden, **wenn der Schuldner die Mängelbeseitigung bereits verweigert hat**, bevor diese durch den Gläubiger erfolgt.

Wie der Schuldner sich nach der Mängelbeseitigung durch den Gläubiger verhält, kann in diesem Zusammenhang **nur dann von Bedeutung** sein, **wenn** dieses Verhalten den sicheren Rückschluss erlaubt oder hierzu beiträgt, dass **schon vor der Mängelbeseitigung die Mängelbeseitigung ernsthaft und endgültig verweigert** war.

„Das Recht des Käufers (Bestellers), wegen eines Sachmangels den Kaufpreis (die Vergütung) zu mindern oder Schadensersatz zu verlangen, setzt voraus, dass der Käufer (Besteller) dem Verkäufer (Unternehmer) unter Setzung einer angemessenen Nachfrist erfolglos Gelegenheit zur Nacherfüllung gegeben hat, bevor er den behaupteten Mangel selbst beseitigt oder beseitigen lässt (§ 437 i.V. mit § 281 I bzw. § 323 I BGB; BGHZ 162, 219 = NJW 2005, 1348; BGH NJW 2006, 1195).

*Auf die Erfüllung der sich für den Käufer (Besteller) hiernach ergebenden Obliegenheit kommt es freilich nicht an, wenn einer der (nunmehr auch) gesetzlich festgeschriebenen Tatbestände gegeben ist, in denen die **Fristsetzung eine reine Förmerei darstellte oder sonstwie schlechterdings unzumutbar** wäre.*

*Angesichts des grds. bestehenden **Vorrangs der Nacherfüllung** durch den Verkäufer (Unternehmer) kann der Tatbestand der ernsthaften und endgültigen Leistungsverweigerung (§ 281 II Alt. 1 bzw. § 323 II Nr. 1 BGB) jedoch seinerseits nur eingreifen, wenn feststeht, dass der Verkäufer (Unternehmer) die Leistung bereits verweigert hat, bevor die Mängelbeseitigung durch den Käufer (Besteller) erfolgt. Eine **lediglich nachträgliche Leistungsverweigerung kann nicht ausreichen**, weil aus dem grundsätzlichen Vorrang der Nacherfüllung durch den Verkäufer (Unternehmer) ein Nacherfüllungsrecht dieser Vertragspartei folgt (BGHZ 162, 219 [227] = NJW 2005, 1348) und dieses zunichte gemacht würde, wenn der Käufer (Besteller) vor der Leistungsverweigerung des Verkäufers (Unternehmers) auf dessen Kosten zur Mängelbeseitigung schreiten dürfte (vgl. BGH, NJW 2006, 1195 [1197]). Wie der Verkäufer (Unternehmer) sich nach der Mängelbeseitigung durch den Käufer (Besteller) verhält, kann deshalb nur dann von Bedeutung sein, wenn dieses Verhalten den sicheren Rückschluss erlaubt oder hierzu beiträgt, dass schon vor der Mängelbeseitigung die Nacherfüllung ernsthaft und endgültig verweigert war.“ (BGH aaO).*

BGB **BGB**
§ 548 I **Verjährung**
Verjährungsbeginn trotz fehlender Fälligkeit

(OLG Saarbrücken in OLG R 2009, 191; Urteil vom 18.12.2008 – 8 U 672/07-188)

Die **Verjährungsfrist des § 548 I BGB** wird auch dann **mit dem Zeitpunkt, in dem der Vermieter die Mietsache zurückerhält, in Lauf gesetzt**, wenn die Ersatzansprüche des Vermieters wegen Veränderungen oder Verschlechterungen der Mietsache erst zu einem späteren Zeitpunkt entstehen.

I. Gem. § 548 I 1 BGB **verjähren Ersatzansprüche des Vermieters** wegen Veränderungen oder Verschlechterungen der Mietsache **in sechs Monaten**. Hierzu gehört nicht nur der vertragliche Anspruch auf Wiederherstellung des ursprünglichen Zustands der Mietsache, sondern auch die Schadensersatzansprüche wegen unterlassener Wiederherstellung, insbesondere der Mietausfallschaden (vgl. BGH NJW 2006, 1588; Blank/Börstinghaus, *Miete*, 3. Aufl., § 548 BGB Rn 2, 4, 19 f.; Lindner-Figura/Oprée/Stellmann, *Geschäftsraummietsache*, Kap. 17 Rn 4 f., 11 f.) und der Mietminderungsschaden. Auch kommt es nicht darauf an, ob diese Ersatzansprüche auf vertraglicher oder gesetzlicher Grundlage (z. B. § 823 I BGB) beruhen (vgl. Blank/Börstinghaus, § 548 BGB Rn 5).

II. Nach § 548 I 2 BGB **beginnt die Verjährung mit dem Zeitpunkt, in dem der Vermieter die Mietsache zurückerhält**. Dies **gilt auch dann, wenn dessen Ersatzansprüche erst zu einem späteren Zeitpunkt entstehen**.

*„Denn § 548 I 2 BGB bestimmt - anders als früher gem. §§ 558 II, 198 S. 1 BGB a. F. (vgl. hierzu BGH NJW 1989, 1854) - einen von der **Auffangregelung des § 200 S. 1 BGB** (Beginn der Verjährungsfrist von nicht der regelmäßigen Verjährungsfrist unterliegenden Ansprüchen mit Entstehung des Anspruchs) abweichenden Verjährungsbeginn (BGH NJW 2005, 739; NJW 2005, 2004 ; NJW 2006, 1588).*

***Schutzwürdige Interessen des Vermieters stehen dem nicht entgegen**, weil er innerhalb der sechsmonatigen Frist ab Rückerlangung der Mietsache gemäß § 256 I ZPO Klage auf Feststellung, dass die Mieterin verpflichtet ist, ihm die aufgrund des Unterlassens der Wiederherstellung des ursprünglichen Zustands der Mietsache künftig entstehenden Schäden (insbes. solcher infolge eines Mietausfalls und infolge von Mietminderungen) zu ersetzen, hätte erheben können (vgl. BGH NJW 1998, 1303; Staudinger/Emmerich, *BGB, Neubearb. 2006*, § 548 Rn 39). Das hierfür erforderliche Feststellungsinteresse wäre schon wegen der drohenden Verjährung nicht zu verneinen gewesen (vgl. BGH NJW 2006, 1588).“ (OLG Saarbrücken aaO).*

BGB
§ 558 I**unwirksame Dekorations-AGB**
keine Kompensation über Mietzuschlag

BGB

(OLG Brandenburg in NJOZ 2009, 5106; Urteil vom 13.10.2008 – 1 U 2/08)

Ein Vermieter ist nicht dazu berechtigt, einen Zuschlag zur ortsüblichen Miete geltend zu machen, wenn der Mietvertrag eine unwirksame Klausel zur Übertragung der Schönheitsreparaturen enthält.

„§ 558 I 1 BGB bietet hierfür keine Grundlage, denn nach dieser Vorschrift kann der Vermieter lediglich die Zustimmung zur Erhöhung der Miete bis zur ortsüblichen Vergleichsmiete und nicht darüber hinaus verlangen.

Dies steht auch in Einklang mit dem Sinn und Zweck der gesetzlichen Regelung, die es dem Vermieter ermöglichen soll, im Rahmen des Vergleichsmietensystems eine angemessene, am örtlichen Markt orientierte Miete zu erzielen. Danach bilden die Marktverhältnisse den Maßstab für die Berechtigung einer Mieterhöhung. Der von den Kl. geltend gemachte Zuschlag orientiert sich dagegen an den Kosten für die Vornahme der Schönheitsreparaturen. Auf diese Weise würde bei der nicht preisgebundenen Wohnraummiete ein Kostenelement ohne Rücksicht auf seine Durchsetzbarkeit am Markt zur Begründung einer Mieterhöhung herangezogen. Hiermit wäre jedoch das vom Gesetzgeber vorgesehene System der Vergleichsmieten verlassen (BGHZ 177, 186 = NJW 2008, 2840 = NZM 2008, 641).“ (BGH aaO).

BGB
§§ 705, 707**Nachschusspflicht für Personengesellschafter**
Wirksamkeit

BGB

(BGH in MDR 2009, 702 = NJW-RR 2009, 753; Urteil vom 09.02.2009 – II ZR 231/07)

Ein Beschluss, der den Gesellschaftern einer Personengesellschaft **Nachschusspflichten** auferlegt, ist gem. § 707 BGB **den Gesellschaftern gegenüber unwirksam, die dieser Vermehrung ihrer Beitragspflichten nicht** - auch nicht antizipiert - **zugestimmt haben**.

I. Ein **Gesellschaftsvertrag**, der lediglich besagt, dass die Gewinn- und Verlustbeteiligung jährlich zwischen den Gesellschaftern prozentual im Verhältnis der Tausendstel-Anteile zueinander zu erfolgen hat, bildet **keine wirksame gesellschaftsvertragliche Grundlage für die Geltendmachung jährlicher Zahlungen zum Ausgleich eines sog. „Verlustes“**.

„Denn [eine solche Vertragsklausel] enthält nicht die nach der st. Rspr. erforderliche Obergrenze oder Regelungen über die Eingrenzbarkeit der Vermehrung der Beitragspflichten. Einer solchen Begrenzung bedarf es aber im Hinblick auf § 707 BGB, wenn ein Gesellschafter mit antizipierender Wirkung zustimmen soll.“ (BGH aaO).

II. Mangels wirksam erteilter antizipierter Zustimmung wäre ein **Personengesellschafter nur dann zur Nachschussleistung verpflichtet, wenn er den jeweiligen Gesellschafterbeschlüssen zustimmt** (BGH NJW-RR 2007, 832 = NZG 2007, 382 = NZM 2007, 622 = ZIP 2007, 812; NJW-RR 2005, 1347 = NZG 2005, 753 = ZIP 2005, 1455).

„Die nicht erteilte Zustimmung kann auch nicht deswegen außer Betracht gelassen werden, weil die Bekl. nicht binnen der im Gesellschaftsvertrag vorgesehenen Frist die - unterstellt - ohne ihre Zustimmung gefassten Beschlüsse „angefochten“ hat. [Denn] durch eine verfahrensrechtliche Regelung im Gesellschaftsvertrag [darf] das **mitgliedschaftliche Grundrecht eines Gesellschafters, nicht ohne seine Zustimmung mit weiteren Beitragspflichten beschwert zu werden, nicht ausgehebelt werden** (BGH NJW-RR 2007, 1477 = NZG 2007, 582 = ZIP 2007, 1368; BGH NJW-RR 2007, 757 = NZG 2007, 381 = ZIP 2007, 766). Der betroffene Gesellschafter kann vielmehr die ihm gegenüber bestehende Unwirksamkeit des Beschlusses jederzeit gegenüber dem Zahlungsanspruch der Gesellschaft geltend machen.“ (BGH aaO).

BGB
§ 833 S.1**Tierhalterhaftung**
gilt auch für Polizeihund

BGB

(OLG Brandenburg in NJOZ 2009, 5106; Urteil vom 13.10.2008 – 1 U 2/08)

Ein Tier (hier: ein Polizeihund), das **von einer juristischen Person gehalten** wird, **dient dann dem „Beruf“ des Halters und fällt damit unter § 833 S. 2 BGB**, wenn es dazu bestimmt ist, dem **Aufgabenbereich der juristischen Person** zu dienen.

I. **Tierhalter i.S. des § 833 S.1 BGB** ist, wer die **Bestimmungsmacht über das Tier** hat, aus eigenem Interesse für die **Kosten des Tieres aufkommt**, den **allgemeinen Wert und Nutzen des Tieres für sich in Anspruch nimmt** und das **Risiko seines Verlustes trägt** (Palandt/Thomas, BGB, 67. Aufl., § 833 Rn 9).

„Zwar wird der Diensthund von dem Bekl. zu 1) betreut und beaufsichtigt. Dies geschieht jedoch nicht aus eigenem Interesse, sondern im Zusammenhang mit der dienstlichen Tätigkeit des Bekl. zu 1). Auch den Wert und Nutzen des Tieres nimmt nicht der Bekl. zu 1) persönlich für sich in Anspruch, sondern sein Dienstherr, der Bekl. zu 2). Der Dienstherr ist daher als Halter eines Diensthundes anzusehen (vgl. BGH BeckRS 1972, 30398713).“ (OLG Brandenburg aaO).

II. Bei dem Diensthund handelt es sich um ein Haustier, das dem „Beruf“ des Tierhalters i.S. dieser Regelung zu dienen bestimmt ist.

„Ein Tier, das von einer juristischen Person gehalten wird, dient dann dem „Beruf“ des Halters und fällt damit unter § 833 S. 2 BGB, wenn es dazu bestimmt ist, **dem Aufgabenbereich der juristischen Person zu dienen** (vgl. BGH BeckRS 1972, 30398713). Der Diensthund dient den Aufgaben der Polizei des Landes B. und damit auch den Aufgaben des Bekl. zu 2).“ (OLG Brandenburg aaO).

StGB
§ 185

Beleidigung

persönliche Schmähungen Dritter durch Strafverteidiger

(BGH in NJW 2009, 1892; Beschluss vom 21.04.2009 – 1 StR 105/09)

StGB

Fall: Der Angekl. war für seinen inhaftierten Mandanten M als Verteidiger in einer Strafsache tätig. Gegen den Angekl. bestand der Verdacht, Briefe seines Mandanten an der gerichtlichen Postkontrolle vorbei aus der JVA verbracht und weitergeleitet zu haben, obwohl diese ihrem Inhalt nach dazu geeignet und bestimmt gewesen seien, Zeugen in ihrem Aussageverhalten zu beeinflussen und zu Falschaussagen zu bestimmen. Außerdem war nicht auszuschließen, dass der Angekl. in gleicher Weise Briefe in die JVA verbracht und an M ausgehändigt hatte.

In dem deshalb gegen den angekl. Strafverteidiger eingeleiteten Ermittlungsverfahren ordnete das zuständige AG auf Antrag der StA die Durchsuchung des Haftraums des M und Beschlagnahme dort vorgefundener Beweismittel an. Auf Grund dieses Beschlusses wurde der Haftraum von M durchsucht und ein Brief des Angekl. gefunden, in dem der angekl. Strafverteidiger den Vorsitzenden Richter am Landgericht R als "unfähigen und faulen Richter", "an dessen Verstand man mit Fug und Recht zweifeln muss", bezeichnet hat.

Die Bezeichnung des Vorsitzenden Richters R in dem beschlagnahmten Brief als "unfähigen und faulen Richter", "an dessen Verstand man mit Fug und Recht zweifeln muss", stellt einen rechtswidrigen Angriff auf dessen Ehre durch vorsätzliche Kundgabe der Missachtung bzw. Nichtachtung und damit eine Beleidigung i.S.d. § 185 StGB dar. Diese **Beleidigung** ist auch **nicht durch § 193 StGB gerechtfertigt**, da die **Äußerungen** ersichtlich **nicht zur Ausführung und Verteidigung von Rechten** gemacht wurden.

I. Allerdings ist bei der Beurteilung der Frage, ob eine Äußerung des Rechtsanwaltes gegenüber seinem Mandanten als Beleidigung zu qualifizieren ist, ein Maßstab anzulegen, der den **Besonderheiten des Mandatsverhältnisses Rechnung trägt**.

„Insoweit ist beiderseits ein schutzwürdiges Interesse an einer freien und auch in der Wortwahl deutlichen Aussprache anzuerkennen. Auch für den Rechtsanwalt muss gegenüber dem Mandanten ein "offenes Wort" möglich sein. Wie § 43a III 2 BRAO deutlich macht, kann dies herabsetzende Äußerungen einschließen, wenn andere Prozessbeteiligte oder der Verfahrensverlauf hierzu Anlass gegeben haben. Persönliche Schmähungen und diffamierende Äußerungen sowie Formalbeleidigungen überschreiten in jedem Falle die Grenze des Zulässigen.

Diese Grenze ist mit den schriftlichen Äußerungen des Angekl. über den Vorsitzenden Richter zweifelsfrei überschritten.“ (BGH aaO).

II. Das **Mandatsverhältnis** zwischen Strafverteidiger und Beschuldigtem **begründet auch nicht generell einen "beleidigungsfreien Raum"**.

1. Es besteht **kein schutzwürdiges Interesse**, in einem Mandatsverhältnis **beleidigende Äußerungen des Rechtsanwaltes stets straffrei zu stellen**.

„Die zum Verhältnis innerhalb enger bzw. engster Familien- und Vertrauensbeziehungen entwickelten Grundsätze (vgl. BVerfGE 90, 255; BVerfG NJW 2007, 1194; NJW1995, 1477) sind auf die Beziehung zwischen Verteidiger und Beschuldigtem nicht übertragbar: Bei dem Verhältnis zwischen Verteidiger und Beschuldigtem handelt es sich im Kern um eine geschäftsmäßige und nicht durch persönliche Bindung geprägte Beziehung. Zu den Grundpflichten des Rechtsanwaltes gehört es nach § 43a III 1 BRAO, sich bei seiner Berufsausübung sachlich zu verhalten. Nach § 43a III 2 BRAO hat er insbes. herabsetzende Äußerungen zu unterlassen, zu denen kein Anlass besteht. Eine Verletzung des Sachlichkeitsgebotes liegt ungeachtet seiner im Einzelnen umstrittenen Reichweite (siehe Kleine-Cosack, BRAO, 5. Aufl., § 43a Rn 56 ff.; Feuerich/Weyland/Vossebürger, BRAO, 7. Aufl., § 43a Rn. 31 ff.) jedenfalls dann vor, wenn die Herabsetzungen nach Inhalt und Form als strafbare Beleidigungen zu beurteilen sind, ohne durch die Wahrnehmung berechtigter Interessen gedeckt zu werden (vgl. BVerfG NJW 1988, 191; AnwBl. 1993, 632; Kleine-Cosack, BRAO, § 43a Rn 72; Feuerich/Weyland/Vossebürger, BRAO, § 43a Rn 36).“ (BGH aaO).

2. Darüber hinaus ist die **Vertraulichkeit im Verhältnis des Rechtsanwaltes zu seinem Mandanten nur einseitig abgesichert**.

„Nur der Rechtsanwalt ist seinem Mandanten gegenüber aus §§ 43a II BRAO, 203 I Nr. 3 StGB zur Verschwiegenheit verpflichtet. Der Verteidiger kann sich umgekehrt mangels vergleichbarer rechtlicher Bindungen des Mandanten nicht darauf verlassen, dass dieser die Vertraulichkeit wahr und seine Äußerungen nicht an Dritte weitergibt (vgl. Schönke/Schröder, StGB, 27. Aufl., § 185 Rn 9b; Feuerich/Weyland/Vossebürger, BRAO, § 43a Rn 37). Insofern war die besondere Vertraulichkeit der Kommunikation als Voraussetzung für die Einschränkung des Ehrenschutzes (vgl. BVerfGE 90, 255; BVerfG NJW 2007, 1194) gerade nicht gewährleistet.

Im Übrigen war die Diskretion vorliegend auch aus tatsächlichen Gründen nicht in ausreichendem Maße sichergestellt, da es sich um eine schriftliche Äußerung des Angekl. handelte, beider die erhöhte Gefahr bestand, dass sie von seinem Mandanten in der JVA herumgelegt und verbreitet wurde.“ (BGH aaO).

StGB
§ 142

unerlaubtes Entfernen vom Unfallort

vorsatzloses Sich-Entfernen in der „Beendigungsphase“

(OLG Hamburg in NJW 2009, 2074; Beschluss vom 27.03.2009 – 3-13/09)

StGB

Nach § 142 I StGB macht sich **nicht strafbar, wer erst nach Verlassen des Unfallorts von seiner Beteiligung am Unfall Kenntnis erlangt und sich gleichwohl (weiter) vom Unfallort entfernt**.

I. Nach Auffassung des **OLG Düsseldorf** NStZ-RR 2008, 88 = NZV 2008, 107 verwirklicht ein Unfallbeteiligter den Straftatbestand des § 142 I Nr. 1 StGB auch dann, wenn er den Unfall nicht bemerkt, deshalb seine Fahrt zunächst fortsetzt, aber noch innerhalb eines räumlichen und zeitlichen Zusammenhangs mit dem Unfallgeschehen von diesem erfährt.

OLG Düsseldorf aaO stützt diese Auffassung auf ein obiter dictum des BVerfG, nach dem § 142 I StGB - anders als § 142 II StGB - keinen abgeschlossenen Sachverhalt des Sich-Entfernt-Habens voraussetze, sondern ein Entfernen-vorsatz grundsätzlich bis zur Beendigung der Tat durch ein erfolgreiches Sich-Entfernt-Haben gebildet werden kann,

so dass durch § 142 I StGB Fälle erfasst werden können, in denen der Täter nachträglich auf den Unfall hingewiesen wird und sich - gleichwohl - weiter - von der Unfallstelle entfernt (BVerfG NJW 2007, 1666).

II. OLG Hamburg aaO folgt dieser Auffassung nicht.

„Der Senat hält es für zwingend, den **Begriff des Unfallorts i.S. des § 142 I StGB als Teil des objektiven Tatbestands auch objektiv zu bestimmen und nicht etwa davon abhängig zu machen, ob der Unfallbeteiligte sogleich Kenntnis vom Unfall hatte oder nicht**. Hätte der Angekl. den Unfall beim Überholen bemerkt, hätte er den Tatbestand des § 142 I Nr. 1 StGB - unerlaubtes Verlassen des Unfallorts - durch Weiterfahren trotz Haltemöglichkeit schon nach wenig mehr als 100 m verwirklicht. Für den Fall unvorsätzlicher Tatbestandsverwirklichung kann nichts anderes gelten.

Ebenso wenig sind Überlegungen zu einem erst nach Vollendung, aber vor Beendigung gefassten Vorsatz des Täters geeignet, eine Strafbarkeit des Angekl. nach § 142 I StGB zu begründen: Nach § 15 StGB muss der Täter **Vorsatz zum Zeitpunkt der Tathandlung haben, ein nachträglich gefasster Vorsatz ist bedeutungslos** (Fischer, StGB, § 15 Rn 4). Ein erst nach Vollendung, aber vor Beendigung gefasster Vorsatz ist nur in Fällen sukzessiver Beihilfe oder Mittäterschaft denkbar, die aber immer eine durch einen anderen vorsätzlich begangene, vollendete Tat voraussetzen. Der Alleintäter, der vorsatzlos den objektiven Tatbestand des § 142 I StGB vollendet - hier: in Unkenntnis seiner Unfallbeteiligung den Unfallort verlässt - macht sich durch die Weiterfahrt trotz nunmehr erlangter Kenntnis vom Unfall nicht nach § 142 I StGB strafbar.

Eine Strafbarkeit gem. § 142 II Nr. 2 StGB kommt ebenfalls nicht in Betracht, weil das berechnete oder entschuldigte Entfernen vom Unfallort wegen Verstoßes gegen das Analogieverbot aus Art. 103 II GG nicht mit dem vorsatzlosen Entfernen vom Unfallort gleichzusetzen ist (BVerfG NJW 2007, 1666).“ (OLG Hamburg aaO).

BBesG

Familienzuschlag

öffR

§ 40 I Nr.1

auch für Beamte in eingetragener Lebenspartnerschaft

(VG Stuttgart in NVwZ 2009, 671; Urteil vom 05.02.2009 – 4 K 1604/08)

Ein in eingetragener Lebenspartnerschaft lebender Beamter hat gem. Art. 1 i.V. mit Art. 2 I der Richtlinie 2000/78/EG vom 27.11.2000 (ABIEG Nr. L 303 v. 2. 12. 2000, S. 16) **Anspruch auf die Zahlung des Familienzuschlags Stufe 1.**

I. **Zweck der Richtlinie** ist die **Schaffung eines allgemeinen Rahmens zur Bekämpfung der Diskriminierung** wegen der Religion und der Weltanschauung, einer Behinderung, des Alters oder der sexuellen Ausrichtung in Beschäftigung und Beruf im Hinblick auf die Verwirklichung des Grundsatzes der Gleichbehandlung in den Mitgliedstaaten. Im Sinne der Richtlinie bedeutet „Gleichbehandlungsgrundsatz“, dass es keine unmittelbare oder mittelbare Diskriminierung wegen eines der in Art. 1 genannten Gründe geben darf (Art. 2 I).

II. Der **Anwendungsbereich der Richtlinie 2000/78/EG** ist **eröffnet**, denn diese **gilt nach Art. 3 Ic und III für alle Personen in öffentlichen und privaten Bereichen**, einschließlich öffentlicher Stellen, in Bezug auf die Beschäftigungs- und Arbeitsbedingungen, einschließlich der Entlassungsbedingungen und des Arbeitsentgelts, nicht aber für Leistungen jeder Art seitens der staatlichen Systeme oder der damit gleichgestellten Systeme einschließlich der staatlichen Systeme der sozialen Sicherheit oder des sozialen Schutzes.

„Der fragliche Familienzuschlag Stufe 1 für Beamte ist als **familienbezogener Anteil der Entlohnung ein Arbeitsentgelt** i. S. dieser Richtlinie. Er ist **Besoldungsbestandteil** (vgl. Plog/Wiedow/Lemhöfer/Bayer, BBG III, § 40 BBesG Rdnr. 1) und besitzt eine soziale, nämlich familienbezogene Ausgleichsfunktion. Er dient der Förderung der Familie, dem familiären Leistungsausgleich und der Unabhängigkeit des verheirateten Bediensteten im Interesse des Staates (vgl. Plog/Wiedow/Lemhöfer/Bayer, § 40 BBesG Rdnr. 2).

Auch nach Art. 141 II EG handelt es sich bei dem Familienzuschlag um **Entgelt**, denn darunter sind die üblichen Grund- oder Mindestlöhne und -gehälter sowie alle sonstigen Vergütungen zu verstehen, die der Arbeitgeber auf Grund des Dienstverhältnisses dem Arbeitnehmer unmittelbar oder mittelbar in bar oder in Sachleistungen zahlt. Diese Voraussetzung ist gegeben, denn der Familienzuschlag Stufe 1 wird als Zuschlag zum Grundgehalt in zwei pauschalisierten Stufen gem. Anlage V zum Bundesbesoldungsgesetz als Zuschlag zum Grundgehalt gezahlt, auch wenn der Zuschlag in der Höhe nicht von der Arbeitsmenge oder linear von der Besoldungsgruppe bestimmt wird. Dass es sich um Entgelt handelt, ist im Übrigen unter den Bet. unstrittig.“ (VG Stuttgart aaO).

III. Die **Umsetzung der Antidiskriminierungsrichtlinie 2000/ 78/EG** des Rates musste bis zum 02.12.2003 erfolgen (Art. 18 der Richtlinie). Seit diesem Zeitpunkt kann sich auch der Einzelne auf das Gebot der Richtlinie in Art. 2 I berufen, wonach es keine unmittelbare oder mittelbare Diskriminierung u.a. wegen der sexuellen Ausrichtung geben darf. Liegt ein Verstoß gegen dieses Verbot vor, so kann der betroffene Diskriminierte die gleiche Behandlung wie die Vergleichsgruppe verlangen, ebenso wie es bei Art. 141 EG hinsichtlich des gemeinschaftsrechtlichen Gebots der Entgeltgleichheit für Männer und Frauen der Fall ist.

vgl. Grabitz/Hilf, Das Recht der Europäischen Union, Art. 141 EGV Rn 72; Calliess/Ruffert/Blanke, EUV, EGV, 3. Aufl., Art. 141 EG Rn 68ff.; OVG Münster NVwZ-RR 2009, 294.

IV. **VG Stuttgart aaO** ist der Auffassung, dass die **Beschränkung auf verheiratete Beamte** in § 40 I Nr. 1 BBesG im Hinblick auf in eingetragener Lebenspartnerschaft lebende Beamte eine **unmittelbare Diskriminierung** nach Art. 2 IIa der Richtlinie 2000/78/EG darstellt.

„Eine solche liegt vor, wenn eine Person wegen eines der in Art. 1 der Richtlinie genannten Gründe in einer vergleichbaren Situation eine weniger günstige Behandlung erfährt, als eine andere Person erfährt, erfahren hat oder erfahren würde. Das Lebenspartnerschaftsgesetz ermöglicht es Personen gleichen Geschlechts, in einer formal auf Lebenszeit begründeten Fürsorge- und Einstandsgemeinschaft zu leben. Damit wurde für diese Personen nicht die Möglichkeit der Eheschließung eröffnet, sondern ein **anderes familienrechtliches Institut** geschaffen. Die Bedingungen der Lebenspartnerschaft wurden den in der Ehe angeglichen, insbesondere durch das Gesetz zur Überarbeitung des Lebenspartnerschaftsrechts vom 15.12.2004 (BGBl I, 3396), sind aber nicht identisch. Der Kl. unterliegt gegenüber sei-

nem Lebenspartner der Unterhaltspflicht aus § 5 LPartG in gleicher Weise wie Ehegatten. Hinsichtlich dieser Unterhaltspflicht besteht eine im Vergleich zu Verheirateten vergleichbare Situation. Der Kl. erfährt aber durch das Vorenthalten des Familienzuschlags eine weniger günstige Behandlung, die auf seiner sexuellen Ausrichtung beruht. Diese verwehrt ihm einerseits, eine Ehe einzugehen, weswegen er nach § 40 II Nr. 1 BBesG keinen Familienzuschlag Stufe 1 erhalten kann, und stellt andererseits ein unabänderliches persönliches Merkmal dar. Diese sexuelle Ausrichtung, die ihm ein Eingehen der Ehe verwehrt, und nicht der Familienstand ist es, wegen der der Kläger diskriminiert wird.

Eine solche mit Ehegatten **vergleichbare Situation ist auch** beim Kl. **im Hinblick auf den fraglichen Familienzuschlag Stufe 1 gegeben**: Dieser Familienzuschlag ist ein Besoldungsbestandteil, dem eine soziale, nämlich familienbezogene Ausgleichsfunktion zukommt. Der Familienzuschlag Stufe 1 soll einen pauschalen Beitrag zur Deckung des Mehrbedarfs leisten, der bei verheirateten Beamten auf Grund des gemeinsamen Hausstandes mit dem Ehegatten anfällt. Der kinderbezogene Teil des Familienzuschlags (Stufe 2) ist dazu bestimmt, den von Kindern verursachten Mehrbedarf zu decken (vgl. Plog/Wiedow/Lemhöfer/Bayer, § 40 Rn 12). Der ehегattenbezogene Anteil nach § 40 I Nr. 1 BBesG knüpft an die **gegenseitige Unterhaltspflicht der Ehegatten** an. Dies zeigt sich im Hinblick auf verschiedene Beamte, die nur dann Anspruch auf einen Familienzuschlag haben, wenn sie aus der Ehe zum Unterhalt verpflichtet sind (§ 40 I Nr. 3 BBesG), die Unterhaltspflicht also fortbesteht. Die **Gewährung des Familienzuschlags ohne Rücksicht auf einen konkreten bestehenden Bedarf des Ehegatten stellt eine Maßnahme zur Förderung der ehelichen Lebensgemeinschaft** dar, als **Ausdruck des besonderen staatlichen Schutzes nach Art. 6 I GG**. Hinsichtlich dieses pauschal unterstellten Mehraufwandes und hinsichtlich der Förderung der Unabhängigkeit des Beamten, die mit dem ehегattenbezogenen Anteil nach § 40 I Nr. 1 BBesG erreicht werden soll, befinden sich Lebenspartner aber in einer vergleichbaren Situation wie Eheleute. Eine **Ungleichbehandlung ist daher nicht gerechtfertigt**, denn die gegenseitige Unterhaltspflicht besteht grundsätzlich im Hintergrund fort. Maßgeblich ist, wie sich aus dem Urteil Maruko (EuGH, NVwZ 2008, 537 = ZBR 2008, 375) ergibt, nur, ob sich die Lebenspartner und Ehegatten konkret im Hinblick auf die fragliche Leistung in einer vergleichbaren Situation befinden. Es führt daher nicht weiter, die beiden familienrechtlichen Institute abstrakt hinsichtlich ihrer Unterschiede zu untersuchen, wie es das BVerwG (NJW 2008, 868 = ZBR 2008, 381) tut. Denn der streitige Zuschlag wird allein wegen der bestehenden Ehe gezahlt (vgl. hierzu insgesamt OVG Schleswig BeckRS 2009, 31232).“ (VG Stuttgart aaO).

V. Auch aus **Nr. 22 der Begründungserwägungen der Richtlinie 2000/78/EG** folgt nichts anderes.

„Dort heißt es, die Richtlinie lasse die einzelstaatlichen Rechtsvorschriften über den Familienstand und davon abhängige Leistungen unberührt. Aus der Rspr. des EuGH (NVwZ 2008, 537 = ZBR 2008, 375) ergibt sich aber, dass die Mitgliedstaaten zwar die Zuständigkeit für den Familienstand und davon abhängige Leistungen haben, bei der Ausübung dieser Zuständigkeit aber das Gemeinschaftsrecht zu beachten ist, insbes. die Bestimmungen in Bezug auf den Grundsatz der Nichtdiskriminierung (EuGH NVwZ 2008, 537 = ZBR 2008, 375 Rn 59). Dies heißt aber, dass die tragende Erwägung des BVerwG (NJW 2006, 1828 = ZBR 2006, 251) nicht zutrifft, es handle sich bei dem Familienzuschlag der Stufe 1 um eine Leistung, die allein wegen des Familienstandes gewährt werde. Vielmehr handelt es sich um eine Leistung, die den Mehraufwand wegen einer lebenslangen Partnerschaft mit der damit gesetzlich verbundenen Unterhaltspflicht ausgleichen soll. Diese Partnerschaft und nicht der Familienstand ist der Anknüpfungspunkt, so dass eine Diskriminierung insoweit nicht zulässig ist.“ (VG Stuttgart aaO).

