



PRAKTIKER-REPORT (PR)

Monatsschrift für den praktisch tätigen Juristen

36. Jahrg.

Juli 2011

Heft 07

Aus dem Inhalt:

OLG Stuttgart: Zufallschäden des unentgeltlichen Auftragnehmers

BGH: Kölner Parteispendenaffäre

BVerwG: Baurechtliche Zulässigkeit einer Kirche im Industriegebiet

BGH: Streitverkündung bei faktischer Präjudizwirkung

BGH: Unzulässigkeit der alternativen Klagehäufung

BVerfG: Fortsetzungsfeststellungsinteresse im Versammlungsrecht

OVG Bremen: Jahresfrist für Rücknahme/Widerruf



Impressum:

Verlag und Redaktion:

Juristischer Verlag Juridicus
Hiberniastraße 6
45879 Gelsenkirchen

Tel.: 0209 / 945 806 - 35

Fax: 0209 / 945 806 - 50

info@juridicus.de

www.juridicus.de

Verantwortliche Redakteure:

Silke Wollburg, Hiberniastraße 6, 45879 Gelsenkirchen

Britta Wegner, Hiberniastraße 6, 45879 Gelsenkirchen

Urheber und Verlagsrechte:

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

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

Erscheinungsweise: monatlich

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

Zahlung quartalsweise im Voraus

Inhalt

Aus der Gesetzgebung

Die Reform des Vormundschafts- und Betreuungsrechts.....	1
Die erbrechtliche Gleichstellung nichtehelicher Kinder.....	1

Brandaktuell

BVerfG:	gerichtliche Kontrolle bei unbestimmten Rechtsbegriffen (Vorgaben für Prüfung von Verwaltungsentscheidungen).....	3
---------	--	---

Entscheidungen materielles Recht

Zivilrecht

OLG Stuttgart:	Zufallsschäden des unentgeltlichen Auftragsnehmers (Haftung des Auftraggebers auf Schadensersatz).....	4
LG Berlin:	Schadensersatz wegen aufgebrochener Wohnungstür (keine Haftung des Alarmrufers).....	7

Strafrecht

BGH:	Mittäterschaft (erheblicher objektiver Tatbeitrag).....	9
BGH:	Urteile („Kölner Parteispendenaffäre“)	12

öffentl. Recht

BVerwG:	Kirche im Industriegebiet (baurechtliche Zulässigkeit im Wege einer Befreiung).....	16
VG Wiesbaden:	Lärm durch Gäste vor der Gaststätte (Verantwortlichkeit des Gastwirtes).....	20

Kurzauslese I

OLG Düsseldorf:	Vertretung einer Ltd. (Abschluss eines Mietvertrages).....	22
LAG Nürnberg:	Verjährung (Hemmung durch Streitverkündung).....	22
BGH:	Nachbelehrung eines Verbrauchers (Wirksamkeitsvoraussetzungen).....	22
OLG Düsseldorf:	Privatinsolvenz eines GmbH-Geschäftsführers (Auswirkung auf Vertretungsbefugnis).....	23
BGH:	Verbrechensverabredung (Internetchat).....	23
BGH:	Mordversuch (strafbefreiender Rücktritt).....	23
StA München:	Selbsttötung (Alzheimer-Demenz-Patient).....	24
BGH:	Totschlag (schwerwiegende Beleidigung).....	24
KG:	öffentlicher Verkehrsraum (Gewerbegebiete).....	25
OVG Koblenz:	Windpark (zumutbare optische Beeinträchtigung).....	25
BVerwG:	Dienstunfall (Vorliegen eines Wegeunfalls).....	25
BVerwG:	eingetragene Lebenspartnerschaft (Anspruch auf Hinterbliebenenversorgung).....	26

Entscheidungen Verfahrensrecht

Zivilrecht

BGH:	Streitverkündung und Nebenintervention (kein rechtliches Interesse bei faktischer Präjudizwirkung).....	28
BGH:	Unzulässigkeit der alternativen Klagehäufung (Bestimmung der Reihenfolge der Geltendmachung geboten).....	30

Strafrecht

BGH:	Verlesung des Anklagesatzes (erforderliche Tatschilderung)	33
------	---	----

öffentl. Recht

BVerfG:	Fortsetzungsfeststellungsinteresse (Voraussetzungen bei versammlungsrechtlichen Streitigkeiten).....	38
OVG Bremen:	Jahresfrist für Rücknahme/Widerruf (Berechnung bei Einlegung von Rechtsbehelfen).....	41

Kurzauslese II

BGH:	Beweislast (Fehlschlagen der Nachbesserung)	44
BFH:	Einverständniserklärung (Zulässigkeit des Widerrufs).....	44
BGH:	Rechtsbeschwerde (Statthaftigkeit).....	44
BGH:	richterl. Vernehmung (Informationsanspruch des Beschuldigten).....	45
OLG Stuttgart:	Verteidigerpost (Öffnung mit Einverständnis des Gefangenen).....	45
OLG Naumburg:	Privatisierung des Maßregelvollzugs (verfassungsrechtlich bedenklich).....	45
BVerfG:	Verfahrensaussetzung (nicht mit Verfassungsbeschwerde angreifbar).....	46
VG Mainz:	Ersatzzustellung (an Wohnung des Zustelladressaten).....	46

Speziell für Rechtsanwälte und Notare

Gebühren und Kosten

BGH:	Vollstreckungsgebühren (Gebührenbegriff).....	47
BGH:	Kosten eines außergerichtlichen Vergleichs (Erstattungsfähigkeit).....	48
OLG Düsseldorf:	Terminsgebühr für Strafverteidiger (Verkündung eines Haftbefehls im Hauptverhandlungstermin).....	49
BAG:	Gegenstandswert im Kündigungsschutzprozess (Nichtberücksichtigung weiterer Prozesse).....	49
KG:	Gerichtsgebühr (keine Ermäßigung bei Verfahrenserledigung durch Tod einer Prozesspartei).....	49
OLG Hamm:	Anschlussberufung (Kosten).....	50
OLG Oldenburg:	Kostenentscheidung in Unterhaltssache (keine isolierte Anfechtbarkeit).....	51

BGH:	mat.-rechtl. Kostenerstattungsanspruch (trotz Beratungshilfeanspruch).....	52
Aus der Praxis		
OLG Hamm:	Mandatsvertrag (Übernahme durch neu gegründete Sozietät).....	53
EuGH:	Zugang zum Notariat (darf nicht an Staatsangehörigkeit geknüpft werden).....	53
BAG:	Fristversäumung (keine Verpflichtung des Rechtsanwalts zur Eingangskontrolle bei Gericht).....	55
OLG Schleswig:	Inspektionsvertrag (Hinweispflicht auf bevorstehende erforderliche Reparaturen).....	55
OLG Hamm:	Umgangs-/Nutzungsrecht (Hund).....	56
BAG:	Entschädigungsklage bei Arbeitnehmerüberlassung (zulässiger Rechtsweg).....	56
BFH:	Verzicht auf mündliche Verhandlung (Wirksamkeit).....	57
BGH:	Wiedereinsetzungsanspruch (Erkrankung des Prozessbevollmächtigten).....	58
BGH:	Verwerfung der Berufung (nach Entscheidung über PKH-Gesuch).....	58
Steuern		
BFH:	Kinderbetreuungskosten (Zurechnung).....	59
OLG Bremen:	gemeinsame Veranlagung von Ehegatten (Zustimmungsanspruch).....	59
BFH:	Steuervorauszahlungen (Anrechnung bei Ehegatten).....	60
Weitere Schriftumsnachweise		61
Mandantenbrief		65

Aus der Gesetzgebung

I. Die Reform des Vormundschafts- und Betreuungsrechts

1. Allgemeines

In der Vergangenheit kam es auch bei bestehender Vormundschaft wiederholt zu Kindesmisshandlungen und Vernachlässigungen durch Pflegepersonen. Ohne hinreichenden persönlichen Kontakt kann der Schutz der Vormundschaft nicht greifen, hier soll sich etwas ändern.

Der Bundesrat hat daher jüngst der Reform des Vormundschafts- und Betreuungsrechts zugestimmt. **Ziel des Gesetzes**, das nur noch ausgefertigt und verkündet werden muss, ist die **Verbesserung des Kinderschutzes** durch eine Intensivierung des persönlichen Kontakts mit dem Vormund, um zukünftig Fällen von Missbrauch und Verwahrlosung besser begegnen zu können. Die Vormundschaft ist vor allem für Kinder gedacht, bei denen der Schutz der Familie versagt. Wenn Eltern ihre Kinder vernachlässigen und darum das Sorgerecht verlieren, steht ein Vormund, der dann an Stelle der Eltern zur umfassenden Sorge für Person und Vermögen des Kindes verpflichtet ist, den Kindern zur Seite.

2. Die wichtigsten Regelungen im Überblick

Das neue Gesetz stellt sicher, dass **jeder Vormund seine Schützlinge regelmäßig sieht**. Ein Amtsvormund darf künftig daher **nicht mehr als 50 Kinder betreuen**, denn der oftmals fehlende persönliche Kontakt zwischen Vormund und Mündel führt dazu, dass auch der Vormund Misshandlungen und Vernachlässigungen nicht rechtzeitig erkennt.

Weitere **Eckpunkte der Neuregelung**:

- Der Vormund soll i. d. R. jeden Monat **persönlichen Kontakt mit dem Mündel** aufnehmen.
- Der Vormund hat die Pflicht, den **Mündel persönlich zu fördern und seine Erziehung zu gewährleisten**.
- Die **Berichtspflichten des Vormundes** werden ausgeweitet.
- Bei der Amtsvormundschaft soll das Jugendamt **das Kind** vor der Übertragung der Aufgaben des Vormundes auf einen Mitarbeiter **anhören**.
- **Unzureichende persönliche Kontakte** sollen **als Grund für die Entlassung des Betreuers** im Betreuungsrecht ausdrücklich genannt werden.

II. Die erbrechtliche Gleichstellung nichtehelicher Kinder

Das Gesetz zur erbrechtlichen Gleichstellung nichtehelicher Kinder, zur Änderung der Zivilprozessordnung und der Abgabenordnung v. 12.04.2011, In-Kraft-Treten am 16.04.2011 (BGBl I 2011, 615)

1. Die Entstehungsgeschichte

Der **Europäische Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR)** hat am 28.05.2009 in einem **Individualbeschwerdeverfahren** festgestellt, dass die bisher im deutschen Erbrecht vorgesehene Ungleichbehandlung von ehelichen und nichtehelichen Kindern, die vor dem 01.07.1949 geboren wurden, im Widerspruch zur Europäischen Menschenrechtskonvention steht. Nach dieser **gesetzl. Sonderregelung** gelten vor dem

01.07.1949 geborene nichteheliche Kinder bis heute mit ihren Vätern als nicht verwandt und haben daher auch kein gesetzliches Erbrecht.

2. Die künftige gesetzliche Regelung

- Für **künftige Sterbefälle** werden auch die vor dem 01.07.1949 geborenen nichtehelichen Kinder ehelichen Kindern gleichgestellt. Sie beerben ihre Väter also als gesetzliche Erben.
- Allerdings soll dieses **Erbrecht nicht zu Lasten von hinterbliebenen Ehefrauen** gehen. Um deren Vertrauen in die frühere Regelung zu schützen, wird ihnen eine gesetzliche Vorerbschaft eingeräumt. Das bedeutet: Stirbt der Vater, erbt zunächst seine Ehefrau. Erst wenn auch diese stirbt, erhalten die betroffenen nichtehelichen Kinder ihren Anteil als Nacherbschaft.
- Eine weitere **Einschränkung** ist für die **Fälle** geplant, **in denen der Erblasser bereits vor dem Inkrafttreten der geplanten Neuregelung verstorben** ist. Denn dann sind die erbrechtlichen Folgen bereits eingetreten; das Vermögen des Erblassers ist auf die nach alter Rechtslage berufenen Erben übergegangen. Wegen des Vertrauensschutzes soll es für nichteheliche Kinder, deren Väter bereits vor dem 29.05.2009 verstorben sind, grundsätzlich bei der früheren Rechtslage bleiben. Eine **rückwirkende Anwendung der Neuregelung** wäre damit **auf solche Erbfälle beschränkt, die nach der o. g. Entscheidung des EGMR eingetreten sind**.

Brandaktuell

GG **gerichtliche Kontrolle bei unbestimmten Rechtsbegriffen** **GG**
Art. 19 IV. **Vorgaben für Prüfung von Verwaltungsentscheidungen**
(BVerfG in Pressemitteilung 42/2011 vom 30.06.2011;
Beschluss vom 31.05.2011 – 1 BvR 857/07)

Fall: Das Investitionszulagengesetz regelt die Gewährung staatlicher Zuschüsse für förderungswürdig erachtete betriebliche Anschaffungen. Die Bf. hatte entsprechende Zuschüsse beantragt, aber nicht erhalten. Die zuständige Verwaltungsbehörde war der Auffassung, dass die Bf. nach Maßgabe der Klassifikation der Wirtschaftszweige durch das Statistische Bundesamt in 65189 Wiesbaden, Gustav-Stresemann-Ring 11, herausgegebenen, Ausgabe 2008 (WZ 2008) nicht zu den nach § 3 InvZulG 2010 förderungswürdigen Betrieben gehört. Zudem wurde eine entsprechende Stellungnahme des Statistischen Bundesamtes für verbindlich gehalten. Die Gerichte haben diesbezüglich eine nur eingeschränkt überprüfbare Auslegung und Anwendung von unbestimmten Rechtsbegriffen angenommen. Der Bf. ist der Auffassung, dass er hierdurch in seinem Grundrecht auf effektiven Rechtsschutz aus Art. 19 IV GG verletzt ist.

I. Bindung an die Klassifikation der Wirtschaftszweige durch das Statistische Bundesamt

*„Zum einen sieht sich der Bundesfinanzhof bei der Zuordnung des Unternehmens der Beschwerdeführerin zum verarbeitenden Gewerbe grundsätzlich an die **Klassifikation der Wirtschaftszweige** gebunden, die weder Gesetz noch Verordnung ist, sondern allein für statistische Zwecke **durch eine Verwaltungsbehörde geschaffen** wurde. Dies führt jedoch nicht zu einer Verletzung der Rechtsschutzgarantie. Es beeinträchtigt weder die Gesetzesbindung der Gerichte noch den Anspruch des Einzelnen auf wirksame gerichtliche Kontrolle, wenn die Konkretisierung **unbestimmter Rechtsbegriffe** durch **gesetzliche Verweisung auf bestimmte Verwaltungsvorschriften oder sonstige untergesetzliche Regelwerke** erfolgt oder wenn die konkretisierende Heranziehung solcher Vorschriften oder Regelwerke in vergleichbarer Weise auf einer ausreichenden gesetzlichen Grundlage beruht. So verhält es sich hier. Die Anerkennung der prinzipiellen Verbindlichkeit der Klassifikation der Wirtschaftszweige für die Zuordnung eines Betriebs zum verarbeitenden Gewerbe kann sich bezogen auf die Investitionszulagengewährung auf eine tragfähige gesetzliche Grundlage stützen.“ (BVerfG aaO)*

II. Bindung an die Stellungnahme des Statistischen Bundesamtes

Das Urteil des Bundesfinanzhofs verletzt jedoch die Beschwerdeführerin in ihrem Grundrecht auf effektiven Rechtsschutz, soweit es zum anderen die Stellungnahme des Statistischen Bundesamts, wonach die Tätigkeit der Beschwerdeführerin nicht zu dem verarbeitenden Gewerbe zählt, als grundsätzlich verbindlich erachtet und nur auf offensichtliche Fehler prüft.

*„Dies schmälert den individuellen Rechtsschutz, weil die **gebotene vollständige Prüfung der Verwaltungsentscheidung**, hier der Entscheidung des Finanzamts, unterbleibt und stattdessen nur noch eine bloße Offensichtlichkeitskontrolle erfolgt. Damit wird dem Statistischen Bundesamt ein **partielles behördliches Letztentscheidungsrecht eingeräumt**.*

*Von Gerichten nicht oder nur eingeschränkt überprüfbare **Letztentscheidungsbefugnisse** über Rechte des Einzelnen dürfen der vollziehenden Gewalt **nur aufgrund eines Gesetzes eingeräumt** werden. Dabei hat auch der Gesetzgeber, wenn er die gerichtliche Kontrolle zurücknehmen will, zu berücksichtigen, dass die letztverbindliche Normauslegung und die Kontrolle der Rechtsanwendung im Einzelfall **grundsätzlich den Gerichten vorbehalten** ist. Deren durch Art. 19 IV GG garantierte Effektivität darf auch der Gesetzgeber nicht durch zu zahlreiche oder weitgreifende Beurteilungsspielräume für ganze Sachbereiche oder gar Rechtsgebiete aushebeln. Die **Freistellung** der Rechtsanwendung **von gerichtlicher Kontrolle** bedarf stets eines hinreichend **gewichtigen**, am Grundsatz eines wirksamen Rechtsschutzes ausgerichteten **Sachgrunds**.*

*Die auf eine **Offensichtlichkeitskontrolle beschränkte Prüfung des Bundesfinanzhofs** ist mit der Rechtsschutzgarantie des Art. 19 IV 1 GG nicht vereinbar, weil es bereits an der erforderlichen gesetzlichen Grundlage für diese Beschränkung fehlt. Weder im Investitionszulagengesetz 1999 noch in den Gesetzesmaterialien finden sich tragfähige Hinweise auf eine Finanzbehörden und Finanzgerichte **bindende Einbeziehung der Statistikbehörden** in die Investitionszulagenentscheidung oder auch nur auf ein insoweit dem Finanzamt selbst einzuräumendes Letztentscheidungsrecht.“ (BVerfG aaO)*

Entscheidungen materielles Recht

BGB
§§ 662, 670

Zufallsschäden des unentgeltlichen Auftragnehmers Haftung des Auftraggebers auf Schadensersatz

BGB

(OLG Stuttgart in NJW-RR 2011, 606, Urteil vom 03.11.2010)

1. Für Auftraggeber gilt die **allgemeine Schutzpflicht** aus § 241 II BGB. Danach obliegt es dem Auftraggeber, alle Rechte und sonstigen Rechtsgüter des Auftragnehmers zu schützen.
2. Hätte der Auftrag **bei Entgeltlichkeit werkvertraglichen Charakter**, ist auf die Schutzmaßnahmen abzustellen, die bei einem Werkvertrag zu beachten sind.
3. Im **Werkvertragsrecht** ist insoweit anerkannt, dass der Besteller **Gefahrenquellen** oder **gefährerhöhende Umstände**, auf die der Unternehmer keinen Einfluss hat und die er auch bei sorgfältiger Beobachtung der tatsächlichen Gegebenheiten nicht erkennen kann, **vermeiden oder darauf zumindest aufmerksam** machen muss
4. In Rechtsprechung und Literatur besteht Übereinstimmung, dass im Rahmen eines **unentgeltlichen Auftragsverhältnisses** der Auftraggeber **solche risikospezifischen Zufallsschäden**, die dem Auftragnehmer unfreiwillig entstehen, auch ohne eigenes Verschulden zu ersetzen hat
5. Als ersatzfähig sind solche **Zufallsschäden** anzusehen, die **adäquat kausal** durch die Auftragsführung eingetreten sind und die sich aus einer **mit dem Auftrag verbundenen Gefahr** ergeben haben. Somit ist der Auftraggeber nur dann zum Schadensersatz verpflichtet, wenn sich ein **geschäftstypisches Risiko realisiert** hat, nicht dagegen bei der Verwirklichung des allgemeinen Lebensrisikos

Fall: Der Kl. macht Zahlungsansprüche gegen den Bekl. geltend wegen einer von ihm behaupteten Beschädigung seines Mähwerks beim Mähen einer Wiese des Bekl., von dem er hierzu beauftragt worden ist.

Der Bekl. hatte selbst eine seiner Wiesen mit einem Mähfahrzeug gemäht und hierbei sein Mähwerk an einem Schachtdeckel beschädigt. Da die 20 vorhandenen Schachtdeckel gefahrträchtig waren, sollte diese markiert werden. Mit der Durchführung der weiteren Mäharbeiten hat der Bekl. wegen des Defekts an seinem eigenen Mähfahrzeug 2 Wochen später den Kl. beauftragt, seine Wiesen in S.-V. unentgeltlich mit seinem eigenen Mähfahrzeug zu mähen. Weder kontrollierte er zuvor das Vorhandensein der Markierungen an den Schachtdeckeln noch informierte er den Bekl. über die bestehende Gefahr. Bei den Arbeiten wurde das Mähwerk des Kl. beim Mähen einer Wiese des Bekl. am 06.08.2008 durch Überfahren eines nicht ohne weiteres erkennbaren und nicht gekennzeichneten Schachtdeckels beschädigt. Der Kl. macht nunmehr Schadensersatz in Höhe von 7.862,50 Euro wegen des defekten Mähwerks geltend. Hat er hierauf einen Anspruch?

I. Anspruch gem. §§ 662, 241 II, 280 I, 249, 276 BGB

Dem Kl. könnte gegen den Beklagten ein Anspruch auf Schadensersatz in Höhe von 7.862,50 Euro wegen des defekten Mähwerks nach §§ 662, 241 II, 280 I, 249, 276 BGB zustehen.

1. Bestehen eines Auftragsverhältnisses

Dann müsste zwischen den Parteien ein Auftragsverhältnis bestehen.

„Der Kl. wurde vom Bekl. beauftragt, dessen Wiesen in S.-V. unentgeltlich zu mähen. Hierin liegt die Begründung eines Auftragsverhältnisses i. S. von §§ 662 ff. BGB.“ (OLG Stuttgart aaO)

2. Nebenpflichten nach § 241 II BGB

Auch bei einem unentgeltlichen Auftragsverhältnis bestehen Nebenpflichten. Diese könnte der Bekl. verletzt haben.

*„Für den Auftraggeber gilt die **allgemeine Schutzpflicht** aus § 241 II BGB (Palandt/Sprau, BGB, 69. Aufl. [2010], § 670 Rn 8). Danach obliegt es dem Auftraggeber, alle Rechte und sonstigen Rechtsgüter des Auftragnehmers zu schützen. Wenn – wie hier – der Auftrag **bei Entgeltlichkeit werkvertraglichen Charakter** hätte, ist auf die Schutzmaßnahmen abzustellen, die bei einem Werkvertrag zu beachten sind (Staudinger/Martinek, BGB, 2006, § 670 Rn. 24). Im **Werkvertragsrecht** ist insoweit anerkannt, dass der Besteller*

Gefahrenquellen oder gefahrerhöhende Umstände, auf die der Unternehmer keinen Einfluss hat und die er auch bei sorgfältiger Beobachtung der tatsächlichen Gegebenheiten nicht erkennen kann, **vermeiden oder darauf zumindest aufmerksam machen muss** (OLG Celle, Urt. v. 24. 1. 2001 – 2 U 104/00; OLG Braunschweig, VersR 1968, 204). Der Besteller ist gehalten, **alles objektiv Zumutbare zu tun, um das Gerät des Unternehmers vor Beschädigungen zu bewahren** (OLG Hamm, VersR 1979, 477).“ (OLG Stuttgart aaO)

3. Verletzung der Schutzpflichten durch den Bekl.

Der Bekl. könnte diese Nebenpflichten verletzt haben.

„Unstreitig waren die zahlreichen verdeckten **Schachtdeckel gefahrträchtig**. Diese Gefahr wurde vom Bekl. zwar erkannt, der die Schächte markiert haben will und dies dem Kl. gegenüber so auch mitgeteilt hat. Jedoch hat der Bekl. nicht alle ihm zumutbaren Mittel ergriffen, um den Kl. vor Schäden zu bewahren. Denn nach den Angaben des Bekl. im Schreiben vom 17.01.2010 fanden seine eigenen Mäharbeiten circa 14 Tage vor dem 06.08.2008 statt, mithin hat der Bekl. **keine Überprüfung des Vorhandenseins der Kennzeichnungen unmittelbar vor dem Arbeitsbeginn** des Kl. vorgenommen. Es bestand somit das zusätzliche Risiko, dass vorhandene Markierungen **nachträglich wieder entfernt** werden bzw. verloren gehen, weil die in der Nähe der Universität V befindlichen Wiesen des Bekl. häufiger von Hundebesitzern bzw. Studenten begangen werden. Dieser Umstand war dem Kl. jedoch unbekannt, wie er glaubhaft angegeben hat. Somit **fehlte** dem Kl. das **Bewusstsein**, dass **trotz** der Mitteilung des Bekl., alle Gefahrenstellen seien **markiert**, sich auf der zu mähenden Wiese **unmarkierte Schachtdeckel** befinden können. Hierauf hätte der Bekl. zusätzlich **aufmerksam machen müssen**. Ohne diesbezügliche Erläuterungen durfte und konnte sich der Kl. darauf verlassen, dass **sämtliche Gefahrstellen ohne Weiteres als solche erkennbar sind**.“ (OLG Stuttgart aaO)

Von diesen Grundsätzen ausgehend ist der Bekl. seiner Fürsorgepflicht nicht in ausreichendem Maß nachgekommen.

4. Verantwortlichkeit des Bekl.

Ein Verschulden des Bekl. wird nach § 280 I 2 BGB vermutet. Ein Entlastungsbeweis wurde nicht angetreten.

5. Entstehung eines Schadens durch die Pflichtverletzung

Fraglich ist, ob der dem Kl. entstandene Schaden adäquat kausal auf die festgestellte Pflichtverletzung zurückzuführen ist.

„Hätte der Bekl. alle Schachtdeckel **korrekt markiert** bzw. zeitnah die Schachtdeckel auf vorhandene **Markierungen überprüft**, wäre ein **Schaden verhindert** worden. Hätte der Bekl. zumindest ordnungsgemäß darauf aufmerksam gemacht, dass eventuell nicht markierte Schachtdeckel vorzufinden sind, hätte der Kl. entweder den Auftrag ablehnen oder aber um eine ausreichende Markierung aller Gefahrstellen ersuchen können. Auch in diesem Fall wäre es zur Beschädigung des Mähwerks des Kl. nicht gekommen.“ (OLG Stuttgart aaO)

6. Mitverschulden des Kl.

Der Anspruch des Kl. auf Schadensersatz wäre jedoch zu reduzieren, wenn ein Mitverschulden des Kl. gem. § 254 BGB zur Schadensentstehung beigetragen hat. Dies ist jedoch nicht der Fall.

„Insbesondere musste dem Kl. **nicht auffallen**, dass **Markierungen fehlen**. Er war deswegen auch nicht gehalten, nochmals Nachfrage beim Bekl. zu halten. Der Kl. hat dazu nachvollziehbar vorgetragen, er habe mehrere Wiesen zu mähen gehabt. Zunächst habe er einen Teil der Wiesenfläche fertig gemäht und dann auf der anderen Fläche jenseits vom Feldweg zu mähen angefangen. Das Schadensereignis sei auf der Wiesenfläche jenseits vom Feldweg passiert. Der Bekl. habe zugesagt, im Laufe des Vormittags zu kommen, um ihm die anderen Wiesen zu zeigen. Danach konnte und durfte der Kl. annehmen, dass die vom Bekl. geschilderten Markierungen sich auf anderen Wiesenflächen befinden. Jedenfalls waren aus dem **Fehlen von Markierungen keine besonderen Rückschlüsse** zu ziehen. Ein anderer Sachverhalt ist der zu treffenden Entscheidung nicht zu unterstellen. Der Bekl., der für das Vorliegen eines mitwirkenden Verschuldens i. S. von § 254 BGB beweisbelastet ist, hat dazu keinerlei Beweis angetreten.“ (OLG Stuttgart aaO)

Nach alledem hat der Kl. gegen den Bekl. einen Anspruch auf Schadensersatz in Höhe von 7.862,50 Euro nach §§ 662, 241 II, 280 I, 249, 276 BGB.

II. Anspruch gem. § 670 BGB

Der Kl. könnte gegen den Beklagten einen Anspruch auf Schadensersatz in Höhe von 7.862,50 Euro wegen des defekten Mähwerks nach § 670 BGB haben.

Bei einem – hier bereits angenommenen Auftragsverhältnis, hat der Auftragnehmer gegen den Auftraggeber einen Anspruch auf Ersatz der ihm entstandenen Aufwendungen.

1. Anwendbarkeit des § 670 BGB auf Schäden

Allerdings sind **Aufwendungen** nur **freiwillige Vermögensopfer**, wohingegen ein Schaden bei einer unfreiwilligen Vermögenseinbuße anzunehmen ist. Zu dem Schaden an dem Mähwerk ist es aufgrund eines für den Kl. unvorhersehbaren Ereignisses gekommen, den er – bei entsprechender Möglichkeit – hätte vermeiden wollen. An sich ist daher eher vom Vorliegen eines Schadens als einer Aufwendung auszugehen. Möglicherweise hat der Bekl. dem Kl. gleichwohl die entsprechenden Kosten nach § 670 BGB zu ersetzen.

*„In Rechtsprechung und Literatur besteht Übereinstimmung, dass im Rahmen eines **unentgeltlichen Auftragsverhältnisses** der Auftraggeber **solche risikospezifischen Zufallsschäden**, die dem Auftragnehmer unfreiwillig entstehen, auch ohne eigenes Verschulden zu ersetzen hat (BGHZ 89, 153 = NJW 1984, 789 = VersR 1984, 281; BGHZ 52, 115 = NJW 1969, 1665; BGHZ 38, 270 = NJW 1963, 390; BGHZ 33, 251 = NJW 1961, 359; Staudinger/Martinek, § 670 Rn. 17 ff.; Palandt/Sprau, § 670 BGB Rn. 9 ff.). Als Anspruchsgrundlage wird von der Rechtsprechung § 670 BGB herangezogen.*

*Als ersatzfähig sind solche **Zufallsschäden** anzusehen, die **adäquat kausal** durch die Auftragsführung eingetreten sind und die sich aus einer **mit dem Auftrag verbundenen Gefahr** ergeben haben. Somit ist der Auftraggeber nur dann zum Schadensersatz verpflichtet, wenn sich ein **geschäftstypisches Risiko realisiert** hat, nicht dagegen bei der Verwirklichung des allgemeinen Lebensrisikos. Ausreichend und erforderlich ist, dass die Auftragsausführung objektiv mit einer Gefahr verbunden war und beide Bet. mit der Gefahr rechnen mussten (BGH, VersR 1957, 388; Staudinger/Martinek, § 670 Rn 25; Palandt/Sprau, § 670 Rn 11 ff.).“ (OLG Stuttgart aaO)*

§ 670 BGB findet daher Anwendung auf den Ersatz von Zufallsschäden durch Realisierung eines geschäftstypischen Risikos bei unentgeltlichen Auftragsverhältnissen.

2. Beschädigung am Mähwerk als Zufallsschaden

Vor diesem rechtlichen Hintergrund bildet die Beschädigung am Mähwerk des Kl. einen vom Bekl. zu ersetzenden Zufallsschaden.

*„Das Risiko, dass dieses beim Mähen der Wiese des Bekl. durch nicht verborgene Schachtdeckel beschädigt wird, war auftragsimmanent, weil es ohne den entsprechenden Auftrag zu solch einer Beschädigung nicht gekommen wäre. Die **Gefahr eines Sachschadens** hat der Kl. **unfreiwillig übernommen** und mit einer Gefährdung mussten beide Seiten rechnen. Ein Mitverschulden kann dem Kl. aus den bereits dargelegten Gründen nicht entgegengehalten werden.“ (OLG Stuttgart aaO)*

Ein Anspruch auf Ersatz des Schadens an dem Mähwerk ergibt sich daher auch aus § 670 BGB.

BGB
§§ 823, 831**Schadensersatz wegen aufgebrochener Wohnungstür
keine Haftung des Alarmrufers**

BGB

(LG Berlin in NJW-RR 2011-821, Urteil vom 26.01.2011 – 49 S 106/10)

Entscheidet die Feuerwehr nach der Befragung der Alarmperson, zur Rettung einer sich vermeintlich in einer **Notsituation** befindenden Person die Wohnungstür aufzubrechen, ist jedenfalls dann, wenn die Alarmperson guten Grund hatte, von einem Notfall auszugehen, der **Zurechnungszusammenhang** zwischen ihrer Auskunft an die Feuerwehr und dem Schaden **unterbrochen**.

Fall: Die Kl. (Vermieterin) verlangt Ersatz der Kosten in Höhe von 1006,81 Euro für die Erneuerung der Wohnungstür ihrer Mieterin Sch. Die Tür wurde bei einem Feuerwehreinsatz am 13.11.2009 zerstört. Die Bekl. hatte die Feuerwehr alarmiert, weil sie annahm, Frau Sch sei in Gefahr. Sie hatte zweimal versucht, diese telefonisch zu erreichen. Die Feuerwehr, auf deren Klingeln niemand antwortete, hatte bei der Bekl. nachgefragt und darauf hingewiesen, dass die Wohnungstür aufgebrochen werden müsse. Die Bekl. hat behauptet, bei dem ersten Anruf bei Frau Sch habe sie ein Stöhnen und Jammern im Telefon vernommen. Hat die Kl. einen entsprechenden Anspruch auf Schadensersatz?

I. Anspruch aus § 823 I BGB

Die Kl. könnte gegen die Beklagte einen auf Schadensersatz gem. § 823 BGB haben. Dann müsste die Bekl. vorsätzlich oder fahrlässig durch eine von ihr vorgenommene Verletzungshandlung das Eigentum der Kl. beschädigt und hierdurch einen adäquat kausalen Schaden herbeigeführt haben.

1. Verletzung eines von § 823 I BGB geschützten Rechtsguts

Durch die Zerstörung der Tür wurde das Eigentumsrecht der Kl. verletzt.

2. Verletzungshandlung

Die Bekl. hat die Tür selbst nicht zerstört. Allerdings könnte eine mittelbare Verletzungshandlung der Bekl. vorliegen. Dies würde voraussetzen, dass die Zerstörung der Tür durch die Feuerwehr ihr zurechenbar ist.

„Voraussetzung für die Zurechnung ist die Kausalität des Handelns. Dabei ist zunächst jede gesetzte Ursache gleichwertig im Sinne einer conditio sine qua non. Korrigiert wird ein so gefundenes Ergebnis durch das Erfordernis der Adäquanz. Das Erfordernis der Adäquanz hat die Funktion eines Filters, der Kausalverläufe ausgrenzt, die dem Verantwortlichen billigerweise rechtlich nicht mehr zugerechnet werden können (vgl. nur BGH, NJW 1993, 2234).“ (LG Berlin aaO)

a) Zurechnung von Verletzungshandlungen Dritter

Fraglich ist, welche Maßstäbe insofern für die Zurechnung von Verletzungshandlungen Dritter anzuwenden sind.

„Bei dem Dazwischentreten Dritter ist zu beachten, ob die schadensstiftende Handlung (hier die Türöffnung durch die Feuerwehr) durch das Verhalten der Bekl. (den Alarm und die Aussage gegenüber der Feuerwehr) herausgefordert oder wesentlich mitbestimmt worden ist (vgl. nur Palandt/Heinrichs, BGB, 70. Aufl., vor § 249 Rn. 49 u. 41). Im Rahmen dieser Frage des Zurechnungszusammenhangs ist eine wertende Betrachtung nötig.“

Die Grenze ist dort zu sehen, wo ein eigenständiges Verhalten eines Dritten dem Geschehen eine Wendung gibt, die die Wertung erlaubt, dass die erste Handlung für die zweite Handlung von völlig untergeordneter Bedeutung ist, das heißt, dass das durch die erste Handlung geschaffene Risiko nur äußerlich mit dem eingetretenen Schaden zusammenhängt (vgl. OLG Köln, NZV 2007, 317 und BGH, NJW-RR 1990, 204).“ (LG Berlin aaO)

b) Zurechnung von Gefahrenabwehrmaßnahmen einer Behörde

Es kommt daher darauf an, wie die Entscheidung der Feuerwehr als Gefahrenabwehrbehörde zum Aufbrechen der Tür zu werten ist.

„Die Feuerwehr wurde bei dem Aufbrechen der Wohnungstür zur Abwehr einer vermeintlich der Sch drohenden Lebensgefahr gem. § 3 BerlFwG/§ 3 ASOG Berlin tätig. Die Entscheidung, ob tatsächlich ein Eingreifen notwendig ist, obliegt dabei auch im Fall von Alarmen der Feuerwehr selbst. Sie hat als (nachgeordnete) Ordnungsbehörde (§ 1 II BerlFwG) gem. § 11 ASOG zu prüfen, welche Maßnahme, gemessen am Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, sie zu ergreifen hat (vgl. hierzu VGH Mannheim, Urt. v. 20. 3. 2003 – 1 S 397/01).“

Diese eigenständig zu treffende Entscheidung kann nicht mit Hinweis auf einen Willensentschluss der Alarmperson ersetzt werden; die Mitteilung der Bekl. auf die Nachfrage der Feuerwehrleute mit dem Hinweis, dass dann die Tür aufgebrochen werden müsse, kann deshalb nicht die zwingende Folge haben, dass das Ermessen, eine – hoheitliche – Handlung vorzunehmen, auf diese Maßnahme re-

duziert ist. Vielmehr ist davon auszugehen, dass die **Feuerwehreute in eigenständiger Verantwortung selbst beschlossen** haben, die Tür aufzubrechen. Sie haben bei der Bekl. zwar nachgefragt, ob das sein müsse. Damit haben sie aber nur zu erkennen gegeben, dass das Aufbrechen der Tür für sie der einzig gangbare Weg war, um eingreifen zu können, und dass sie sich deshalb vergewissern wollten, ob die Bekl. tatsächlich von einem Notfall ausging.“ (LG Berlin aaO)

Daran ändert auch der Umstand nichts, dass die Bekl. mit dem Alarm die Feuerwehr herbeigerufen hat und mit ihrer Schilderung die Grundlage für das Eingreifen der Feuerwehr in dem Sinne lieferte, dass diese von einem Notfall ausging, im Übrigen aber die Sache der Feuerwehr als den Verantwortlichen und Erfahrenen selbst überließ.

„Die Wahl ihrer Worte und die Bestätigung des angenommenen Sachverhalts ändern daran nichts, denn sie sind nur der **äußere Anlass** für die letztlich erfolgte Türöffnung gewesen. Vorliegend ist geschehen, was typischerweise bei Notrufen geschieht: Die **Feuerwehr** wird veranlasst, sich ein **eigenes Bild zu machen** und dann verlässt sich der den Notruf Tätigende darauf, dass diese das in der Situation Richtige unternimmt.

Konsequenterweise sehen §§ 14, 15 FwG/§ 8 KatSG i. V. mit §§ 59 ff. ASOG für entstandene Schäden Ausgleichs-, Erstattungs- und Ersatzansprüche vor. Auf diese Weise ist die Funktionsfähigkeit des Gemeinwesens gesichert, das darauf angewiesen ist, dass **Alarmrufe**, zu denen der Alarmierende sich aus guten Gründen genötigt sieht, **nicht aus Angst vor Schadensersatzforderungen unterbleiben**. Dies zeigt sich auch daran, dass gem. § 17 I Nr. 1 a und b FwG die Feuerwehr von demjenigen, der mindestens **grob fahrlässig einen Falschalarm** getätigt hat, Ersatz der durch den Einsatz entstandenen **Kosten verlangen** kann (vgl. auch VG Stade, NVwZ-RR 2009, 990).“ (LG Berlin aaO)

Etwas andere gilt nur dann, wenn jemand bewusst einen falschen Alarm ausgelöst hat. Dies ist hier allerdings nicht der Fall, sondern die Bekl. durfte unter den gegebenen Umständen von einem Notfall ausgehen.

„Die Bekl. schilderte glaubhaft, dass und **weshalb sie davon ausgehen musste, dass Sch in Not war**. Sie sollte sich bei Sch nach ihrer Reha zurückmelden. Sie schilderte, und die Kl. hat dies nicht bestritten, dass sie die Nummer der Sch gespeichert hatte und das Telefon, nachdem sie diese aufgerufen hatte, die Nummer selbsttätig wählte. Sie schilderte, dass sie ein Stöhnen hörte und mehrfach den Vornamen der Sch rief und nachfragte, bevor sie auflegte. Weiter schilderte sie, dass sie bei dem zweiten Anruf ein Freizeichen erhielt, weshalb sie annahm, Sch habe das Telefon nicht mehr abheben können. Dies alles ist glaubhaft. Dass bei dem zweiten Anruf ein Freizeichen ertönte, lässt **nicht**, wie das AG meint, **zwingend den Schluss** zu, dass derjenige, der so schrecklich gestöhnt hatte und nicht antworten konnte, **in keiner Notlage** war, sondern kann auch genau anders gewertet werden. Die Bekl. beschrieb ihre Aufregung und wirkte in Auftreten, Schilderung und ihrer Fassungslosigkeit über das Geschehene **glaubwürdig**. Die Kl. hat dies auch nicht mehr bestritten; im Übrigen ist es durch die glaubhafte und glaubwürdige Darstellung der Bekl. auch hinreichend bewiesen, § 286 ZPO. Eine förmliche Vernehmung war deshalb gem. § 448 ZPO nicht erforderlich.“ (LG Berlin aaO)

Das Verhalten der Feuerwehr und damit die Zerstörung der Tür sind der Bekl. nicht zurechenbar. Es liegt keine Verletzungshandlung der Bekl. vor. Die Voraussetzungen für eine Haftung nach § 823 I BGB sind nicht gegeben.

II. Anspruch aus § 830 BGB

Dies würde aber voraussetzen, dass die Bekl. gemeinsam mit der Feuerwehr eine unerlaubte Handlung begangen hat oder aber als Anstifterin anzusehen wäre.

„Eine Haftung nach § 830 BGB scheidet schon deshalb aus, weil die Bekl. **nicht im Bewusstsein der Rechtswidrigkeit** handelte, sondern im Bewusstsein der – wenn auch hier irrtümlichen – Annahme einer Notlage und der daraus folgenden Verpflichtung zur Hilfeleistung (vgl. § 323 c StGB).“ (LG Berlin aaO)

III. Anspruch aus § 831 BGB

Die würde jedoch voraussetzen, dass die Feuerwehr als Verrichtungsgehilfe der Bekl. anzusehen wäre. Dies ist aber nicht der Fall.

„Zum einen fällt die Feuerwehr unter die in § 831 I 2 BGB genannten Personen. Zum anderen ist die Vorschrift nur einschlägig, wenn der Verrichtungsgehilfe in einem Abhängigkeitsverhältnis steht, was bei der hoheitlich handelnden Feuerwehr nicht der Fall ist.“ (LG Berlin aaO)

IV. Anspruch aus § 904 S. 2 BGB

„Eine Haftung nach § 904 S. 2 BGB scheidet aus, weil die Bekl. aus den Erwägungen zu oben 1. nicht als Einwirkende in Betracht kommt.“ (LG Berlin aaO)

Ergebnis: Die Kl. hat gegen die Bekl. keinen Anspruch auf Schadensersatz.

(BGH in BeckRS 2011, 06574; Urteil vom 17.02.2011 – 3 StR 419/10)

1. **Mittäter nach § 25 II StGB** ist, wer nicht nur fremdes Tun fördert, sondern einen **eigenen Beitrag** derart in eine gemeinschaftliche Tat **einfügt**, dass dieser als Teil der Tätigkeit des anderen und umgekehrt dessen Tun als **Ergänzung seines eigenen Tatanteils** erscheint.
2. Ob ein Beteiligter ein so enges Verhältnis zur Tat hat, ist nach den gesamten Umständen, die von seiner Vorstellung umfasst sind, in **wertender Betrachtung** zu beurteilen.
3. Die Annahme von Mittäterschaft erfordert nicht in jedem Fall eine Mitwirkung am Kerngeschehen; sie kann vielmehr **auch durch eine nicht ganz untergeordnete Beteiligung an Vorbereitungshandlungen** begründet werden, sofern der Tatbeitrag sich nicht als bloße Förderung fremden Tuns, sondern als **Teil der Tätigkeit aller** darstellt.

Fall: Der Angekl. B hatte in Rumänien Kontakt zu Personen, die arbeitsteilig sog. Skimming betrieben. Von diesen wurde er angesprochen, ob er und Bekannte bereit seien, für ein Entgelt in Deutschland an Geldautomaten Lesegeräte und Mobiltelefone mit Funkkameras anzubringen, zu kontrollieren sowie nach einiger Zeit wieder zu entfernen, um auf diese Weise illegal Daten von EC-Karten zu erlangen, die sodann auf leeren Kartenrohlingen (sog. White Plastics) abgespeichert werden sollten. Er ging mit den von ihm kontaktierten Angekl. N und P auf das Angebot ein; alle drei lebten in wirtschaftlich bescheidenen Verhältnissen und wollten auf die ihnen angetragene Art Geld verdienen. Im Januar 2010 reisten die Angekl. nach Deutschland und erhielten in Dortmund die zur Tatbegehung erforderliche Ausrüstung sowie die Adressen mehrerer Bankinstitute. Die ihnen zu einem Teil vorab gezahlte, i. Ü. versprochene Entlohnung hätte in ihrer Heimat für mehrere Monate zum Leben gereicht. Am frühen Morgen des 17.01.2010 montierte der Angekl. B die Skimming-Apparatur unter Mithilfe des Angekl. N an dem Geldautomaten einer Filiale der D. Bank AG in Duisburg; der Angekl. P blieb vor der Eingangstür und sicherte das Tun ab. Nachdem die Angekl. den Geldautomaten einmal überprüft hatten, entfernten sie gegen Abend desselben Tages die angebrachten Geräte wieder. Mit Hilfe der auf diese Weise erlangten Daten wurden zumindest drei sog. White-Plastics für Maestro-Karten hergestellt; mit diesen hoben unbekannte Dritte an den beiden nächsten Tagen in Bukarest und Rom ca. 3.600 € Bargeld ab. In identischer Vorgehensweise manipulierten die Angekl. am 19.01.2010 einen weiteren und am 23.01.2010 zwei weitere Geldautomaten. Die Manipulationen wurden jedoch jeweils entdeckt, bevor die Angekl. die Daten erlangen und zur Herstellung der Fälschungen weitergeben konnten.

- I. Die Angekl. könnten sich wegen mittäterschaftlicher gewerbs- und bandenmäßiger Fälschung von Zahlungskarten mit Garantiefunktion nach §§ 152a I Nr. 1, 152b I 2 u. 4, § 25 II StGB strafbar gemacht haben.
 1. **Mittäter nach § 25 II StGB** ist, wer nicht nur fremdes Tun fördert, sondern einen **eigenen Beitrag** derart in eine gemeinschaftliche Tat **einfügt**, dass dieser als **Teil der Tätigkeit des anderen** und umgekehrt dessen Tun als **Ergänzung seines eigenen Tatanteils** erscheint.
 - a) Ob ein Beteiligter ein so enges Verhältnis zur Tat hat, ist nach den gesamten Umständen, die von seiner Vorstellung umfasst sind, in **wertender Betrachtung** zu beurteilen. Wesentliche **Anhaltspunkte** können sein
 - der **Grad des eigenen Interesses am Taterfolg**,
 - der **Umfang der Tatbeteiligung** und
 - die **Tatherrschaft** oder wenigstens der **Wille zur Tatherrschaft**.

Durchführung und Ausgang der Tat müssen somit zumindest aus der **subjektiven Sicht des Tatbeteiligten** maßgeblich auch von seinem Willen abhängen. Dabei deutet eine ganz untergeordnete Tätigkeit schon objektiv darauf hin, dass der Beteiligte nur Gehilfe ist (st. Rspr.; vgl. etwa BGH NSTZ 2010, 445).
 - b) Die Annahme von Mittäterschaft **erfordert** allerdings **nicht in jedem Fall eine Mitwirkung am Kerngeschehen**; sie kann vielmehr **auch durch eine nicht ganz untergeordnete Beteiligung an Vorbereitungshandlungen** begründet werden, sofern der Tatbeitrag sich **nicht als bloße Förderung fremden Tuns**, sondern als Teil der Tätigkeit aller darstellt.

2. Gemessen an diesen Maßstäben ist die Annahme von Mittäterschaft zu bejahen.

*„Dabei ist von Belang, dass die Angekl. zwar an der unmittelbaren Verwertung der von ihnen beschafften Daten zur Herstellung der Kartendubletten nicht beteiligt waren. Ihre **Mitwirkung** beschränkte sich vielmehr auf das **Ausspähen und Weiterleiten der Daten** und damit auf **Handlungen im Vorfeld der eigentlichen Tatbestandsverwirklichung**. Mit diesen leisteten sie jedoch - eingebunden in die Gesamtorganisation - einen **besonders erheblichen objektiven Tatbeitrag**; denn das Beschaffen der Daten war die **unverzichtbare Voraussetzung für das weitere deliktische Vorgehen**. Ohne die ausgespähten Daten hätten keine Dubletten hergestellt werden können. Anhaltspunkte dafür, dass die Beteiligten subjektiv den Beitrag der Angekl. geringer einschätzten, lassen sich den Feststellungen nicht entnehmen.*

*Nicht wesentlich für eine Beihilfe spricht auch, dass den Angekl. - die in Deutschland nicht über nennenswerte Ortskenntnisse verfügten - die einzelnen Banken vorgegeben wurden. Ins Gewicht fällt vielmehr, dass sie vor Ort bezüglich des gesamten Ausspähens der Daten beim Einbau, der Kontrolle sowie dem Abbau der erforderlichen Geräte auf sich allein gestellt waren und damit über einen längeren Zeitraum jedenfalls teilweise durchaus **komplexe, besondere Kenntnisse und Fähigkeiten erfordernde Handlungen** zu verrichten hatten, die zudem für sie mit einem im Vergleich zu den übrigen Bet. **besonderen Entdeckungsrisiko** verbunden waren. Auch das **Tatinteresse** der Angekl. war hoch; denn der Umfang der ihnen zum Teil gezahlten und i. Ü. versprochenen Entlohnung mag zwar nach herkömmlichen mitteleuropäischen Maßstäben eher gering erscheinen; das Entgelt hätte den Angekl. jedoch in ihrer Heimat für mehrere Monate zum Leben genügt.“ (BGH aaO)*

3. Auch der Angekl. P, der die Bankfiliale nicht betrat, sondern den Tatort und das Umfeld von außen beobachtete, um die Angekl. B und N erforderlichenfalls warnen zu können, handelte als Mittäter.

*„Der im Wege der **Arbeitsteilung** vorgenommene Tatbeitrag des Angekl. P [ist] als gewichtig einzuordnen ist. Die Absicherung durch ihn war eine wesentliche Voraussetzung dafür, dass die übrigen Angekl. ihre längere Zeit in Anspruch nehmenden, aufgrund der Art der Tätigkeit sowie der räumlichen Situation mit einem hohen Risiko verbundenen Handlungen vornehmen konnten, ohne insbes. beim Ein- und Ausbau der Apparatur jederzeit befürchten zu müssen, entdeckt zu werden. Der Angekl. P war nach der getroffenen Vereinbarung folgerichtig an der Entlohnung zu einem gleichen Anteil beteiligt wie die Angekl. B und N; sein Interesse an der Tat war deshalb entsprechend hoch.“ (BGH aaO)*

- II. Eine Strafbarkeit der Angekl. wegen Ausspähens von Daten nach § 202a StGB scheidet aus, denn nach der **neueren BGH-Rspr. erfüllt das Auslesen der auf dem Magnetstreifen einer Zahlungskarte (EC-Karte) gespeicherten Daten** mittels eines am Einzugslesegerät eines Geldautomaten angebrachten weiteren Lesegeräts **nicht den Tatbestand des § 202a I StGB** (BGH NStZ 2010, 275).