SG

Dienstunfähigkeit eines Soldaten

öffR

§§ 44 III, IV, 55 II

Begriffsdefinition

(OVG Magdeburg in NVwZ-RR 2009, 485; Beschluss vom 22.01.2009 – 1 O 165/08)

Die Regelungen der §§ 55 II, 44 III und IV SG knüpfen an die beamtenrechtlichen Bestimmungen über die Dienstunfähigkeit an; der **Begriff der Dienstunfähigkeit im Soldatenrecht** ist daher **derselbe wie im Beamtenrecht**, so dass die im Beamtenrecht entwickelten Grundsätze zur Auslegung dieses Begriffes auch im Soldatenrecht anzuwenden. Dies gilt nur dann nicht, wenn die **Eigenart des Militärdienstes** die Anlegung eines anderen Maßstabes verlangt.

„Sowohl gem. § 55 II SG i.V. mit § 44 III 2 SG als auch gem. § 55 II SG ist ein Soldat auf Zeit zu entlassen, wenn er wegen seines körperlichen Zustandes oder aus gesundheitlichen Gründen (vgl. § 44 III 1 SG [Fassung 2008]) bzw. infolge eines körperlichen Gebrechens oder wegen Schwäche seiner körperlichen oder geistigen Kräfte (vgl. § 55 II 1 SG [Fassung 2005]) zur Erfüllung seiner Dienstpflichten dauernd unfähig, d.h. dienstunfähig ist. Ist der Soldat dienstunfähig, muss er nach § 55 II SG entlassen werden. Denn **Sinn und Zweck dieser Regelung** bestehen darin, die **im Verteidigungsfall erforderliche größtmögliche Schlagkraft der Bundeswehr zu gewährleisten**, die gerade voraussetzt, dass alle ihre Soldaten dienstfähig sind.“ (OVG Magdeburg aaO).

NWKommWahlG

Ausschluss eines Ratsmitglieds

öffR

§ 44 I, 40 IV

kein Verwaltungsakt

(OVG Münster in NVwZ-RR 2009, 497; Beschluss vom 22.01.2009 – 1 O 165/08)

Der **Beschluss der Vertretung nach §§ 44 I, 40 IV NWKommWahlG**, ein Ratsmitglied von der Arbeit der Vertretung auszuschließen, ist **kein Verwaltungsakt**.

„Zwar ist der am selben Tage im Mandatsprüfungsverfahren ergangene **Beschluss des Ag. über den Sitzverlust** des Ast. ein **Verwaltungsakt** (vgl. Kallerhoff/Schnell, S. 366; ebenso OVG Münster DVBl 1981, 874; NWVBl 1991, 233 - für eine Feststellung des Mandatsverlustes durch den Wahlleiter). Diese **Maßnahme hat** nämlich **unmittelbare Rechtswirkung nach außen** (vgl. zu diesem Verwaltungsaktsmerkmal § 35 S. 1 NWVwVfG), weil die Mitgliedschaft im Rat als solche in Rede steht, nicht aber einzelne organschaftliche Rechte, wie sie für den kommunalen Innenbereich kennzeichnend sind (vgl. zu dieser Unterscheidung: OVG Münster NVwZ 1998, 768).

Demgegenüber geht es bei dem Beschluss nach § 40 IV NWKommWahlG nur um die Ausgestaltung des Mitgliedschaftsrechts im Einzelnen, nämlich die Nichtteilnahme an der Arbeit der Vertretung bei fortdauernder Ratsmitgliedschaft, so dass diese Regelung im gemeindlichen Innenrechtsbereich verbleibt. Wegen dieses nur auf organschaftliche Rechte aus der Ratsmitgliedschaft, nicht aber auf den Status des Ast. als Ratsmitglied bezogenen Charakters des Beschlusses nach § 40 IV NWKommWahlG fehlt ihm das für einen Verwaltungsakt notwendige Merkmal der unmittelbaren Rechtswirkung nach außen.“ (OVG Münster aaO).

Entscheidungen Verfahrensrecht

ZPO
§ 301

Unzulässigkeit eines Teilurteils bei Minderungseinwand gegen Räumungsklage

ZPO

(OLG Düsseldorf in ZMR 2009, 362; Urteil vom 12.02.2009 – I-10 U 146/08)

1. Nach § 301 ZUPO hat das Gericht durch **Teilurteil** zu entscheiden, wenn bei erhobener Widerklage **nur die Klage oder die Widerklage zur Entscheidung reif** sind.
2. Für die Annahme einer Divergenzgefahr genügt die **Möglichkeit einer abweichenden Entscheidung im Instanzenzug**.
3. Dies ist dann anzunehmen, wenn eine **präjudizielle Rechtsfrage** unterschiedlich beurteilt werden kann.

Fall: M ist Mieter eines Gewerberaumes des V. Wegen angeblicher Mängel mindert er die Miete. Nachdem insgesamt mehr als zwei Monatsmieten Zahlungsrückstand aufgelaufen sind, kündigt V das Mietverhältnis fristlos und erhebt, nachdem M nicht auszieht, Räumungsklage. Zudem klagt er auf Zahlung von 61.529,68 €. Hiergegen verteidigt sich M mit dem Einwand, zur Mietminderung berechtigt gewesen zu sein. V hingegen ist der Auffassung, dass die Geltendmachung einer Mietminderung durch eine formularvertragliche Aufrechnungs-, Minderungs- und Zurückbehaltungsrechtsausschlussklausel unzulässig ist. Für den Fall, dass das Gericht dieser Auffassung folgt, erhebt M Hilfswiderklage auf Rückzahlung der dann zuviel gezahlten Miete.

Das LG hat M mit Teilurteil vom 18.07.2009 verurteilt, an V 61.529,68 € zu zahlen und die von ihm genutzte Gewerbefläche in der Liegenschaft K, D, zu räumen und an V herauszugeben.

Hinsichtlich der Widerklage des M hat es die Entscheidungsreife verneint und die Durchführung einer Beweisaufnahme für erforderlich gehalten, die es mit Hinweis- und Beweisbeschluss vom 01.08.2009 angeordnet hat. Zur Begründung hat das LG u.a. ausgeführt, dass der im Mietvertrag vereinbarte Aufrechnungs-, Minderungs- und Zurückbehaltungsrechtsausschluss wirksam sei mit der Folge, dass es für die Klage auf die von M behaupteten Mängel nicht ankomme, dieser nicht zur Zurückhaltung der Miete berechtigt gewesen und die fristlose Kündigung des V wegen Zahlungsverzugs daher das Mietverhältnis der Parteien beendet habe.

Ist das Teilurteil zu Recht ergangen?

- I. Nach § 301 ZUPO hat das Gericht durch **Teilurteil** zu entscheiden, wenn bei erhobener Widerklage **nur die Klage oder die Widerklage zur Entscheidung reif** sind.

*„Ein Teilurteil darf insoweit nur erlassen werden, wenn die Entscheidung unabhängig davon ist, wie das Schlussurteil über den anhängigen Teil des Rechtsstreit entscheidet, die **Gefahr widersprüchlicher Entscheidungen also ausgeschlossen** ist (BGH, NJW 1990, 2669 [2700]).“* (OLG Düsseldorf aaO)

- II. Für die Annahme einer Divergenzgefahr genügt die **Möglichkeit einer abweichenden Entscheidung im Instanzenzug** (BGH, aaO; NJW 1989, 2821).

*„Ein Teilurteil darf daher nur erlassen werden, wenn die Gefahr widersprechender Entscheidungen, auch infolge einer **abweichenden Beurteilung durch das Rechtsmittelgericht ausgeschlossen** ist (BGH, NJW 2008, 208). Hieran gemessen wird ein unzulässiges Teilurteil in Rechtsprechung und Schrifttum insbesondere dann angenommen, wenn **Klage und Widerklage von derselben Vorfrage abhängen** (vgl. BGH, NJW-RR 2005, 25; Zöller/Vollkommer, ZPO, 27. Aufl., § 301 Rn 9a).“* (OLG Düsseldorf aaO)

- III. Fraglich ist, ob diese Voraussetzung hier gegeben ist.

*„Die Entscheidung über die Klage und die Widerklage hängen von der Vorfrage ab, ob die **Minderung bzw. die Einrede des nicht erfüllten Vertrages** gem. § 320 BGB durch die in § 6 Ziffer 3 MV getroffene Regelung **ausgeschlossen** sind bzw. ob es dem V gem. **§ 242 BGB verwehrt** ist, sich dem M gegenüber hierauf zu berufen.“* (OLG Düsseldorf aaO)

Nur für den Fall, dass das Gericht davon ausgeht, dass die Minderung bzw. die Einrede des nicht erfüllten Vertrages nach § 320 BGB wirksam ausgeschlossen sind und V sich hierauf auch berufen kann, hat M die Hilfswiderklage erhoben.

*„Ist die Widerklage aber nur hilfsweise erhoben, könnte **im Rechtsmittelverfahren** über das erlassene Teilurteil der **Ausschluss von Minderung und Zurückbehaltungsrecht** entgegen der Auffassung des LG verneint und die **Zahlungs- und Räumungsklage dementsprechend abgewiesen** werden, so dass die*

Hilfs-Widerklage dem LG **nicht zur Entscheidung angefallen** wäre, während umgekehrt eine Entscheidung über die Widerklage nur in Betracht kommt, wenn Minderung und Zurückbehaltung ausgeschlossen sind,

Die eine Entscheidung kann mithin **nicht ohne Gefahr des Widerspruchs** zu der ausstehenden Entscheidung über die Widerklage getroffen werden, da die **präjudizielle Rechtsfrage** – insbesondere im Instanzenzug- unterschiedlich beurteilt werden kann. Dies führt zwingend zur Aufhebung des angefochtenen Urteils und zur Rückverweisung an das LG. Im Hinblick auf den komplexen Sachverhalt zur Widerklage hält es der Senat auch nicht aus Gründen der Prozessökonomie für sachgerecht, das angefochtene Teilurteil nicht aufzuheben, sondern den im ersten Rechtszug anhängigen Teil des Verfahrens an sich zu ziehen.“ (OLG Düsseldorf).

GG

Einzelrichter als gesetzlicher Richter

ZPO

Art. 103

Geschäftsverteilung und Einverständnis der Parteien

(BGH in BeckRS 2009 11885; Urteil vom 25.03.2009 - XII ZR 75/06)

1. Das **Einverständnis der Parteien** mit einer Entscheidung durch den Einzelrichter (§ 527 IV ZPO) bewirkt allein, dass anstelle des Kollegiums ein **Einzelrichter gesetzlicher Richter sein kann**.
2. Es hat aber nicht zur Folge, dass der Einzelrichter, mit dessen Entscheidung die Parteien sich einverstanden erklären, allein deswegen als gesetzlicher Richter anzusehen ist. **Das Recht auf den gesetzlichen Richter ist unverzichtbar**.
3. Zum Begriff des gesetzlichen Richters gehört, dass die **Zuteilung der Sachen** sich **nach allgemeinen Merkmalen** richtet. Daran **fehlt es**, wenn durch eine Änderung der internen Geschäftsverteilung eines überbesetzten Spruchkörpers mehrere bereits anhängige Sachen in einer Weise auf andere Richter verteilt werden, die **keine abstrakt-generellen Kriterien** für die jeweiligen Zuteilungen **erkennen lässt**.

Fall: Unter dem Aktenzeichen 8 U 56/04 war vor dem OLG Hamburg ein Berufungsverfahren anhängig, das zuvor durch eine Kammer des LG Hamburg entschieden worden war.

Dem 8. Zivilsenat waren mit Wirkung vom 01.10.2005 neben dem Vorsitzenden vier weitere Richter zugewiesen. Außer den Richtern am Oberlandesgericht Dr. K. und Prof. Dr. P. waren ihm anstelle des ausgeschiedenen Richters am Amtsgericht C. nämlich die Richterinnen am Landgericht Dr. O. und L. mit zusammen einem Drittel eines richterlichen Pensums zugewiesen worden.

Die erforderliche Änderung der Geschäftsverteilung erfolgte am 05.10.2005 zunächst mit Unterschrift von 4 Senatsmitgliedern. Das 5. Senatsmitglied unterzeichnete nachträglich. Der entsprechende Änderungsbeschluss sieht folgende Regelung vor:

1.

2. Richterin am Landgericht Dr. O. und Richterin am Landgericht L. übernehmen die im Dezernat von Richter am Amtsgericht C. am 30. September 2005 befindlichen noch nicht erledigten Sachen, und zwar wie folgt:

Richterin am Landgericht Dr. O. bearbeitet als Berichterstatterin/Einzelrichterin:
8 U 91/96, 8 U 40/05, 8 U 60/05, 8 U 80/05

Richterin am Landgericht L. bearbeitet als Berichterstatterin/ Einzelrichterin:
8 U 56/04, 8 U 66/05, 8 U 88/05, 8 U 90/05.

Hinsichtlich des weiteren Beisitzers verbleibt es bei der bisher geltenden Regelung der Geschäftsverteilung.

...

Im Hinblick darauf, dass sowohl die aus dem Dezernat von RiAG C. verbliebenen Sachen als auch die ab 1. Oktober neu eingehenden Sachen überwiegend zunächst kaum richterlich gefördert werden können, werden - über die bisherigen Zuteilungen hinaus -

Frau RiLG Dr. O. folgende U-Sachen als Berichterstatterin/Einzelrichterin zugewiesen: U 12/05, 8 U 42/05

Frau RiLG L. werden folgende U-Sachen zugewiesen: 8 U 46/05, 8 U 56/05, 8 U 68/05.

Die Parteien hatten sich mit einer Entscheidung durch den Einzelrichter einverstanden erklärt. Das Berufungsurteil wurde dann auch durch die Richterin am Landgericht L. als Einzelrichterin erlassen.

Gegen dieses Berufungsurteil wendet sich die Revision u.a. mit dem Einwand, das erkennende Gericht sei nicht ordnungsgemäß besetzt gewesen und es sei gegen die Garantie des gesetzlichen Richters verstoßen worden.

Treffen diese Rügen zu?

Es könnten hier absolute Revisionsgründe vorliegen.

I. **Unvorschriftsmäßige Besetzung des Gerichts, § 574 Nr. 1 ZPO**

Die Änderung der Geschäftsverteilung erfordert neben der Zustimmung aller Mitglieder des Spruchkörpers nach § 21g VII GVG i.V.m. § 21e IX GVG auch die Schriftform. Gegen diese könnte hier verstoßen worden sein.

„Zwar weist die in den Akten befindliche Kopie des vorgenannten Beschlusses lediglich vier Unterschriften auf, obwohl dem 8. Zivilsenat fünf Berufsrichter angehörten. Dem Schreiben des früheren Senatsvorsitzenden zufolge ist die Urschrift des Beschlusses aber in den Tagen nach seiner Erstellung auch von dem fünften Senatsmitglied unterzeichnet worden; es könne sein, dass die Geschäftsstelle bereits zuvor die Kopie in die Akten geheftet habe, um die Sachen schnell auf die neu gebildeten Dezernate verteilen zu können.

Damit sind die Bedenken gegen die Wahrung der Schriftform ausgeräumt. Die senatsinterne Geschäftsverteilung kann von einem Richter auch nachträglich unterschrieben werden, zumal zunächst ein Verhinderungsfall (Urlaub, Krankheit) vorgelegen haben kann (vgl. zur Nachholung der Unterschrift unter ein Urteil durch den richtigen - anstelle des falschen - Richters: BGH Urteil vom 26. November 1997 - VIII ZR 322/96 - NJW-RR 1998, 1065 unter I a.E.). (BGH aaO)

II. Verstoß gegen die Garantie des gesetzlichen Richter, Art. 101 I 2 GG

Die Senate der Oberlandesgerichte entscheiden, soweit nicht nach den Vorschriften der Prozessgesetze der Einzelrichter zu entscheiden hat, in der **Besetzung von drei Mitgliedern mit Einschluss des Vorsitzenden** (§ 122 Abs. 1 GVG). Dem 8. Zivilsenat waren mit Wirkung vom 01.10.2005 neben dem Vorsitzenden vier weitere Richter zugewiesen. Außer den Richtern am Oberlandesgericht Dr. K. und Prof. Dr. P. waren ihm anstelle des ausgeschiedenen Richters am Amtsgericht C. nämlich die Richterinnen am Landgericht Dr. O. und L. mit zusammen einem Drittel eines richterlichen Pensums zugewiesen worden. Der Senat war mithin um zwei Richter überbesetzt.

1. Anforderungen an die Geschäftsverteilung

„Nach den vom BVerfG (BVerfGE 97, 1 ff. = NJW 1998, 743, 744; BVerfGE 95, 322 ff. = NJW 1997, 1497 ff. und NJW 2005, 2689, 2690) entwickelten Grundsätzen zur Garantie des gesetzlichen Richters (Art. 101 I 2 GG) ist es **grundsätzlich geboten**, für mit Berufsrichtern **überbesetzte Spruchkörper** eines Gerichts im Voraus nach **abstrakten Merkmalen** zu bestimmen, welche **Richter an den jeweiligen Verfahren mitzuwirken** haben. Aus dieser Vorausbestimmung muss für den Regelfall die **Besetzung des zuständigen Spruchkörpers bei den einzelnen Verfahren ableitbar** sein. Dies setzt einen Bestand von Rechtssätzen voraus, die für jeden Streitfall den Richter bezeichnen, der für die Entscheidung zuständig ist. In den nach § 21g GVG aufzustellenden senatsinternen Geschäftsverteilungsplänen und Mitwirkungsgrundsätzen ist deshalb **für einen überbesetzten Spruchkörper zu regeln, welche Richter bei der Entscheidung welcher Verfahren mitwirken**. Erst durch diese Regelung wird der gesetzliche Richter genau bestimmt, so dass sich die abstrakt-generelle Vorausbestimmung bis auf die letzte Regelungsstufe erstrecken muss. Auch insoweit gehört es zum Begriff des gesetzlichen Richters, dass nicht für bestimmte Einzelfälle bestimmte Richter ausgesucht werden, sondern dass die einzelne Sache "blindlings" aufgrund allgemeiner, vorab festgelegter Maßstäbe an den entscheidenden Richter gelangt (vgl. auch BGH Urteil vom 16. Oktober 2008 - IX ZR 183/06 - ZIP 2009, 91, 93).“ (BGH aaO)

2. Einhaltung dieser Anforderungen

„Eine dementsprechende senatsinterne Geschäftsverteilung hat das Berufungsgericht für die Zeit ab 01.10.2005 nicht getroffen.

Der Jahresgeschäftsverteilungsplan des 8. Zivilsenats enthält **keine Vorgaben**, wie bei einer im Laufe des Jahres erforderlich werdenden **Umverteilung** zu verfahren ist. Der Änderungsbeschluss vom 05.10.2005 nennt allein die einzelnen Verfahren, die den Richterinnen am Landgericht Dr. O. und L. zugewiesen worden sind. **Abstrakte Kriterien** für diese Zuteilung sind - auch unter Berücksichtigung der unter Ziffer 5 erfolgten weiteren Zuteilung - **nicht zu gewinnen**. Andererseits ist aber auch nichts dafür ersichtlich, dass eine sonstige Möglichkeit der Verteilung, etwa nach dem Alter der Sachen oder anderen objektiven Merkmalen, nicht bestanden hätte. Deshalb muss davon ausgegangen werden, dass die **Zuteilung von Fall zu Fall erfolgt** ist, was den Anforderungen an die Bestimmung des gesetzlichen Richters nicht entspricht. Denn hierdurch soll **gerade vermieden werden**, dass durch eine auf den Einzelfall bezogene Auswahl der zur Entscheidung berufenen Richter das Ergebnis der Entscheidung beeinflusst werden kann, um die Unabhängigkeit der Rechtsprechung zu wahren und das Vertrauen der Rechtssuchenden und der Öffentlichkeit in die Unparteilichkeit und Sachlichkeit der Gerichte zu sichern.“ (BGH aaO)

3. Unerheblichkeit wegen Einverständnis der Parteien mit Entscheidung durch Einzelrichter

„Nachdem die **erstinstanzliche Entscheidung nicht von einem Einzelrichter** erlassen worden war, durfte ein Einzelrichter nach § 527 I-III ZPO zwar zur Vorbereitung der Entscheidung tätig werden, **nicht** dagegen gemäß § 526 I Nr. 1 ZPO **als entscheidender Einzelrichter**.

Dass die Parteien mit einer Entscheidung durch Richterin am Landgericht L. **einverstanden** waren, **bewirkte allein**, dass anstelle des Senats ein Einzelrichter **gesetzlicher Richter sein konnte**.

Das **Einverständnis** hat dagegen - ebenso wie ein rügeloses Verhandeln gemäß § 295 I ZPO - **nicht zur Folge**, dass der im konkreten Fall **nicht zur Entscheidung berufene Einzelrichter zum gesetzlichen Richter** wird. Denn darauf, dass der gesetzliche Richter zu entscheiden hat, können die Parteien **nicht wirksam verzichten** (BGH, NJW 1993, 600 f.; NJW 2001, 1357 und ZIP 2009, 91). Das Einverständnis der Parteien vermag deshalb weder die fehlende (Musielak/Ball, ZPO, 6. Aufl., § 527 Rn 9) noch die nicht ordnungsgemäße Zuweisung an den Einzelrichter zu ersetzen. Das erhellt auch daraus, dass das Einverständnis der Parteien den Einzelrichter nicht zur Endentscheidung verpflichtet, er von der Ermächtigung also keinen Gebrauch machen muss (Musielak/Ball, § 527 Rn 9; MüKo-ZPO/Rimmelspacher, 3. Aufl., § 527 Rn 14). In diesem Fall wäre der Senat in der sich aus der senatsinternen Geschäftsverteilung ergebenden Besetzung zur Entscheidung berufen gewesen, die aber, wie ausgeführt, den Anforderungen an die Bestimmung des gesetzlichen Richters nicht entspricht.“ (BGH aaO)

- III. **Ergebnis:** Das angefochtene Urteil ist deshalb schon wegen dieses Verfahrensverstößes ohne Sachprüfung aufzuheben und die Sache an das Berufungsgericht zurückzuverweisen.

StPO

Rasterfahndung

StPO

§§ 98a, 161 I

zulässige Abfrage von Kreditkartendaten**(BVerfG in NJWZ 2009, 1405; Beschluss vom 17.02.2009 – 2 BvR 1372, 1745/07)**

1. Die **Abfrage von Kreditkartendaten durch die StA** bei Kreditkartenunternehmen stellt **keinen Eingriff in das Grundrecht aus Art. 2 I i.V. mit Art. 1 I GG** dar, wenn die Kreditkartendaten bei den Unternehmen nur maschinell geprüft, mangels Übereinstimmung mit den Suchkriterien (z.B. Abbuchungsbetrag, Zeitraum, Empfängerbank, Merchant-ID) aber nicht als Treffer angezeigt und der StA daher nicht übermittelt wurden.
2. Die Abfrage von Kreditkartendaten, die sich auf eine konkret beschriebene Tat handlung (hier: Verschaffung des Zugangs zu einer Internetseite mit kinderpornografischen Inhalten durch Zahlung eines bestimmten Betrags an einen bestimmten

Fall: Die StA Halle leitete im Jahr 2006 ein Ermittlungsverfahren gegen Unbekannt ein, nachdem sie auf eine Internetseite aufmerksam geworden war, die den Zugang zu kinderpornografischen Inhalten vermittelte. Für den Zugang zu der Internetseite mussten 79,99 US-Dollar per Kreditkarte gezahlt werden. Die StA versuchte, die Kunden dieser Internetseite zu ermitteln. Sie schrieb daher die Institute an, die Mastercard- und Visa-Kreditkarten in Deutschland ausgeben, und forderte sie auf, alle Kreditkartenkonten anzugeben, die seit dem 01.03.2006 eine Überweisung von 79,99 US-Dollar an die philippinische Bank aufwiesen, über die der Geldtransfer für den Betreiber der Internetseite abgewickelt wurde. Anschließend teilte die StA noch die zwischenzeitlich bekannt gewordene „Merchant-ID“, die dem Zahlungsempfänger durch die Bank zugewiesene Ziffernfolge, für den Betreiber der Internetseite mit. Die Unternehmen übermittelten der StA daraufhin die erbetenen Informationen, wobei in einem Fall zunächst ein Gerichtsbeschluss erwirkt werden musste. Insgesamt wurden so 322 Karteninhaber ermittelt.

Die **Kreditkartendatenabfrage** der StA **verstößt nicht gegen das Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung** aus Art. 2 I i.V. mit Art. 1 I GG.

- I. Das Grundrecht aus **Art. 2 I GG i.V. mit Art. 1 I GG** gewährleistet die **Befugnis des Einzelnen, grds. selbst über die Preisgabe und Verwendung seiner persönlichen Daten zu bestimmen**. Es sichert seinen Trägern insbesondere Schutz gegen unbegrenzte Erhebung, Speicherung, Verwendung und Weitergabe der auf sie bezogenen, individualisierten oder individualisierbaren Daten.

vgl. BVerfGE 65, 1 = NJW 1984, 419; BVerfGE 67, 100 = NJW 1984, 2271; BVerfGE 84, 239 = NJW 1991, 2129; BVerfGE 103, 21 = NJW 2001, 879; BVerfGE 115, 320 = NJW 2006, 1939

- II. Die **Kreditkartendaten der Betroffenen wurden vorliegend nicht durch eine staatliche Stelle oder auf deren Veranlassung erhoben, gespeichert, verwendet oder weitergegeben**.

*„Ihre bei den Kreditkartenunternehmen gespeicherten Daten wurden nicht an die Strafverfolgungsbehörden übermittelt oder dort zur weiteren Verwendung gespeichert. Durch den automatischen Suchlauf, den die Kreditkartenunternehmen auf Veranlassung der StA durchführten, wurden die Daten der Bf. maschinell geprüft, aber mangels Erfüllung der Suchkriterien schon bei den Unternehmen nicht als Treffer angezeigt. Ihre Daten wurden daher nie an die StA weitergegeben, und die StA hatte keine Möglichkeit, den Datenbestand der Kreditkartenunternehmen für eigene Abfragen zu benutzen. Für die Annahme eines Eingriffs genügt es nicht, dass die Daten bei den Unternehmen in einen maschinellen Suchlauf mit eingestellt wurden, da ihre **Daten anonym und spurenlos aus diesem Suchlauf ausgeschieden** wurden und **nicht** im Zusammenhang mit dieser Ermittlungsmaßnahme **behördlich zur Kenntnis genommen** wurden (vgl. BVerfGE 100, 313 = NJW 2000, 55; BVerfGE 107, 299 = NJW 2003, 1787; BVerfGE 115, 320 = NJW 2006, 1939).“* (BVerfG aaO).

- III. Die Maßnahme der StA beruhte auf der Ermächtigungsgrundlage des **§ 161 I StPO**. Diese Vorschrift stellt eine **ausreichende gesetzliche Grundlage für diese Ermittlungsmaßnahme** dar.

1. Bei der vorliegenden Maßnahme handelte es sich nicht um eine **Rasterfahndung i.S. von § 98a StPO** oder eine ähnliche Maßnahme, die an den Voraussetzungen dieser Ermächtigungsgrundlage zu messen wäre. Datenermittlungen wie die hier vorliegende, welche die besonderen Merkmale einer Rasterfahndung

nicht aufweisen und sich auf andere Ermächtigungsgrundlagen stützen lassen, werden dagegen durch § 98a StPO nicht ausgeschlossen („unbeschadet §§ 94, 110, 161“).

- a) Die **Rasterfahndung ist eine besondere Fahndungsmethode unter Nutzung der elektronischen Datenverarbeitung**. Die Strafverfolgungsbehörde lässt sich von anderen öffentlichen oder privaten Stellen personenbezogene Daten übermitteln, um einen automatisierten Abgleich (Rasterung) mit anderen Daten vorzunehmen. Durch den Abgleich soll diejenige Schnittmenge von Personen ermittelt werden, auf welche bestimmte, vorab festgelegte und für die weiteren Ermittlungen als bedeutsam angesehene Merkmale zutreffen (vgl. BVerfGE 115, 320 = NJW 2006, 1939). Es handelt sich dabei um einen **automatisierten Vergleich personenbezogener Daten**, die in Dateien anderer Stellen als Strafverfolgungsbehörden gespeichert sind, mit Hilfe fall-spezifischer kriminalistischer Prüfungskriterien (vgl. Löwe-Rosenberg/Schäfer, StPO, 25. Aufl. 2004, § 98a Rn 2).
- b) Dagegen liegt **keine Rasterfahndung vor, wenn** die Strafverfolgungsbehörde **von privaten Stellen Auskünfte zu speziellen Täter-Daten** erhält, also nicht die Gesamtdaten zum weiteren Abgleich mit anderen Dateien übermittelt bekommt.

vgl. Löwe-Rosenberg/Schäfer, § 98a Rn 4; Kleinknecht/Müller/Reitberger, StPO, Stand: Juni 2008, § 98a Rn 4; Hilger NSTZ 1992, 457

„Kern der Rasterfahndung ist der Abgleich der herausgefilterten Datenbestände mehrerer Speicherstellen, der die Verknüpfung verschiedener Sachbereiche ermöglicht, um ein Persönlichkeitsprofil zu erstellen. Die Suchabfrage in Dateien derselben Speicherstelle ist keine Rasterfahndung“ (vgl. OLG Stuttgart NSTZ 2001, 158; OLG Köln NSTZ-RR 2001, 31; Nack, KK-StPO, 6. Aufl. 2008, § 98a Rn 5; Meyer-Goßner, StPO, 51. Aufl. 2008, § 98a Rn 8; Kleinknecht/Müller/Reitberger, § 98a Rn 7; Wohlers, SK-StPO, Stand: Mai 2008, § 98a Rn 4). Die §§ 98a, 98b StPO gelten auch dann nicht, wenn die ersuchten Stellen selbst einen Datenabgleich durchführen (vgl. BT-Dr 12/989, S. 37; Hilger NSTZ 1992, 457). Die Unternehmen haben hier der StA nur eine Auskunft über bei ihnen gespeicherte Daten erteilt, nachdem sie einen internen Suchlauf durchgeführt hatten. Ein Abgleich zwischen den Datensätzen verschiedener Speicherstellen fand nicht statt.“ (BVerfG aaO).

- c) Die **Wirkung und Eingriffsintensität** der Anfrage der StA und der dadurch veranlassten Übermittlung der Daten **entspricht auch nicht der einer Rasterfahndung**, so dass kein Anlass für eine entsprechende Anwendung der §§ 98a, 98b StPO besteht.

*„Bei der Rasterfahndung nach § 98a StPO werden „Daten von Personen, die bestimmte, auf den Täter vermutlich zutreffende Prüfungsmerkmale erfüllen“, mit anderen Daten maschinell abgeglichen. Über das **technische Kriterium** hinaus, ob dabei Datensätze einer oder mehrerer Speicherstellen abgefragt werden, hat die hier durchgeführte Abfrage eine materiell andere, deutliche geringere Eingriffsintensität. **Bei der Rasterfahndung wird nach Personen gesucht, die mehrere allgemeine Merkmale aufweisen** oder - bei der negativen Rasterfahndung - gerade nicht aufweisen, welche auf den Täter vermutlich zutreffen. Die Rasterfahndung dient so dem „Hinarbeiten“ auf die Personen, die das nach kriminalistischen Erfahrungen festgelegte „Verdächtigenprofil“ erfüllen (vgl. BT-Dr 12/989, S. 37). Durch den Abgleich auf Grundlage dieser allgemeinen Merkmale **werden regelmäßig auch zahlreiche unbeteiligte Personen**, die zufällig bestimmte tätertypische Merkmale erfüllen, **zum Gegenstand der Überprüfung im Ermittlungsverfahren**, obwohl im Übrigen keine tatsächlichen Anhaltspunkte für ihre Eigenschaft als Verdächtige vorliegen (vgl. BT-Dr 12/989, S. 37; Löwe-Rosenberg/Schäfer, § 98a Rn 12).*

*Mit der hier durchgeführten Abfrage der Kreditkartendaten wurde dagegen **gezielt nach Personen gesucht**, die eine genau bezeichnete, nach dem damaligen Ermittlungsstand mit hinreichender Wahrscheinlichkeit strafbare Handlung vorgenommen haben: das Zahlen eines bestimmten Betrags per Kreditkarte an einen bestimmten Empfänger innerhalb eines bestimmten Zeitraums, wodurch sie sich wahrscheinlich den Besitz kinderpornografischer Schriften verschafften. Kreditkarteninhaber, zu denen keine solche Abbuchung gespeichert war, wurden dagegen nicht als „Treffer“ angezeigt und waren in ihren Grundrechten nicht betroffen.“ (BVerfG aaO).*

2. Die Maßnahme ist daher auf § 161 I StPO zu stützen.

- a) **§ 161 I StPO** stellt als **Ermittlungsgeneralklausel** die Ermächtigungsgrundlage für Ermittlungen jeder Art dar, die nicht mit einem erheblichen Grundrechtseingriff verbunden sind und daher keiner speziellen Eingriffsermächtigung bedürfen. Sie ermächtigt die StA zu den erforderlichen Ermittlungsmaßnahmen, die weniger intensiv in Grundrechte des Bürgers eingreifen.

vgl. Griesbaum, KK-StPO, 6. Aufl. 2008, § 161 Rn 1; Löwe-Rosenberg/Erb, StPO, 26. Aufl. 2008, § 161 Rn 2; Wohlers, SK-StPO, § 161 Rn 4

Die StA kann auf dieser Grundlage in **freier Gestaltung des Ermittlungsverfahrens** die erforderlichen Maßnahmen zur Aufklärung von Straftaten ergreifen (vgl. BVerfG NJW 1996, 771 = NSTZ 1996, 45). § 161 I StPO bildet auch die Rechtsgrundlage für die allgemeine Erhebung personenbezogener Daten (vgl. Löwe-Rosenberg/Erb, § 161 Rn 3b) und damit für eine Ermittlungsanfrage der StA gegenüber privaten Stellen wie den hier betroffenen Kreditkartenunternehmen.

- b) Die Abfrage von Kreditkartendaten, die sich auf eine konkret beschriebene Tathandlung beziehen, berührt die Kreditkarteninhaber, welche die Tatkriterien erfüllten und deren Daten daher an die StA übermittelt wurden, zwar in ihrem Recht auf informationelle Selbstbestimmung. § 161 I StPO genügt den Anforderungen an eine Ermächtigungsgrundlage für einen Eingriff dieser Art und dieses Umfangs.

„Ein Auskunftersuchen der StA, das darauf gerichtet ist, dass Private in den bei ihnen gespeicherten Daten maschinell nach Personen suchen, gegen die sich auf Grund konkret beschriebener Umstände der Verdacht einer Straftat richtet, kann auf diese Ermächtigungsgrundlage gestützt werden (a. A. Petri, StV 2007, 266). Eine darüber hinausgehende Spezialermächtigung ist nicht deswegen erforderlich, weil der Staat sich so Daten verschafft, die von den Dateninhabern nicht für seinen Zugriff bestimmt waren, oder weil die Ermittlungsmaßnahme heimlich erfolgte (a. A. Hefendehl StV 2001, 700).“ (BVerfG aaO).

3. Die **Ermittlungsmaßnahme** war nicht deswegen **unzulässig, weil** sie von den Kreditkarteninhabern **unbemerkt erfolgte**.

„Die Heimlichkeit eines polizeilichen Vorgehens ist kein Umstand, der nach der StPO für sich allein schon die Unzulässigkeit der ergriffenen Maßnahmen begründet (vgl. BGHSt 39, 335 = NJW 1994, 596; BGHSt 42, 139 = NJW 1996, 2940). Es gilt der Grundsatz der freien Gestaltung des Ermittlungsverfahrens, der auch das verdeckte Führen von Ermittlungen erlaubt (vgl. Griesbaum, KK-StPO, § 161 Rn 12; Löwe-Rosenberg/Erb, § 160 Rn 42a). Ermittlungen in Heimlichkeit sind eine unabdingbare Voraussetzung des Erfolgs einer Reihe von Maßnahmen der Strafverfolgung, die nicht allein deshalb rechtsstaatswidrig sind (vgl. BVerfGE 109, 279 = NJW 2004, 999).“ (BVerfG aaO).

4. Auch der Umstand allein, dass das **Erfragen gespeicherter, nicht allgemein zugänglicher Daten** in das Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung eingreift, **führt nicht dazu, dass** hierfür bereits eine über § 161 StPO hinausgehende **Spezialermächtigung erforderlich** wäre.

„Die Erforschung von Straftaten berührt ihrem Wesen nach immer Persönlichkeitsrechte des Beschuldigten und Dritter und ist schon begrifflich mit der Erhebung und Verarbeitung personenbezogener Daten verbunden. Jede polizeiliche Vernehmung, bei der ein Zeuge seine Kenntnisse über andere Personen und deren Verhalten mitteilt, ist eine Erhebung personenbezogener Daten (vgl. Kramer NJW 1992, 2732).“

Maßgeblich für die Frage der erforderlichen Ermächtigungsgrundlage ist daher die **Eingriffsintensität**: Grundrechtseingriffe weisen dann eine hohe Eingriffsintensität auf, wenn sie sowohl durch Verdachtlosigkeit als auch durch eine große Streubreite gekennzeichnet sind, wenn also zahlreiche Personen in den Wirkungskreis einer Maßnahme einbezogen werden, die in keiner Beziehung zu einem konkreten Fehlverhalten stehen und den Eingriff durch ihr Verhalten nicht veranlasst haben (vgl. BVerfGE 100, 313 = NJW 2000, 55; BVerfGE 107, 299 = NJW 2003, 1787; BVerfGE 109, 279 = NJW 2004, 999; BVerfGE 113, 29 = NJW 2005, 1917; BVerfGE 113, 348 = NJW 2005, 2603).

Daran gemessen **wies die hier vorgenommene Maßnahme nur eine geringe Eingriffsintensität auf**: Die StA erfragte hier auf Grund **konkreter Tatumstände** - Abbuchungsbetrag, Zeitraum, Empfängerbank, Merchant-ID des Empfängers - bei privaten Stellen freiwillige Auskünfte über Personen, gegen die auf Grund dieser Umstände ein **zureichender Tatverdacht bestand**. Durch eine Datenübermittlung an die Strafverfolgungsbehörden betroffen war **nur ein eng begrenzter und präzise beschriebener Personenkreis**, der nach dem damaligen Ermittlungsstand durch sein

Verhalten den Tatverdacht begründet hatte. Die Daten sonstiger Kreditkarteninhaber wurden dagegen nicht übermittelt.“ (BVerfG aaO).

5. **Beschränkungen des Art. 2 I GG bedürfen einer gesetzlichen Grundlage**, aus der sich die Voraussetzungen und der Umfang der Beschränkungen klar und für den Bürger erkennbar ergeben und die damit dem rechtsstaatlichen Gebot der Normenklarheit entspricht.

vgl. BVerfGE 65, 1 = NJW 1984, 419; BVerfGE 113, 29 = NJW 2005, 1917; BVerfGE 115, 166 = NJW 2006, 976

- a) Hinreichend bestimmt ist ein Gesetz, wenn sein **Zweck** aus dem Gesetzestext in Verbindung mit den Materialien deutlich wird.

vgl. BVerfGE 65, 1 = NJW 1984, 419

Diese Voraussetzungen erfüllt § 161 I StPO für Eingriffe der hier vorliegenden Art.

„Der den Datenzugriff begrenzende **Verwendungszweck** ist hinreichend präzise vorgegeben. Die Ermittlungsmethoden der StPO sind zwar im Hinblick auf die Datenerhebung und den Datenumfang weit gefasst. Die jeweiligen Eingriffsgrundlagen, so auch § 161 I StPO, stehen aber unter einer strengen Begrenzung auf den Ermittlungszweck der Aufklärung von Straftaten (vgl. BVerfGE 113, 29 = NJW 2005, 1917).

Auf die Ermittlung anderer Lebenssachverhalte und Verhältnisse erstrecken sich die Eingriffsermächtigungen nicht. Bei einer strafrechtlichen Ermittlung dürfen daher keine Sachverhalte und persönlichen Verhältnisse ausgeforscht werden, die für die Beurteilung der Täterschaft und für die Bemessung der Rechtsfolgen der Tat nicht von Bedeutung sind. Mit dieser strengen Begrenzung sämtlicher Ermittlungen und damit auch der Datenerhebung auf den Zweck der Tataufklärung begrenzt die StPO die Eingriffe in das Recht an den eigenen Daten grundsätzlich auf diejenigen, die für die Strafverfolgung im konkreten Anlassfall von Bedeutung sind (vgl. BVerfGE 113, 29 = NJW 2005, 1917).

Die strafprozessualen Ermächtigungen erlauben damit einen Eingriff in das Recht auf informationelle Selbstbestimmung, finden ihre **Grenze** aber in der **Zweckbestimmung für das jeweilige Strafverfahren** (vgl. BVerfGE 113, 29 = NJW 2005, 1917). Voraussetzung für Ermittlungsmaßnahmen nach § 161 I StPO sind zureichende tatsächliche Anhaltspunkte einer Straftat (§ 152 II StPO). Eine Aufzählung aller kriminalistischen Vorgehensweisen, die von § 161 I StPO erfasst werden, ist dagegen nicht möglich und für Maßnahmen, die mit weniger intensiven Grundrechtseingriffen verbunden sind, auch nicht erforderlich.“ (BVerfG aaO).

- b) Die Maßnahme hält sich auch innerhalb der Grenzen, die der **Grundsatz der Verhältnismäßigkeit** allen Ermittlungshandlungen setzt.

Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit verlangt, dass die jeweilige Maßnahme einen verfassungsrechtlich **legitimen Zweck verfolgt** und zu dessen Erreichung **geeignet, erforderlich und verhältnismäßig i. e. Sinne** ist. Der Eingriff darf den Betr. nicht übermäßig belasten, muss diesem also zumutbar sein (vgl. BVerfGE 63, 131 = NJW 1983, 1179).

„Die **wirksame Strafverfolgung ist ein legitimer Zweck zur Einschränkung des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung**. Die **Sicherung des Rechtsfriedens** durch Strafrecht ist seit jeher eine **wichtige Aufgabe staatlicher Gewalt**. Die Aufklärung von Straftaten, die Ermittlung des Täters, die Feststellung seiner Schuld und seine Bestrafung wie auch der Freispruch des Unschuldigen sind die wesentlichen Aufgaben der Strafrechtspflege, die zum **Schutz der Bürger** den staatlichen Strafanspruch in einem justizförmigen und auf die Ermittlung der Wahrheit ausgerichteten Verfahren in gleichförmiger Weise durchsetzen soll. Strafnormen und deren Anwendung in einem rechtsstaatlichen Verfahren sind Verfassungsaufgaben (vgl. BVerfGE 107, 104 = NJW 2003, 2004; BVerfGE 115, 166 = NJW 2006, 976). Der Verhinderung und Aufklärung von Straftaten kommt daher nach dem Grundgesetz eine hohe Bedeutung zu (vgl. BVerfGE 100, 313; BVerfGE 115, 166 = NJW 2006, 976).“ (BVerfG aaO).

- c) Zur Erreichung des Zwecks, die einer Straftat nach § 184b IV StGB verdächtigen Personen zu ermitteln, war die **Maßnahme geeignet. Mildere, ebenso geeignete Mittel waren hier nicht ersichtlich**.

„Ein **Rechtshilfeersuchen an die Philippinen**, um die Zahlungseingänge bei der dortigen Empfängerbank zu ermitteln, konnte die StA auf Grund der unabsehbaren zeitlichen Verzögerung und unsicheren Erfolgsaussicht als **weniger geeignet** ansehen. Die Internetnutzer, die sich Zugang zu der Internetseite mit den kinderpornografischen Inhalten verschafft haben, konnten auch nicht über eine Anfrage bei den Anbietern von Internetzugangsdiensten ermittelt werden, da diese keine Daten über aufgerufene Internetseiten speichern. Auch der § 113a

TKG n.F. verbietet in seinem Abs. 8 eine Speicherung der Daten über aufgerufene Internetseiten.

In der Abwägung mit dem Zweck, Täter zu ermitteln, die sich den Besitz kinderpornografischer Schriften verschafft haben, ist das Gewicht des Eingriffs in das Recht auf informationelle Selbstbestimmung, der mit der Abfrage der Kreditkartendaten verbunden war, geringer zu bewerten.

Betroffen wurden dadurch regelmäßig **nur Personen, die durch ihr Verhalten den hinreichenden Verdacht einer Straftat begründet hatten**. Ermittelt wurden die Datenspuren, die mit Wahrscheinlichkeit durch die Tathandlung selbst hinterlassen wurden. Eine darüber hinausgehende Ausforschung fand nicht statt. Die bei Ermittlungsmaßnahmen unvermeidliche Gefahr, dass ein Unschuldiger zunächst verdächtig erscheinen könnte, etwa wenn mit einer gestohlenen Kreditkarte bezahlt wurde, Buchungen falsch gespeichert wurden oder sich ein Kunde bei demselben Anbieter zu demselben Preis nur Zugang zu legalen Inhalten verschafft hat, wird demgegenüber allenfalls wenige Fälle betreffen und führt nicht dazu, dass Daten über Kreditkartenzahlungen nicht zur Grundlage staatsanwaltschaftlicher Ermittlungen gemacht werden dürften. Der Umstand, dass Zahlungsvorgänge zum Gegenstand staatsanwaltschaftlicher Ermittlungen werden können, entspricht der Möglichkeit, bei anderen Vorgängen des täglichen Lebens die Aufmerksamkeit der Strafverfolgungsbehörden zu erregen.“ (BVerfG aaO).

VwGO

§§ 74, 58 II

Verwirkung des prozessualen Klagerechts trotz fehlender Zustellung und mangelhafter Belehrung

VwGO

(OVG Weimar in DVBl. 2009, 535 und BeckRS 2009 32169;
Beschluss vom 25.11.2008 – 4 ZKO 462/01)

1. **Fehlt** es an einer erforderlichen **Zustellung**, so wird **keine Klagefrist** in Lauf gesetzt.
2. Wird eine Klage, für die keine Frist in Lauf gesetzt wurde, erst **nach Ablauf von mehreren Jahren** seit der letzten Verwaltungsentscheidung erhoben, kann die Klageerhebung wegen **Verstoßes gegen das Gebot von Treu und Glauben unzulässig** sein.
3. Die Rechtsfigur der **Verwirkung** stellt dabei nur eine Fallvariante dar, bei der die Klageerhebung als unzulässig zu behandeln ist.

Sie setzt eine **Vertrauensgrundlage**, eine **Vertrauenstatbestand** und **unzumutbare Nachteile** für den anderen voraus.

Fall: K wendet sich gegen einen Bescheid über Wassereinleitungsentgelt. Nach einigen Auseinandersetzungen über Wassereinleitungsentgelte erließ die Staatliche Gewässeraufsicht (B) am 15.10.1990 einen Bescheid über die Zahlung von Abwasserentgelt über 3.014.494,- DM gezahlt werden.

Die hiergegen eingelegte Beschwerde („Einspruch“) vom 15.11.1990 wurde durch Bescheid der Wasserwirtschaftsdirektion vom 19.12.1990 zurückgewiesen. Zugleich wurde darin der Bescheid vom 15.10.1990 über die Zahlung von Abwassereinleitungsentgelt in Höhe von 3.014.494,- DM bestätigt. In Nr. 5. des Bescheids wurde auf die Möglichkeit der gerichtlichen Nachprüfung nach § 3 III des Gesetzes über die Zuständigkeit und das Verfahren der Gerichte zur Nachprüfung von Verwaltungsentscheidungen (GBI DDR I 1990, S. 595 - GNV) hingewiesen. Eine Zustellung erfolgte nicht. Mit Schreiben vom 28.01.1991 teilte die K GmbH der Wasserwirtschaftsdirektion mit, dass sie die Beschwerdeentscheidung erhalten habe, aufgrund der gegenwärtigen Liquiditätsslage jedoch nicht in der Lage sei, den in der Beschwerdeentscheidung genannten Betrag fristgerecht zu überweisen. Durch Mahnung vom 25.10.1995 wurde die K zur Zahlung des Betrags in Höhe von 3.014.494,- DM aufgefordert.

Am 07.02.1996 hat K gegen den Bescheid über die Zahlung von Abwassereinleitungsentgelt für das Jahr 1990 in der Gestalt des Änderungsbescheids vom 15.10.1990 und der Beschwerdeentscheidung vom 19.12.1990 Klage beim Verwaltungsgericht erhoben.

Ist die Klage zulässig?

Die Klage gegen einen Bescheid ist nach § 74 VwGO grundsätzlich innerhalb einer Frist von 1 Monat ab Zustellung des Widerspruchsbescheides oder – soweit ein solches nicht erforderlich ist – ab Bekanntgabe des Verwaltungsaktes zu erheben. Lediglich bei Fehlen einer Rechtsbehelfsbelehrung läuft nach § 58 II VwGO eine Klagefrist von einem Jahr. Im vorliegenden Fall ist jedoch weit mehr als ein Jahr vergangen.

I. Verfristung der Klage

Die Klage könnte also verfristet sein. Dies setzt jedoch voraus, dass der Lauf einer Klagefrist, und sei es der Jahresfrist nach § 58 II VwGO, überhaupt in Gang gesetzt wurde. Der Lauf der Frist beginnt grundsätzlich mit der **Zustellung des Widerspruchsbescheides**. Hier ist jedoch keine Zustellung erfolgt. Fraglich ist daher, ob die **Monatsfrist des § 74 I VwGO** bzw. die **Jahresfrist des § 58 II VwGO** dann überhaupt zu laufen beginnt. In Betracht kommt ein Fristlauf ab dem Zeitpunkt der sicheren Kenntnissnahme, der hier angesichts des Bestätigungsschreibens der K auf den 28.01.1991 festgelegt werden kann.

Allerdings entspricht es allgemeiner Auffassung, dass die Ausschlussfrist des § 58 II VwGO nur in Gang gesetzt wird, wenn die Entscheidung **ordnungsgemäß bekanntgemacht** (zugestellt oder auf andere Weise eröffnet oder verkündet worden) ist (vgl. Schoch, 17. EL. 2008, § 58 VwGO, Rn. 41). Der Widerspruchsbescheid der B ist K jedoch **nicht förmlich zugestellt** worden, wie § 73 III VwGO es vorsieht.

Da weder die Monatsfrist des § 74 VwGO noch die Jahresfrist des § 58 II VwGO zu laufen begann, kommt eine Verfristung der Klage nicht in Betracht.

II. Verwirkung der Klage

K könnte das Klagerecht jedoch verwirkt haben.

1. Voraussetzungen einer Verwirkung

„Das Verwaltungsgericht hat die **Rechtsprechung des BVerwG** zu den Voraussetzungen der prozessualen Verwirkung wiedergegeben und rechtsfehlerfrei angewandt. Nach dieser **ständigen Rechtsprechung** ist der **Grundsatz von Treu und Glauben** auch im öffentlichen Recht anwendbar.

Die **Verwirkung als Hauptanwendungsfall des venire contra factum proprium** (Verbot widersprüchlichen Verhaltens) bedeutet, dass ein Recht nicht mehr ausgeübt werden darf, wenn seit der Möglichkeit der Geltendmachung **längere Zeit verstrichen** ist und **besondere Umstände** hinzutreten, die die verspätete Geltendmachung als Verstoß gegen Treu und Glauben erscheinen lassen. Das ist zu bejahen, wenn ein Berechtigter **unter Verhältnissen untätig bleibt**, unter denen **jedermann vernünftigerweise etwas zur Wahrung des Rechts unternommen hätte**.

Dies ist insbesondere der Fall, wenn der Verpflichtete

- infolge eines bestimmten Verhaltens des Berechtigten darauf vertrauen durfte, dass dieser das Recht nach so langer Zeit nicht mehr geltend machen würde (**Vertrauensgrundlage**),
- der Verpflichtete ferner tatsächlich darauf vertraut hat, dass das Recht nicht mehr ausgeübt würde (**Vertrauenstatbestand**) und
- sich infolgedessen in seinen Vorkehrungen und Maßnahmen so eingerichtet hat, dass ihm durch die **verspätete Durchsetzung des Rechts ein unzumutbarer Nachteil** entstehen würde (vgl. BVerwGE 44, 339, 343 f.; BVerwG Beschl. vom 22.05.1990, 8 B 156/89, zit. nach Juris; BVerw-G Besch. vom 26.05.1999, 6 B 75/98, Juris; BVerwG NVwZ 2001, 206).

2. keine besonderen Voraussetzungen bei zweipoligen Verhältnissen

Teilweise wird hinsichtlich der Voraussetzungen für eine Verwirkung danach differenziert, ob es sich um ein dreipoliges oder ein zweipoliges Rechtsverhältnis handelt. Da es sich hier um ein zweipoliges Rechtsverhältnis zwischen K und B ohne Drittbeteiligung handelt, könnte eine Verwirkung voraussetzen, dass sich die **Behörde selbst ordnungsgemäß verhalten** hat.

„Aus der höchstrichterlichen Rechtsprechung lässt sich weder eine solche strikte Gliederung in zwei- oder dreigliedrige Rechtsverhältnisse noch die für den erstgenannten Fall zusätzlich geforderte **Voraussetzung des fehlerfreien Eigenverhaltens** ableiten. ... Der Rechtsgedanke, welcher der Rechtsfigur der Verwirkung zugrunde liegt, ist **nicht auf dreigliedrige Rechtsverhältnisse beschränkt**. Denn ein Verhalten kann sich unabhängig davon als treuwidrig darstellen, ob es in einem zwei- oder mehrgliedrigen Rechtsverhältnis zu Tage tritt.“ (OVG Weimar aaO)

Auch aus dem Urteil des BVerwG vom 25.01.1974 ergibt sich nichts anderes (IV C 2.72, BVerwGE 44, 295 [298 ff.]). In dieser Entscheidung hat das BVerwG nicht zwar mit der Frage der Verwirkung im dreipoligen Verhältnis beschäftigt. Der Verstoß wurde aber aus dem nachbarschaftlichen Gemeinschaftsverhältnis hergeleitet und nicht aus der Rechtsfigur der Verwirkung als Unterfall des Grundsatzes von Treu und Glauben. Demgegenüber ist das BVerwG in anderen Entscheidungen durchaus davon ausgegangen, dass die Verwirkung verfahrensmäßiger Rechte unter den genannten Voraussetzungen **auch in zweigliedrigen Rechtsverhältnissen zur Anwendung** gelangt (vgl. BVerwG, Beschluss vom 22.05.1990, 8 B 156/89, zitiert nach Juris; Beschluss vom 04.06.1991, 6 ER 400/91, Juris; Beschluss vom 26.05.1999, 6 B 75/98, Juris; Urteil vom 10.08.2000, 4 A 11/99, NVwZ 2001, 206).

„In gleicher Weise hat das Bundesverfassungsgericht allgemein ausgeführt, dass nach **herrschender Lehre** eine **Verwirkung prozessualer Befugnisse** vorliegen könne, wenn die verspätete Geltendmachung eines Anspruchs gegen Treu und Glauben verstoße; im Strafrecht - das ebenfalls ein zweipoliges Verfahren im Sinne des Vortrags der Klägerin ist - gelte nichts anderes (vgl. BVerfG, Beschluss des Zweiten Senats, 26.01.1972, 2 BvR 255/67, BVerfGE 32, 305 [308 f.]; vgl. ferner zum finanzgerichtlichen Verfahren BFH, Beschluss vom 02.09.2003, V B 129/02, zitiert nach Juris; sowie zum sozialgerichtlichen Verfahren BSG, Urteil vom 31.03.1981, 2 RU 101/79, Juris). Dabei hat das Bundesverfassungsgericht jedoch gefordert, dass der Rechtsweg zu den Gerichten nach Art. 19 IV 1 GG durch die Annahme einer Verwirkung nicht in unzumutbarer, aus Sachgründen nicht mehr zu rechtfertigender Weise erschwert werden dürfe. Davon könne dann nicht die Rede sein, wenn der **Zeitraum**, auf den dabei abgestellt wird, **nicht zu kurz bemessen** sei und wenn dabei vorausgesetzt werde, dass die **rechtzeitige Anrufung** des Gerichts dem Betroffenen möglich, **zumutbar** und von ihm **zu erwarten** war.“ (OVG Weimar aaO)

3. Subsumtion

a) Vorliegen besonderer Vertrauensumstände

„Das Verwaltungsgericht hat hier zu Recht ‚besondere‘, **über den bloßen Zeitablauf hinausgehende Umstände** darin erblickt, dass K mit Schreiben vom 28.01.1991 mitteilte, die Beschwerdeentscheidung erhalten zu haben, aber den Betrag aufgrund gegenwärtiger Liquiditätsschwierigkeiten nicht fristgerecht überweisen könne, und dass sie ferner nach Ablauf weiterer Monate einen Erlassantrag bei B stellte. Damit hat die Rechtsvorgängerin der Klägerin **positiv den Eindruck erweckt**, dass sie die im Beschwerdeverfahren ergangene **Entscheidung als gegeben hinnimmt**. B hat sich daraufhin ersichtlich nur noch auf die Frage der Zahlungsmodalitäten eingerichtet. Dass diese **vertrauensbegründenden Merkmale im engeren Sinne** vorliegen, stellt K als solches auch nicht in Abrede.“ (OVG Weimar aaO)

b) Relevanz des Fehlverhaltens der B

Fraglich ist, welche Relevanz das Fehlverhalten der B in diesem Zusammenhang hat.

„Die Klägerin führt zu Recht an, dass bei der Beurteilung, ob ein Verhalten treuwidrig erscheint, das Verhalten des Kontrahenten nicht unberücksichtigt bleiben kann. Allerdings wird das **Verhalten des Anderen** für die Frage der Verwirkung in aller Regel nur insoweit erheblich sein, als es sich **kausal und in relevanter Weise ausgewirkt** hat, namentlich dann, wenn der Berechtigte, dessen Rechtsausübung als treuwidrig umstritten ist, erst durch die andere Partei zu diesem Verhalten veranlasst wurde.

B sind im Verwaltungsverfahren zwei Fehler unterlaufen.

- Zum einen war der Beschwerdebescheid vom 19.12.1990 mit einer **fehlerhaften Rechtsbehelfsbelehrung** versehen, weil darin auf die Möglichkeit der Nachprüfung durch das zuständige Gericht gemäß § 3 III GNV und nicht auf die zu diesem Zeitpunkt bereits in Kraft getretenen Regelungen über die Klageerhebung nach § 74 VwGO hingewiesen wurde.
- Darüber hinaus wurde der Beschwerdebescheid **nur formlos bekanntgegeben**, aber nicht förmlich zugestellt, wie dies durch §§ 73 III 3 Satz 1 (entsprechend), 74 I 1, 56 II VwGO i.V.m. §§ 2, 3 VwZG noch bundesrechtlich vorgeschrieben war (vgl. BVerwGE 39, 257 [259]).

Die **unterbliebene förmliche Zustellung** des Beschwerdebescheids hat allerdings, wie das Verwaltungsgericht zu Recht festgestellt hat, **überhaupt erst dazu geführt, dass keinerlei Klagefrist in Lauf gesetzt wurde**. Dieser Mangel führt aber nicht dazu, dass es dem Beklagten verwehrt wäre, sich auf Treu und Glauben zu berufen (vgl. auch BVerwG, Urteil vom 10.08.2000, a.a.O.). Denn der **erhebliche Zeitablauf** bis zur Klageerhebung **kann nicht ursächlich damit zusammenhängen**, dass der Bescheid nicht förmlich zugestellt, sondern nur formlos bekanntgegeben wurde.

Die fehlerhafte Rechtsbehelfsbelehrung rechtfertigt keine andere Beurteilung. Nach Auffassung des Senats ist die **Belehrung über die Nachprüfungsmöglichkeit** nach § 3 III GNV als **schlicht unrichtig** zu bewerten, so dass sie ebenfalls lediglich die Jahresfrist in Lauf gesetzt hätte (§ 58 II 1. HS VwGO). Denn die **Belehrung über die Nachprüfungsmöglichkeit** beim zuständigen Gericht hat **nicht den Inhalt**, dass ein **nicht statthaftes Rechtsmittel gegeben** und das in Wahrheit **einzig gegebene Rechtsmittel nicht eröffnet** sei (vgl. BVerwG, Urteil vom 25.06.1985, 8 C 116.85, BVerwGE 71, 359 [361]). Hätte K damals einen Antrag an das zuständige Gericht auf Nachprüfung der Verwaltungsentscheidung gemäß § 3 III GNV gestellt, wäre er vom zuständigen Kreisgericht - Kammer für Verwaltungssachen - als Klage gemäß § 74 VwGO ausgelegt worden.

Doch selbst wenn man an diese Rechtsbehelfsbelehrung die gleichen Rechtsfolgen knüpfte wie bei einer Belehrung, dass ein Rechtsbehelf nicht gegeben sei, wäre hierdurch **nur bewirkt worden, dass keine Klagefrist lief** (§ 58 II, 1. HS VwGO). Dies war wegen der fehlerhaften Zustellung ohnehin der Fall.

Eine wesentlich weitergehende Wirkung hat die Fehlerhaftigkeit nicht. Denn dem Inhalt nach wurde auf eine gerichtliche Anfechtungsmöglichkeit hingewiesen, die keinen minderwertigen Rechtsschutz erwarten ließ und - bei richtiger Auslegung - zum statthaften Rechtsmittel geführt hätte. K durfte somit **nicht davon ausgehen**, dass die **Beschwerdeentscheidung unanfechtbar** sei. Vor diesem Hintergrund ist **nicht vorstellbar**, dass sich der **Fehler in der Rechtsmittelbelehrung** noch maßgeblich auf die **sehr späte Klageerhebung** nach Ablauf von mehreren Jahren **ausgewirkt** haben könnte.“ (OVG Weimar aaO)

Das Klagerecht ist damit verwirkt und die Klage unzulässig.

VwGO

Unbestimmtheit eines Prozessvergleichs

VwGO

§ 167

Titelabwehrklage im Verwaltungsprozess

ZPO

(OVG Weimar in DVBl. 2009, 535; Urteil vom 17.12.2008 – 1 KO 750/07;

§ 767

siehe auch Beck RS 2009 33309 und DÖV 2009, 468)

1. Das **Ziel der Vollstreckungsabwehrklage** ist nämlich nur, **nachträglichen Veränderungen Rechnung zu tragen**, die die Vollstreckbarkeit des Titels betreffen.
2. Fragen der **Vollstreckungsfähigkeit** und Bestimmtheit eines Titels werden im Rahmen der Vollstreckungsgegenklage **grundsätzlich nicht geprüft**
3. Die **Unwirksamkeit** des Vollstreckungstitels wegen seiner Unbestimmtheit kann im Wege einer **prozessualen Gestaltungsklage, der sog. Titelabwehrklage, analog § 767 I ZPO** geltend gemacht werden.
4. Ein Titel ist nur dann bestimmt genug, wenn er **Art, Inhalt und Umfang der Leistungspflicht bezeichnet**. Das **Vollstreckungsorgan** muss durch ihn in die Lage versetzt werden, grundsätzlich **allein mit dem Titel ohne Verwertung der Gerichtsakten oder anderer Urkunden**, die nicht Bestandteil des Titels sind, die **Vollstreckung durchzuführen**.

Fall: B hat im Ausgangsprozess einen Folgenbeseitigungsanspruch gegen die Stadt S geltend gemacht, nach dem diese verpflichtet sein sollte, eine Erhöhung der Straßenoberfläche der Straße K zurückzubauen und einen Feuchtigkeitsschutz für B zu gewährleisten. Im Rahmen dieses Prozesses wurde nach Einschaltung eines Sachverständigen am 11.12.1997 folgender gerichtlicher Vergleich geschlossen, der u.a. folgende Regelungen enthält:

1. Die S verpflichtet sich gegenüber B, spätestens bis zum Ablauf des 31.10.1999 die Straße im Bereich der streitgegenständlichen Toreinfahrt der K in N. entsprechend des Planungsentwurfs von Herrn Dipl.-Ing. K. vom 30.06.1997 (Planungsvariante 2) herzurichten: insbesondere ist die K. in Höhe der bisherigen Toreinfahrt um ca. 35 cm auf das ursprüngliche Geländenniveau vor 1991 abzusenken. Abweichend vom vorgenannten Planungsentwurf soll eine Regenrinne vor dem Tor installiert werden. S ist nicht verpflichtet, Anpassungsarbeiten jenseits des öffentlichen Verkehrsraums auf dem Grundstück des B vorzunehmen. (...)
3. B lässt sein gegen S gerichtetes Klagebegehren auf Installation einer Entwässerungsrinne auf seinem Grundstück und auf Bau einer vertikalen Sperrschicht entlang der Gebäudefront seines Anwesens fallen.
4. B verpflichtet sich, keine Schadenersatzansprüche oder sonstige Ansprüche wegen des bisherigen Zustandes der Grundstückseinfahrt gegen die Beklagte geltend zu machen. Dazu zählen auch Ansprüche wegen etwaiger Feuchtigkeitsschäden.“

S führte in der Folgezeit Arbeiten durch. Sie senkte die Straßenoberfläche im Bereich der Hofeinfahrt und installierte vor dem Tor eine Kastenrinne mit Ableitung in das öffentliche Abwassersystem. Anstelle der in der Planungsvariante II vorgesehenen Rabattenstreifen legte sie entlang der Gebäudewand eine Rinne an. B verlangte weitere Arbeiten der S links des Tores, insbesondere die großflächige Herstellung des ursprünglichen Höhenniveaus der Straße und eines Längsgefälles sowie eines Rabattenstreifens mit Bordstein.

Nachdem S weitere Nachbesserungen abgelehnt hatte, beantragte B am 31.01.2000 beim VG Gera, die Vollstreckung aus dem Vergleich vom 11.12.1997, zu dem ihm das VG im August 2000 eine vollstreckbare Ausfertigung erteilte, zu verfügen. Dem entsprach das VG mit Beschluss vom 27.03.2001 - 2 V 90/00 GE - und setzte der S unter Androhung der Festsetzung eines Zwangsgeldes in Höhe von 1.000,00 DM zur Erfüllung ihrer Verpflichtung aus Nr. 1 des Vergleichs eine Frist von 3 Monaten. Hiergegen erhob die S Vollstreckungsgegenklage mit dem Einwand, sie habe die im Vergleich übernommenen Verpflichtungen vollständig erfüllt. Das VG gab der Klage mit der Begründung statt, der Vergleich leide an einem versteckten Dissens. Hiergegen hat der Beklagte fristgerecht Berufung eingereicht mit der Begründung der Vergleich sei wirksam und die Vollstreckung daraus zulässig. Die Klägerin beantragt nunmehr, die Berufung mit der Maßgabe zurückzuweisen, das Urteil des VG Gera vom 06.12.2006 - 2 K 777/01 GE - abzuändern und die Vollstreckung aus dem vor dem VG Gera am 11.12.1997 - 2 K 1224/95 GE - abgeschlossenen, inhaltlich unbestimmten Vergleich für unzulässig zu erklären.

Ist die Klage der S in der Fassung, welche sie in der Berufung hat, zulässig und ist begründet?

I. Zulässigkeit der Klage**1. ursprünglich erhobene Klage**

Mit der ursprünglich erhobenen Klage macht S geltend, die im Vergleich titulierten **Verpflichtungen** nach Abschluss des Vergleichs **erfüllt** zu haben. Es han-

delt sich daher um eine nach § 167 I 1 VwGO i.V.m. § 767 ZPO zulässige **Vollstreckungsabwehrklage**.

2. in der Berufung erweiterte Klage

In der Berufung macht S nunmehr geltend, dass die Vollstreckung unzulässig sei, da der Vergleich zu unbestimmt sei.

a) Vollstreckungsabwehrklage, § 767 ZPO

Fraglich ist, ob dies Gegenstand einer Vollstreckungsabwehrklage sein kann.