Der erkennende Senat hat insofern auf Anfrage des 4. Strafsenats (BGH NStZ 2010, 509) seine frühere entgegenstehende Rspr. (BGH NStZ 2005, 566) aufgegeben.

- III. Schließlich ist zu prüfen, ob die Angekl. sich wegen Verabredung zur gewerbs- und bandenmäßigen **Fälschung von Zahlungskarten mit Garantiefunktion** strafbar gemacht haben.

Dann müssten die Angekl. bereits mit ihren jeweils gescheiterten Bemühungen, in den Besitz der Daten zu gelangen, **unmittelbar zur Verwirklichung des Tatbestands angesetzt** haben.

1. Ein derartiges **unmittelbares Ansetzen** liegt jedoch nur bei solchen Handlungen vor, die nach der Vorstellung des Täters in ungestörtem Fortgang unmittelbar zur Tatbestandserfüllung führen oder mit ihr in einem unmittelbaren räumlichen und zeitlichen Zusammenhang stehen.

Dies ist insbes. dann der Fall, wenn der **Täter subjektiv die Schwelle zum "Jetzt geht es los" überschreitet**, es eines weiteren Willensimpulses nicht mehr bedarf und er objektiv zur tatbestandsmäßigen Angriffshandlung ansetzt, so dass sein Tun ohne Zwischenakte in die Erfüllung des Tatbestandes übergeht, wobei auf die strukturellen Besonderheiten der jeweiligen Tatbestände Bedacht zu nehmen ist (st. Rspr.; vgl. etwa BGH NStZ 2008, 409).

2. Danach ist das **Stadium des Versuchs** des gewerbs- und bandenmäßigen Nachmachens von Zahlungskarten mit Garantiefunktion **erst dann erreicht, wenn der Täter vorsätzlich und in der tatbestandsmäßigen Absicht mit der Fälschungshandlung selbst beginnt**.

„Das Anbringen einer Skimming-Apparatur an einem Geldautomaten in der Absicht, durch diese Daten zu erlangen, die später zur Herstellung von Kartendubletten verwendet werden sollen, stellt demgegenüber lediglich eine Vorbereitungshandlung zur Fälschung von Zahlungskarten dar (BGH NJW 2010, 623; BGH NJW-Spezial 2010, 664).“ (BGH aaO)

IV. Die Angekl. haben allerdings die Voraussetzungen der **Verabredung der gewerbs- und bandenmäßigen Fälschung von Zahlungskarten mit Garantiefunktion** nach §§ 30 II, 152a I Nr. 1, 152b I, II u. IV StGB verwirklicht, indem sie eine **von ihrem ernstlichen Willen getragene Vereinbarung trafen**, an der Verwirklichung bestimmter Verbrechen mittäter-schaftlich mitzuwirken.

1. Dabei liegt hier eine Verabredung der gewerbs- und bandenmäßigen Fälschung von Zahlungskarten mit Garantiefunktion in drei tateinheitlichen Fällen vor.

„Denn die Angekl. haben nach den Feststellungen lediglich eine Verabredung getroffen, mithin nur eine Tathandlung begangen. Demgegenüber kommt es in diesem Zusammenhang nicht darauf an, dass diese Verabredung sich auf die Begehung mehrerer - im Falle ihrer Verwirklichung in Tatmehrheit stehender - Verbrechen bezog. Die Beurteilung des Konkurrenzverhältnisses zwischen verschiedenen Straftaten richtet sich - auch bei der Mitwirkung mehrerer Tatbeteiligter - für jeden Beteiligten allein danach, welche Tathandlungen er im Hinblick auf die jeweilige Tat vorgenommen hat; dies gilt unabhängig davon, ob die einzelne Tat nur verabredet, versucht oder vollendet worden ist, und in welcher Form der jeweilige Tatbeteiligte an ihr mitgewirkt hat.“ (BGH aaO)

2. Im Falle der Mittäterschaft ist der **Umfang des Tatbeitrags** bzw. der Tatbeiträge jedes Mittäters maßgeblich: Erbringt er **im Vorfeld oder während des Laufs einer Delikts- serie** Tatbeiträge, durch die alle oder je mehrere Einzeldelikte seiner Tatgenossen gleichzeitig gefördert werden, so sind ihm die je gleichzeitig geförderten einzelnen Straftaten als tateinheitlich begangen zuzurechnen, da sie in seiner Person durch den einheitlichen Tatbeitrag zu einer Handlung i. S. des § 52 I StGB verknüpft werden (BGH NJW 2004, 2840; BGH NStZ-RR 2008, 275).

Fördert der **Gehilfe** durch eine Beihilfehandlung mehrere rechtlich selbstständige Haupttaten eines oder mehrerer Haupttäter, so ist nur eine Beihilfe im Rechtssinne gegeben (BGH NStZ-RR 2008, 168).

3. Es besteht **kein Anlass, von diesen Grundsätzen bei der Verabredung von Verbrechen** nach § 30 II StGB **abzuweichen**.

„Dadurch, dass die Angekl. durch die in der Verabredung liegende einheitliche Handlung die Begehung mehrerer Verbrechen vereinbart haben, haben sie das Delikt nach § 30 II StGB in gleichartiger Idealkonkurrenz verwirklicht.“ (BGH aaO)

StGB
§ 266 I**Untreue**
„Kölner Parteispendenaffäre“

StGB

(BGH in NJW 2011, 1747; Beschluss vom 13.04.2011 – 1 StR 94/10)

1. Die **unzulässige Aufnahme rechtswidrig erlangter Parteispenden** in den Rechenschaftsbericht einer Partei stellt auch dann **keine pflichtwidrige Handlung** i. S. des Straftatbestands der Untreue gem. § 266 I StGB dar, wenn das Parteiengesetz für diesen Fall gegen die Partei eine zwingende finanzielle Sanktion vorsieht.
2. **Pflichtwidrig** i. S. des § 266 I StGB **sind nur Verstöße gegen vermögensschützende Normen; § 25 PartG bezweckt einen solchen Vermögensschutz nicht.**
2. Die Parteien können aber – z. B. durch Satzungen – bestimmen, dass die **Beachtung der Vorschriften des Parteiengesetzes für die Funktionsträger** der Partei eine **selbstständige das Parteivermögen schützende Hauptpflicht** i. S. von § 266 I StGB darstellt.

Fall: Der Angekl. B war seit dem Jahr 1998 bis zu seinem Rücktritt am 28. 10. 2003, der auf Grund der Vorwürfe erfolgte, die Gegenstand des vorliegenden Verfahrens sind, Vorsitzender des Kreisverbands der CDU Köln. In dieser Eigenschaft vertrat er den Kreisverband nach dessen Satzung gerichtlich und außergerichtlich und wirkte auch an der Erstellung der Rechenschaftsberichte des Kreisverbands mit. Als mit Parteifinanz befasster Funktionsträger war der Angekl. B gem. § 7 I der zur Tatzeit geltenden Finanz- und Beitragsordnung (FBO) des CDU-Landesverbands Nordrhein-Westfalen verpflichtet, bei Parteispenden die Bestimmungen des Parteiengesetzes, des Bundesstatuts der CDU und der FBO strikt einzuhalten.

Der Kreisverband erhielt im Laufe des Jahres 1999 insgesamt 67.000 DM als anonyme Parteispenden, wobei sich der Gesamtbetrag aus Spenden von jeweils mehr als 1.000 DM zusammensetzte. B wollte einerseits, dass die Spenden zu Gunsten des Kreisverbandes erfasst wurden, andererseits sollten Spender und Spendenhöhe verschleiert werden. Deshalb warb er die anderweitig verfolgten Mitangeklagten dafür, als Scheinspender aufzutreten und stellte diesen falsche Quittungen über Parteispenden aus. Aufgrund der Verschleierung der tatsächlichen Gegebenheiten erhielt die Bundespartei - zulasten der anderen am System der staatlichen Parteifinanzierung beteiligten Parteien - eine ihr in dieser Höhe nicht zustehende staatliche Förderung nach dem Parteiengesetz.

Der Angekl. B könnte sich wegen **Untreue zum Nachteil des CDU-Kreisverbands Köln nach § 266 I StGB** strafbar gemacht haben.

I. Dies verlangt zunächst das Vorliegen einer **Vermögensbetreuungspflicht**.

1. Den Angekl. B traf als **Vorsitzenden des Kreisverbands** eine Vermögensbetreuungspflicht i. S. von § 266 I StGB für das Vermögen des CDU-Kreisverbands Köln.

„Für den Vorsitzenden einer Untergliederung einer Partei gilt insoweit nichts anderes als für den Vorsitzenden eines Vereins (vgl. BGH NJW 1975, 1234; BGH wistra 1986, 256).“ (BGH aaO)

2. Daneben hatte der Angekl. B auch **gegenüber der Bundes-CDU eine Vermögensbetreuungspflicht** i. S. von § 266 I StGB (vgl. auch BGH NStZ-RR 2007, 176).

*„Ihn traf die Pflicht, bei Wahrnehmung der ihm eingeräumten, (auch) für das Vermögen der Bundes-CDU bedeutsamen Befugnisse die **Vermögensinteressen der Bundespartei zu wahren**. Dies gilt namentlich auch, soweit er an den für die Parteienfinanzierung bedeutsamen Rechenschaftsberichten mitwirkte.“*

*Die **Bundespartei ist auf materiell und formell richtige Berichte der nachgeordneten Gebietsverbände** (§ 7 PartG) über die Herkunft und die Verwendung der Mittel sowie über das Vermögen der Partei **angewiesen**, um dem Präsidenten des Bundestags einen ordnungsgemäßen **Rechenschaftsbericht** (vgl. § 23 PartG) erstatten zu können. Der Angekl. B war daher zur Tatzeit als Vorsitzender eines solchen nachgeordneten Gebietsverbands verpflichtet, einen den gesetzlichen Pflichten entsprechenden Bericht zu erstellen.“* (BGH aaO)

II. Des Weiteren müsste der Angekl. die ihm obliegende **Vermögensbetreuungspflicht verletzt** haben.

1. Indem der Angekl. B den Vorschriften des Parteiengesetzes zuwider die Erstellung eines **unrichtigen Rechenschaftsberichts veranlasste, verletzte er** allerdings **keine das Vermögen seiner Partei schützende Rechtsnorm**. Er hat daher – insoweit – keine ihm obliegende Vermögensbetreuungspflicht i. S. von § 266 I StGB verletzt.

*„Die vorliegend betroffenen Vorschriften des **Parteiengesetzes dienen vornehmlich der Sicherstellung und Transparenz der staatlichen Parteienfinanzierung**. Dagegen sollen die sich hieraus ergebenden*

Verpflichtungen der für die Parteien handelnden Personen nicht das jeweilige Parteivermögen vor Regressansprüchen des Bundes schützen. Damit kann auch ein Verstoß gegen diese Vorschriften des Parteiengesetzes für sich allein keine pflichtwidrige Handlung i. S. von § 266 I StGB darstellen. **Pflichtwidrig** i. S. dieser Vorschrift **sind nur Verstöße gegen vermögensschützende Normen** (vgl. BGH NJW 2011, 88 = NSTZ 2011, 37). Jedenfalls der hier verletzte § 25 PartG a. F. bezweckt einen solchen Vermögensschutz aber nicht. Der Umstand, dass ein Verstoß gegen die Vorschriften des Parteiengesetzes spezifische und sich damit mittelbar auf das Vermögen der Partei auswirkende Sanktionen auslösen kann, macht diese Vorschriften nicht zu vermögensschützenden Normen i. S. von § 266 StGB.“ (BGH aaO)

2. Das Verhalten des Angekl. B berührte gleichwohl **Pflichten, die das Vermögen der Partei schützen** sollten.

„Denn die Beachtung der Vorschriften des Parteiengesetzes war hier im Verhältnis zwischen der Bundes-CDU und den Funktionsträgern der Partei, die mit den Parteienfinanzen befasst waren, Gegenstand einer **selbstständigen, von der Partei statuierten Verpflichtung**.

Diese **parteiinterne Pflicht** war dem Angekl. B auch bekannt: Im Leitfaden zum Abrechnungsbuch für Stadt-, Stadtbezirks-, Gemeinde- und Ortsverbände der CDU Deutschland wurde von jedem mit Parteienfinanzen befassten Funktionsträger ausdrücklich die Beachtung der gesetzlichen (d. h. aus dem Parteiengesetz folgenden) Buchführungspflichten gefordert, damit finanzielle Nachteile für die Partei vermieden werden. Diese Forderung, die gesetzlichen Buchführungspflichten zu beachten, beschränkte sich nicht auf die allgemeine Aufforderung zum gesetzestreuem Verhalten. Vielmehr sollten mit der **statuierten Verpflichtung zur Einhaltung der Vorschriften des Parteiengesetzes** gerade – wie sich aus dem Hinweis auf die aus Verstößen resultierenden finanziellen Nachteilen ergibt – **Vermögenseinbußen vermieden** werden, die sich aus gesetzwidrigem Verhalten ergeben können. Hierdurch wurde die Beachtung der Vorschriften des Parteiengesetzes für die mit den Parteienfinanzen befassten Funktionsträger der Partei zu einer **fremdnützigen, das Parteivermögen schützenden Hauptpflicht** i. S. von § 266 I StGB.“ (BGH aaO)

3. Die Bundes-CDU durfte im Hinblick auf die bei einem Verstoß gegen das Parteiengesetz für das Parteivermögen drohenden Sanktionen entsprechende **Pflichten zum Schutz des Parteivermögens durch Satzung oder parteiinterne Vorgaben begründen**.

„Im Hinblick auf die **erheblichen finanziellen Auswirkungen solcher Sanktionen** besteht – jenseits eventueller Schadensersatzansprüche – ein anzuerkennendes Interesse der Parteien, die Einhaltung der Vorschriften des Parteiengesetzes gegenüber den mit den Parteienfinanzen befassten Funktionsträgern der Partei als vermögensschützende Hauptpflichten auszugestalten. Zwischen den Aufgaben der Verpflichteten und dem insoweit zu schützenden Vermögen besteht vorliegend auch ein hinreichender funktionaler Zusammenhang, der die Statuierung entsprechender – sich auch strafrechtlich auswirkender – Pflichten zum Schutz des Parteienvermögens rechtfertigt.“ (BGH aaO)

4. Der Angekl. B hat die ihn treffende **Vermögensbetreuungspflicht verletzt, indem er inhaltlich falsche Berichte** über die Herkunft und die Verwendung der Mittel sowie über das Vermögen des CDU-Kreisverbands **erstattet** hat.

Wegen der parteiinternen Ausgestaltung der Pflicht zur ordnungsgemäßen Buchführung als vermögensbezogene Hauptpflicht war auch der erforderliche **untreuespezifische Zusammenhang zwischen der Pflichtverletzung und dem geschützten Rechtsgut** Vermögen gegeben (vgl. dazu BGH NJW 2011, 88 = NSTZ 2011, 37).

„Nicht der Verstoß gegen die nicht vermögensschützenden Vorschriften des Parteiengesetzes, sondern die Verletzung der dem Angekl. B auf Grund seiner Funktion durch Rechtsgeschäft auferlegten Treuepflichten begründete damit die Pflichtwidrigkeit seines Tuns i. S. von § 266 I StGB.“ (BGH aaO)

III. Gemessen an dem schutzwürdigen Interesse der Partei als Vermögensträger erweist sich die **Pflichtverletzung** des Angekl. B auch als **gravierend**.

vgl. BGHSt 47, 148 = NJW 2002, 1211 = NSTZ 2002, 262; BGHSt 47, 187 = NJW 2002, 1585 = NSTZ 2002, 322; BGHSt 49, 147 = NJW 2004, 2248 = NSTZ 2004, 559

„Sie war zum einen **durch die Angabe von Scheinspendern gezielt verschleiert**. Zum anderen war die fehlerhafte Verbuchung von Spenden geeignet, erhebliche das Parteivermögen betreffende Sanktionen nach sich zu ziehen. Auch ist zwischen der Pflichtverletzung und dem geschützten Vermögen der erforderliche funktionale Zusammenhang gegeben, der die parteiinterne Statuierung der – hier verletzten – Pflichten zum Schutz des Parteivermögens rechtfertigt.“ (BGH aaO)

IV. Fraglich ist jedoch, ob dem Vermögen des CDU-Kreisverbands Köln durch das Verhalten des Angekl. B ein **Nachteil i. S. von § 266 I StGB** entstanden ist. Dies ist nur dann gegeben, wenn der CDU-Kreisverband Köln innerhalb der CDU auch tatsächlich in Anspruch genommen wird oder eine solche Inanspruchnahme ernsthaft droht.

1. Die **bloße Existenz eines** in der Parteisatzung enthaltenen **Haftungstatbestands genügt indes nicht**, um einen bereits eingetretenen Vermögensnachteil des CDU-Kreisverbands Köln i. S. von § 266 I StGB zu begründen.

„Insoweit weist die Revision zu Recht darauf hin, dass die Entscheidung über die haftungsrechtliche Inanspruchnahme eines Kreisverbands einer Partei durch die dem Kreisverband übergeordnete Bundespartei nicht in erster Linie an wirtschaftlichen Gesichtspunkten ausgerichtet sein wird.“ (BGH aaO)

2. Eine strafbare Untreue könnte allerdings auch darin liegen, dass das pflichtwidrige Verhalten des Angekl. B das Vermögen der Bundes-CDU den im Parteiengesetz vorgesehenen Sanktionen ausgesetzt und damit diesem Vermögen einen **Nachteil i. S. von § 266 I StGB** zugefügt hat.

„Das LG hat indes hinsichtlich des Vermögensnachteils allein auf das Vermögen des CDU-Kreisverbands Köln abgestellt. In der Anklage wird der Untreuevorwurf auf andere, nach Auffassung des Senats nicht tragfähige tatsächliche und rechtliche Gesichtspunkte gestützt. Der Senat könnte daher die Verurteilung nur dann auf die veränderten Gesichtspunkte stützen, wenn der Angekl. in der Hauptverhandlung entsprechend § 265 I StPO hierauf hingewiesen worden wäre oder zumindest auszuschließen ist, dass er sich, wenn er darauf hingewiesen worden wäre, anders als geschehen hätte verteidigen können. Beides ist nicht der Fall.“ (BGH aaO)

3. Die hier nach § 23a PartG a. F. bei der Aufdeckung der Geltendmachung rechtswidrig erlangter Parteispenden für die betroffene Partei zu erwartenden **finanziellen Nachteile** sind auch vor deren Festsetzung durch den Präsidenten des Deutschen Bundestags im Hinblick auf eine Strafbarkeit wegen Untreue (§ 266 StGB) nicht lediglich unter dem Gesichtspunkt einer **schadensgleichen Vermögensgefährdung** zu betrachten. Der Vermögensnachteil i. S. von § 266 StGB tritt vielmehr unmittelbar mit der Entdeckung der Tathandlung ein.

4. Bei den vor Inkrafttreten des 8. Gesetzes zur Änderung des Parteiengesetzes vom 28.06.2002 (BGBl I, 2268) abgeschlossenen Fällen ist § 23a I PartG a. F. die Rechtsgrundlage für den **Verlust des Anspruchs auf staatliche Mittel** in Höhe des Zweifachen des rechtswidrig erlangten Betrags (vgl. BVerwGE 126, 254 = NVwZ 2007, 210).

Diese Vorschrift räumt dem Präsidenten des Bundestags kein Ermessen bei der Verhängung der Sanktion ein, ihre Rechtsfolge ist zwingend („self-executing“, vgl. Saliger NSTZ 2007, 545; s. auch BT-Dr 13/8888, S. 29).

*„Die Voraussetzungen für die **Rücknahme des ursprünglichen Bewilligungsbescheids** gem. § 48 VwVfG und die Rückforderung der zuviel gezahlten Mittel gem. § 49 a VwVfG liegen vor. Die Inanspruchnahme der Partei ist nahezu sicher, jedenfalls überwiegend wahrscheinlich. Damit ist bei der gebotenen wirtschaftlichen Betrachtung (vgl. BVerfG NJW 2010, 3209 = NSTZ 2010, 626) das Vermögen der betroffenen Partei nach Entdeckung der Tat unmittelbar um den sich aus § 23a I PartG a. F. ergebenden – und damit bezifferbaren (BVerfG NJW 2010, 3209 = NSTZ 2010, 626) – Abzugsbetrag vermindert. Für die Rückforderung wäre jedenfalls eine Rückstellung zu bilden (vgl. BFHE 185, 160 = NJW 1998, 2695 m. w. Nachw.).“* (BGH aaO)

5. Liegt zwischen der Vornahme der pflichtwidrigen Handlung (Abgabe eines falschen Rechenschaftsberichts) und der die finanziellen Nachteile auslösenden Entdeckung des Tatgeschehens ein längerer Zeitraum, steht dies der Annahme eines Nachteils i. S. von § 266 I StGB nicht entgegen.

*„Die Kausalität zwischen der vermögensbezogenen Pflichtverletzung und dem daraus resultierenden Vermögensnachteil i. S. von § 266 I StGB wird durch das **zeitliche Auseinanderfallen dieser beiden Ereignisse** nicht berührt. Insofern **gilt nichts anderes als bei anderen Erfolgsdelikten**, bei denen zwischen Tathandlung und Taterfolg ebenfalls ein längerer Zeitraum liegen kann.“* (BGH aaO)

6. **Nicht erforderlich** ist ein **unmittelbarer Zusammenhang zwischen pflichtwidrigem Tun und Vermögensnachteil** (vgl. aber BGHSt 54, 44 = NJW 2009, 3173 = NSTZ 2009, 686).

*„Der **Kausalzusammenhang** wird **nicht** dadurch **unterbrochen**, dass der Vermögensschaden erst bei Entdeckung der Tathandlung eintritt. Eines solchen Unmittelbarkeitserfordernisses bedarf es auch nicht im Hinblick auf die tatbestandliche Weite des § 266 I StGB. Selbst wenn – mit der bisherigen Rspr. (vgl. BGHSt 54, 44 = NJW 2009, 3173 = NSTZ 2009, 686) – an einem **über den Zurechnungszusammenhang hinausgehenden Unmittelbarkeitserfordernis zwischen Pflichtwidrigkeit und Nachteil** festgehalten werden sollte, würde sich daraus jedenfalls nicht ergeben, dass Pflichtwidrigkeit und Nachteil in einem engen zeitlichen Verhältnis zueinander stehen müssten. Denn „unmittelbar“ bedeutet jedenfalls nicht zeitgleich, sofort oder auch nur alsbald (vgl. auch BGH NJW 2011, 88 = NSTZ 2011, 37).“* (BGH aaO)

7. Dass bei der **Rechtsfigur der schadensgleichen konkreten Vermögensgefährdung** für die Annahme eines Vermögensnachteils eine zeitliche Nähe zwischen Tathandlung, Gefährdung und tatsächlichem Nachteil verlangt wird (vgl. BGHSt 40, 287 = NJW 1995, 603 = NSTZ 1995, 202), steht bei der vorliegenden Fallkonstellation der Annahme eines unmittelbaren Nachteils nicht entgegen.

*„Denn mit Entdeckung der Tathandlung ist das **Vermögen der Partei nicht nur gefährdet**. Vielmehr ist der endgültige Vermögensnachteil in Form eines zu bilanzierenden Rückforderungsanspruchs – bereits endgültig eingetreten.“* (BGH aaO)

- V. Auch an den **Untreuevorsatz** sind in solchen Fällen **keine gesteigerten Anforderungen** zu stellen; insbes. liegt kein Fall einer bloß schadensgleichen Vermögensgefährdung vor, bei der teilweise verlangt wird, der Vorsatz müsse sich auch auf die Billigung des endgültigen Vermögensnachteils erstrecken.

BGHSt 51, 100 = NJW 2007, 1760 = NSTZ 2007, 583; zu den Bedenken des Senats gegen diese Rspr. vgl. BGH, NJW 2008, 2451 = NSTZ 2008, 457

*„Der Umstand, dass in Fällen der vorliegenden Art die sich aus einer Tatentdeckung nach dem Parteiengesetz ergebenden finanziellen Nachteile von den Handelnden nicht gewollt sind, steht auch im Hinblick auf das Tatbestandsmerkmal des Vermögensnachteils einem bedingten Tatvorsatz nicht entgegen (vgl. BGH NSTZ-RR 1997, 292 = StV 1998, 127). Ebenso schließen **Verschleierungsmaßnahmen**, die eine Entdeckung möglichst verhindern sollen, bedingten Tatvorsatz nicht von vornherein aus.“* (BGH aaO).

- VI. Der Umstand, dass der Gesetzgeber zum 01.07.2002 die Strafnorm des § 31d PartG in Kraft gesetzt hat (BGBl I, 2268), mit der die hier in Rede stehenden Tathandlungen explizit unter Strafe gestellt wurden, steht einer Verurteilung wegen Betrugs oder Untreue nicht entgegen (vgl. bereits BGH NSTZ-RR 2007, 176).

*„Bei dieser Vorschrift handelt es sich nicht um eine gem. § 2 III StGB zu beachtende Privilegierung gegenüber den Straftatbeständen der Untreue (§ 266 StGB) und des Betrugs (§ 263 StGB). Vielmehr schützt diese Strafnorm andere Rechtsgüter: Während § 31d PartG das **Vertrauen der Öffentlichkeit in die Richtigkeit der Rechnungslegung** nach Art. 21 I 4 GG schützt (vgl. BT-Dr 14/8778, S. 17), dienen die §§ 266, 263 StGB dem **Vermögensschutz** (hier: der Partei). Mit der Schaffung des § 31d PartG sollten **Strafbarkeitslücken geschlossen** werden, die sich daraus ergaben, dass eine angemessene Aufklärung von unerlaubten Handlungen im Rahmen staatlicher Parteienfinanzierung nicht immer möglich war (BT-Dr 14/8778, S. 17). Der Schutz von Parteivermögen gegen solche Handlungen sollte hierdurch nicht eingeschränkt werden.“* (BGH aaO)

BauGB

Kirche im Industriegebiet

BauGB

§ 31 II**baurechtliche Zulässigkeit im Wege einer Befreiung**

BauNVO

(BVerwG in NVwZ 2011, 748; Urteil vom 18.11.2010 – 4 C 10/09)

§ 9 III

1. Bei den nach der BauNVO ausnahmsweise zulässigen Nutzungsarten ist stets **das ungeschriebene Tatbestandsmerkmal der Gebietsverträglichkeit** zu Berücksichtigen.
2. Die in § 9 III BauNVO bezeichneten, ausnahmsweise zulassungsfähigen Nutzungsarten sind nur dann ohne Weiteres **gebietsverträglich**, wenn sie **nicht stöempfindlich** sind und deshalb mit dem Hauptzweck des Industriegebiets nicht in Konflikt geraten können.
3. Die in den **Glaubensvorstellungen** wurzelnden Belange privatrechtlich organisierter Kirchen und Religionsgesellschaften können **Gründe des Wohls der Allgemeinheit** i. S. des § 31 II Nr. 1 BauGB sein, die eine Befreiung erfordern.

Fall: Die Kl. ist eine als eingetragener Verein organisierte Pfarrgemeinde der Syrisch-Orthodoxen Kirche. Im Jahre 1994 beantragte sie die Erteilung einer Baugenehmigung für die Errichtung einer „Syrisch-Orthodoxen Kirche mit Mausoleum“ sowie eines „Gemeindezentrums“. In der Bauzeichnung für das Untergeschoss der Kirche war eine „Krypta“ mit zehn Grabkammern eingezeichnet.

Das Baugrundstück liegt im Geltungsbereich eines Bebauungsplans der Beigel. zu 1, der das gesamte Plangebiet als Industriegebiet (GI) festsetzt. In den textlichen Festsetzungen des Bebauungsplans sind „Ausnahmen nach § 9 III BauNVO und Nebenanlagen nach § 14 BauNVO“ zugelassen. Die Bekl. erteilte der Kl. die beantragte Baugenehmigung für das Kirchengebäude und das Gemeindezentrum. Hinsichtlich der Krypta lehnte sie den Antrag unter Hinweis auf das versagte gemeindliche Einvernehmen der Beigel. zu 1 ab. Die Kl. erhob Widerspruch gegen die Ablehnung, ließ dann aber in der Bauzeichnung ihres Bauantrags die Zweckbestimmung „Krypta“ durch „Abstellraum“ ersetzen und die Grabkammern streichen. Die Bekl. hob daraufhin den ablehnenden Teil des Genehmigungsbescheids auf. Die Kirche ist mittlerweile errichtet und wird von der Kl. als solche genutzt. Im Jahre 2005 beantragte die Kl., im betreffenden Raum im Untergeschoss der Kirche eine Krypta „als privaten Bestattungsort ausdrücklich ausschließlich für verstorbene Geistliche“ ihrer Kirche zu genehmigen. Entsprechend der ursprünglichen Planung ist der Einbau von zehn Grabkammern in Wandnischen vorgesehen, die nach Beisetzung durch dicht verfugte Stahlbetonplatten zur Raumseite hin verschlossen und mit beschrifteten Marmorverkleidungen versehen werden sollen. Die Krypta soll nur von außen zugänglich sein. Das Gesundheitsamt beim Landratsamt Heilbronn stimmte der Krypta aus hygienischer Sicht unter Auflagen zu. Die Beigel. zu 1 versagte wiederum das gemeindliche Einvernehmen. Die Bekl. lehnte den Bauantrag ab, der hiergegen gerichtete Widerspruch der Kl. blieb ohne Erfolg. Ist die hiergegen gerichtete Klage begründet?

Die Klage ist begründet, wenn die Ablehnung der Baugenehmigung rechtswidrig war und die Kl. einen Anspruch auf die Erteilung hat. Dies ist der Fall, wenn dem Vorhaben keine öffentlich-rechtlichen Vorschriften entgegenstehen. Fraglich ist aber, ob das geplante Vorhaben bauplanungsrechtlich zulässig ist.

I. Prüfungsmaßstab

Das Vorhaben liegt im Geltungsbereich eines qualifizierten Bebauungsplanes, so dass sich die planungsrechtliche Zulässigkeit gem. § 29 BauGB nach den Festsetzungen des Bebauungsplanes richtet, der gem. § 10 I BauGB eine Kommunalatzung darstellt. Es müssen die Vorgaben zur Art und Maß der Nutzung und zu den überbaubaren Grundstücksflächen eingehalten werden. Zudem müsste die Erschließung gesichert sein.

II. Vorliegen eines Vorhabens nach § 29 BauGB

Die beantragte Nutzung des Abstellraums im Untergeschoss des Kirchengebäudes der Kl. als Krypta müsste vom Vorhabensbegriff des § 29 I BauGB umfasst sein.

1. Errichtung eines neuen Vorhabens

Fraglich ist zunächst, ob die Errichtung der Krypta eine neue Anlage darstellt oder ob lediglich eine Nutzungsänderung anzunehmen ist.

„Vorhaben i. S. des § 29 I BauGB und damit Gegenstand der bauplanungsrechtlichen Prüfung ist jedoch nicht die Krypta als selbstständige „Hauptanlage“, sondern die Änderung von einer Kirche mit Abstellraum zu einer Kirche mit Krypta als Gesamtvorhaben. Geht es um die Änderung einer Nutzung, dürfen die bauliche Anlage und ihre Nutzung nicht getrennt beurteilt werden; sie bilden eine Einheit (BVerwGE 47, 185 [188]). Soll nicht die Nutzung der baulichen Anlage insgesamt, sondern – wie hier – lediglich eines bestimmten Teils der Anlage geändert werden, kann die bauplanungsrechtliche Prüfung hierauf nur be-

schränkt werden, wenn der betroffene Anlagenteil auch ein selbstständiges Vorhaben sein könnte; er muss von dem Vorhaben im Übrigen abtrennbar sein (BVerwG, NVwZ 1994, 294). Daran fehlt es hier. Der streitgegenständliche, **unter dem Altar gelegene Raum ist untrennbar mit der Kirche im Übrigen verbunden**. Nur weil dies so ist, möchte die Kl. in der Krypta ihre Gemeindepriester beisetzen. Der VGH hat festgestellt, dass nach den Glaubensvorstellungen der Kl. die Verpflichtung besteht, syrisch-orthodoxe Priester in einem geweihten kirchlichen Bestattungsraum beizusetzen. Kirche und Krypta stehen deshalb als Gesamtvorhaben zur bauplanungsrechtlichen Prüfung.“ (BVerwG aaO)

2. Nutzungsänderung

Demnach ist insgesamt zu prüfen, ob die Errichtung einer Krypta in der genehmigten Kirche eine zulässige Nutzungsänderung darstellt.

a) Begriff der Nutzungsänderung

„Eine Nutzungsänderung liegt vor, wenn durch die Verwirklichung eines Vorhabens die **einer genehmigten Nutzung eigene Variationsbreite verlassen** wird und durch die Aufnahme dieser veränderten Nutzung **bodenrechtliche Belange neu berührt** werden können, so dass sich die Genehmigungsfrage unter bodenrechtlichem Aspekt neu stellt (BVerwG, NVwZ 1991, 264 m. w.N.; BVerwG, NVwZ-RR 2000, 75, und BVerwG, BeckRS 2003, 20062). Die Variationsbreite der bisherigen Nutzung wird auch dann überschritten, wenn das **bisher charakteristische Nutzungsspektrum** durch die Änderung **erweitert** wird (BVerwG, NVwZ 1999, 523).“ (BVerwG aaO)

b) Anwendung auf den Fall

„Die Nutzung als **Begräbnisstätte** ist heute **für eine Kirche nicht mehr charakteristisch**. Im vorliegenden Fall wurde die Krypta zudem von der im Jahre 1994 erteilten Baugenehmigung für die Errichtung der Kirche ausdrücklich ausgenommen und sollte – auf Anregung des Regierungspräsidiums Stuttgart letztlich auch aus der Sicht der Kl. – einem Nachtrags-Baugenehmigungsverfahren vorbehalten bleiben.

Die Nutzungsänderung ist auch **städtebaulich relevant**, weil durch die Aufnahme der neuen Nutzung **bodenrechtliche Belange neu berührt werden** können (BVerwG, NVwZ 1991, 264). Der VGH hat festgestellt, dass das Trauern und Gedenken nicht nur im Innern der Kirche unter Ausschluss der Öffentlichkeit stattfinden, sondern auch außerhalb des Kirchengebäudes bemerkbar sein werde [wird ausgeführt]. Bereits diese Feststellungen rechtfertigen die Annahme, dass durch die beantragte Nutzungsänderung bodenrechtliche Belange neu berührt werden können.“ (BVerwG aaO)

III. Zulässigkeit der Art der Nutzung nach dem Bebauungsplan, § 30 BauGB

Das Vorhaben könnte schon von der Art der Nutzung her unzulässig sein. Der Bebauungsplan setzt für den fraglichen Bereich ein Industriegebiet fest. Welche Arten der Nutzung damit zulässig sind, bestimmt sich gem. § 1 III 2 BauGB nach § 9 I, II BauNVO. Es Gewerbebetriebe aller Art sowie Lagerhäuser, Lagerplätze und öffentliche Betriebe zulässig. Zudem können auch Tankstellen betrieben werden. Da die angestrebte Nutzung hierunter unter keinem denkbaren Gesichtspunkt subsumiert werden kann. Ist das Vorhaben nicht ohne weiteres von den Festsetzungen des Bebauungsplanes gedeckt.

IV. Zulässigkeit der Art der Nutzung unter Anwendung einer Ausnahme, § 31 I BauGB

Das Vorhaben könnte aber unter Anwendung einer Ausnahme nach § 31 I BauGB planungsrechtlich zulässig sein, wenn der Bebauungsplan eine entsprechende Ausnahme nach Art und Umfang ausdrücklich vorsieht. Dies ist durch den ausdrücklichen Verweis auf § 9 III geschehen. Danach können u.a. Anlagen für kirchliche, kulturelle, soziale, gesundheitliche und sportliche Zwecke ausnahmsweise zugelassen werden.

1. Vorliegen einer kirchlichen Anlage

„Im Einklang mit Bundesrecht geht der VGH davon aus, dass das Vorhaben eine Anlage für kirchliche Zwecke i. S. des § 9 III Nr. 2 BauNVO ist. Unter diesen Begriff fallen Anlagen, die **unmittelbar kirchlichreligiösen Zwecken** dienen, wie insbesondere ein dem Gottesdienst dienendes Kirchengebäude. Die von der Kl. errichtete Kirche erfüllt diese Voraussetzungen. Die **Krypta** ist – wie bereits dargelegt – **untrennbar mit der Kirche verbunden**. Sie ist nicht nur ein privater Bestattungsplatz i. S. des § 9 BestattG, sondern, weil sie der **Bestattung von Gemeindepriestern** dienen soll, die nach der Glaubensvorstellung der Kl. nur in einem geweihten kirchlichen Raum beigesetzt werden dürfen, selbst Anlage für kirchliche Zwecke.“ (BVerwG aaO)

2. Gebietsverträglichkeit

a) Gebietsverträglichkeit als Prüfungsmaßstab

Die Gebietsverträglichkeit ist in § 9 III BauNVO als Tatbestandsmerkmal nicht ausdrücklich vorgesehen.

„Die Prüfung der Gebietsverträglichkeit rechtfertigt sich aus dem **typisierenden Ansatz der Baugebietsvorschriften der Baunutzungsverordnung**. Der Ordnungsgeber will durch die Zuordnung von Nutzungen zu den näher bezeichneten Baugebieten die vielfältigen und oft gegenläufigen Ansprüche an die Bodennutzung zu einem schonenden **Ausgleich im Sinne überlegter Städtebaupolitik** bringen. Dieses Ziel kann nur erreicht werden, wenn die vom Ordnungsgeber dem jeweiligen Baugebiet zugewiesene allgemeine Zweckbestimmung den Charakter des Gebiets eingrenzend bestimmt (BVerwGE 116, 155 [158] = NVwZ 2002, 1118; BVerwG, Buchholz 406.12 § 4 BauNVO Nr. 19 = NVwZ 2008, 786 Rn 6, jew. m. w. Nachw.). Zu Recht geht der VGH deshalb davon aus, dass die Gebietsverträglichkeit eine für die in einem Baugebiet allgemein zulässigen und erst recht für die **ausnahmsweise zulassungsfähigen Nutzungsarten ungeschriebene Zulässigkeitsvoraussetzung** ist, der eine typisierende Betrachtungsweise zu Grunde liegt und die der Einzelfallprüfung auf der Grundlage des § 15 I BauNVO vorgelagert ist.“ (BVerwG aaO)

b) Annahme von Gebietsverträglichkeit

Es kommt daher darauf an, ob die Errichtung einer Krypta in der genehmigten Kirche als gebietsverträglich anzusehen ist.

„**Industriegebiete** dienen gem. § 9 I BauNVO ausschließlich der **Unterbringung von Gewerbebetrieben**, und zwar vorwiegend solcher Betriebe, die **in anderen Baugebieten unzulässig** sind. Gewerbegebiete dienen gem. § 8 I BauNVO der Unterbringung von nicht erheblich belästigenden Gewerbebetrieben. Die **Unterbringung erheblich störender Betriebe** ist deshalb dem Industriegebiet vorbehalten und zugleich dessen **Hauptzweck**.

Von maßgeblicher Bedeutung für die Frage, welche Vorhaben mit dieser allgemeinen Zweckbestimmung des Industriegebiets unverträglich sind, sind die Anforderungen des jeweiligen Vorhabens an ein Gebiet, die Auswirkungen des Vorhabens auf ein Gebiet und die Erfüllung des spezifischen Gebietsbedarfs (BVerwGE NVwZ 2002, 1118). Da Industriegebiete der einzige Baugebietstyp der Baunutzungsverordnung sind, in dem erheblich störende Gewerbebetriebe untergebracht werden können, sind die **in § 9 III BauNVO bezeichneten Nutzungsarten** nur dann ohne Weiteres **gebietsverträglich**, wenn sie **nicht störendempfindlich** sind und deshalb mit dem Hauptzweck des Industriegebiets nicht in Konflikt geraten können. **Diese Voraussetzung erfüllt eine Kirche** – mit oder ohne Krypta – bei typisierender Betrachtung **nicht** (vgl. auch BVerwG, Buchholz 406.12 § 8 BauNVO Nr. 21 = NVwZ 2006, 457 – Krematorium). Ob und gegebenenfalls unter welchen Voraussetzungen auch eine störendempfindliche Nutzung gebietsverträglich sein kann, etwa weil sie einem aus dem Gebiet stammenden Bedarf folgt, kann offenbleiben, weil weder seitens der Verfahrensbeteiligten geltend gemacht worden noch sonst ersichtlich ist, dass hier derartige die Gebietsverträglichkeit begründende Umstände gegeben sein könnten.“ (BVerwG aaO)

Die angestrebte Nutzung ist demnach nicht gebietsverträglich und kann nicht im Wege einer Ausnahme nach § 31 I BauGB i.V.m. § 9 BauNVO zugelassen werden.

V. Zulässigkeit der Art der Nutzung unter Erteilung einer Befreiung nach § 31 II BauGB

Allerdings könnten die Voraussetzungen für eine Befreiung im Einzelfall nach § 31 II BauGB vorliegen. Danach kann von den Festsetzungen des Bebauungsplans u.a. befreit werden, wenn die Grundzüge der Planung nicht berührt werden und **Gründe des Wohls der Allgemeinheit** die Befreiung erfordern und wenn die Abweichung auch unter Würdigung nachbarlicher Interessen mit den öffentlichen Belangen vereinbar ist. In Betracht kommt hier eine Befreiung aus Gründen des Wohls der Allgemeinheit.

1. Begriff des Allgemeinwohls

„Gründe des Wohls der Allgemeinheit erfordern eine Befreiung i. S. des § 31 II Nr. 1 BauGB **nicht erst dann**, wenn den Belangen der Allgemeinheit **auf eine andere Weise** als durch eine Befreiung **nicht entsprochen** werden könnte, sondern bereits dann, wenn es zur Wahrnehmung des jeweiligen öffentlichen Interesses **„vernünftigerweise geboten“** ist, mit Hilfe der Befreiung das Vorhaben an der vorgesehenen Stelle zu verwirklichen. Dass die Befreiung dem Gemeinwohl **nur irgendwie nützlich** oder dienlich ist, **reicht** demgegenüber **nicht aus** (BVerwGE 56, 71 = NJW 1979, 939; BVerwG, Buchholz 406.11 § 31 BauGB Nr. 35 = NVwZ-RR 1997, 82). Maßgebend sind die Umstände des Einzelfalls. Dabei kann es auch auf – nach objektiven Kriterien zu beurteilende – Fragen der Zumutbarkeit ankommen (BVerwGE 56, 71 [77] = NJW 1979, 939).“ (BVerwG aaO)

2. Anwendung auf den Fall

„Gründe des Wohls der Allgemeinheit erfordern die Zulassung der Krypta **auch, wenn Alternativen** zur Beisetzung in der eigenen Kirche **an sich in Betracht** kommen, der Kl. aber unter den gegebenen Umständen **nicht zugemutet werden können**. Dass die Kl. theoretisch an anderer Stelle eine Kirche mit Krypta neu errichten könnte, genügt nicht. Entgegen der Auffassung des VGH kann eine Befreiung auch nicht mit dem Argument verweigert werden, dass es planungsrechtlich bereits **bei Errichtung der Kirche** möglich gewesen wäre, **an anderer geeigneter Stelle** die Grundlagen für eine **pietätvolle Begräbnisstätte** zu schaffen. Maßgebend für die Zumutbarkeit ist vielmehr, ob der Kl. tatsächlich zu nicht unangemessenen

Bedingungen ein **besser geeignetes Grundstück** für die Errichtung einer **Kirche mit Krypta** auf dem Gebiet der Bekl. zur Verfügung gestanden hätte oder, wenn dies nicht der Fall war, ob sie sich **bewusst** auf die **Errichtung einer Kirche ohne Krypta eingelassen** hat. Anhaltspunkte dafür, dass der Kl. ein besser geeignetes Grundstück zur Verfügung gestanden hätte, sind jedenfalls nach Aktenlage nicht ersichtlich. Ausweislich der Verwaltungsvorgänge hat das Regierungspräsidium selbst angeregt, dass über die **Zulässigkeit einer Krypta im Rahmen eines Nachtragsbaugesuchs** entschieden wird.

Schließlich darf bei der einzelfallbezogenen Prüfung des Befreiungsgrundes nicht unberücksichtigt bleiben, dass hier eine Nutzungserweiterung in Frage steht, die zwar bei typisierender Betrachtung gebietsunverträglich ist, aber „**vernünftigerweise**“ **an ein vorhandenes Kirchengebäude anknüpft**, das auf Grund bestandskräftiger Baugenehmigung im genehmigten Umfang formal legal weitergenutzt werden darf.“ (BVerwG aaO)

Ein Befreiungsgrund nach § 31 II Nr. 1 BauGB ist daher anzunehmen.

VI. Vorliegen der weiteren Voraussetzungen für eine Befreiung

1. Vereinbarkeit mit den öffentlichen Belangen

„Welche Umstände als öffentliche Belange i. S. von § 31 II BauGB eine Befreiung ausschließen, lässt sich **nicht generell beantworten**. In Betracht kommen insbesondere die in § 1 V und VI BauGB genannten öffentlichen Belange (vgl. BVerwG NJW 1979, 939), auch solche, die nicht in der **gemeindlichen Planungskonzeption** ihren Niederschlag gefunden haben (Roeser, in: BerlKomm., 3. Aufl. [Stand: Aug. 2010], § 31 Rn 17; vgl. auch BVerwG NVwZ 2003, 478). Ist die Befreiung mit einem öffentlichen Belang in beachtlicher Weise unvereinbar, so vermag sich der die Befreiung rechtfertigende Gemeinwohlgrund i. S. des § 31 II Nr. 1 BauGB nicht durchzusetzen (BVerwG NJW 1979, 939). Da der Plan gerade unter den Nachbarn einen Ausgleich von Nutzungsinteressen zum Inhalt hat, muss ferner darauf abgehoben werden, ob in den durch den Bebauungsplan bewirkten **nachbarlichen Interessenausgleich erheblich störend eingegriffen** wird (BVerwG, Buchholz 406.11 § 31 BauGB Nr. 35 = NVwZ-RR 1997, 82). Maßgebend sind stets die konkreten Umstände des jeweiligen Einzelfalls (BVerwGE 56, 71 [77] = NJW 1979, 939). Für eine eigene abschließende Beurteilung dieser Frage durch den Senat fehlt es an hinreichenden tatsächlichen Feststellungen“ (BVerwG aaO)

2. Vereinbarkeit mit den Grundzügen der Planung

„Ob die Grundzüge der Planung berührt sind, hängt von der jeweiligen Planungssituation ab. Entscheidend ist, ob die **Abweichung dem planerischen Grundkonzept zuwiderläuft**. Je tiefer die Befreiung in das Interessengeflecht der Planung eingreift, desto eher liegt der Schluss auf eine Änderung in der Planungskonzeption nahe, die nur im Wege der (Um-)Planung möglich ist (BVerwG NJW 1979, 939; BVerwG, NVwZ 1999, 1110, und BVerwG, BeckRS 2004, 22801). Die Beantwortung der Frage, ob Grundzüge der Planung berührt werden, setzt einerseits die Feststellung voraus, was zum planerischen Grundkonzept gehört und andererseits die Feststellung, ob dieses planerische Grundkonzept gerade durch die in Frage stehende Befreiung berührt wird (vgl. Söfker, in: Ernst/Zinkahn/Bielenberg/Krautzberger, BauGB II, Stand: Juni 2010, § 31 BauGB Rn 35).

Hierzu hat der VGH keine Feststellungen getroffen. Verlässliche Rückschlüsse lassen auch die in anderem Zusammenhang getroffenen Feststellungen nicht zu. Diese Feststellungen wird der VGH nachzuholen haben, falls es für seine Entscheidung hierauf ankommt.“ (BVerwG aaO)

3. Vereinbarkeit mit nachbarlichen Interessen

„Es fehlen auch Feststellungen, inwieweit durch die Zulassung der Abweichung nachbarliche Interessen konkret betroffen werden können, etwa, ob **und gegebenenfalls in welcher Intensität gewerbliche Nutzungen** in der Umgebung der Kirche **durch die Krypta mit Nutzungseinschränkungen rechnen müssen**. Hierbei ist zu berücksichtigen, dass mögliche Nutzungskonflikte bereits mit der Errichtung und Nutzung der Kirche entstanden sein dürften. Allein auf die Feststellung, dass das Trauern und Gedenken auch außerhalb des Kirchengebäudes „bemerkt“ sein werde, kann die Ablehnung einer Befreiung nicht gestützt werden, weil dies auch auf die in einer Kirche ohne Krypta abgehaltenen Beerdigungs- und Trauergottesdienste zutrifft.“ (BVerwG aaO)

(VG Wiesbaden in NVwZ-RR 2011, 444, Beschluss vom 28.01.2011 – 5 L 1344/10)

1. Der Gastwirt ist für **Störungen verantwortlich**, die mit dem Betrieb der Gaststätte verbunden sind. Das gilt auch für den Lärm, der **von vor der Gaststätte stehenden Gästen ausgeht**.
2. Eine Sperrzeitverlängerung ist als Lärmschutzmittel geeignet.

Fall Die Ast. betreibt das Lokal A. Sie wendet sich gegen eine für sofort vollziehbar erklärte gaststättenrechtliche Verfügung, mit der die Sperrzeit auf täglich 0 bis 6 Uhr verlängert wird. Die Gaststätte liegt in einem besonderen Wohngebiet, in der Straße befinden sich mehrere Lokale. Ab März 2009 kam es zu wiederholten Beschwerden der Anwohner wegen Lärmbelästigung und Ruhestörung durch den Betrieb der Gaststätte der Ast., insbesondere durch Gäste, die sich vor dem Lokal aufhalten.

Anlässlich eines Erörterungstermins auf Wunsch der Anwohner mit den Betreibern des Lokals am 20.04.2009 im Ordnungsamt beschwerten sich die Nachbarn nicht nur über den Lärm, der von der A. und anderen Lokalen ausgehe, sondern auch über Verschmutzungen auf der Straße und den Hauseingängen. Unter dem 03.06.2009 wurden die Betreiber der Gaststätte von der Ag. schriftlich aufgefordert, ihre Pflichten zu erfüllen und dafür zu sorgen, dass ab 22 Uhr die Nachtruhe der Anwohner gewahrt werde. Fenster und Türen des Betriebs seien geschlossen zu halten. Auf der – damals noch konzessionierten – Freifläche im Hof sei der Betrieb ab 22 Uhr einzustellen. Nachdem zunächst einige Überprüfungen vor Ort ohne Beanstandungen verlaufen waren, kam es ab Ende Juli 2009 zu zahlreichen Anwohnerbeschwerden wegen nächtlichen Lärms sowie Verunreinigungen der Straße und der Hauseingänge.