*„In der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs ist zwar geklärt, dass dann wenn ein **nach Form und Inhalt zur Zwangsvollstreckung geeigneter und mit der Vollstreckungsklausel versehener Titel** vorliegt, eine Vollstreckungsabwehrklage nach § 767 ZPO **unabhängig davon zulässig** ist, ob er **aus materiell-rechtlichen Gründen unwirksam** ist. Die Unwirksamkeit des Titels, insbesondere wegen seiner Unbestimmtheit, wird in einer auf Einwendungen gegen den titulierten Anspruch gestützten Vollstreckungsgegenklage grundsätzlich nicht geprüft (BGHZ 118, 229 ff.).*

*Das **Ziel der Vollstreckungsabwehrklage** ist nämlich nur, **nachträglichen Veränderungen Rechnung zu tragen**, die die Vollstreckbarkeit des Titels betreffen. Von daher kommt es maßgeblich darauf an, ob mit dieser Klage Umstände geltend gemacht werden, die den durch den Titel festgestellten sachlich-rechtlichen Anspruch als solchen erfassen. Eine Einwendung im Sinne des § 767 ZPO lässt sich demnach nur auf **Gründe** stützen, die geeignet sind, den **rechtskräftig zuerkannten Anspruch nachträglich zu vernichten oder in seiner Durchsetzbarkeit zu hemmen** (vgl. BVerwG, Urteil vom 19.09.2002 - 4 C 10/01 - zitiert nach juris; BGHZ 100, 211). Hierzu zählen nach allgemeiner Auffassung insbesondere der nach Erlass des Vollstreckungstitels die Sach- und Rechtslage ändernde Erfüllungseinwand gegen den titulierten Anspruch (vgl. OVG Lüneburg, Beschluss vom 25.08.2000 - 1 O 2424/00 - zitiert nach juris m.w.N.), aber auch der Einwand der unzulässigen Rechtsausübung, wie etwa ein rechtsmissbräuchliches Erfüllungsverlangen (vgl. BGH, Rpfleger 1976, 354).*

*Die von der Klägerin (auch) geltend gemachte **Unbestimmtheit des Prozessvergleichs** ist dagegen eine besondere Form seiner ursprünglichen Unwirksamkeit. Sie betrifft zugleich seine Vollstreckungsfähigkeit. Diese Fragen werden **im Rahmen der Vollstreckungsgegenklage grundsätzlich nicht geprüft** (vgl. auch BGHZ 165, 223; BGH NJW-RR 2004, 1135).“ (OVG Weimar aaO)*

b) Titelabwehrklage gem. § 167 VwGO i.V.m. § 767 ZPO analog

*„Allerdings ist der Kläger in diesen Fällen nicht ungeschützt. Denn er kann neben einer Vollstreckungsabwehrklage nach § 767 ZPO, mit der er Einwendungen gegen den titulierten materiell-rechtlichen Anspruch erhoben hat, zusätzlich die **Unwirksamkeit des Vollstreckungstitels** wegen seiner Unbestimmtheit geltend machen. Dies geschieht im Wege einer **prozessualen Gestaltungsklage, der sog. Titelabwehrklage, analog § 767 I ZPO** (vgl. BGHZ 124, 164, 170 f.), die mit der Klage aus § 767 ZPO **verbunden werden** kann (vgl. BGH WM 2004, 27, 29 m.w.N.; vgl. demgegenüber die Besonderheiten bei behauptetem Dissens eines Prozessvergleichs: BGH, NJW 1999, 2903, NJW 1971, 467, NJW 1967, 981; Hüßtege in Thomas/Putzo, Komm. zur ZPO, 28. Aufl. § 794 Rn 36 m.w.N.). Es gibt keine Gründe, dieser Rechtsprechung für das verwaltungsgerichtliche Verfahren nicht zu folgen. Demnach ist der **Einwand der Unbestimmtheit des Prozessvergleichs auch im verwaltungsgerichtlichen Verfahren im Wege der Titelabwehrklage geltend zu machen.**“ (OVG Weimar aaO)*

c) Zulässigkeit der Klageerweiterung in der Berufungsinstanz

„Mit ihrer Klage hatte S erstinstanzlich ursprünglich zwar die Unbestimmtheit des Vergleichs und die mangelnde Vollstreckungsfähigkeit angesprochen, aber keinen entsprechenden Antrag gestellt. Dies geschah erst nach Hinweisen des Senats in der mündlichen Verhandlung im Berufungsverfahren.

*Soweit darin eine **Klageerweiterung** liegt, ist diese zulässigerweise **auch in der Berufungsinstanz möglich** (vgl. Kopp/Schenke: Komm. zur VwGO, 15. Aufl. Vorb. zu § 124 Rn 57 m.w.N.) **und im Sinne des § 91 VwGO sachdienlich**. Denn von der Sachdienlichkeit einer Klageänderung ist regelmäßig dann auszugehen, wenn sie der **endgültigen Beilegung des sachlichen Streits** zwischen den Beteiligten im laufenden Verfahren dient und der Streitstoff im Wesentlichen derselbe bleibt (BVerwG 124, 132, 136). Gleiches gilt, wenn der Streitstoff zwar neu ist, das Ergebnis der bisherigen Prozessführung jedoch auch nach Klageänderung verwertet werden kann (so: BVerwG, DVBl. 1984, 93, 94). Beides ist hier der Fall.“ (OVG Weimar aaO)*

d) sonstige Zulässigkeitsvoraussetzungen

„Der streitgegenständliche gerichtliche **Vergleich** ist ein **Vollstreckungstitel** gemäß § 168 Abs. 1 Nr. 3 VwGO, gegen den gemäß § 167 I VwGO, § 795 ZPO i.V.m. § 794 I Nr. 1 ZPO in entsprechender Anwendung die Titelgegenklage zulässig ist.

Dass dem Vollstreckungsgläubiger bereits eine vollstreckbare Ausfertigung des Vergleichs erteilt wurde (§ 171 VwGO; §§ 795, 724, 725 ZPO) und dass die nach § 750 ZPO erforderliche Zustellung des Vergleichs von Amts wegen durchgeführt ist, ist keine Zulässigkeitsvoraussetzung (vgl. Hülstege in Thomas/Putzo, Komm. zur ZPO, 28. Aufl. § 767 Rn 14 m.w.N.), aber hier gleichwohl geschehen. Es reicht, wenn der Vollstreckungsgläubiger - wie hier - zur Vollstreckung ansetzt.“ (OVG Weimar aaO)

Der Titelabwehrklage stehen daher auch sonst keine Einwände hinsichtlich der Zulässigkeit entgegen.

II. Begründetheit der Klage

Die Titelabwehrklage ist begründet, wenn der Prozessvergleich zu unbestimmt ist und daher nicht als vollstreckungsfähig angesehen werden kann.

1. Anforderungen an die Bestimmtheit eines Prozessvergleiches

Ein Titel ist nur dann bestimmt genug und zur Zwangsvollstreckung geeignet, wenn er den Anspruch des Gläubigers ausweist und **Art, Inhalt und Umfang der Leistungspflicht bezeichnet**. Das **Vollstreckungsorgan** muss durch ihn in die Lage versetzt werden, grundsätzlich **allein mit dem Titel ohne Verwertung der Gerichtsakten oder anderer Urkunden**, die nicht Bestandteil des Titels sind, die **Vollstreckung durchzuführen**.

„Das Erfordernis der Bestimmtheit des Titels soll umfassend der **Rechtsklarheit und Rechtssicherheit** hinsichtlich der Entscheidungswirkungen bzw. bei Prozessvergleichen der Regelungswirkung dienen.

Ein Urteilsausspruch muss in aller Regel **aus sich heraus** oder gegebenenfalls im Zusammenhang mit seiner Begründung **bestimmbar sein**, was zur Folge hat, dass der Urteilsinhalt grundsätzlich in einer **einheitlichen Urkunde** festzulegen ist (vgl. BGH, Urteil vom 14.10.1999 - I ZR 117/97 - BGHZ 142, 388). Diese Erwägungen gelten **auch für den Prozessvergleich**. Weiter muss bei der - hier streitigen - Verpflichtung zu vertretbaren Handlungen die Handlung bzw. der zu erzielende Handlungserfolg im Titel hinreichend bestimmt sein (vgl. Gruber in Münchner Kommentar zur ZPO, 3. Aufl. § 887 Rdnr. 23 m. w. N.). Schließlich muss die zur Erfüllung geeignete Handlung hinreichend konkretisiert und für die Durchführenden klar erkennbar sein.

Es **genügt nicht**, wenn **auf Urkunden Bezug genommen** wird, die nicht Bestandteil des Titels sind, oder wenn sonst die Leistung nur aus dem Inhalt anderer Schriftstücke ermittelt werden kann (BGH, FamRZ 1986, 45, 46 m.w.N.). Umstände die außerhalb des Titels liegen, dürfen für die Auslegung nicht verwertet werden.

Auch bei einem **gerichtlichen Vergleich** muss die **Verpflichtung des Schuldners inhaltlich allein aus dem protokollierten Vergleichstext** festzustellen sein. Ist die zu vollstreckende Handlung nur unter Beziehung eines in den Gerichtsakten befindlichen Gutachtens zu ermitteln, so ist der Titel zu unbestimmt und keine geeignete Vollstreckungsgrundlage. Das gilt selbst dann, wenn die Zwangsvollstreckung auf Vornahme einer Handlung gerichtet, der Akteninhalt den Parteien und dem Vollstreckungsgericht bekannt ist und der Vergleich auf das Gutachten Bezug nimmt (OLG Hamm NJW 1974, 652; vgl. OLG Stuttgart NJW-RR 1999, 791; ebenso Stöber in Zöller: Komm. zur ZPO, § 704 Rn 2).“ (OVG Weimar aaO)

2. Anwendung auf den Fall

„Bei der Anwendung dieser Grundsätze auf die Ziffer 1 des Vergleichs ist festzustellen, dass die konkreten Handlungspflichten der Klägerin sich aus dem Vergleich nicht ergeben. (wird ausgeführt).

Es bestanden auch **keine unüberwindbaren praktischen Schwierigkeiten**, um das **Gutachten zum Bestandteil des Titels zu machen** bzw. die geforderte Handlung oder den Handlungserfolg im Vergleich näher zu umschreiben. Deshalb kann vom Verbot der Bezugnahme auf Urkunden zur Auslegung des Prozessvergleichs nicht abgesehen werden.

Die Handlungspflichten lassen sich aber auch nicht zusammen mit dem Gutachten feststellen. (wird ausgeführt)“ (OVG Weimar aaO)

Der Vergleich ist deshalb insgesamt derart unbestimmt, dass er **nicht vollstreckungsfähig** ist. Die Berufung ist unbegründet.

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
§§ 129a, 569 III

Telefonische Rechtsmitteleinlegung unzulässig

ZPO

(BGH in MMR 2009, 362; Beschluss vom 12.03.2009 – V ZB 71/08)

Ein **Rechtsmittel kann nicht telefonisch zu Protokoll der Geschäftsstelle eingelegt werden.**

I. **Teilweise** wird die telefonische Einlegung eines Rechtsmittels zu Protokoll der Geschäftsstelle für zulässig erachtet.

so für § 21 II FGG: Bumiller/Winkler, FGG, 8. Aufl., § 21 Rn 12; für § 314 StPO: LG Münster NJW 2005, 166

oder für den Fall nicht ausgeschlossen, dass ein Urkundsbeamter zur Entgegennahme und Protokollierung der Erklärung bereit ist.

so offenbar Stein/Jonas/Leipold, ZPO 22. Aufl., § 129a Rn 12; Zöller/Greger, ZPO, 27. Aufl., § 129a Rn 2; Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann, ZPO, 67. Aufl., § 129a Rn 9, die lediglich eine Amtspflicht zur Aufnahme telefonischer Erklärungen verneinen

II. In der **höchstrichterlichen Rspr.** besteht jedoch Einigkeit dahingehend, dass eine Rechtsmitteleinlegung zu Protokoll der Geschäftsstelle oder zur Niederschrift einer Behörde unwirksam ist, wenn sie nicht in körperlicher Anwesenheit des Erklärenden erfolgt (BGHSt 30, 64; BVerwGE 17, 166; BVerwGE 93, 45, 48; BFHE 80, 325); eine **Ausnahme** ist nur für den besonders ausgestalteten **Einspruch im Bußgeldverfahren** zugelassen worden (BGHSt 29, 173).

III. **BGH aaO bestätigt diese Rspr.** nunmehr **ausdrücklich.**

1. Die **Einlegung eines Rechtsmittels ist nicht nur aus Beweis Zwecken an eine bestimmte Form gebunden**, die Form soll es dem Gericht auch ermöglichen, sich Gewissheit über die Person des Erklärenden und über den Inhalt der Erklärung zu verschaffen (vgl. GmSOGb, BGHZ 144, 160, 162), ferner soll sie den Betroffenen von dem übereilten Einlegen eines Rechtsmittels abhalten (vgl. BVerwGE 17, 166, 169).

Das ist bei einer mündlich zu Protokoll abzugebenden Erklärung aber nur dann ausreichend gewährleistet, wenn der Erklärende persönlich anwesend ist. Bei einer fernmündlichen Übermittlung besteht eine weitaus größere **Gefahr**, dass es zu **Missverständnissen über die Person des Anrufers und den Inhalt seiner Erklärung** kommt.

„Häufig wird zunächst geklärt werden müssen, ob Anrufer und Erklärender identisch sind, ob ein Rechtsmittel eingelegt oder nur angekündigt werden soll, welches die anzufechtende Entscheidung und wer der Rechtsmittelführer ist. All dies lässt sich bei persönlicher Anwesenheit des Erklärenden wesentlich einfacher und beweiskräftiger feststellen (vgl. BGHSt 30, 64 sowie BGH NJW 1985, 2650).

Ferner kann der entgegennehmende Urkundsbeamte das Protokoll in Anwesenheit des Erklärenden erstellen und sich dieses anschließend genehmigen oder unterschreiben lassen, was ebenfalls zur Vermeidung von Unklarheiten und Ungenauigkeiten beiträgt (vgl. BFHE 80, 325). Die Vergewisserung über das Gewollte ist nicht zuletzt deshalb erforderlich, weil das von dem Aufnehmenden zu fertigende Protokoll über die Erklärung als öffentliche Urkunde vollen Beweis dafür erbringt, dass eine bestimmte Erklärung von der im Protokoll bezeichneten Person abgegeben wurde (§ 415 ZPO, vgl. BGHSt 30, 64). Das Erfordernis, sich persönlich zu einem Gericht zu begeben, bietet zu- dem Gewähr dafür, dass der Rechtssuchende das Rechtsmittel nicht übereilt einlegt.“ (BGH aaO).

2. Dafür, dass ein Rechtsmittel nicht telefonisch zu Protokoll der Geschäftsstelle eingelegt werden kann, spricht auch die Vorschrift des **§ 129a I ZPO**, die bestimmt, dass Anträge und Erklärungen, deren Abgabe vor dem Urkundsbeamten der Geschäftsstelle zulässig ist, vor der Geschäftsstelle eines jeden Amtsgerichts zu Protokoll abgegeben werden können.

*„Schon der Wortlaut legt nahe, dass der Erklärende „vor“ dem Beamten der Geschäftsstelle erscheinen, also körperlich anwesend sein muss (vgl. Stein/Jonas/Leipold, ZPO 22. Aufl., § 129a Rn 12). Gestützt wird dies durch das erklärte Ziel der Regelung, den **Schutz von Verfahrensbeteiligten zu verbessern**, die sich in weiter Entfernung von dem Gericht aufhalten, an das sie ihre Anträge oder Erklärungen richten wollen; sie sollen die Möglichkeit haben, sich auch an ein näher gelegenes Amtsgericht zu wenden (vgl. BT/Drucks. 7/2729 S. 56). Dem liegt ersichtlich die Annahme zugrunde, dass der Rechtssuchende ein Gericht aufsuchen muss, um Erklärungen zu Protokoll abzugeben (vgl. MünKo-ZPO/Wagner, 3. Aufl., § 129a Rn 1; Wieczorek/Schütze/Borck, ZPO, 3. Aufl., § 129a Rn 12; Musielak/Stadler, ZPO, 6. Aufl., § 129a Rn 1).“ (BGH aaO).*

3. Eine fernmündliche Abgabe von Erklärungen zu Protokoll der Geschäftsstelle ist auch nicht infolge der **Entwicklung des modernen Telekommunikationsverkehrs** zuzulassen.

*„Zum einen war die technische Entwicklung in Bezug auf das Telefon bei Einfügung des § 129a ZPO im Jahr 1977 bekannt. Zum anderen ist der **Zweck des Formerfordernisses**, die **Rechtssicherheit und die Verlässlichkeit der Eingabe zu gewährleisten**, auch bei der Nutzung moderner Kommunikationsmittel zu beachten (vgl. BGHZ 144, 160). Schließlich besteht kein Bedürfnis, eine telefonische Rechtsmitteleinlegung als zulässig und wirksam anzuerkennen. Es ist dem nicht anwaltlich vertretenen Rechtssuchenden ohne weiteres zuzumu-*

ten, entweder ein Schreiben aufzusetzen oder sich persönlich zu einem Amtsgericht zu begeben (ebenso BVerwGE 17, 166).“ (BGH aaO).

ZPO
§ 519

Berufungsschrift fehlende Unterschrift

ZPO

(BGH in Beck 2009, 13799; Beschluss vom 07.05.2009 – VII ZB 85/08)

Eine **unvollständige Berufungsschrift**, der die **letzte Seite und die Unterschrift fehlen**, genügt den **Formerfordernissen** dennoch, wenn

- die nach § 519 ZPO **erforderlichen Angaben vorhanden sind** und
- sich aus einer **gleichzeitig eingereichten, unterschriebenen beglaubigten Abschrift** ergibt, dass an der Absicht des Prozessbevollmächtigten, die Berufung in der erklärten Form einlegen zu wollen, keine Zweifel bestehen

„Nach st. Rspr. des BGH [kann] das Fehlen der Unterschrift auf dem als Urschrift der Berufung gedachten Schriftsatz un-
schädlich sein, wenn sich aus anderen Umständen **eine der Unterschrift vergleichbare Gewähr** dafür bietet, dass der
Prozessbevollmächtigte die Berufung eingelegt, die Verantwortung für den Inhalt der Rechtsmittelschrift übernommen hat
und diese willentlich in den Verkehr gelangt ist (BGH NJW 2005, 2086; NJW-RR 2004, 1364, jeweils m.w.N.).

Einem Rechtsmittelführer, der rechtzeitig zumindest ein Exemplar einer unterschriebenen Rechtsmittelschrift eingereicht
hat, darf der Zugang zur Rechtsmittelinstanz nicht unter Hinweis darauf verwehrt werden, dass das Original der Berufungs-
schrift nicht vollständig den Formerfordernissen entspricht (vgl. BGH VersR 1993, 459). So kann nicht nur die fehlende
Unterschrift unter das Original durch die Unterschrift unter eine beglaubigte Abschrift ersetzt werden. Auch eine unvollstän-
dige Berufungsschrift, der die letzte Seite und die Unterschrift fehlen, reicht jedenfalls dann aus, wenn die nach § 519 ZPO
erforderlichen Angaben vorhanden sind und sich aus einer gleichzeitig eingereichten, unterschriebenen beglaubigten Ab-
schrift ergibt, dass an der Absicht des Prozessbevollmächtigten, die Berufung in der erklärten Form einlegen zu wollen,
keine Zweifel bestehen.

Die nach § 519 ZPO erforderlichen Angaben waren auf den ersten Seiten der Berufungsschrift enthalten, die folgenden
Seiten betrafen die Begründung. In der Rechtsbeschwerde ist davon auszugehen, dass die beglaubigte Abschrift von dem
Prozessbevollmächtigten der Berufungskl. unterschrieben worden war. Das hat die Berufungskl. ausdrücklich vor dem
Berufungsgericht vorgetragen. Die Berufungsbekl., die im Besitz der beglaubigten Abschrift ist, hat dem nicht widersprochen
und auch das Berufungsgericht ist offenbar davon ausgegangen. Nachdem die Berufungsbekl. im Rechtsbeschwerdever-
fahren dagegen ebenfalls nichts vorgebracht hat, war eine weitere Aufklärung nicht veranlasst. Ein Fall, nach dem lediglich
der Beglaubigungsvermerk auf der ersten Seite der Abschrift unterschrieben worden war, lag nicht vor.

Zweifel daran, dass die auf den ersten Seiten der Berufungsschrift eingelegte **Berufung** mit diesem Inhalt **willentlich ein-
gelegt** worden ist, konnten nicht aufkommen: Das indiziert nicht nur die Unterschrift unter die beglaubigte Abschrift. Hinzu
kommt, dass es sich bei den vom Prozessbevollmächtigten der Bekl. eingereichten Schriftstücken um einen durch Heft-
klammern verbundenen Schriftsatz gehandelt hat, der sowohl den als Urschrift gedachten Berufungsschriftsatz als auch die
beiden für die Berufungsbeklagte bestimmten Abschriften umfasste. Unter diesen Umständen konnte aus den eingereichten
Schriftsätzen der Inhalt der Erklärung und die Person, von der sie ausgeht, entnommen werden. Es stand auch fest, dass
es sich nicht um einen bloßen Entwurf handelte, sondern die Schriftstücke mit Wissen und Willen des Prozessbevollmäch-
tigten der Bekl. dem Gericht zugeleitet wurden.“ (BGH aaO).

StPO

Briefbeschlagnahme

StPO

§§ 97 I Nr. 1, 148 I

Zulässigkeit der Beschlagnahme bei Mandanten

(BGH in NJW 2009, 1892; Beschluss vom 21.04.2009 – 1 StR 105/09)

Fall: Der Angekl. war für seinen Mandanten M als Verteidiger in einer Strafsache tätig. M wurde beschuldigt, versucht zu
haben, einen Privatdetektiv zur Begehung einer räuberischen Erpressung zu bestimmen, indem er ihn beauftragte,
den Geschädigten G gewaltsam zur Unterzeichnung eines von ihm vorgefertigten Kaufvertrages zu zwingen. Dieser
Vorwurf beruhte im Wesentlichen auf den Angaben des Privatdetektivs P. Dieser bekundete im Hauptverhandlungs-
termin der Wahrheit zuwider, dass er M nicht kenne und dieser nicht sein Auftraggeber gewesen sei. Nach einer Unter-
brechung der Hauptverhandlung berichtete er seine Aussage und erklärte, dass er vor seiner Vernehmung mit
dem Verteidiger des M, dem Angekl., telefoniert und über seine Aussage gesprochen habe.

Aufgrund dieser Aussage leitete die Staatsanwaltschaft ein Ermittlungsverfahren gegen den Angekl. wegen des Ver-
dachts der Beihilfe zur unedlichen Falschaussage in Tateinheit mit versuchter Strafvereitelung ein. Bei einer Durch-
suchung der Kanzleiräume des Angekl. wurden u. a. an der Postkontrolle vorbeigeleitete Schreiben des M an Zeugen
in dem dortigen Verfahren sichergestellt.

Auf Antrag der StA ordnete das AG in dem Ermittlungsverfahren gegen den Angekl. wegen des Verdachts der ver-
suchten Strafvereitelung gem. §§ 94, 98, 103, 105 StPO auch die Durchsuchung des Haftraums des M und Bes-
chlagnahme dort vorgefundener Beweismittel an. Gegen den Angekl. bestehe der Verdacht, Briefe seines Mandan-
ten an der gerichtlichen Postkontrolle vorbei aus der JVA verbracht und weitergeleitet zu haben, obwohl diese ihrem
Inhalt nach dazu geeignet und bestimmt gewesen seien, Zeugen in ihrem Aussageverhalten zu beeinflussen und zu
Falschaussagen zu bestimmen. Es sei nicht auszuschließen, dass in gleicher Weise Briefe in die JVA verbracht und
an M ausgehändigt worden seien.

Auf Grund dieses Beschlusses wurde der Haftraum von M durchsucht und ein Brief des Angekl. gefunden, in dem der
angekl. Strafverteidiger den Vorsitzenden Richter am Landgericht R als "unfähiger und fauler Richter", "an dessen
Verstand man mit Fug und Recht zweifeln muss", bezeichnet hat. Das AG ordnete die Beschlagnahme des sicherge-
stellten Schreibens wegen des Verdachts der Beleidigung des Vorsitzenden Richters R an.

In einem **Strafverfahren gegen einen Strafverteidiger** stehen weder § 97 I Nr. 1 StPO noch § 148 I StPO
der **Beschlagnahme und Verwertung von Schreiben des beschuldigten Verteidigers an seinen Man-
danten entgegen**.

I. Der Brief war nach § 97 I Nr. 1 StPO nicht beschlagnahmefrei.

„Der Brief des Angekl. an M war schon kein gem. § 97 I Nr. 1 StPO der Beschlagnahme nicht unterliegender Gegenstand. Die Durchsuchung des Haftraumes und die Beschlagnahme des dort aufgefundenen Briefes erfolgten im Verfahren gegen den Angekl. als Beschuldigten, nicht in seiner Eigenschaft als Verteidiger und damit als Person, die zur Verweigerung des Zeugnisses berechtigt ist. § 97 I StPO ist nicht anwendbar, wenn der Zeugnisverweigerungs-berechtigte wie im vorliegenden Fall selbst Beschuldigter der Straftat ist.“ (BGH aaO).

vgl. BGHSt 38, 144; BVerfG NJW 2005, 965; OLG Frankfurt NJW 2005, 1727; Nack, KK StPO, 6. Aufl., § 97 Rn 8; Meyer-Goßner, StPO, 51. Aufl., § 97 Rn 10; Löwe/Rosenberg, StPO, 25. Aufl., § 97 Rn 25 m.w.N.; Wohlers, SK StPO, 2008, § 97 Rn 13.

Dies folgt auch aus dem **Wortlaut des § 97 I StPO**, der zwischen den Prozessrollen des Beschuldigten und der Person differenziert, die zur Verweigerung des Zeugnisses in dem gegen ihn gerichteten Verfahren berechtigt ist.

„Das schließt es aus, § 97 I StPO auch in Verfahren anzuwenden, die sich gegen den Zeugnisverweigerungsberechtigten selbst richten.“ (BGH aaO).

Die Unanwendbarkeit auf Verfahren gegen Berufsgeheimnisträger ergibt sich darüber hinaus aus dem Zweck der Vorschrift.

„§ 97 StPO ergänzt die Regelungen über das Zeugnisverweigerungsrecht und soll deren Umgehung verhindern (BGHSt 38, 144). Berufsgeheimnisträger werden nur geschützt, soweit ihr Zeugnisverweigerungsrecht im Verfahren gegen den Beschuldigten reicht, nicht aber soweit ihr Individualinteresse als selbst beschuldigte Personen betroffen ist (vgl. Wasmuth NJW 1989, 2297). Insofern besteht auch **keine Regelungslücke**: Aus § 97 II 3 StPO folgt, dass der Gesetzgeber die Möglichkeit eigenen strafbaren Verhaltens des Geheimnisträgers gesehen und unter den dort normierten Voraussetzungen für regelungsbedürftig gehalten hat. Auch in diesen Fällen geht es jedoch stets um den Geheimnisträger in seiner Prozessstellung als Zeuge, nicht als Beschuldigter (vgl. BGHSt 38, 144).“ (BGH aaO).

II. Einer Beschlagnahme stand auch die Regelung des § 148 I StPO nicht entgegen.

„Ein über § 97 I StPO hinausgehendes Beschlagnahmeverbot kann auch nicht aus § 148 StPO entnommen werden: Aus § 148 StPO lässt sich nicht ableiten, dass Eingriffe in die Kommunikation des Verteidigers mit seinem Mandanten jedenfalls bis zu einer Entscheidung über das vorläufige Ruhen der Verteidigerrechte nach § 138c III StPO generell - und damit auch dann, wenn das Verfahren gegen den Verteidiger als Beschuldigten geführt wird - unzulässig sind (vgl. etwa Schäfer, LR-StPO, 25. Aufl., § 97 Rn 95 f.). Zwar **normiert § 148 I StPO den Grundsatz des ungehinder-ten schriftlichen und mündlichen Verkehrs zwischen Verteidiger und Beschuldigtem** als unabdingbare Voraussetzung einer freien Verteidigung (vgl. BGHSt 27, 260). Die Verteidigung soll damit grds. von jeder Behinderung oder Erschwerung freigestellt sein. Das bedeutet aber nicht, dass § 148 StPO einen generellen Vorrang vor der Vorschrift des § 97 StPO genießt und deren Anwendungsvoraussetzungen überflüssig macht. Vielmehr ist nach § 148 StPO der **Verkehr zwischen Verteidiger und Beschuldigtem nur für die Zwecke der Verteidigung frei**. Nur in seiner Eigenschaft und in Wahrnehmung seiner Aufgabe als Verteidiger ist der schriftliche und mündliche Verkehr des Verteidigers mit dem Beschuldigten geschützt (vgl. BGH NJW 1973, 2035). Straftaten, die er bei Gelegenheit der Verteidigung eines Beschuldigten begeht, unterfallen diesem Schutz nicht. Daraus folgt, dass die Beschlagnahme und Verwertung von Beweismitteln zulässig ist, soweit der Verteidiger - wie hier - selbst Beschuldigter ist (vgl. OLG Frankfurt NJW 2005, 1727; Meyer-Goßner, StPO, 51. Aufl., § 97 Rn 4). Dies muss insbesondere dann gelten, wenn es wie im vorliegenden Fall mit der Beleidigung des Vorsitzenden Richters nicht um den Vorwurf der Beteiligung an der Straftat geht, die dem Mandanten vorgeworfen wird, sondern um einen davon unabhängigen Lebenssachverhalt.

Hiergegen kann nicht eingewendet werden, dass der Mandant durch das Bekanntwerden der Verteidigerpost in seinen eigenen Verteidigungsinteressen schutzlos gestellt wird. **Das aus der Beschlagnahme in dem Verfahren gegen den beschuldigten Verteidiger erlangte Wissen ist nur in dem gegen diesen gerichteten Verfahren verwertbar** (vgl. Beulke in FS für Lüderssen S. 693, 707). **Im Verfahren gegen den Mandanten ist seine Verwertung dagegen durch § 97 Abs. 1 StPO ausgeschlossen** (vgl. Krekeler NStZ 1987, 199, 202; Wohlers in SK-StPO 2008 § 97 Rn. 14). Denn insoweit ist die von der Vorschrift für das Beschlagnahmeverbot vorausgesetzte Verteilung der Prozessrollen zwischen dem Mandanten als Beschuldigtem auf der einen und dem Verteidiger als Berufsgeheimnisträger auf der anderen Seite gewahrt.“ (BGH aaO).

III. Mangels Anwendbarkeit des § 97 I StPO kommt es auf die zum Ausschluss der Beschlagnahmefreiheit (§ 97 II 3 StPO) entwickelten Grundsätze, insbesondere das Vorliegen eines gravierenden Verstrickungsverdachts gegen den Verteidiger (BGH NJW 1973, 2035; NStZ 2001, 604) nicht an.

„Auch **§ 160a StPO ist schon nach seinem Wortlaut nicht auf selbst beschuldigte Berufsgeheimnisträger anwendbar** (Meyer-Goßner, StPO, § 160a Rn 1).“ (BGH aaO).

StPO
§ 163f III 1

langfristige Observation
Zuständigkeit des OLG

StPO

(BGH in NStZ 2009, 343; Beschluss vom 11.12.2008 – 3 Ws 474/08)

Für die Anordnung der längerfristigen Observation und die Anordnung des Einsatzes technischer Mittel ist das OLG gem. § 14 I IRG örtlich und gem. § 77 I IRG i.V.m. § 163f III 1 StPO in der auf Grund des Gesetzes zur Neuregelung der Telekommunikationsüberwachung und anderer verdeckter Ermittlungsmaßnahmen sowie zur Umsetzung der Richtlinie 2006/24/EG vom 21.12.2007 (BGBl I, 3198) seit dem 01.01.2008 geltenden Fassung sachlich **zuständig**.

„Entgegen der früheren gesetzlichen Regelung in § 163f III HS 1 StPO, wonach für die Anordnung der Maßnahme die StA und lediglich für die Verlängerung der Maßnahme gemäß § 163f IV 2 StPO a.F. das Gericht zuständig war, hat der **Gesetzgeber einen Richtervorbehalt für notwendig erachtet**, da „die längerfristige Observation im Einzelfall mit erheblichen Eingriffen in das Recht auf informationelle Selbstbestimmung des Betroffenen verbunden sein und mit Blick auf die Kumulierung von Ermittlungsmaßnahmen ..., insbesondere durch den Einsatz technischer Mittel (§ 100h I Nr. 2 StPO-E, § 100f I Nr. 2 StPO), eine Eingriffsintensität erreichen kann, die eine staatsanwaltschaftliche Anordnung nicht mehr als ausreichend

erscheinen lässt“ (BR-Dr 275/07 v. 27. 4. 2007, S. 151 - zu Nr. 18 / § 163f StPO-E; vgl. auch andere Meinung in: Empfehlungen der Ausschüsse, zu Art. 18-163f IV 2 StPO, die keinen Eingang in die neue gesetzliche Regelung gefunden hat).

Vor dem Inkrafttreten der neuen gesetzlichen Regelung hat der Senat seine sachliche Zuständigkeit für die Anordnung einer längerfristigen Observation im Auslieferungsverfahren verneint und lediglich für die Verlängerung einer solchen Maßnahme angenommen (vgl. nur BGH NSTZ-RR 2004, 145), jedoch bereits eine eigene Annexkompetenz für den Einsatz technischer Mittel zur Ermittlung des Aufenthaltsorts des Verfolgteten im Auslieferungsverfahren bejaht (BGH NSTZ 2000, 666 im Anschluss an BGH NSTZ-RR 1998, 350).“ (BGH aaO).

VwGO
§ 58 I

Rechtsmittelbelehrung Angabe des zuständigen Rechtsmittelgerichts

VwGO

(BVerwG in Beck 2009, 34756; Beschluss vom 18.05.2009 – 5 B 2.09)

In dem Zulassungsberufungsbeschluss muss über den Sitz des Gerichts, bei dem die Berufungsbegründung einzureichen ist, belehrt werden.

„Mit dem Beschluss über die Zulassung der Berufung ist der **Berufungsführer** gem. § 58 I VwGO **über die Notwendigkeit der Berufungsbegründung nach § 124a VI VwGO zu belehren**. Das ist in der Rspr. geklärt (BVerwGE 107, 117; BVerwGE 109, 336).