Am 12.02.2010 stellte eine Anwohnerinitiative beim VG einen Eilantrag mit dem Ziel, die Ag. zu verpflichten, für die Ast. – und ein weiteres, zur Zeit geschlossenes Lokal in der D.-Straße – die Sperrzeit mit Beginn 0:00 Uhr zu verlängern. Nach ausführlichen Erörterungen schlossen die Anwohnerinitiative, die Gaststättenbetriebe in der D.-Straße (auch die hiesige Ast.) sowie die Ag. in dem oben genannten Verfahren einen Vergleich, der Maßnahmen zur Beseitigung von Schmutz und Reduzierung von Lärms zum Inhalt hatte. Bereits ab Mitte August 2010 kam es wieder zu Anwohnerbeschwerden. Wegen der Vorfälle an den beiden ersten Septemberwochenenden 2010 (lärmende Gäste mit Gläsern vor dem Lokal, Nachtwache sorgte nicht für Ruhe, kein Eingreifen des Personals, keine Straßenreinigung) sprach der – auf Grund des Vergleichs eingesetzte – Beirat eine erste Abmahnung gegenüber der Ast. aus, eine zweite Abmahnung folgte wegen Vorfällen an den beiden ersten Oktoberwochenenden 2010 (lärmende Gäste vor dem Lokal, grölende und randalierende Gäste im Lokal, Nachtwache habe vor dem Lokal nicht für Ruhe gesorgt). Trotz mehrfacher Gespräche und der ersten Abmahnung sei keine Besserung erfolgt. Das Ordnungsamt werde aufgefordert, Maßnahmen gegen die A. einzuleiten. Daraufhin erließ der Ag. einen für sofort vollziehbar erklärten Bescheid, mit dem die Sperrzeit mit Wirkung zum 18.12.2010 auf täglich von 0 bis 6 Uhr verlängert wurde. Es sei zu wiederholten erheblichen Verstößen gegen den Vergleich gekommen. Bereits am 16. 12. 2010 kam es zu einem weiteren Rettungseinsatz in der A., D.-Straße, ein alkoholisierte Jugendlicher wurde abtransportiert. Von Jugendlichen, die sich auf der gegenüberliegenden Straßenseite aufhielten, wurde eine Haustür eingetreten. In der Nacht vom 17.12. auf den 18.12.2010 wurde die Einhaltung der verlängerten Sperrzeit kontrolliert. Um 23:40 Uhr war das Lokal voll besetzt, an der Tür wies ein Schild auf eine geschlossene Gesellschaft hin. Nach Aufforderung durch die Ordnungskräfte verließen die Gäste schließlich nach 0 Uhr das Lokal. Am 20. 12. 2010 hat die Ast. den vorliegenden Eilantrag gestellt. Die Ast. beantragte, die aufschiebende Wirkung des Widerspruchs der Ast. und einer eventuell nachfolgenden Anfechtungsklage gegen die Verfügung der Ag. vom 15. 12. 2010 zur Sperrzeit in A. wiederherzustellen sowie die sofortige Vollziehung der unter Nr. 1. genannten Verfügung für die Dauer dieses Eilverfahrens kurzfristig auszusetzen. Ist die Sperrzeitverlängerung rechtmäßig?

I. Vorliegen der Tatbestandsvoraussetzungen

Eine Sperrzeitverlängerung kann nach § 18 GaststG, § 4 SperrzeitVO Hessen erfolgen. Danach kann die zuständige Verwaltungsbehörde bei Vorliegen eines öffentlichen Bedürfnisses oder besonderer örtlicher Verhältnisse für einzelne Betriebe den Beginn der Sperrzeit vorverlegen, das Ende der Sperrzeit hinausschieben oder die Sperrzeit befristet oder widerrufenlich aufheben. Sie kann die Aufhebung der Sperrzeit jederzeit mit Auflagen versehen.

In dem hier gegebenen Allgemeinen Wohngebiet besteht kein Zweifel, dass die Wahrung der Nachtruhe ein schützenswertes öffentliches Bedürfnis darstellt.

*„Die Ast. ist als Gastwirtin verpflichtet, für einen **ordnungsgemäßen Betriebsablauf** zu sorgen. Dazu gehört auch, dass sie **Fehlverhalten ihrer Gäste entgegenwirkt** und sich an Lärmschutzbestimmungen hält.*

Dabei ist selbstverständlich der Gebietscharakter zu berücksichtigen und der Umstand, dass es in der D.-Straße seit langen Jahren eine gewachsene Kneipen-Szene gibt. Wer dort wohnt, kann nicht erwarten, dass seinem Ruhebedürfnis immer der Vorrang vor dem Wunsch anderer zu sozialen Kontakten und fröhlichem Beisammensein eingeräumt wird. Auch den Interessen der Gastwirte muss angemessen Rechnung getragen werden. Im Fall der

Ast. haben aber die regelmäßigen Beeinträchtigungen einer Vielzahl von Anwohnern (auch wenn es andere Anwohner gibt, die sich nicht gestört fühlen) ein Ausmaß angenommen, das ein Einschreiten der Ag. unumgänglich macht.“ (VG Wiesbaden aaO)

II. Zurechnung des Gästelärms

Fraglich ist jedoch, ob die Ast. Als Gastwirtin für die Störungen in Anspruch genommen werden kann, die von ihren Gästen außerhalb der Gaststätten ausgehen.

„Zwar befinden sich auch andere Lokale in der D.-Straße, und diese wird als Passierstraße von Lokalbesuchern benutzt, um von einem Ort zum anderen zu gelangen. Die Beschwerden der Nachbarn und die Feststellungen des Ordnungsamtes und der Polizei sind aber **zielgerichtet auf den Betrieb der A.** gerichtet und betreffen nicht nur den Lärm, der von vor dem Lokal stehenden Personen ausgeht, sondern auch den **Lärm, der aus dem Lokal nach draußen dringt.**“ (VG Wiesbaden)

III. Verhältnismäßigkeit

1. Geeignetheit

Die Sperrzeitverlängerung muss auch geeignet sein, dem durch die Gäste der Ast. verursachten Lärm entgegen zu wirken.

„Eine Betriebszeitverkürzung ist als Lärmschutzmittel **geeignet** (so BVerwG, NVwZ 1986, 296); der durch Gäste hervorgerufene Lärm, sei es in oder vor der Gaststätte, sei es auf dem Weg von und zu dem Lokal, ist – sofern er einen erkennbaren Bezug zum Gaststättenbetrieb hat – dem Gaststättenbetreiber zuzurechnen und als **schädliche Umwelteinwirkung zu qualifizieren** (vgl. BVerwGE 101, 157 = NVwZ 1997, 276; BVerwG, GewA 2003, 300 = BeckRS 2003, 23544).“ (VG Wiesbaden)

2. Erforderlichkeit und Angemessenheit

Die Sperrzeitverlängerung muss auch erforderlich sein. Es darf kein milderes Mittel gleicher Eignung geben, um den gewünschten Lärmschutzeffekt zu erzielen. Zugleich muss Die Mittel-Zweck-Relation muss gewahrt bleiben.

„Das Einschreiten der Ag. und die Entscheidung, als Mittel die Sperrzeitverlängerung zu wählen, waren notwendig und gerechtfertigt.

Allerdings erscheint es dem Gericht – jedenfalls nach dem momentanen Erkenntnisstand – als **zu weitgehend**, wenn der **Beginn der Sperrzeit auf 0 Uhr** festgesetzt wird.

Mit der Änderung der Sperrzeitverordnung im Jahre 2001 hat der Gesetzgeber zum Ausdruck gebracht, dass er **grundsätzlich keine Sperrzeit** (sondern nur noch die so genannte Putzstunde zwischen 5 und 6 Uhr) mehr vorgeben will, und die Berücksichtigung besonderer örtlicher Verhältnisse oder eines öffentlichen Bedürfnisses der zuständigen Verwaltungsbehörde überlässt. Dass vorliegend gerade ab 0 Uhr die Belästigungen und Probleme in der A. auftreten, ist nicht konkret nachvollziehbar. Allein das Abstellen auf den **zunehmenden Grad der Alkoholisierung**, je später der Abend wird, reicht nach Ansicht des Gerichts **eben so wenig aus** wie der Wunsch der Nachbarn, die Sperrzeit ab 0 Uhr beginnen zu lassen.

Orientiert man sich an den Regelungen, die vor der Liberalisierung der Sperrzeitverordnung galten, so kann als **gängiger Sperrzeitbeginn 1 Uhr** festgestellt werden (vgl. die SperrzeitVO vom 19. 4. 1971, GVBl I 1971, S. 96). Dass die Festlegung eines solchen Beginns der Sperrzeit (z. B. auch für eine Diskothek) **angemessen und sozial adäquat** ist, hat beispielsweise das OVG Saarlouis in seinem Urteil vom 29. 8. 2006 (OVG Saarlouis, NVwZ-RR 2007, 598) entschieden und darauf hingewiesen, dass dadurch die Ausübung des Gaststättengewerbes in der gewählten und erlaubten Betriebsart nicht unmöglich gemacht wird.

Dem schließt sich das Gericht an und verweist hinsichtlich der Einwendungen der Ast. darauf, dass es nur auf die **Möglichkeit der Ausübung des erlaubten Gewerbes** ankommt, **nicht** aber darauf, ob dieses auch **profitabel** weiterbetrieben werden kann. Wenn die Betriebszeitverkürzung als Lärmschutzmittel **geeignet und erforderlich** ist, um den ungestörten Schlaf der Nachbarn zu gewährleisten, muss der Gaststättenbetreiber ggf. durch Änderungen der Betriebsgestaltung dafür sorgen, dass er seine Räumlichkeiten auch zukünftig mit der Aussicht auf Gewinn gaststättenrechtlich nutzen kann (so: BVerwG, NVwZ 1986, 296).“ (VG Wiesbaden aaO)

III. Ergebnis

Weil es die Ein-Uhr-Grenze nach wie vor als eine gängige und allgemein akzeptierte Begrenzung der Öffnungszeit ansieht, die den Nachbarschutz angemessen berücksichtigt, hat das Gericht nicht uneingeschränkt die aufschiebende Wirkung wiederhergestellt, sondern mit der ersten Auflage den Sperrzeitbeginn lediglich um eine Stunde hinausgeschoben. Eine komplette Aussetzung der Sperrzeitverlängerung kam nicht in Betracht.

Kurzauslese I

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

BGB
§§ 164, 179

Vertretung einer Ltd. Abschluss eines Mietvertrages

BGB

(OLG Düsseldorf in NZM 2011, 313 = NZG 2011, 67; Beschluss vom 29.04.2010 – 24 U 232/09)

Schließt eine Partei einen Mietvertrag im Namen einer **Ltd.** nach englischem Recht ab, so wird diese verpflichtet, es sei denn, die Ltd. ist nicht existent.

„Eine Eigenhaftung des Bekl. käme nur dann in Betracht, wenn die C-Ltd. & Co. zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses nicht existiert hätte. In diesem Fall haftete der Bekl. den Kl. entsprechend § 179 I BGB nach deren Wahl auf Erfüllung oder Schadensersatz. Vollmachtloser Vertreter ist nach dieser Bestimmung nicht nur derjenige, der ohne rechtsgeschäftliche oder gesetzliche Vertretungsmacht im Namen eines Dritten tätig wird. Die Vorschrift ist vielmehr auch dann entsprechend anzuwenden, wenn jemand im Namen einer nicht vorhandenen Person vertragliche Vereinbarungen trifft, der angeblich Vertretene also gar nicht existiert (BGHZ 105, 283 = NJW 1989, 894; BGHZ 63, 45 = NJW 1974, 1905). Hiervon ist aber nicht auszugehen (wird ausgeführt).

Dass die Gesellschaft weder zum Gewereregister noch bei dem Finanzamt angemeldet worden ist, ist für ihre Rechtsfähigkeit ohne Relevanz; solchen Eintragungen kommt keine konstitutive Wirkung zu.

Ebenso ist unerheblich, dass die beiden die Mieterin bildenden Gesellschaften zwischenzeitlich aufgelöst worden sind; die Löschung einer Ltd. aus dem britischen Gesellschaftsregister führt nicht zu einer Haftung ihres Direktors (vgl. OLG Brandenburg ZInsO 2009, 1695).“ (OLG Düsseldorf aaO)

BGB
§ 204 I Nr. 6

Verjährung Hemmung durch Streitverkündung

BGB

(LAG Nürnberg in DB 2011, 1284; Urteil vom 29.03.2011 – 7 (4) Sa 702/07)

Die **Verjährung** wird durch eine **Streitverkündung** auch für solche Ansprüche gem. § 204 I Nr. 6 BGB **gehemmt**, für die ein **anderer Rechtsweg** (hier: Arbeitsgerichtsbarkeit), **gegeben** ist.

Der Hemmung der Verjährung steht nicht die Rechtsansicht entgegen, die Interventionswirkung einer Streitverkündung könne dann nicht eingreifen, wenn für den Prozess gegen den Streitverkündeten ein anderer Rechtsweg eröffnet sei.

Insbes. ergibt sich dies nicht aus der Entscheidung des BGH NJW 1993, 2539. In dieser Entscheidung setzt sich der BGH mit der Frage auseinander, ob die Interventionswirkung gem. §§ 74, 68 ZPO rechtswegübergreifend eintritt, was verneint wird. Zur Verjährung hat sich der BGH in dieser Entscheidung indes nicht geäußert.

„Nach Auffassung des erkennenden Gerichts hemmt die Streitverkündung die Verjährung auch dann, wenn für den Rechtsstreit gegen den Streitverkündeten ein anderer Rechtsweg gegeben ist.

Dies folgt zum einen aus der eindeutigen Regelung der Norm, die insoweit nicht differenziert.

Zum anderen ist die Frage, ob die Interventionswirkung des § 68 ZPO rechtswegübergreifend erfolgen kann, von der zu unterscheiden, ob eine (zulässige) Streitverkündung die Verjährung unterbricht. Ob § 68 ZPO in einem späteren Prozess gegen den Streitverkündeten anzuwenden ist, ist für den Umfang der Prüfungspflicht des nachfolgenden Gerichts von Bedeutung. Dagegen geht es bei der Frage der Verjährung darum, ob der Kl., um die Verjährung zu hemmen, gem. § 204 I Nr. 1 BGB alle potentiellen Anspruchsgegner klageweise in Anspruch zu nehmen hat. Die Ablehnung der Interventionswirkung wird damit begründet, dass, ließe man eine Bindungswirkung zu, die Parteien den speziellen Ausgestaltungen des für sie gegebenen Verfahrens entzogen werden könnten. Dieser Gesichtspunkt ist bei der Frage, ob der Anspruch verjährt, unerheblich.“ (LAG Nürnberg aaO)

BGB
§ 355 II

Nachbelehrung eines Verbrauchers Wirksamkeitsvoraussetzungen

BGB

(BGH in MDR 2011, 679; Beschluss vom 15.02.2011 – XI ZR 148/10)

Die **Nachbelehrung nach § 355 II BGB** muss einen für den Verbraucher **erkennbaren Bezug zu der früheren Vertragserklärung** aufweisen, der ihm deutlich macht, dass hierdurch ein **bestehender Belehrungsmangel im Nachhinein ausgeglichen** werden soll.

„Die Nachbelehrung unterliegt denselben gesetzlichen Anforderungen wie eine rechtzeitige Belehrung. Sie muss umfassend, unmissverständlich und für den Verbraucher eindeutig sein. Der Verbraucher soll dadurch nicht nur von seinem Widerrufsrecht Kenntnis erlangen, sondern auch in die Lage versetzt werden, dieses auszuüben. Um die vom Gesetz bezweckte Verdeutlichung des Rechts zum Widerruf nicht zu beeinträchtigen, darf auch die nachträgliche Widerrufsbelehrung keine zusätzlichen Erklärungen enthalten, die einen eigenen Inhalt aufweisen und weder für das Verständnis noch für die Wirksamkeit der Belehrung von Bedeutung sind und deshalb von ihr ablenken oder den Verbraucher verwirren können (vgl. hierzu BGH WM 2009, 350; BGHZ 180, 123, jeweils mwN). Eine Nachbelehrung muss zudem nach § 355 II 1 BGB einen für den Verbraucher **erkennbaren Bezug zu seiner**

früheren Vertragserklärung aufweisen, der ihm deutlich macht, dass ein Belehrungsmangel im Nachhinein ausgeglichen werden soll (BGH WM 2011, 23).“ (BGH aaO)

InsO
§ 80 I

**Privatinsolvenz eines GmbH-Geschäftsführers
Auswirkung auf Vertretungsbefugnis**

InsO

(OLG Düsseldorf MDR 2011, 391; Beschluss vom 07.12.2010 – 24 W 86/10)

Die **Befugnis des Geschäftsführers**, eine GmbH gem. § 35 GmbHG außergerichtlich und gerichtlich zu vertreten, **wird durch den Insolvenzbeschluss des Vermögens** des dienstverpflichteten Geschäftsführers **nicht beeinträchtigt**. In dessen Insolvenz wird seine **persönlich geschuldete Dienstleistung** (im Gegensatz zu seinem Anspruch auf die Dienstvergütung) **nicht vom Insolvenzbeschluss des § 80 I InsO erfasst** und fällt demgemäß nicht in die Insolvenzmasse.

*„Das beruht darauf, dass die **Fähigkeit des Dienstverpflichteten, die Dienstleistung zu erbringen, insolvenzrechtlich nicht zu seinem Vermögen gehört** (Kübler/Prütting/Bork/Moll, InsO, § 113 Rn 11 und 55). Dementsprechend hat der Insolvenzverwalter über das Vermögen der Geschäftsführerin **keine Verwaltungsbefugnisse**, soweit es um deren Geschäftsführerdiensttätigkeit geht. Die Fortführung von ihrer Geschäftsführungsaufgaben hängt allein von der Entschließung der [GmbH] ab, ob sie ihre insolvente Geschäftsführerin gem. § 46 Nr. 5 GmbHG abberuft bzw. deren Dienstvertrag (etwa aus wichtigem Grund gem. § 626 BGB) kündigt (Kübler/Prütting/Bork/Moll aaO, Rn 55 m. w. Nachw.).“ (OLG Düsseldorf aaO)*

StGB
§ 30 II 3. Var.

**Verbrechensverabredung
Internetchat**

StGB

(BGH in MMR 2011, 404; Beschluss vom 16.03.2011 – 5 StR 581/10)

Der Tatbestand der **Verbrechensverabredung** setzt **eine auf die Begehung des intendierten Verbrechens bezogene bindende Verabredung** voraus. Danach ist erforderlich, dass jeder an ihr Beteiligte in der Lage sein muss, bei dem jeweils anderen präsumtiven Mittäter die von jenem **zugesagten verbrecherischen Handlungen** auch **einfordern zu können**.

Bei einem **Internetchat** zwischen **Personen, die sich nicht kennen und deren Identität sie nicht ermitteln können**, kann die erforderliche Abgrenzung zwischen Verbrechensfantasien und wirklichem verbrecherischen Willen und dessen Umsetzung dazu führen, dass **nicht mehr als der Verdacht einer Verabredung zu einem Mord** gegeben ist.

*„Die Strafwürdigkeit der Verbrechensverabredung erklärt sich aus der **Willensbindung der Beteiligten** (Roxin, Strafrecht AT II, 2003, 303 Rn 43), durch die bereits **vor Eintritt in das Versuchsstadium eine Gefahr für das durch die vorgestellte Tat bedrohte Rechtsgut** entsteht (vgl. Fischer, StGB, 58. Aufl., § 30 Rn 2). Der von einer solchen quasi-vertraglichen Verpflichtung ausgehende Motivationsdruck sorgt oft dafür, dass es von einer bindenden Verabredung für einen Beteiligten kaum noch ein Zurück gibt,*

sodass bei Angriffen auf die wertvollsten und schutzbedürftigsten Rechtsgüter schon der Abschluss der Deliktsvereinbarung durch eine Strafdrohung verhindert werden muss.

*Eine solche auf die Begehung des intendierten Verbrechens bezogene bindende Verabredung erfordert, dass jeder an ihr Beteiligte in der Lage sein muss, bei dem jeweils anderen präsumtiven Mittäter die von jenem **zugesagten verbrecherischen Handlungen** (vgl. Schröder JuS 1967, 289) auch **einfordern zu können**. Dies kann auch zwischen Personen geschehen, die lediglich unter Verwendung eines Tarnnamens kommunizieren. Solches wird sogar in etlichen Fallkonstellationen, in denen es gilt, hierdurch eine Entdeckung zu vermeiden, für die sich Verabredenden sinnvoll sein und nötigt nicht dazu, dass – etwa bei unbekannt bleiben wollenden Angehörigen verbrecherischer Organisationen – Zweifel an der Ernsthaftigkeit der Verabredung überwunden werden müssten. Gleiches wird naheliegend anzunehmen sein, wenn anonym getroffene Absprachen durch weitere Vorbereitungshandlungen oder deren Verabredung bestätigt worden sind.*

In Fällen, in denen die verabredete Tat die gleichzeitige Präsenz der Mittäter bei Tatbegehung voraussetzt, ist eine verbleibende völlige Anonymität freilich ausgeschlossen. Deren spätere Auflösung muss Teil des konkreten Tatplans sein.“ (BGH aaO)

StGB
§§ 211, 212

**Mordversuch
strafbefreiender Rücktritt**

StGB

(BGH in NSTZ 2011, 337; Beschluss vom 11.01.2011 – 1 StR 537/10)

Halten die Täter eines **mehraktigen einheitlichen Tötungsversuchs** nach **Abschluss der letzten Ausführungshandlung** aufgrund der tatsächlichen Umstände den **Tod ihres Opfers für möglich oder machen sie sich** über die Folgen ihres Handelns – namentlich bei besonders schweren Gewalthandlungen, die zu schweren Verletzungen geführt haben – **keine Gedanken**, so ist der **Versuch des Tötungsdelikts beendet**.

*„Nach der st. Rspr. des BGH kommt es für die **Abgrenzung eines beendeten vom unbeendeten Versuch** und damit für die Voraussetzungen eines strafbefreienden Rücktritts maßgeblich auf die Vorstellungen der Täter nach der letzten Ausführungshandlung („Rücktrittshorizont“) an. Dies gilt insbes. auch bei einem **mehraktigen Tatgeschehen**, das als eine Tat im Rechtssinne gewertet wird (vgl. BGH StraFo 2009, 78). Halten die Täter nach Abschluss der letzten Ausführungshandlung aufgrund der tatsächlichen Umstände den **Tod ihres Opfers für möglich oder machen sie sich über die Folgen ihres Handelns – namentlich bei besonders schweren Gewalthandlungen, die zu schweren Verletzungen geführt haben – keine Gedanken**, so ist der Versuch beendet.*

Ein **strafbefreiender Rücktritt** ist in diesem Fall bei mehreren Tätern nur unter den engen Voraussetzungen des § 24 II StGB möglich. Liegt dagegen ein unbeendeter Versuch vor, kommt ein strafbefreiender Rücktritt nach dieser Vorschrift auch dann in Betracht, wenn die Täter einvernehmlich nicht weiterhandeln, obwohl sie dies hätten tun können (BGH StraFo 2003, 207). Die äußeren Gegebenheiten sind bei der Abgrenzung eines beendeten von einem unbeendeten Versuch insoweit von Bedeutung, als sie Rückschlüsse auf die innere Einstellung des Täters ermöglichen.“ (BGH aaO)

StGB
§ 212

Selbsttötung Alzheimer-Demenz-Patient

StGB

(StA München in NSTZ 2011, 345; Verfügung vom 30.07.2010 – 125 Js 11736/09)

Die **eigenverantwortlich und im Bewusstsein der vollen Tragweite seines Handelns getroffene Entscheidung** eines an Alzheimer-Demenz Erkrankten, sich durch eigenes Tun selbst das Leben zu nehmen, ist **im Strafrecht** auch dann **verbindlich, wenn Handlungsunfähigkeit bzw. Bewusstlosigkeit eingetreten ist**. Angehörige, die dies respektieren und deshalb bei Verlust der Handlungsfähigkeit und des Bewusstseins keine ärztliche Hilfe rufen oder sonstige Rettungsmaßnahmen einleiten, machen sich daher nicht strafbar.

- I. In **vergleichbaren Fällen** bejahte der **BGH** grds. eine **Handlungspflicht des Garanten** in dem Sinne, dass er zum Einschreiten, also zur Rettung, verpflichtet sei (vgl. BGHSt 2, 150; ähnlich auch BGHSt 32, 307 im sog. „Wittig“-Fall, in dem der Wille zum Freitod dem Grundsatz nach für unbeachtlich erklärt wurde).
- II. Dieser **Grundsatz** wurde jedoch **in der späteren Rspr. relativiert**: Der BGH entschied, dass eine eigenverantwortlich gewollte und verwirklichte Selbsttötung nicht den Tatbestand eines Tötungsdelikts unterfalle (vgl. BGHSt 32, 262). Auch später entschied er, dass er der vorgenannten Entscheidung weiterhin zuneige und einem **ernsthaften, freiverantwortlich gefassten Selbsttötungsentschluss** eine **stärkere rechtliche Bedeutung** beimessen wolle (vgl. BGH NJW 1988, 1352). Abschließend geklärt hatte der BGH diese Frage jedoch mangels Entscheidungserheblichkeit dort nicht.
- III. Der **frühere Grundsatz**, dass eine absolute Rettungspflicht des Garanten bestehe, erfuhr später auch dadurch eine **Einschränkung**, dass eine **Rettungspflicht sowohl nach § 13 StGB wie auch nach § 323c StGB erst mit der Handlungs- bzw. Bewusstlosigkeit des Suizidenten** einsetzen sollte (BGH NJW 1960, 1821).
Erst ab diesem Zeitpunkt gehe die **Tatherrschaft** auf den Garanten über, so dass aus der straflosen Beihilfe zum Selbstmord ein tatherrschaftliches Tötungsdelikt werde.
- IV. Nach Ansicht der **StA München aaO** führt aber auch diese Konstruktion zu **unauflösbaren Wertungswidersprüchen**: Demnach dürfte ein Angehöriger oder Arzt straflos einen Suizidenten bei der Realisierung seines Tötungsentschlusses unterstützen – etwa indem er Gift besorgt – um dann nach Einnahme des Giftes zur Rettung verpflichtet zu sein.

„Vorzugswürdig erscheint deshalb die durch das OLG München im Fall „Hackethal“ vertretene Ansicht, wonach bei einer gegebenen Garantenstellung die sich daraus ergebende **Garantenpflicht durch den freiverantwortlich gefassten Selbsttötungswillen des Suizidenten eingeschränkt** wird (vgl. NJW 1987, 2940).

Entscheidend ist daher der **sicher feststellbare oder mutmaßliche Wille des Suizidenten**. Einem Angehörigen kann **kein strafrechtlicher Vorwurf** gemacht werden, **wenn er den ernsthaften Todeswillen seines Angehörigen respektiert** und nicht sofort bei Verlust der Handlungsfähigkeit und des Bewusstseins ärztliche Hilfe ruft, oder sonstige Rettungsmaßnahmen einleitet.

Auch die neuere Rspr. misst dem **Selbstbestimmungsrecht eines Menschen** höhere Bedeutung bei als früher: Der 12. ZS des BGH hat insoweit entschieden, dass auch wenn ein Patient einwilligungsunfähig ist und sein Grundleiden einen irreversiblen tödlichen Verlauf genommen hat, lebenserhaltende oder lebensverlängernde Maßnahmen unterbleiben müssen, wenn dies einem zuvor – etwa in Form einer sog. Patientenverfügung – geäußerten Willen entspricht. Dies folge aus der **Würde des Menschen**, die es gebiete, sein im einwilligungsfähigen Zustand ausgeübtes Selbstbestimmungsrecht auch dann noch zu respektieren, wenn er zu einer eigenverantwortlichen Entscheidung nicht mehr in der Lage ist (vgl. BGHZ 154, 205). Dieser Entscheidung lässt sich auch für den strafrechtlichen Bereich entnehmen, dass die freiverantwortlich getroffene Entscheidung eines Menschen auch nach Eintritt der Handlungsunfähigkeit bzw. der Bewusstlosigkeit verbindlich sein soll.“ (StA München aaO)

StGB
§ 213 Alt. 1

Totschlag schwerwiegende Beleidigung

StGB

(BGH in NSTZ 2011, 339; Beschluss vom 21.12.2010 – 3 StR 454/10)

Auch eine für sich gesehen **nicht als schwerwiegend einzustufende Beleidigung** kann dann als **schwer i.S.d. § 213 Alt. 1 StGB zu bewerten sein**, wenn sie nach einer **Reihe von Kränkungen oder ehrverletzenden Situationen** der „Tropfen“ war, der „das Fass zum Überlaufen“ gebracht hat.

„Den Anforderungen an eine schwere Beleidigung i.S.d. § 213 Alt. 1 StGB genügen nur solche **Provokationen**, die **auf der Grundlage aller dafür maßgebenden Umstände unter objektiver Betrachtung** und nicht nur aus der Sicht des Täters als **schwer beleidigend** zu beurteilen sind; denn der hohe Rang des durch § 212 StGB geschützten Rechtsguts und die unter den Voraussetzungen des § 213 StGB mildere Beurteilung der Vernichtung menschlichen Lebens gebieten es, die Anforderungen an die Schwere der Beleidigung und auch der auf die tatalösende Situation zulaufenden Entwicklung der Täter-Opfer-Beziehung nicht zu niedrig anzusetzen.

Mit dieser Maßgabe kann jedoch auch eine für sich gesehen nicht als gravierend einzustufende Beleidigung dann als schwer zu bewerten sein, wenn sie nach einer Reihe von Kränkungen oder ehrverletzenden Situationen der „Tropfen“ war, der „das Fass zum Überlaufen“ gebracht hat (st. Rspr.; vgl. etwa BGH NStZ 2004, 631). Erforderlich ist deshalb stets eine Gesamtbetrachtung aller für die Beurteilung maßgeblichen Umstände.“ (BGH aaO)

StVG
§§ 1 ff.

**öffentlicher Verkehrsraum
Gewerbegelände**

StVO

(KG in ZAP 2011, 550; Beschluss vom 06.10.2010 – 12 U 24/10)

Bei einem **Gewerbegelände** handelt es sich um einen **öffentlichen Verkehrsraum**.

„Ein Verkehrsraum ist nämlich öffentlich, wenn er entweder ausdrücklich oder mit stillschweigender Duldung des Verfügungsberechtigten für jedermann oder aber zumindest für eine allgemein bestimmte größere Personengruppe zur Benutzung zugelassen ist und auch so benutzt wird (BGH NJW 2004, 1965).

Diese Voraussetzungen sind hier erfüllt, was sich bereits daran zeigt, dass das Gelände als Zufahrt zu einem Hotel genutzt wird und daher regelmäßig einer bestimmten größeren Personengruppe zugänglich ist.“ (KG aaO)

BauGB
§ 35 I Nr.5

**Windpark
zumutbare optische Beeinträchtigung**

BauGB

(OVG Koblenz in NVwZ-RR 2011, 438; Beschluss vom 10.03.2011 – 8 A 11215/10)

Für die Frage, wann ein Windpark zu einer optischen Beeinträchtigung der Anwohner führt, gelten grds. die gleichen Maßstäbe wie für die Frage, wann von einer Einzelanlage optische Beeinträchtigungen ausgehen. Auch hier stellt das **Verhältnis zwischen dem Abstand der Anlagen zum Wohnhaus und der Höhe der Anlagen** einen **geeigneten Orientierungswert** dar. Allein die Tatsache, dass aus jedem Fenster eines Wohnhauses der Windpark sichtbar sind, begründet für sich genommen noch keine unzumutbare Beeinträchtigung.

- I. Nach der **gefestigten obergerichtlichen Rspr.** lassen sich aus dem Verhältnis des Abstandes zwischen Wohnhaus und Windkraftanlage und der Höhe der Windkraftanlage Orientierungswerte zur Beurteilung einer erdrückenden Wirkung ableiten. Beträgt die Entfernung zur geplanten Anlage danach mindestens das Dreifache ihrer Höhe, wird die Einzelfallprüfung überwiegend zu dem Ergebnis kommen, dass von dieser Anlage keine unzumutbaren optischen Beeinträchtigungen ausgehen (OVG Münster DVBI 2006, 1532 u. NVwZ 2007, 336; VGH München ZUR 2009, 497 = BayVBI 2010, 114). Diese Rspr. liefert aber nur **grobe Orientierungswerte**, die nicht schematisch angewandt werden dürfen und eine Prüfung des konkreten Einzelfalls daher nicht entbehrlich machen (OVG Münster BauR 2007, 1014; VGH München ZUR 2009, 497 = BayVBI 2010, 114; BVerwG NVwZ 2007, 336 f.).
- II. Nach **OVG Koblenz aaO** lassen sich auch zur Beurteilung der optischen Wirkung mehrerer Anlagen keine starren und allgemeingültigen Regeln anführen, vielmehr sei stets eine Beurteilung des Einzelfalls notwendig.

„Auch für eine Mehrzahl von Anlagen – eine freie Sichtbeziehung unterstellt – [bleiben] deren Gesamthöhe und ihr Abstand zum Wohnhaus die maßgeblichen Beurteilungskriterien. Einer Windkraftanlage, die so weit entfernt steht, dass ihr **keine erdrückende Wirkung** zukommt, wird diese Wirkung i. d. R. auch dann nicht zukommen, wenn sich im Blickfeld weitere, für sich genommen ebenfalls nicht erdrückend wirkende Anlagen befinden. Ob etwas Anderes für Anlagen zu gelten hat, die so dicht beisammenstehen, dass die von den Rotoren bestrichenen Flächen sich optisch überschneiden, so dass der Eindruck eines Anlagenhaufens oder Anlagenwalls entsteht, kann hier dahingestellt bleiben.

Sofern der Kl. meint, schon eine „umzingelnde“ Wirkung in dem Sinne, dass der Betroffene sich auf Grund der örtlichen Verhältnisse **dem Anblick der Anlagen nicht entziehen könne**, sei unzumutbar, trifft dies nicht zu: Insbes. derjenige, der im Außenbereich wohnt, muss grds. mit der Errichtung von Windkraftanlagen und ihren **optischen Auswirkungen** rechnen. Der Gesetzgeber hat Windkraftanlagen im Außenbereich nach § 35 I Nr. 5 BauGB privilegiert und nach § 35 III 2 BauGB unter Planungsvorbehalt gestellt. Dies führt notwendig dazu, dass es dort, wo entsprechende Vorrangflächen ausgewiesen sind, zu einer Konzentration von Windenergieanlagen kommt (vgl. BVerwGE 118, 33 = NVwZ 2003, 738). Betroffene, die in der Nähe einer solchen Konzentrationszone wohnen, werden daher regelmäßig nicht nur mit einer, sondern mehreren Anlagen konfrontiert sein. Da moderne Windkraftanlagen große Höhen erreichen, werden sie insbes. bei kleineren Wohneinheiten häufig auch von allen Fenstern aus sichtbar sind. **Allein diese Wahrnehmbarkeit vermag eine Rücksichtslosigkeit indes nicht zu begründen.** Die **Zumutbarkeitsschwelle ist erst überschritten, wenn die Anlagen so nah stehen, dass sie auf Grund ihrer Höhe und der großen Fläche, die die Rotoren überstreichen, auf die Wohngebäude erdrückend wirken** (vgl. OVG Münster BauR 2007, 1014).“ (OVG Koblenz aaO)

BeamtVG
§ 31 II

**Dienstunfall
Vorliegen eines Wegeunfalls**

BeamtenR

(BVerwG in NVwZ-RR 2011, 208; Urteil vom 09.12.2010 – 2 A 4.10)

Ein **Unfall beim Nachtanken** auf dem Weg zwischen Wohnung und Dienststelle **ist ein Wegeunfall i. S. v. § 31 II BeamtVG**, wenn der Weg mit einer einzigen Tankfüllung nicht verlässlich zurückgelegt werden kann.

- I. Bei einem Unfall, den ein Beamter auf dem Weg nach oder von der Dienststelle erleidet, wird **Dienstunfall-****schutz** gewährt, wenn der Weg im Dienst seine wesentliche Ursache hat, wenn also andere mit dem Dienst nicht zusammenhängende Ursachen für das Zurücklegen des Weges in den Hintergrund treten (st. Rspr, vgl. BVerwGE 121, 67 m.w.N.).

Der Beamte muss sich auf dem - unmittelbaren - Weg zwischen seiner Dienststelle und seiner regelmäßigen häuslichen Unterkunft befinden, um sich zum Dienst zu begeben oder aus dem Dienst in seinen privaten Lebensbereich zurückzukehren (BVerwGE 21, 307). Weicht der Beamte auf dem Weg zum oder vom Dienst von dem normalerweise zum Erreichen der Dienststelle oder der Wohnung gebotenen Weg um eines privaten Zweckes willen ab, so steht dieser Teil des Wegs nicht unter Unfallfürsorge. Ob der **notwendige Zusammenhang mit dem Dienst** durch ein Abweichen von dem unmittelbaren Weg zwischen Wohnung und Dienststelle oder umgekehrt unterbrochen oder gar gelöst wird, ist **nach den Umständen des Einzelfalles zu beurteilen**.

- II. Nach diesen Grundsätzen ist ein Verkehrsunfall als Wege- und damit als Dienstunfall i. S. des § 31 II 1 BeamtVG anzuerkennen, wenn ein **Tankaufenthalt keine wesentliche Unterbrechung der dienstlich bedingten Heimfahrt** darstellt; das Nachtanken selbst stellt **keine den notwendigen Zusammenhang mit dem Dienst unterbrechende eigenwirtschaftliche Betätigung** dar.

1. Das **Auftanken** ist **grds. dem unversicherten persönlichen Lebensbereich des Beamten zuzurechnen**, denn es handelt sich um eine Verrichtung, die dem Dienst zu fern steht, als dass sie schon dem persönlichen Lebensbereich des Beschäftigten entzogen und der dienstlichen Sphäre zuzurechnen wäre.
2. Anders verhält es sich, wenn das **Nachtanken während der Fahrt unvorhergesehen notwendig** wird, damit der restliche Weg zurückgelegt werden kann. Hiervon ist auszugehen, wenn sich entweder während oder aber auch schon bei Antritt der Fahrt die Notwendigkeit ergibt, den Inhalt eines Reservetanks in Anspruch zu nehmen (vgl. BSG BB 1984, 2066).
3. **Gleiches muss gelten, wenn der Weg mit einer einzigen Tankfüllung nicht verlässlich zurückzulegen ist.**

„Das erforderliche Nachtanken ist in einem solchen Fall nicht dem persönlichen Bereich des Beamten zuzurechnen. Es hat vielmehr seine wesentliche Ursache in der Rückkehr zur Wohnung, für die Dienstunfallschutz nach § 31 II BeamtVG besteht. Ist danach ein Nachtanken auch bei Fahrtbeginn mit vollem Tank unterwegs voraussichtlich erforderlich, so ist es unerheblich, zu welchem Zeitpunkt der Tankvorgang erfolgt. Es ist in diesem Fall nicht geboten, mit dem Nachtanken zuzuwarten, bis sich die Tankanzeige im Reservereich befindet. Ebenso wenig kommt es darauf an, welche Wegstrecke der Beamte mit dem restlichen Kraftstoff noch hätte zurücklegen können.“ (BVerwG aaO)

AGG
§ 24

eingetragene Lebenspartnerschaft
Anspruch auf Hinterbliebenenversorgung
(BVerwG in NVwZ 2011, 499; Urteil vom 28.10.2010 – 2 C 47/09)

AGG

Nach dem Tod eines Beamten hat sein hinterbliebener Lebenspartner, der mit dem Verstorbenen in einer eingetragenen Lebenspartnerschaft gelebt hat, ebenso **Anspruch auf Leistungen der Hinterbliebenenversorgung** wie hinterbliebene Ehepartner von Beamten.

- I. Der **Geltungsbereich der Richtlinie 2000/78/EG** ist eröffnet.

„Der Streitgegenständliche Anspruch fällt in den Geltungsbereich dieser Richtlinie, weil es sich bei der Hinterbliebenenversorgung um einen Bestandteil des Arbeitsentgelts nach Art. 3 I lit. c der Richtlinie handelt. Unter Arbeitsentgelt i. S. dieser Vorschrift sind nach Art. 157 II AEUV (vgl. Erwägungsgrund 13 der Richtlinie 2000/78/EG) u. a. Gehälter und alle sonstigen Vergütungen zu verstehen, die der Dienstherr auf Grund des Dienstverhältnisses dem Beamten unmittelbar oder mittelbar in bar oder in Sachleistungen zuwendet. Dazu können auch Leistungen zählen, die erst nach dem Ende der aktiven Dienstzeit gewährt werden (EuGH BeckRS 2004, 77029; EuGH NVwZ 2008, 537 = NJW 2008, 1649 m. w. Nachw.).“ (BVerwG aaO)

- II. Die Geltung der Richtlinie für den vorliegenden Fall wird auch nicht durch den Umstand ausgeschlossen, dass die Gewährung der **Hinterbliebenenversorgung** u. a. davon abhängt, **in welchem Familienstand der Beamte lebt**.

„Zwar soll die Richtlinie 2000/78/EG einzelstaatliche Rechtsvorschriften über den Familienstand und davon abhängige Leistungen unberührt lassen, doch führt dies nicht dazu, dass Rechtsvorschriften über die Gewährung von Leistungen, deren Höhe auch durch den Familienstand des Beamten beeinflusst wird, vollständig der Anwendung des Unionsrechts entzogen sind. Die Verbindlichkeit und allgemeine Anwendung des Unionsrechts wären gefährdet, wenn die Mitgliedstaaten Regelungen über Entgeltbestandteile mit dem Ergebnis an den Familienstand binden könnten, dass sie dadurch dem unionsrechtlichen Diskriminierungsverbot vollständig entzogen würden (EuGH NVwZ 2008, 537 = NJW 2008, 1649; vgl. auch EuGH NJW 2000, 497 zur Richtlinie 76/207/EWG). I. Ü. liegt der Schwerpunkt der Hinterbliebenenversorgung auf ihrer Eigenschaft als Entgeltbestandteil. Denn sie stellt eine Leistung dar, die der Beamte während seiner Dienstzeit erdient hat. Deshalb spricht Überwiegendes dafür, dass die Leistungen der Hinterbliebenenversorgung bereits keine „vom Familienstand abhängigen“ Leistungen sind.“ (BVerwG aaO)

- III. Der **Ausschluss der Lebenspartner** i. S. des Gesetzes über die eingetragene Lebenspartnerschaft **von der Gewährung der Hinterbliebenenversorgung** gegenüber der Gewährung dieser Versorgungsleistung an hinterbliebene Ehepartner eines Beamten stellt eine **unmittelbare Diskriminierung i. S. der Richtlinie 2000/78/EG** dar.

1. Nach **Art. 2 IIa** der Richtlinie liegt eine unmittelbare Diskriminierung vor, wenn eine Person wegen eines der in Art. 1 genannten Gründe in einer vergleichbaren Situation eine weniger günstige Behandlung als eine andere Person erfährt.

Ob eine in diesem Sinne vergleichbare Situation gegeben ist, muss mit Blick auf die jeweils konkret in Rede stehende Vorschrift entschieden werden; dies zu beurteilen, ist Sache des mitgliedstaatlichen Gerichts (EuGH NVwZ 2008, 537 = NJW 2008, 1649).

2. Ein in einer eingetragenen Lebenspartnerschaft lebender Beamter wird im Hinblick auf die Voraussetzungen für die Hinterbliebenenversorgung gegenüber einem verheirateten Beamten **nachteilig behandelt**, weil im Falle seines Todes seinem hinterbliebenen Lebenspartner eine Hinterbliebenenversorgung nicht gewährt wird, während hinterbliebene Ehepartner verheirateter Beamter eine solche beanspruchen können.

*„Die **nachteilige Behandlung** geschieht **wegen der sexuellen Ausrichtung** des Kl. Denn die eingetragene Lebenspartnerschaft ist Personen gleichen Geschlechts vorbehalten, während die Ehe nur von Personen unterschiedlichen Geschlechts geschlossen werden kann; regelmäßig entspricht die Wahl des Familienstandes der sexuellen Orientierung der Partner. Diese **unterschiedliche Behandlung** der Verpartnerten im Vergleich zu verheirateten Beamten **stellt eine Diskriminierung dar**, weil beide Gruppen sich im Hinblick auf die Hinterbliebenenversorgung in einer **vergleichbaren Lage** befinden. Hinsichtlich der **gegenseitigen Unterhalts- und Beistandspflichten** bestehen **keine maßgeblichen Unterschiede zwischen Lebens- und Ehepartnern**. In beiden Fällen soll der Beamte in die Lage versetzt werden, sich selbst und seine Familie angemessen zu unterhalten. Zur Erfüllung seiner Unterhaltungspflichten zählt auch die Vorsorge für den Todesfall.*

Anhaltspunkte für die Auffassung, die Beschränkung der Hinterbliebenenversorgung auf die Hinterbliebenen verheirateter Beamter solle einen Anreiz für Eheschließungen im Hinblick auf die bevölkerungspolitische Funktion der Ehe schaffen, lassen sich dem Zweck der Beamtenversorgung nicht entnehmen. Diese wird nicht gewährt, um einen Beitrag zur Förderung der durch Art. 6 I GG geschützten Ehe im Hinblick auf deren gesellschaftliche Bedeutung zu leisten.

Art. 2 V der Richtlinie 2000/78/EG vermag eine nachteilige Behandlung der in eingetragener Lebenspartnerschaft lebenden Beamten gleichfalls nicht zu rechtfertigen, weil Belange der öffentlichen Sicherheit und Ordnung, der Verhütung von Straftaten oder des Schutzes der Gesundheit oder der Rechte und Freiheiten Anderer nicht betroffen sind.“ (BVerwG aaO)

- IV. Als Folge der unmittelbaren Anwendung der Richtlinie 2000/78/EG sind §§ 18 ff. und 28 BeamtVG insoweit unanwendbar, als diese Vorschriften mit **Unionsrecht** nicht in Einklang stehen.

*„Der sich aus dem Wortlaut der Vorschriften ergebende Ausschluss der Hinterbliebenen eines in einer eingetragenen Lebenspartnerschaft lebenden Beamten von der Gewährung der Hinterbliebenenversorgung für Verheiratete kann dem Anspruch des Kl. deshalb nicht entgegengesetzt werden. Vielmehr müssen die Vorschriften als Rechtsgrundlage für den Ausspruch der begehrten Feststellung so angewandt werden, dass sie **nicht zu einer Diskriminierung von Beamten führen**, die in einer eingetragenen Lebenspartnerschaft leben und sich i. Ü. in einer mit Eheleuten vergleichbaren Situation befinden. Dies kann nur dadurch geschehen, dass verpartnerte Beamtinnen und Beamte so behandelt werden wie verheiratete.*

*Dass dies über die bloße Nichtanwendung eines Teils des Normtextes (vgl. dazu BVerwG NVwZ 2010, 1380 = IÖD 2010, 125) hinausgeht und bedeutet, einen vom Normgeber geregelten Anspruch einer von ihm bewusst nicht erfassten Gruppe von Begünstigten zu gewähren, ist nicht zu beanstanden. Denn anders lässt sich im vorliegenden Fall die volle Wirksamkeit der Richtlinie 2000/78/EG nicht herstellen. § 3 BeamtVG steht dem Anspruch deshalb nicht entgegen; das mitgliedstaatliche Gericht hat von mehreren denkbaren Möglichkeiten zur **Umsetzung des Unionsrechts** die effektivste zu wählen (EuGH NJW 1999, 200).“ (BVerwG aaO)*

Entscheidungen Verfahrensrecht

ZPO
§ 66

Streitverkündung und Nebenintervention kein rechtliches Interesse bei faktischer Präjudizwirkung (BGH in GRUR 2011, 557; Beschluss vom 10.02.2011 - I ZB 63/09)

ZPO

1. Bei einer Nebenintervention nach erfolgter Streitverkündigung ergibt sich ein **rechtliches Interesse** an dem Beitritt **nicht allein aus der Streitverkündigung** nach § 72 ZPO.
- 2.. Allein die Möglichkeit, dass ein Urteil in einem ersten Prozess für nachfolgende Prozesse eine **faktische Präcedenzwirkung** entfaltet und zu erwarten ist, dass sich die Gerichte in den nachfolgenden Verfahren an der im ersten Prozess ergangenen Entscheidung orientieren werden, kann ein **rechtliches Interesse** i.S. von § 66 I ZPO **nicht begründen**.

Fall: Der Kl. ist ein eingetragener Verein deutschsprachiger Schauspieler, die vornehmlich als Synchronsprecher tätig sind. Er nimmt nach seiner Satzung die Interessen dieser so genannten Synchronschauspieler wahr. Die Bekl. stellt deutsche Synchronfassungen insbesondere von Spielfilmen her. Dazu engagiert sie Synchronschauspieler unter Verwendung vorformulierter Vertragsbedingungen. Der Kl. ist der Ansicht, einige Klauseln dieser Vertragsbedingungen seien mit wesentlichen Grundgedanken der gesetzlichen Regelungen der §§ 88ff. UrhG nicht zu vereinbaren und daher gem. § 307 I 1, II Nr. 1 BGB unwirksam. Er hat die Bekl. deshalb nach § 1 UKlaG auf Unterlassung der Verwendung dieser Klauseln in Anspruch genommen. Die Bekl. hat 28 anderen Synchronunternehmen den Streit verkündet, von denen sechs dem Rechtsstreit auf ihrer Seite als Nebenintervenienten beigetreten sind. Die Nebenintervenienten verwenden Vertragsbedingungen, die mit den vom Kl. beanstandeten Vertragsbedingungen der Bekl. teilweise inhaltsgleich sind. Sie haben ihr rechtliches Interesse an einer Unterstützung der Bekl. (§ 66 I ZPO) damit begründet, dass sie im Falle eines Unterliegens der Bekl. damit rechnen müssten, von der Bekl. wegen der Verwendung inhaltsgleicher Vertragsbedingungen nach §§ 3, 4 Nr. 11, 8 III Nr. 1 und I, 9 S. 1 UWG auf Unterlassung und Schadensersatz in Anspruch genommen zu werden. Der Kl. ist der Ansicht, die Nebeninterventionen seien nicht zulässig, weil die Nebenintervenienten kein rechtliches Interesse an einem Beitritt zum Rechtsstreit hätten. Er hat daher beantragt, die Nebeninterventionen zurückzuweisen.

Sind die Nebenintervenienten zuzulassen?

I. Anwendbare Regelungen bei Verfahren nach dem Unterlassungsklagengesetz

„Auf das Verfahren nach dem Unterlassungsklagengesetz sind gem. § 5 UKlaG die Vorschriften der ZPO anzuwenden, soweit sich aus dem Unterlassungsklagengesetz nicht etwas anderes ergibt. Danach sind die Bestimmungen der ZPO über die Nebenintervention (§§ 66ff. ZPO) bei Klagen nach dem Unterlassungsklagengesetz anwendbar (Staudinger/Schlosser, BGB, 2006, § 5 UKlaG Rn. 3).“ (BGH aaO)

II. formal wirksame Nebenintervention

Der Nebenintervenient muss einen entsprechenden Schriftsatz beim Prozessgericht einreichen. Ist der Beitritt mit der Einlegung eines Rechtsmittels verbunden, muss der Schriftsatz hingegen beim Rechtsmittelgericht eingereicht werden. Der Beitritt ist gem. § 66 II ZPO in jeder Lage des Rechtsstreit möglich, solange noch keine rechtskräftige Entscheidung ergangen ist.

Folgende inhaltliche Vorgaben müssen eingehalten werden:

- die Bezeichnung der Parteien und des Rechtsstreits,
- konkrete Angabe des Interesses, das der Streithelfer hat;
- die Erklärung des Beitritts.

Der Beitritt ist eine Prozesshandlung, so dass alle entsprechenden Voraussetzungen in der Person des Streithelfers vorliegen müssen (Existenz der Partei, Parteifähigkeit, Prozessfähigkeit, Prozessführungsbefugnis, Postulationsfähigkeit; s.o.). Es ist davon auszugehen, dass diese Vorgaben von den Nebenintervenienten eingehalten wurden.

III. Vorliegen eines Interventionsgrundes

Die Nebenintervenienten müssen – auch wenn ihnen der Streit nach § 72 ZPO verkündet wurde – nach § 66 I ZPO ein rechtliches Interesse daran haben, dass die Bekl. in dem zwischen dem Kl. und der Bekl. anhängigen Rechtsstreit obsiegt.

1. Begriff des rechtlichen Interesses

„Der Begriff des rechtlichen Interesses in § 66 I ZPO ist allerdings weit auszulegen. Aus dem Erfordernis eines rechtlichen Interesses folgt jedoch, dass ein **rein wirtschaftliches oder tatsächliches Interesse** für die Zulässigkeit einer Nebenintervention **nicht ausreicht**. Der Begriff des rechtlichen Interesses erfordert vielmehr, dass der Nebenintervenient zu der unterstützten Partei oder dem Gegenstand des Rechtsstreits in einem Rechtsverhältnis steht, auf das die Entscheidung des Rechtsstreits durch ihren Inhalt oder ihre Vollstreckung **unmittelbar oder auch nur mittelbar rechtlich einwirkt**. Der bloße Wunsch der Nebenintervenienten, der Rechtsstreit möge zu Gunsten einer Partei entschieden werden, und die Erwartung, dass die damit befassten Gerichte auch in einem künftigen eigenen Rechtsstreit mit einer Partei an einem einmal eingenommenen Standpunkt festhalten und zu einer ihnen günstigen Entscheidung gelangen sollten, stellen lediglich Umstände dar, die ein **tatsächliches Interesse am Obsiegen einer Partei** zu erklären vermögen. Ein solches Interesse daran, dass eine rechtliche oder tatsächliche Frage auf eine bestimmte Weise beantwortet wird, genügt ebenso wenig wie der denkbare Umstand, dass in beiden Fällen **dieselben Ermittlungen** angestellt werden müssen oder über **gleichgelagerte Rechtsfragen** zu entscheiden ist (vgl. BGHZ 166, 18 Rn 7 = GRUR 2006, 438; NZG 2006, 545 Rn 12 = WM 2006, 1252, jew. m.w.N.).“ (BGH aaO)

2. Anwendung auf den Fall

Fraglich ist, ob der bloße Wunsch der Nebenintervenienten, der vorliegende Rechtsstreit möge zu Gunsten der Bekl. entschieden werden, und die damit verbundene Erwartung, dass die mit einer nachfolgenden Klage der Bekl. gegen sie auf Unterlassung der Verwendung inhaltsgleicher Klauseln befassten Gerichte gleichfalls den Standpunkt einnehmen, dass die in Rede stehenden Vertragsbedingungen nicht wegen einer Unvereinbarkeit mit wesentlichen Grundgedanken der gesetzlichen Regelungen der §§ 88ff. UrhG gem. § 307 I 1, II Nr. 1 BGB unwirksam sind, zur Annahme eines rechtlichen Interesses ausreicht.

„Allein die Möglichkeit, dass ein Urteil im Hauptprozess für nachfolgende Prozesse eine **faktische Prädenzwirkung** entfaltet und die befassten Gerichte sich an der Entscheidung im Hauptprozess orientieren, vermag ein **rechtliches Interesse** i.S. von § 66 I ZPO **nicht zu begründen** (a. A. Musielak/Weth, ZPO, 7. Aufl., § 66 Rn 7; Wieczorek/Schütze/Mansel, ZPO, 3. Aufl., § 66 Rn 6 m.w.N.). Das gilt auch im – hier gegebenen – Fall der Nebenintervention von „Parallelverwendern“ inhaltsgleicher Allgemeiner Geschäftsbedingungen (Lindacher, in: Wolf/Lindacher/Pfeiffer, AGB-Recht, 5. Aufl., § 5 UKlaG Rn 74; a.A. Hensen, in: Ulmer/Brandner/Hensen, AGB-Recht, 11. Aufl., § 5 UKlaG Rn 22; Staudinger/Schlosser, § 5 UKlaG Rn 3; vgl. auch Nowak-Over, GRUR-Prax 2010, 138).“ (BGH aaO)

Es besteht daher kein rechtliches, sondern nur ein tatsächliches Interesse der Nebenintervenienten am Obsiegen der Bekl., so dass kein rechtliches Interesse anzunehmen ist.

IV. Entbehrlichkeit eines Interventionsgrundes nach § 66 ZPO wegen Streitverkündung

Das Vorliegen eines gesondert festzustellenden rechtlichen Interesses an der Nebenintervention könnte aber entbehrlich sein, weil die Nebeninterventionen nach der Streitverkündung durch die Bekl. erfolgt sind. Möglicher Weise bedarf es in einer solchen Konstellation keines gesonderten rechtlichen Interesses für den Beitritt zum Rechtsstreit.

„Entgegen der Ansicht der Bekl. vermag **allein die Tatsache der Streitverkündung** nach § 72 I ZPO das nach § 66 I ZPO erforderliche **rechtliche Interesse nicht zu begründen** (Wieczorek/Schütze/Mansel, § 74 Rn 24ff.; Thomas/Putzo/Hübstege, ZPO, 31. Aufl., § 66 Rn 5; a.A. OLG Düsseldorf, OLG-Report 2008, 156 = BeckRS 2007, 19697; Stein/Jonas/Bork, ZPO, 22. Aufl., § 74 Rn 3; Schultes, in: MünchKomm-ZPO, 3. Aufl., § 74 Rn 3; Zöller/Vollkommer, ZPO, 28. Aufl., § 66 Rn 8). Dies ergibt sich bereits aus dem Regelungszusammenhang der maßgeblichen Bestimmungen. Tritt im Falle einer Streitverkündung der Dritte dem Streitverkünder bei, so bestimmt sich sein Verhältnis zu den Parteien **gem. § 74 I ZPO nach den Grundsätzen über die Nebenintervention**. Wird die Zurückweisung des Beitritts beantragt, setzt die Zulassung des Dritten daher nach § 71 I ZPO voraus, dass er sein **Interesse glaubhaft** macht. Aus dem Umstand, dass im Falle einer Streitverkündung und eines Beitritts des Dritten bei einem Antrag auf Zurückweisung des Beitritts zu prüfen ist, ob der Dritte ein Interesse an einem Beitritt glaubhaft gemacht hat, folgt, dass **allein die Tatsache der Streitverkündung ein rechtliches Interesse nicht zu begründen vermag**.“ (BGH aaO)

V. Ergebnis:

Die Nebeninterventionen sind durch Zwischenurteil für unzulässig zu erklären.

(BGH in GRUR 2011, 521; Hinweisbeschluss vom 24.03.2011 - I ZR 108/09)

1. Die **alternative Klagehäufung**, bei der der Kläger ein einheitliches Klagebegehren aus mehreren prozessualen Ansprüchen (Streitgegenständen) herleitet und dem Gericht die Auswahl überlässt, auf welchen Klagegrund es die Verurteilung stützt, **verstößt** gegen das **Gebot** des § 253 II Nr. 2 ZPO, den **Klagegrund bestimmt zu bezeichnen**.
2. Hat der Kläger mehrere Klagegründe alternative verfolgt, kann er die gebotene **Bestimmung der Reihenfolge**, in der er die prozessualen Ansprüche geltend machen will, noch **in der Berufungs- oder der Revisionsinstanz nachholen**.
3. Nimmt der Kläger die Bestimmung erst in der Revisionsinstanz vor, kann der auch im Prozessrecht geltende **Grundsatz von Treu und Glauben** den Kläger in der **Wahl** der Reihenfolge in der Weise **beschränken**, dass er zunächst die vom Berufungsgericht **behandelten Streitgegenstände** zur Entscheidung des Revisionsgerichts stellen muss.

Fall: Die Kl. hat ihre Ansprüche gegen die Bekl. wegen der beanstandeten Benutzung der Bezeichnung TÜV aus den drei Klagemarken und ihrem Unternehmenskennzeichen hergeleitet und eine Verletzung dieser Kennzeichen durch eine identische Verwendung (§ 14 II Nr. 1 MarkenG), durch Hervorrufen einer Verwechslungsgefahr (§§ 14 II Nr. 2, 15 II MarkenG) und durch eine Ausnutzung und Beeinträchtigung der Unterscheidungskraft und der Wertschätzung ihrer bekannten Kennzeichen (§§ 14 II Nr. 3, 15 III MarkenG) geltend gemacht. Eine Reihenfolge, in der die Prüfung erfolgen soll, hat sie nicht bestimmt. Ist die Klage zulässig?

Der Zulässigkeit könnte entgegenstehen, dass die Klage zu unbestimmt ist.

I. Vorliegen einer Klagehäufung

Es könnte eine Klagehäufung vorliegen. Dies ist der Fall, wenn die Kl. ihr Klagebegehren danach auf verschiedene Streitgegenstände gestützt.

1. Begriff des Streitgegenstandes

„Nach der **ständigen Rechtsprechung des BGH** wird der **Streitgegenstand** (der prozessuale Anspruch) durch den **Klageantrag**, in dem sich die vom Kl. in Anspruch genommene Rechtsfolge konkretisiert, **und** den **Lebenssachverhalt** (Klagegrund) bestimmt, aus dem der Kl. die begehrte Rechtsfolge herleitet (vgl. BGHZ 154, 342 [347f.] = GRUR 2003, 716 – Reinigungsarbeiten). Geht der Kl. aus einem Schutzrecht vor, wird der Gegenstand der Klage durch den **Antrag** und das **im Einzelnen bezeichnete Schutzrecht** festgelegt (BGH, GRUR 2001, 755 [756f.]; GRUR 2007, 1066 Rn 60; GRUR 2007, 1071 Rn 56; zum UrheberR: BGH, GRUR 2007, 691 Rn. 17). Zu erwägen ist auch, ob **mehrere Streitgegenstände** trotz gleichen Klagebegehrens nicht auch bei einem einzelnen Kennzeichenrecht vorliegen können. Werden aus einem Schutzrecht sowohl **Ansprüche wegen Verwechslungsschutzes** nach §§ 14 II Nr. 2, 15 II MarkenG als auch **wegen Bekanntheitsschutzes** nach §§ 14 II Nr. 3, 15 III MarkenG geltend gemacht, könnte es sich um zwei Streitgegenstände handeln, weil zur Begründung der Ansprüche **Lebenssachverhalte** vorgetragen werden müssen, die sich **grundlegend unterscheiden** (vgl. Büscher, in: Büscher/Dittmer/Schiwy, Gewerblicher Rechtsschutz, UrheberR, MedienR, 2. Aufl., § 14 MarkenG Rn 698).“ (BGH aaO)

2. Anwendung auf den Fall

„Im Streitfall liegen danach unterschiedliche Streitgegenstände jedenfalls insoweit vor, als die Kl. aus vier Klagezeichen vorgeht. Darüber hinaus kommen möglicherweise auch insoweit verschiedene Streitgegenstände in Betracht, als die Kl. einerseits Ansprüche wegen **Verwechslungsgefahr der Kollisionszeichen** (§§ 14 II Nr. 2, 15 II MarkenG) und andererseits wegen einer **Ausnutzung und Beeinträchtigung der Unterscheidungskraft** und der **Wertschätzung bekannter Kennzeichen** (§§ 14 II Nr. 3, § 15 III MarkenG) verfolgt. Die Frage kann derzeit aber offenbleiben.“ (BGH aaO)

Es liegt demnach eine Klagehäufung vor.

II. Bestimmung der Art der Klagehäufung

Fraglich ist, ob es sich bei den verschiedenen Streitgegenständen um eine kumulative oder eine alternative Klagehäufung handelt.

Bei einer kumulativen Klagehäufung wünscht der Kläger eine Entscheidung über sämtliche Streitgegenstände, bei der alternativen Klagehäufung soll über weitere Streitgegenstände nur entschieden werden, wenn die Klage bezüglich anderer Streitgegenstände abgewiesen würde, ohne dass eine Eventualklagehäufung vorliegt. Die Streitgegenstände sollen bei einer alternativen Klagehäufung gleichberechtigt nebeneinander stehen.

„Der Senat geht davon aus, dass die **verschiedenen Streitgegenstände** von der Kl. in den Vorinstanzen nicht kumulativ, sondern **alternativ geltend gemacht** worden sind. In der Revisionsinstanz kann die Kl. nicht mehr von der alternativen zur kumulativen Klagehäufung übergehen, weil darin eine Klageänderung liegt, die in der Revisionsinstanz nicht mehr möglich ist (vgl. BGHZ 170, 152 Rn 30 = NJW 2007, 909).“ (BGH aaO)

III. Zulässigkeit alternativer Klagehäufung ohne Bestimmung der Reihenfolge

In Rechtsprechung und Literatur ist umstritten, ob der Kl. ein **einheitliches Klagebegehren alternativ auf mehrere Streitgegenstände** stützen und dem Gericht die Auswahl des Klagegrundes überlassen kann.

1. Zulässigkeit einer alternativen Klagehäufung

„**Teilweise** wird angenommen, die alternative Klagehäufung sei zulässig. **Mehrere prozessuale Ansprüche** sollen danach unter der **auflösenden Bedingung** geltend gemacht werden können, dass **einem von ihnen stattgegeben** wird (OLG Nürnberg, GRUR-RR 2008, 55 – deutsche City-Post; OLG Köln, GRUR-RR 2010, 202 – Rores Sparbuch für Gewinner; Köhler, in: Köhler/Bornkamm, UWG, 29. Aufl., § 12 Rn 23a; Saenger, ZPO, 4. Aufl., § 260 Rn 15; Götz, GRUR 2008, 401 [407]; Bergmann, GRUR 2009, 224 [225]; v. Ungern-Sternberg, GRUR 2009, 1009 [1012]; Schwippert, in: Festschr.f. Loschelder, 2010, S. 345 [348ff.]). Nach dieser Ansicht muss das Gericht bei einer **alternativen Klagehäufung über sämtliche Streitgegenstände entscheiden**, wenn es die Klage ganz oder teilweise abweist. Dagegen kann es sich bei einer die Klage zusprechenden Entscheidung darauf beschränken, einen der Klagegründe, den es als durchgreifend erachtet, auszuwählen und die Entscheidung auf diesen Klagegrund zu stützen, der dementsprechend allein in Rechtskraft erwächst (vgl. OLG Hamm, NJW-RR 1992, 1279).“ (BGH aaO)

2. Unzulässigkeit einer alternativen Klagehäufung

„Nach **anderer Ansicht** soll die alternative Klagehäufung unzulässig sein (vgl. OLG München, OLG-Report 2003, 37; OLG-Report 2003, 179; OLG Hamm, BeckRS 2009, 25394; OLG Düsseldorf, BeckRS 2010, 9681; Musielak/Foerste, ZPO, 7. Aufl., § 260 Rn 7; Schwab, Der Streitgegenstand i. Zivilprozess, 1954, S. 90; Wieczorek/Schütze/Assmann, ZPO, 3. Aufl., § 260 Rn 24; Wieczorek/Schütze/Büscher, § 322 Rn 139; Zöller/Vollkommer, ZPO, 28. Aufl., Einl. Rn 74; Zöller/Greger, § 260 Rn 5; Berneke, WRP 2007, 579 [585f.]). Auch bei einem **einheitlichen Rechtsschutzbegehren** soll die alternativ auf verschiedene Klagegründe gestützte **Klage nicht hinreichend bestimmt** sein.“ (BGH aaO)

3. Änderung der Rechtsprechung durch den BGH

Der BGH hatte in der Vergangenheit die alternative Klagehäufung, bei der ein einheitliches Rechtsschutzbegehren auf verschiedene Klagegründe gestützt wird, nicht beanstandet (vgl. BGH, GRUR 2001, 453 [455] = NJW-RR 2001, 684 = WRP 2001, 400 – TCM-Zentrum; GRUR 2008, 258 = WRP 2008, 232 – INTERCONNECT/T-InterConnect; GRUR 2009, 766 = WRP 2009, 831 – Stofffähnchen; GRUR 2010, 642 – WM-Marken). Er ändert jedoch nunmehr seine Auffassung und schließt sich der Auffassung an, dass eine alternative Klagehäufung unzulässig ist.

a) Unabdingbarkeit der Bestimmung der Prüfungsreihenfolge für Bestimmtheit der Klage

„Nach **§ 253 II Nr. 2 ZPO** muss die Klageschrift neben einem **bestimmten Antrag** auch eine **bestimmte Angabe des Gegenstands und des Grundes** des erhobenen Anspruchs enthalten. Damit wird der Streitgegenstand abgegrenzt und werden die **Grenzen der Rechtshängigkeit und der Rechtskraft** festgelegt sowie Gegenstand und Umfang der Entscheidungsbefugnis des Gerichts (§ 308 I ZPO) bestimmt. Dies erfordert auch der Schutz des Bekl., für den **erkennbar** sein muss, **welche prozessualen Ansprüche** gegen ihn erhoben werden, um seine Rechtsverteidigung danach ausrichten zu können (vgl. BGHZ 154, 342 [349]). Eine **ordnungsgemäße Klageerhebung** erfordert eine **Individualisierung des Streitgegenstands** (BGH, NJW-RR 2005, 216). Der Kl. muss die **gebotene Bestimmung** des Streitgegenstands vornehmen und kann sie **nicht zur Disposition des Gerichts** stellen. Dazu gehört bei mehreren Streitgegenständen auch die Benennung der Reihenfolge, in der diese zur Überprüfung durch das Gericht gestellt werden.“ (BGH aaO)

Der BGH sieht es deshalb als unabdingbar an, dass bei einer Teilleistungsklage, mit der **mehrere selbstständige prozessuale Ansprüche** geltend gemacht werden, genau anzugeben ist, wie sich der eingeklagte Betrag auf die einzelnen Ansprüche verteilen soll und **in welcher Reihenfolge** diese Ansprüche **zur Entscheidung des Gerichts** gestellt werden sollen (vgl. BGH, NJW 2000, 3718 [3719]; NJW 2008, 3142 Rn 7). Der Kl. kann die Auswahl, über welche selbstständigen Ansprüche bis zur Höhe der eingeklagten Forderung entschieden werden soll, nicht dem Gericht überlassen (BGH, NJW 1984, 2346 [2347]).

„Nichts anderes hat bei der Verfolgung eines **einheitlichen Klagebegehrens** zu gelten, das aus **mehreren Schutzrechten** oder mehreren wettbewerbsrechtlichen Ansprüchen hergeleitet wird, sofern sie

verschiedene prozessuale Ansprüche (Streitgegenstände) bilden und nicht kumulativ verfolgt werden. In einem solchen Fall muss der Kl., um dem Bestimmtheitsgebot des § 253 II Nr. 2 ZPO zu genügen, die Reihenfolge bezeichnen, in der er die Streitgegenstände geltend machen will.“ (BGH aaO)

b) Unabdingbarkeit der Bestimmung der Prüfungsreihenfolge zur Festlegung der Reichweite des Verbots

„Für den Bekl. bleibt ansonsten bis zu einem Urteil bei einer alternativen Klagehäufung unklar, ob das Gericht die Verurteilung nur auf einen oder auf mehrere Streitgegenstände stützen wird. Die Frage, ob der Bekl. nur auf Grund eines Streitgegenstands oder auf Grund mehrerer Streitgegenstände verurteilt wird, ist für die Reichweite der Verurteilung aber von Bedeutung. Hat das Gericht etwa einen Verbotsausspruch auf mehrere Kennzeichenrechte der klagenden Partei gestützt – wie dies im Streitfall geschehen ist –, lässt das Erlöschen eines der Kennzeichenrechte den Verbotsausspruch unberührt. Dagegen kann der Bekl. mit der Vollstreckungsabwehrklage nach § 767 ZPO gegen einen Unterlassungstitel vorgehen, wenn die Verurteilung nur auf ein Kennzeichenrecht gestützt und dieses erloschen ist (vgl. BGH, NJW-RR 2010, 462).“ (BGH aaO)

Nichts anderes gilt, wenn das Klagebegehren auf das **Verbot einer bestimmten Werbung** gerichtet ist, die der Kl. alternativ unter mehreren Gesichtspunkten, die selbstständige prozessuale Ansprüche (Streitgegenstände) darstellen, als unlauter beanstandet.

*„Auch in einem solchen Fall entscheidet das Gericht mit der **Auswahl des Streitgegenstands** über die **Reichweite des Verbots**. Denn je nachdem, auf welchen Streitgegenstand das Gericht das Verbot der einheitlichen Werbung stützt, beurteilt sich, was der Bekl. an der beanstandeten Werbung ändern muss, um nicht gegen das ausgesprochene Verbot zu verstoßen. Mit dem Bestimmtheitserfordernis des § 253 II Nr. 2 ZPO ist aber nicht zu vereinbaren, dass die **Reichweite des Verbots der Wahl des Gerichts überlassen bleibt**.“ (BGH aaO)*

c) Unabdingbarkeit der Bestimmung der Prüfungsreihenfolge aus Gründen der Waffengleichheit

Auch der allgemeine Rechtsgedanke der „Waffengleichheit“ der Parteien im Prozess könnte gegen eine alternative Klagehäufung sprechen.

*„Die alternative Klagehäufung benachteiligt den Bekl. in seiner Rechtsverteidigung im Verhältnis zum Kl. Der **Bekl. muss sich**, will er nicht verurteilt werden, **gegen sämtliche** vom Kl. im Wege der alternativen Klagehäufung verfolgten prozessualen **Ansprüche** (Streitgegenstände) **zur Wehr** setzen. Dagegen kann der Kl. sein Klagebegehren auf eine **Vielzahl von prozessualen Ansprüchen** stützen, **ohne** dass für ihn damit ein **zusätzliches Prozesskostenrisiko** verbunden ist. Der Bekl. hat auch dann die gesamten Prozesskosten zu tragen, wenn der Kl. im Rahmen des einheitlichen Klagebegehrens nur mit einem aus einer Vielzahl alternativ zur Entscheidung gestellter Streitgegenstände durchdringt. In der Praxis führt dies bei einem Vorgehen aus Schutzrechten und bei der Verfolgung von Ansprüchen auf Grund wettbewerbsrechtlicher Tatbestände wegen des fehlenden zusätzlichen Prozesskostenrisikos zu einer **Häufung von Streitgegenständen** (vgl. etwa BGH, GRUR 2010, 642). Bestimmt der Kl. die Reihenfolge nicht, in der das Gericht die Prüfung der einzelnen Streitgegenstände vorzunehmen hat, **erschließt sich** dem Bekl. auch **nicht ohne Weiteres, gegen welchen aus einer Vielzahl von Streitgegenständen er seine Rechtsverteidigung in erster Linie richten muss**.“ (BGH aaO)*

III. Ergebnis

Die alternative Klagehäufung ist unzulässig. Die Kl. hat aber die Möglichkeit anzugeben, in welcher Reihenfolge die verschiedenen Streitgegenstände geprüft werden sollen.

„Eine entsprechende Klarstellung wäre bereits in der Klage geboten gewesen. Sie kann aber noch im Laufe des Verfahrens, und zwar auch noch in der Revisionsinstanz, nachgeholt werden (vgl. BGH NJW 1954, 757; ZJP 78 [1960] 463 [465]). Die klagende Partei ist grundsätzlich in der Bestimmung der Reihenfolge frei, in der sie die unterschiedlichen Streitgegenstände zur Überprüfung stellt. Eine Einschränkung in der Wahl der Reihenfolge kann sich aber in der Revisionsinstanz nach dem auch im Verfahrensrecht geltenden Gebot von Treu und Glauben ergeben (vgl. BVerfG NJW 2002, 2456; BGH NJW 1965, 1532; BGH NJW 1991, 1176).

Die Kl. kann danach daran gehindert sein, in der Revisionsinstanz ihre Ansprüche in erster Linie auf einen Streitgegenstand zu stützen, den das BerGer. bei der bislang unbeanstandet gebliebenen alternativen Klagehäufung seiner Verurteilung nicht zu Grunde gelegt hat. Denn wählt die Klagepartei in der Revisionsinstanz vorrangig einen Streitgegenstand aus, zu dem das BerGer. keine Feststellungen getroffen hat, weil die Partei dem BerGer. die Auswahl zwischen den Streitgegenständen überlassen hatte, macht dies eine Zurückverweisung der Sache an das BerGer. erforderlich, die vermieden werden kann, wenn die Kl. das Klagebegehren vorrangig aus einem Streitgegenstand herleitet, den das BerGer. seiner Verurteilung zu Grunde gelegt hat.“ (BGH aaO)

StPO
§ 243 III 1

Verlesung des Anklagesatzes erforderliche Tatschilderung

StPO

(BGH in NSTz 2011, 297 = NJW 2011, 1687; Beschluss vom 12.01.2011 – GGSt 1/10)

1. In Strafverfahren wegen einer **Vielzahl gleichförmiger Taten oder Tateinzelakte**, die durch eine **gleichartige Begehungsweise** gekennzeichnet sind, ist der **Anklagesatz i. S. des § 243 III 1 StPO ordnungsgemäß verlesen, wenn** dieser insoweit **wörtlich vorgelesen wird**, als in ihm die **gleichartige Tatausführung**, welche die Merkmale des jeweiligen Straftatbestands erfüllt, **beschrieben und die Gesamtzahl der Taten, der Tatzeitraum** sowie bei Vermögensdelikten der **Gesamtschaden bestimmt** sind.
2. Einer **Verlesung** der näheren individualisierenden tatsächlichen Umstände der **Einzel-taten oder der Einzelakte bedarf es** in diesem Fall **nicht**.

Fall: In der Anklage wurden den Angekl. insgesamt etwa 1.400 Einzeltaten bzw. Teilakte von Einzeltaten im Zusammenhang mit der betrügerischen Akquisition von Werbeanzeigen zur Last gelegt. Der Anklagesatz schildert nur den Aufbau einer im Wesentlichen von einem der Angekl. (K) gesteuerten Firmenstruktur sowie die generelle Begehungsweise der Taten. Aufgeteilt nach den verschiedenen Angekl. enthält der Anklagesatz Ausführungen zur „generellen Vorgehensweise bei den Betrugstaten“, zur Gesamtzahl der ihnen jeweils vorgeworfenen Taten und der ihnen jeweils zuzurechnenden Gesamtschäden. Außerdem ist der jeweilige (überwiegend mehrjährige) Zeitrahmen genannt, in dem die Taten begangen seien. Hinsichtlich sämtlicher anderer Einzelheiten ist unter der Überschrift „Einzeltaten und Schaden“ auf (insgesamt neun) so genannte „Anlagen zum wesentlichen Ermittlungsergebnis“ verwiesen, die diese Angaben in Tabellenform enthalten, wobei die einzelnen Anlagen teilweise aufeinander Bezug nehmen. In einer Anlage fehlen insgesamt vier Seiten mit konkretisierenden Angaben zu 52 Einzeltaten.

In der Hauptverhandlung wurde der Anklagesatz verlesen, eine beabsichtigte Einführung der Anlagen im Selbstleseverfahren (§ 249 II StPO) wurde nur teilweise durchgeführt. Es ist nicht festgestellt, dass die Richter von insgesamt sieben Anlagen Kenntnis genommen hätten (§ 249 III 2 StPO), hinsichtlich derer am ersten Hauptverhandlungstag das Selbstleseverfahren angeordnet worden war. Der Angekl. K wurde wegen Betrugs in zwei Fällen, der Angekl. M wegen Betrugs in 369 Fällen verurteilt. Ausweislich der Urteilsgründe, die über insgesamt mehr als 100 Seiten Tabellen enthalten, die den als Teil der Anklage vorgelegten Tabellen im Wesentlichen entsprechen, haben sie die objektiven Tatumstände ganz überwiegend eingeräumt. Mit ihren identischen Verfahrensrügen machen sie geltend, dass durch den allein verlesenen Anklagesatz (§ 243 III 1 StPO) die Verfahrensbeteiligten und die Öffentlichkeit mangels Konkretisierung nicht hinlänglich über den Verfahrensgegenstand informiert worden seien. Dieser Mangel sei hinsichtlich der Verfahrensbeteiligten, etwa der Schöffen, auch nicht durch ein ordnungsgemäßes Selbstleseverfahren kompensiert worden.

- I. **§ 243 III 1 StPO** schreibt vor, dass in der Hauptverhandlung vor der Mitteilung über Erörterungen der Möglichkeit einer Verständigung (§ 243 IV StPO), der Belehrung des Angeklagten über sein Schweigerecht (§ 243 V 1 StPO) und dessen Vernehmung zur Sache (§ 243 V 2 StPO) der Staatsanwalt den Anklagesatz zu verlesen hat.

Diese Regelung verweist auf die **Legaldefinition des § 200 I 1 StPO**, wonach **Anklagesatz der Teil der Anklageschrift ist**, in welcher der Angeschuldigte, die ihm zur Last gelegte Tat, Zeit und Ort ihrer Begehung sowie die gesetzlichen Merkmale der Straftat und die anzuwendenden Strafvorschriften zu bezeichnen sind.

- II. Nach **forensischer Erfahrung** besteht vor allem in Verfahren, in denen massenweise und gleichförmig begangene Delikte angeklagt sind, das **praktische Bedürfnis**, die **Hauptverhandlung von der zeitaufwändigen Verlesung** von Details der einzelnen Taten **zu entlasten**.

so auch BGH BeckRS 2009, 88682; Wilhelm NSTz 2007, 358; vgl. auch die Fallschilderung von Müller NJW 2009, 3745 sowie Leipold/Beukelmann NJW-Spezial 2010, 249

*„Dies hängt im vorrangig – aber nicht ausschließlich – betroffenen Bereich der Wirtschaftskriminalität mit der zunehmenden **Verfolgungsdichte** und mit **neuen Kriminalitätsformen** zusammen. Auch wenn der Staatsanwalt, der stets gehalten ist, die Anklageschrift klar, übersichtlich und verständlich abzufassen (vgl. Nr. 110 I RiStBV), die Aufnahme von **Einzelheiten in den zu verlesenden Anklagesatz auf das Nötigste zu beschränken hat**, hat die genannte Entwicklung dazu geführt, dass in einer zunehmenden Zahl von Einzelfällen zur **Konkretisierung** der Geschädigten, des Tatorts, der Tatobjekte oder des jeweils konkreten Einzelschadens umfangreiche Details in den Anklagesatz aufzunehmen sind. Die nach dem bisherigen Verständnis von § 243 III 1 i. V. mit § 200 I 1 StPO auch in solchen Fällen stets erforderliche Verlesung der Darstellung sämtlicher angeklagter Einzelfälle oder Teilakte kann dann viele Stunden oder sogar mehrere Tage lang dauern. Hierdurch werden die*

Ressourcen der Justiz sowie aller anderen Verfahrensbeteiligten erheblich belastet, ohne dass dem ein erkennbarer Informationsgewinn gegenübersteht.“ (BGH aaO)

- III. Dem praktischen Problem kann nicht in allen Fällen durch Beschränkung des Verfahrensstoffs begegnet werden. Ebenso wenig können die Regelungen über das Selbstleseverfahren auf den Anklagesatz übertragen werden. Auch eine **einschränkende Auslegung des § 200 I 1 StPO** kommt nicht in Betracht.

1. **Verfahrensbeschränkungen nach §§ 154, 154a StPO** sind nicht generell geeignet, diesem praktischen Problem entgegenzuwirken.

„Eine Beschränkung des Verfahrensstoffs gem. §§ 154, 154 a StPO bei umfangreichen Tatserien würde nur dann zu einer Beschränkung des zu verlesenden Anklagesatzes führen, wenn sie bereits von der StA vorgenommen würde (§§ 154 I, 154a I StPO); eine Einstellung durch das Gericht ist erst nach Anklageerhebung möglich (§§ 154 II, 154a II StPO) und erfolgt nach aller Erfahrung regelmäßig erst nach Verlesung des Anklagesatzes in der Hauptverhandlung. Auch würde eine Verfahrensbeschränkung erheblichen Umfangs, selbst wenn sie schon vor Anklageerhebung erfolgte, **dem Unrechtsgehalt namentlich solcher Tatserien nicht gerecht**, bei welchen die einzelnen Schäden gering sind, der Gesamtschaden hingegen hoch ist.“ (BGH aaO)

2. Die Regelungen über das Selbstleseverfahren sind auf die Verlesung des Anklagesatzes nicht übertragbar.

„Die Anklage ist Grundlage der Hauptverhandlung; die Anklageschrift selbst kann daher nicht Gegenstand der Beweiserhebung in der Hauptverhandlung sein. I. Ü. ist die Einführung des Inhalts der Anklageschrift in die Hauptverhandlung in § 243 III 1 StPO abschließend geregelt; die **Verlesung des Anklagesatzes ist nicht Teil der Beweisaufnahme, sondern muss dieser vorausgehen**.“ (BGH aaO)

3. Ebenso wenig lässt sich die aufgezeigte Problematik durch eine Herabsetzung der Anforderungen an den Anklagesatz im Wege einer **einschränkenden Auslegung des § 200 I 1 StPO** lösen.

„Nach Ansicht des Großen Senats für Strafsachen ist eine einengende Auslegung des § 200 I 1 StPO in Bezug auf die Individualisierung der Taten im Ergebnis ausgeschlossen. Sie könnte zwar, ohne dass dem der erkennbare **Wille des Gesetzgebers** entgegenstünde, an die **frühere Rspr. zur notwendigen Konkretisierung der sog. fortgesetzten Tat** anknüpfen. Hier hat der BGH bei ausreichender Konkretisierung des Gesamt-Lebenssachverhalts eine Darstellung der Einzelakte in der Anklage für nicht erforderlich gehalten (vgl. etwa BGH NSTz 1985, 420).

Der **Tatbegriff des § 200 I 1 StPO** entspricht indes demjenigen des § 264 I StPO. Er umfasst daher alle individualisierenden Merkmale der vorgeworfenen Tat, die erforderlich sind, um diese zur Erfüllung der Umgrenzungsfunktion der Anklage von anderen Lebenssachverhalten abzugrenzen. Diese individualisierenden Merkmale können daher auch in den hier in Rede stehenden Fällen aus der Umschreibung der angeklagten Taten und damit aus dem Anklagesatz nicht ausgeklammert werden. Ansonsten bestünde die **Gefahr einer Veränderung des Tatbegriffs**, deren Auswirkungen schwer zu übersehen wären. Gerade die auf Grund unzureichender Konkretisierung des Tatumfanges auftretenden Probleme etwa bei den Fragen der Verjährung oder des Strafklageverbrauchs waren Gründe, welche den Großen Senat für Strafsachen zur Aufgabe der Rechtsfigur der fortgesetzten Handlung bewogen haben (vgl. BGHSt 40, 138 = NJW 1994, 1663 = NSTz 1994, 383).

Für eine Herabsetzung der Anforderungen an die Individualisierung lässt sich auch die Rspr. nicht fruchtbar machen, die Einschränkungen bei der Konkretisierung von Einzeltaten zulässt, wenn anders die Verfolgung und Aburteilung strafwürdiger Taten nicht möglich wäre. Dies ist als Ausnahme auf Fälle beschränkt worden, in denen typischerweise bei einer Serie gleichartiger Handlungen einzelne Taten etwa wegen Zeitablaufs oder wegen Besonderheiten in der Beweislage nicht mehr genau voneinander unterschieden werden können (vgl. BGH NSTz 1999, 42; BGHSt 40, 44 = NJW 1994, 2556 = NSTz 1994, 350). Diese Voraussetzungen liegen aber in den vom Vorlagebeschluss genannten Fällen serienmäßiger, in allen Einzelheiten feststellbarer Wirtschaftsstraftaten nicht vor. In Fällen zwingender Rechtsfolgeentscheidungen etwa gem. § 73 I 2 StGB, die gerade im Bereich des Vermögensstrafrechts häufig sind, könnte überdies auf eine Individualisierung von Einzelschäden schon aus materiell-rechtlichen Gründen nicht verzichtet werden.“ (BGH aaO)

- IV. Daraus, dass danach der Anklagesatz die Einzeltaten auch in Fällen der in Rede stehenden Art so beschreiben muss, dass sie sich von anderen nach der Begehungsweise gleichartigen Taten der Tatserie abgrenzen lassen, folgt indes nicht, dass die **zur Individualisierung erforderlichen Details** notwendigerweise auch bei der Verlesung der Anklage zu Beginn der Hauptverhandlung **wiedergegeben** werden müssten.

1. Allerdings kann der **Begriff des Anklagesatzes** in § 243 III 1 StPO nicht in anderem Sinne verstanden werden als in § 200 I 1 StPO, der ihn gesetzlich definiert. Die **Mög-**

lichkeit einer Beschränkung ergibt sich aber aus dem Begriff des „Verlesens“ i. S. des § 243 III 1 StPO.

Dieser ist dahin zu interpretieren, dass es bei Anklagen wegen einer Vielzahl gleichförmiger Taten oder gleichförmiger Tateinzelakten genügt, wenn der Anklagesatz nur insoweit wörtlich vorgelesen wird, als in ihm die gleichartige Tatausführung, welche die Merkmale des jeweiligen Straftatbestands erfüllt, beschrieben und die Gesamtzahl der Taten, der Tatzeitraum sowie bei Vermögensdelikten der Gesamtschaden dargestellt sind. Einer Verlesung der näheren individualisierenden Umstände der Einzeltaten oder Tateinzelakte bedarf es in diesen Fällen nicht, da die Hauptverhandlung durch sie ohne erkennbaren verfahrensrechtlichen Gewinn belastet würde.

2. Diese Auslegung ist nach **Sinn und Zweck der Vorschrift** im Wege **teleologischer Reduktion** des Begriffs der Verlesung geboten.

„Gemessen an der Funktion, die der Verlesung des Anklagesatzes in der Hauptverhandlung zukommt, ist es ausreichend, den Anklagesatz in der Hauptverhandlung den Verfahrensbeteiligten und der Öffentlichkeit so zu präsentieren, dass die zur Aburteilung stehenden Lebenssachverhalte in ihrem wesentlichen tatsächlichen Kern verständlich werden und somit der Gang der Hauptverhandlung nachvollzogen werden kann. Hierfür ist die Mitteilung aller Einzeltaten zumindest dann nicht geeignet und erforderlich, wenn deren Details schon auf Grund der Menge an Information intellektuell nicht aufgenommen und im Gedächtnis gespeichert werden können.“ (BGH aaO)

- a) Die dem Anklagesatz zukommende **Umgrenzungsfunktion** ist durch eine solche Auslegung nicht betroffen, denn diese Funktion der Anklage bleibt vom Umfang des in der Hauptverhandlung zu verlesenden Anklagesatzes unberührt.

Die vom Großen Senat für Strafsachen in der Entscheidung zur fortgesetzten Tat hervorgehobene Pflicht des Staatsanwalts, in der Anklageschrift die Anklagevorwürfe nicht nur pauschalierend und ungenau darzustellen, sondern sämtliche Vorwürfe exakt zu beschreiben und zu konkretisieren (vgl. BGHSt 40, 138 = NJW 1994, 1663 = NStZ 1994, 383), ändert sich durch eine Einschränkung des zu verlesenden Teils der Anklage nicht.

- b) Auch die vom Großen Senat für Strafsachen in der vorgenannten Entscheidung angesprochene Gefahr, dass die „Verteidigung des Angeschuldigten durch vage, unbestimmte Vorwürfe“ beeinträchtigt werde (vgl. BGHSt 40, 138 = NJW 1994, 1663 = NStZ 1994, 383), steht der **einschränkenden Auslegung des Verlesungsbegriffs** nicht entgegen.

*„Ihrer Informationsfunktion gegenüber dem Angekl. (und seinem Verteidiger) genügt die Anklageschrift, wenn sie über die Einzelheiten des Anklagevorwurfs unterrichtet, so dass Gelegenheit besteht, das Prozessverhalten hierauf einzustellen (vgl. BGHSt 40, 44 = NJW 1994, 2556 = NStZ 1994, 350). Diese Funktion entfaltet die Anklageschrift im Wesentlichen dadurch, dass sie vollumfänglich (also nicht nur ihr zu verlesender Teil) dem Angesch. und seinem Verteidiger alsbald nach Eingang durch den Vorsitzenden des Gerichts mitzuteilen ist (§ 201 I 1 StPO). Damit werden der Angesch. und sein Verteidiger so früh wie möglich **umfassend und zuverlässig unterrichtet**, um eine **sachgerechte Verteidigung** gegenüber dem Gericht bereits vor der Entscheidung über die Eröffnung des Hauptverfahrens zu **ermöglichen**. Durch die Verlesung des gesamten Anklagesatzes in der Hauptverhandlung unter Einschluss aller die Einzelheiten einer Tatserie konkretisierenden Umstände werden die Möglichkeiten einer sachgerechten Verteidigung nicht erweitert. Die Verlesung des Anklagesatzes in der Hauptverhandlung soll zwar dem Angekl. nochmals die gegen ihn erhobenen Vorwürfe verdeutlichen. Hierfür genügt jedoch eine Verlesung, die sich auf den Kern, nicht aber auch auf alle Details der Vorwürfe bezieht. Eine daraus resultierende Beschränkung von Verteidigungsmöglichkeiten ist nicht erkennbar.“* (BGH aaO)

- c) Die eingeschränkte Verlesung des Anklagesatzes in der Hauptverhandlung behindert auch die **Schöffen** bei der **Wahrnehmung ihres Amtes** nicht.

*„Sie sollen durch die Verlesung mit dem Verhandlungsgegenstand und den Grenzen, innerhalb derer sich die Urteilsfindung zu bewegen hat, so bekannt gemacht werden, dass sie dieses Amt ausüben können. Auch deshalb ist die Anklage verständlich und erfassbar zu gestalten (vgl. auch Nr. 110 I RiStBV, im Ansatz ebenso Britz, in: Festschr. f. Müller, 2008, S. 107, der zutreffend von der „Hörverständlichkeit“ des zu verlesenden Anklagesatzes spricht). Verständlichkeit und Erfassbarkeit des Inhaltes sind bei Tabellenwerken oder sonstigen Details über zahlreiche – gelegentlich hunderte – Seiten, die über viele Stunden oder Tage verlesen werden müssten, aber gerade nicht gegeben (vgl. bereits BGH NJW 1987, 1209 = NStZ 1987, 181 = StV 1988, 282). Die Schöffen werden durch eine **konzentrierte und gruppierte Darstellung der wesentlichen Sachverhalte** weitaus besser informiert als*

durch die langatmige Verlesung eines etwa nur chronologisch geordneten Sachverhalts mit einer unüberschaubaren und daher nicht einprägbaren Menge von Einzeldetails. Nach aller forensischer Erfahrung ist eine solche Verlesung nicht nur für die **gedankliche Erfassung des Anklagevorwurfs** nutzlos; sie führt darüber hinaus sogar zu einer **Ermüdung, die die Aufmerksamkeit für das einer solchen Verlesung nachfolgende Verfahrensgeschehen beeinträchtigen kann**.

Außerdem bewirkt eine Begrenzung der Verlesung des Anklagesatzes auch deshalb keinen bedeutenden Erkenntnisverlust, weil sämtliche für das Urteil wesentlichen Einzelheiten Gegenstand der Beweisaufnahme sein müssen. Allein hierauf beruht die für die Urteilsfindung erforderliche Information. Das Verständnis der Hauptverhandlung und die Möglichkeit, sich hieran – etwa durch Fragen – zu beteiligen, werden aber durch eine nur eingeschränkte Verlesung nicht beeinträchtigt. Der Urteilsfindung werden ohnehin Informationen nicht deshalb zu Grunde gelegt, weil sie im verlesenen Anklagesatz enthalten waren. Entscheidend ist allein der Inbegriff der Hauptverhandlung (§ 261 StPO). Die Begrenzung des Umfangs des zu verlesenden Anklagesatzes führt jedoch nicht zu einer Einschränkung des notwendigen Umfangs der Hauptverhandlung, insbes. nicht zu Einschränkungen des Umfangs der Beweisaufnahme.

Unabhängig von der Information durch die Beweisaufnahme kann Schöffen die Ausübung ihres Amtes dadurch erleichtert werden, dass ihnen der gesamte Anklagesatz ausgehändigt wird. Die Aushändigung des Anklagesatzes an die Schöffen widerspricht nicht den **Grundsätzen eines fairen Verfahrens** (EGMR NJW 2009, 2871) und ist auch sonst nicht zu beanstanden (BGHSt 43, 36 = NJW 1997, 1792 = NSTZ 1997, 506; BGH; vgl. auch Krehl NSTZ 2008, 525; Häger, in: Gedächtnisschr. f. Karlheinz Meyer, 1990, S. 171; Schneider, KK-StPO, 6. Aufl., § 243 Rn 21; Meyer-Goßner, StPO, 53. Aufl., § 243 Rn 13).“ (BGH aaO)

- d) Auch die gebotene **Information der Öffentlichkeit** durch die Verlesung des Anklagesatzes wird durch die aufgezeigte Begrenzung des Umfangs der Verlesung im Ergebnis **nicht eingeschränkt**.

„Die Verlesung des Anklagesatzes soll der Öffentlichkeit eine **effektive Kontrolle des Verfahrensgangs ermöglichen** (vgl. insow. BGHSt 27, 13 = NJW 1977, 157), ihr Informationsinteresse erfüllen (Löwe/Rosenberg, StPO, 26. Aufl., Vorb. § 169 GVG Rn 4) und auch spezial- und generalpräventiven Zwecken dienen (vgl. Diemer, KK-StPO, § 169 GVG Rn 2). Zur Erreichung dieser Zwecke ist aber eine langwierige und ggf. **ermüdende Verlesung detaillierter Tabellen oder sonstiger Einzelheiten nicht erforderlich**; sie ist vielmehr geradezu abträglich. Jedenfalls wird keiner dieser Zwecke durch eine solche Verlesung gefördert.

Soweit einzelne Mitglieder der zur Teilnahme am Strafprozess berechtigten Öffentlichkeit ein berechtigtes Interesse an der Information über die näheren individualisierenden tatsächlichen Umstände der Einzeltaten oder der Einzelakte haben können, wird dem ohnehin nicht durch die Verlesung des Anklagesatzes in der Hauptverhandlung, sondern durch den Anspruch auf Akteneinsicht gem. §§ 406e, 475 ff. StPO Rechnung getragen.“ (BGH aaO)

3. Der **Wortlaut des Gesetzes** steht dieser maßgeblich an Sinn und Zweck der Vorschrift orientierten Auslegung nicht entgegen.

- a) Das Gesetz verwendet für die Bekanntgabe eines geschriebenen Textes durch lautes Lesen sowohl den Begriff „Vorlesen“ als auch den Begriff „Verlesen“.

„Der Begriff „Vorlesen“ wird i. d. R. dann gebraucht, wenn die **Bekanntgabe gegenüber einer bestimmten Person** wegen bei ihr vorhandener Einschränkungen in dieser Weise **erfolgen soll** (vgl. auch Duden, Das große Wörterbuch der deutsche Sprache, 3. Aufl. 1999, Bd. 10, S. 4373), z. B. bei Inhaftierung (§ 35 III StPO; vgl. auch BGH BeckRS 2011, 1682 bei Analphabetismus), oder wenn das Vorlesen eines Protokolls zur Genehmigung an die Stelle der ebenfalls möglichen Vorlage des Protokolls tritt (§ 168a III 1 StPO). Dies macht ohne Weiteres deutlich, dass eine Urkunde regelmäßig **uningeschränkt in ihrem vollen Wortlaut „vorzulesen“ ist**.“ (BGH aaO)

- b) Unter **Verlesen** versteht man dagegen, dass „etwas Amtliches, was der Öffentlichkeit zur Kenntnis gebracht werden soll, durch Lesen bekannt“ gemacht wird (vgl. Duden, Bd. 9, S. 4246).

„Diesem Begriff wohnt die **Möglichkeit einer funktionalen Beschränkung** inne; entscheidend ist, dass verlesen wird, was nicht zur individuellen, sondern zur allgemeinen Kenntnis zu bringen ist. Dementsprechend gebietet § 249 I StPO, wonach Urkunden und sonstige Schriftstücke zu verlesen sind, nicht notwendig, dass die Urkunden oder die Schriftstücke ausnahmslos in vollem Wortlaut zu verlesen sind (BGH GA 1960, 277). Vielmehr sind nur die für die Entscheidung bedeutsamen Teile zu verlesen (BGHSt 11, 29).“ (BGH aaO)

Anerkannt ist auch, dass es ausreicht, eine repräsentative Auswahl der Urkunden zu verlesen, wenn eine Vielzahl gleichartiger Urkunden zu verlesen wäre (Meyer-Goßner, § 249 Rn 15; Löwe/Rosenberg, § 249 Rn 39 m. w. Nachw.).

- c) Es ist auch nicht ersichtlich, dass einer solchen Auslegung der **Wille des Gesetzgebers** entgegenstünde.