Zu Unrecht meint das Berufungsgericht, § 58 I VwGO könne auf die Berufungsbegründung allenfalls entsprechend angewendet werden. Die Berufung ist ein Rechtsmittel, über sie ist daher nach § 58 I VwGO zu belehren. **Unterscheidet das Gesetz zwischen der Einlegung und der Begründung eines Rechtsmittels, so betrifft die Belehrungspflicht beide Stufen.** § 58 I VwGO gebietet deshalb, auch über die Pflicht zur Begründung des Rechtsmittels zu belehren (BVerwGE 5, 178). Das gilt auch und erst recht, wenn das Rechtsmittel der Zulassung bedarf und es nach erfolgter Zulassung der Einlegung des Rechtsmittels nicht mehr bedarf, von dem zweistufig aufgebauten Rechtsmittel also gewissermaßen nur die zweite Stufe übrig geblieben ist.

Die Belehrung muss in dem Beschluss über die Zulassung der Berufung enthalten und von der Unterschrift der an der Beschlussfassung beteiligten Richter gedeckt sein. Es genügt nicht, dass sich die nötigen Informationen aus anderen Quellen - etwa aus einem beigefügten Übersendungsschreiben der Geschäftsstelle oder aus der Absenderangabe auf dem Briefumschlag - ersehen lassen.

Nach § 58 I VwGO muss nicht nur über das Gericht, bei dem die Berufungsbegründung einzureichen ist, sondern auch über dessen Sitz belehrt werden. Das besagt der **Wortlaut der Vorschrift** zweifelsfrei. Der Sitz des Gerichts ist nur mit der Angabe des Ortes ausreichend bezeichnet. Die Angabe des Namens des Gerichts genügt nur dann, wenn der Name den Ort des Sitzes enthält und wenn dies zweifelsfrei ist (vgl. BVerwGE 85, 298).

Hiernach ist auch **unerheblich, ob dem Rechtsmittelführer der Sitz des Gerichts aus anderen Rechtsmittelbelehrungen, die er in einem früheren Verfahrensstadium erhalten hatte, bereits bekannt sein konnte.** Jede Rechtsmittelbelehrung muss aus sich heraus verständlich, vollständig und richtig sein; der Betroffene soll nicht darauf verwiesen werden, auf ältere Informationen zurückzugreifen, zumal auf solche, die nicht von demselben, sondern von einem anderen Gericht oder einer Behörde stammen. Damit soll der Betroffene auch allein anhand der vorliegenden Rechtsmittelbelehrung deren Vollständigkeit und Richtigkeit überprüfen und danach die Frage beantworten können, ob ihre Erteilung die Monatsfrist des § 58 I VwGO in Lauf gesetzt hat oder nicht.“ (BVerwG aaO).

VwGO
§ 163f III 1

Rechtsbehelfsbelehrung bei Zustellung eines Bescheids durch Einschreiben

VwGO

(OVG Münster in NJW 2009, 1832; Beschluss vom 04.03.2009 – 5 A 924/07)

Wird ein **Bescheid** auf behördliche Anordnung hin **als Einschreiben mit Rückschein** zugestellt und **belehrt die Rechtsbehelfsbelehrung darüber, dass die Widerspruchsfrist mit der Bekanntgabe des Bescheids beginnt, so ist diese Formulierung geeignet, die Einlegung des Rechtsbehelfs zu erschweren.** In diesem Falle ist die **Rechtsmittelbelehrung fehlerhaft und setzt den Fristlauf nicht in Gang**, sodass gem. § 58 II 1 VwGO Widerspruch innerhalb eines Jahres seit Zustellung, Eröffnung oder Verkündung eingelegt werden kann.

- I. Die hier zu beurteilende **Rechtsmittelbelehrung ist irreführend**: Sie belehrt darüber, dass die Widerspruchsfrist mit der „Bekanntgabe“ des Bescheids beginne.

„Diese Formulierung war geeignet, die Einlegung des Rechtsbehelfs zu erschweren, weil der Bescheid auf behördliche Anordnung per Einschreiben mit Rückschein zugestellt wurde. Zwar ist der Widerspruch gem. § 70 I 1 VwGO innerhalb eines Monats nach Bekanntgabe des Verwaltungsakts zu erheben. Mit der Anordnung der Bekanntgabe durch Zustellung unterliegt die Bekanntgabe jedoch in gleicher Weise den Regelungen des Zustellungsrechts wie in den Fällen, in denen die Zustellung gesetzlich vorgeschrieben ist (vgl. § 1 II NWLZG) (dazu auch Sadler, VwZG, 6. Aufl. 2006, § 1 Rn 14f.).

Die Rechtsbehelfsbelehrung weist hierauf nicht hin, sondern belässt es bei der **allgemeinen Formulierung „Bekanntgabe“ anstatt „Zustellung“**. Zwar erfolgte die Bekanntgabe im konkreten Fall gerade im Wege der Zustellung (§ 41 V NVwVfG). Auch ist es nicht erforderlich, in einer Rechtsbehelfsbelehrung auf sämtliche Modalitäten einer Fristberechnung hinzuweisen (BVerwG, Buchholz 310 § 60 VwGO Nr. 132; VGH München BayVBI 1977, 341).“ (OVG Münster aaO).

- II. Das **Risiko einer Falschberechnung kann dem Empfänger aber nur insoweit zugemutet werden, als ihm die für die Fristberechnung notwendigen Fakten**, insbesondere der Anfangszeitpunkt der Frist, entsprechend den gesetzlichen Vorschriften **angegeben werden und er anhand dieser Angaben die Frist berechnen kann** (vgl. OVG Münster NJW 1973, 165).

„Diesen Anforderungen wird die hier in Rede stehende Rechtsbehelfsbelehrung nicht gerecht: Indem sie nicht auf die tatsächlich eingeleitete Zustellung hinweist, die wegen ihrer behördlichen Anordnung für den Lauf der Widerspruchsfrist maßgeblich war, konnte die Belehrung einen Irrtum des Adressaten über den Beginn der Rechtsbehelfsfrist hervorrufen und dadurch die rechtzeitige Widerspruchserhebung unzumutbar erschweren. Anders als bei der Zustellung mit Zustellungsurkunde oder gegen Empfangsbekanntgabe ist die Zustellung durch Einschreiben zumindest nach der hier noch maßgeblichen Regelung in § 4 I VwZG in der bis zum 31. 1. 2006 geltenden Fassung (im Folgenden: VwZG a.F.) aus Sicht des Empfängers nicht zweifelsfrei stets zugleich die Bekanntgabe. Nach dieser Vorschrift wird die Zustellung am dritten Tag nach der Aufgabe zur Post fingiert. Demgegenüber ist für den Adressaten unklar, ob die Bekanntgabe, auf die die Rechtsbehelfsbelehrung hinweist, davon abweichend schon im Zeitpunkt des Zugangs im Sinne des entsprechend anwendbaren § 130 BGB erfolgt (BVerwG NJW 1991, 508; BVerwG NVwZ 2006, 943 = NJW 2007, 939; so auch OVG Münster NJW 1973, 165).

- III. **Unklarheiten in der Rechtsmittelbelehrung** werden auch **nicht dadurch beseitigt, dass ein Adressat** durch den Hinweis in der Rechtsbehelfsbelehrung **auf die Regelungen über die Bekanntgabe von Verwaltungsakten**, insbes. auf § 41 II NWVwVfG, **stoßen und** wegen der dort geregelten Fiktion, die § 4 I VwZG a.F. entspricht, **zufällig den Fristablauf der Sache nach zutreffend ermitteln könnte**.

„Denn **§ 41 II NWVwVfG** gilt nur für die Bekanntgabe mit einfacher Post im allgemeinen Briefverkehr und **ist gerade wegen der gewählten Bekanntgabeform der Zustellung nicht anwendbar** (vgl. Knack, VwVfG, 8. Aufl. 2004, § 41 Rn 18; zu weiteren möglichen Unklarheiten in diesem Zusammenhang BSGE 79, 293 = NVwZ 1998, 109; VG Oldenburg NVwZ-RR 2009, 122).

Da der Begriff „Zustellung“ weder im Bescheid noch in der Rechtsbehelfsbelehrung erscheint, wird der Empfänger dagegen den Hinweis in § 41 V NWVwVfG auf die besonderen Vorschriften über die Bekanntgabe mittels Zustellung nicht ohne Weiteres für einschlägig halten.“ (OVG Münster aaO).

- IV. Diese **Unklarheiten** für den Empfänger **können sich auf die Rechtsbehelfseinlegung auswirken**.

„Eine Frist, die möglicherweise ab Zugang des Bescheids läuft, kann bei der gebotenen generellen Betrachtung früher ablaufen als diejenige Frist, die von dem fiktiven Zustellungszeitpunkt an rechnet. Dementsprechend kann die irreführende Formulierung dazu führen, dass zum Ende der Frist die Einlegung eines Widerspruchs in der durch die Rechtsbehelfsbelehrung ausgelösten fehlerhaften Vorstellung unterbleibt, die Frist sei bereits abgelaufen, obwohl sie in Wirklichkeit noch läuft (vgl. OVG Münster NVwZ 2001, 212).

Unerheblich ist, ob über den Fristablauf im Einzelfall nur deshalb kein Zweifel entstehen kann, weil die Frist - etwa wegen der Berücksichtigung von Sonnabenden, Sonn- und Feiertagen - bei allen denkbaren Fristberechnungen an demselben Tag endet. Für die Fehlerhaftigkeit einer Rechtsbehelfsbelehrung kommt es allein auf die generelle Eignung an, durch einen möglichen Irrtum die Einlegung des Rechtsbehelfs zu erschweren. Ob eine Rechtsbehelfsbelehrung fehlerhaft ist, kann deshalb nicht davon abhängen, ob im konkreten Fall Zustellung und Bekanntgabe überhaupt auseinanderfallen und inwieweit sich dies ggf. auf die Fristberechnung auswirkt (ähnlich OVG Münster NJW 1973, 165).“ (OVG Münster aaO).

VwZG
§ 7 I 1

Zustellung an Bevollmächtigten bei schriftlicher Vollmacht

VwZG

(OVG Lüneburg in NJW 2009, 1834; Beschluss vom 13.03.2009 – 11 PA 157/09)

Nach **§ 7 I 2 VwZG** hat die **Zustellung an den durch schriftliche Vollmacht ausgewiesenen Bevollmächtigten** zu erfolgen. Die **Klagefrist** des § 74 VwGO **beginnt mit dieser Zustellung** und nicht mit dem Zugang beim Betroffenen.

„Vorliegend hatte der Bevollmächtigte der Kl. der Bekl. unter **Vorlage einer Vollmachtsurkunde** im Original seine Beauftragung angezeigt, so dass für die Zustellung des angefochtenen Bescheids § 1 I 1 NdsVwZG i.V. mit § 7 I 2 VwZG maßgebend waren. Danach war nur die Zustellung an den Bevollmächtigten wirksam und hat die **Klagefrist in Lauf gesetzt**. Die Zustellung gegenüber der Kl. ist insoweit formell unwirksam; diese **Bekanntgabe diente lediglich ihrer Unterrichtung** (vgl. Sadler, VwVG/VwZG, 6. Aufl., § 7 Rn 14; Engelhardt/App, VwVG/VwZG, 8. Aufl., § 7 Rn 6f.).

Die vom VG angeführte Entscheidung (BVerwGE 105, 288 = NVwZ 1998, 1292) steht dem nicht entgegen, denn in dem vom BVerwG entschiedenen Sachverhalt hatte die Behörde ihren Bescheid jedenfalls nicht zugestellt, sondern mit einfachem Brief bekannt gegeben. Gleiches gilt für den vom VG angeführten Beschluss des Senats (BVerwG BeckRS 2007, 28129). Der Senat hat seine Entscheidung maßgeblich darauf gestützt, dass der Bevollmächtigte gerade nicht die von § 7 I 2 VwZG geforderte schriftliche Vollmacht vorgelegt hatte und deshalb § 7 I 1 VwZG angewandt.“ (BVerwG aaO).

Speziell für Rechtsanwälte und Notare

Gebühren und Kosten

RVG
§ 3a

Zeithonorar
Vereinbarung eines 15-Minuten-Taktes ist zulässig
(OLG Schleswig in AnwBl 2009, 544; Urteil vom 19.12.2008 – 11 U 151/07)

RVG

Bei einem **anwaltlichem Zeithonorar** ist die **Vereinbarung einer Stundenabrechnung per angefangener Viertelstunde wirksam**.

„[Der Senat] vermag der Auffassung des OLG Düsseldorf NJW-RR 2007, 1229, nicht zu folgen. In dem dortigen Fall hatte ein Anwalt aufgrund einer Honorarvereinbarung insgesamt knapp 77.000,00 DM berechnet, wobei er von insgesamt 167 abgerechneten Zeittakten 115 im Zeittakt von „bis zu 15 Minuten“ abgerechnet hatte. Hierdurch hatte er ein das gesetzliche Honorar um mehr als das fünffache übersteigendes Honorar erzielt, worin das OLG Düsseldorf eine sittenwidrige Aufblähung des Zeithonorars gesehen hat, das strukturell auf der – deshalb für unwirksam gehaltenen – Zeittaktklausel beruhe.

*Das überzeugt den Senat nicht: Es ist das Eine, die Ausnutzung einer Klausel für sittenwidrig zu halten und das Andere, die Klausel selbst für unangemessen benachteiligend. Nach der Auffassung des erkennenden Senats ergibt sich eine unangemessene Benachteiligung nicht schon daraus, dass die Bestimmung einen Missbrauch ermöglicht. Wenn im Ansatz **Zeithonorare gesetzlich zulässig** sind, wird man auch **Zeittaktungen** gestatten müssen. Die **Steuerberatergebührenverordnung** etwa schreibt in § 13 für die mannigfaltig – etwa im Rahmen von Tätigkeiten bei Steuererklärungen, bei der Buchführung, bei der Lohnbuchführung, bei Abschlussarbeiten oder bei Steuerbescheinigungen – anzusetzenden Zeitgebühren einen 30-minütigen Takt (angefangene halbe Stunde) vor. Warum im Falle anwaltlicher Mandate eine kürzere Taktung als unangemessene Benachteiligung anzusehen sein sollte, leuchtet nicht ein. Die **Aufschreibung im 15-Minuten-Takt erscheint für die anwaltliche Tätigkeit**, deren Arbeitsschritte in aller Regel längere Zeitabschnitte als nur einzelne Minuten umfassen, vielmehr als **adäquat**.“ (OLG Schleswig aaO).*

RVG
§§ 4 I, 34 I

Vergütungsanspruch
für Erstellung eines Fachaufsatzes
(OLG Naumburg in NJW 2009, 1679; Urteil vom 22.01.2009 – 1 U 82/08)

RVG

Die **Erstellung eines wissenschaftlichen Aufsatzes fällt so sehr aus dem üblichen Rahmen anwaltlicher Tätigkeit** für einen Mandanten heraus, dass sie **von einer Vergütungsvereinbarung über „außergerichtliche und gerichtliche Tätigkeiten“ nicht erfasst** wird.

Auf den **Vergütungsanspruch** hierfür ist **§ 34 I RVG direkt oder entsprechend anwendbar**; mündlichen oder konkludenten Vergütungsabreden steht § 4 I RVG a.F. nicht entgegen.

*„Die **Erstellung eines wissenschaftlichen Aufsatzes**, der in keinem direkten Zusammenhang mit einem konkreten Fall steht, **entfernt sich vom Leitbild anwaltlicher Tätigkeit i. S. des RVG noch mehr als ein schriftliches Gutachten**, so dass eine (zumindest) **analoge Anwendung von § 34 RVG** in Betracht kommt. Geht man grds. von § 34 RVG aus, steht mündlichen Absprachen § 4 I RVG (a.F.) nicht entgegen. § 4 I RVG (a.F.) betrifft Vergütungsvereinbarungen über eine höhere als die gesetzliche Vergütung. An einer gesetzlichen Vergütung fehlt es, soweit die Vergütung für eine außergerichtliche Beratung durch § 34 I RVG freigegeben wird und an die Stelle der bisherigen gesetzlichen Vergütung die vereinbarte Vergütung tritt (Hartung/Römermann/Schons, RVG, 2. Aufl. 2006, § 34 Rn 47; im Ergebnis ebenso: Hartmann, § 34 Rn 27).*

Ist auf den Vergütungsanspruch des Kl. grds. (analog) § 34 RVG (a.F.) anzuwenden, kann im Ergebnis letztlich dahinstehen, ob - mündlich - eine konkrete Vergütungsvereinbarung getroffen wurde, weil jedenfalls ein Fall von § 34 I 2 RVG (a.F.) vorliegt. Diese Regelung verweist auf die Vorschriften des bürgerlichen Rechts (dazu: Hartmann, § 34 Rn 28), womit - vorliegend - konkret die §§ 612, 632 BGB gemeint sind.

*Eine **Vergütung gilt** danach (§§ 612, 632 BGB) **als vereinbart, wenn die Leistung nach den Umständen nur gegen ein Entgelt zu erwarten ist**. Dies gilt dann nicht, wenn ausdrücklich eine Unentgeltlichkeit vereinbart wurde. Die Beweislast für die Voraussetzungen von §§ 612 I, 632 I BGB trägt dabei der Dienstleistende/Unternehmer, der Dienstberechtigte/Besteller für die Vereinbarung von Unentgeltlichkeit (Palandt/Weidenkaff, BGB, 68. Aufl., § 612 Rn 4; Palandt/Sprau, BGB, § 632 Rn 18). Dass ein Rechtsanwalt regelmäßig nur gegen Entgelt tätig wird, bedarf keiner nähren Begründung. Dies ist jedenfalls dann anzunehmen, wenn unstreitig ist, dass mit der Tätigkeit ein erheblicher zeitlicher Aufwand verbunden war (vorliegend: 28 Stunden).*

Da die Erstellung des Aufsatzes regelmäßig nur gegen Entgelt zu erwarten ist, ist es im Hinblick auf die Darlegungs- und Beweislast für die Unentgeltlichkeit der Tätigkeit nicht ausreichend, wenn eine Seite (= Bekl.) subjektiv davon ausgeht, dass es sich unter Berücksichtigung des Gesamtvertragsverhältnisses lediglich um eine Akquisitionstätigkeit handeln sollte.

*Dem Kl. steht damit die **übliche Vergütung gem. §§ 612 II, 632 II BGB** zu: Dabei ist ein **Stundensatz von 175 €** (dass dieser Satz im Durchschnitt liegt: Hartung u.a., § 34 Rn 56) selbst dann anzunehmen, wenn auf die Gebührenvereinbarung insoweit nicht abgestellt werden kann.“ (OLG Naumburg aaO).*

VV RVG
Nr. 3500**Verfahrensgebühr**
Erstattungsfähigkeit anwaltlicher Kosten im Ablehnungsverfahren

RVG

(OLG Düsseldorf in OLGR 2009, 363; Beschluss vom 17.02.2009 – I-10 W 136/08)

Bei **Zurückweisung einer Beschwerde im Richterablehnungsverfahren** entsteht für die anwaltliche Vertretung der nicht ablehnenden Partei eine **im Kostenfestsetzungsverfahren erstattungsfähige Verfahrensgebühr**. Für die Entstehung der Gebühr genügt insoweit grds. bereits die Entgegennahme der Beschwerdeschrift.

„Im Ablehnungsverfahren entsteht für die anwaltliche Vertretung der nicht ablehnenden Partei eine Verfahrensgebühr. Diese ist jedenfalls bei Zurückweisung der Beschwerde auf Grund der Kostenentscheidung nach § 97 I ZPO im Rahmen der Kostenfestsetzung erstattungsfähig, wenn der Prozessbevollmächtigte auftragsgemäß im Beschwerdeverfahren tätig geworden ist (Anschluss an BGH MDR 2005, 1016; OLG Stuttgart Beschluss v. 27.01.2009, 8 W 19/09).

Das **Richterablehnungsverfahren ist kein auf das Verhältnis zwischen der ablehnenden Partei und dem Gericht beschränktes Verfahren**. Die Frage der Befangenheit eines Richters **berührt die prozessuale Rechtsstellung beider Parteien**. Daher hat auch die nicht ablehnende Partei die Stellung eines Verfahrensbeteiligten. Ihr ist rechtliches Gehör zu gewähren. Dies umfasst das Recht zur Äußerung. Um dieses Recht zu verwirklichen, ist der Anwalt in jedem Fall gehalten zu prüfen, ob die Beschwerdeschrift eine Stellungnahme erfordert (BGH aaO).

Von einer Beauftragung kann in der Regel ausgegangen werden, wenn der Anwalt die Partei im Hauptsacheverfahren vertritt. Für ein Tätigwerden genügt grds. die Entgegennahme der vom Gericht mitgeteilten Beschwerdeschrift. Es ist als glaubhaft gemacht anzusehen, dass der Anwalt anschließend pflichtgemäß geprüft hat, ob etwas für seinen Mandanten zu veranlassen ist. Die Einreichung eines Schriftsatzes ist nicht erforderlich. Weder die Entstehung noch die Erstattung der Beschwerdegebühr sind von dem Nachweis eines besonderen Interesses oder einer erkennbar gewordenen Beteiligung am Ablehnungsverfahren abhängig.“ (OLG Düsseldorf aaO).

VV RVG
Nr. 7000**Kosten für Grundbuchauszug**
sind im Kostenfestsetzungsverfahren zu berücksichtigen

RVG

(OLG Düsseldorf in Rpfleger 2009, 345; Beschluss vom 16.12.2008 – I-24 W 84/08)

Kosten für Grundbuchauszüge fallen zwar nicht unter die im 7. Teil des Vergütungsverzeichnisses genannten Auslagen, sind aber **im Kostenfestsetzungsverfahren als Aufwendungen einer Partei zu berücksichtigen**.

*„Dem Rechtsanwalt steht eine **Dokumentenpauschale** für Ablichtungen aus Gerichtsakten zu, soweit deren Herstellung zur sachgemäßen Bearbeitung der Rechtssache geboten war. Darum geht es hier nicht. Denn der Prozessbevollmächtigte des Drittbeklagten hat solche Ablichtungen nicht gefertigt, sondern sich entsprechende Ablichtungen, eben jene Grundbuchauszüge, von den zuständigen Grundbuchämtern gegen entsprechende Gerichtskosten anfertigen lassen.*

*Dies schließt indessen eine Kostenerstattung nicht von vornherein aus. Es entspricht allgem. Auffassung (vgl. Gerold/Schmidt/Müller-Rabe, RVG, 18. Aufl., Vorb. 7 VV Rn 7; Hartung/Römermann/Schons, RVG, 2. Aufl., Vorbem. 7 VV Rn 10), dass der Rechtsanwalt neben den in VV 7000 ff. gesondert aufgeführten Auslagen die Erstattung weiterer, nicht zu den allgemeinen Geschäftskosten zählender Aufwendungen verlangen kann. Denn gem. §§ 675, 670 BGB hat der Mandant auf Grund des Anwaltsvertrages **dem Rechtsanwalt alle Aufwendungen zu ersetzen, die dieser nach den Umständen für erforderlich halten durfte**. Zu diesen Kosten zählen z. B. vorgelegte Gerichtskosten, Kosten für die Ermittlung von Zeugenanschriften sowie Kosten für Registerauskünfte und Grundbuchauszüge (vgl. Gerold/Schmidt/Müller-Rabe aaO Rn 8).*

Allerdings hat sich der Gegner des Mandanten nicht nach dem Anwaltsvertrag zu richten. Seine Erstattungspflicht bestimmt sich allein nach § 91 I ZPO, mithin nach dem, was zur zweckentsprechenden Rechtsverteidigung notwendig war. Dies deckt sich im Wesentlichen mit dem Begriff der „sachgemäßen Bearbeitung“ in Nr. 7000 I.a VV RVG. Diesen Maßstab hat das LG beachtet.“ (OLG Düsseldorf aaO).

GKG
§§ 40, 48**Streitwertfestsetzung**
in Ehesachen

GKG

(OLG Nürnberg in MDR 2009, 511; Beschluss vom 18.02.2009 – 9 WF 1417/08)

Soweit in einer **Ehesache bzw. Lebenspartnerschaftssache** für die Bemessung des Streitwerts **auf die Vermögens- und Einkommensverhältnisse der Parteien** abzustellen ist, sind die **Verhältnisse der letzten drei Monate vor Eingang des Antrags bei Gericht** zugrunde zu legen.

- I. Welches **Nettoeinkommen** einzusetzen ist, das zum Zeitpunkt der Antragstellung oder das zum Zeitpunkt der Verfahrensbeendigung, regelt § 48 GKG nicht. Dies ist den allgemeinen Wertvorschriften, nämlich § 40 GKG zu entnehmen. Danach ist der **Zeitpunkt der Antragstellung maßgebend**. Mit Antragstellung ist der **Zeitpunkt der Anhängigkeit**, also des Antrageingangs bei Gericht gemeint (Hartmann, Kostengesetze, 36. Aufl., § 40 GKG Rn 3).

„Eine davon abweichende Regelung durch eine „lex speciales“ liegt somit nicht vor. Eine Modifizierung ist lediglich insoweit vorzunehmen, als sich eine Änderung der Einkommensverhältnisse für die nächste Zeit bereits zum Zeitpunkt der Antrageingangs sicher abzeichnet.“ (OLG Nürnberg aaO).

- II. Gegen dieses Ergebnis lässt sich nicht einwenden, die bei nicht vermögensrechtlichen Streitigkeiten neben den Einkommens- und Vermögensverhältnissen **zusätzlich zu den berücksichtigenden Umständen des Einzelfalls**, nämlich Umfang und Bedeutung der Sache, ließen sich erst bei Abschluss des Verfahrens beurteilen.

„Dies trifft zwar zu, führt aber nicht zwingend dazu, dass für die Beurteilung der Einkommens- und Vermögensverhältnisse der Parteien entgegen der Regelung des § 40 GKG ebenfalls auf den Zeitpunkt der Verfahrensbeendigung abzustellen ist. Soweit der Umfang und die Bedeutung der Sache beim Streitwert zu berücksichtigen sind, kann in diesem Einzelfall bei Verfahrensende aus diesen Gründen eine **Korrektur des Streitwertes** erfolgen, der sich im übrigen gem. §§ 40, 48 Abs. 3 GKG nach dem in den letzten drei Monaten vor Antragsteilung erzielten Einkommen richtet.“ (OLG Nürnberg aaO).

- III. Dementsprechend wird **in Rspr. und Lit.** nur vereinzelt die Meinung vertreten, es sei der Zeitpunkt der Verfahrensbeendigung auch für die Beurteilung der Einkommens- und Vermögensverhältnisse entscheidend (so Schneider-Hegret, Streitwertkommentar, 12. Aufl., Rn 1262, 1397; OLG Koblenz FamRZ 1993, 827; Schneider MDR 1991, 401).

Ebenso **vereinzelt** geblieben sind **Meinungen**, die danach unterscheiden wollen, ob seit Antragseingang Verbesserungen oder Verschlechterungen der Einkommens- und Vermögensverhältnisse eingetreten sind (OLG Zweibrücken FamRZ 2002, 225; OLG Bremen JurBüro 1984, 731).

Die **absolut herrschende Meinung**, der auch der Senat aus den genannten Gründen folgt, stellt für die Vermessung der Einkommens- und Vermögensverhältnisse der Parteien auf den Zeitpunkt des Antragseingangs ab und berücksichtigt – abgesehen von den einigen Einschränkungen – nachträgliche Änderungen nicht.

Hartmann aaO, § 48 GKG Rn 37; Zöller/Herget, ZPO, 27. Aufl., § 3 Rn 16, Stichwort Ehesachen; FA- FamRZ/Keske, 6. Aufl., 17. Kap., Rn 20; OLG Koblenz FamRZ 2003, 1681 für den Rechtszustand ab 24.06.1994; OLG Karlsruhe JurBüro 2003, 141; OLG Dresden FamRZ 2003, 1676

ZPO
§ 522 II

Anschlussberufung Kostentragungspflicht

ZPO

(OLG Schleswig in MDR 2009, 532; Beschluss vom 28.01.2009 – 4 U 192/07)

Bei der **Zurückweisung einer Berufung nach § 522 II ZPO trifft den Berufungs- und Anschlussberufungsführer eine anteilige Kostentragungspflicht**, nachdem eine zulässige Anschlussberufung eingelegt worden ist.

- I. Bei einer Zurückweisung der Berufung nach § 522 II ZPO ist die **Frage**, wer die durch eine zulässige Anschlussberufung, die nach § 524 IV ZPO wirkungslos geworden ist, entstandenen Kosten zu tragen hat, **in der ZPO nicht geregelt**.

Während nach der **jüngeren BGH-Rspr.** (vgl. BGH MDR 2007, 788 = NJW-RR 2007, 786) der Berufungsführer, der auf einen Hinweis gem. § 522 II 2 ZPO die Berufung zurücknimmt, gem. § 516 III 1 ZPO auch die Kosten der Anschlussberufung zu tragen hat, ist die Frage umstritten, wer die Kosten einer (zulässigen) Anschlussberufung nach Zurückweisung der Berufung gem. § 522 II ZPO zu tragen hat.

1. Die **wohl vorherrschende Auffassung** geht im Rahmen einer entsprechenden Anwendung der §§ 91, 92 I, 96 ZPO von einer anteiligen Kostentragungspflicht des Anschlussberufungsführers aus. Zur Begründung wird dabei u.a. auf die entsprechende Entscheidung des BGH zur Kostenteilung bei der unselbstständigen Anschlussrevision bei der nicht angenommenen Revision verwiesen (BGHZ 80, 146 = MDR 1981, 638 = NJW 1981, 1790).

vgl. KG KGR 2008, 718; KGR 2007, 568; OLG Celle MDR 2005, 1017; Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann, ZPO, 67. Aufl. 2009, § 524 Rn 27; Musielak, ZPO, 6. Aufl. 2008, § 524 Rn 31a; MüKo-ZPO/Rimmelspacher, 3. Aufl. 2007, § 524 Rn 62; Wieczorek-Schütze, ZPO, 3. Aufl. 2004, § 524 Rn 53; wohl auch Zöller/Heßler, ZPO, 27. Aufl. 2009, § 524 Rn 44; Pape NJW 2003, 1150; Fölsch NJW 2006, 3521

2. Die **Gegenansicht** nimmt eine Kostentragungspflicht des Berufungsführers nach § 97 I auch für die durch die wirkungslos gewordene Anschlussberufung entstandenen Kosten an, denn einer quotenmäßigen Aufteilung nach den §§ 97 I, 92 I ZPO stehe entgegen, dass die Anschlussberufung kein eigenes Rechtsmittel sei, sondern nur ein Angriff innerhalb des vom Berufungskl. eingelegten Rechtsmittels, und daher § 97 I ZPO, wonach die Kosten eines erfolglos eingelegten Rechtsmittels von demjenigen zu tragen seien, der es eingelegt habe, hier nicht zur Anwendung kommen könne.

vgl. OLG Bremen MDR 2008, 1306; OLG Frankfurt OLGR 2006, 1095 f.; Hülk/Timme MDR 2004, 14f.; Ludwig MDR 2003, 670

- II. **OLG Schleswig aaO hält eine Kostentragung von Berufungs- und Anschlussberufungsführer für sachgerecht.**

„Der Anschlussberufungsführer weiß, dass sein Anschlussrechtsmittel von der Begründetheitsprüfung des Hauptrechtsmittels abhängt. Wenn es zu einer **gerichtlichen Sachentscheidung** kommt, entspricht es dem **kostenrechtlichen Grundprinzip**, dass der Unterliegende die Kosten eines erfolglos gebliebenen Angriffsmittels zu tragen hat. Auch die **Anschlussberufung ist** – der Anschlussberufungsführer erstrebt eine Abänderung der angefochtenen Entscheidung zu seinem Gunsten – **ein Angriffsmittel**, der Anschlussberufungsführer ist mit den Kosten seines wirkungslos gebliebenen Angriffs zu belasten. Die **Wirkungslosigkeit der Anschlussberufung ist nicht auf eine Handlung des Berufungsführers zurückzuführen, sondern Folge der Zurückweisung des Hauptrechtsmittels durch das Gericht**, auf die der Berufungsführer keinen Einfluss hat. Damit entzieht – anders als bei der Rücknahme der Berufung – nicht der Berufungsführer, sondern das Gericht der Anschließung ihre Wirkung. Der Anschlussberufungsführer kann diese Rechtsfolge vermeiden, indem er selbstständig Berufung einlegt.“ (OLG Schleswig aaO).

Aus der Praxis

BORA
§ 7 I 2**„Rechtsanwälte für Arbeitsrecht“
unzulässige Werbung**

BORA

(AGH Schleswig-Holstein in BRAK-Mitt. 2009, 133; Beschluss vom 05.02.2009 – 2 AGH 6/07)

Eine **Werbung mit der Bezeichnung „Rechtsanwalt für Arbeitsrecht“** ist gem. § 7 II BORA **unzulässig**, da sie die Gefahr einer Verwechslung mit dem „Fachanwalt für Arbeitsrecht“ begründet und daher irreführend ist.

*„Hier liegt nicht nur eine Irreführung vor, sondern auch die Gefahr einer Verwechslung mit Fachanwaltschaften: Die Bezeichnung „Rechtsanwälte für Arbeitsrecht“ ist für den unbefangenen Rechtssuchenden sogar weitergehend als die Bezeichnung „Fachanwälte für Arbeitsrecht“. Eine größere Annäherung an die Bezeichnung „Fachanwälte für Arbeitsrecht“ ist begrifflich nicht denkbar. Eine Zulässigkeit dieser Form von Werbung **entwertet den Begriff des Fachanwaltes völlig**. Die Werbung ist auch irreführend. Auf diese Art der Werbung kann irrigerweise angenommen werden, dass hier Spezialisten tätig sind oder zumindest Fachanwälte. Beides liegt nicht vor.“* (AGH Schleswig-Holstein aaO).

BORA
§ 7 I 2**„Prädikatsanwalt“
unzulässige Werbung**

BORA

(LG Regensburg in BRAK-Mitt. 2009, 141; Urteil vom 20.02.2009 – 2 HKO 2062/08)

Die **Verwendung der Bezeichnung „Prädikatsanwalt“** ist unzulässig.

- I. Der im Internetauftritt verwendete Begriff des „Prädikatsanwalts“ beinhaltet zunächst nicht nur ein bloßes Werturteil, sondern eine **hinreichend konkrete Tatsachenbehauptung zu den Befähigungen der registrierten Rechtsanwälte**.