*„§ 243 III 1 StPO und § 200 I 1 StPO in ihrer heutigen Fassung gehen zurück auf das Gesetz zur Änderung der StPO und des GVG vom 19.12.1964 (BGBl I, 1067). § 243 III 1 StPO ersetzt die zuvor erforderliche Verlesung des Eröffnungsbeschlusses durch die Verlesung des „Anklagesatzes“. Dieser Begriff wurde in dem ebenfalls neu gefassten § 200 I 1 StPO definiert (Legaldefinition). Es gibt keine objektiven, in der Gesetzesvorschrift zum Ausdruck gebrachten (vgl. insoweit BVerfGE 11, 126 = NJW 1960, 1563) Anhaltspunkte dafür, dass es der Gesetzgeber von 1964 für erforderlich erachtete, bei Tatserien alle Details der Einzeltaten in den – dann in der Hauptverhandlung zu verlesenden – Anklagesatz aufzunehmen. Die **Gesetzesmaterialien** verhalten sich hierzu nicht (vgl. BR-Dr 180/60, S. 37).“ (BGH aaO)*

Fortsetzungsfeststellungsinteresse
Voraussetzungen bei versammlungsrechtlichen Streitigkeiten

(BVerfG in NVwZ-RR 2011, 405; Beschluss vom 08.02.2011 – 1 BvR 1946/06)

1. Art. 19 IV 1 GG garantiert den Rechtsweg nicht nur bei aktuell anhaltenden, sondern **auch bei in der Vergangenheit erfolgten Rechtsverletzungen**, wenn ein darauf bezogenes Rechtsschutzbedürfnis besteht.
2. Ein solches Interesse besteht, wenn die **Gefahr einer Wiederholung** des Eingriffs besteht oder wenn aus **Gründen der Rehabilitierung** ein rechtlich **anerkanntenswertes Interesse** an der Klärung der Rechtmäßigkeit angenommen werden kann
3. Das Erfordernis der **Wiederholungsgefahr** setzt zum einen die **Möglichkeit einer erneuten Durchführung** einer vergleichbaren Versammlung durch den Betroffenen voraus, zum anderen, dass die Behörde voraussichtlich **an ihrer Rechtsauffassung festhalten** wird
4. Für die Bejahung des Feststellungsinteresses kann **nicht verlangt** werden, dass die möglichen weiteren Versammlungen **unter gleichen Umständen**, mit einem **identischen Motto** und am **selben Ort** durchgeführt werden.
5. Jedoch sind Anhaltspunkte dafür zu fordern, dass die Behörde das **Verbot** solcher weiteren Versammlungen oder die **Beschränkung** ihrer Durchführung voraussichtlich **wieder mit den gleichen Gründen rechtfertigen** wird

Fall: Die Verfassungsbeschwerde richtet sich gegen die Abweisung einer Fortsetzungsfeststellungsklage durch das VG Hamburg und die Ablehnung des dagegen gerichteten Antrags auf Zulassung der Berufung durch das OVG Hamburg.

Der Rechtsstreit betraf eine versammlungsrechtliche Auflage, die jegliche Musikdarbietungen durch Musikgruppen im Rahmen einer vom Bf. angemeldeten Versammlung untersagte. Nachdem ein für den 22.05.2004 vorgesehenes Konzert der Musikrichtung „Rechtsrock“ in H. untersagt worden war, meldete der Bf. als Versammlungsleiter für den Fall, dass das Konzert nicht stattfinden könne, für den 22.05.2004 von 18 bis 22 Uhr bei der Behörde für Inneres der Freien und Hansestadt H. eine Demonstration zu dem Thema „Musikfreiheit ist Meinungsfreiheit“ mit dreihundert bis fünfhundert Teilnehmern an. Als integraler Bestandteil der Demonstration wurde der Auftritt der Musikgruppen „G.“ aus Italien und „S.“ aus Großbritannien angekündigt. In ihrer mit Auflagen versehenen Anmeldebestätigung vom 21.05.2004 untersagte die Behörde für Inneres musikalische Darbietungen jeglicher Art durch Musikgruppen und ordnete die sofortige Vollziehung an.

Dagegen erhob der Bf. Widerspruch und beantragte beim VG die Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung. Mit Beschluss vom 22.05.2004 stellte das VG die aufschiebende Wirkung des Widerspruchs mit der Maßgabe wieder her, dass auf der Versammlung die Texte „I...“, „J...“, „V...“, „S...“ und „F...“ nicht dargeboten werden durften. Nachdem die Freie und Hansestadt H. gegen diesen Beschluss Beschwerde zum OVG eingelegt hatte, teilte der Bf. dem Führungs- und Lagedienst der Polizei H. und dem OVG mit, dass geringeres Interesse an der Veranstaltung bestehe, als zum Zeitpunkt ihrer Anmeldung erwartet. Die Absicht, die Demonstration durchzuführen, bestehe nicht mehr. Mit Schreiben vom 23.05.2004 erhob der Bf. beim VG Fortsetzungsfeststellungsklage mit dem Antrag festzustellen, dass die Auflage, mit der ihm musikalische Darbietungen jeglicher Art durch Musikgruppen untersagt worden seien, rechtswidrig gewesen sei. Zur Begründung trug er im Wesentlichen vor, es bestehe Wiederholungsgefahr, weil das VG die aufschiebende Wirkung nur teilweise wiederhergestellt und die Freie und Hansestadt H. zudem dagegen Beschwerde eingelegt habe. Außerdem habe er ein Rehabilitationsinteresse.

Mit Urteil vom 14.10.2004 wies das VG die Klage mangels Feststellungsinteresses ab. Wiederholungsgefahr bestehe schon deshalb nicht, weil die Freie und Hansestadt H. zugestanden habe, dass die Auflage nicht frei von Rechtsfehlern, insbesondere nicht hinreichend bestimmt gewesen sei. Es sei deshalb nicht zu erwarten, dass in einer vergleichbaren Situation wieder eine Auflage dieses Inhalts gemacht werde. Wie eine rechtmäßige Auflage auszusehen habe, sei nicht Gegenstand des Verfahrens. Auch ein Rehabilitationsinteresse bestehe nicht. Mit Beschluss vom 28.06.2006 lehnte das OVG den Berufungszulassungsantrag des Bf. ab. Mit der Verfassungsbeschwerde macht der Bf. geltend, das Urteil des VG und der Beschluss des OVG verletzen ihn in seinem Grundrecht aus Art. 19 IV GG. Zu Recht?

I. Begriff des effektiven Rechtsschutzes

Art. 19 IV 1 GG enthält ein Grundrecht auf effektiven und möglichst lückenlosen Rechtsschutz gegen Akte der öffentlichen Gewalt.

„Die in Art. 19 IV 1 GG verbürgte Effektivität des Rechtsschutzes wird in erster Linie von den Prozessordnungen gesichert, die wie mit der vom Bf. in entsprechender Anwendung von § 113 I 4 VwGO erhobenen Fortsetzungsfeststellungsklage Vorkehrungen dafür treffen, dass der Einzelne seine Rechte auch tatsächlich wirksam

durchsetzen kann und die **Folgen staatlicher Eingriffe im Regelfall nicht ohne die Möglichkeit fachgerichtlicher Prüfung zu tragen** hat (vgl. BVerfGE 96, 27 [39] = NJW 1997, 2163; BVerfGE 110, 77 [85] = NJW 2004, 2510 = NVwZ 2004, 1484 L). Die Zulässigkeit eines Rechtsschutzbegehrens ist dabei allerdings vom Vorliegen eines **schutzwürdigen Interesses** bei der Verfolgung eines subjektiven Rechts abhängig. Damit der Rechtsschutz nicht unzumutbar beschränkt wird, dürfen aber an ein solches Rechtsschutzbedürfnis **keine aus Sachgründen nicht zu rechtfertigenden Anforderungen** gestellt werden (vgl. BVerfGE 78, 88 [99] = NVwZ 1988, 718; BVerfGE 110, 77 [85] = NJW 2004, 2510 = NVwZ 2004, 1484 L).“ (BVerfG aaO)

II. effektiver Rechtsschutz auch bei Rechtsverletzungen in der Vergangenheit

„Art. 19 IV 1 GG garantiert den Rechtsweg nicht nur bei aktuell anhaltenden, sondern **auch bei in der Vergangenheit erfolgten Rechtsverletzungen**, wenn ein darauf bezogenes Rechtsschutzbedürfnis besteht (vgl. BVerfGE 104, 220 [232 f.] = NJW 2002, 2456; BVerfGE 110, 77 [85] = NJW 2004, 2510). Darüber hinaus gewährt Art. 19 IV 1 GG nach Maßgabe der Sachentscheidungsvoraussetzungen auch einen Anspruch auf Rechtsschutz in einem Hauptsache- und nicht nur in einem Eilverfahren (vgl. BVerfGE 110, 77 [86] = NJW 2004, 2510 = NVwZ 2004, 1484 L).“ (BVerfG aaO)

III. Besonderheit beim Versammlungsrecht

In versammlungsrechtlichen Verfahren sind die Anforderungen, die bei einer insoweit als Hauptsacherechtsbehelf in Betracht kommenden Fortsetzungsfeststellungsklage für die Beurteilung des Rechtsschutzinteresses gelten, unter Berücksichtigung der Besonderheiten der Versammlungsfreiheit anzuwenden.

„Zwar begründet nicht jeder Eingriff in die Versammlungsfreiheit ein Fortsetzungsfeststellungsinteresse. Ein solches Interesse besteht aber dann, wenn die **Gefahr einer Wiederholung** des Eingriffs besteht oder wenn aus **Gründen der Rehabilitierung ein rechtlich anerkanntes Interesse** an der Klärung der Rechtmäßigkeit angenommen werden kann (vgl. BVerfGE 110, 77 [89] = NJW 2004, 2510 = NVwZ 2004, 1484 L). Stets anzunehmen ist ein Fortsetzungsfeststellungsinteresse bei Vorliegen einer Wiederholungsgefahr (vgl. BVerfGE 110, 77 [90] = NJW 2004, 2510 = NVwZ 2004, 1484 L).“

Das Erfordernis der **Wiederholungsgefahr** setzt dabei zum einen die **Möglichkeit einer erneuten Durchführung** einer vergleichbaren Versammlung durch den Betroffenen voraus, zum anderen, dass die Behörde voraussichtlich **an ihrer Rechtsauffassung festhalten** wird (vgl. BVerfGE 110, 77 [90] = NJW 2004, 2510 = NVwZ 2004, 1484 L).

Dabei reicht es aus, dass der **Wille** des Betroffenen **erkennbar** ist, **in Zukunft Versammlungen abzuhalten**, die ihrer Art nach zu den gleichen Rechtsproblemen und damit der gleichen Beurteilung ihrer Rechtmäßigkeit führen können. Angesichts des verfassungsrechtlich geschützten Rechts des Veranstalters, über das Ziel sowie die Art und Weise der Durchführung einer Versammlung selbst zu bestimmen, darf für die Bejahung des Feststellungsinteresses **nicht verlangt** werden, dass die möglichen weiteren Versammlungen **unter gleichen Umständen**, mit einem **identischen Motto** und am **selben Ort** durchgeführt werden (vgl. BVerfGE 110, 77 [90 f.] = NJW 2004, 2510 = NVwZ 2004, 1484 L). Jedoch sind Anhaltspunkte dafür zu fordern, dass die Behörde das **Verbot** solcher weiteren Versammlungen oder die **Beschränkung** ihrer Durchführung voraussichtlich **wieder mit den gleichen Gründen rechtfertigen** wird. Ist gerichtlicher Eilrechtsschutz erlangt worden, bestehen aber Anhaltspunkte dafür, dass eine Behörde sich nicht an den im vorangegangenen Eilverfahren vorgenommenen gerichtlichen Bewertungen ausrichten wird, ist ein Fortsetzungsfeststellungsinteresse zu bejahen, es sei denn die konkret betroffene Behörde hat eindeutig erkennen lassen, in Zukunft von einer Wiederholung der Beschränkung unter Verwendung der von ihr ursprünglich gegebenen Begründung absehen zu wollen (vgl. BVerfGE 110, 77 [91] = NJW 2004, 2510 = NVwZ 2004, 1484 L).“ (BVerfG aaO)

IV. Anwendung auf den Fall

1. Ausschluss einer Wiederholungsgefahr wegen Anerkennung von Rechtsfehlern

Ein schützenswertes Interesse der Beschwerdeführer könnte deshalb entfallen, weil die Freie und Hansestadt H. in ihrer Klageerwiderung eingeräumt hat, die vom Bf. mit der Fortsetzungsfeststellungsklage angegriffene, jegliche Musikdarbietungen von Musikgruppen untersagende Auflage nicht frei von Rechtsfehlern sei. Fraglich ist, ob dies den Schluss darauf zulässt, dass in einer vergleichbaren Situation keine Auflage gleichen Inhalts erlassen würde.

„Diese Fehler wurden aber nur darin gesehen, dass die **Auflage nicht hinreichend deutlich** mache, dass ihr Kern die Untersagung von musikalischen Darbietungen der beiden vom Bf. angekündigten Skinheadbands gewesen sei, weil sie ihrem Wortlaut nach jegliche Musikdarbietung untersage. Nur insoweit hat die Freie und Hansestadt H. auch den Rechtsstreit für erledigt erklärt. Im Übrigen hat sie jedoch ausdrücklich daran festgehalten, dass **Auftritte** der vom Bf. engagierten Bands **zu Recht vollständig untersagt** worden seien. Die Freie und Hansestadt H. hat damit aber deutlich gemacht, dass nach ihrer Auffassung die mit der Fortsetzungsfeststellungsklage angegriffene Auflage, auch wenn sie ihrem **Wortlaut nach zu weit gefasst** ist, den Auftritt der vom Bf. angekündigten Musikgruppen **in rechtmäßiger Weise untersagt** hat.“

Räumt die Versammlungsbehörde zwar ein, dass die Formulierung einer Auflage nicht in jeder Hinsicht rechtsfehlerfrei sei, bleibt sie aber gleichzeitig dabei, dass die Auflage in ihrem Kern, dem **Verbot** des vom Bf. angekündigten Auftritts zweier Musikgruppen, **rechtmäßig gewesen sei**, ohne sich von der dem Verbot zu Grunde liegenden und auf andere Musikgruppen übertragbaren Begründung zu distanzieren, so liegen darin hinreichende Anhaltspunkte dafür, dass sie an ihrer Rechtsauffassung festhalten und deshalb vergleichbare Versammlungen des Bf. **aus den gleichen Gründen** wie bisher durch eine Untersagung des Auftritts von Musikgruppen, die vergleichbare Musikinhalte vertreten, **beschränken** wird.

Verneinen die Gerichte in einem solchen Fall die Wiederholungsgefahr und damit das für die Zulässigkeit der Fortsetzungsfeststellungsklage erforderliche Feststellungsinteresse, so verletzt dies den Bf. in seinem Grundrecht auf effektiven Rechtsschutz nach Art. 19 IV 1 GG.“ (BVerfG aaO)

2. Ausschluss einer Wiederholungsgefahr durch das vorangegangene Eilverfahren

Möglicher Weise führt das vorangegangene Eilverfahren, in welchem hat der Antrag der Bf. in weitem Umfang Erfolg gehabt hat, aber dazu, dass die Fortsetzungsfeststellungsklage unzulässig ist.

„Dies ließe eine Wiederholungsgefahr jedoch nur entfallen, wenn die betr. Behörde in Anschluss hieran eindeutig erkennen ließe, in Zukunft der Auffassung des VG folgen und **von einer Wiederholung vergleichbarer Versammlungsbeschränkungen mit der von ihr ursprünglich gegebenen Begründung absehen** zu wollen (vgl. BVerfGE 110, 77 [91] = NJW 2004, 2510 = NVwZ 2004, 1484 L). Davon kann vorliegend jedoch nicht ausgegangen werden.

Mit Beschluss vom 22.05.2004 hat das VG die aufschiebende Wirkung des Widerspruchs des Bf. gegen die jegliche Musikdarbietungen untersagende Auflage mit der Maßgabe wieder hergestellt, dass auf der Versammlung **lediglich bestimmte Texte nicht dargeboten** werden durften. Es hat dies damit begründet, dass eine **generelle Untersagung musikalischer Darbietungen rechtsgerichteter Musikgruppen zur Gefahrenabwehr nicht erforderlich** sei. Weder erfülle jeder aggressive, militante oder sonst überzogene Text einen Straftatbestand noch sei die öffentliche Ordnung stets betroffen. Lediglich ein Teil der Texte rufe deutlich zur Anwendung von Gewalt auf. Nur ein auf diese Texte beschränktes Verbot sei daher notwendig und verhältnismäßig.

Die **Versammlungsbehörde** hat demgegenüber stets **zu erkennen gegeben**, dass sie diese **Rechtsauffassung nicht** teilt und sich folglich auch in Zukunft nicht an dieser ausrichten will. Sie hatte bereits gegen die Eilentscheidung des VG Beschwerde eingelegt und auch in ihrer Klageerwiderung ausdrücklich betont, dass ihrer Ansicht nach die Darbietungen der vom Bf. angekündigten Musikgruppen zu Recht untersagt worden seien und der das Verbot der Musikdarbietungen beschränkende **Beschluss des VG zu kurz greife**, weil schon die Teilnahme der Bands als solche wegen der Gewaltorientierung einiger Liedtexte mit der öffentlichen Ordnung nicht in Einklang zu bringen sei. Die Versammlungsbehörde hat also keineswegs eindeutig erkennen lassen, in Zukunft von einer Wiederholung der angegriffenen Auflage mit der gleichen Begründung absehen zu wollen, sondern im Gegenteil ausdrücklich an ihrer abweichenden Rechtsauffassung festgehalten.“ (BVerfG aaO)

3. Fehlen eines Feststellungsinteresses wegen Klagegegenstand

Ein Feststellungsinteresse würde aber dann fehlen, wenn der Gegenstand des mit der Fortsetzungsfeststellungsklage fortgeführten Verfahrens nicht mit dem Gegenstand der ursprünglich angezeigten Anfechtungsklage identisch wäre.

„Gegenstand der Fortsetzungsfeststellungsklage war die angegriffene Auflage. Diese verbot zwar ihrem Wortlaut nach jegliche Musikdarbietung von Musikgruppen. Sie zielte aber im Kern darauf ab, den vom Bf. angekündigten **Auftritt zweier rechtsgerichteter Musikgruppen zu untersagen**. Da die Auflagenbegründung ausdrücklich an die Anmeldung dieser Musikgruppen anknüpfte, war dies auch für den Adressaten der Auflage ohne Weiteres erkennbar. Die Untersagung jeglicher Musikdarbietungen von Musikgruppen war damit **vor allem als Verbot des Auftritts der vom Bf. angekündigten Bands** aus dem rechten Spektrum zu verstehen und daher als solches auch Gegenstand der Fortsetzungsfeststellungsklage. Es ging deshalb bei der Entscheidung über diese Klage **nicht um die abstrakte Klärung der Voraussetzungen**, unter denen ein Verbot von Musikdarbietungen in rechtmäßiger Weise hätte erlassen werden dürfen, sondern um die **Überprüfung der Rechtmäßigkeit eines konkreten Verbots des Auftritts zweier bestimmter Musikgruppen** um zu klären, ob der Bf. künftig in einer vergleichbaren Situation das generelle Verbot des Auftritts im Wesentlichen gleichartiger Musikgruppen hinnehmen muss. Da die Versammlungsbehörde erklärtermaßen weiterhin in vollem Umfang von der Rechtmäßigkeit dieses Verbots ausging, konnten die Gerichte insoweit die Wiederholungsgefahr aber nicht ohne Verstoß gegen Art. 19 IV 1 GG verneinen. Es war vielmehr zu erwarten, dass die Behörde an ihrer Rechtsauffassung festhalten und ein vergleichbares Verbot mit gleicher Begründung bei vergleichbaren Versammlungen des Bf. erneut erlassen würde.“ (BVerfG aaO)

Nach diesen Maßstäben verletzen die angegriffenen Entscheidungen den Bf. in seinem Grundrecht aus Art. 19 IV 1 GG. Denn danach hätten die Gerichte das Vorliegen einer Wiederholungsgefahr nicht verneinen dürfen.

(OVG Bremen in DÖV 2011, 416: Urteil vom 16.02.2011 - 2 A 37/09)

1. Der Ablauf der **Jahresfrist** nach §§ 48 IV, 49 IV 2 VwVfG für die Rücknahme oder den Widerruf eines begünstigenden Verwaltungsaktes wird **durch den Erlass eines Rücknahme- oder Widerrufsbescheids gehemmt**.
2. Wird der Bescheid vom Begünstigten angefochten und vom Verwaltungsgericht mit der Begründung rechtskräftig aufgehoben, die Behörde habe das ihr obliegende Ermessen nicht ausgeübt, so **läuft die Jahresfrist erst nach Eintritt der Rechtskraft des Urteils** weiter.

Fall: Die Klägerin wendet sich gegen die Rückforderung von Versorgungsleistungen. Nach Versetzung in den Ruhestand wegen Dienstunfähigkeit wurden die Versorgungsbezüge der Klägerin mit Bescheid vom 04.01.2001 festgesetzt. S erhielt den Familienzuschlag der Stufe 1, weil ihr 1979 geborener Sohn in ihrer Wohnung lebte und sie diesem Unterhalt gewährte. Mit Schreiben vom 28.02.2002 wies die D. T. die Klägerin darauf hin, dass der Anspruch auf den Familienzuschlag entfalle, wenn für den Unterhalt je Kind Mittel zur Verfügung stehen, die zusammen den Betrag von zurzeit monatlich 604,68 Euro übersteigen. Sollten Änderungen in ihren persönlichen Verhältnissen eintreten, die Einfluss auf den Familienzuschlag haben könnten, sei die Klägerin verpflichtet, diese umgehend ihrer Betreuungsniederlassung zu melden.

Unter dem 20.07.2004 legte die Klägerin Unterlagen über das Erwerbseinkommen ihres Sohnes in 2002 vor. Mit Bescheid vom 25.10.2004 forderte die Beklagte von der Klägerin den Familienzuschlag teilweise zurück. Im Widerspruchsbescheid vom 20.06.2005 wurde die Rückforderung festgelegt für 07.02. bis 12.02., 04.03. bis 12.03., 02.04., 04.04. bis 10.04 auf einen Betrag von 1.585,46 Euro. Der hiergegen gerichteten Klage gab das VG mit Urteil vom 20.07.2006 statt, da der Versorgungsfestsetzungsbescheid vom 04.01.2001 nicht aufgehoben worden sei. Die Aufhebung eines begünstigenden Bescheids stelle sowohl nach § 48 VwVfG als auch nach § 49 VwVfG eine Ermessensentscheidung dar. Den angefochtenen Bescheiden sei nicht zu entnehmen, dass die Beklagte dies erkannt habe. Selbst wenn man eine teilweise Aufhebung des Versorgungsfestsetzungsbescheids vom 04.01.2001 annehmen wollte, so sei diese ermessensfehlerhaft und daher nicht wirksam, so dass der Bescheid Rechtsgrundlage für die Gewährung des Familienzuschlags der Stufe 1 im streitigen Zeitraum war.. Dieses Urteil des Verwaltungsgerichts ist rechtskräftig.

Mit Bescheid vom 19.09.2006 widerrief die Beklagte den Versorgungsbescheid vom 04.01.2001 erneut mit dem früheren Inhalt. Sie sei hierzu nach § 49 Abs. 3 VwVfG befugt, da Auflagen nicht erfüllt wurden. Die Klägerin sei verpflichtet gewesen, Änderungen der Anspruchsvoraussetzungen mitzuteilen. Gegen diese Auflage habe sie verstoßen. Es sei berücksichtigt worden, dass der Zeitpunkt des Widerrufs weit in der Vergangenheit liege. Ein Vertrauenstatbestand habe sich jedoch nicht ergeben, da die Klägerin ihrer unverzüglichen Anzeigepflicht nicht nachgekommen sei. Für den teilweisen Widerruf spreche das öffentliche Interesse an der Rückforderung zu Unrecht erhaltener Leistungen. Für die angegebenen Zeiträume bis 10.04 bestehe aufgrund der Überschreitung der Eigenmittelgrenze kein Anspruch auf den Familienzuschlag der Stufe 1.

Da die Klägerin im gesetzlichen Sinne verschärft hafte, sei sie nach § 52 Abs. 2 BeamtVG i. V. m. §§ 812 I und 819 I BGB zur Herausgabe des zu viel erhaltenen Versorgungsbezugs verpflichtet. Die Einrede der Entreichung könne sie nicht geltend machen, weil das Fehlen des rechtlichen Grundes für die geleisteten Zahlungen so offensichtlich gewesen sei, dass die Klägerin dies hätte erkennen müssen. In Merkblättern und Anschreiben seien ihr die Voraussetzungen für die Zahlung des Familienzuschlags vor Augen geführt worden. Bei Anwendung der erforderlichen Sorgfalt hätte ihr deshalb auffallen müssen, dass ihr ein Anspruch auf Familienzuschlag der Stufe 1 in den angegebenen Überzahlungszeiträumen nicht zustehe. Ein Absehen von der Rückforderung aus Billigkeitsgründen werde nach Abwägung der unterschiedlichen Interessen abgelehnt.

Ist der Bescheid rechtmäßig?

Die Festsetzung der Versorgungsbezüge unter Gewährung des Familienzuschlags der Stufe 1 ist zunächst rechtmäßig erfolgt. Die Aufhebung eines rechtmäßigen Verwaltungsaktes kommt nach **§ 49 VwVfG** in Betracht, die Rückforderung erfolgt nach § 49a VwVfG. Der Dienstherr als die den teilweise aufgehobenen Versorgungsbescheid erlassende Behörde war auch für die Entscheidung zuständig. Von einer vorhergehenden Anhörung der Klägerin kann ausgegangen werden. Der Bescheid ist auch **schriftlich** und mit **Begründung** erfolgt, so dass keine formelle Rechtswidrigkeit festgestellt werden kann. Der Widerrufs- und Rückforderungsbescheid könnte jedoch materiell rechtswidrig sein, wenn die **Tatbestandsvoraussetzungen** für den Erlass fehlen oder das der Behörde eingeräumte **Ermessen** fehlerhaft ausgeübt wurde.

I. Vorliegen eines Widerrufsgrundes

„Die Voraussetzungen für einen teilweisen Widerruf des Versorgungsfestsetzungsbescheides vom 04.01.2001 nach § 49 Abs. 3 S. 1 Nr. 2 VwVfG sind erfüllt. Der Festsetzungsbescheid ist mit einer Auflage verbunden gewesen. Der Klägerin ist die Beachtung der Bestimmungen des beigefügten Merkblattes auferlegt worden. Dazu ha-

be die unverzügliche Mitteilung des geänderten Einkommens ihres Sohnes gehört. Einer bestimmten Fristsetzung habe es nicht bedurft. Mit der Auflage zur unverzüglichen Mitteilung sei eine hinreichend genaue Frist gesetzt.

Selbst wenn in der Verpflichtung zur unverzüglichen Mitteilung keine Auflage i. S. d. § 36 Abs. 2 Nr. 4 VwVfG zu sehen wäre, wäre § 49 Abs. 3 S. 1 Nr. 2 VwVfG einschlägig. Denn diese Vorschrift ist analog auch auf die Erfüllung sonstiger mit einem Verwaltungsakt verbundener wesentlicher Pflichten anzuwenden.“ (OVG Bremen aaO)

II. Widerrufsfrist

Nach § 49 III 2 VwVfG gilt für den Widerruf eines rechtmäßigen Verwaltungsaktes § 48 IV VwVfG entsprechend. Danach ist dann, wenn die Behörde von Tatsachen Kenntnis erhält, welche die Rücknahme eines rechtswidrigen Verwaltungsakts rechtfertigen, die Rücknahme nur innerhalb eines Jahres seit dem Zeitpunkt der Kenntniserlangung zulässig. Fraglich ist jedoch, ob diese Widerrufsfrist eingehalten wurde. Kenntnis von den den Widerruf rechtfertigenden Tatsachen hat die Behörde hier mit den am 20.07.2004 bei ihr eingegangenen Unterlagen über das Einkommen des Sohnes der Klägerin erhalten. Der (erste) Rückforderungsbescheid vom 25.10.2004 war demnach fristgerecht ergangen. Dieser Bescheid wurde jedoch - in Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 20.06.2005 durch rechtskräftiges Urteil des Verwaltungsgerichts vom 20.07.2006 aufgehoben. Fraglich ist, ob es auch in diesem Fall für die Berechnung der Klagefrist auf die Kenntniserlangung am 20.07.2004 ankommt oder ob die Frist unter Berücksichtigung des gerichtlichen Verfahrens zu berechnen ist.

1. neue Kenntnis im gerichtlichen Verfahren als Widerrufsgrund

Die Jahresfrist könnte dann neu zu laufen beginnen, wenn die Behörde die maßgebliche Tatsachenkenntnis für die neue Widerrufsentscheidung erst im gerichtlichen Verfahren erlangt hat.

„Ein verwaltungsgerichtliches Verfahren, das zur Aufhebung des (ersten) Rückforderungsbescheids führt, kann der Behörde **neue Tatsachen zur Kenntnis** bringen, die für die Ausübung ihres Rücknahmeermessens bedeutsam sind. In einem solchen Fall beginnt die **Jahresfrist erst zu laufen**, wenn der zuständigen Behörde die ihr **durch das gerichtliche Verfahren neu vermittelten Tatsachen vollständig bekannt** sind (vgl. BVerwG, B. v. 20.05.1988 - 7 B 79/88 - NVwZ 1988, 822).

Durch das mit Urteil vom 20.07.2006 abgeschlossene verwaltungsgerichtliche Verfahren wurden der Behörde **keine neuen, für den Widerruf bedeutsamen Tatsachen bekannt**. Vielmehr wurde der erste Rückforderungsbescheid wegen fehlerhafter Rechtsanwendung aufgehoben, die das Verwaltungsgericht insbesondere darin gesehen hat, dass die Behörde nicht erkannt hat, dass sie eine Ermessensentscheidung zu treffen hat. Ermessenserwägungen im Hinblick auf die partielle Aufhebung des Versorgungsfestsetzungsbescheides fänden sich im (ersten) Rückforderungsbescheid nicht.“ (OVG Bremen aaO)

Die Jahresfrist konnte daher nicht wegen Kenntniserlangung während des gerichtlichen Verfahrens neu zu laufen beginnen.

2. Berechnung der Jahresfrist nach Aufhebung im gerichtlichen Verfahren

Fraglich ist insofern, wie die Jahresfrist dann zu berechnen ist, wenn ein Aufhebungsbescheid im gerichtlichen Verfahren überprüft und aufgehoben wurde, die Behörde nunmehr unter Berücksichtigung der Vorgaben des gerichtlichen Verfahrens aber die Aufhebung erneut auf der Grundlage der schon zuvor bekannten Tatsachen anordnen will. Wie in einem solchen Fall der Ablauf der Jahresfrist nach § 48 IV 1 VwVfG zu beurteilen ist, wird nicht einheitlich beantwortet.

a) Lauf der Jahresfrist ab Rechtskraft des Urteils

„Teilweise wird die Auffassung vertreten, dass (auch) dann, wenn eine Rücknahme eines Verwaltungsakts wegen eines Ermessensfehlers aufgehoben worden ist, die Jahresfrist für eine erneute Rücknahme erst mit Rechtskraft des Urteils zu laufen beginnt (z. B. VGH Mannheim, U. v. 17.02.2000 - 8 S 1817/99 - NVwZ-RR 2001, 6 ff.).“ (OVG Bremen aaO)

b) Hemmung der Jahresfrist durch Zugang des Aufhebungsbescheides

„Nach anderer Auffassung wird in einem solchen Fall der Ablauf der Jahresfrist durch den Zugang eines Rücknahme- oder Widerrufsbescheids gehemmt und läuft die Frist nach Rechtskraft eines Urteils weiter (OVG Lüneburg, U. v. 10.04.1984 - 9 A 223/81 - NVwZ 1985, 120 f.; OVG Münster NWVBl 1994, 390; Kopp/Ramsauer, VwVfG, 11. Auflage, § 48 Rn. 161; vgl. auch Sachs in Stelkens/Bonk/Sachs, VwVfG, Kommentar, 7. Auflage, § 48 Rn. 206).“ (OVG Bremen aaO)

(3) Auffassung des OVG Bremen

Nach § 53 I 1 VwVfG **hemmt ein Verwaltungsakt**, der zur Feststellung oder Durchsetzung des Anspruchs eines öffentlich-rechtlichen Rechtsträgers erlassen

wird, die **Verjährung des Anspruchs**. Dabei bedeutet Hemmung, dass der Zeitraum, während dessen die Verjährung gehemmt ist, in die Verjährungsfrist nicht eingerechnet wird. Fraglich ist, ob dies auch in Fällen wie dem vorliegenden gelten kann.

*„In der Rechtsfolge bezieht sich § 53 I VwVfG auf die **Hemmung der Verjährungsfrist**, während es hier um die **Hemmung des Ablaufs einer Ausschlussfrist** geht (vgl. Kopp/Ramsauer, VwVfG, 11. Auflage, § 48 Rn. 146). Es entspricht jedoch Sinn und Zweck des § 48 IV 1 VwVfG, in einem Fall wie dem vorliegenden ebenfalls eine Hemmung des Fristenablaufs anzunehmen.*

*§ 48 IV 1 VwVfG beschränkt im **Interesse der Rechtssicherheit und des Rechtsfriedens** sowie vor allem des Vertrauensschutzes die Befugnis der Behörde zur Rücknahme eines fehlerhaften Verwaltungsakts grundsätzlich auf den Zeitraum eines Jahres, gerechnet von dem Zeitpunkt an, in dem die Behörde von den Tatsachen Kenntnis erlangt, die die Rücknahme rechtfertigen (vgl. Kopp/Ramsauer, VwVfG, a. a. O., § 48 Rn. 146 m.w.N.). Die **Behörde soll** in angemessener Frist - längstens bis zum Ablauf eines Jahres seit Erlangung der hierfür erforderlichen Kenntnis - **entscheiden, ob und inwieweit der begünstigende Verwaltungsakt nach Maßgabe der die Rücknahme näher regelnden Vorschriften zurückgenommen werden oder bestehen bleiben soll**. Die Jahresfrist ist eine Entscheidungsfrist (vgl. BVerwG, Großer Senat, B. v. 19.12.1984 GrSen 1/84, GrSen 2/84).“ (OVG Bremen aaO)*

Dem wird Rechnung getragen, wenn der (erste) Rückforderungsbescheid - wie im vorliegenden Fall (Kenntnis 20.07.2004, Rückforderungsbescheid 25.10.2004) - innerhalb der Jahresfrist ergeht.

*„Mit dem Erlass dieses Bescheides ist die **Entscheidung über die Rückforderung gefallen**. Der Betroffene kann darauf, dass er nicht zu einer Rückzahlung herangezogen wird, **nicht länger vertrauen**. Ihm bleibt die Möglichkeit, den Rückforderungsbescheid anzufechten und etwaige Mängel in einem gerichtlichen Verfahren geltend zu machen.*

Wäre der Lauf der Jahresfrist durch den Erlass des (ersten) Rückforderungsbescheides und des anschließenden verwaltungs- und gerichtlichen Verfahrens nicht gehemmt, müsste die Behörde ihre Rücknahmeentscheidung ggf. schon vor Abschluss des Verwaltungsgerichtsstreits korrigieren, um die Frist einzuhalten (so Osterloh, JuS 1997, 379, 380). Sie müsste einen (zweiten) Rücknahmebescheid auf unsicherer Basis erlassen, da sie noch gar nicht weiß, wie das verwaltungsgerichtliche Verfahren ausgehen wird. Um sicher zu gehen, dass ihr später nicht die Versäumung der Jahresfrist entgegen gehalten werden kann, müsste sie einen solchen zweiten Bescheid u. U. gegen ihre eigene, im Verwaltungsstreitverfahren vertretene Überzeugung erlassen, was um so misslicher wäre, wenn sich im Rechtsmittelverfahren herausstellt, dass die Behörde mit ihrer Auffassung Recht hatte und der (erste) Rücknahmebescheid entgegen der Auffassung des Verwaltungsgerichts nicht rechtsfehlerhaft war. Auch könnten nach Erlass eines (zweiten) Rücknahmebescheides im weiteren Verlauf des verwaltungsgerichtlichen Verfahrens weitere Rechtsmängel festgestellt werden, so dass die Fehlerhaftigkeit nicht behoben wäre und der Rückforderung trotz des zweiten Bescheides - wegen der zwischenzeitlich verstrichenen Zeit - der Ablauf der Jahresfrist entgegenstünde.

*All dies zeigt, dass der **Weiterlauf der Jahresfrist** auch nach Erlass eines (ersten) Rückforderungsbescheides und während des anschließenden Verwaltungsgerichtsverfahren unangemessene, den **Bedürfnissen der Verwaltungspraxis nicht Rechnung tragende Folgen** nach sich zieht.“ (OVG Bremen aaO)*

Ein Anlass, der es rechtfertigen könnte, diese Folgen hinzunehmen, ist nicht ersichtlich.

*„Der durch den Ursprungsbescheid zu Unrecht Begünstigte wird nach Anfechtung des Rücknahmebescheides in aller Regel selbst damit rechnen, dass sich erst **am Ende des Verwaltungsrechtsstreits** herausstellt, ob und unter welchen Maßgaben eine Rückforderung berechtigt ist. Ein anerkanntes **Bedürfnis**, ihm aus Gründen der Rechtssicherheit **weitergehenden Schutz zu gewähren, besteht nicht**. Zudem wird dem Gesichtspunkt der Rechtssicherheit dadurch Rechnung getragen, dass nach Abschluss des verwaltungsgerichtlichen Verfahrens die Jahresfrist des § 48 IV 1 VwVfG nicht neu zu laufen beginnt, sondern lediglich weiterläuft.“ (OVG Bremen aaO)*

Der Tatbestand des § 53 Abs. 1 S. 1 VwVfG ist auch im vorliegenden Fall erfüllt.

„Die Behörde hat mit dem (ersten) Rückforderungsbescheid einen Verwaltungsakt zur Durchsetzung ihres Anspruchs erlassen, so dass Hemmung eingetreten ist. Die Frist lief erst nach Rechtskraft des verwaltungsgerichtlichen Urteils vom 20.07.2006 weiter, so dass die Jahresfrist mit Erlass des Widerrufs- und Rückforderungsbescheides vom 19.09.2006 gewahrt ist. Die Beklagte hat im Bescheid vom 19.09.2006 auch ihr Ermessen fehlerfrei ausgeübt.“ (OVG Bremen aaO)

Der Aufhebungs- und Rückforderungsbescheid ist rechtmäßig, die Klage demnach 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.

BGB

§§ 434 I 1, 466 S. 1

Beweislast

GG

Fehlschlagen der Nachbesserung

(BGH in NJW 2011, 1664; Urteil vom 09.03.2011 – VIII ZR 266/09)

Der Käufer einer Sache genügt seiner **Beweislast für das Fehlschlagen der Nachbesserung** durch den **Nachweis, dass das** von ihm gerügte **Mangelsymptom weiterhin auftritt**. Anders ist dies nur, wenn das erneute Auftreten des Mangelsymptoms möglicherweise auf einer unsachgemäßen Behandlung der Kaufsache nach deren erneuter Übernahme durch den Käufer beruht.

„Der Käufer [trägt] grds. nicht die Darlegungs- und Beweislast dafür, auf welche Ursache ein Sachmangel der verkauften Sache zurückzuführen ist. Etwas anderes gilt nur, wenn nach einer vorausgegangenen Nachbesserung durch den Verkäufer ungeklärt bleibt, ob das erneute Auftreten des Mangels auf der erfolglosen Nachbesserung oder auf einer unsachgemäßen Behandlung der Kaufsache nach deren erneuter Übernahme durch den Käufer beruht (BGH NJW 2009, 1341 = NZV 2009, 285).“

Der Käufer ist beweisbelastet dafür, dass ein Mangel bei Übergabe der Kaufsache (§ 434 I 1 i. V. mit § 446 S. 1 BGB) vorlag und dieser trotz Nachbesserungsversuchen des Verkäufers weiter vorhanden ist. Die aus § 363 BGB folgende Beweislastverteilung gilt gleichermaßen, wenn der Käufer die Kaufsache nach einer erfolglosen Nachbesserung wieder entgegengenommen hat. In diesem Fall muss der Käufer das Fortbestehen des Mangels, mithin die Erfolglosigkeit des Nachbesserungsversuchs, beweisen (BGH NJW 2009, 1341 = NZV 2009, 285).“ (BGH aaO)

FGO

§ 79a III u. IV

Einverständniserklärung

FGO

Zulässigkeit des Widerrufs

(BFH in NVwZ-RR 2011, 350; Beschluss vom 10.02.2011 – II S 39/10)

Ein **Widerruf einer Einverständniserklärung** mit einer Entscheidung durch den Berichterstatter nach § 79a III und IV FGO ist **ausgeschlossen, soweit sich die Prozesslage bei objektiver Betrachtung nachträglich nicht wesentlich geändert hat**.

„Ob der Widerruf einer Einverständniserklärung mit einer Entscheidung durch den Berichterstatter nach § 79 a III und IV FGO überhaupt zulässig sein kann (dagegen etwa: Beermann/Gosch, § 79a FGO Rn 44; Kühn/v. Wedelstädt, 19. Aufl., § 79a FGO Rn 4; offen gelassen in BFHE 202, 408 = NVwZ-RR 2004, 79; BFH/NV 2005, 1592), braucht der Senat dabei nicht zu entscheiden.“

*Jedenfalls ist ein **Widerruf dann ausgeschlossen, wenn sich die Prozesslage bei objektiver Betrachtung nachträglich nicht wesentlich geändert hat** (ebenso: Gräber/Koch, FGO, 7. Aufl., § 79a FGO Rn 26; Hübschmann/Hepp/Spitaler, § 79a FGO Rn 119; Schwarz, § 79a FGO Rn 23; a.A. wohl Tipke/Kruse, AO 1977/FGO, § 79a FGO Rn 20). Dies folgt aus der **Funktion des § 79a III und 4 FGO**, es den Bet. zu ermöglichen, im **Interesse einer Verfahrensbeschleunigung** eine Entscheidung durch ein einzelnes Mitglied des an und für sich zuständigen Senats herbeizuführen (vgl. Thürmer, § 79a FGO Rn 100). In Übereinstimmung mit diesem Zweck und wegen der **Notwendigkeit klarer prozessualer Verhältnisse** kommt ein jederzeitiger Widerruf ohne wesentliche Veränderung der Prozesslage nicht in Betracht (vgl. zu § 90 II FGO bereits: BFHE 166, 415; BFH BFH/NV 2001, 462; BFH/NV 2002, 517 = BeckRS 2001, 25000062).“ (BFH aaO)*

ZPO

§§ 574 I 1 Nr. 1, 522 I 4

Rechtsbeschwerde

ZPO

Statthaftigkeit

(BGH in NJW 2011, 1455; Beschluss vom 29.03.2011 – VIII ZB 25/10)

Stellt das **Berufungsgericht durch Beschluss die Wirkungslosigkeit einer „Anschlussberufung“** nach § 524 IV ZPO **fest**, so ist **hiergegen die Rechtsbeschwerde statthaft**, wenn keine Anschlussberufung, sondern eine eigenständige Berufung eingelegt worden ist und daher der Ausspruch des Berufungsgerichts einer Verwerfung der Berufung als unzulässig gleichkommt.

„Zwar unterliegt die Feststellung der Wirkungslosigkeit einer Anschlussberufung (§ 524 IV ZPO) nicht der Anfechtung, wenn sie sich darauf beschränkt, eine kraft Gesetzes eintretende Rechtsfolge deklaratorisch auszusprechen (vgl. BGH NJW 1986, 852; BGHZ 109, 41 = NJW 1990, 840; BGH NJW 2000, 3215; BGHZ 139, 12 = NJW 1998, 2224 [jewe. zur Rechtslage vor der ZPO-Reform 2002]; Zöller/Heßler, ZPO, 28. Aufl., § 524 Rn 29; Prütting/Gehrlein/Lemke, ZPO, 2. Aufl., § 524 Rn 31; a. A. MüKo-ZPO/Rimmelspacher, 3. Aufl., § 524 Rn 58).“

*Etwas anderes hat jedoch zu gelten, wenn der Ausspruch über die Feststellung der Wirkungslosigkeit der Anschlussberufung erfolgt ist, obwohl die gesetzlichen Voraussetzungen hierfür nicht vorliegen, so dass ihm **konstitutive Wirkung** zukommt (vgl. BGHZ 109, 41 = NJW 1990, 840; Musielak/Ball, ZPO, 7. Aufl., § 524 Rn 26; Prütting/Gehrlein/Lemke, § 524 Rn 31). Dies gilt insbes. dann, wenn keine Anschlussberufung i.S. des § 524 ZPO, sondern eine selbstständige Berufung eingelegt worden ist und daher die Feststellung der Wirkungslosigkeit der „Anschlussberufung“ einer Verwerfung der Berufung als unzulässig gleichkommt (vgl. BGH NJW 2003, 2388).“ (BGH aaO)*

StPO
§ 168c V 1

richterl. Vernehmung
Informationsanspruch des Beschuldigten
(BGH in StV 2011, 336; Beschluss vom 03.03.2011 – 3 StR 34/11)

StPO

Allein das **Vorliegen eines Ausschlussgrundes** nach § 168c III StPO **macht die Benachrichtigung des Beschuldigten** von einem Termin zur richterlichen Vernehmung eines Zeugen oder Sachverständigen **nicht entbehrlich**, denn sie dient der Wahrung seiner Rechte auch über ein Ermöglichen des Erscheinens hinaus.

*„Die Geschädigte hat in der Hauptverhandlung von ihrem Zeugnisverweigerungsrecht (§ 52 I Nr. 3 StPO) Gebrauch gemacht. Der Behandlung ihrer Vernehmung durch den Richter als richterliche - und damit dessen Vernehmung zum Inhalt der Aussage - steht entgegen, dass der Beschuldigte von dem Termin nicht gem. § 168c V 1 StPO benachrichtigt worden ist; Raum für eine Abwägung, ob die Umstände des Einzelfalles die Annahme eines Verwertungsverbots gebieten, verbleibt in einem solchen Falle nicht (vgl. Meyer-Goßner, StPO, 53. Aufl., § 168c Rn 6). Allein das Vorliegen eines Ausschlussgrundes nach § 168c III StPO macht die **Benachrichtigung des Beschuldigten vom Termin zur richterlichen Vernehmung** eines Zeugen oder Sachverständigen **nicht entbehrlich**, denn sie **dient der Wahrung seiner Rechte** auch über ein Ermöglichen des Erscheinens hinaus (LR-Erb, StPO, 26. Aufl., § 168c Rn 37). Ob etwas anderes dann gilt, wenn der Besch. bereits ausgeschlossen worden ist (vgl. BGHSt 31, 140), kann offen bleiben. Dass nicht nur die Anwesenheit des Beschuldigten bei der Vernehmung, sondern auch schon dessen Benachrichtigung vom Termin den Untersuchungserfolg gefährdet hätte (§ 168c V 2 StPO), legt das LG in seinem den Widerspruch gegen die Verwertung zurückweisenden Beschluss nicht dar.“ (BGH aaO)*

JVollzGB BW
§ 24 II 1

Verteidigerpost
Öffnung mit Einverständnis des Gefangenen
(OLG Stuttgart in NStZ 2011, 348; Beschluss vom 13.04.2010 – 4 Ws 69/10)

StrafR

Mit dem **Einverständnis des Gefangenen können Schreiben seines Verteidigers geöffnet** und diesem nach Überprüfung ausgehändigt werden.

- I. Allerdings wird in der **Rspr.** überwiegend (OLG Bamberg MDR 1992, 506; OLG Dresden NStZ 2007, 707; OLG Frankfurt NStZ-RR 2005, 61; OLG Saarbrücken NStZ-RR 2004, 188; LG Gießen StV 2004, 144) und in der Lit. teilweise (Calliess/Müller-Dietz, StVollzG, 11. Aufl., § 29 Rn 5; AK-StVollzG-Joester/Wegner StVollzG, 5. Aufl., § 29 Rn 8) die Auffassung vertreten, die **Verteidigerpost dürfe auch mit Zustimmung des Gefangenen nicht überwacht werden**.

Zur Begründung wird insbes. darauf hingewiesen, auch der Verteidiger habe ein eigenes Recht auf ungehinderten Zugang zu seinem Mandanten, über das der Gefangene nicht verfügen könne. Deshalb stehe ihm ein Antragsrecht gem. § 109 StVollzG zu. Darüber hinaus habe der Gefangene letztlich keine uneingeschränkte freie Entscheidungsmöglichkeit über die Öffnung von Briefen seines Verteidigers, denn er werde seine Zustimmung möglicherweise bereits deshalb erteilen, weil er nicht wolle, dass der Verteidiger mit Nachfragen behelligt werde. Dann müsste er fürchten, dass das Mandantenverhältnis darunter leiden könne. Auch sei nicht auszuschließen, dass er seine Zustimmung erteile, um nicht in Verdacht zu geraten, etwas verbergen zu wollen, was wiederum negative Auswirkungen auf den Vollzugsalltag haben könne (so OLG Dresden aaO).

- II. Nach Auffassung des **OLG Stuttgart aaO** geht es indes dem Gefangenen, welcher seine Zustimmung zum Vorgehen der Anstalt (Öffnen des Briefes in seiner Gegenwart oder Öffnen des Briefes durch ihn selbst) erteilt, vorrangig darum, dass er **ohne Zeitverzögerung vom Inhalt des Briefes Kenntnis nehmen** kann.

*„Andernfalls wäre die Vollzugsanstalt gehalten, den Brief zurück zu senden, was mit Verzögerungen verbunden ist. Die Gefahr, dass der Verteidiger mit Nachfragen der Vollzugsanstalt behelligt wird, sieht der Senat nicht. Die Vollzugsanstalt wird diesem den Brief unkommentiert zurücksenden. Auch ist davon auszugehen, dass sie entsprechend dem **Grundgedanken des § 24 II 1 JVollzGB III** das **Verteidigungsverhältnis zwischen dem Gefangenen und seinem Rechtsanwalt respektieren** und aus dem Umstand, dass dieses nach dem Willen des Gefangenen gewahrt werden soll, keine negativen Folgerungen ziehen wird. Darüber hinaus ist es unbestritten, dass das **Grundrecht aus Art. 10 I GG** (Briefgeheimnis) **disponibel** ist (vgl. etwa Maunz-Dürig GG, Art. 10 Rn 30).*

Entsprechend der Regelung in VV Nr. 1 II 2 zu § 29 StVollzG darf deshalb Verteidigerpost mit Einverständnis des Gefangenen geöffnet und überprüft werden (ebenso Schwind/Böhm/Jehle/Laubenthal StVollzG, 5. Aufl., § 29 Rn 15).“ (OLG Stuttgart aaO)

GG
Art. 33 IV

Privatisierung des Maßregelvollzugs
verfassungsrechtlich bedenklich
(OLG Naumburg in NStZ 2011, 347; Beschluss vom 21.06.2010 – 1 Ws 851/09)

GG

Die Ermöglichung der **Privatisierung des Maßregelvollzuges** durch § 3 I 2 des Maßregelvollzugsgesetzes für das Land Sachsen-Anhalt (MVollzG LSA) **begegnet durchgreifenden verfassungsrechtlichen Bedenken**.

*„Der **Funktionsvorbehalt des Art. 33 IV GG** steht der Privatisierung des Maßregelvollzuges grds. entgegen. Nach Art. 33 IV GG, der in der Verfassung des Landes Sachsen-Anhalt keine Entsprechung hat, ist die Ausübung hoheitlicher Befugnisse als ständige Aufgabe in der Regel Angehörigen des öffentlichen Dienstes zu übertragen, die in einem öffentlich-rechtlichen Dienst- und Treueverhältnis stehen. Gemeint sind damit Beamte im beamtenrechtlichen Sinne, nicht Arbeiter und Angestellte im öffentlichen Dienst. Letztere stehen zwar in einem öffentlich-rechtlichen Dienstverhältnis, aber nicht in einem besonderen beamtenrechtlichen Treueverhältnis, das sich von dem lediglich öffentlich-rechtlichen Dienstverhältnis der Angestellten unterscheidet. Art. 33 IV GG setzt auch der **Über-***

tragung hoheitlicher Befugnisse auf beliehene Unternehmen verfassungsrechtliche Grenzen (BVerfGE 57, 55; DVBl 2006, 840). Die Ausübung von Sicherheits- und Aufsichtsbefugnissen, die in Grundrechte der im Maßregelvollzug Untergebrachten eingreifen, unterfällt ohne Zweifel dem Bereich der **Ausübung hoheitlicher Befugnisse**. Zwar lässt der Funktionsvorbehalt Ausnahmen zu und ist eine Verletzung des Art. 33 IV GG erst dann anzunehmen, wenn die ständige Ausübung hoheitlicher Befugnisse in größerem Umfang auf Nichtbeamte übertragen wird (BVerfGE 9, 268). Ferner ist die Entscheidung, welche Aufgaben ausnahmsweise auch von nicht verbeamteten Personen wahrgenommen werden können, in erster Linie dem Gesetzgeber zu überlassen (BVerfGE 57, 55). Die äußerste Grenze der Auslegung des „Regel-Ausnahme-Verhältnisses“ ist jedoch dort erreicht, wo Beamte für eine **konkret umschriebene Staatsaufgabe** im Bereich des Funktionsvorbehaltes nicht mehr mehrheitlich eingesetzt werden (Christof Gramm, Privatisierung und notwendige Staatsaufgaben, 2000; Grünebaum ROP 2006, 55; Volkert/Grünebaum, Maßregelvollzug, 7. Aufl., Rn 506). So besteht Einigkeit darüber, dass die Privatisierung des Strafvollzuges nicht zu rechtfertigen wäre (von Mangold/Klein-Stark-Jackmann GG, 4. Aufl., § 33 Rn 38). Gleiches muss für den **Maßregelvollzug** gelten, der ebenfalls eine **staatliche Kernaufgabe** ist und bei dem die **Eingriffsintensität nicht geringer ist als im Strafvollzug**.“ (OLG Naumburg aaO)

GG **Verfahrensaussetzung** GG
 Art. 19 IV **nicht mit Verfassungsbeschwerde angreifbar**
 (BVerfG in NVwZ 2011, 611; Beschluss vom 08.12.2010 – 1 BvR 1188/10)

Die **Aufhebung des Status als Musterverfahren** und die **Aussetzung des Verfahrens** gem. § 93 a I 1 VwGO ist als **Zwischenentscheidung** grds. nicht mit der **Verfassungsbeschwerde selbstständig angreifbar**, denn allein der Umstand, dass ein verwaltungsgerichtliches Verfahren in den Kreis der Musterverfahren einbezogen wurde, verschafft dem Kl. **keinen verfassungsrechtlich geschützten Anspruch auf Beibehaltung dieser Verfahrensstellung**, sofern Sachgründe dem Prozessgericht eine andere Verfahrensgestaltung angezeigt erscheinen lassen.

„Eine **Verfassungsbeschwerde gegen Zwischenentscheidungen ist grds. ausgeschlossen**, weil Verfassungsverstöße mit der Anfechtung der Endentscheidung gerügt werden können (vgl. BVerfGE 21, 139 = NJW 1967, 1123; BVerfGE 119, 292 = NZA 2008, 1201). Der Grund für den Ausschluss fehlt allerdings, wenn bereits die Zwischenentscheidung zu einem **bleibenden rechtlichen Nachteil** für den betroffenen Beteiligten führt, **der später nicht oder jedenfalls nicht vollständig behoben werden kann** (vgl. BVerfGE 101, 106 = NJW 2000, 1175; BVerfGE 119, 292 = NZA 2008, 1201).

Es ist nicht erkennbar, dass die **Aufhebung des Status als Musterverfahren** und die **Aussetzung des Verfahrens** gem. § 93a I 1 VwGO zu einem derartigen **bleibenden rechtlichen Nachteil** für die Bf. führt. Ob der **Anspruch der Bf. auf rechtliches Gehör** gewährt und ob ihr **effektiver Rechtsschutz** gewährt werden wird, hängt maßgeblich vom weiteren Verlauf der Musterverfahren und insbes. von der konkreten Gestaltung des sich nach deren Durchführung anschließenden sog. **Nachverfahrens** ab (vgl. auch BVerfG NVwZ 2009, 908). Eine **rechtliche Bindung** an die in den Musterverfahren ergangenen rechtskräftigen Entscheidungen für das ausgesetzte Verfahren der Bf. besteht nach verwaltungsgerichtlicher Rechtsprechung nicht (vgl. BVerwG BeckRS 2007, 20497; BVerwG BeckRS 2007, 23817; vgl. auch BVerfG NVwZ 2009, 908; Schoch/Schmidt-Aßmann/Pietzner, VwGO, § 93a Rn 23; Eyermann, VwGO, 13. Aufl. 2010, § 93a Rn 20).

Auch im vereinfachten Beschlussverfahren stünden der Bf. gegen den Beschluss die **Rechtsmittel** zu, die zulässig wären, wenn das Gericht durch Urteil entschieden hätte (vgl. § 93a II 5 VwGO), also insbes. eine **Beschwerde gegen die Nichtzulassung der Revision** gem. § 133 I VwGO. Im **Nachverfahren** hat [das Gericht] den **verfassungsrechtlichen Ansprüchen der Bf. auf rechtliches Gehör** und – sofern sie sich darauf berufen kann – auf **Gewährung effektiven Rechtsschutzes** Rechnung zu tragen.“ (BVerfG aaO)

VwZG **Ersatzzustellung** VwZG
 § 3 II 1 **an Wohnung des Zustelladressaten**
 (VG Mainz in NVwZ-RR 2011, 431; Beschluss vom 09.02.2011 – 3 K 1571/10)

Eine **Ersatzzustellung nach § 180 S. 1 ZPO** setzt voraus, dass der **Zustelladressat die Wohnung**, an der der **Zustellversuch** vorgenommen wurde, auch **tatsächlich innehat**. Unerheblich ist, ob der **Zustelladressat** dort auch seinen Wohnsitz i. S. von § 7 BGB hat oder polizeilich gemeldet ist.

„Nach § 3 II 1 VwZG i. V. mit § 180 S. 1 ZPO kann, wenn eine **Zustellung in der Wohnung an den Zustellungsempfänger selbst** bzw. eine **Ersatzzustellung nach § 178 I Nr. 1 ZPO** nicht möglich ist, das **Schriftstück in einen zu der Wohnung oder dem Geschäftsraum gehörenden Briefkasten** oder in eine ähnliche Vorrichtung eingelegt werden, die der **Adressat für den Postempfang eingerichtet hat** und die in der allgemein üblichen Art für eine sichere Aufbewahrung geeignet ist. Mit der **Einlegung in den Briefkasten** gilt das **Schriftstück als zugestellt** (§ 180 S. 2 ZPO). Die **Ersatzzustellung nach § 180 ZPO** setzt deshalb voraus, dass der **Zustelladressat, die Wohnung**, an der der **Zustellversuch** vorgenommen wurde, auch **tatsächlich innehat** (vgl. OLG Düsseldorf BeckRS 2009, 27564; OLG Koblenz NJOZ 2004, 167). Hieraus folgt, dass es für den Ort der **Zustellung** maßgeblich darauf ankommt, wo der **Zustelladressat tatsächlich lebt** und seinen **räumlichen Lebensmittelpunkt** hat. **Unwesentlich** ist, **ob der Zustelladressat dort auch seinen Wohnsitz i. S. von § 7 BGB hat oder polizeilich gemeldet ist** (vgl. BGH NJW-RR 1997, 1161). Zwar stellt die **erfolgte Meldung an das Einwohnermeldeamt ein Indiz für den Willen des Wohnungsinhabers** dar, eine **Wohnung unter einer bestimmten Anschrift** zu begründen (vgl. BGH NJW-RR 1994, 564 f.). Dieses Indiz ist jedoch ohne Weiteres durch **entgegenstehende objektive Anhaltspunkte** widerlegbar.“ (VG Mainz aaO)

Speziell für Rechtsanwälte und Notare

Gebühren und Kosten

RVG
§ 18 I 1

Vollstreckungsgebühren Gebührenbegriff

RVG

(BGH in MDR 2011, 696; Beschluss vom 10.03.2011 – VII ZB 3/10)

Beantragt ein Rechtsanwalt im Auftrag des Gläubigers den Erlass eines **Pfändungs- und Überweisungsbeschlusses, mit dem Forderungen des Schuldners gegen drei Drittschuldner gepfändet** und dem Gläubiger zur Einziehung überwiesen **werden sollen**, bezieht sich seine Tätigkeit auf **drei Gegenstände**. Eine **Zusammenrechnung** der Gegenstandswerte **kommt nicht in Betracht**, soweit die Gegenstände wirtschaftlich identisch sind.

- I. **Grds. bilden** die gesamten zu einer bestimmten Vollstreckungsmaßnahme gehörenden, miteinander in einem inneren Zusammenhang stehenden **Einzelmaßnahmen** von der Vorbereitung der Vollstreckung bis zur Befriedigung des Gläubigers oder bis zum sonstigen Abschluss der Vollstreckung **dieselbe gebührenrechtliche Angelegenheit**, § 18 I Nr. 1 RVG. Dabei stehen nur diejenigen Einzelmaßnahmen in einem inneren Zusammenhang, welche die einmal eingeleitete Maßnahme mit demselben Ziel der Befriedigung fortsetzen (BGH NJW 2004, 1101 und NJW-RR 2005, 78).

„Der innere Zusammenhang ist vorliegend zu bejahen, da die Vollstreckung zwar in mehrere Vermögensgegenstände der Schuldnerin stattfindet, diese aber gleichartig sind, derselben Art des Vollstreckungszugriffs - der Forderungspfändung - unterliegen und die Gläubigerin aufgrund eines Vollstreckungsauftrags einmal in Höhe der titulierten Forderung einschließlich der Nebenforderungen Befriedigung erlangen will.“ (BGH aaO)

Auch die **obergerichtliche Rspr.** und die **überwiegende Lit.** nehmen bei dieser Fallgestaltung **eine gebührenrechtliche Angelegenheit** an.

AnwK-RVG/Schneider/Wolf, 5. Aufl., § 18 Rn 35; BeckOK RVG/Seltmann, Stand: 15. August 2010, § 18 Rn 5; Mayer/Kroiß/Rohn, RVG, 4. Aufl., § 18 Rn 30; Mock RVGR 2007, 130; OLG Düsseldorf AGS 2006, 530; OLG Düsseldorf JurBüro 1994, 351; OLG Düsseldorf JurBüro 1987, 1792; KG Rpfleger 1974, 409; differenzierend OLG Köln Rpfleger 2001, 149

Soweit teilweise dem Beschluss des BGH (NJW-RR 2005, 78) für die vorliegende Fallgestaltung etwas anderes entnommen wird (Gerold/Schmidt/Müller-Rabe, RVG, 19. Aufl., VV 3309 Rn 40; i. E. ebenso Bischof, RVG, 3. Aufl., VV 3309 Rn 45a; LG Berlin Berl. AnwBl 2006, 424), geht dies fehl, denn der Beschluss betraf einen anderen Sachverhalt: Es ging dort um die Gebühren für den Schuldneranwalt, der mehrere Erinnerungen gegen Vorpfändungen eingelegt hatte.

- II. **Eine Angelegenheit kann zwar mehrere Gegenstände umfassen, bei dem Auftrag des Gläubigers auf Erlass eines Pfändungs- und Überweisungsbeschlusses, mit dem Forderungen des Schuldners gegen drei Drittschuldner gepfändet** und dem Gläubiger zur Einziehung überwiesen **werden sollen, liegen jedoch drei Gegenstände vor** und nicht nur einer.

1. Der **Gesetzgeber** hat den **Begriff des gebührenrechtlichen Gegenstandes inhaltlich nicht näher bestimmt**; er bezeichnet das konkrete Recht oder Rechtsverhältnis, auf das sich die anwaltliche Tätigkeit bezieht (BGH NJW 2011, 155 und NJW 2010, 3037 m. w. Nachw.).

*„Nach diesem Maßstab bezog sich die Tätigkeit des Rechtsanwalts der Gläubigerin auf **drei Rechtsverhältnisse**: Er ließ drei Forderungen gegen drei verschiedene Drittschuldnerinnen pfänden und zur Einziehung überweisen. An jeder dieser Forderungen entstand ein Pfändungspfandrecht zugunsten der Gläubigerin (vgl. BGH NJW 1975, 738). **Jede Forderung haftet selbständig und in voller Höhe** für die Forderung der Gläubigerin. Die zwischen der Gläubigerin und den Drittschuldnerinnen entstandenen **Rechtsbeziehungen sind unabhängig voneinander und können sich unterschiedlich entwickeln** (im Ergebnis - mehrere Gegenstände - ebenso LG Koblenz JurBüro 2010, 49; AG Berlin-Mitte JurBüro 2009, 606; Mock RVGR 2007, 130; wohl auch Scheungrab, Münchner Anwaltshandbuch Vergütungsrecht, § 20 Rn 35).“* (BGH aaO)

2. Nichts anderes folgt für den **Gegenstandsbegriff** aus der Erwägung, dass es um die Durchsetzung einer Forderung geht, deren Höhe durch die Anzahl der Drittschuldner nicht beeinflusst wird, und dass die Gläubigerin nur einmal in dieser Höhe Befriedigung erlangen kann.

„Die Forderung war Anlass dafür, dass der Rechtsanwalt der Gläubigerin die Zwangsvollstreckung betreibt, sie war aber nicht Gegenstand seiner Tätigkeit. Diese bezog sich nicht auf die Forderung der Gläubigerin, sondern auf die Pfändung der Forderungen der Schuldnerin gegen die Drittschuldnerinnen.“ (BGH aaO)

3. Das **RVG bewertet** den einzelnen Gegenstand in der Zwangsvollstreckung **nach dem Betrag der zu vollstreckenden Geldforderung** einschließlich der Nebenforderungen (§ 25 I Nr. 1 HS 1 RVG) oder, wenn ein bestimmter Gegenstand gepfändet werden soll, der einen geringeren Wert hat, nach diesem geringeren Wert, § 25 I Nr. 1 HS 2 RVG.

- a) Geht man davon aus, dass die **drei Gegenstände** jeweils nach **§ 25 I Nr. 1 HS 1 RVG zu bewerten** sind, so sind sie **nicht nach § 22 I RVG zusammenzurechnen**. Vielmehr ist dann lediglich der Wert eines Gegenstandes für die Anwaltsgebühr maßgeblich.

„Die **Zusammenrechnung** mehrerer Gegenstandswerte nach § 22 I RVG ist **nicht zwingend**. Vielmehr ergeben sich aufgrund der gesetzlichen Wertvorschriften Ausnahmen hiervon (vgl. die Beispiele bei AnwK-RVG/ Schneider, 5. Aufl., § 22 Rn 8). Eine Zusammenrechnung kann auch ausgeschlossen sein, soweit die Gegenstände wirtschaftlich identisch sind (AnwK-RVG/Schneider, 5. Aufl., § 22 Rn 8; Schumann NJW 1982, 2800 f.).

Die **gepfändeten Forderungen** sind **wirtschaftlich identisch**, wenn sie zumindest denselben Wert haben wie die zu vollstreckende Forderung. Denn dann sind sie für die Gläubigerin austauschbar und bedient jede von ihnen dasselbe wirtschaftliche Interesse. Die Gläubigerin kann durch die Vollstreckung den titulierten Anspruch insgesamt nur einmal befriedigen. Daher greift in diesem Fall hinsichtlich der mehreren Gegenstandswerte das **Additionsverbot** ein (zum Fall der wirtschaftlich vergleichbaren Gesamtschuldnerschaft BGH NJW-RR 2004, 638 m. w. Nachw.). Das hat zur Folge, dass von den mehreren nicht zu addierenden Gegenstandswerten allein der höchste maßgeblich ist (vgl. Schumann NJW 1982, 2800; Frank, Anspruchsmehrheiten im Streitwertrecht, 1986, S. 206). Das ist wegen der gesetzlichen Regelung des § 25 I Nr. 1 HS 1 RVG der Betrag der zu vollstreckenden Geldforderung einschließlich der Nebenforderungen.“ (BGH aaO)

- b) Anders ist es, wenn die **einzelnen Gegenstände nach § 25 I Nr. 1 HS 2 RVG zu bewerten** sind.

„**Wirtschaftliche Identität fehlt**, soweit die **gepfändeten Forderungen kleiner sind als die zu vollstreckende Forderung**. Denn dann bedeutet jede weitere Pfändung einen Mehrwert für den Gläubiger, bis er vollständig befriedigt ist. Ein **Additionsverbot** ist daher bis zum Erreichen des Wertes der zu vollstreckenden Forderung nicht gerechtfertigt. Daher könnten die einzelnen Gegenstände insoweit zusammengerechnet werden.“ (BGH aaO)

VV RVG
Nr. 1000, 1003

Kosten eines außergerichtlichen Vergleichs Erstattungsfähigkeit

RVG

(BGH in MDR 2011, 571; Beschluss vom 15.03.2011 – VI ZB 45/09)

Die **Kosten eines außergerichtlichen Vergleichs** gehören nur dann zu den **erstattungsfähigen Kosten des Rechtsstreits**, wenn die Parteien dies **vereinbart** haben.

vgl. BGH NJW 2009, 519; OLG Karlsruhe JurBüro 1991, 89; OLG München FamRZ 1999, 1674; OLG Frankfurt NJW 2005, 2465; OLG Hamm OLGR 2007, 738; Musielak/Wolst, ZPO, 7. Aufl., § 98 Rn 2; MüKo-ZPO/Giebel, 3. Aufl., § 98 Rn 23 ff.; Prütting/Gehrlein, ZPO, 2. Aufl., § 98 Rn 1; Zöller/Herget, ZPO, 28. Aufl., § 98 Rn 7; Gerold/Schmidt, RVG, 19. Aufl., VV RVG Nr. 1000 Rn 321 unter Aufgabe der gegenteiligen Auffassung in der 18. Aufl., aaO, Rn 376

- I. Gem. **§ 98 S. 1 ZPO** sind bei einem Prozessvergleich die Kosten eines abgeschlossenen Vergleichs als gegeneinander aufgehoben anzusehen, wenn nicht die Parteien ein anderes vereinbart haben. Für einen außergerichtlichen Vergleich gilt die Vorschrift jedenfalls dann entsprechend, wenn der außergerichtliche Vergleich zur Prozessbeendigung führt (vgl. BGHZ 39, 60; BGH NJW 1989, 39; BGH NJW-RR 2006, 1000; BGH VersR 2007, 1086).
- II. Die Erstattungsfähigkeit ergibt sich auch nicht daraus, dass in einer **Kostengrundentscheidung** auch die Kosten der außergerichtlichen Einigung erfasst sind. **Fehlt** es aber an einer **Vereinbarung zwischen den Parteien** hinsichtlich der Kosten eines außergerichtlichen Vergleichs, **erfasst die Entscheidung über die Kosten des Rechtsstreits die Kosten eines außergerichtlichen Vergleichs nicht**.

„Deren Verteilung richtet sich dann unabhängig von der Verteilung der Kosten des Rechtsstreits nach § 98 S. 1 ZPO. Dies ist durch den BGH höchstrichterlich entschieden. Der Senat schließt sich den dort niedergelegten Grundsätzen an. Die weiteren vom Beschwerdegericht zitierten Entscheidungen des Bundesgerichtshofs betreffen andere Sachverhalte und stehen dem nicht entgegen.“ (BGH aaO)

- III. **§ 98 ZPO** trifft **keine einheitliche Regelung** über die Kosten eines Rechtsstreits bei Abschluss eines gerichtlichen Vergleichs.

„Er befasst sich vielmehr in seinem Satz 1 nur mit den Kosten des Vergleichs. Die dort vorgesehene Regelung, dass die Kosten grds. als gegeneinander aufgehoben gelten, wird mit Satz 2 auf die Kosten des Rechtsstreits übertragen. Das führt zwar dazu, dass für die Kosten des Rechtsstreits und die Kosten des Vergleichs im Grundsatz die gleiche Kostenverteilung gilt, wenn die Parteien nichts anderes vereinbaren. Das ändert aber nichts daran, dass die **Vorschrift zwischen den Kosten des Vergleichs einerseits und den Kosten des Rechtsstreits andererseits unterscheidet**. Folge hiervon ist, dass die **Kosten "des Rechtsstreits"** nach der Grundentscheidung des Gesetzgebers **weder die Kosten eines gerichtlichen noch die Kosten eines außergerichtlichen Vergleichs umfassen**. Beide Gruppen von Kosten folgen vielmehr eigenen, zudem nicht notwendig ergebnisgleichen Regeln.“ (BGH aaO)

VV RVG
Nr. 4115

Terminsgebühr für Strafverteidiger Verkündung eines Haftbefehls im Hauptverhandlungstermin

RVG

(OLG Düsseldorf in Rpfleger 2011, 292; Beschluss vom 30.12.2010 – III-4 Ws 623/10)

Wird gegen einen Angekl. in einem **Hauptverhandlungstermin** zwar nach **vollständiger Urteilsverkündung**, aber noch **vor Rechtsmittelbelehrung** ein **Haftbefehl** verkündet, so steht dem **Verteidiger** nach Nr. 4115 W RVG eine **Terminsgebühr mit Zuschlag** zu.

„Nach Vorbem. 4 IV VV RVG **entsteht die (Termins-)Gebühr mit Zuschlag**, wenn sich der **Besch. nicht auf freiem Fuß befindet**. Hierbei **genügt es**, wenn sich der **Besch. zu irgendeinem Zeitpunkt während des fraglichen Hauptverhandlungstermins nicht**

auf freiem Fuß befand. Dies folgt aus der vom Gesetzgeber gewollten Pauschalierung der Gebührentatbestände (OLG Hamm StRR 2009, 39; insoweit auch OLG Celle NStR 2008, 392).

Gem. § 260 I StPO schließt die Hauptverhandlung mit der Verkündung des Urteils. Abgeschlossen ist die Urteilsverkündung mit den letzten Worten der Urteilsgründe. Die Rechtsmittelbelehrung gehört danach nicht mehr zur Hauptverhandlung (Meyer-Großner, StPO, 53. Auflage, § 268 Rn 8).

Anders beurteilt sich die Lage jedoch aus **gebührenrechtlicher Sicht**: Danach **endet die Hauptverhandlung erst nach der Verkündung des Urteils nebst seiner Begründung und weiterhin der vorgeschriebenen Rechtsmittelbelehrung**. Demgemäß entsteht die erhöhte Gebühr auch dann, wenn der Angekl. zwar erst nach der Urteilsverkündung, aber noch vor der Rechtsmittelbelehrung festgenommen wird (ebenso OLG Hamm aaO; Gerold/Schmidt RVG-Kommentar, 18. Auflage, VV RVG Nr. 4108–4111 Rn 7 und Hartmann, Kostengesetze, 40. Auflage, VV RVG Nr. 4108, 4109 Rn 13; a. A. OLG Celle aaO in einem obiter dictum).

Diese Regelung findet ihren Sinn darin, dass der **Verteidiger gehalten ist, den Angekl. auch noch während der Rechtsmittelbelehrung zu begleiten**. Er hat darauf zu achten, dass die Rechtsmittelbelehrung korrekt erfolgt und vom Angekl. auch verstanden wird.“ (OLG Düsseldorf aaO)

GKG **Gegenstandswert im Kündigungsschutzprozess** **GKG**
§§ 42 III 1, 63 **Nichtberücksichtigung weiterer Prozesse**
(BAG in DB 2011, 1172; Beschluss vom 19.10.2010 – 2 AZN 194/10)

Bei der **Bemessung des Gegenstandswerts** eines Kündigungsschutzverfahrens werden **weitere Kündigungsschutzprozesse nicht berücksichtigt**.

- I. Die **Wertberechnung bei Ausspruch mehrerer Kündigungen**, die der Arbeitnehmer in unterschiedlichen Verfahren angegriffen hat, ist in der **Rspr. der Instanzgerichte umstritten**:
- Nach **einer Ansicht** soll grds. für jedes Verfahren der Höchstwert von drei Monatsverdiensten berechnet werden, selbst wenn sich bei einer Bündelung in einem Verfahren ein geringerer Wert ergeben hätte (z. B. LAG Nürnberg LAGE ArbGG 1979 § 12 Streitwert Nr. 78).
 - Nach **anderer Auffassung** soll es keinen Unterschied machen, ob mehrere Kündigungen in einem oder getrennten Verfahren angegriffen werden.

Auch bei getrennter Prozessführung sei darauf abzustellen, ob sich die wirtschaftlichen Interessen, die in den getrennt geführten Prozessen verfolgt werden, teilweise decken. Es könne nicht von der zufälligen Handhabung abhängen, wie sich der Gegenstandswert berechne. Wie bei der Kumulation aller Klageanträge in einem einheitlichen Verfahren sei ein Folgeprozess, der eine von mehreren Kündigungen zum Gegenstand habe, ggf. geringer zu bewerten (ausführlich zum Meinungsstand: GMPM/Germelmann. 7. Aufl., § 12 ArbGG Rn 106 ff.).

II. **BAG aaO schließt sich der erstgenannten Auffassung an.**

„Die **Wertberechnung richtet sich nach dem prozessualen Anspruch**, der in dem jeweiligen Rechtsstreit verfolgt wird. Bestimmend ist der erhobene Antrag. Werden in einer Klage mehrere Kündigungen angegriffen, handelt es sich um **unterschiedliche Streitgegenstände** mit der Folge, dass grds. nach § 45 I 1 GKG eine Addition der Gegenstandswerte vorzunehmen ist. Betreffen die in einer Klage erhobenen Ansprüche allerdings denselben Gegenstand, ist (nur) der Wert des höheren Anspruchs maßgebend, § 45 I 3 GKG.

Ausgehend von diesen Grundsätzen mag in Fällen einer objektiven Häufung mehrerer Kündigungsschutzanträge Berücksichtigung finden, dass sich das **Klageziel in zeitlicher Hinsicht** - ggf. auch nur teilweise - **deckt**. Werden die verschiedenen Kündigungen demgegenüber in unterschiedlichen Prozessen angegriffen, fehlt für eine Anrechnung der jeweiligen Gegenstandswerte eine Rechtsgrundlage (vgl. ErfK/Koch, 10. Aufl., § 12 Rn 16).

Die Frage, ob ein Anwalt durch eine solche Verfahrensgestaltung vermeidbare Kosten verursacht, ist für die Bemessung des Gegenstandswerts ohne Bedeutung.“ (BAG aaO)

GKG KV **Gerichtsgebühr** **GKG**
Nr. 1310 **keine Ermäßigung bei Verfahrenserledigung durch Tod einer Prozesspartei**
(KG in FamRZ 2011, 754; Urteil vom 05.10.2010 – 19 WF 124/10)

Bei einer **Erlidigung des Scheidungsverfahrens durch den Tod eines Ehegatten** tritt eine **Ermäßigung** der Gerichtsgebühren nach Nr. 1310 GKG-KV **nicht ein**.

„Nr. 1311 Nr. 4 GKG KV a. F. regelt ausdrücklich nur den Fall der übereinstimmenden Erlidigungserklärung i. S. von § 91 a ZPO. Um eine solche handelt es sich nicht, vielmehr ist die **Erlidigung gem. § 619 ZPO kraft Gesetzes eingetreten**. Eine **analoge Anwendung von Nr. 1311 Nr. 4 GKG KV a. F. ist nicht gerechtfertigt**, da es an der dafür erforderlichen Rechtsähnlichkeit der Fallgestaltungen fehlt.

Die kraft Gesetzes eingetretene Erlidigung ist mit den Ermäßigungstatbeständen von Nr. 1311 GKG KV nicht vergleichbar. Diesen zugrunde liegt die Prozesshandlung einer Partei, die dazu führt, dass der gerichtliche Aufwand für das Abfassen einer Entscheidung entfällt oder sich zumindest mangels Erforderlichkeit einer Begründung deutlich reduziert. Derartige Verfahrenshandlungen sollen durch die Ermäßigungstatbestände gefördert und honoriert werden (vgl. BVerfG NJW 1999, 3549 zum früheren Nr. 1202 GKG KV). Es gibt aber keinen allgemeinen kostenrechtlichen Grundsatz, dass bei einer Reduzierung des gerichtlichen Aufwands immer eine Gebührenermäßigung eintritt. Wenn ohne Zutun einer Partei eine gerichtliche Entscheidung nicht erforderlich wird, ermäßigen sich auch in anderen Fallgestaltungen die Gerichtsgebühren nach dem GKG nicht. Dies betrifft etwa den Fall, dass ein Rechtsstreit durch den Tod einer Partei gem. § 239 ZPO unterbrochen ist und von keiner Partei aufgenommen wird.“ (OLG München aaO)

(OLG Hamm in NJW 2011, 1520; Beschluss vom 11.01.2011 – 7 U 40/10)

Die **Rechtsfrage**, wer die durch eine zulässige, aber infolge Berufungszurückweisung nach § 522 II ZPO gem. § 524 IV ZPO **wirkungslos gewordene Anschlussberufung entstandenen Kosten zu tragen hat**, ist in der ZPO **nicht ausdrücklich geregelt**, in **höchstrichterlicher Rspr.** wegen der nach geltender Rechtslage (derzeit noch) bestehenden Unanfechtbarkeit des Zurückweisungsbeschlusses ungeklärt und in der obergerichtlichen Rspr. **umstritten**.

- I. Während nach Ansicht der **wohl überwiegenden Mehrheit der OLG** der **Anschlussberufungsführer** die **Kosten des Berufungsverfahrens anteilig im Verhältnis der Werte von Berufung und Anschlussberufung** zu tragen hat, scheidet nach **Ansicht anderer OLG** eine quotale Kostenverteilung mit der Folge aus, dass den **Berufungsführer** die **volle Kostenlast** trifft (vgl. zum Streitstand OLG Stuttgart NJW-RR 2009, 863 m. w. Nachw.).
- II. Nach **st. Rspr. des BGH** (BGH NJW-RR 2007, 786; BGH NJW-RR 2006, 1147) sind einem **Berufungskläger** die **Kosten einer zulässig erhobenen Anschlussberufung aufzuerlegen**, wenn diese nach § 524 IV ZPO durch eine Rücknahme der Berufung wirkungslos geworden ist. Diese Kostenregelung gilt auch dann, wenn die Berufung nach einem Hinweis gem. § 522 II ZPO zurückgenommen wird (so ausdrücklich BGH NJW-RR 2006, 1147).

Der BGH begründet dies damit, dass auch in diesem Fall das Rechtsmittel durch eine im Belieben des Berufungsklägers stehende Prozesshandlung ohne gerichtliche Sachentscheidung hinfällig wird. Insoweit könne für die Berufungsrücknahme nach einem Hinweis gem. § 522 II ZPO nicht anderes gelten als in Fällen der Berufungsrücknahme nach einem nicht unter den Voraussetzungen des § 522 II ZPO ergangenen Hinweis auf die mangelnde Erfolgsaussicht oder nach Versagung der für die Berufung beantragten Prozesskostenhilfe mangels hinreichender Erfolgsaussicht. Auch in diesen Fällen treffe den Berufungskläger gem. § 516 III 1 ZPO die volle Kostenlast.

- III. Für den Fall, dass der Berufungsführer die Berufung nach einem gerichtlichen Hinweis auf die fehlende Erfolgsaussicht seines Rechtsmittels nicht zurücknimmt, sondern sich schlicht dafür entscheidet, stattdessen einen **Zurückweisungsbeschluss nach § 522 II ZPO** ergehen zu lassen, kann nach Auffassung des OLG Hamm aaO kostenmäßig nichts anderes gelten, denn auch in diesem Fall verliert die Anschlussberufung ebenso wie bei der Berufungsrücknahme nach § 524 IV ZPO ihre Wirkung.

1. Allein der Umstand, dass der Berufungskl. es trotz Hinweises auf die Aussichtslosigkeit seiner Berufung auf eine gerichtliche Entscheidung gem. § 522 II ZPO hat ankommen lassen, ist aus Sicht des Senats **kein sachlicher Grund, ihn durch eine Kostenquotelung zu Lasten des Anschlussberufungskl.** im Beschluss nach § 522 II ZPO **kostenrechtlich besser als im Fall der Berufungsrücknahme zu stellen** (so schon OLG Hamm BeckRS 2008, 15393 m. w. Nachw.).

*„Der daraus folgenden Entscheidung des Senats, die Fälle der Berufungsrücknahme und des Zurückweisungsbeschlusses im Verfahren nach § 522 II ZPO hinsichtlich der Verteilung der Kosten der Anschlussberufung gleich zu behandeln, steht die Entscheidung des Großen Senats des BGH (BGHZ 80, 146 = NJW 1981, 1790) zur Kostenverteilung im Falle der Nichtannahme der Hauptrevision nach § 554b ZPO a.F. nicht entgegen. Danach rechtfertigt sich die kostenmäßige Ungleichbehandlung in den Fällen der Revisionsrücknahme und der Ablehnung der Revisionsannahme dadurch, dass im letzteren Fall die (damals noch geltende) **unselbstständige Anschlussrevision durch eine gerichtliche Sachentscheidung**, nicht aber durch eine im Belieben des Revisionsklägers stehende und vom Gegner nicht beeinflussbare Prozesshandlung **wirkungslos** wurde. Komme es auf Grund einer Entscheidung des RevGer. über die Nichtannahme der Revision nicht zu einer sachlichen Prüfung des Rechtsschutzbegehrens des Anschlussrevisionsklägers, bestehe **kein Anlass, dem Anschlussrevisionsklägers sein bei Einlegung seines Rechtsmittels eingegangenes Risiko, mit seinem Rechtsschutzbegehren nur dann zum Zuge zu kommen, wenn die Annahme der Revision nicht abgelehnt werde, kostenmäßig abzunehmen.**“ (OLG Hamm aaO)*

2. Die **Argumentation des BGH lässt sich** nach Ansicht des OLG Hamm aaO **nicht auf das Verfahren nach § 522 II ZPO übertragen**.

„Anders als beim früheren Revisionsannahmeverfahren ist gem. § 522 II ZPO auf die beabsichtigte Zurückweisung der Berufung und die Gründe hierfür, verbunden mit einer Frist zur Stellungnahme, hinzuweisen. Gerade dieser Hinweis eröffnet es dem Berufungskl. darüber zu entscheiden, wie das aus Sicht des Gerichts aussichtslose Berufungsverfahren seinen Abschluss finden soll – entweder durch Rücknahme der Berufung oder durch den bereits angekündigten Zurückweisungsbeschluss. Folglich steht es also auch allein im Belieben des Berufungskl., auf welche Art und Weise die Anschlussberufung letztlich wirkungslos werden soll. In einer solchen Situation kann nicht davon ausgegangen werden, dass sich durch die gerichtliche Entscheidung ein eingegangenes Prozessrisiko des Anschlussberufungskl. realisiere. Vielmehr entscheidet allein der Berufungskl. darüber, ob er Einwendungen gegen den Hinweisbeschluss geltend machen will, ob er untätig bleibt oder ob er die Berufung zurücknimmt. Gleich wie er sich entscheidet, realisiert sich jedenfalls sein Prozessrisiko, das er durch die Einlegung der aussichtslosen Berufung eingegangen ist.

*Nimmt der Berufungskl. seine Berufung nicht zurück, obwohl er entweder gar keine oder zumindest nach einstimmiger Auffassung des Senats keine entscheidenden Argumente gegen die beabsichtigte Zurückweisung der Berufung vorzubringen vermag, kann dies auch deshalb **nicht zu seiner kostenmäßigen Privilegierung in Form der nur quotalen Kostenhaftung** führen, weil er durch seine Entscheidung, einen Beschluss nach § 522 II ZPO ergehen zu lassen, die Kosten des Berufungsverfahrens erhöht. Nimmt der Berufungsführer nach einem Hinweis auf die mangelnde Erfolgsaussicht seiner Berufung sein Rechtsmittel zurück, so reduziert er hierdurch nämlich den Anfall von Gerichtsgebühren im Vergleich zur Zurückweisung durch Beschluss um die Hälfte (nämlich von der vierfachen auf die zweifache Gebühr; vgl. KV 1220 und 1222 der Anlage 1 zum GKG). Eine **quotale Kostenverteilung wäre** – je nach Sichtweise – insoweit **gleichbedeutend mit einer Belohnung oder dem Preis für die Steigerung der Verfahrenskosten**.*

Eine solche Kostenquotelung hätte nicht zuletzt auch zur Folge, dass der Prozessbevollmächtigte des Berufungskl. stets im Rahmen der von ihm geschuldeten Rechtsberatung zu prüfen hätte, welche der beiden Alternativen – also Berufungsrücknahme (= Ermäßigung der Gerichtsgebühren von vier auf zwei, aber Belastung mit den vollen außergerichtlichen

Kosten) oder Beschluss nach § 522 II ZPO (zwar Anfall von vier Gerichtsgebühren, aber nur quotale Kostenbelastung nach dem Verhältnis der Werte von Berufung und Anschlussberufung) – im konkreten Einzelfall die kostengünstigere für seinen Mandanten wäre. Können oder sollen gegen den für den Berufungsführer negativ ausgefallenen gerichtlichen Hinweis zur Rechtslage keine stichhaltigen Einwendungen erhoben werden, so wird der Rechtsanwalt seinem Mandanten die kostengünstigere der beiden Möglichkeiten zur Beendigung des Berufungsverfahrens empfehlen müssen, um sich nicht selbst in Regressgefahr zu bringen (vgl. hierzu Rinsche/Fahrendorf/Terbille, Haftung des Rechtsanwalts, Rn 1486).“ (OLG Hamm aaO)

3. **OLG Hamm aaO** kommt daher zu dem **Ergebnis**, dass **der Berufungskläger**, wenn seine Berufung nach § 522 II ZPO zurückgewiesen wird, **auch die Kosten der zulässig erhobenen, aber gem. § 524 IV ZPO wirkungslos gewordenen Anschlussberufung zu tragen hat.**

FamFG
§§ 58, 113 I, 243

Kostenentscheidung in Unterhaltssache keine isolierte Anfechtbarkeit

FamFG

(OLG Oldenburg in FamRZ 2011, 578; Beschluss vom 08.10.2010 – 4 WF 226/10)

Da sich das Beschwerdeverfahren in Verfahren in Unterhaltssachen nach der ZPO und nicht nach §§ 58 ff. FamFG richtet, ist die **Kostenentscheidung in Unterhaltssachen grds. nicht isoliert anfechtbar.**

- I. Grds. ist gegen sämtliche Endentscheidungen der Familiengerichte die Beschwerde nach **§ 58 FamFG** statthaft. Allerdings hat diese Norm einen **subsidiären Charakter** und kann nur dann angewendet werden, wenn durch Gesetz nichts anderes bestimmt ist.

„Die Verweisungsnorm des § 113 I FamFG sieht für Familienstreitsachen, zu denen die hier zur Entscheidung vorliegende Unterhaltssache gem. §§ 112 Nr. 1, 231 I FamFG gehört, eine andere Regelung vor. Sie verweist unter ausdrücklichem Ausschluss der Kostenregelungen des FamFG (§ 113 I 1 i. V. mit §§ 80 – 85 FamFG) auf die Kostenregelungen der ZPO, soweit sie sich in den allgemeinen Vorschriften oder in den Vorschriften über das Verfahren vor den Landgerichten befinden, § 113 I 2 FamFG.“ (OLG Oldenburg aaO)

- II. Für Familienstreitsachen nach § 112 Nr. 2 und 3 FamFG, also für dort genannte Güterrechtssachen und sonstige Familiensachen nebst den entsprechenden Lebenspartnerschaftssachen ist dieser Weg in die Vorschriften der ZPO über das Kostenrecht bislang, soweit ersichtlich, nicht kontrovers diskutiert worden.

Allein bei den Unterhaltssachen, für die als Familienstreitsachen ebenfalls über § 113 I FamFG die Vorschriften der ZPO gelten, ist es **umstritten, ob es durch die Regelung des § 243 FamFG zu einer umfassenden Verdrängung der Kostenregelungen der ZPO kommt**, mit der Folge, dass sich auch das Beschwerderecht nach §§ 58 ff. FamFG richtet.

- für die Anwendung der §§ 58 ff. FamFG insbes.: OLG Oldenburg NJW 2010, 2815 m. w. Nachw.; FamRZ 2010, 1693
- für die Anwendung der Vorschriften der ZPO insbes.: KG NJW 2010, 3588; Zöller/Herget/Lorenz, ZPO, 28. Aufl., § 243 FamFG Rn 9 m. w. Nachw.

Die **Unterschiede sind gravierend**: Während das Beschwerderecht nach der ZPO die Einzelrichterzuständigkeit und insbes. eine zweiwöchige Beschwerdefrist vorsieht, dafür aber eine geringere Beschwer von lediglich 200 € erfordert, gilt für die Beschwerde nach dem FamFG eine einmonatige Frist und ein Beschwerdewert von 600 € bei Zuständigkeit des Senats. Hinzu kommt, dass der Bf. seine Beschwerde gem. § 117 FamFG begründen und einen Sachantrag stellen muss. Darüber hinaus wäre bei einer Anwendung der ZPO über § 99 I ZPO grds. eine isolierte Anfechtung der Kostenentscheidung unzulässig, während im FamFG für die Nichtfamilienstreitsachen eine isolierte Anfechtung der Kostenentscheidung möglich ist, nachdem die § 99 I ZPO entsprechende Vorschrift des § 20 a FGG willentlich nicht in das FamFG übernommen worden ist. Der Gesetzgeber begründet diese Eröffnung des Rechtswegs für Nichtfamilienstreitsachen damit, dass sich die Kostenlast nunmehr nach § 81 II FamFG am Verfahrensverhalten der Bet. orientiere (BT-Dr 16/6308, S. 216).

- III. **OLG Oldenburg aaO** vertritt die Auffassung, dass die **Vorschriften über das Beschwerdeverfahren nach der ZPO nicht durch die Regelung des § 243 bzw. der §§ 58 ff. FamFG in Unterhaltssachen verdrängt** werden.

1. Im Falle einer Anwendung der ZPO über § 113 I FamFG **richtet sich auch das Beschwerdeverfahren nach den Vorschriften der ZPO**. Etwas anderes folgt nicht etwa bereits daraus, dass § 113 I FamFG nur auf die ersten zwei Bücher der ZPO verweist, etwa in dem Sinne, dass damit das im dritten Buch enthaltene Rechtsmittelrecht komplett ausgeschlossen sein sollte.

„Dies widerspräche dem gesetzgeberischen Willen (BT-Dr 16/12717, S. 60) und führte zu Regelungslücken, etwa mit Blick auf die Beschwerde im Verfahrenskostenhilfeverfahren in Familienstreitsachen, für die § 76 II FamFG nicht gilt.“ (OLG Oldenburg aaO)

2. Auch **§ 243 FamFG steht** der Anwendung des Beschwerderechts nach der ZPO **nicht entgegen**.

„Dem Wortlaut des § 243 FamFG kann nicht entnommen werden, dass auch die Regelungen der ZPO über die Anfechtung der Kostenentscheidung ausgeschlossen und dem Rechtsmittelrecht des FamFG unterstellt werden sollen. Der Begriff der „Kostenverteilung“ ist sprachlich eindeutig. Er bezieht sich auf die Quote, mit der die Bet. mit den Verfahrenskosten belastet werden sollen.“ (OLG Oldenburg aaO)

3. Dies entspricht auch dem **Willen des Gesetzgebers**.

„Die Vorschrift soll bei der Kostenverteilung über den gesetzlichen Regelungsrahmen der §§ 91 ff. ZPO hinaus gehen. Sie führt deren Grundgedanken nur noch als Abwägungskriterien an und räumt dem Gericht bei der Kostenentscheidung einen sehr viel weiteren Gestaltungsspielraum ein. Kostenentscheidungen sollen generell „flexibler und weniger formal“

gehandhabt werden (BT-Dr 16/6308, S. 259). Eine Anfechtung der Kostenentscheidung sollte nach den Vorstellungen des Rechtsausschusses weiterhin über die Vorschriften der ZPO möglich sein (BT-Dr 16/12717, S. 60). In der Beschlussempfehlung vom 22.04.02008 wird ausdrücklich ausgeführt, dass von einer klarstellenden Regelung zu der aus der richterlichen Praxis gestellten Frage, ob Entscheidungen, die in Ehesachen und Familienstreitsachen über die Verteilung der Kosten nach übereinstimmender Erledigungserklärung bzw. nach Rücknahme des Antrags ergehen, mit der Beschwerde nach § 58 FamFG oder mit der sofortigen Beschwerde anfechtbar seien, abgesehen wurde. Zur Begründung wird angegeben, die Antwort auf diese Frage ließe sich unmittelbar aus dem Gesetz entnehmen. Bei den genannten Entscheidungen handele es sich um Endentscheidungen i. S. des § 38 I 1 FamFG, gegen die nach § 58 I FamFG die Beschwerde statfinde, sofern durch Gesetz nichts anderes bestimmt sei. Diese Subsidiaritätsklausel greife hier ein, denn über § 113 I 2 FamFG gelangten in den genannten Fallgruppen § 91 a II ZPO und § 269 V ZPO zur Anwendung, die als statthaftes Rechtsmittel ausdrücklich die sofortige Beschwerde nach §§ 567 ff. ZPO bestimmten.“ (OLG Oldenburg aaO)

4. Auch die **systematische Auslegung** des § 243 FamFG gibt für eine Verdrängung des ZPO-Beschwerderechts nichts her: § 243 FamFG ist die spezialgesetzliche Kostenverteilungsnorm für unterhaltsrechtliche Familienstreitsachen. Dies folgt aus ihrer Stellung im Gesetz.

„Bei einer Anwendung des § 243 FamFG als allein **spezialgesetzliche Norm für die Kostenverteilung** wird sowohl inhaltlich als auch verfahrensrechtlich das **bestehende System beibehalten**.

Inhaltlich ist die vorgesehene **Billigkeitsabwägung** den zivilprozessualen Kostenvorschriften nicht fremd. Insbesondere § 91 a ZPO und § 269 ZPO lassen diese zu. In der Vergangenheit hatte gerade der für das Unterhaltsverfahren maßgebliche § 93 d ZPO bereits die **Klammerfunktion des § 243 FamFG**. Er ließ sowohl bei isoliert unanfechtbaren, als auch bei isoliert anfechtbaren Kostenentscheidungen Billigkeitserwägungen einfließen, ohne selbst ein Rechtsmittel gegen die Entscheidung zu eröffnen (Zöller/Herget, ZPO, 27. Aufl., § 93d Rn 4). Diese, konsequenterweise zum 01.09.2009 aufgehobene Norm findet nun ihre Fortsetzung in § 243 S. 2 Nr. 2 FamFG.

Bezogen auf das Verfahrensrecht bestätigt ein Verbleib bei den differenzierten Anfechtungsmöglichkeiten der ZPO das System: Das **Kostenrecht der ZPO und mit ihm das Kostenrecht der Familiensachen**, die verfahrensrechtlich sich traditionell überwiegend nach den Vorschriften der ZPO regeln, also den jetzigen Familienstreitsachen, **sieht grds. keine isolierte Anfechtung von Kostenentscheidungen vor**. Durch die Schaffung einer solchen Möglichkeit würde dieses System durchbrochen und nur für einen Teil der Familienstreitsachen, nämlich den Unterhaltssachen eine Anfechtungsmöglichkeit wie bei Nichtfamilienstreitsachen gegeben.

Ein solcher Systemwechsel ist in Ansehung des **gesetzgeberischen Willens**, nämlich Abkehr von § 20 a FGG mit seiner **grds. Unanfechtbarkeit isolierter Kostenentscheidung bei Nichtfamilienstreitsachen**, hin zu einem isolierten Beschwerderecht nach § 58 FamFG, nicht erforderlich: Den Anstoß für die Eröffnung dieser Rechtsschutzmöglichkeit hat § 81 II FamFG und nicht die Billigkeitsregel des § 81 I FamFG gegeben. Die letztgenannte Norm setzt die alte Regelung des § 13 a I 1 FGG in sogar eingeschränktem Maße fort und hätte für sich genommen keine Rechtfertigung gegeben, die Regelung des § 20 a FGG im FamFG nicht fortzuschreiben. § 81 II FamFG führt in seinen Nr. 1 bis 5 hingegen in Erweiterung des § 13 a I 2 FGG konkrete Verhaltensweisen der Bet. auf, die kostenmäßig sanktioniert werden können. Voraussetzung dafür ist ein gewisser Verschuldensgrad der Bet. Eine Vorschrift mit einem solchen **Sanktionscharakter** geht damit weit über das bisherige Kostenrecht, insbesondere der ZPO hinaus. Die **Regelungen unterscheiden sich damit maßgeblich von § 243 FamFG**. Hier werden Umstände aufgezählt, die weitestgehend bereits in der bis zum 01.09.2009 geltenden ZPO vorgesehen waren bzw. es heute noch sind. § 243 S. 2 Nr. 1 FamFG folgt grds. der Überlegung aus § 92 I 1 ZPO. Dabei bleibt festzuhalten, dass die Dauer der Unterhaltsverpflichtung auch bereits in der Vergangenheit kostenmäßig mit erfasst werden musste. Während Nr. 2 dem bisherigen § 93 d ZPO entspricht, bezieht sich Nr. 4 bereits ihrem Wortlaut nach auf § 93 ZPO. Allein die Nr. 3 bildet einen neuen Regelungstatbestand. Dieser stellt eine Fortbildung der vorprozessualen Auskunft- und Belegvorlagepflicht dar und lehnt sich folglich an § 93 d ZPO a. F. an.“ (OLG Oldenburg aaO)

BerHG
§ 9 S. 1

mat.-rechtl. Kostenerstattung trotz Beratungshilfeanspruchs

BerHG

(BGH in MDR 2011, 697; Urteil vom 24.02.2011 – VII ZR 169/10)

Ein **materiell-rechtlicher Kostenerstattungsanspruch** auf Ersatz der vorgerichtlich angefallenen Geschäftsgebühr **scheidet auch dann nicht aus, wenn der Kl. für die außergerichtliche Wahrnehmung seiner Interessen Beratungshilfe hätte in Anspruch nehmen können**.