*„Die Angabe „Prädikatsanwalt“ beinhaltet ein Mindestmaß an Information dahingehend, dass es sich bei den registrierten Anwälten um solche mit „Prädikatsexamen“, also überdurchschnittlichem Examensabschluss handelt. Wegen dieses hinreichend konkreten Aussagegehalts kann auch nicht vom Vorliegen einer nichtssagenden Anpreisung der jeglicher Informationsgehalt fehlt, ausgegangen werden: Der Begriff des „Prädikatsanwalts“ beinhaltet eine **Anpreisung, mit der die Vorstellung von einer Gruppe besonders qualifizierter Rechtsanwälte verbunden wird**. Im Duden, Die Deutsche Rechtsschreibung, 2000, Band I, wird der Begriff des Prädikatsexamens in diesem, allgemein so verstandenen Sinne definiert: „Mit einer sehr guten Note bestandenes Examen.“* (LG Regensburg aaO).

- II. Mit diesem Begriffsinhalt aber ist diese **Aussage** und Angabe zur Befähigung der beworbenen Rechtsanwälte **irreführend**.

*„Auszugehen ist dabei vom angesprochenen Verkehrskreis der Rechtssuchenden; die Werbebehauptung richtet sich also an das breite Publikum, also auch den, er nur gelegentlich oder selten Rechtsrat sucht, bei einem Rechtsanwalt um Rat nachsuchen will. Es ist daher als Maßstab auf den durchschnittlich informierten und verständigen Bürger abzustellen, der der Werbung die der Situation angemessene Aufmerksamkeit entgegenbringt, für den vorliegenden Fall wohl in der Regel mit größerer Aufmerksamkeit und nicht nur flüchtig die Werbung wahrnimmt. Dessen Verständnis von der Werbeaussage wird nach der Bedeutung des Wortsinns dahingehen, dass der Prädikatsanwalt zu einer kleinen Gruppe von Rechtsanwälten zählt, die durch einen herausragenden Studienabschluss brilliert haben, juristische Strukturen **besser als ihre Kollegen** erfassen“ können, es sich bei dem **Prädikatsanwalt** also um einen „**Spitzenjuristen**“ handelt. Dies zumindest von einem erheblichen Teil der angesprochenen Verkehrskreise erweckte **Vorstellung stimmt jedoch mit den wirklichen Verhältnissen nicht** überein. Es mag dahinstehen, ob 57% oder nur 47% der Examenskandidaten, die in Bayern 2007 das 2. Staatsexamen bestanden haben, zumindest das „kleine Prädikat“ erworben haben, denn auch die Quote von 47% und der Umstand, dass bereits bei 6,5 von 18 möglichen Punkten ein Prädikat verliehen wird, belegt, dass **die mit dem Begriff „Prädikatsanwalt“ versehenen Rechtsanwälte nicht notwendig zu einer kleinen Gruppe von Spitzenjuristen zählen**, die ihr Examen mit einer sehr guten Note bestanden haben. Auch wenn die weiteren Anforderungsvoraussetzungen (fünfjährige Berufserfahrung und Erwerb des Fachanwaltstitels) in die Bewertung mit einbezogen werden, verändert sich das Ergebnis der Beurteilung der tatsächlichen Befähigungsverhältnisse nicht nennenswert. Zu sehr weicht die Vorstellung („Spitzenjurist“) von den bei einer nennenswerten Zahl von „Prädikatsanwälten“ tatsächlich vorhandenen Befähigung ab.*

*Diese erweckte **falsche Vorstellung** ist auch generell geeignet, bei einem erheblichen Teil der umworbenen Verkehrskreise Einfluss auf ihre Entscheidung zur Wahl eines bestimmten Anwalts zu nehmen. Die wettbewerbsrechtliche Relevanz ist gegeben.“* (LG Regensburg aaO).

ZPO
§ 115 II**Prozesskostenhilfe
Aufwendungen für bedürftigen Lebensgefährten sind zu berücksichtigen**

ZPO

(OLG Dresden in NJOZ 2009, 2001; Beschluss vom 02.03.2009 – 24 WF 116/09)

Im **Prozesskostenhilfeprüfungsverfahren** kann ein Ast. nicht geltend machen, er zahle seinem Lebensgefährten Unterhalt. Als besondere Belastung kann aber der **Betrag geltend gemacht** werden, **mit dem** sein Einkommen nach SGB II herangezogen wird, um den **Bedarf des Lebensgefährten zu decken**.

*„Die Ast. und ihr Lebensgefährte, der über kein eigenes Einkommen verfügt, leben in einer „**Bedarfsgemeinschaft**“ i.S. der §§ 7 III Nr. 3 b, 9 SGB II. Der Bedarf des Lebensgefährten nach SGB II beläuft sich derzeit auf 316 € (ohne Wohnbedarf). Entsprechende **Sozialleistungen wurden ihm** aber wegen der bestehenden Bedarfsgemeinschaft mit der Ast. **versagt**, der Betrag ist also tatsächlich von der Ast. aufzubringen. (Anteilige Wohnkosten des Lebensgefährten bleiben außer Betracht, da sie in voller Höhe bereits bei der Ast. nach § 115 I Nr. 3 ZPO berücksichtigt wurden.)*

Dieser **faktischen Unterhaltslast** kann die Ast. nur entgehen, wenn sie die Lebens- und Bedarfsgemeinschaft mit ihrem Lebensgefährten beendet. Es ist ihr jedoch nicht zuzumuten, ihre Lebensgemeinschaft zu beenden, um freierwerbende Mittel für die Prozesskosten einsetzen zu können.“ (OLG Dresden aaO).

ZPO **Prozesskostenhilfe** ZPO
§ 115 I Nr.1a **Berücksichtigung von Fahrtkosten**

(OLG Koblenz in OLGR 2009, 373; Beschluss vom 01.07.2008 – 9 WF 465/08)

Bei der Ermittlung des Einkommens sind die **Fahrtkosten zur Arbeitsstätte** bei Benutzung eines PKW mit **monatlich 5,20 € je Entfernungskilometer** anzusetzen, und zwar begrenzt auf max. 40 km.

„Im Rahmen der Prozesskostenhilfe ist nämlich nicht auf die unterhaltsrechtlichen Leitlinien der Familiensenate des OLG Koblenz abzustellen, sondern gem. § 115 I Nr. 1 a ZPO auf § 82 II Nr. 4 SGB XII i.V.m. der dazu erlassenen Durchführungsverordnung. Gem. § 3 VI Nr. 2 a der Verordnung zur Durchführung des § 82 SGB XII sind für die Benutzung eines PKWs monatlich 5,20 € je Entfernungskilometer anzusetzen, und zwar begrenzt auf max. 40 km (OLG Zweibrücken OLGR 2006, 397 = FamRZ 2006, 799).“ (OLG Koblenz aaO).

ZPO **Verfahrensaussetzung** ZPO
§ 148 **selbstständiges Beweisverfahren**

(OLG Köln in MDR 2009, 526; Beschluss vom 22.12.2008 – 18 W 30/08)

Das **Hauptsachegericht** ist befugt, den **Rechtsstreit** auch in den Fällen gem. § 148 ZPO **auszusetzen**, in denen zwischen denselben Parteien zu den behaupteten Mängeln ein **selbstständiges Beweisverfahren** eingeleitet worden ist.

„Nach Ansicht des BGH (MDR 2007, 542 = NJW-RR 2007, 307), der sich der Senat anschließt, gebietet es der Gedanke der **Prozessökonomie**, mehrfache Beweiserhebungen wegen desselben Gegenstandes mit möglicherweise unterschiedlichen Ergebnissen zu vermeiden. Die kann auch im Streitfall erreicht werden, wenn die bereits angeordnete Beweiserhebung im selbstständigen Beweisverfahren fortgesetzt wird und eine **parallele Beweiserhebung im Hauptsacheverfahren wegen der Aussetzung ausscheidet**. Die Anordnung einer Aussetzung setzt allerdings eine fehlerfreie Ermessensausübung voraus, von der hier jedoch ausgegangen werden kann.

Es sind keine Anhaltspunkte vorgetragen oder sonst ersichtlich, dass das LG die gebotene Förderung und Beschleunigung des Prozesses auf andere Weise besser hätte erreichen können. Insbesondere hat die mit den selbstständigen Beweisverfahren früher befasste Kammer des LG dem Gedanken der Prozessökonomie Rechnung tragend das Hauptsacheverfahren übernommen (vgl. BGH MDR 2005, 45 = BauR 2004, 1656). Der Gedanke der Prozessökonomie wird unter diesem Gesichtspunkt auch dann ausreichend gewahrt, wenn nach Abschluss des selbstständigen Beweisverfahrens aufgrund neuen Sachvortrags möglicherweise die Durchführung einer weiteren Beweisaufnahme erforderlich werden sollte.“ (OLG Köln aaO).

ZPO **Berufungsschrift** ZPO
§ 233 **Prüfung der gerichtlichen Zuständigkeit**

(BGH in NJW 2009, 1750; Beschluss vom 05.03.2009 – V ZB 153/08)

Ein **Rechtsanwalt** muss bei der Unterzeichnung einer **Berufungsschrift** auch dann **selbst überprüfen**, ob sie an das **zuständige Berufungsgericht gerichtet** ist, wenn er diese Frage zuvor durch einen anwaltlichen Kollegen seiner Sozietät hat prüfen lassen.

„In der Rspr. des BGH ist anerkannt, dass der Rechtsanwalt die Berufungsschrift selbst auf ihre Richtigkeit (BGH NJW-RR 1988, 1528; NJW 1989, 2396; NJW 1990, 990; VersR 1993, 79; NJW-RR 1993, 254; Musielak/Grandel, ZPO, 6. Aufl., § 233 Rn 45) überprüfen muss. Dazu gehört neben der Bezeichnung der Parteien (BGH VersR 1982, 191) auch die Bezeichnung des zuständigen Gerichts (BGH VersR 1988, 251; VersR 1993, 1381; für Fristverlängerungsantrag BGH NJW 2000, 2511). Hätte der Prozessbevollmächtigte diese Prüfung angestellt, hätte er festgestellt, jedenfalls feststellen müssen, dass die Berufung im Hinblick auf § 72 II 1 GVG bei dem LG München I einzulegen war.

Diese **Prüfung durfte der Prozessbevollmächtigte des Bekl. nicht delegieren**: Ein Rechtsanwalt darf zwar seinem Büropersonal die Ermittlung der (genauen) Postanschrift des BerGer. überlassen und muss diese Anschrift dann auch nicht überprüfen (BGH NJW-RR 1990, 1149; BGH NJW 2000, 82; Musielak/Grandel, § 233 ZPO Rn 48). Das gilt aber nicht für die **Angabe des BerGer. selbst**. Sie ist ein **nicht delegierbarer Kernbestandteil der Berufungsschrift**.

Nichts anderes ergibt die Rspr. des BGH zur, wie sie es nennt, **Arbeitsteilung in Sozietäten**: Danach sind die in einer Sozietät tätigen Rechtsanwälte gemeinsam verpflichtet, alles zu tun, um fristgebundene Schriftsätze rechtzeitig einzureichen (BGHZ 124, 47 = NJW 1994, 257). Deshalb muss ein Rechtsanwalt, der im Postausgangsfach der Sozietät vergessene Post zur Post aufgeben will, prüfen, ob sich darunter eilige Sachen befinden, die schneller befördert werden müssen (BGH NJW-RR 2003, 490), und mitgenommene Sendungen rechtzeitig in den Postkasten einwerfen, auch wenn er sie nicht bearbeitet hat (BGH NJW 1995, 1841). Das gilt erst recht für den Rechtsanwalt, der eine arbeitsteilig vorbereitete Berufungsschrift verantwortlich unterzeichnet. Bei dieser Art der Vorbereitung einer Berufungsschrift muss vor ihrer Absendung durch den prozessführenden Rechtsanwalt (oder seinen Vertreter) verantwortlich geprüft werden, ob die Koordination der Beiträge auch gelungen ist. Diese Prüfung kann sinnvoll nur durch den Rechtsanwalt erfolgen, der die Berufungsschrift unterzeichnet und damit für die Sozietät insgesamt die Verantwortung für deren Richtigkeit übernimmt. Dieser kann seiner Aufgabe nur gerecht werden, wenn er in seine Prüfung alle koordinierten Beiträge einbezieht und die Berufungsschrift insgesamt auf ihre Richtigkeit überprüft. Ein **Ausblenden einzelner Elemente verfehlt den Zweck der Prüfung**. Die erforderliche Prüfung beschränkt sich auf einen überschaubaren Kreis von Punkten und stellt deshalb auch keine übertriebenen Anforderungen.“ (BGH aaO).

ZPO
§ 699 III**nachträgliche Titulierung der Verfahrenskosten
mahngerichtliche Zuständigkeit**

ZPO

(BGH in MDR 2009, 589; Beschluss vom 25.02.2009 – Xa ARZ 197/08)

Ist eine **Mahnsache nicht an das Prozessgericht abgegeben** worden, **verbleibt** es für die nachträgliche Titulierung von nicht in den Vollstreckungsbescheid aufgenommenen Verfahrenskosten bei der **Zuständigkeit desjenigen Mahngerichts, das den Vollstreckungsbescheid entsprechend zu ergänzen hat**. Dies gilt unabhängig davon, ob die Kosten mit dem Mahnbescheid geltend gemacht worden sind oder nicht.

- I. Nach **§ 699 III 1 ZPO** sind die bisher entstandenen **Kosten des Verfahrens in den Vollstreckungsbescheid aufzunehmen**.

„Hierbei handelt es sich um eine das Kostenfestsetzungsverfahren nach §§ 103 ff. ZPO ausschließende, **ausdrücklich dem Mahngericht übertragene Aufgabe** (BGH NJW 1991, 2084; OLG Nürnberg JurBüro 2006, 141). **Für die nachträgliche Geltendmachung von Kosten, die bei Erlass des Vollstreckungsbescheids nicht berücksichtigt worden sind, sieht das Gesetz eine abweichende Regelung nicht vor**. Es ist daher nicht zu rechtfertigen und führte zudem zu wenig praktischen Ergebnissen, für nachträglich angemeldete, im Mahnverfahren angefallene Kosten eine Zuständigkeit des (hypothetischen) Prozessgerichts anzunehmen. Ist die Sache nicht an das Prozessgericht abgegeben worden, verbleibt es daher bei der Zuständigkeit des Mahngerichts, das den Vollstreckungsbescheid entsprechend zu ergänzen hat.“ (BGH aaO).

- II. Der Zuständigkeit des Mahngerichts steht es auch nicht entgegen, dass die nachträglich geltend gemachten Kosten nicht schon im Mahnbescheid enthalten waren.

1. Zwar wird die Auffassung vertreten, dass Kosten, die bereits vor Erlass des Mahnbescheids angefallen sind, aber nicht in den Mahnbescheid aufgenommen wurden, auch im Vollstreckungsbescheid nicht mehr berücksichtigt werden könnten, weil der Vollstreckungsbescheid nach § 699 I ZPO auf der Grundlage des Mahnbescheids erlassen werde (Musielak/Voit, ZPO, 6. Aufl., § 699 Rn 6 m.w.N.).
2. Diese **Einschränkung ist jedoch nicht gerechtfertigt**.

„Nach § 699 III 1 ZPO sind ohne Einschränkung die bisher entstandenen Kosten in den Vollstreckungsbescheid aufzunehmen. Hierzu zählen alle im gesamten Mahnverfahren angefallenen Kosten. **Sinn und Zweck der Regelung** sprechen ebenfalls für eine umfassende Zuständigkeit des Mahngerichts zur Titulierung von Verfahrenskosten. Mit dem Mahnverfahren soll dem Gläubiger einer Geldforderung ein vereinfachtes Verfahren zur schnellen Erlangung eines Vollstreckungstitels nicht nur über seine Forderung, sondern auch über die ihm erwachsenen Kosten und Auslagen zur Verfügung gestellt werden, um eine gesonderte Geltendmachung überflüssig zu machen.

Diesem Zweck des Mahnverfahrens würde es nicht gerecht, wenn der Ast. zur nachträglichen Geltendmachung von Kosten auf das Kostenfestsetzungsverfahren nach §§ 103 ff. ZPO vor dem Prozessgericht verwiesen würde oder gar gezwungen wäre, Klage zu erheben oder ein neues Mahnverfahren zu betreiben. Das vorliegende OLG weist zu Recht darauf hin, dass für die Zuständigkeit des Mahngerichts auch sonst Gründe der Zweckmäßigkeit und der **Verfahrensökonomie** sprechen, da das Mahngericht, wenn ein Widerspruch oder Einspruch nicht eingelegt worden ist, das einzige mit der Sache befasste Gericht ist und nur bei diesem Gericht, bei dem sich die Akten befinden, ohne größeren Aufwand geprüft werden kann, ob die Voraussetzungen für die Titulierung der nachträglich angemeldeten Kosten vorliegen.“ (BGH aaO).

BGB
§ 626 I**versuchter Prozessbetrug
zulässiger Kündigungsgrund**

BGB

(BAG in DB 2009, 1024; Urteil vom 08.11.2007 – 2 AZR 528/06)

Auch ein **zu Lasten des Arbeitgebers begangener versuchter Prozessbetrug** ist ein Vermögensdelikt und kann einen **wichtigen Grund zur Kündigung des Arbeitsverhältnisses i. S. des § 626 I BGB** darstellen.

„Denn jedenfalls **verletzt ein Arbeitnehmer vertragliche Nebenpflichten**, nämlich die dem Vertragspartner geschuldete Rücksichtnahme auf dessen Interessen (§ 241 II BGB nF), wenn er im Rechtsstreit um eine Kündigung bewusst wahrheitswidrig vorträgt, weil er befürchtet, mit wahrheitsgemäßen Angaben den Prozess nicht gewinnen zu können (vgl. Hess. LAG LAGR 2005, 120).

Ebenso dürfte im vorliegenden Fall kaum von „Wahrnehmung berechtigter Interessen“ gesprochen werden können. Immerhin handelt es sich bei dem Kündigungsvorwurf um einen **vorsätzlichen Verstoß gegen die prozessuale Wahrheitspflicht**.“ (BAG aaO).

BGB
§ 1610 II**Kindesunterhalt
Kindergartenbeitrag als Mehrbedarf**

BGB

(BGH in NJW 2009, 1816; Urteil vom 16.11.2008 – XII ZR 65/07)

Kindergartenbeiträge sind in den Unterhaltsbeträgen, die in den Unterhaltstabellen ausgewiesen sind - unabhängig von der sich im Einzelfall ergebenden Höhe des Unterhalts - **nicht enthalten**. Die in einer Kinderbetreuungseinrichtung anfallenden Verpflegungskosten sind hingegen mit dem Tabellenunterhalt bereits abgegolten.

Damit gibt BGH aaO seine bisher entgegenstehende Rspr. (BGH NJW 2007, 1969 = FamRZ 2007, 882; NJW 2008, 2337 = FPR 2008, 299 = FamRZ 2008, 1152) auf.

- I. Durch das **Unterhaltsänderungsgesetz** vom 21.12.2007 (BGBl I, 3189) ist der bisherige § 1612a BGB vollständig neu gefasst worden.

§ 1612a I BGB n.F. bestimmt den Unterhalt, den ein minderjähriges Kind von einem Elternteil verlangen kann, mit dem es nicht in einem Haushalt lebt, als Prozentsatz des jeweiligen Mindestunterhalts. Letzterer richtet sich nach dem doppelten Freibetrag für das sächliche Existenzminimum eines Kindes (Kinderfreibetrag) gem. § 32 VI 1 EStG. Anknüpfungspunkt für den Unterhalt ist damit nicht mehr die Regelbetrag-Verordnung, sondern das Steuerrecht und die dort enthaltene Bezugnahme auf den existenznotwendigen Bedarf von Kindern, der nach der Rspr. des BVerfG (BVerfGE 99, 216 = NJW 1999, 557 = FamRZ 1999, 285) von der Einkommensteuer verschont bleiben muss. Dieses Existenzminimum wird von der Bundesregierung alle zwei Jahre in einem Existenzminimumbericht auf der Grundlage der durchschnittlichen sozialhilferechtlichen Regelsätze der Bundesländer und statistischer Berechnungen der durchschnittlichen Aufwendungen für Wohn- und Heizkosten ermittelt (vgl. zuletzt Siebenter Existenzminimumbericht v. 21. 11. 2008, BT-Dr 16/11065); es bildet die Orientierungsgröße für die Höhe des einkommensteuerlichen sächlichen Existenzminimums. Auf dieser Grundlage gewährt das Steuerrecht nach § 32 VI 1 EStG jedem Elternteil für ein zu berücksichtigendes Kind einen entsprechenden Kinderfreibetrag. Mit der Anknüpfung an den doppelten Kinderfreibetrag soll der Mindestunterhalt das Existenzminimum eines Kindes gewährleisten (BT-Dr 16/1830, S. 26ff.; vgl. auch Klinkhammer FamRZ 2008, 193).

- II. Die Frage, welche Aufwendungen der dem sächlichen Existenzminimum entsprechende Mindestbedarf abdeckt, ist danach unter **Heranziehung der §§ 27ff. SGB XII** sowie der Verordnung zur Durchführung des § 28 SGB XII (Regelsatzverordnung - RSV) zu beantworten: Nach § 27 I SGB XII umfasst der notwendige Lebensbedarf insbesondere Ernährung, Unterkunft, Kleidung, Körperpflege, Hausrat, Heizung und persönliche Bedürfnisse des täglichen Lebens. Zu Letzteren gehören in vertretbarem Umfang auch Beziehungen zur Umwelt und eine Teilnahme am kulturellen Leben. Nach Abs. 2 umfasst der notwendige Lebensunterhalt bei Kindern und Jugendlichen auch den besonderen, insbesondere den durch ihre Entwicklung und ihr Heranwachsen bedingten Bedarf.

*„Bei dieser Quantifizierung des Bedarfs sind jedoch die **allgemeinen Kosten nicht hinreichend berücksichtigt**, die Eltern aufzubringen haben, um dem Kind eine Entwicklung zu ermöglichen, die es zu einem verantwortlichen Leben in der Gesellschaft befähigt. Hierzu gehört etwa die Mitgliedschaft in Vereinen sowie sonstige Formen der Begegnung mit anderen Kindern oder Jugendlichen außerhalb des häuslichen Bereichs und die verantwortliche Nutzung der Freizeit und die Gestaltung der Ferien (BVerfGE 99, 216 = NJW 1999, 557 = FamRZ 1999, 285).“* (BGH aaO).

- III. Dass das genannte Leistungsspektrum den Kindergartenbeitrag bzw. vergleichbare Aufwendungen für die Betreuung eines Kindes in einer kindgerechten Einrichtung einschließt, kann danach nicht festgestellt werden.

*„Das ergibt sich zunächst aus der **Regelsatzverordnung**, die Inhalt, Bemessung und Aufbau der Regelsätze bestimmt. Nach § 2 I 1 RSV ist Grundlage der Bemessung der Regelsätze der aus der Einkommens- und Verbrauchsstichprobe abzuleitende Eckregelsatz. Dieser setzt sich aus der Summe bestimmter, in § 2 II RSV aufgeführter Verbrauchsausgaben zusammen. Die **betreffende Auflistung enthält indes keine Position, unter die der Kindergartenbeitrag gefasst werden könnte**. Zwar erstreckt sich die Einkommens- und Verbrauchsstichprobe unter anderem auch auf Dienstleistungen der Kindergärten, Kinderhorte, Krippen, Spielgruppen und andere Kinderbetreuungseinrichtungen (vgl. Gliederungspunkt U/03 der Hinweise des Statistischen Bundesamts zur Einkommens- und Verbrauchsstichprobe). Die Auswertung der Einkommens- und Verbrauchsstichprobe, die § 2 RSV vorschreibt, bezieht sich aber nur auf die regelsatzrelevanten Erhebungen. Hierzu gehören Kindergartenbeiträge nicht, das Sozialrecht sieht insofern vielmehr eine anderweitige Regelung vor (wird ausgeführt).*

*Das **sächliche Existenzminimum** und dem folgend der Mindestbedarf eines Kindes beinhalten deshalb nicht die für den Kindergartenbesuch aufzubringenden Kosten. Für den Betreuungs- und Erziehungsbedarf des Kindes, der über den existenziellen Sachbedarf hinaus notwendiger Bestandteil des familiären Existenzminimums ist (BVerfGE 99, 216 = NJW 1999, 557 = FamRZ 1999, 285), sind vielmehr zusätzliche Mittel zu veranschlagen. Die dem System der Bedarfsfestlegung immanente Abgrenzung dieses Bedarfs von demjenigen des sächlichen Bedarfs betrifft nicht nur den für ein Kind aufzubringenden Mindestunterhalt, sondern auch den bei günstigeren Einkommensverhältnissen des Barunterhaltspflichtigen geschuldeten höheren Unterhalt. Auch den Mindestunterhalt übersteigende Unterhaltsbeträge decken grundsätzlich keinen wesensverschiedenen Aufwand ab, sondern zielen auf Grund der abgeleiteten Lebensstellung des Kindes auf eine Bedarfsdeckung auf höherem Niveau. Danach ist die Annahme aber nicht gerechtfertigt, in höheren Unterhaltsbeträgen seien Kosten für den Besuch eines Kindergartens teilweise enthalten (vgl. Wendl/Klinkhammer, § 2 Rn 275; a.A. OLG Frankfurt a. M. NJW-RR 2006, 1303; Reinken FPR 2008, 90; Scholz FamRZ 2006, 737; Maurer FamRZ 2006, 663).“* (BGH aaO).

InsO
§§ 290 I Nr. 5, 289 II 1

Restschuldbefreiung Auskunfts- und Mitwirkungspflichtverletzung

InsO

(BGH in Rpfleger 2009, 340; Beschluss vom 08.01.2009 – IX ZB 73/08)

Die **Versagung der Restschuldbefreiung** wegen Verletzung von Auskunfts- und Mitwirkungspflichten des Schuldners **setzt nicht die konkrete Beeinträchtigung der Befriedigungsaussichten der Gläubiger voraus**.

- I. Der **BGH** hat die Frage eines ungeschriebenen Tatbestandsmerkmals der Beeinträchtigung der Gläubigerbefriedigung im Versagungstatbestand des § 290 I Nr. 5 InsO bislang nicht abschließend beantwortet.

Zwar hat der Senat (BGH NJW 2003, 2167 = NZI 2003, 389) ausgeführt, § 290 I Nr. 5 InsO enthalte neben dem Erfordernis einer objektiven Pflichtverletzung und den subjektiven Verschuldensanforderungen (Vorsatz oder grobe Fahrlässigkeit) keine weiteren Tatbestandsvoraussetzungen für die Versagung. In späteren Entscheidungen hat er diese Frage jedoch offen gelassen (BGH NJW-RR 2004, 1639 = NZI 2004, 633; ZInsO 2007, 96).

II. In der **instanzgerichtlichen Rspr. und im Schrifttum** wird die Frage unterschiedlich beantwortet:

- Teilweise wird verlangt, die Verletzung von Auskunfts- und Mitwirkungspflichten müsse zu einer Verminderung der Befriedigungsaussichten der Gläubiger geführt haben.

AG Memmingen ZInsO 2004, 52; Ahrens, Frankfurter Komm. z. InsO, 4. Aufl., § 290 Rn 7

- Ganz überwiegend wird vertreten, für den Versagungsgrund sei unerheblich, ob sich die Pflichtverletzung zum Nachteil der Gläubiger ausgewirkt habe.

LG Mönchengladbach ZInsO 2003, 955; AG Hamburg NZI 2001, 46 = ZInsO 2001, 330; AG Leipzig ZVI 2007, 143; AG Offenburg ZVI 2007, 34; AG Oldenburg ZInsO 2001, 1170; AG Wetzlar NZI 2007, 57; Graf-Schlicker/Kexel, InsO, § 290 Rn 22; Streck, Hamburger Komm. z. InsolvenzR, § 290 Rn 35; Landfermann, Heidelberger Komm. z. InsO, 5. Aufl., § 290 Rn 29; Hess, InsO, 2007, § 290 Rn 91; MüKo-InsO/Stephan, 2. Aufl., § 290 Rn 74; Kübler/Prütting/Bork, InsO, § 290 Rn 20a; Uhlenbruck/Vallender, InsO, 12. Aufl., § 290 Rn 70; Mohrbutter/Ringstmeier/Pape, Hdb. d. Insolvenzverwaltung, 8. Aufl., § 17 Rn 53; nicht eindeutig Nerlich/Römermann, InsO, § 290 Rn 97; Braun/Lang, InsO, 3. Aufl., § 290 Rn 6

III. **BGH aaO** schließt sich der Auffassung an, wonach der **Versagungsgrund des § 290 I Nr. 5 InsO keine Beeinträchtigung der Befriedigung der Gläubiger voraus setzt**. Danach **genügt es**, wenn die Verletzung der Auskunfts- und Mitwirkungspflichten nach ihrer Art geeignet ist, die **Befriedigung der Insolvenzgläubiger zu gefährden**.

1. Nach dem **Wortlaut der Vorschrift** kommt es nicht darauf an, ob die Verletzung von Auskunfts- und Mitwirkungspflichten die Befriedigungsmöglichkeiten der Insolvenzgläubiger tatsächlich verschlechtert.
2. Mit **Sinn und Zweck der Vorschrift** ist die Ansicht, die Restschuldbefreiung könne nur versagt werden, wenn die Verletzung der Auskunfts- und Mitwirkungspflichten die Befriedigung der Gläubiger nachteilig beeinflusst habe, nicht zu vereinbaren.

„Durch § 290 I Nr. 5 InsO soll erreicht werden, dass der Schuldner die sich aus den §§ 97, 20 I InsO ergebenden Auskunfts- und Mitwirkungspflichten uneingeschränkt und vorbehaltlos erfüllt. Ein Schuldner, der von seinen Verbindlichkeiten befreit werden will, hat seine Vermögensverhältnisse offenzulegen, alle verlangten Auskünfte zu erteilen und sich auf Anordnung des Insolvenzgerichts jederzeit zur Verfügung zu stellen (Mohrbutter/Ringstmeier/Pape, § 17 Rn 74). Er hat Umstände, die für die Erteilung der Restschuldbefreiung von Bedeutung sein können, von sich aus, ohne besondere Nachfrage zu offenbaren (AG Oldenburg ZInsO 2001, 1170).

Wenn es dem Schuldner gestattet würde, Auskünfte sanktionslos zurückzuhalten, weil ihre Erteilung für die Befriedigung der Insolvenzgläubiger vermeintlich unerheblich ist, wäre es zunächst ihm überlassen zu prüfen, ob die von ihm begehrte Auskunft für die Gläubiger interessant ist, insbesondere deren Befriedigungsaussichten verbessert. Dies zu beurteilen, ist jedoch nicht Sache des Schuldners. Es widerspräche der vom Gesetz bezweckten Verpflichtung des Schuldners zur Offenheit und vorbehaltlosen, unaufgeforderten Mitwirkung, die ein wesentliches Element zur Erreichung der Ziele des Insolvenzverfahrens darstellt (MüKo-InsO/Stephan, § 290 Rn 74).

*Durch die Versagungsgründe des § 290 I InsO soll erreicht werden, dass **nur redlichen Schuldner, die sich ihren Gläubigern gegenüber nichts haben zuschulden kommen lassen, Restschuldbefreiung erteilt wird**. Aus **Gründen der Rechtsklarheit** hat der Gesetzgeber darauf verzichtet, die Versagung durch eine Generalklausel zu regeln. Die Erteilung oder Versagung der Restschuldbefreiung soll nicht in ein weites Ermessen des Gerichts gestellt sein. Gläubiger und Schuldner sollen auf Grund der verschiedenen Fallgruppen des § 290 I InsO von vornherein wissen, unter welchen Bedingungen die Restschuldbefreiung erteilt oder versagt werden kann, damit sie die Folgen entsprechender Verhaltensweisen erkennen und vorausberechnen können (BT-Dr 12/2443, S. 190).*

Auf diesem Hintergrund wäre es verfehlt, die Versagung der Restschuldbefreiung bei Verletzung der Auskunfts- oder Mitwirkungspflicht von einer im Gesetz nicht geregelten konkreten Beeinträchtigung der Befriedigung der Gläubiger abhängig zu machen. Ein Schuldner, der seine entsprechenden Pflichten, die ihm nach der InsO auferlegt sind, verletzt, handelt unredlich. Er hat das Privileg der Restschuldbefreiung nicht verdient, denn seine Gläubiger können erwarten, dass er seine Pflichten einschränkungslos erfüllt. Sind auch die subjektiven Voraussetzungen erfüllt, reicht dies aus, um ihm die Restschuldbefreiung zu versagen.“ (BGH aaO).

3. Die Frage, ob die Befriedigung der Gläubiger beeinträchtigt ist, hätte auch **Auswirkungen auf die Feststellung des Versagungsgrundes**.

*„Macht der Schuldner geltend, er habe gemeint, die von ihm unterlassene Auskunft sei für die Befriedigungsaussichten der Gläubiger belanglos, **könnte ihm eine Verletzung der Auskunfts- oder Mitwirkungspflichten nur in Ausnahmefällen nachgewiesen werden**. Das Insolvenzgericht müsste hierzu schwierige und im Ergebnis zweifelhafte Ermittlungen anstellen. Auch dies entspricht nicht der Intention des Gesetzes.*

***Für die Gläubiger wäre die Stellung von Versagungsanträgen kaum kalkulierbar**. Sie müssten auch dann, wenn feststeht, dass der Schuldner seine Auskunfts- und Mitwirkungspflichten verletzt hat, damit rechnen, dass ein Versagungsantrag erfolglos bleibt, weil keine Beeinträchtigung ihrer Befriedigungsaussichten eingetreten ist.“ (BGH aaO).*

4. Die in der **Begründung des Regierungsentwurfs** im Zusammenhang mit dem Versagungsgrund des § 290 I Nr. 5 InsO angesprochene Voraussetzung, dass die Pflichtverletzung des Schuldners die Befriedigungsaussichten der Gläubiger vermindert (BT-Dr 12/2443, S. 190f.), **hat im Gesetzeswortlaut keinen Ausdruck gefunden**. Eine Beschränkung der Versagung der Restschuldbefreiung auf Fälle, in denen die Verletzung von Auskunfts- und Mitwirkungspflichten zu einer Beein-

trächtigung der Befriedigung der Gläubiger führt, ist auf Grund der Begründung des Regierungsentwurfs nicht geboten.