„Der **Schuldner soll nach der gesetzlichen Wertung keinen Vorteil aus der Möglichkeit einer Beratungshilfe ziehen** soll. Nach der Begründung des Entwurfs zum BerHG soll der Gegner des Rechtsuchenden, der gesetzlich verpflichtet ist, diesem die Kosten der Verfolgung seiner Rechte, etwa als Verzugsschaden, zu ersetzen, keinen Nutzen daraus ziehen, dass durch den Einsatz öffentlicher Mittel die Rechtsverfolgung verbilligt worden ist (BR-Drucks. 8/3311, S. 15). Aus diesem Grund hat der Gegner des Rechtsuchenden die gesetzliche Vergütung für die Tätigkeit des Rechtsanwalts zu zahlen, wenn er verpflichtet ist, dem Rechtsuchenden die Kosten der Wahrnehmung der Rechte zu ersetzen, § 9 S. 1 BerHG. Es besteht Einigkeit, dass mit der gesetzlichen Vergütung diejenige Vergütung gemeint ist, die sich aus den Regelgebühren ergibt und nicht etwa die Vergütung, die im Rahmen der Beratungshilfe entsteht (Gerold/Schmidt-Mayer, RVG, 19. Aufl., VV 2500-2508, Rn 19; Bischoff, RVG, 4. Aufl., Vorbem. 2.5 VV Rn 63; Mayer/Kroiß, RVG, 4. Aufl., § 44 Rn 39; Lindemann/Trenk-Hinterberger, BerHG, § 9 Rn 1; Schoreit/Dehn, Beratungshilfe/Prozesskostenhilfe, 6. Aufl., § 9 Rn 1; Schaich AnwBl. 1981, 4; Hansens JurBüro 1986, 349).

Danach **kann nicht angenommen werden, dass die Beauftragung eines Rechtsanwalts außerhalb der Beratungshilfe ein Verstoß gegen die Schadensminderungspflicht ist**. Auch entfällt bei wertender Betrachtung nicht der Zurechnungszusammenhang zwischen dem Verzug eines Schuldners und dem Schaden, der einem Gläubiger durch die Bezahlung der gesetzlichen Vergütung an den Anwalt entstanden ist, obwohl die Möglichkeit bestanden hätte, Beratungshilfe in Anspruch zu nehmen.“ (BGH aaO)

Aus der Praxis

BORA
§ 32

Mandatsvertrag Übernahme durch neu gegründete Sozietät

RA/Nt

(OLG Hamm in NJW 2011, 1606; Urteil vom 22.02.2011 – 28 U 49/10)

Wird einem Mandanten **bei Auflösung einer Anwaltssozietät** in einem Mandantenrundsreiben gem. § 32 BORA die **Mandatsübernahme durch die bisherige Mandatsbearbeiterin** in einer **neu gegründeten Sozietät** angeboten, und bittet der Mandant diese daraufhin, das Mandat weiter zu betreuen, ist i. d. R. **keine Mandatskündigung** gewollt, **sondern eine Übernahme des Anwaltsvertrags durch die Neusozietät**.

- I. **Nach Auflösung einer Anwaltssozietät** in der Form der GbR besteht der **Anwaltsvertrag mit der Liquidationsgesellschaft fort**, sofern keine anderweitigen Abreden getroffen werden.

OLG Hamm NZG 1999, 67; Timm/Schöne, BeckOK-BGB, Stand: Okt. 2007, § 705 Rn 183; Henssler/Prütting, BRAO, 3. Aufl., § 32 BORA Rn; Hülsmann NZG 2001, 625; Westermann AnwBl 2007, 103; Römermann NJW 2007, 2209

„Einer (oder mehrere) der bisherigen Sozien (oder Schein-Sozien) kann bzw. können im Wege der **Vertragsübernahme** in den Rechtsanwaltsvertrag eintreten (Henssler/Prütting, § 32 BORA Rn 7). Die rechtsgeschäftliche Übertragung eines ganzen Schuldverhältnisses ist in der Weise rechtlich möglich und zulässig, dass eine neue Vertragspartei an die Stelle des bisherigen Vertragspartners tritt (BGHZ 44, 229 = NJW 1966, 499; Palandt/Grüneberg, BGB, 70. Aufl., § 398 Rn 41 m. w. Nachw.).

Eine Vertragsübernahme lässt sich nicht in eine Vertragskündigung und Neuabschluss des betreffenden Vertrags zerlegen; die **Vertragsübernahme** wird vielmehr nach allgemeiner Auffassung in Rspr. und Schrifttum als **einheitliches Geschäft** angesehen (BGHZ 96, 302 = NJW 1986, 2916; MüKo-BGB/Möschel, 5. Aufl., vor § 414 Rn 8). In einem Mandantenrundsreiben kann somit das Angebot an den Mandanten liegen, dass dieser der Übernahme des Anwaltsvertrags zustimmt. Antwortet der Mandant auf die Befragung mit der Wahl eines der Sozien, so liegt darin die Annahme des Angebots zur Vertragsübernahme. Es kommt dann nicht zur Kündigung nach § 627 BGB (Henssler/Prütting, § 32 BORA Rn 7).“ (OLG Hamm aaO)

- II. Eine **Vertragsübernahme ist interessengerecht** und entspricht auch dem **Zweck des § 32 BORA**.

„Bei Auflösung einer Sozietät haben die Sozien mangels anderer vertraglicher Regelung jeden Mandanten darüber zu befragen, wer künftig seine laufenden Sachen bearbeiten soll (§ 32 I 1 BORA). Kommt eine Verständigung der bisherigen Sozien über ein solches Rundschreiben nicht zu Stande, **darf jeder der bisherigen Sozien einseitig die Entscheidung der Mandanten einholen** (§ 32 I 3 BORA).

Nicht jede Erklärung des Mandanten auf eine solche Befragung ist indes zwangsläufig als Kündigung des Mandats auszulegen. Das gilt umso mehr, weil eine Kündigung des Mandatsverhältnisses regelmäßig nicht der **Interessenlage des Mandanten** entspricht (Gaier/Wolf/Göcken, Anwaltliches BerufsR, 2010, § 59a BRAO/§ 32 BORA Rn 164). Kündigen kann der Mandant nämlich oft nur um den Preis vergütungsrechtlicher Nachteile (Koch/Kilian, Anwaltliches BerufsR, 2007, Rn B 969).

Es gilt jedoch der Grundsatz, dass empfangsbedürftige Willenserklärungen möglichst nach beiden Seiten hin interessengerecht auszulegen sind (BGHZ 184, 128 = NJW 2010, 2422). Eine Auslegung als Kündigung würde hingegen einseitig die Interessen der Anwälte an vergütungsrechtlichen Vorteilen berücksichtigen. § 32 BORA dient aber gerade dazu, dass das Mandat durch den bisherigen Sachbearbeiter fortgeführt wird, ohne den formalen Weg der Kündigung gem. § 627 BGB zu beschreiten (Koch/Kilian, Rn B 969). Das darauf zugeschnittene Rechtsinstitut ist die Vertragsübernahme; Abweichungen hiervon müssen deutlich zum Ausdruck gebracht werden.“ (OLG Hamm aaO)

BNotO
§ 5

Zugang zum Notariat darf nicht an Staatsangehörigkeit geknüpft werden

(EuGH in BeckRS 2011, 80894; Urteil vom 24.05.2011 – C-54/08)

RA/Nt

Das **Staatsangehörigkeitserfordernis des § 5 BNotO** für den Zugang zum Notarberuf **stellt** eine durch den EG-Vertrag **verbotene Diskriminierung aufgrund der Staatsangehörigkeit dar**.

- I. Der **Begriff der Niederlassung i. S. des Art. 43 RG** ist ein sehr weiter Begriff, der die Möglichkeit für einen Unionsangehörigen impliziert, in stabiler und kontinuierlicher Weise am Wirtschaftsleben eines anderen Mitgliedstaats als seines Herkunftsmitgliedstaats teilzunehmen und daraus Nutzen zu ziehen, wodurch die wirtschaftliche und soziale Verflechtung innerhalb der EU im Bereich der selbstständigen Tätigkeiten gefördert wird.

1. Die **Niederlassungsfreiheit**, die den Angehörigen eines Mitgliedstaats im Gebiet eines anderen Mitgliedstaats zuerkannt wird, **umfasst u. a. das Recht zur Aufnahme und Ausübung selbstständiger Erwerbstätigkeiten** nach den Rechtsvorschriften, die im Mitgliedstaat der Niederlassung für dessen eigene Angehörigen. Art. 43 EG verbietet also jedem Mitgliedstaat, in seinen Rechtsvorschriften in Bezug auf Personen, die von der Freiheit, sich in diesem Staat niederzulassen, Gebrauch machen, für die Ausübung ihrer Tätigkeit andere als die für seine eigenen Staatsangehörigen festgelegten Bedingungen vorzusehen.
2. **Art. 43 EG soll** somit die **Vergünstigung der Inländerbehandlung jedem Staatsangehörigen eines Mitgliedstaats garantieren**, der sich in einem anderen Mitgliedstaat niederlässt, um dort eine selbständige Erwerbstätigkeit auszuüben, und **untersagt jede Diskriminierung aufgrund der Staatsangehörigkeit**, die sich aus den nationalen Rechtsvorschriften als Beschränkung der Niederlassungsfreiheit ergibt.

- II. Durch **§ 5 BNotO** wird aber der **Zugang zum Beruf des Notars den deutschen Staatsangehörigen vorbehalten**; sie schaffen damit eine **Ungleichbehandlung aufgrund der Staatsangehörigkeit**, die grds. nach Art. 43 EG verboten ist.

Fraglich ist jedoch, **ob die notariellen Tätigkeiten vom Anwendungsbereich des Art. 43 EG ausgenommen sind**, da sie i. S. von Art. 45 I EG mit der **Ausübung öffentlicher Gewalt** verbunden seien.

Es ist daher zunächst die **Tragweite des Begriffs der Ausübung öffentlicher Gewalt** i. S. der letztgenannten Vorschrift zu prüfen und dann zu klären, ob die den Notaren nach der deutschen Rechtsordnung übertragenen Tätigkeiten unter diesen Begriff fallen.

1. Was den Begriff „Ausübung öffentlicher Gewalt“ i. S. von Art. 45 I EG angeht, ist bei seiner Würdigung nach st. Rspr. zu berücksichtigen, dass den anerkannten Ausnahmen vom Grundsatz der Niederlassungsfreiheit durch die genannte Bestimmung dem Unionsrecht eigene Grenzen gesetzt werden, um zu verhindern, dass der Vertrag durch einseitige Maßnahmen der Mitgliedstaaten seiner praktischen Wirksamkeit in diesem Bereich beraubt wird.
2. Nach ebenfalls st. Rspr. stellt **Art. 45 I EG** eine **Ausnahme von der Grundregel der Niederlassungsfreiheit** dar. Als solche ist er so auszulegen, dass sich seine Tragweite auf das beschränkt, was zur Wahrung der Interessen, deren Schutz diese Bestimmung den Mitgliedstaaten erlaubt, unbedingt erforderlich ist.

Ferner hat der EuGH wiederholt hervorgehoben, dass die in Art. 45 I EG vorgesehene **Ausnahmeregelung auf Tätigkeiten beschränkt** werden muss, **die als solche unmittelbar und spezifisch mit der Ausübung öffentlicher Gewalt verbunden sind**.

Dabei hat der EuGH ausgeführt, dass von der in Art. 45 I EG vorgesehenen Ausnahmeregelung bestimmte Hilfs- oder Vorbereitungstätigkeiten für die Ausübung öffentlicher Gewalt ausgenommen sind sowie bestimmte Tätigkeiten, deren Ausübung – auch wenn sie Kontakte, die regelmäßig oder organisch in das Verfahren eingebettet sein können, mit Verwaltungsbehörden oder Gerichten oder sogar einen, möglicherweise obligatorischen, Beitrag zur Erfüllung ihrer Aufgaben umfasst – die Beurteilungs- oder Entscheidungsbefugnisse dieser Behörden oder Gerichte unberührt lässt oder auch bestimmte Tätigkeiten, die nicht die Ausübung von Entscheidungsbefugnissen oder Zwangsbefugnissen oder den Einsatz von Zwangsmitteln.

3. Ausschlaggebend ist daher, ob die den Notaren in der deutschen Rechtsordnung übertragenen Tätigkeiten unmittelbar und spezifisch mit der Ausübung öffentlicher Gewalt verbunden sind.
 - a) Die als Erstes zu prüfende **Haupttätigkeit der Notare** besteht nach der deutschen Rechtsordnung darin, **öffentliche Urkunden in der gesetzlichen Form zu erstellen**. Dabei muss der Notar u. a. prüfen, ob alle gesetzlichen Voraussetzungen für die Erstellung der Urkunde erfüllt sind, denn die öffentliche Urkunde besitzt Beweiskraft und ist vollstreckbar.

„Hierzu ist hervorzuheben, dass nach den deutschen Rechtsvorschriften Akte oder Verträge, denen sich die Parteien freiwillig unterworfen haben, beurkundet werden. Die Parteien entscheiden nämlich, innerhalb der gesetzlich vorgegebenen Grenzen, selbst über den Umfang ihrer Rechte und Pflichten und können die Bestimmungen, denen sie sich unterwerfen wollen, frei wählen, wenn sie dem Notar einen Akt oder einen Vertrag zur Beurkundung unterbreiten. Dessen Tätigwerden setzt daher voraus, dass zuvor eine Einigung oder Willensübereinstimmung der Parteien zustande gekommen ist. Außerdem darf der Notar den von ihm zu beurkundenden Vertrag nicht ohne vorherige Einholung der Zustimmung der Parteien einseitig ändern.“

Die Beurkundungstätigkeit der Notare ist somit als solche nicht i. S. von Art. 45 I EG mit einer unmittelbaren und spezifischen Ausübung öffentlicher Gewalt verbunden.“ (EuGH aaO)

- b) Dass bei bestimmten Akten oder Verträgen eine Beurkundung zwingende Voraussetzung ihrer Wirksamkeit ist, kann dieses Ergebnis nicht in Frage stellen.

„Es ist nämlich nicht ungewöhnlich, dass die Gültigkeit verschiedener Akte nach den nationalen Rechtsordnungen und unter den vorgesehenen Modalitäten Formerfordernissen oder zwingenden Validierungsverfahren unterliegt. Dieser Umstand reicht daher nicht aus, um die von der Bundesrepublik Deutschland vertretene These zu untermauern.“ (EuGH aaO)

- c) Auch die **Pflicht der Notare, vor der Beurkundung** eines Akts oder eines Vertrags **zu prüfen, ob alle gesetzlich vorgeschriebenen Voraussetzungen** für das Zustandekommen dieses Akts oder Vertrags **erfüllt sind**, und, wenn dies nicht der Fall ist, die Beurkundung zu verweigern, ist **nicht geeignet, das vorstehende Ergebnis in Frage zu stellen**.

*„Zwar verfolgt der Notar bei dieser Prüfung das im **Allgemeininteresse** liegende Ziel, die **Rechtmäßigkeit** und die **Rechtssicherheit** von Akten zwischen Privatpersonen zu gewährleisten. Die bloße Verfolgung dieses Ziels kann es jedoch nicht rechtfertigen, die dafür erforderlichen Vorrechte Notaren mit der Staatsangehörigkeit des betreffenden Mitgliedstaats vorzubehalten.“*

Dass in Verfolgung eines im Allgemeininteresse liegenden Ziels gehandelt wird, genügt für sich genommen nicht, um eine bestimmte Tätigkeit als unmittelbar und spezifisch mit der Ausübung öffentlicher Gewalt verbunden einzustufen. Es steht nämlich fest, dass die im Rahmen verschiedener reglementierter Berufe ausgeübten Tätigkeiten nach den nationalen Rechtsordnungen häufig die Pflicht der sie ausübenden Personen einschließen, ein solches Ziel zu verfolgen, ohne dass diese Tätigkeiten deshalb mit der Ausübung öffentlicher Gewalt verbunden sind.“

Dass mit den notariellen Tätigkeiten im Allgemeininteresse liegende Ziele verfolgt werden, die insbes. dazu dienen, die Rechtmäßigkeit und die Rechtssicherheit von Akten zwischen Privatpersonen zu gewährleisten, stellt allerdings einen zwingenden Grund des Allgemeininteresses dar, der etwaige Beschränkungen von Art. 43 EG rechtfertigen kann, die sich aus den Besonderheiten der notariellen Tätigkeit ergeben, wie etwa den für die Notare aufgrund der

Verfahren zu ihrer Bestellung geltenden Vorgaben, der Beschränkung ihrer Zahl und ihrer örtlichen Zuständigkeit oder auch der Regelung ihrer Bezüge, ihrer Unabhängigkeit, der Unvereinbarkeit von Ämtern und ihrer Unabsetzbarkeit, soweit diese Beschränkungen zur Erreichung der genannten Ziele geeignet und erforderlich sind.

Es trifft auch zu, dass der Notar die Beurkundung eines Akts oder eines Vertrags, der nicht die gesetzlich vorgeschriebenen Voraussetzungen erfüllt, unabhängig vom Willen der Parteien verweigern muss. Nach einer solchen Weigerung steht es den Parteien jedoch frei, die festgestellte Regelwidrigkeit abzustellen, die Bestimmungen des fraglichen Akts oder Vertrags zu ändern oder auf diesen Akt oder Vertrag zu verzichten.“ (EuGH aaO)

- d) Was die **Beweiskraft und die Vollstreckbarkeit notarieller Urkunden** anbelangt, so verleihen sie diesen Urkunden unbestreitbar bedeutsame Rechtswirkungen. Dass eine bestimmte Tätigkeit die Erstellung von Urkunden umfasst, die mit solchen Wirkungen ausgestattet sind, **reicht jedoch nicht aus, um diese Tätigkeit als i. S. von Art. 45 I EG unmittelbar und spezifisch mit der Ausübung öffentlicher Gewalt verbunden einzustufen.**

„Insbes. in Bezug auf die Beweiskraft einer notariellen Urkunde ist nämlich festzustellen, dass sie **Teil der in der fraglichen Rechtsordnung gesetzlich verankerten Beweisregeln** ist. So gehören die §§ 415 und 418 ZPO, die die Beweiskraft öffentlicher Urkunden regeln, zu Titel 9 („Beweis durch Urkunden“) von Abschnitt 1 des Zweiten Buchs der ZPO. Die einer bestimmten Urkunde durch Gesetz verliehene Beweiskraft hat daher **keine unmittelbare Auswirkung** auf die Frage, ob die mit der Erstellung dieser Urkunde verbundene Tätigkeit als solche unmittelbar und spezifisch mit der Ausübung öffentlicher Gewalt verbunden ist, wie es die Rspr. verlangt.

Außerdem ist, wie sich insbes. aus den §§ 415 II und 418 II ZPO ergibt, der Beweis der unrichtigen Beurkundung des Vorgangs oder der Unrichtigkeit der bezeugten Tatsachen grds. zulässig.

Daher kann nicht geltend gemacht werden, dass die notarielle Urkunde aufgrund ihrer Beweiskraft das Gericht bei seiner Würdigung uneingeschränkt binde, denn es ist unstrittig, dass das Gericht seine Entscheidung nach freier Überzeugung unter Berücksichtigung aller Tatsachen und Beweise trifft, die während des gerichtlichen Verfahrens zusammengetragen wurden. Der Grundsatz der freien Beweiswürdigung durch das Gericht ist i. Ü. in § 286 ZPO verankert.“ (EuGH aaO)

- e) Auch die **Vollstreckbarkeit der öffentlichen Urkunde**, ohne dass zuvor noch ein Gericht tätig werden muss, **verschafft dem Notar keine Befugnisse, die mit einer unmittelbaren und spezifischen Ausübung öffentlicher Gewalt verbunden sind.**

„Denn wie aus § 794 I Nr. 5 ZPO hervorgeht, setzt die Vollstreckbarkeit einer notariellen Urkunde u. a. voraus, dass der Schuldner sich darin der sofortigen Zwangsvollstreckung unterworfen hat. Folglich ist die **notarielle Urkunde ohne Einverständnis des Schuldners nicht vollstreckbar**. Somit verleiht zwar die Anbringung der Vollstreckungsklausel durch den Notar der öffentlichen Urkunde die Vollstreckbarkeit, doch beruht diese auf dem Willen der Parteien, eine Urkunde zu schaffen oder einen Vertrag zu schließen, nachdem der Notar ihre Vereinbarkeit mit der Rechtsordnung geprüft hat, und ihnen Vollstreckbarkeit zu verleihen.“ (EuGH aaO)

Die vorstehenden Erwägungen gelten entsprechend für Transaktionen, die ohne notarielle Beurkundung unwirksam sind, wie z. B. Verträge über den Erwerb und die Übertragung des Eigentums an einem Grundstück und über die Übertragung des gegenwärtigen Vermögens, Schenkungsversprechen, Eheverträge, Erbverträge und Erb- oder Pflichtteilsverzichtsverträge.

- III. **Ergebnis:** Insgesamt können die notariellen Tätigkeiten nach ihrer gegenwärtigen Definition in der deutschen Rechtsordnung nicht i. S. von Art. 45 Abs. 1 EG mit der Ausübung öffentlicher Gewalt verbunden werden. Folglich stellt das aufgestellte Staatsangehörigkeitserfordernis für den Zugang zum Notarberuf eine nach Art. 43 EG verbotene Diskriminierung aufgrund der Staatsangehörigkeit dar.

BGB
§ 276

Fristversäumung

BGB

keine Verpflichtung des Rechtsanwalts zur Eingangskontrolle bei Gericht
(BAG in MDR 2011, 624 = NJW 2011, 1246; Urteil vom 06.10.2010 – 7 AZR 569/09)

Ein **Anwalt** ist grds. nicht dazu verpflichtet, den Eingang seiner Schriftsätze bei Gericht zu überwachen.

„Er **darf vielmehr auf eine ordnungsgemäße Briefbeförderung vertrauen** (vgl. BVerfG NJW 1994, 1854; BGHZ 9, 118 = NJW 1953, 824; BAG NJW 1995, 2575 = NZA 1995, 806 m. w. Nachw.). Hat der Anwalt ein Schriftstück rechtzeitig und ordnungsgemäß zur Post gegeben und damit alles Erforderliche zur Wahrung der gesetzlichen Frist veranlasst, dann wird eine **Erkundigungspflicht** nach dem Eingang des Schriftsatzes bei Gericht **nur ausgelöst, wenn ein eindeutiger Grund besteht, anzunehmen, dass etwas fehlgelaufen ist** (vgl. BVerfG NJW 1992, 38). Ein Grund für eine solche Annahme kann gegeben sein, wenn die Akte dem Anwalt nach Absenden einer Beendigungsschutzklage vorgelegt wird und er feststellt, dass er in der Sache keine gerichtliche Mitteilung erhalten hat, obwohl damit nach den üblichen Erfahrungen zu rechnen war. Auch kann dem Anwalt grds. nicht angesonnen werden, die Zeiträume im Auge zu behalten, innerhalb derer bei jeder Sache erfahrungsgemäß mit einer Rückäußerung des Gerichts zu rechnen ist. Einem solchen Erfordernis könnte praktisch nur durch die Notierung zusätzlicher Fristen nachgekommen werden, deren Berechnung weitgehend ungewiss wäre (vgl. BGH VersR 1973, 81).“ (BAG aaO)

BGB
§ 280

Inspektionsvertrag

BGB

Hinweispflicht auf bevorstehende erforderliche Reparaturen
(OLG Schleswig in MDR 2011, 420; Urteil vom 17.12.2010 – 4 U 171/09)

Zu den **Pflichten einer Kfz-Werkstatt im Rahmen einer Inspektion** gehört es, auf solche **Maßnahmen hinzuweisen, deren Notwendigkeit unmittelbar bevorsteht**. Als unmittelbar bevorstehend sind solche Arbeiten anzusehen,

die in einem **Zeitraum von weniger als drei Monaten** oder **innerhalb einer Laufleistung von 5.000 Kilometern** anfallen.

„Inspektionen dienen dazu, einen bestimmten Fahrzeugzustand festzustellen, um die danach erforderlichen, regelmäßig gesondert zu beauftragenden Maßnahmen durchzuführen. Bei einer Inspektion ist allemal auf die fälligen Austauschmaßnahmen hinzuweisen. Dazu zählen i. d. R. das standardmäßige Auswechseln von Betriebsstoffen und Verschleißteilen wie Getriebeöl, Bremsflüssigkeit und Filter. Zu den Pflichten der Werkstatt gehört es darüber hinaus aber auch, auf solche Maßnahmen hinzuweisen, deren Notwendigkeit unmittelbar bevorsteht (so zutreffend AG Brandenburg NJW 2007, 3072). Als unmittelbar bevorstehend hat das LG zu Recht solche Arbeiten angesehen, die in einem Zeitraum von weniger als drei Monaten oder innerhalb einer Laufleistung von 5000 Kilometern anfallen (ebenso auch AG Brandenburg NJW 2007, 3072).

Nach dem Verständnis des Senats ergibt sich eine solche Verpflichtung nach **Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrs-sitte** aus dem **Wesen des Inspektionsauftrags**, §§ 157, 133 BGB. Es entspricht ganz einfach der Praxis, dass Werkstätten im Zuge von Inspektionen, die ja gerade zur Feststellung der erforderlicher Reparatur- und Wartungsarbeiten dienen, auf zeitnah fällig werdende Erfordernisse hinweisen; darauf kann der Kunde vertrauen. Regelmäßig entspricht es auch seinem Interesse, dass solche Wartungsarbeiten im Zuge der Erledigung der ohnedies fälligen Maßnahmen gleich mit erledigt werden können, damit er auf das Fahrzeug nicht noch einmal wenig später für eine weitere Reparatur verzichten muss. Derlei entspricht naturgemäß auch dem Interesse der Werkstätten, die von den in diesem Zuge erteilten voluminöseren Aufträgen leben.“ (OLG Schleswig aaO)

BGB
§§ 1361a, 1684

Umgangs-/Nutzungsrecht Hund

BGB

(OLG Hamm in FamRZ 2011, 893; Beschluss vom 19.11.2010 – 10 WF 240/10)

Ein **getrennt lebender Ehegatte hat keinen Anspruch auf eine zeitlich begrenzte Nutzung des gemeinsamen Hundes**.

I. Ein Anspruch auf eine zeitlich begrenzte Nutzungsregelung hinsichtlich eines von Eheleuten gemeinsam angeschafften Hundes ergibt sich nicht aus **§ 1361 a I 1, II BGB**.

1. Vom **Hausrat** sind **alle beweglichen Sachen** erfasst, die nach den Lebensverhältnissen der Eheleute üblicherweise der Einrichtung der Wohnung, der Hauswirtschaft und dem Zusammenleben der Familie, d. h. der gemeinsamen Lebensführung zu dienen bestimmt sind.

vgl. OLG Celle NJW-RR 2009, 1306 = FamRZ 2009, 1911; Palandt/Brudermüller, BGB, 69. Aufl., § 1361a Rn 2 m. w. Nachw.; Staudinger/Voppel, BGB, Neubearb. 2007, § 1361a Rn 8

2. Nach der wohl überwiegenden Ansicht in Rspr. und Lit. **gehören auch Tiere zum Hausrat** (vgl. OLG Schleswig NJW 1998, 3127).

Auch wenn Tiere keine Sachen sind (§ 90 a BGB), werden die Regelungen zur vorläufigen (§ 1361 a BGB) oder endgültigen Hausratsverteilung zumindest analog angewendet. Jedenfalls kann für Haustiere eine **sinngemäße Anwendung des § 1361a BGB** angezeigt sein.

vgl. OLG Celle NJW-RR 2009, 1306 betreffend mehrere Papageien; OLG Bamberg FamRZ 2004, 559 betreffend einen Hund; OLG Naumburg FamRZ 2001, 481 betreffend mehrere Pferde; OLG Schleswig NJW 1998, 3127 betreffend einen Pudeln; OLG Zweibrücken NJWE-FER 1998, 145 = FamRZ 1998, 1432; Johannsen/Henrich, FamilienR, 5. Aufl., § 1361a BGB Rn 20). Palandt/Brudermüller, § 1361a Rn 10

3. Es kann dahinstehen, ob § 1361a BGB im vorliegenden Fall überhaupt Anwendung findet.

„Vorliegend begehrt die Ast. nicht die Zuweisung des Hundes an sich selbst für die Dauer der Trennung. Sie ist vielmehr damit einverstanden, dass sich der Hund während der überwiegenden Zeit bei dem Ag. aufhält. Sie begehrt nur die Nutzung für wenige Stunden in der Woche. **Sinn und Zweck des Hausratsteilungsverfahrens** ist es jedoch, dem antragstellenden Ehegatten die eigene Nutzung des Hausrats für seine Lebensbedürfnisse zu ermöglichen und eine Neuanschaffung von Hausratsgegenständen zu vermeiden (vgl. OLG Karlsruhe NJW-RR 1999, 730 = FamRZ 1999, 1087). Mit diesem Gesetzeszweck ist das Begehren der Ast. nicht vereinbar.“ (OLG Hamm aaO)

II. Es besteht auch **kein Umgangsrecht mit dem Hund**.

„Ein solcher **Anspruch auf ein Umgangsrecht mit dem Hund, der beim früheren Partner verblieben ist, besteht nicht** (vgl. OLG Bamberg MDR 2004, 37; OLG Schleswig NJW 1998, 3127; Johannsen/Henrich, § 1361a BGB Rn 20; Seier, jurisPK-BGB, 5. Aufl., § 1361a Rn 24; a.A. AG Bad Mergentheim NJW 1997, 3033). Die Vorschrift des § 1361a BGB beinhaltet aus den genannten Gründen kein Umgangsrecht.

Eine **Analogie zu anderen gesetzlichen Umgangsregelungen verbietet sich**: Insbes. § 1684 I BGB ist zugeschnitten auf ein am Wohl eines Kindes orientiertes Umgangsrecht und dient nicht in erster Linie der Befriedigung emotionaler Bedürfnisse des umgangsberechtigten Elternteils, um die es im Verhältnis von zwei sich trennenden Partnern zu einem gemeinsam gehaltenen Hund geht; insoweit gelten gem. § 90 a BGB die Bestimmungen der Hausratsteilung, die nur eine Zuweisung, aber keine Umgangsregelung vorsehen (vgl. im Einzelnen: Staudinger/Rauscher, BGB, Neubearb. 2006, § 1684 Rn 56 m. w. Nachw.).“ (OLG Hamm aaO)

AGG
§ 2 I Nr. 3

Entschädigungsklage bei Arbeitnehmerüberlassung zulässiger Rechtsweg

ArbR

(BAG in DB 2011, 1169 = NZA 2011, 653; Beschluss vom 15.03.2011 – 10 AZB 49/10)

Für **bürgerliche Rechtsstreitigkeiten zwischen einem Leiharbeitnehmer und einem Entleiher aus dem Leiharbeitsverhältnis oder aus unerlaubten Handlungen**, soweit sie mit dem Leiharbeitsverhältnis im Zusammenhang stehen, ist nach § 2 I Nr. 3a u. d ArbGG der **Rechtsweg zu den Gerichten für Arbeitssachen eröffnet**.

I. Nach **§ 2 I Nr. 3a u. d ArbGG** sind die Gerichte für Arbeitssachen ausschließlich zuständig für bürgerliche Rechtsstreitigkeiten zwischen Arbeitnehmern und Arbeitgebern aus dem Arbeitsverhältnis sowie aus unerlaubten Handlungen, soweit diese mit dem Arbeitsverhältnis im Zusammenhang stehen.

1. Für den **Begriff des Arbeitgebers** gibt es **keine gesetzliche Definition**; er lässt sich mittelbar aber aus dem Begriff des Arbeitnehmers ableiten. Arbeitgeber ist danach derjenige, der mindestens einen Arbeitnehmer oder eine arbeitnehmerähnliche Person i. S. von § 5 ArbGG beschäftigt (BAGE 90, 353 = NZA 1999, 539 = NJW 1999, 3143; ErfK/Koch, 11. Aufl., § 2 ArbGG Rn 14).
2. Bei einer **legalen Arbeitnehmerüberlassung** ist der **Verleiher Arbeitgeber des Leiharbeitnehmers**. Mit diesem schließt der Leiharbeitnehmer seinen **Arbeitsvertrag**. Mit dem Entleiher besteht bei einer Tätigkeit im Rahmen legaler Arbeitnehmerüberlassung kein Arbeitsverhältnis; dieses gilt nach § 10 I 1 AÜG nur dann zwischen dem Entleiher und dem Leiharbeitnehmer als zu Stande gekommen, wenn der Vertrag zwischen dem Verleiher und dem Leiharbeitnehmer nach § 9 Nr. 1 AÜG unwirksam ist.
3. Der **Leiharbeitnehmer wird aber in die Betriebsorganisation des Entleihers eingegliedert**: Dieser übt das Direktionsrecht aus und entscheidet über die Zuweisung des konkreten Arbeitsplatzes und die Art und Weise der Erbringung der Arbeitsleistungen (vgl. BAG NZA 2011, 197 = DB 2011, 246). Der Leiharbeitnehmer ist verpflichtet, die ihm aus dem Arbeitsvertrag mit dem Verleiher obliegende Arbeitspflicht gegenüber dem Entleiher zu erbringen. Tatsächlich entstehen somit auch zum Entleiher rechtliche Beziehungen mit arbeitsrechtlichem Charakter.
4. Dieser **gespaltenen Arbeitgeberstellung** trägt der Gesetzgeber Rechnung:
 - Nach **§ 13 AÜG** kann der Leiharbeitnehmer von seinem Entleiher Auskunft über die im Betrieb des Entleihers geltenden Arbeitsbedingungen verlangen.
 - Nach **§ 14 II 3 AÜG** kann er gegenüber dem Entleiher die dort aufgeführten Rechte aus dem Betriebsverfassungsgesetz geltend machen:
 - Nach **§ 7 S. 2 BetrVG** sind Leiharbeitnehmer bei einem Einsatz von mehr als drei Monaten im Betrieb des Entleihers wahlberechtigt.
 - Soweit der **Schutz der Beschäftigten vor Benachteiligung** gem. den §§ 6ff. AGG in Rede steht, gilt nach § 6 II 2 AGG auch der Entleiher als Arbeitgeber. Dies trifft gerade auch für den streitgegenständlichen Entschädigungsanspruch des § 15 AGG zu.

II. **§ 2 I Nr. 3 ArbGG begründet eine umfassende Zuständigkeit der Gerichte für Arbeitssachen** für individualrechtliche Ansprüche aus dem Arbeitsverhältnis (BAGE 31, 318 = NJW 1979, 1847).

„Ziel des Arbeitsgerichtsgesetzes ist es, alle bürgerlich-rechtlichen Streitigkeiten, die in greifbarer Beziehung zu einem Arbeitsverhältnis stehen, auch prozessual im Rahmen der Arbeitssachen zu erfassen (BAGE 99, 1 = NZA 2002, 230).

Das gilt in gleicher Weise für Streitigkeiten zwischen dem Leiharbeitnehmer und dem Entleiher, die ihren Ursprung in der Arbeitnehmerüberlassung haben. Werden dem Entleiher wesentliche Arbeitgeberfunktionen vom Verleiher übertragen, so muss dieser gespaltenen Arbeitgeberstellung bei der Zuständigkeit der Gerichte für Arbeitssachen Rechnung getragen werden. Ergeben sich bürgerliche Rechtsstreitigkeiten zwischen einem Leiharbeitnehmer und einem Entleiher aus dem Leiharbeitsverhältnis, ist nach Sinn und Zweck der Zuständigkeitsnorm des § 2 I Nr. 3a ArbGG der Rechtsweg zu den Gerichten für Arbeitssachen eröffnet (h. M.: Germelmann/Matthes/Prütting/Matthes/Schlewing, ArbGG, 7. Aufl., § 2 Rn 52; Schwab/Weth/Walker, ArbGG, 3. Aufl., § 2 Rn 85; Schütz, GK-ArbGG, 2010, § 2 Rn 72b; LAG Hamburg BeckRS 2011, 66740; LAG Hamm NZA-RR 2004, 106; a.A. ErfK/Koch, § 2 ArbGG Rn 16). Ebenso sind die Arbeitsgerichte zuständig bei unerlaubten Handlungen zwischen Leiharbeitnehmer und Entleiher, soweit sie mit dem Leiharbeitsverhältnis im Zusammenhang stehen, § 2 I Nr. 3d ArbGG.“ (BAG aaO)

III. Die Klage auf Entschädigung nach §§ 15 II, 7 I AGG hat ihren Ursprung in der Überlassung des Arbeitnehmers an die Arbeitgeberin. Soweit eine unerlaubte Handlung in Betracht kommt, steht diese im Zusammenhang mit dem Leiharbeitsverhältnis. Für den Anspruch ist deshalb der Rechtsweg zu den Gerichten für Arbeitssachen eröffnet (BAG aaO).

ZPO
§ 128

Verzicht auf mündliche Verhandlung Wirksamkeit

ZPO

(BFH in NVwZ-RR 2011, 462; Beschluss vom 10.03.2011 – VI B 147/10)

Ein von den Parteien erklärter **Verzicht auf mündliche Verhandlung wird wirkungslos, wenn das (Finanz-)Gericht gleichwohl eine mündliche Verhandlung anberaumt**. Das (Finanz-)Gericht darf danach nur dann ohne mündliche Verhandlung entscheiden, wenn die Parteien erneut darauf verzichten.

I. Das **Einverständnis hat durch die Anberaumung der mündlichen Verhandlung seine prozessrechtliche Wirkung verloren**.

„Eine Verzichtserklärung wird wirkungslos, wenn das Gericht selbst den Bet. gegenüber zum Ausdruck bringt, dass es eine Entscheidung ohne mündliche Verhandlung allein durch den früher erklärten Verzicht nicht mehr für hinreichend legitimiert ansieht. So verbraucht sich der erklärte Verzicht durch eine erneute Anfrage des Gerichts und deren Ablehnung durch die Bet.“

(BFH BFH/NV 1999, 1480) ebenso wie durch einen sich an einen früheren Verzicht anschließenden Auflagebeschluss (BFH BFH/NV 1987, 651) oder durch die Anberaumung eines Erörterungstermins unter Anordnung des persönlichen Erscheinens der Bet. (BFHE 231, 1).“ (BFH aaO)

- II. Diese **einschränkende Auslegung der Verzichtserklärung** und die Beschränkung ihrer Wirkung bis zur nächsten eine Sachentscheidung vorbereitenden gerichtlichen Entscheidung ist **auf Grund der besonderen Interessenlage der Bet. geboten**.

„Denn der **Verzicht hat für die Bet. weitreichende Folgen**, weil er als Prozesshandlung nach der Rspr. des BFH **nicht wegen Irrtums anfechtbar und auch nicht frei widerrufbar** ist (vgl. BFHE 90, 82; BFHE 101, 61; BFHE 112, 316; BFH BFH/NV 1991, 402; für eine Zulässigkeit des Widerrufs bei wesentlicher Änderung der Prozesslage: BFHE 160, 405).

Danach ist die Einverständnis- oder Verzichtserklärung nur auf die nächste Sachentscheidung durch den Spruchkörper zu beziehen (vgl. BFHE 181, 115 = NVwZ-RR 1997, 260; vgl. auch: Stein/Jonas/Leipold, ZPO, 22. Aufl., § 128 Rn 60; Schoch/Schmidt-Aßmann/Pietzner, VwGO, § 101 Rn 11; Rößler DStR 1996, 190). Für das weitergehende Verfahren ist dann zum Schutz der Prozessbet. entweder ein weiterer Verzicht auf die Durchführung der mündlichen Verhandlung einzuholen oder eine mündliche Verhandlung anzuberaumen (vgl. BFH BFH/NV 2005, 1068 m. w. Nachw.; a.A. kein Verbrauch des Verzichts: Hübschmann/Hepp/Spitaler, § 90 FGO Rn 64; Tipke/Kruse, AO 1977/FGO, § 90 FGO Rn 11ff.; Gräber/Koch, FGO, 7. Aufl., § 90 Rn 15).“ (BFH aaO)

ZPO
§ 234

Wiedereinsetzungsfrist Erkrankung des Prozessbevollmächtigten

ZPO

(BGH in MDR 2011, 683 = NJW 2011, 1601; Beschluss vom 05.04.2011 – VIII ZB 81/10)

Ist der **Prozessbevollmächtigte einer Partei erkrankungsbedingt an der Erhaltung der** bereits um einen Monat verlängerten **Berufungsbegründungsfrist gehindert, ist für den Beginn der Wiedereinsetzungsfrist** des § 234 I, II ZPO der **Wegfall der Erkrankung** und nicht etwa der Zeitpunkt **maßgebend**, in dem die Gegenseite ihre Zustimmung zu einer erneuten Fristverlängerung verweigert.

„In Anbetracht der unvorhersehbar aufgetretenen und akuten Erkrankung des Prozessbevollmächtigten des Bekl. bestand auch keine Verpflichtung zur Beauftragung eines Vertreters. Ein Rechtsanwalt hat zwar im Rahmen seiner **Organisationspflichten** grds. auch dafür Vorkehrungen zu treffen, dass im Falle seiner Erkrankung ein Vertreter die notwendigen Prozesshandlungen vornimmt (vgl. BGH NJW 1996, 1540; BGH NJW 2008, 3571). Auf einen krankheitsbedingten Ausfall muss sich der Rechtsanwalt aber nur dann durch konkrete Maßnahmen vorbereiten, wenn er eine solche Situation vorhersehen kann (BGH NJW 2008, 3571; BGH NJW 2009, 3037). Wird er dagegen unvorhergesehen krank, gereicht ihm eine unterbleibende Einschaltung eines Vertreters nicht zum Verschulden, wenn ihm diese weder möglich noch zumutbar war (vgl. BGH NJW 2008, 3571; BGH NJW 2009, 3037).

So liegen die Dinge hier: Der Prozessbevollmächtigte des Bekl. ist am Abend seiner Urlaubsrückkehr plötzlich an einer schweren Magen-Darmgrippe erkrankt, die bei ihm auch Schwindelattacken auslöste. Die Einschaltung eines Vertreters war im Hinblick auf die erst kurz vor Fristablauf eingetretene Erkrankung des Prozessbevollmächtigten des Bekl. und in Anbetracht des Umfangs der Sache nicht zumutbar. Der Vertreter hätte sich binnen zweier Tage mit einem ihm bislang nicht bekannten Prozessstoff – ggf. nach Rücksprache mit dem Bekl. – vertraut machen und eine ordnungsgemäße Berufungsbegründung erstellen müssen, wobei er zudem wegen der eingeschränkten Arbeitsfähigkeit der Mitarbeiterin des Prozessbevollmächtigten des Bekl. auf eine eigene Schreibkraft hätte zurückgreifen müssen. Bei dieser Sachlage durfte der Prozessbevollmächtigte des Bekl. von der Beauftragung eines Vertreters absehen.

Damit beruht die Fristversäumung nicht auf einem vorwerfbar Verhalten des Prozessbevollmächtigten des Bekl. Da er die versäumte Prozesshandlung auch rechtzeitig nachgeholt hat, steht einer Wiedereinsetzung nichts im Wege.“ (BGH aaO)

ZPO
§ 522 I 4

Verwerfung der Berufung nach Entscheidung über PKH-Gesuch

ZPO

(BGH in FamRZ 2011, 881; Beschluss vom 23.03.2011 – XII ZB 51/11)

Hat ein Bf. **vor Ablauf der Berufungsbegründungsfrist ein Prozesskostenhilfegesuch gestellt** und beabsichtigt das Gericht, die beantragte Prozesskostenhilfe zu versagen, so hat es **vor Verwerfung der Berufung als unzulässig über das Prozesskostenhilfegesuch zu entscheiden**.

„Durch die **gleichzeitige Verwerfung der Berufung als unzulässig und die Versagung von Prozesskostenhilfe für das Berufungsverfahren wird die Durchführung des Berufungsverfahrens für die Partei in unzumutbarer Weise erschwert** und dadurch der **Anspruch der Partei auf Gewährung wirkungsvollen Rechtsschutzes verletzt**. Denn die Partei muss im Falle der Versagung von Prozesskostenhilfe die Gelegenheit haben, einen Antrag auf Wiedereinsetzung in den vorigen Stand zu stellen, wenn sie beabsichtigt, das Berufungsverfahren auf eigene Kosten durch Begründung der Berufung fortzuführen (BGH FamRZ 2004, 699).“ (BGH aaO)

Steuerrecht

EstG
§§ 9c I, 9 V, 32

Kinderbetreuungskosten Zurechnung

SteuerR

(BFH in NJW 2011, 1759; Urteil vom 25.11.2010 – III R 79/09)

I. **Kinderbetreuungskosten können nur von demjenigen abgezogen werden, der sie getragen hat.**

„Steuerpflichtige, die Einkünfte aus nichtselbstständiger Arbeit erzielen, können zwei Drittel der wegen ihrer Erwerbstätigkeit anfallenden Aufwendungen für Dienstleistungen zur Betreuung eines zu ihrem Haushalt gehörenden und noch nicht 14 Jahre alten Kindes i. S. des § 32 I EStG nach § 4f EStG i. V. mit § 9 V 1 EStG in der Fassung des Streitjahres 2006 – jetzt § 9c I EStG – wie Werbungskosten abziehen, sofern die Aufwendungen durch Vorlage einer Rechnung und die Zahlung auf das Konto des Leistungserbringers nachgewiesen werden (§ 4f S. 5 EStG).

Das EStG wird durch die **Grundsätze des objektiven und des subjektiven Nettoprinzips** sowie der **Individualbesteuerung** geprägt. Eine Zurechnung von Einnahmen und Ausgaben setzt voraus, dass der Steuerpflichtige den entsprechenden Tatbestand des EStG selbst verwirklicht hat. **Ausgaben, die Dritte geleistet haben** (sog. Drittaufwand), **können grds. nur beim Dritten berücksichtigt werden**, nicht aber bei dem insoweit nicht belasteten Steuerpflichtigen.

Dem **Wortlaut des § 4f EStG** sind keine Anhaltspunkte zu entnehmen, die es rechtfertigen könnten, davon abzuweichen; die Vorschrift bezieht sich auf Aufwendungen des Steuerpflichtigen und enthält insbesondere weder Zuordnungsregeln noch ein Zuordnungswahlrecht.“ (BFH aaO)

II. Wenn von den **zusammenlebenden, nicht miteinander verheirateten Eltern** nur ein Elternteil den Vertrag mit der Kindertagesstätte abschließt und das Entgelt von seinem Konto zahlt, dann kann dieses **weder vollständig noch anteilig dem anderen Elternteil unter dem Gesichtspunkt des abgekürzten Zahlungs- oder Vertragswegs** als von ihm getragener Aufwand **zugerechnet werden**.

„Die Rechtsgrundsätze zum abgekürzten Zahlungs- oder Vertragsweg erlauben es, dem Steuerpflichtigen Kosten als eigenen Aufwand zuzurechnen, die ein Dritter in seinem – des Steuerpflichtigen – Interesse trägt.

In Fällen der sog. **Abkürzung des Zahlungswegs** tilgt der Dritte im Einvernehmen mit dem Steuerpflichtigen dessen Schuld (§ 267 I BGB), statt dem Steuerpflichtigen den Geldbetrag unmittelbar zu geben und ihn die Zahlung vornehmen zu lassen (BFHE 189, 160 = NJW 1999, 3577; Kirchhof, EStG, 9. Aufl., § 4 Rn 178). Ein derartiger Fall ist vorliegend schon deshalb nicht gegeben, weil die Lebensgefährtin allein auf ihre eigene Verbindlichkeit geleistet hatte, denn nur sie hatte den Vertrag mit der Kindertagesstätte unterzeichnet.

Die Aufwendungen eines Dritten, der im eigenen Namen für den Steuerpflichtigen einen Vertrag schließt und auch selbst die geschuldeten Zahlungen leistet, können nach den Grundsätzen der Abkürzung des Vertragswegs beim Steuerpflichtigen abgezogen werden (z. B. BFHE 211, 318 = NJW 2006, 720 m. w. Nachw.; BFHE 230, 567 = NJW-RR 2011, 159). Denn auch in diesem Fall wendet der Dritte dem Steuerpflichtigen – wie beim abgekürzten Zahlungsweg – Geld zu und bewirkt dadurch zugleich seine Entreicherung.

Die Anwendung der Grundsätze des abgekürzten Vertragswegs zu Gunsten des Kl. kommt jedoch nicht in Betracht: Denn die Lebensgefährtin wahrte mit dem Abschluss des Betreuungsvertrags für ihr Kind eigene Interessen, da die Kindertagesstätte sie von der ihr als Mutter obliegenden Personensorge entlastete und ihr die Erwerbstätigkeit ermöglichte. Zwar nützte die Unterbringung des Kindes in der Kindertagesstätte auch dem Kl., der als Vater – rechtlich oder zumindest tatsächlich – ebenfalls zur Betreuung verpflichtet war. Eine Zurechnung von Aufwendungen nach den Grundsätzen der Abkürzung des Vertragswegs setzt aber voraus, dass die auf Grund des Vertrags zu erbringenden Leistungen eindeutig der Erwerbssphäre des Steuerpflichtigen und nicht der/des Dritten zuzuordnen sind oder, im Falle des hier einschlägigen § 4f EStG a. F., dass sie wegen der Erwerbstätigkeit des Steuerpflichtigen und nicht des Dritten anfallen.“ (BFH aaO)

EstG
§§ 10d, 26

gemeinsame Veranlagung von Ehegatten Zustimmungsanspruch

SteuerR

(OLG Bremen in FamFR 2011, 261; Beschluss vom 30.03.2011 – 5 UF 6/11)

Die **Zustimmung eines Ehegatten zur gemeinsamen Einkommenssteuerveranlagung kann nicht von einem Ausgleich der dadurch ausgelösten steuerlichen Nachteile des zustimmenden Ehegatten abhängig gemacht werden**, soweit die steuerrechtlichen Verhältnisse durch die ehelichen Lebensverhältnisse familienrechtlich überlagert wurden. Das ist nicht nur dann der Fall, solange die Ehepartner zusammenleben und gemeinsam wirtschaften und unmittelbar von einer günstigen Steuerklasse profitieren, sondern gilt vielmehr auch dann, wenn die günstigere Steuerklasse des Unterhaltspflichtigen im Rahmen eines Trennungsunterhaltsverfahrens bei der Berechnung seines Einkommens zu Grunde gelegt wird und so zu einem höheren Unterhaltsanspruch des zustimmungspflichtigen Ehegatten führt.

I. Ein **Ehegatte ist** gegenüber dem anderen **verpflichtet**, einer von diesem **gewünschten Zusammenveranlagung zuzustimmen, wenn dadurch die Steuerschuld** des anderen **verringert** und der auf Zustimmung in Anspruch genommene dadurch keiner Belastung ausgesetzt ist (BGH FamRZ 2007, 1229; FamRZ 2010, 269).

1. In der **Doppelverdienerehe** wirken sich die Vorteile der gemeinsamen Veranlagung regelmäßig nur bei dem besser verdienenden Ehegatten aus. Der andere, der in der Ehe die ungünstige Steuerklasse V gewählt hatte, verliert durch die gemeinsame Veranlagung den ihm bei getrennter Veranlagung zustehenden Steuererstattungsanspruch meist ganz oder zumindest zum großen Teil.

2. Da das Steuerrecht die Möglichkeit zur gemeinsamen Veranlagung im Jahr der Trennung unabhängig davon gewährt, wie lange die Parteien in dieser Zeit noch zusammengelebt haben, **kann die gemeinsame Veranlagung stets gewählt werden.**

Dies gilt auch dann noch, wenn einer der Ehegatten bereits eine getrennte Veranlagung durchgeführt hat. Würde der auf Zustimmung klagende Ehegatte dem anderen aber alle tatsächlichen Nachteile erstatten müssen, die jenem durch den Verlust des Rechts zur getrennten Veranlagung entstehen, würde der auf den Nachteilsausgleich pochende Ehegatte sich jedoch widersprüchlich verhalten.