„Dem Anliegen, nicht jedwede noch so geringfügige Verletzung von Auskunftspflicht- oder Mitwirkungspflichten durch die Versagung der Restschuldbefreiung zu ahnden (Begr. des Rechtsausschusses zu § 346k InsO-E, BT-Dr 12/7302, S. 188), wird durch die **Anwendung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes** Rechnung getragen (BGH NJW 2003, 2167 = NZI 2003, 389 = ZInsO 2003, 413; NJW-RR 2004, 1639 = NZI 2004, 633 = ZInsO 2004, 920). Würde man darüber hinaus die Versagung der Restschuldbefreiung wegen der Verletzung von Auskunft- und Mitwirkungspflichten auf Fälle beschränken, in denen diese zu einer Beeinträchtigung der Befriedigung der Insolvenzgläubiger geführt hat, wären die Interessen der Gläubiger nicht mehr ausreichend gewahrt.“ (BGH aaO).

5. Schließlich unterscheiden sich die Sach- und Rechtslage und die Interessenlage auch nicht von derjenigen im Fall des **§ 290 I Nr. 6 InsO**.

„Auch bei dieser Vorschrift ist eine die Befriedigung der Insolvenzgläubiger beeinträchtigende Wirkung der falschen oder unvollständigen Angaben grundsätzlich keine Voraussetzung für die Versagung der Restschuldbefreiung (BGH NJW-RR 2004, 1639 = NZI 2004, 633 = ZInsO 2004, 920).“ (BGH aaO).

Steuerrecht

FGO
§ 52

Rechtsmittelschrift zulässige elektronische Übermittlung an BFH

SteuerR

(BFH in DB 2009, 1163; Beschluss vom 30.03.2009 – II B 168/08)

Rechtsmittel und andere bestimmende Schriftsätze können derzeit an den BFH elektronisch übermittelt werden, ohne dass die Verwendung einer qualifizierten elektronischen Signatur erforderlich ist.

I. Die Übermittlung elektronischer Dokumente an die Gerichte der Finanzgerichtsbarkeit ist in **§ 52a FGO** geregelt.

Diese Vorschrift wurde durch das Justizkommunikationsgesetz v. 22.03.2005 (BGBl I 2005, 837) mit Wirkung ab 01.04.2005 in die FGO eingefügt. Zugleich wurde § 77a FGO aufgehoben. Diese Vorschrift war durch das Gesetz zur Anpassung der Formvorschriften des Privatrechts und anderer Vorschriften an den modernen Rechtsgeschäftsverkehr v. 13.07.2001 (BGBl I 2001, 1542) in die FGO eingefügt worden.

II. Nach § 52a I 1-4 FGO **können die Beteiligten dem Gericht elektronische Dokumente übermitteln, soweit** dies für den jeweiligen Zuständigkeitsbereich **durch Rechtsverordnung** der Bundesregierung oder der Landesregierung **zugelassen** worden ist.

- Die Rechtsverordnung bestimmt den Zeitpunkt, von dem an Dokumente an ein Gericht elektronisch übermittelt werden können, sowie die Art und Weise, in der elektronische Dokumente einzureichen sind. Für Dokumente, die einem schriftlich zu unterzeichnenden Schriftstück gleichstehen, ist eine qualifizierte elektronische Signatur nach § 2 Nr. 3 des Signaturgesetzes vorzuschreiben.

- Neben der qualifizierten elektronischen Signatur kann auch ein anderes sicheres Verfahren zugelassen werden, das die Authentizität und die Integrität des übermittelten elektronischen Dokuments sicherstellt.

1. Ein **elektronisches Dokument ist nach § 52a II 1 FGO dem BFH zugegangen, wenn** es in der nach § 52a I 1 FGO bestimmten Art und Weise **übermittelt worden ist und** wenn die für den Empfang bestimmte Einrichtung es **aufgezeichnet** hat. Dies gilt ebenso wie bereits für § 77a FGO sowohl für vorbereitende als auch für bestimmende Schriftsätze (zu § 77a FGO BFHE 215, 53 = BStBl II 2007, 271 = DStRE 2007, 182).

2. Bei der in **§ 52a I 3 FGO** vorgesehenen Regelung, wonach für die dort genannten Dokumente eine qualifizierte elektronische Signatur vorzuschreiben ist, handelt es sich nach dem klaren Wortlaut um eine Vorgabe an den Ordnungsgeber (Hübschmann/Hepp/Spitaler, § 52a FGO Rn 83; ebenso zum wortgleichen § 55a I 3 VwGO, Schoch/Schmidt-Aßmann/Pietzner, VwGO, § 55a Rn 32), **nicht aber um eine von den Verfahrensbeteiligten unmittelbar zu beachtende Vorschrift.**

III. Der **Verordnungsgeber hat die Vorgabe des § 52a Abs. 1 Satz 3 FGO bisher aber nicht umgesetzt:** Die Verordnung über den elektronischen Rechtsverkehr beim Bundesverwaltungsgericht und beim BFH v. 26. 11.2004 (BGBl I 2004, 3091), durch die die Einreichung elektronischer Dokumente beim BFH ab dem 1. 12. 2004 zugelassen wurde, enthält nach ihrem Wortlaut und ihrer Entstehungsgeschichte keine Vorschrift, die die Verwendung einer qualifizierten elektronischen Signatur zwingend vorschreibt.

„Die Verordnung sieht zwar in § 2 III vor, dass die qualifizierte elektronische Signatur einem näher bestimmten Standard entsprechen muss und das ihr zugrunde liegende Zertifikat durch das Gericht prüfbar sein muss. Eine Pflicht zur Verwendung einer qualifizierten elektronischen Signatur ist hingegen nach dem Wortlaut der Bestimmung nicht vorgesehen.“

Für die Einführung einer solchen Verpflichtung durch Rechtsverordnung hätte es beim Erlass der Verordnung v. 26.11.2004 auch keine dem Art. 80 I 1 u. 2 GG entsprechende Ermächtigungsgrundlage gegeben: Die Rechtsverordnung wurde für den BFH auf der Grundlage des seinerzeit geltenden § 77a II 1 FGO erlassen. Danach bestimmten die Bundesregierung und die Landesregierungen für ihren Bereich durch Rechtsordnung den Zeitpunkt, von dem an elektronische Dokumente bei den Gerichten eingereicht werden können sowie die für die Bearbeitung der Dokumente geeignete Form. Eine Ermächtigung, für die elektronische Einreichung bestimmter Dokumente die Verwendung einer qualifizierten elektronischen Signatur vorzuschreiben, enthielt die Vorschrift nicht. Eine solche Verpflichtung hätte § 77a I 2 FGO widersprochen. In dieser Vorschrift war bestimmt, dass die verantwortende Person das Dokument mit einer qualifizierten elektronischen Signatur nach dem Signaturgesetz versehen „soll“. Die Verwendung einer solchen Signatur stellte demgemäß kein zwingendes Erfordernis elektronischer Erklärungen dar; bei § 77a I 2 FGO handelte es sich um eine bloße Ordnungsvorschrift (BFHE 215, 53 = BStBl II 2007, 271 = DStRE 2007, 182; offen BFHE 215, 47 = BStBl II 2007, 276 = DStRE 2007, 515).“ (BFH aaO).

IV. Die vom Ordnungsgeber **bisher unterlassene Anpassung der Verordnung v. 26. 11.2004 an § 52a I 3 FGO kann durch die Rspr. nicht ersetzt werden.** Es genügt daher nach wie vor, wenn sich aus dem elektronischen Dokument in Verbindung mit den es begleitenden Umständen keine Zweifel über den Aussteller und seinen Willen ergeben, das Dokument in den Rechtsverkehr zu bringen (BFH aaO).

AO

steuerrechtliche Anzeige- und Berichtigungspflicht

AO

§§ 153 I, 370 I Nr.2

Voraussetzungen und Reichweite

(BFH in NJW 2009, 1984; Beschluss vom 17.03.2009 – 1 StR 479/08)

- I. Eine **steuerrechtliche Anzeige- und Berichtigungspflicht nach § 153 I 1 Nr. 1 AO** besteht auch dann, wenn **der Steuerpflichtige die Unrichtigkeit seiner Angaben bei Abgabe** der Steuererklärung **nicht gekannt, aber billigend in Kauf genommen hat** und er **später** zu der **sicheren Erkenntnis** gelangt ist, **dass die Angaben unrichtig sind**.
1. Bei dieser Pflicht handelt es sich um eine weitere **eigenständige** - und zwar steuerrechtliche - **Pflicht**, die nicht stets, sondern **nur dann entsteht, wenn die in § 153 AO genannten Voraussetzungen erfüllt sind**. Sie verpflichtet den Steuerpflichtigen aber nicht zur Abgabe einer Steuererklärung, sondern zur Berichtigung der als unrichtig erkannten Erklärungen.

„Deshalb ergibt sich aus § 153 AO bei nachträglichem Erkennen, dass eingereichte Umsatzsteuervoranmeldungen unrichtig waren, nicht die Pflicht zur Abgabe einer wahrheitsgemäßen Umsatzsteuerjahreserklärung. Vielmehr ist anzuzeigen, welche Umsatzsteuervoranmeldungen unrichtig sind; zudem sind diese zu berichtigen. Dies schließt freilich nicht aus, dass die Anzeige und Berichtigung der unrichtigen Voranmeldungen stillschweigend durch die Abgabe einer zutreffenden Umsatzsteuerjahreserklärung vorgenommen werden kann (vgl. Tipke/Kruse, AO, Stand: 118. Lfg. 2009, § 153 Rn 15).“ (BFH aaO).
 2. Auch bei der **Anzeige- und Berichtigungspflicht aus § 153 AO** handelt es sich um eine Erklärungspflicht i.S. des § 370 I AO, deren gänzliche Nichterfüllung ebenso strafbar ist (§ 370 I Nr. 2 AO) wie die nur scheinbare Berichtigung mit erneut falschen Angaben (§ 370 I Nr. 1 AO).
 3. Die Frage, ob und ggf. wann nach Abgabe einer unrichtigen Steuererklärung eine Berichtigungspflicht gem. § 153 I 1 Nr. 1 AO entsteht, hängt maßgeblich davon ab, ob und ggf. wann der Steuerpflichtige von der Unrichtigkeit einer von ihm oder für ihn abgegebenen Erklärung Kenntnis erlangt. Denn ein nachträgliches „Erkennen“ ist begrifflich nur möglich, wenn der Steuerpflichtige die Unrichtigkeit zunächst nicht gekannt hat.

Eine Anzeige- und Berichtigungspflicht gem. § 153 I 1 Nr. 1 AO kommt daher nur dann in Betracht, wenn der Steuerpflichtige zum Zeitpunkt der Abgabe der Erklärung keine Kenntnis von der Unrichtigkeit der Erklärung hatte. Eine solche Pflicht besteht somit dann nicht, wenn der Steuerpflichtige bereits bei der Abgabe der Erklärung deren Unrichtigkeit gekannt hat. Die Pflichten aus § 153 AO entstehen damit erst in dem Zeitpunkt, in dem der Steuerpflichtige die Unrichtigkeit tatsächlich erkennt. Die bloße Möglichkeit, die Unrichtigkeit zu erkennen, genügt angesichts des eindeutigen Wortlauts des Gesetzes nicht (vgl. Tipke/Kruse, § 153 Rn 12).
- II. Die sich aus § 153 AO ergebende **steuerrechtliche Pflicht zur Berichtigung** von mit bedingtem Hinterziehungsvorsatz abgegebenen Erklärungen wird **strafrechtlich** hingegen **erst mit der Bekanntgabe der Einleitung eines Steuer Strafverfahrens suspendiert**, das die unrichtigen Angaben erfasst.
1. Für die Frage der Strafbarkeit wegen Steuerhinterziehung durch Unterlassen (§ 370 I Nr. 2 AO) durch Nichterfüllung der Anzeige- und Berichtigungspflicht aus § 153 I 1 Nr. 1 AO sind nach der Einreichung unrichtiger Umsatzsteuervoranmeldungen je nach Kenntnisstand des Steuerpflichtigen zunächst **drei Fallgruppen** zu unterscheiden:
 - a) **Kennt der Steuerpflichtige** bei Abgabe einer Steuererklärung deren **Unrichtigkeit nicht und nimmt er eine solche auch nicht billigend in Kauf**, unterliegt er einem **vorsatzaus-schließenden Tatumstandsirrtum** (§ 16 I 1 StGB). Er ist dann - insoweit - straflos.

Hat er die **Unrichtigkeit leichtfertig nicht erkannt**, kommt das Vorliegen einer Ordnungswidrigkeit der leichtfertigen Steuerhinterziehung (§ 378 AO) in Betracht. Erlangt der Steuerpflichtige in einem solchen Fall nachträglich Kenntnis von der Unrichtigkeit der Angaben, trifft ihn die Anzeige- und Berichtigungspflicht des § 153 I 1 Nr. 1 AO. Kommt er dieser Pflicht vorsätzlich nicht nach, ist er strafbar wegen **Steuerhinterziehung durch Unterlassen** gem. § 370 I Nr. 2 AO.
 - b) Hat der **Steuerpflichtige bewusst unrichtige Voranmeldungen abgegeben**, besteht bereits keine steuerrechtliche Anzeige- und Berichtigungspflicht gem. § 153 AO. Denn dann kennt er deren Unrichtigkeit von Anfang an. Ein nachträgliches Erkennen ist in solchen Fällen begrifflich ausgeschlossen. Freilich ist dann hinsichtlich der abgegebenen Steuererklärungen regelmäßig eine mit direktem Vorsatz durch aktives Tun begangene Steuerhinterziehung gem. § 370 I Nr. 1 AO gegeben, sofern nicht der unwahrscheinliche Fall vorliegt, dass der Steuerpflichtige davon ausgegangen ist, seine falschen Angaben würden nicht zu einer Steuerverkürzung führen. In diesem Fall dürfte aber eine Steuerordnungswidrigkeit der leichtfertigen Steuerverkürzung (§ 378 AO) gegeben sein.
 - c) **Ob eine steuerrechtliche Anzeige- und Berichtigungspflicht gem. § 153 AO besteht, wenn der Steuerpflichtige erst nachträglich erfährt, dass er unrichtige Angaben gemacht hat**, er aber bei Abgabe der Steuererklärung die Unrichtigkeit seiner Angaben in Kauf genommen und sich deshalb - durch die Abgabe der unrichtigen Steuererklärung - zugleich auch wegen bedingt vorsätzlich begangener Steuerhinterziehung (§ 370 I Nr. 1 AO) strafbar gemacht hat, **ist im Schrifttum umstritten**.

- aa) **bejahend:** Hübschmann/Hepp/Spitaler, AO, Stand: 201. Lfg. 2008, § 153 Rn 12f.; Klein/Brockmeyer, AO, 9. Aufl., § 153 Rn 4
- bb) **verneinend:** Tipke/Kruse, § 153 Rn 11; Kohlmann, SteuerstrafR, Stand: 39. Lfg. 2008, § 370 AO Rn 332 m.w. Nachw.; Franzen/Gast/Joecks, SteuerstrafR, 6. Aufl., § 370 AO Rn 182; Rolletschke/Kemper, § 370 AO Rn 273
- cc) Nach Ansicht des **BFH aaO** gebieten Wortlaut, Sinn und Zweck der Vorschrift des § 153 I 1 Nr. 1 AO, eine steuerrechtliche Anzeige- und Berichtigungspflicht aus dieser Vorschrift jedoch auch dann anzunehmen, wenn der Steuerpflichtige die Unrichtigkeit seiner Angaben bei Abgabe der Steuererklärung nicht gekannt, aber billigend in Kauf genommen hat, und er später zu der sicheren Erkenntnis gelangt ist, dass die Angaben unrichtig sind.

- Nach dem **eindeutigen Wortlaut des § 153 I 1 Nr. 1 AO** besteht auch in diesem Fall eine Berichtigungspflicht, weil auch derjenige, der zunächst mit der Unrichtigkeit der Angaben nur gerechnet, sie aber nicht sicher gekannt hat, die Unrichtigkeit „nachträglich erkennt“, wenn er später positiv erfährt, dass seine Angaben tatsächlich unrichtig waren (BFH aaO)..
- Auch nach **Sinn und Zweck der Vorschrift des § 153 I Nr. 1 AO** sollen Steuerpflichtige, die bereits bedingt vorsätzlich unrichtige Steuererklärungen abgegeben haben, von der steuerrechtlichen Anzeige- und Berichtigungspflicht nicht ausgenommen werden.

„Die Norm des § 153 AO ergänzt die §§ 149, 150 und 90 AO und dient der **gesetzmäßigen Besteuerung** (§ 85 AO), indem sie die in § 150 II AO und § 90 I 2 AO konstituierte Wahrheitspflicht für Angaben in der Steuererklärung und in anderen Erklärungen auch nach deren Abgabe fortbestehen lässt (Hübschmann/Hepp/Spitaler, § 153 Rn 1a). Sie trägt dem Umstand Rechnung, dass der Steuerpflichtige in der Regel über bessere Erkenntnismöglichkeiten hinsichtlich der ihn betreffenden steuerlich erheblichen Tatsachen verfügt als die Finanzverwaltung. Zudem soll sie **gewährleisten**, dass die **Finanzbehörde von Besteuerungsgrundlagen Kenntnis erhält, die ihr bislang noch nicht bekannt waren** (vgl. Hübschmann/Hepp/Spitaler, § 153 Rn 14). Die Vorschrift begründet eine **gesetzliche Garantspflicht**, die ihre Rechtfertigung in dem Fehler verursachenden vorangegangenen Tun findet (vgl. Kohlmann, § 370 AO Rn 329). Insoweit besteht zwischen dem bei Abgabe der Steuererklärung gutgläubigen und dem mit bedingtem Vorsatz handelnden Steuerpflichtigen kein rechtlich bedeutsamer Unterschied.“ (BFH aaO).

- Die **Verpflichtung zur Berichtigung nach bedingt vorsätzlicher Abgabe unrichtiger Steuererklärungen führt auch nicht** dazu, dass die Steuerhinterziehung zu einem **Dauerdelikt** würde (so aber Franzen/Gast/Joecks, § 370 AO Rn 182).

„Denn sie trifft den Steuerpflichtigen erst dann, wenn er von der Unrichtigkeit seiner Erklärung tatsächlich Kenntnis erlangt. Dann verwirklicht er aber nicht mehr den Tatbestand des § 370 I Nr. 1 AO, sondern auf Grund eines neuen Tatentschlusses den des § 370 I Nr. 2 AO.“ (BFH aaO).

2. Die **Strafbarkeit nach § 370 I Nr. 2 AO durch Nichtbeachtung der steuerrechtlichen Pflicht des § 153 AO ist grds. auch dann strafbewehrt, wenn der Steuerpflichtige** mit der Berichtigung unrichtiger Steuervoranmeldungen **bedingt vorsätzlich begangene Taten der Steuerhinterziehung (§ 370 I Nr. 1 AO) oder Steuerordnungswidrigkeiten gem. § 378 AO aufdeckt**, die er bei der Abgabe unrichtiger Umsatzsteuervoranmeldungen begangen hat.

„Der verfassungsrechtlich verankerte **Grundsatz der Selbstbelastungsfreiheit** („nemo tenetur se ipsum accusare“; vgl. dazu BVerfGE 56, 37 = NJW 1981, 1431; BGHSt 47, 8 = NJW 2001, 3638 = NSTZ 2001, 432) **steht dem nicht entgegen** (vgl. BVerfG wistra 1988, 302): Art. 2 I GG schreibt **keinen lückenlosen Schutz gegen staatlichen Zwang zur Selbstbelastung** vor ohne Rücksicht darauf, ob dadurch schutzwürdige Belange Dritter beeinträchtigt werden (vgl. zur Strafbarkeit wegen unerlaubten Entfernens vom Unfallort BVerfGE 16, 190 = NJW 1963, 1867). Der Staat ist darauf angewiesen, die ihm gesetzlich zustehenden Steuereinnahmen tatsächlich zu erzielen, um seinen vielfältigen Aufgaben gerecht zu werden. Darüber hinaus ist die **gleichmäßige Erfassung aller Steuerpflichten mit Blick auf Art. 3 I GG geboten**. Es ist daher **sachlich gerechtfertigt**, dem Steuerpflichtigen eine wahrheitsgemäße Auskunft auch dann abzuverlangen, wenn er damit eine Steuerstraftat oder eine Steuerordnungswidrigkeit offenbaren muss (BVerfG wistra 1988, 302).“ (BFH aaO).

3. Dies gilt auch für die **Berichtigungspflicht nach vorangegangenen sanktionsbewehrtem Fehlverhalten**.

„Denn durch eine **Selbstanzeige** kann der Steuerpflichtige regelmäßig **Straf- bzw. Sanktionsfreiheit** erlangen (§§ 371, 378 III AO). Er befindet sich dann **nicht** in einer **unauflösbaren Konfliktlage**, die im Hinblick auf den Grundsatz „nemo tenetur se ipsum accusare“ und das in § 393 I 2 und 3 AO normierte Zwangsmittelverbot der steuerrechtlichen Berichtigungspflicht entgegenstehen könnte. Von Bedeutung ist dabei, dass auch in der Einreichung einer wahrheitsgemäßen Umsatzsteuerjahreserklärung im Verhältnis zu den zuvor unterlassenen oder unzutreffenden Umsatzsteuervoranmeldungen eine Selbstanzeige liegen kann, ohne dass es ausdrücklich eines entsprechenden Hinweises bedarf (BGH NSTZ 1999, 38 = wistra 1999, 27; wistra 1991, 223); die Abgabe getrennter Selbstanzeigen bezogen auf die von den Pflichtverstößen betroffenen Umsatzsteuervoranmeldungen ist nicht erforderlich (vgl. Franzen/Gast/Joecks, § 371 AO Rn 69).“ (BFH aaO).

4. Soweit Fälle eines **unzumutbaren Zwangs zur Selbstbelastung** verbleiben, etwa weil wegen des Vorliegens eines Sperrgrundes (vgl. §§ 371 II, 378 III 1 AO) eine wirksame Selbstanzeige ausgeschlossen ist, kann **diesem Umstand** bei einer vorangegangenen Steuerordnungswidrigkeit gem. § 378 AO **im Rahmen der Anwendung des § 47 OWiG Rechnung getragen** werden (vgl. BVerfG wistra 1988, 302; vgl. auch OLG Hamm NJW 1959, 1504), bei einer (bedingt) vorsätzlich begangenen Steuerstraftat durch Annahme eines **Beweismittelverwertungs- oder Verwendungsverbots** (vgl. BVerfGE 56, 37 = NJW 1981, 1431; BGH NJW 2005, 763 = NStZ 2005, 519 = wistra 2005, 148; vgl. auch die Regelung in § 97 I 2 InsO).

„Lediglich für den Fall, dass dem Täter einer Steuerhinterziehung im Hinblick auf die Umsatzsteuervoranmeldungen die Einleitung eines Steuerstrafverfahrens bekannt gegeben worden ist, hat der BGH bislang im Hinblick darauf, dass sich die Erklärungspflicht auf dieselbe Steuerart und denselben Besteuerungszeitraum bezieht, für die Dauer des Steuerstrafverfahrens eine Suspendierung der Pflicht zur Abgabe einer Umsatzsteuerjahreserklärung angenommen (BGHSt 47, 8 = NJW 2001, 3638 = NStZ 2001, 432).“ (BFH aaO).

5. **Für die sich aus § 153 AO ergebende Pflicht zur Berichtigung mit bedingtem Hinterziehungsvorsatz abgegebener Umsatzsteuervoranmeldungen gilt dies** - bei dieser Fallgestaltung (Bekanntgabe der Einleitung eines Steuerstrafverfahrens) - **entsprechend**.

„Ist eine wirksame Selbstanzeige aber lediglich deshalb nicht möglich, weil der Steuerpflichtige nicht in der Lage ist, die hinterzogenen Steuern innerhalb einer angemessenen Frist nachzuentrichten (§ 371 III AO; vgl. dazu BVerfG wistra 1988, 302), kommt eine derartige Suspendierung der Strafbewehrung der steuerlichen Berichtigungspflicht jedenfalls dann nicht in Betracht, wenn der Steuerpflichtige bei pflichtgemäßer und rechtzeitiger Erfüllung seiner steuerlichen Pflichten zur Zahlung noch in der Lage gewesen wäre. Denn der Grundsatz der Selbstbelastungsfreiheit gebietet nicht, den Steuerhinterzieher gegenüber anderen Steuerpflichtigen besser zu stellen, nur weil er auch Steuerstraftäter ist. Dies gilt insbesondere vor dem Hintergrund, dass die Hinterziehung von Umsatzsteuer untreuähnlichen Charakter hat, weil der Unternehmer die Umsatzsteuer letztlich nur für den Steuerfiskus verwaltet.“ (BFH aaO).

6. Die **Nichterfüllung der danach bestehenden Anzeige- und Berichtigungspflicht des § 153 AO** ist als **Steuerhinterziehung durch Unterlassen** (§ 370 I Nr. 1 AO) zu bestrafen. Geht dieser Tat eine bedingt vorsätzliche Steuerhinterziehung durch aktives Tun voraus, weil der Täter bei der Abgabe der Ursprungserklärung die Unrichtigkeit seiner Angaben billigend in Kauf genommen hat, sind beide Gesetzesverstöße Teil derselben Tat im prozessualen Sinne gem. § 264 StPO (vgl. auch BGHSt 49, 359 = NJW 2005, 836 = NStZ 2005, 514 = wistra 2005, 66; BGH, NStZ 2008, 411 = wistra 2008, 22).

Weitere Schrifttumsnachweise

I. Zivilrecht

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

Problemstellung: Der Nacherfüllungsanspruch des Käufers ist für den Bereich des Verbrauchsgüterkaufs von Art. 3 II, III der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie (im Folgenden: VerbrGKRL) nicht nur als solcher vorgeschrieben, sondern auch inhaltlich konturiert; dies hat zur Folge, dass die Regelungen des deutschen Rechts, die der Umsetzung der Richtlinienvorgaben dienen, unter dem Gebot richtlinienkonformer Auslegung oder der Rechtsfortbildung stehen, sofern sie im konkreten Fall zwischen Unternehmern als Verkäufer und Verbrauchern als Käufer anzuwenden sind; der Gesetzgeber des Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes hat den **Nacherfüllungsanspruch nicht nur im Anwendungsbereich des Verbrauchsgüterkaufs, sondern für das allgemeine Kaufrecht** umgesetzt; im Bereich dieser sog. „überschießenden“ Umsetzung besteht zwar keine Verpflichtung zu europarechtskonformer Auslegung, jedoch ist im Zweifel davon auszugehen, dass der Gesetzgeber keine „gespaltene“ Auslegung des nationalen Rechts beabsichtigt, so dass über den „Umweg“ der historischen Auslegung mittelbar auch insoweit der Inhalt der Richtlinie zu berücksichtigen ist. - Bei **Lieferung einer mangelhaften, vom Käufer eingebauten Sache schuldet der Verkäufer Ersatz der Kosten einer erneuten Montage der Kaufsache einschließlich der Entfernung der mangelhaften Sache** im Wege des (einfachen) Schadensersatzes gem. § 280 I BGB, sofern er die in der Lieferung der mangelhaften Sache liegende Pflichtverletzung zu vertreten hat; die **Kosten der Erstmontage** schuldet er **nur dann, wenn der Käufer** (ggf. in Kombination mit Rücktritt) **Schadensersatz statt der Leistung bzw. an dessen Stelle Aufwendungsersatz nach § 284 BGB geltend macht**. - Der **kaufrechtliche Nacherfüllungsanspruch im Wege der Neulieferung impliziert** unabhängig von einer Rückgabepflicht des Käufers **eine Rücknahmeverpflichtung des Verkäufers in Bezug auf die mangelhafte Kaufsache**; die dabei anfallenden **Transportkosten fallen** unabhängig vom Erfüllungsort der Nacherfüllungsverpflichtung **dem Verkäufer zur Last**; § 439 II BGB ist insoweit eine eigenständige Anspruchsgrundlage. - Aus der Rücknahmepflicht folgt **weder eine Demontagepflicht noch eine Pflicht, die Demontagekosten zu tragen**. - Das Recht des Verkäufers, die geforderte Nacherfüllung gem. § 439 III BGB auch dann wegen Unzumutbarkeit zu verweigern, wenn eine alternative Abhilfemöglichkeit nicht besteht, ist richtlinienkonform. - **Maßstab für die Unzumutbarkeit** ist nicht das Verhältnis der Nacherfüllungsaufwendungen des Verkäufers zum Kaufpreis, sondern das **Verhältnis der Nacherfüllungsaufwendungen zum (nicht notwendig wirtschaftlichen) Leistungsinteresse des Käufers**, als Maßstab kann insoweit die **Wertung des § 323 V 2 BGB** entsprechend herangezogen werden.

2. **Lögering:** Verlust etwaiger Schadensersatzrechte durch die Minderung des Kaufpreises? (MDR 2009, 664)

Problemstellung: Die Frage, in welchem **Verhältnis** die **kaufrechtlichen Mängelrechte** Schadensersatz statt der Leistung und Minderung **stehen, wird in Rspr. und Lehre nicht einheitlich beantwortet**; auch in der Rspr. ist diese Frage bisher nicht abschließend geklärt. – Nach Ansicht des Autors ist eine Kombination von Minderung und Schadensersatz statt der Leistung nicht möglich; die von den Vertretern der gegenteiligen Ansicht herangezogene **analoge Anwendung des § 325 BGB ist** nach seiner Ansicht **nicht gerechtfertigt**, denn der **Käufer, der den Kaufpreis mindert, ist an diese Erklärung** auch dann **gebunden**, wenn sich später herausstellt, dass ein anderes Mängelrecht für ihn günstiger gewesen wäre; **hat der Käufer zunächst Schadensersatz statt der Leistung geltend gemacht und dann zu einem späteren Zeitpunkt die Minderung erklärt, setzt sich**, aufgrund der unterschiedlichen Rechtsnatur der Mängelrechte, **die Minderung durch** und sperrt etwaige Ansprüche des Käufers auf Schadensersatz statt der Leistung.

3. **Kessler/Herzberg:** Vertragliche Neben- und Schutzpflichten im Rahmen eines Darlehensvertrages – Haftung des Kreditinstituts wegen Verletzung des Bankgeheimnisses im Fall einer Zession (BB 2009, 1145)

Die von einem Kreditinstitut zu vertretende **Verletzung des Bankgeheimnisses**, insbesondere im Rahmen einer Zession, **begründet einen Schadensersatzanspruch des Kreditnehmers aus § 280 I BGB i.V.m. § 241 II BGB**, sofern das abgetretene Darlehen in der Vergangenheit ordnungsgemäß bedient wurde. – **Um eine Schadensersatzpflicht** aus der unbefugten Weitergabe der Kreditnehmerdaten **zu verhindern, muss** entweder **vorher die Einwilligung des Kreditnehmers eingeholt oder die Verwaltung der veräußerten Forderung** – ohne Weitergabe der persönlichen Kreditnehmerdaten – **beim Altgläubiger belassen** werden. – Die Frage, ob überhaupt ein ersatzfähiger Vermögensschaden auf Seiten des Kreditnehmers durch einen Gläubigerwechsel entstehen kann, ist hinsichtlich eines Vermögens-

schadens zu bejahen, während die **Entstehung eines immateriellen Schadens i.d.R. auszuschließen** ist.

4. **Herrler:** Rückforderung von Nutzungersatz beim Verbrauchsgüterkauf: Verzögerter Beginn der Verjährungsfrist wegen unübersichtlicher Rechtslage (NJW 2009, 1845)

Problemstellung: Im Rahmen eines Verbrauchsgüterkaufs steht dem Verkäufer gegen den Käufer im Falle der Ersatzlieferung kein Anspruch auf Ersatz der Nutzungen der ursprünglich erhaltenen mangelhaften Sache zu; die gesetzlich angeordnete Nutzungersatzpflicht nach § 439 IV i.V. mit § 346 I, II 1 Nr. 1 BGB ist im Wege der richtlinienkonformen Rechtsfortbildung teleologisch zu reduzieren; i. Ü. ist der Käufer allerdings weiterhin zum Nutzungersatz verpflichtet; fraglich ist jedoch, wie lange ein Käufer, der dem Verkäufer Wertersatz für die gezogenen Nutzungen geleistet hat, diesen im Falle eines Verbrauchsgüterkaufs zurückfordern kann. - Die teleologische Reduktion des § 439 IV BGB im Wege richtlinienkonformer Rechtsfortbildung durch den BGH führt dazu, dass der Käufer im Rahmen eines Verbrauchsgüterkaufs den rechtsgrundlos geleisteten Wertersatz für die aus der ursprünglich erhaltenen mangelhaften Sache gezogenen Nutzungen nach § 812 I 1 Alt. 1 BGB kondizieren kann; die Verjährungseinrede des Verkäufers greift wegen Nichtanlaufs der dreijährigen Verjährungsfrist nach §§ 195, 199 I BGB vor dem 26.11.2008 auf Grund unklarer und verworrener Rechtslage frühestens am 01.01.2012; die Verkäufer sehen sich mit Rückforderungsansprüchen für einen Zeitraum konfrontiert, in dem sie ihre Kalkulation noch an der von § 439 IV BGB ausdrücklich angeordneten Nutzungersatzpflicht ausgerichtet haben; bei Gütern, die in hohem Maße einer technischen und wirtschaftlichen Abnutzung unterliegen, insbesondere bei Pkw, kommen hier erhebliche Belastungen auf sie zu.

5. **Büttner/Tretter:** Irrungen und Wirrungen - Die beschränkte Zulassung von Revisionen in Zivilsachen (NJW 2009, 1905)

Auch nach der **Neuregelung des Revisionsrechts durch das ZPO-Reformgesetz** hält die Rspr. mit dem Ziel einer Entlastung des BGH an der Befugnis der Berufungsgerichte fest, die **Zulassung der Revision zu beschränken**; eine Rechtsgrundlage für eine solche Befugnis kann nur in jenen Vorschriften der ZPO zu finden sein, die dem Gericht gestatten, eine Aufspaltung des Streitstoffs herbeizuführen (§§ 145, 280, 301, 304 ZPO); dabei muss gewährleistet sein, dass im Falle einer Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht **kein Widerspruch zur Entscheidung über den abgetrennten und nicht mehr anfechtbaren Teil des Streitstoffs** auftreten kann. - Eine **Beschränkung der Zulassung auf einzelne von mehreren Anspruchsgrundlagen oder auf einzelne Rechtsfragen ist unzulässig**; bei unzulässiger Beschränkung der Revisionszulassung ist das Rechtsmittel in vollem Umfang statthaft; eine Umdeutung in eine zulässige Beschränkung ist nicht möglich. - Auch eine so begrenzte Möglichkeit zur Beschränkung der Revisionszulassung führt jedoch auf Grund der ungenauen Zulassungspraxis der Berufungsgerichte und der Anerkennung konkludenter Beschränkungen zu Ergebnissen, die mit der verfassungsrechtlichen Gewährleistung der Rechtsmittelklarheit unvereinbar sind; wegen der damit verbundenen Schwierigkeiten für die Parteien und wegen der Verschränkungen mit den Möglichkeiten der Nichtzulassungsbeschwerde und der Anschlussrevision kommt es zudem häufig zu einer **kontraproduktiven Vervielfachung der Rechtsbehelfe gegen ein und dasselbe Berufungsurteil**; dadurch werden nicht nur die **Risiken und der Prozessführungsaufwand der Parteien erheblich vergrößert**; zugleich wird die beabsichtigte Entlastung des BGH in ihr Gegenteil verkehrt; die Befugnis zu einer Beschränkung des Prozessstoffs in der Revisionsinstanz sollte deshalb allein der Partei als Rechtsmittelkläger und dem BGH (§§ 544, 552a ZPO) vorbehalten bleiben; dieser Rechtszustand kann dadurch hergestellt werden, dass durch Ergänzung des § 543 II ZPO den Berufungsgerichten jegliche Beschränkung der Revisionszulassung untersagt wird.

6. **Drasdo:** Der Zwangsverwalter - Rechte und Pflichten in der Beurteilung der jüngeren Rspr. und Lit. (NJW 2009, 1648)
7. **Fellner:** Die aktuelle höchstrichterliche Rspr. zum Verjährungsrecht (MDR 2008, 670)
8. **Ganter:** Die Rspr. des BGH zum Insolvenzrecht im Jahr 2008 (NZI 2009, 265)

II. Strafrecht

1. **Kotz/Rahlf:** Betäubungsmittelrechtliche Entscheidungen des BVerfG sowie der Ober- und Instanzgerichte - 2008 - 1. Teil (NStZ-RR 2009, 193)
2. **Löffelmann:** Der Rechtsschutz gegen Ermittlungsmaßnahmen (StV 2009, 379)

Bespr. der Entsch. BGH StV 2009, 3 – Als **direkte Rechtsschutzmöglichkeiten** gegen Maßnahmen im Ermittlungsverfahren stehen dem Betroffenen in erster Linie der **Antrag auf gerichtliche Entscheidung über Anordnungen der StA und ihrer Ermittlungspersonen** nach § 97 II 2 StPO, die **Beschwerde gegen Anordnungen des Gerichts** nach §§ 304 ff. StPO oder die **Beantragung nachträglichen Rechtsschutzes** gem. § 101 VII 2 StPO bei heimlichen Ermittlungsmaßnahmen zur Verfügung. – Mit der generellen Einführung des letztgenannten Rechtsbehelfs wollte der Gesetzgeber den **Rechtsschutz der**

Betroffenen stärken; dieser Rechtsbehelf schränkt somit nicht die anderen gegebenen Rechtsschutzmöglichkeiten ein, sondern ergänzt diese im Sinne eines Wahlrechts für den Betroffenen.

III. öffentliches Recht

1. **Braun:** Zulassung auf Märkten und Veranstaltungen (NVwZ 2009, 747)

§ 70 I GewO enthält den **Grundsatz der Marktfreiheit**, der alle in Titel IV der Gewerbeordnung (Messen, Ausstellungen, Märkte) geregelten Veranstaltungen betrifft; die Marktfreiheit eröffnet dem Veranstalter ein Ermessen zur generellen Gestaltung seiner Veranstaltung; dieses **Ermessen wird durch die allgemeinen Grundsätze eingeschränkt**, die jede Entscheidung der Verwaltung binden, z.B. den Gleichheitsgrundsatz und das Willkürverbot. **Marktfreiheit bedeutet aber auch Offenheit der Märkte**, d.h. **Freiheit des Marktzugangs**; § 70 I GewO verleiht dem Teilnehmerkreis einen **Teilnahmeanspruch**, wobei dafür Art und Zweck der Veranstaltung maßgeblich sind; auch das Verteilungsermessen des Veranstalters gem. § 70 III GewO wird durch die sich aus dem Grundsatz der Marktfreiheit ergebenden Schranken flankiert. - Bei der Vergabe von Ständen auf Märkten und Veranstaltungen existiert eine ausdifferenzierte verwaltungsgerichtliche Rspr., die - dies zeigt der Erfolg und die Attraktivität bekannter Märkte - zu sachgerechten Ergebnissen kommt. - Das **Verfahren auf Zulassung zum Markt ist ein Verwaltungsverfahren i.S. des § 9 VwVfG**; bei binnenmarktrelevanten Aufträgen oberhalb von 80.000 € besteht eine öffentliche Vergabepflicht nach vorher bekanntgemachten Kriterien; die Vergabe einzelner Stellplätze auf Märkten auch unterhalb dieser Wertgrenze hat nach den **allgemeinen vergaberechtlichen Grundsätzen des Wettbewerbs, der Gleichbehandlung und der Transparenz** zu erfolgen; **verwaltungsrechtliche Besonderheiten**, die vergaberechtlich niemals zulässig wären, wie z.B. „bekannt und bewährt“ oder „Beitrag zur Tradition“, **sind** in diesem Bereich **zutreffende Hilfskriterien**.

2. **Fassbender:** Eigenstaatlichkeit und Verschuldungsfähigkeit der Länder - Verfassungsrechtliche Grenzen der Einführung einer „Schuldenbremse“ für die Länder (NJW 2009, 737)

Der Deutsche Bundestag hat die **Reform der Finanzverfassung beschlossen**; der Bundesrat hat der Reform zugestimmt: Ein **zentraler Teil** der Reform ist ein **grds. Verschuldungsverbot für die Länder in einem geänderten Art. 109 GG**. - Ein **generelles Verschuldungsverbot**, wie vom Reformvorhaben vorgesehen, **ist nach Ansicht des Autors mit der Eigenstaatlichkeit der Länder unvereinbar** und daher **verfassungswidrig**, denn die Reform will den Ländern grundsätzlich Einnahmen aus Krediten untersagen und den Ländern insofern keinen Handlungsspielraum lassen; damit würde das gegenwärtige **Regel-Ausnahme-Schema umgekehrt** - nur in besonderen Notlagen bliebe den Ländern ausnahmsweise eine Kreditaufnahme erlaubt; damit würde die beabsichtigte Änderung des Grundgesetzes jedenfalls das Bundesstaatsprinzip nachteilig „berühren“, denn Art. 79 III GG verbietet nicht nur eine „Verletzung“ des „Wesensgehalts“ der Länderstaatlichkeit. - Ein **grds. Verschuldungsverbot würde eine normale Haushaltswirtschaft der Länder unmöglich machen**, es ihnen verwehren, auf dem Kredit- und Kapitalmarkt ihre unterschiedliche Kreditwürdigkeit zur Geltung zu bringen, und nach Lage der Dinge ihre finanzielle Abhängigkeit von Zahlungen des Bundes begründen, der in wirtschaftlichen Normalzeiten allein berechtigt wäre, Kredite aufzunehmen; eine solche Abhängigkeit aber wäre mit der von Art. 79 III GG geschützten Staatlichkeit der Länder unvereinbar.

3. **Niermann:** Das Gesetz zur Fortführung der Gesetzeslage 2006 bei der Entfernungspauschale (DB 2009, 753)

Die **rückwirkende Wiederherstellung der bis zum 31.12.2006 geltenden Rechtslage** beseitigt die durch Urteil des BVerfG für die Betroffenen entstandene Unsicherheit, die in der lediglich vorläufigen Berücksichtigung von 0,30 € je Entfernungskilometer ab dem ersten Kilometer begründet liegt. – Die Wiederherstellung der vor dem Jahre 2007 geltenden Rechtslage stellt zudem sicher, dass der Gesetzesvollzug für alle Beteiligten unproblematisch ist, da auf die Erfahrungen mit der früheren Gesetzesfassung zurückgegriffen werden kann. – Die Rückkehr zur früheren Rechtslage dient der Schaffung von **Rechtssicherheit für die abgelaufenen Kalenderjahre 2007 und 2008**.

4. **Fischer:** Die höchstrichterliche Rspr. zur Haftung des steuerlichen Beraters in den Jahren 2007/08 (DB 2009, 1111)

IV. Richter / Staatsanwälte / Notare / Rechtsanwälte

1. **Henssler:** Anwaltliche Berufspflichten bei grenzüberschreitender Tätigkeit (NJW 2009, 1556)

Ausländische Rechtsanwälte oder Anwaltsgesellschaften ausländischer Rechtsform, die in **Deutschland tätig** werden, **sind uneingeschränkt dem deutschen Berufsrecht unterworfen**; ob sie darüber hinaus das Berufsrecht ihres Herkunftsstaats zu beachten haben, richtet sich nach den dort geltenden Vorschriften; eine **europaweite Harmonisierung der anzuwendenden Kollisionsregeln** kann-

te bislang nicht erzielt werden, vielfach wird angesichts der Geltung beider Berufsrechte auch die Beachtung des jeweils strengsten Berufsrechts gefordert. – **Allein die Zusammenarbeit von deutschen und ausländischen Rechtsanwälten in einer Berufsausübungsgesellschaft begründet** für sich genommen **noch keine grenzüberschreitende Tätigkeit**; der bloße Umstand, dass eine in Deutschland tätige Gesellschaft eine ausländische Rechtsform hat, sie einer ausländischen Kammer angehört und in ihr auch ausländische Anwälte organisiert sind, führt daher für die in Deutschland tätigen Rechtsanwälte nicht zur Anwendbarkeit ausländischen Berufsrechts. - Werden **deutsche Rechtsanwälte oder Anwaltsgesellschaften im EU-Ausland anwaltlich tätig**, so **unterliegen** sie grds. **nur dem Berufsrecht des Aufnahmestaats**.

2. **Ruland**: Der neue Versorgungsausgleich – Strategien und Beratung durch den Anwalt (NJW 2009, 1697)
3. **Hansens**: Drei berichtigende Absätze des Gesetzgebers zur Gebührenanrechnung (AnwBI 2009, 535)

Überreicht durch:

Mandantenbrief

- neueste Informationen –

Aus Gesetzgebung, Rechtsprechung und Praxis

Juli 2009

A. Aus der Gesetzgebung

Das Bürgerentlastungsgesetz

Gesetz zur verbesserten steuerlichen Berücksichtigung von Vorsorgeaufwendungen v. 19.06.2009, In-Kraft-Treten am 01.01.2010

I. Allgemeines

1. Nach geltendem Recht dürfen die Beiträge für eine Kranken- und Pflegeversicherung nur insoweit als Sonderausgaben abgezogen werden, als sie zusammen mit anderen abziehbaren Vorsorgeaufwendungen (z.B. den Beiträgen für Haftpflicht-, Arbeitslosen-, Berufsunfähigkeits- oder Unfallversicherungen) den Höchstbetrag nicht übersteigen.
2. Das **BVerfG** (Beschluss vom 13.02.2008) **hatte die Höhe des Sonderausgabenabzugs für die Beiträge zu einer Kranken- und Pflegeversicherung als verfassungswidrig beurteilt** und entschieden, dass die Beiträge mindestens in einer Höhe abziehbar sein müssen, die erforderlich ist, um dem Steuerzahler und seiner Familie eine **sozialhilfegleiche Kranken- und Pflegeversicherung** zu gewährleisten; für die **Umsetzung dieser Vorgaben** hatte das BVerfG dem Gesetzgeber eine **Frist bis zum 01.01.2010** eingeräumt.
3. Mit der **gesetzlichen Neuregelung** werden nunmehr erstmals die **Aufwendungen für eine Kranken- und Pflegeversicherung auf sozialhilferechtlich gewährleistetem Leistungsniveau**, also für eine Basiskranken- und Pflegepflichtversicherung, **steuerlich vollständig als Sonderausgaben berücksichtigt**.

Um künftig auch die übrigen **sonstigen Vorsorgeaufwendungen**, z.B. für Arbeitslosen-, Berufsunfähigkeit-, Haftpflicht- oder Lebensversicherungen angemessen zu berücksichtigen, wird für diese ein **höheres gemeinsames Abzugsvolumen** eingeführt.

Die derzeitigen **Abzugsvolumina** werden dabei jeweils um 400 € von 1.500 € auf **1.900 €** bzw. von 2.400 € auf **2.800 €** (Selbstständige) erhöht. Das Abzugsvolumen steht dabei primär für Beiträge zugunsten einer Basiskranken- und Pflegepflichtversicherung zur Verfügung. Die entsprechenden Beiträge sind - auch bei Überschreiten der genannten Abzugsvolumina - in jedem Fall voll abziehbar.

Ab 2010 können damit **alle Aufwendungen steuerlich berücksichtigt** werden, die im Wesentlichen ein der gesetzlichen Kranken- und der sozialen Pflegepflichtversicherung entsprechendes Leistungsniveau absichern. Sonderleistungen wie Krankengeld fallen jedoch nicht unter die neue Regelung. Weiterhin besteht nun erstmalig die Möglichkeit, die Beiträge für Kinder, die bei ihren Eltern privat mitversichert sind, vollständig abzusetzen.

II. Die Neuregelungen im Überblick

- Der Sonderausgabenabzug für alle sonstigen Vorsorgeaufwendungen wird in einen **Sonderausgabenabzug für Kranken- und Pflegepflichtversicherungsbeiträge** umgestaltet, § 10 I Nr. 3 EStG.
- Diese Umgestaltung führt zu einem **Abzugsverbot für alle weiteren sonstigen Vorsorgeaufwendungen**, wie z.B. die Beiträge für Haftpflicht-, Arbeitslosen-, Berufsunfähigkeits- oder Unfallversicherungen.
- **Abzug der Beiträge** des Steuerpflichtigen für sich und seine Familienangehörigen **zugunsten einer Krankenversicherung in Höhe der sog. Basisabsicherung als Sonderausgaben**, § 10 I Nr. 3a EStG.

Nicht abzugsfähig sind Beiträge, die über die sog. Basisabsicherung hinausgehen (z.B. Chefarztbehandlung oder Ein-Bett-Zimmer im Krankenhaus).

Nicht abzugsfähig sind des Weiteren die Beitragsanteile zur gesetzlichen Krankenversicherung, soweit sie der Finanzierung des Krankengelds dienen; der jeweilige Beitrag ist insoweit um 4% zu vermindern (§ 10 I Nr. 3a S. 4 EStG-E).

- Die Beiträge zugunsten einer Krankenversicherung werden nur berücksichtigt, wenn der Steuerpflichtige gegenüber dem Versicherungsunternehmen, dem Träger der gesetzlichen Kranken- und Pflegeversicherung oder der Künstlersozialkasse **in eine Datenübermittlung eingewilligt** hat (§ 10 II 3 i.V. mit IIa EStG); die **Einwilligung gilt jedoch als erteilt, wenn die Beiträge mit der elektronischen Lohnsteuerbescheinigung oder der Rentenbezugsmitteilung übermittelt werden**.
- **Beiträge zu Pflegepflichtversicherungen sind in voller Höhe als Sonderausgaben abziehbar**, § 10 I Nr. 3b EStG.
- **Zur Vermeidung von Schlechterstellungen** gegenüber der alten Rechtslage **erfolgt bis zum Jahr 2019 eine sog. Günstigerprüfung**, § 10 IV EStG.
- Die **als Sonderausgaben abziehbaren Beiträge** im Lohnsteuerabzugsverfahren sind **in pauschalierter Form zu berücksichtigen**, § 39b II 5 Nr. 2 und 3 EStG). Da im Veranlagungsverfahren nach neuem Recht nur noch die tatsächlich geleisteten Beiträge zu berücksichtigen sind, erübrigt sich dort der Abzug einer Vorsorgepauschale, § 10c EStG-E.
- Die vom Unterhaltsverpflichteten **tatsächlich geleisteten Beträge für die Kranken- und Pflegeversicherung des Unterhaltsberechtigten** werden im **Rahmen des sog. begrenzten Realsplittings** nach § 10 I Nr. 1 EStG sowie nach § 33a I 1 EStG - soweit sie für die Erlangung eines sozialhilfegleichen Versorgungsniveaus erforderlich sind - durch entsprechende Erhöhung der jeweiligen Höchstbeträge **berücksichtigt**.

B. Aus der Rechtsprechung

BGB
§ 558 I

unwirksame Dekorations-AGB
keine Kompensation über Mietzuschlag

BGB

(OLG Brandenburg in NJOZ 2009, 5106; Urteil vom 13.10.2008 – 1 U 2/08)

Ein **Vermieter ist nicht dazu berechtigt**, einen **Zuschlag zur ortsüblichen Miete geltend zu machen**, wenn der Mietvertrag eine **unwirksame Klausel zur Übertragung der Schönheitsreparaturen** enthält.

„**§ 558 I 1 BGB bietet hierfür keine Grundlage**, denn nach dieser Vorschrift kann der Vermieter lediglich die Zustimmung zur Erhöhung der Miete bis zur ortsüblichen Vergleichsmiete und nicht darüber hinaus verlangen.

*Dies steht auch in Einklang mit dem Sinn und Zweck der gesetzlichen Regelung, die es dem Vermieter ermöglichen soll, im Rahmen des Vergleichsmietensystems eine angemessene, am örtlichen Markt orientierte Miete zu erzielen. Danach bilden die Marktverhältnisse den Maßstab für die Berechtigung einer Mieterhöhung. Der von den Kl. geltend gemachte Zuschlag orientiert sich dagegen an den Kosten für die Vornahme der Schönheitsreparaturen. Auf diese Weise würde bei der nicht preisgebundenen Wohnraummiete ein **Kostenelement ohne Rücksicht auf seine Durchsetzbarkeit am Markt zur Begründung einer Mieterhöhung herangezogen**. Hiermit wäre jedoch das **vom Gesetzgeber vorgesehene System der Vergleichsmieten verlassen** (BGHZ 177, 186 = NJW 2008, 2840 = NZM 2008, 641).“ (BGH aaO).*

BGB
§§ 705, 707**Nachschusspflicht für Personengesellschafter**
Wirksamkeit

BGB

(BGH in MDR 2009, 702 = NJW-RR 2009, 753; Urteil vom 09.02.2009 – II ZR 231/07)

Ein Beschluss, der den Gesellschaftern einer Personengesellschaft **Nachschusspflichten** auferlegt, ist gem. § 707 BGB **den Gesellschaftern gegenüber unwirksam, die** dieser Vermehrung ihrer Beitragspflichten **nicht** - auch nicht antizipiert - **zugestimmt haben**.

- I. Ein **Gesellschaftsvertrag**, der lediglich besagt, dass die Gewinn- und Verlustbeteiligung jährlich zwischen den Gesellschaftern prozentual im Verhältnis der Tausendstel-Anteile zueinander zu erfolgen hat, bildet **keine wirksame gesellschaftsvertragliche Grundlage für die Geltendmachung jährlicher Zahlungen zum Ausgleich eines sog. „Verlustes“**.

„Denn [eine solche Vertragsklausel] enthält nicht die nach der st. Rspr. erforderliche Obergrenze oder Regelungen über die Eingrenzbarkeit der Vermehrung der Beitragspflichten. Einer solchen Begrenzung bedarf es aber im Hinblick auf § 707 BGB, wenn ein Gesellschafter mit antizipierender Wirkung zustimmen soll.“ (BGH aaO).

- II. Mangels wirksam erteilter antizipierter Zustimmung wäre ein **Personengesellschafter nur dann zur Nachschussleistung verpflichtet, wenn** er den jeweiligen **Gesellschafterbeschlüssen zustimmt**.

„Die nicht erteilte Zustimmung kann auch nicht deswegen außer Betracht gelassen werden, weil die Bekl. nicht binnen der im Gesellschaftsvertrag vorgesehenen Frist die - unterstellt - ohne ihre Zustimmung gefassten Beschlüsse „angefochten“ hat. [Denn] durch eine verfahrensrechtliche Regelung im Gesellschaftsvertrag [darf] das **mitgliederschaftliche Grundrecht eines Gesellschafters, nicht ohne seine Zustimmung mit weiteren Beitragspflichten beschwert zu werden, nicht ausgehebelt werden** (BGH NJW-RR 2007, 1477 = NZG 2007, 582 = ZIP 2007, 1368; BGH NJW-RR 2007, 757 = NZG 2007, 381 = ZIP 2007, 766). Der betroffene Gesellschafter kann vielmehr die ihm gegenüber bestehende Unwirksamkeit des Beschlusses jederzeit gegenüber dem Zahlungsanspruch der Gesellschaft geltend machen.“ (BGH aaO).

StGB
§ 142**unerlaubtes Entfernen vom Unfallort**
vorsatzloses Sich-Entfernen in der „Beendigungsphase“

StGB

(OLG Hamburg in NJW 2009, 2074; Beschluss vom 27.03.2009 – 3-13/09)

Nach § 142 I StGB macht sich **nicht strafbar, wer erst nach Verlassen des Unfallorts von seiner Beteiligung am Unfall Kenntnis erlangt und sich gleichwohl (weiter) vom Unfallort entfernt**.

- I. Nach Auffassung des **OLG Düsseldorf** NStZ-RR 2008, 88 = NZV 2008, 107 verwirklicht ein Unfallbeteiligter den Straftatbestand des § 142 I Nr. 1 StGB auch dann, wenn er den Unfall nicht bemerkt, deshalb seine Fahrt zunächst fortsetzt, aber noch innerhalb eines räumlichen und zeitlichen Zusammenhangs mit dem Unfallgeschehen von diesem erfährt.
- II. **OLG Hamburg aaO folgt** dieser Auffassung **nicht**.

„Der Senat hält es für zwingend, den **Begriff des Unfallorts i.S. des § 142 I StGB als Teil des objektiven Tatbestands auch objektiv zu bestimmen und nicht etwa davon abhängig zu machen, ob der Unfallbeteiligte sogleich Kenntnis vom Unfall hatte oder nicht**. Hätte der Angekl. den Unfall beim Überholen bemerkt, hätte er den Tatbestand des § 142 I Nr. 1 StGB - unerlaubtes Verlassen des Unfallorts - durch Weiterfahren trotz Haltemöglichkeit schon nach wenig mehr als 100 m verwirklicht. Für den Fall unvorsätzlicher Tatbestandsverwirklichung kann nichts anderes gelten.

Ebenso wenig sind Überlegungen zu einem erst nach Vollendung, aber vor Beendigung gefassten Vorsatz des Täters geeignet, eine Strafbarkeit des Angekl. nach § 142 I StGB zu begründen: Nach § 15 StGB muss der Täter **Vorsatz zum Zeitpunkt der Tathandlung haben, ein nachträglich gefasster Vorsatz ist bedeutungslos** (Fischer, StGB, § 15 Rn 4). Ein erst nach Vollendung, aber vor Beendigung gefasster Vorsatz ist nur in Fällen sukzessiver Beihilfe oder Mittäterschaft denkbar, die aber immer eine durch einen anderen vorsätzlich begangene, vollendete Tat voraussetzen. Der Alleintäter, der vorsatzlos den objektiven Tatbestand des § 142 I StGB vollendet - hier: in Unkenntnis seiner Unfallbeteiligung den Unfallort verlässt - macht sich durch die Weiterfahrt trotz nunmehr erlangter Kenntnis vom Unfall nicht nach § 142 I StGB strafbar.

Eine Strafbarkeit gem. § 142 II Nr. 2 StGB kommt ebenfalls nicht in Betracht, weil das berechnete oder entschuldigte Entfernen vom Unfallort wegen Verstoßes gegen das Analogieverbot aus Art. 103 II GG nicht mit dem vorsatzlosen Entfernen vom Unfallort gleichzusetzen ist (BVerfG NJW 2007, 1666).“ (OLG Hamburg aaO).

VwGO
§ 163f III 1**Rechtsbehelfsbelehrung**
bei Zustellung eines Bescheids durch Einschreiben

VwGO

(OVG Münster in NJW 2009, 1832; Beschluss vom 04.03.2009 – 5 A 924/07)

Wird ein **Bescheid** auf behördliche Anordnung hin **als Einschreiben mit Rückschein zugestellt und belehrt die Rechtsbehelfsbelehrung darüber, dass die Widerspruchsfrist mit der Bekanntgabe des Bescheids beginnt**, so ist diese Formulierung **geeignet, die Einlegung des Rechtsbehelfs zu erschweren**. In diesem Falle ist die **Rechtsmittelbelehrung fehlerhaft und setzt den Fristlauf nicht in Gang**, sodass gem. § 58 II 1 VwGO Widerspruch innerhalb eines Jahres seit Zustellung, Eröffnung oder Verkündung eingelegt werden kann.

- I. Die hier zu beurteilende **Rechtsmittelbelehrung ist irreführend**: Sie belehrt darüber, dass die Widerspruchsfrist mit der „Bekanntgabe“ des Bescheids beginne.

„Diese Formulierung war geeignet, die Einlegung des Rechtsbehelfs zu erschweren, weil der Bescheid auf behördliche Anordnung per Einschreiben mit Rückschein zugestellt wurde. Zwar ist der Widerspruch gem. § 70 I 1 VwGO innerhalb eines Monats nach Bekanntgabe des Verwaltungsakts zu erheben. Mit der Anordnung der Bekanntgabe

Herausgeber: Juristischer Verlag Juridicus GbR
Hiberniastraße 6
45879 Gelsenkirchen

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

durch Zustellung unterliegt die Bekanntgabe jedoch in gleicher Weise den Regelungen des Zustellungsrechts wie in den Fällen, in denen die Zustellung gesetzlich vorgeschrieben ist (vgl. § 1 II NWLZG) (dazu auch Sadler, VwZG, 6. Aufl. 2006, § 1 Rn 14f.).

Die Rechtsbehelfsbelehrung weist hierauf nicht hin, sondern belässt es bei der **allgemeinen Formulierung „Bekanntgabe“ anstatt „Zustellung“**. Zwar erfolgte die Bekanntgabe im konkreten Fall gerade im Wege der Zustellung (§ 41 V NWVwVfG). Auch ist es nicht erforderlich, in einer Rechtsbehelfsbelehrung auf sämtliche Modalitäten einer Fristberechnung hinzuweisen (BVerwG, Buchholz 310 § 60 VwGO Nr. 132; VGH München BayVBl 1977, 341).“ (OVG Münster aaO).

- II. Das Risiko einer Falschberechnung kann dem Empfänger aber nur insoweit zugemutet werden, als ihm die für die Fristberechnung notwendigen Fakten, insbesondere der Anfangszeitpunkt der Frist, entsprechend den gesetzlichen Vorschriften angegeben werden und er anhand dieser Angaben die Frist berechnen kann (vgl. OVG Münster NJW 1973, 165).

„Diesen Anforderungen wird die hier in Rede stehende Rechtsbehelfsbelehrung nicht gerecht: Indem sie nicht auf die tatsächlich eingeleitete Zustellung hinweist, die wegen ihrer behördlichen Anordnung für den Lauf der Widerspruchsfrist maßgeblich war, konnte die Belehrung einen Irrtum des Adressaten über den Beginn der Rechtsbehelfsfrist hervorrufen und dadurch die rechtzeitige Widerspruchserhebung unzumutbar erschweren. Anders als bei der Zustellung mit Zustellungsurkunde oder gegen Empfangsbekanntnis ist die Zustellung durch Einschreiben zumindest nach der hier noch maßgeblichen Regelung in § 4 I VwZG in der bis zum 31.01.2006 geltenden Fassung (im Folgenden: VwZG a.F.) aus Sicht des Empfängers nicht zweifelsfrei stets zugleich die Bekanntgabe. Nach dieser Vorschrift wird die Zustellung am dritten Tag nach der Aufgabe zur Post fingiert. Demgegenüber ist für den Adressaten unklar, ob die Bekanntgabe, auf die die Rechtsbehelfsbelehrung hinweist, davon abweichend schon im Zeitpunkt des Zugangs im Sinne des entsprechend anwendbaren § 130 BGB erfolgt (BVerwG NJW 1991, 508; BVerwG NVwZ 2006, 943 = NJW 2007, 939; so auch OVG Münster NJW 1973, 165).“ (OVG Münster aaO).

- III. Unklarheiten in der Rechtsmittelbelehrung werden auch nicht dadurch beseitigt, dass ein Adressat durch den Hinweis in der Rechtsbehelfsbelehrung auf die Regelungen über die Bekanntgabe von Verwaltungsakten, insbes. auf § 41 II NWVwVfG, stoßen und wegen der dort geregelten Fiktion, die § 4 I VwZG a.F. entspricht, zufällig den Fristablauf der Sache nach zutreffend ermitteln könnte.

„Denn § 41 II NWVwVfG gilt nur für die Bekanntgabe mit einfacher Post im allgemeinen Briefverkehr und ist gerade wegen der gewählten Bekanntgabeform der Zustellung nicht anwendbar (vgl. Knack, VwVfG, 8. Aufl. 2004, § 41 Rn 18; zu weiteren möglichen Unklarheiten in diesem Zusammenhang BSGE 79, 293 = NVwZ 1998, 109; VG Oldenburg NVwZ-RR 2009, 122).

Da der Begriff „Zustellung“ weder im Bescheid noch in der Rechtsbehelfsbelehrung erscheint, wird der Empfänger dagegen den Hinweis in § 41 V NWVwVfG auf die besonderen Vorschriften über die Bekanntgabe mittels Zustellung nicht ohne Weiteres für einschlägig halten.“ (OVG Münster aaO).

- IV. Diese Unklarheiten für den Empfänger können sich auf die Rechtsbehelfseinlegung auswirken.

„Eine Frist, die möglicherweise ab Zugang des Bescheids läuft, kann bei der gebotenen generellen Betrachtung früher ablaufen als diejenige Frist, die von dem fiktiven Zustellungszeitpunkt an rechnet. Dementsprechend kann die irreführende Formulierung dazu führen, dass zum Ende der Frist die Einlegung eines Widerspruchs in der durch die Rechtsbehelfsbelehrung ausgelösten fehlerhaften Vorstellung unterbleibt, die Frist sei bereits abgelaufen, obwohl sie in Wirklichkeit noch läuft (vgl. OVG Münster NVwZ 2001, 212).

Unerheblich ist, ob über den Fristablauf im Einzelfall nur deshalb kein Zweifel entstehen kann, weil die Frist - etwa wegen der Berücksichtigung von Sonnabenden, Sonn- und Feiertagen - bei allen denkbaren Fristberechnungen an demselben Tag endet. Für die Fehlerhaftigkeit einer Rechtsbehelfsbelehrung kommt es allein auf die generelle Eigenart an, durch einen möglichen Irrtum die Einlegung des Rechtsbehelfs zu erschweren. Ob eine Rechtsbehelfsbelehrung fehlerhaft ist, kann deshalb nicht davon abhängen, ob im konkreten Fall Zustellung und Bekanntgabe überhaupt auseinanderfallen und inwieweit sich dies ggf. auf die Fristberechnung auswirkt (ähnlich OVG Münster NJW 1973, 165).“ (OVG Münster aaO).

VwZG
§ 7 I 1

Zustellung an Bevollmächtigten bei schriftlicher Vollmacht

VwZG

(OVG Lüneburg in NJW 2009, 1834; Beschluss vom 13.03.2009 – 11 PA 157/09)

Nach § 7 I 2 VwZG hat die Zustellung an den durch schriftliche Vollmacht ausgewiesenen Bevollmächtigten zu erfolgen. Die Klagefrist des § 74 VwGO beginnt mit dieser Zustellung und nicht mit dem Zugang beim Betroffenen.

„Vorliegend hatte der Bevollmächtigte der Kl. der Bkl. unter Vorlage einer Vollmachtsurkunde im Original seine Beauftragung angezeigt, so dass für die Zustellung des angefochtenen Bescheids § 1 I 1 NdsVwZG i.V. mit § 7 I 2 VwZG maßgebend waren. Danach war nur die Zustellung an den Bevollmächtigten wirksam und hat die Klagefrist in Lauf gesetzt. Die Zustellung gegenüber der Kl. ist insoweit formell unwirksam; diese Bekanntgabe diente lediglich ihrer Unterrichtung (vgl. Sadler, VwVG/VwZG, 6. Aufl., § 7 Rn 14; Engelhardt/App, VwVG/VwZG, 8. Aufl., § 7 Rn 6f.).

Die vom VG angeführte Entscheidung (BVerwGE 105, 288 = NVwZ 1998, 1292) steht dem nicht entgegen, denn in dem vom BVerwG entschiedenen Sachverhalt hatte die Behörde ihren Bescheid jedenfalls nicht zugestellt, sondern mit einfachem Brief bekannt gegeben. Gleiches gilt für den vom VG angeführten Beschluss des Senats (BVerwG BeckRS 2007, 28129). Der Senat hat seine Entscheidung maßgeblich darauf gestützt, dass der Bevollmächtigte gerade nicht die von § 7 I 2 VwZG geforderte schriftliche Vollmacht vorgelegt hatte und deshalb § 7 I 1 VwZG angewandt.“ (BVerwG aaO).

Protokolle

für die mündliche Prüfung

Warum Prüfungsprotokolle?

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

Wie läuft das ab?

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

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

Was können Sie sonst noch tun?

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

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

Was kostet das?

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

Zahlung nur im Voraus oder bei Abholung