„Denn durch die von den Ehegatten während des Zusammenlebens vorgenommene Steuerklassenwahl (III / V), standen den Ehegatten mehr Mittel für den gemeinsamen Lebensunterhalt zur Verfügung. Damit haben sie im Innenverhältnis eine von der Regelung des § 426 I 1 BGB abweichende Aufteilung der Steuerlast verabredet. Sie haben in Kauf genommen, dass das höhere Einkommen des einen relativ niedrig und das Einkommen des anderen relativ hoch besteuert wurde. An einer solchen bis zur Trennung praktizierten Handhabung haben sich die Ehegatten mangels einer entgegenstehenden Vereinbarung für die Zeit des Zusammenlebens auch festhalten zu lassen (BGH FamRZ 2010, 269; FamRZ 2007, 1229; Wever, Vermögensauseinandersetzung der Ehegatten außerhalb des Güterrechts, 5. Aufl., Rn 788 ff.). Durch das gemeinsame Leben und Wirtschaften mit dem zur Verfügung stehenden (erhöhten) Nettoeinkommen ist es zu einer familienrechtlichen Überlagerung der Aufteilung der Steuerlast gekommen, die durch die nachträglich gewählte getrennte Veranlagung des weniger verdienenden Ehegatten nicht mehr korrigiert werden kann. Die Ehegatten haben daher im Verhältnis zueinander endgültig jeweils die Steuerschuld zu tragen, die von ihnen im Lohnsteuerabzugsverfahren entrichtet worden ist. Einen etwaigen Nachteilsausgleich gibt es nicht.“ (OLG Bremen aaO)

3. Auch für die Zeit nach der Trennung kann es zu einer solchen **familienrechtlichen Überlagerung der Aufteilung der Steuerschuld** kommen.

*„Von einer solchen Überlagerung ist dann auszugehen, wenn die gewählten Steuerklassen Einfluss auf die Höhe des Ehegattenunterhalts (und auch des Kindesunterhalts) haben. Durch die sich daraus ergebenden Unterhaltszahlungen kann es dann ebenfalls zu einer **Kompensation i.S. eines Nachteilsausgleichs** kommen (vgl. Wever aaO).*

Der Senat hat bereits darauf hingewiesen, dass es nicht darauf ankommt, ob der Ast., wie er behauptet, mit den von ihm erbrachten Unterhaltszahlungen für das Jahr 2008 seine Unterhaltsverpflichtung bereits erfüllt hat, was die Ag. bestreitet. Ausreichend ist insoweit bereits, dass die Ag. die Erfüllung einer solchen Unterhaltsverpflichtung gerichtlich durchsetzen will. Für die Frage der familienrechtlichen Überlagerung durch den Unterhalt kann es keinen Unterschied machen, ob die Unterhaltsverpflichtung bereits erfüllt ist oder ob um sie in einem anhängigen Verfahren unter Berücksichtigung der tatsächlichen steuerrechtlichen Gegebenheiten noch gestritten wird.“ (OLG Bremen aaO)

ESTG
§ 37 I

Steuervorauszahlungen Anrechnung bei Ehegatten

SteuerR

(BFH in DStR 2011, 1070; Urteil vom 22.03.2011 – VII R 42/10)

Vorauszahlungen eines Ehegatten aufgrund eines an beide Ehegatten gerichteten Vorauszahlungsbescheides **diene[n] letztlich der Tilgung der zu erwartenden gemeinsamen Steuerschulden**, und zwar unabhängig davon, ob die Eheleute später zusammen oder getrennt veranlagt werden. Sie sind deshalb zunächst auf die festgesetzten Steuern beider Ehegatten anzurechnen. Ein verbleibender Rest ist nach Kopfteilen an die Ehegatten auszukehren.

- I. Die **vorrangig** vor jedweder Aufteilung vorzunehmende **Verrechnung der Vorauszahlungen mit der später festgesetzten Einkommensteuer** entspricht sowohl dem **Sinn und Zweck der Vorauszahlung** als auch den Vorstellungen, die die an dem Vorauszahlungsvorgang Beteiligten i. d. R. mit der Zahlung verbinden.

„Vorauszahlungen sind nach § 37 I EStG – unabhängig davon, wer sie zahlt oder von wessen Konto sie abgebucht werden – auf die für den laufenden Veranlagungszeitraum voraussichtlich geschuldete Einkommensteuer zu entrichten. Die Festsetzung von Vorauszahlungen dient der Sicherung eines stetigen Steueraufkommens (BFHE 208, 273 = DStR 2005, 285), nicht dagegen dem Ansparen des künftig zur Tilgung der Einkommensteuer benötigten Betrages. Das macht auch die Anrechnungsvorschrift in § 36 II Nr. 1 und IV 2 EStG deutlich, wonach eine Auszahlung nur des überschießenden Vorauszahlungsbetrages angeordnet ist.“ (BFH aaO)

- II. Angesichts dieser **klaren gesetzlichen Zweckbestimmung der Vorauszahlungen** ist auch davon auszugehen, dass sich der, der auf einen an ihn und seinen Ehegatten gerichteten Vorauszahlungsbescheid leistet, nicht nur bewusst ist, dass seine Zahlungen in Höhe der später festgesetzten Einkommensteuer endgültig beim Fiskus verbleiben sollen, sondern dass er die – wenn auch unmittelbar zur Erfüllung der Gesamtschuld aus dem Vorauszahlungsbescheid entrichteten – Zahlungen auch leistet, um damit die zu erwartende Einkommensteuer beider Ehegatten zu tilgen.

*„Diese Beurteilung gründet sich auf die gleichen Erwägungen, auf die die bisherige Rspr. den **gesamtschuldnerischen Tilgungswillen** bzgl. der Vorauszahlungen gestützt hat: Ist die im Zeitpunkt der Vorauszahlungen noch bestehende Wirtschaftsgemeinschaft hinreichender Anknüpfungspunkt dafür, die Vorauszahlungen als für Rechnung beider Ehegatten geleistet zu unterstellen, dann ist daraus auch der in diesem Zeitpunkt übereinstimmende Wille abzuleiten, dass diese Vorauszahlungen später dafür verwendet werden sollen, die auf beide Ehegatten später entfallenden Steuerschulden auszugleichen.“ (BFH aaO)*

- III. Dem Zweck der Vorauszahlung wird die bisherige Rspr. in den Fällen nicht gerecht, in denen bei **getrennter Veranlagung oder Abrechnung unterschiedlich hohe Steuerschulden bei den Ehegatten** anfallen:

*„Bei hälftiger Aufteilung der Vorauszahlungen wird der Teil des Vorauszahlungsbetrages, der auf den Ehegatten mit der geringeren Steuerlast entfällt, nicht vollständig auf eine Steuerschuld angerechnet, während der Ehegatte mit der höheren Steuerbelastung nachzahlen muss. Das kann dazu führen, dass der **Fiskus mit einer Steuerforderung ausfällt**, wenn der höher belastete Steuerschuldner zwischenzeitlich seine Leistungsfähigkeit verloren hat, obwohl die Steuer durch die bereits gezahlten Vorauszahlungen bereits „gesichert“ schien. Dieses Ergebnis ist aber allein mit dem typisierten – nur auf die Vorauszahlungen fokussierten – Tilgungswillen der in einer Wirtschaftsgemeinschaft lebenden Eheleute nicht zu rechtfertigen.“ (BFH aaO)*

Weitere Schrifttumsnachweise

I. Zivilrecht

1. **Maurer:** Der naheheliche Unterhalt nach der verfassungsgerichtlichen Verwerfung der „Dreiteilung“ (FamRZ 2011, 849)
2. **Martis/Winkhart-Martis:** Aktuelle Entwicklungen im Arzthaftungsrecht (MDR 2011, 709)
3. **Gundlach/Müller:** Die Verurteilung wegen Insolvenzverschleppung als Hindernis der Geschäftsführerbestellung (NZI 2011, 480)

§ 6 II Nr. 3a GmbHG ist im Zusammenhang mit § 15a IV InsO zu verstehen: Daraus ergibt sich, dass nicht nur die unterlassene Insolvenzantragstellung, sondern auch die verspätete bzw. unrichtige Insolvenzantragstellung den **Ausschlussstatbestand des § 6 II Nr. 3a GmbHG** erfüllen kann. - Die **Zielsetzung des Gesetzgebers**, den **Wirtschaftsverkehr zu schützen**, ist in diesen Fällen gleichermaßen gegeben, der Gesetzgeber wollte diese Situationen auch ersichtlich durch § 6 II Nr. 3a GmbHG erfassen; der Personenkreis, der von § 6 II Nr. 3a GmbHG betroffen sein kann, ist weit zu ziehen und beschränkt sich nicht nur auf ehemalige Geschäftsführer oder Vorstände. - Auf Grund der weit gefassten Insolvenzantragspflicht des § 15a InsO **können auch Gesellschafter und Aufsichtsräte dem Ausschlussgrund unterliegen**; nicht anzuwenden ist § 6 II Nr. 3a GmbHG jedoch auf Vorstandsmitglieder eines Vereins und auf Personen, die nur verpflichtet sind, das Vorliegen eines Insolvenzgrunds anzuzeigen.

4. **Eisemann:** Kündigungsfrist und Klagefrist (NZA 2011, 601)

Problemstellung: Bisher konnte ein Arbeitnehmer davon ausgehen, dass er die Klagefrist des § 4 KSchG nicht einhalten muss, wenn er sich allein gegen die vom Arbeitgeber zu kurz bemessene Kündigungsfrist wendet; seit dem September 2010 sieht es so aus, als könnte dies anders sein, wenn sich die Kündigung nicht als mit der rechtlich gebotenen Frist ausgesprochen auslegen lässt. - Im isolierten Streit um die Länge der Kündigungsfrist muss die Klagefrist des § 4 KSchG nicht eingehalten werden; die Fragen, welche erneut entschieden werden müssen, lauten: Wann muss eine Kündigung als zum nächstzulässigen Termin ausgesprochen verstanden werden, wann hilft nur noch die Umdeutung und wann muss der Kl. in Zukunft im isolierten Streit um die Kündigungsfrist die §§ 4 und 7 KSchG im Auge behalten? - In nahezu jedem Fall muss eine **Kündigung**, die **mit zu kurzer Kündigungsfrist** ausgesprochen wurde, über **Auslegung oder Umdeutung** als eine **Kündigung zum nächstzulässigen Termin** verstanden werden: Im Zweifel will der Arbeitgeber die rechtlich gebotene Kündigungsfrist einhalten; jedenfalls liegt es ihm erkennbar näher, einen Arbeitnehmer zu einem späteren Termin „loszuwerden“, als ihn auf Dauer weiterhin zu beschäftigen; allein die **Angabe des falschen Beendigungstermins führt** in diesen Fällen **nicht zur Unwirksamkeit der Kündigung**; sie löst das Arbeitsverhältnis vielmehr zum rechtlich gebotenen Zeitpunkt auf; anders ist dies nur, wenn die zu kurze Kündigungsfrist – was kaum jemals so sein wird – wider besseres Wissen gewollt ist und damit die Unwirksamkeit der Kündigung in Kauf genommen wird. - Ob die Klagefrist des § 4 KSchG eingehalten werden muss, entscheidet allein der Streitgegenstand: Im Streit um die Beendigung des Arbeitsverhältnisses muss der Arbeitnehmer i. d. R. binnen drei Wochen nach Zugang der Kündigung klagen; geht es nach wirksamer oder unwirksamer Kündigung allein um die Dauer der Kündigungsfrist, ist er in keinem Fall an die Klagefrist gebunden.

II. Strafrecht

1. **Esser/Keuten:** Strafrechtliche Risiken am Bau - – Überlegungen zum Tatbestand der Baugefährdung (§ 319 StGB) und seinem Verhältnis zu §§ 222, 229 StGB (NSTz 2011, 314)

Originärer Anwendungsbereich des § 319 StGB sind Situationen, in denen es, bedingt durch einen Verstoß gegen die allgemein anerkannten Regeln der Technik, zwar zu einer konkreten Gefahr für andere Personen kommt, sich diese Gefahr aber nicht in einer Verletzung von Leib oder Leben niederschlägt. - Auch neben den §§ 222, 229 StGB kommt der **Baugefährdung** eine eigenständige Bedeutung zu, wenn mehr Personen in konkreter Gefahr geschwebt haben als später verletzt worden sind. - Werden genau die Personen verletzt, die auch gefährdet waren, ist § 319 StGB **gegenüber den Erfolgsdelikten der §§ 222, 229 StGB subsidiär**. - Ein **Verstoß gegen die allgemein anerkannten Regeln der Technik** ist **nicht gleichbedeutend mit sorgfaltswidrigem Handeln i.S.d. §§ 222, 229 StGB**; dem Regelverstoß kommt nur **Indizwirkung** zu, die den Tatrichter nicht von einer sorgfältigen Prüfung des jeweiligen Einzelfalls entbindet. - Nicht zuletzt bedingt durch die Vorgaben des § 319 StGB kann dem Bauherrn im Rahmen der §§ 222, 229 StGB in erster Linie nur eine **Verletzung seiner Auswahlpflicht** zur Last gelegt werden; eine Pflicht zur ständigen Kontrolle der von ihm Beauftragten trifft ihn – im Unterschied zum Bauleiter – nicht; erst bei positiver Kenntnis von Sorgfaltspflichtverletzungen muss er einschreiten; demgegenüber wird der Bauleiter baustrafrechtlich stärker in die Pflicht genommen: Er muss nicht nur geeignete Personen beauftragen, sondern auch klare Anweisung geben (insb. was die Koordination der verschiedenen Arbeiten angeht) und – im Gegensatz zum Bauherrn – das Baugeschehen regelmäßig kontrollieren. - Die Bauausführenden müssen die ihnen anvertrauten Arbeiten fachgerecht ausführen: sie müssen die Arbeiten anderer am Bau Beteiligter regelmäßig nicht überprüfen; etwas anderes gilt nur, wenn es sich um einen „einheitlichen Arbeitsvorgang“ handelt oder ihr Werk auf der Arbeit anderer aufbaut.

2. **Deutscher:** Die Entwicklung des straßenverkehrsrechtlichen Fahrverbotes im Jahr 2010 (NZV 2011, 273)
3. **Mitsch:** Beteiligung an unerlaubter Mobiltelefonbenutzung, § 23 Ia StVO (NZV 2011, 281)
Die verbotene Benutzung des Mobiltelefons während der Autofahrt ist ein **eigenhändiges Delikt**. - **Mittäterschaft und mittelbare Täterschaft** eines nicht selbst das Fahrzeug führenden oder eines nicht selbst das Telefon benutzenden Fahrzeuginsassen ist **nicht möglich**. - Beteiligung an der verbotenen Handybenutzung ist gem. § 14 OWiG möglich. - **Fahrlässige Beteiligung** an der verbotenen Handybenutzung ist **nach h.M. keine Ordnungswidrigkeit**. - Beteiligung durch Unterlassen ist in Bezug auf verbotene Handybenutzung möglich.
4. **Höxter:** Die eilige Durchsuchung – zur subsidiären staatsanwaltschaftlichen Eilzuständigkeit für die Anordnung der Wohnungsdurchsuchung im Rahmen der Geldstrafenvollstreckung (Rpfleger 2011, 301)
Kann die strafprozessuale Geldstrafenvollstreckung in das bewegliche Vermögen des Verurteilten im Wege der Sachpfändung nicht erfolgen, weil der Verurteilte wiederholt nicht angetroffen wird oder weil dem Vollstreckungsorgan ohne zureichenden Grund den Zutritt zu der Wohnung verweigert, kann die zuständige Staatsanwaltschaft eine Durchsuchungsanordnung beantragen. - Der Antrag ist nach der über § 459 StPO, § 6 I Nr. 1 JBeitO sinngemäß anzuwendenden Regelung des § 758a I ZPO an das Amtsgericht zu richten, in dessen Bezirk die Durchsuchung erfolgen soll. - **Funktionell zuständig** ist der **nach dem Geschäftsverteilungsplan für Vollstreckungssachen zuständige Richter**; das **Vollstreckungsorgan** – und nicht der die Geschäfte der Vollstreckungsbehörde wahrnehmende Rechtspfleger der Staatsanwaltschaft – **hat im Eilfall zu entscheiden**, ob die Einholung der richterlichen Durchsuchungsanordnung den Durchsuchungserfolg gefährden würde; in diesem Fall kann das zuständige **Vollstreckungsorgan die Durchsuchung in eigener Zuständigkeit ohne vorherige Einholung einer richterlichen Durchsuchungsanordnung durchführen**; eine Anordnung der Staatsanwaltschaft ist hierzu weder erforderlich, noch kann eine entsprechende Anordnung der Staatsanwaltschaft das zuständige Vollstreckungsorgan binden.
5. **Mehle/Mehle:** Beschlagnahmefreiheit von Verteidigungsunterlagen – insbesondere in Kartellbußgeldverfahren (NJW 2011, 1639)
Die **Beschlagnahmefreiheit von Verteidigungsunterlagen** im Gewahrsam des Mandanten tritt nach Auffassung der Autoren **zu dem Zeitpunkt ein, zu welchem der** – nunmehr als Beschuldigte geltende – **Mandant anwaltlichen Rat** zu demjenigen Sachverhalt **sucht**, der „im Kern“ mit dem des späteren Ermittlungsverfahrens übereinstimmt; weder muss das Ermittlungsverfahren zu diesem Zeitpunkt bereits eingeleitet sein, noch muss der Betroffene von dessen Einleitung wissen; jedoch werden von dem **Beschlagnahmeschutz nach §§ 148 StPO** lediglich solche Unterlagen erfasst, die nach Begehung der angelasteten Verhaltensweise angefertigt wurden. - Erst recht sind unter den genannten Voraussetzungen solche Verteidigungsunterlagen beschlagnahmefrei, die nach Einleitung eines staatlichen (Verwaltungs-/Untersuchungs-) Verfahrens entstanden sind und sich auf die Klärung einer in diesem Verfahren (erforderlichen) Auskunft des Mandanten (bzw. deren Umfang) beziehen; werden Verteidigungsunterlagen im Rahmen eines solchen Verfahrens angefertigt (z. B. zur Vorbereitung einer Antwort auf ein Auskunftersuchen oder zur Beurteilung der Frage, ob ein Auskunftsverweigerungsrecht in diesem Verfahren besteht), ist ein Beschlagnahmeverbot nach § 148 StPO anzunehmen. - Im Rahmen des **Kartellverfahrensrechts** ist auch die Rspr. der europäischen Gerichte zum „Legal Privilege“ zu berücksichtigen: Danach unterfallen dem **Beschlagnahmeschutz** auch solche **Unterlagen, die lediglich einen materiellen Bezug zum späteren Verfahrensgegenstand haben**, selbst wenn diese zeitlich vor einem staatlichen (Verwaltungs-)Verfahren entstanden sind. - Rechtsunsicherheit besteht jedoch auch weiterhin, weil der Beginn der Beschlagnahmefreiheit nicht abschließend höchstrichterlich geklärt ist: Insoweit empfiehlt es sich, dafür Sorge zu tragen, dass Unterlagen nur soweit erforderlich angefertigt werden und in den Gewahrsam des Mandanten gelangen.
6. **Theile:** Internal Investigations und Selbstbelastung – Zum Verantwortungstransfer bei Akkumulation privater und staatlicher Ermittlungen (StV 2011, 381)
Internal Investigations bilden die repressive Seite des Präventionskonzepts der Compliance: Abgesehen von der ihnen eigenen Funktion einer **Effektivierung von Compliance-Programmen** können sie ein aus Unternehmenssicht probates **Instrument** sein, **um die Verantwortung für Straftaten im Unternehmensinteresse ausschließlich auf Mitarbeiter zu transferieren**; mit ihnen verbinden sich daher nicht nur erhebliche zivil-, sondern auch strafrechtliche Risiken für Unternehmensmitarbeiter. - Angesichts der **zivilrechtlichen Verpflichtung**, sich im Zuge solcher Investigations gegenüber von den Unternehmen beauftragten Rechtsanwaltskanzleien gegebenenfalls einer Straftat bezichtigen zu müssen, kann das **strafprozessuale Selbstbelastungsverbot faktisch entwertet** werden, wenn die aufgrund der zivilrechtlichen Verpflichtung mitgeteilten Informationen über die Zeugenaussage von durch das Unternehmen mandatierten Rechtsanwaltskanzleien Eingang in ein Strafverfahren finden; daher ist ein **selbstständige und auf Art. 2 I, Art. 1 I 1 GG zu stützendes Beweisverwertungsverbot** anzunehmen, das Fernwirkung i. S. eines **nachwirkenden Verwendungsverbotes** entfaltet.

III. öffentliches Recht

1. **Thietz-Bartram:** Das Wiederaufgreifen des Verfahrens von sittenwidrigen Verwaltungsakten (LKV 2011, 152)
Ein **Wiederaufgreifen i. e. S. nach § 51 I VwVfG** kommt nur in den dort beschriebenen Fällen in Betracht, z. B. bei **Änderung der Sachlage durch neue Tatsachen** oder bei **Änderung der Rechtslage**; die **Änderung der Rspr. stellt keine Änderung der Rechtslage dar**, weil sich mit einer Rspr.-Änderung nur die Rechtsansicht in

einem Fall auf der Grundlage der vorgegebenen Rechtsordnung ändert, nicht aber diese Rechtsordnung selbst. - **Bestandskräftige Verwaltungsakte können** nach Ermessen auch ohne Einhaltung der Voraussetzung des § 51 VwVfG **geändert werden**; eine **Ermessensverdichtung zur Rücknahmeverpflichtung** liegt vor, wenn die Aufrechterhaltung des rechtswidrigen bestandskräftigen Verwaltungsakts „schlechthin unerträglich“ ist; dies ist in Fällen der Selbstbindung der Verwaltung, beim Verstoß gegen die guten Sitten oder das Gebot von Treu und Glauben, bei der offensichtlichen Rechtswidrigkeit des Verwaltungsakts oder schließlich in den Fällen der Fall, in denen das einschlägige Fachrecht eine bestimmte Richtung der Ermessensausübung vorgibt (sog. intendiertes Ermessen). - Sittenwidrig sind auch die Verwaltungsakte, die eine Leistung festsetzen, wenn sie nach dem BGB ein **sittenwidriges Rechtsgeschäft** darstellen würden; die **tatsächliche Vermutung nach der BGH-Rspr. zu § 138 I BGB** (wucherähnliches Rechtsgeschäft), wonach bei besonders grobem Missverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung auf die verwerfliche Gesinnung des anderen begünstigten Vertragsteils geschlossen werden kann, kann auch auf diese Verwaltungsakte angewandt werden. - In den Fällen der **Enteignungsschädigung** ist dies insbes. anzunehmen, wenn die Entschädigung um mehr oder nahezu die Hälfte hinter der gesetzlichen Entschädigung zurückbleibt. - Schlechthin unerträglich ist die Aufrechterhaltung von rechtswidrigen Verwaltungsakten auch dann, wenn das einschlägige Fachrecht es gebietet, die rechtswidrigen Verwaltungsakte zurückzunehmen, z. B. in den Fällen des Verstoßes gegen die hergebrachten Grundsätze des Berufsbeamtentums oder der gesetzlichen Entschädigung für den Eigentumsverlust gem. Art. 14 III 3 GG.

2. **Desoi/Knierim**: Intimsphäre und Kernbereichsschutz (DÖV 2011, 398)

Der Schutz der Intimsphäre wird aus dem das **allgemeine Persönlichkeitsrecht gem. Art. 2 I i. V. m. Art. 1 I GG** sowie der **Wesensgehaltsgarantie des Art. 19 II GG** hergeleitet. - Die **Unantastbarkeit**, also das Eingriffsverbot in die absolut geschützte Intimsphäre, sowie das **Abwägungsverbot** wurde aber im Rahmen der Sphärentheorie mit der Nähe zur Menschenwürde des Art. 1 I GG; dagegen wird der unantastbare Kernbereich privater Lebensgestaltung in der neueren Rspr. allein aus der Menschenwürdegarantie des Art. 1 I GG abgeleitet: Der Kernbereich ist aufgrund der damit verbundenen Gewährleistung auch durch die **Ewigkeitsgarantie des Art. 79 III GG** im Vergleich zur Intimsphäre verfassungsrechtlich stärker geschützt. - Anders als die Intimsphäre, die bei einem Sozialbezug ausgeschlossen ist und so bestimmt eine absolute Eingriffsschranke bilden soll, kann der **Kernbereich auch bei einem Sozialbezug berührt** sein. Allerdings ist seine Bestimmung flexibler, weil das BVerfG hierfür auch den Sachverhalt in Bezug zu Sphären Dritter oder Belange der Allgemeinheit bewertet; insofern konnte das BVerfG im Rahmen der Entscheidung über die Verwertbarkeit von Tagebuchaufzeichnungen strafbare Handlungen aus dem Schutzbereich herausnehmen. - Ein weiterer Unterschied besteht darin, dass aufgrund des Schutzes der Intimsphäre im Rahmen von Art. 2 I i. V. m. Art. 1 I GG sich dieser in einer Schrankenbestimmung des allgem. Persönlichkeitsrechts erschöpft. - Da der Kernbereichsschutz demgegenüber aus der Garantie der Menschenwürde gem. Art. 1 I GG hergeleitet wird, kann das BVerfG das Konzept des Kernbereichsschutzes auch zur Begrenzung von Eingriffen in andere grundrechtlich geschützte Rechtsgüter wie der Unverletzlichkeit der Wohnung oder der Freiheit der Telekommunikation verwenden; das **Konzept des (unantastbaren) Kernbereichs privater Lebensgestaltung ist also über das Allgemeine Persönlichkeitsrecht hinausgehend** von Gewicht, so insbes. für den Bereich der staatlichen Erhebung und Verarbeitung personenbezogener Daten. - Ob ein konkreter Sachverhalt der Intimsphäre oder dem Kernbereich privater Lebensgestaltung zuzuordnen ist, lässt sich nicht abstrakt anhand formaler Kriterien bestimmen, sondern es ist **stets auf die „Besonderheiten des jeweiligen Falls“ abzustellen**; das Gericht gibt in beiden Fällen lediglich eine Art Zuordnungsregel, die sich aber in ihrem **Hauptabgrenzungskriterium** voneinander unterscheiden: So besteht eine Vermutung für die Zuordnung zur Intimsphäre, wenn die **Information keinen Sozialbezug aufweist**; für die Bestimmung des Kernbereichs muss dagegen auf den Inhalt einer sozialen Situation und die Art und Intensität, in welcher sie die Sphäre anderer oder die Belange der Gemeinschaft berührt, abgestellt werden; dieses zweite Kriterium erinnert stark an das Abgrenzungskriterium des Sozialbezugs der **Sphärentheorie**; der Sozialbezug ist aber nur ein Indiz dafür, dass etwas nicht dem Kernbereich zuzuordnen ist; primär ist auf den Inhalt abzustellen; die Konzepte unterscheiden sich also auch durch die Methoden, die zur Bestimmung des unantastbaren Bereichs verwendet werden. - Auch in weiteren Abgrenzungskriterien, die je nach konkretem Einzelfall angewendet werden können, unterscheiden sich die beiden Konzepte: Der räumliche Schutz muss im Rahmen der Intimsphäre wohl eher als Konzept verstanden werden, der symbolisch für die konzentrischen Kreise der unterschiedlichen Sphären steht und in dem der Raum als „Örtlichkeit“ als vernachlässigbares Abgrenzungskriterium fungiert; denn das BVerfG nennt die „Örtlichkeit“ niemals als Abgrenzungskriterium, sondern verwendet das Merkmal des Sozialbezugs; das BVerfG stellt für den Kernbereich in seinem Urteil zum „**Großen Lauschangriff**“ fest, dass die Möglichkeit freier Entfaltung des Kernbereichs voraussetze, dass der Einzelne über einen dafür geeigneten Freiraum verfügt; dies ist regelmäßig die **Privatwohnung**, die für andere verschlossen werden kann und die daher als **„letztes Refugium“ ein Mittel zur Wahrung der Menschenwürde** ist; dies verlangt zwar keinen absoluten Schutz dieser Räume, „wohl aber absoluten Schutz des Verhaltens in diesen Räumen, soweit es sich als individuelle Entfaltung im Kernbereich privater Lebensgestaltung darstellt“. - Schließlich geht der Kernbereich insoweit über die Intimsphäre hinaus, als er nicht auf die Person für sich allein beschränkt ist; das Konzept des Kernbereichsschutzes berücksichtigt so das im Grundgesetz niedergelegte Verständnis des Menschen als ein Wesen, das seine Persönlichkeit notwendig in sozialen Bezügen verwirklicht.

3. **Ernst**: Social Networks und Arbeitnehmer-Datenschutz (NJOZ 2011, 953)

Aus juristischer Sicht stellen sich bei den „Sozialen Netzwerken“ im Internet nicht nur die derzeit heiß diskutierten Fragen um die zuweilen grotesk weitgehenden „Datenschutzerklärungen“ der Anbieter solcher Sites, die – wirtschaftlich nachvollziehbar – ihren Erfolg vor allem durch individualisierte Werbung, Datenhandel und anderen Dienstleistungen versilbern wollen. - Auffällig ist, dass sich viele Jugendliche („Ich bin online, also bin ich“) in ihren Einträgen selbst in einer Weise präsentieren, die vielleicht ihre Altersgenossen beeindruckt, die für ihre berufliche Zukunft jedoch verheerend sein kann: Der mögliche Arbeitgeber liest mit, denn die Personalabteilung recherchiert auch und gerade online. – **Fraglich ist, ob diese Arbeitgeberrecherchen tatsächlich zulässig sind**

und **welche datenschutzrechtlichen Regeln für den betrieblichen Umgang mit diesen Netzwerken gelten.** – Die datenschutzrechtliche Behandlung des Datentransports (Telekommunikation) richtet sich nach dem **TKG**: Die **Interaktion zwischen Nutzer und Anbieter** nach dem TMG; auf **andere Dienste und Datenerhebungen**, bei denen der Teledienst lediglich das Übertragungsmedium ist – ist bezogen auf den Inhalt der Kommunikation –, weiterhin das **BDSG anzuwenden**; damit ist für die Erhebung von Inhaltsdaten über einen Bewerber oder Arbeitnehmer durch einen deutschen Arbeitgeber auch bei der Nutzung ausländischer Websites grds. das BDSG einschlägig. – Nach geltendem Recht ist die **Erhebung und Nutzung von Beschäftigtendaten** (§ 3 XI BDSG) **grds. nach § 32 BDSG zu beurteilen**: Zu den Betroffenen zählen dabei neben den tatsächlich aktuell im Beschäftigungsverhältnis stehenden Arbeitnehmern ausdrücklich auch Bewerber sowie Personen, deren Beschäftigungsverhältnis beendet ist (§ 3 XI Nr. 7 BDSG); der **Schutz erstreckt sich also auch auf die Zeit vor und nach dem eigentlichen Beschäftigungsverhältnis** und greift damit weiter, als der eigentliche Kernbereich des Arbeitsrechts reicht. – Die Erhebung, Verarbeitung und Nutzung personenbezogener Daten ist nach § 4 BDSG nur zulässig, soweit eine **Einwilligung oder eine Erlaubnisnorm vorliegt**; eine solche Norm findet sich in § 32 BDSG, der Regelungen zur zulässigen Datenverarbeitung für Zwecke des Beschäftigtenverhältnisses enthält. Danach dürfen Daten von Beschäftigten erhoben werden, soweit dies zur Begründung, Durchführung und Beendigung des Beschäftigtenverhältnisses erforderlich ist; § 32 II BDSG bezieht dabei ausdrücklich auch manuell erhobene Daten in den Schutzbereich ein und gilt daher auch für die Führung von papiergebundenen Personalakten; diese Erlaubnisnorm gilt auch für die Datenerhebung bei Dritten (also insbes. beim vorherigen Arbeitgeber). – Die Frage der Zulässigkeit einer Erhebung von Daten über Internet-Suchmaschinen oder in sozialen Netzwerken ist in § 32 BDSG nicht erwähnt; insoweit stellt sich die **Frage, ob diese Datenerhebung dann nach § 28 I 1 Nr. 3 BDSG zu bewerten wäre**, der die Erhebung öffentlich zugänglicher Daten gestattet, soweit nicht ein schutzwürdiges Interesse des Betroffenen das Interesse des Arbeitgebers offensichtlich überwiegt – oder ob § 32 BDSG auch dies als *lex specialis* mitregelt; § 28 I 1 Nr. 1 BDSG etwa, der die **Datenerhebung und -speicherung für eigene Geschäftszwecke** regelt, soweit es für die Begründung eines Schuldverhältnisses mit dem Betroffenen erforderlich ist, wird von dem insoweit spezielleren § 32 BDSG verdrängt; zu § 28 I 1 Nr. 3 BDSG macht die Gesetzesbegründung jedoch keine Angaben, so dass hieraus *e contrario* der gesetzgeberische Wille geschlossen werden könnte, dass die Nr. 3 anwendbar bleiben solle.

IV. Richter / Staatsanwälte / Rechtsanwälte / Notare

1. **Hager/Müller-Teckhof**: Die Entwicklung des Notarrechts in den Jahren 2008 bis 2010 (NJW 2011, 1716)
2. **Sommer/Treptow/Dietlmeier**: Haftung für Berufsfehler nach Umwandlung einer Freiberufler-GbR in eine Partnerschaftsgesellschaft (NJW 2011, 1551)

Nach Umwandlung einer GbR in eine Partnerschaft bemisst sich das anwendbare Haftungsrecht nicht nach der Begehung des Berufsfehlers oder dem Schadenseintritt, sondern **nach dem Zeitpunkt der Begründung des jeweiligen Mandatsverhältnisses**, also nach dem Abschluss des Mandatsvertrags; für bereits durch die GbR abgeschlossene Mandatsverträge gilt nach der Umwandlung die Haftungskonzentration gem. § 8 II PartGG grds. nicht. – Die **Gesellschafterhaftung** nach dem für die GbR geltenden Haftungsrecht **gilt nach der Umwandlung in eine Partnerschaft zeitlich nicht unbeschränkt**, sondern ist analog § 160 I u. III HGB, § 224 II UmwG auf einen Zeitraum von fünf Jahren ab Eintragung der Partnerschaft in das Partnerschaftsregister beschränkt. – **Tritt ein neuer Partner in die Partnerschaft ein, kann er sich bei Berufsfehlern auf die Haftungskonzentration gem. § 8 II PartGG berufen**, soweit eine solche stattgefunden hat, und zwar ohne Rücksicht darauf, ob das Mandat zur Zeit der GbR oder unter dem Regime der Partnerschaft „begründet“ wurde. – Wird ein Partner von einem Mandanten wegen eines Berufsfehlers in Anspruch genommen, hat er grds. einen **Regressanspruch gegen die Gesellschaft**; ist der Partner bereits aus der Partnerschaft ausgeschieden, hat er einen **Freistellungsanspruch** oder ggf. einen **Erstattungsanspruch gegen die Partnerschaft gem. § 1 IV PartGG i. V. mit § 738 I 2 BGB**. – Ein in Anspruch genommener Partner kann Mitgesellschafter, die ebenso im Außenverhältnis haften, grds. im Wege des **Gesamtschuldnerregresses gem. § 426 BGB** in Anspruch nehmen, solange er der Partnerschaft angehört, jedoch nur nachrangig gegenüber dem Regressanspruch gegen die Partnerschaft. – Die **Verteilung der Haftung unter den einzelnen (mithaftenden) Partnern richtet sich grds. nach dem Gesellschaftsvertrag**; hat der Partner, der den Berufsfehler verursacht hat, schuldhaft gehandelt, kann dies im Innenverhältnis zu einer Alleinhaftung dieses Partners führen (analog § 254 BGB).

3. **Mayer**: Entwicklungen zum Rechtsanwaltsvergütungsgesetz 2007 – 2011 (NJW 2011, 1563)
4. **Fischer**: Zivilprozess – Prozesskostenhilfe für einstweiligen Rechtsschutz und Hauptsache? (MDR 2011, 642)

Die PKH-Partei hat in Eilfällen i. d. R. zunächst das einstweilige Rechtsschutzverfahren einzuleiten und den Ausgang dieses Verfahrens abzuwarten, bevor sie PKH für das Hauptsacheverfahren erhalten kann. – Dies gilt dann nicht, wenn sie darlegt, dass das **gleichzeitige Betreiben des Hauptsacheverfahrens neben dem einstweiligen Rechtsschutzverfahren aus sachlichen Gründen unbedingt erforderlich** ist. – Die grds. bestehende „**Mutwilligkeitssperre**“ für das **zusätzliche Betreiben des Hauptsacheverfahrens neben dem einstweiligen Rechtsschutzverfahren auf PKH-Basis** kann im Wesentlichen aus zwei Gründen entfallen: Zum einen, wenn im einstweiligen Rechtsschutzverfahren kein Vergleich geschlossen wird, der die Hauptsache mitregelt oder eine **Regelung bzgl. der Hauptsache entbehrlich** macht; zum anderen wenn, nachdem das Gericht zugunsten des Ast. entschieden hat, der Gegner keine Abschlusserklärung abgibt, nachdem er von dem Ast. dazu aufgefordert wurde; **stets** ist zu **prüfen, ob für das Hauptsacheverfahren überhaupt noch ein Rechtsschutzinteresse besteht**.

Überreicht durch:

Mandantenbrief

- neueste Informationen -

Aus Gesetzgebung, Rechtsprechung und Praxis

Juli 2011

A. Aus der Gesetzgebung

I. Die Reform des Vormundschafts- und Betreuungsrechts

1. Allgemeines

In der Vergangenheit kam es auch bei bestehender Vormundschaft wiederholt zu Kindesmisshandlungen und Vernachlässigungen durch Pflegepersonen. Ohne hinreichenden persönlichen Kontakt kann der Schutz der Vormundschaft nicht greifen, hier soll sich etwas ändern.

Der Bundesrat hat daher jüngst der Reform des Vormundschafts- und Betreuungsrechts zugestimmt. **Ziel des Gesetzes**, das nur noch ausgefertigt und verkündet werden muss, ist die **Verbesserung des Kinderschutzes** durch eine Intensivierung des persönlichen Kontakts mit dem Vormund, um zukünftig Fällen von Missbrauch und Verwahrlosung besser begegnen zu können. Die Vormundschaft ist vor allem für Kinder gedacht, bei denen der Schutz der Familie versagt. Wenn Eltern ihre Kinder vernachlässigen und darum das Sorgerecht verlieren, steht ein Vormund, der dann an Stelle der Eltern zur umfassenden Sorge für Person und Vermögen des Kindes verpflichtet ist, den Kindern zur Seite.

2. Die wichtigsten Regelungen im Überblick

Das neue Gesetz stellt sicher, dass **jeder Vormund seine Schützlinge regelmäßig sieht**. Ein Amtsvormund darf künftig daher **nicht mehr als 50 Kinder betreuen**, denn der oftmals fehlende persönliche Kontakt zwischen Vormund und Mündel führt dazu, dass auch der Vormund Misshandlungen und Vernachlässigungen nicht rechtzeitig erkennt.

Weitere **Eckpunkte der Neuregelung**:

- Der Vormund soll i. d. R. jeden Monat **persönlichen Kontakt mit dem Mündel aufnehmen**.
- Der Vormund hat die Pflicht, den **Mündel persönlich zu fördern und seine Erziehung zu gewährleisten**.
- Die **Berichtspflichten des Vormundes** werden ausgeweitet.
- Bei der Amtsvormundschaft soll das Jugendamt **das Kind** vor der Übertragung der Aufgaben des Vormundes auf einen Mitarbeiter **anhören**.
- **Unzureichende persönliche Kontakte** sollen **als Grund für die Entlassung des Betreuers** im Betreuungsrecht ausdrücklich genannt werden.

II. Die erbrechtliche Gleichstellung nichtehelicher Kinder

Das Gesetz zur erbrechtlichen Gleichstellung nichtehelicher Kinder, zur Änderung der Zivilprozessordnung und der Abgabenordnung v. 12.04.2011, In-Kraft-Treten am 16.04.2011 (BGBl I 2011, 615)

1. Die Entstehungsgeschichte

Der **Europäische Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR)** hat am 28.05.2009 in einem **Individualbeschwerdeverfahren** festgestellt, dass die bisher im deutschen Erbrecht vorgesehene Ungleichbehandlung von ehelichen und nichtehelichen Kindern, die vor dem 01.07.1949 geboren wurden, im Widerspruch zur Europäischen Menschenrechtskonvention steht. Nach dieser **gesetzl. Sonderregelung** gelten vor dem

01.07.1949 geborene nichteheliche Kinder bis heute mit ihren Vätern als nicht verwandt und haben daher auch kein gesetzliches Erbrecht.

2. Die künftige gesetzliche Regelung

- Für **künftige Sterbefälle** werden auch die vor dem 01.07.1949 geborenen nichtehelichen Kinder ehelichen Kindern gleichgestellt. Sie beerben ihre Väter also als gesetzliche Erben.
- Allerdings soll dieses **Erbrecht nicht zu Lasten von hinterbliebenen Ehefrauen** gehen. Um deren Vertrauen in die frühere Regelung zu schützen, wird ihnen eine gesetzliche Vorerbschaft eingeräumt. Das bedeutet: Stirbt der Vater, erbt zunächst seine Ehefrau. Erst wenn auch diese stirbt, erhalten die betroffenen nichtehelichen Kinder ihren Anteil als Nacherbschaft.
- Eine weitere **Einschränkung** ist für die **Fälle** geplant, **in denen der Erblasser bereits vor dem Inkrafttreten der geplanten Neuregelung verstorben** ist. Denn dann sind die erbrechtlichen Folgen bereits eingetreten; das Vermögen des Erblassers ist auf die nach alter Rechtslage berufenen Erben übergegangen. Wegen des Vertrauensschutzes soll es für nichteheliche Kinder, deren Väter bereits vor dem 29.05.2009 verstorben sind, grundsätzlich bei der früheren Rechtslage bleiben. Eine **rückwirkende Anwendung der Neuregelung** wäre damit **auf solche Erbfälle beschränkt, die nach der o. g. Entscheidung des EGMR eingetreten sind**.

B. Aus der Rechtsprechung

BGB
§ 280

Inspektionsvertrag Hinweispflicht auf bevorstehende erforderliche Reparaturen (OLG Schleswig in MDR 2011, 420; Urteil vom 17.12.2010 – 4 U 171/09)

BGB

Zu den **Pflichten einer Kfz-Werkstatt im Rahmen einer Inspektion** gehört es, **auf solche Maßnahmen hinzuweisen, deren Notwendigkeit unmittelbar bevorsteht**. Als unmittelbar bevorstehend sind solche Arbeiten anzusehen, die in einem **Zeitraum von weniger als drei Monaten** oder **innerhalb einer Laufleistung von 5.000 Kilometern** anfallen.

„Inspektionen dienen dazu, einen bestimmten Fahrzeugzustand festzustellen, um die danach erforderlichen, regelmäßig gesondert zu beauftragenden Maßnahmen durchzuführen. Bei einer Inspektion ist allemal auf die fälligen Austauschmaßnahmen hinzuweisen. Dazu zählen i. d. R. das standardmäßige Auswechseln von Betriebsstoffen und Verschleißteilen wie Getriebeöl, Bremsflüssigkeit und Filter. Zu den Pflichten der Werkstatt gehört es darüber hinaus aber auch, auf solche Maßnahmen hinzuweisen, deren Notwendigkeit unmittelbar bevorsteht (so zutreffend AG Brandenburg NJW 2007, 3072). Als unmittelbar bevorstehend hat das LG zu Recht solche Arbeiten angesehen, die in einem Zeitraum von weniger als drei Monaten oder innerhalb einer Laufleistung von 5000 Kilometern anfallen (ebenso auch AG Brandenburg NJW 2007, 3072).

*Nach dem Verständnis des Senats ergibt sich eine solche Verpflichtung nach **Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrs-sitte** aus dem **Wesen des Inspektionsauftrags**, §§ 157, 133 BGB. Es entspricht ganz einfach der Praxis, dass Werkstätten im Zuge von Inspektionen, die ja gerade zur Feststellung der erforderlicher Reparatur- und Wartungsarbeiten dienen, auf zeitnah fällig werdende Erfordernisse hinweisen; darauf kann der Kunde vertrauen. Regelmäßig entspricht es auch seinem Interesse, dass solche Wartungsarbeiten im Zuge der Erledigung der ohnedies fälligen Maßnahmen gleich mit erledigt werden können, damit er auf das Fahrzeug nicht noch einmal wenig später für eine weitere Reparatur verzichten muss. Derlei entspricht naturgemäß auch dem Interesse der Werkstätten, die von den in diesem Zuge erteilten voluminöseren Aufträgen leben.“ (OLG Schleswig aaO)*

BGB
§ 355 II

Nachbelehrung eines Verbrauchers Wirksamkeitsvoraussetzungen (BGH in MDR 2011, 679; Beschluss vom 15.02.2011 – XI ZR 148/10)

BGB

Die **Nachbelehrung nach § 355 II BGB** muss einen für den Verbraucher **erkennbaren Bezug zu der früheren Vertragserklärung** aufweisen, der ihm deutlich macht, dass hierdurch ein **bestehender Belehrungsmangel im Nachhinein ausgeglichen** werden soll.

*„Die **Nachbelehrung unterliegt denselben gesetzlichen Anforderungen wie eine rechtzeitige Belehrung**. Sie muss umfassend, unmissverständlich und für den Verbraucher eindeutig sein. Der Verbraucher soll dadurch nicht nur von seinem Widerrufsrecht Kenntnis erlangen, sondern auch in die Lage versetzt werden, dieses auszuüben. Um die vom Gesetz bezweckte **Verdeutlichung des Rechts zum Widerruf** nicht zu beeinträchtigen, darf auch die nachträgliche Widerrufsbelehrung **keine zusätzlichen Erklärungen** enthalten, die einen eigenen Inhalt aufweisen und weder für das Verständnis noch für die Wirksamkeit der Belehrung von Bedeutung sind und deshalb von ihr ablenken oder den Verbraucher verwirren können (vgl. hierzu BGH WM 2009, 350; BGHZ 180, 123, jeweils mwN). Eine Nachbelehrung muss zudem nach § 355 II 1 BGB einen für den Verbraucher **erkennbaren Bezug zu seiner früheren Vertragserklärung** aufweisen, der ihm deutlich macht, dass ein Belehrungsmangel im Nachhinein ausgeglichen werden soll (BGH WM 2011, 23).“ (BGH aaO)*

InsO
§ 80 I

Privatinsolvenz eines GmbH-Geschäftsführers
Auswirkung auf Vertretungsbefugnis

InsO

(OLG Düsseldorf MDR 2011, 391; Beschluss vom 07.12.2010 – 24 W 86/10)

Die **Befugnis des Geschäftsführers**, eine GmbH gem. § 35 GmbHG außergerichtlich und gerichtlich zu vertreten, **wird durch den Insolvenzbeschlagn des Vermögens** des dienstverpflichteten Geschäftsführers **nicht beeinträchtigt**. In dessen Insolvenz wird seine **persönlich geschuldete Dienstleistung** (im Gegensatz zu seinem Anspruch auf die Dienstvergütung) **nicht vom Insolvenzbeschlagn des § 80 I InsO erfasst** und fällt demgemäß nicht in die Insolvenzmasse.

„Das beruht darauf, dass die **Fähigkeit des Dienstverpflichteten, die Dienstleistung zu erbringen, insolvenzrechtlich nicht zu seinem Vermögen gehört** (Kübler/Prütting/Bork/Moll, InsO, § 113 Rn 11 und 55). Dementsprechend hat der Insolvenzverwalter über das Vermögen der Geschäftsführerin **keine Verwaltungsbefugnisse**, soweit es um deren Geschäftsführerdiensttätigkeit geht. Die Fortführung von ihrer Geschäftsführungsaufgaben hängt allein von der Entschließung der [GmbH] ab, ob sie ihre insolvente Geschäftsführerin gem. § 46 Nr. 5 GmbHG abberuft bzw. deren Dienstvertrag (etwa aus wichtigem Grund gem. § 626 BGB) kündigt (Kübler/Prütting/Bork/Moll aaO, Rn 55 m. w. Nachw.).“ (OLG Düsseldorf aaO)

StGB

§ 263 I, III 2 Nr. 2 Alt. 1

Betrug

„Hausverlosung“ im Internet

StGB

(BGH in NJWZ 2011, 1825; Beschluss vom 15.03.2011 – 1 StR 529/10)

Versichert der Veranstalter eines Gewinnspiels (hier: Quiz und anschließende Verlosung eines Wohnhauses als Hauptgewinn) auf seiner Internetseite die **rechtliche Zulässigkeit der Veranstaltung** und ist ihm bekannt, dass die **Rechtslage zumindest „unklar“** und daher mit einer aufsichtsbehördlichen Untersagung des Gewinnspiels zu rechnen ist, ist in der Versicherung eine **betrugsrelevante Täuschungshandlung** zu sehen (hier: mit der Folge irrtumsbedingt geleisteter Spieleinsätze und dadurch bewirkter Vermögensschäden auf Seiten der Spielteilnehmer).

- I. Durch die **wahrheitswidrigen Angaben** auf seiner Internetseite rief der Angekl. bei den Spielteilnehmern die **Fehlvorstellung** hervor, dass er die **Rechtslage bzgl. der Zulässigkeit des** von ihm angebotenen **Gewinnspiels abschließend geklärt** habe und dass seinem Vorhaben von Seiten der zuständigen Behörden **keine rechtlichen Bedenken** entgegenstünden.

„Eine solche Klärung der Rechtslage war vor Aufnahme des Spielbetriebs aber gerade nicht erfolgt. Auf Grund des vorangegangenen Schriftverkehrs mit den Behörden, die den Angekl. mehrfach auf ihre rechtlichen Zweifel an der Zulässigkeit des Gewinnspiels hingewiesen hatten, und der von ihm eingeholten Auskünfte von Rechtsanwälten, die die Rechtslage ebenfalls als „unklar“ bezeichnet und ein weiteres Vorgehen nur im Einvernehmen mit den Behörden angemahnt hatten, musste er vielmehr damit rechnen, dass ihm die weitere Durchführung seines Vorhabens einschließlich der Verlosung der von ihm als Hauptgewinn ausgelobten Immobilie umgehend untersagt werden wird, wie dies dann auch tatsächlich geschehen ist.“ (BGH aaO)

- II. Im **Vertrauen auf diese Zusicherung** des Angekl. erbrachten die Teilnehmer ihre **Spieleinsätze** und erlitten insoweit auch einen **Vermögensschaden**.

„Die **Gegenleistung** des Angekl. **blieb infolge der drohenden Untersagung des Gewinnspiels hinter der vertraglich geschuldeten Leistung zurück**, denn der Angekl. war grds. weder willens noch in der Lage, den überwiegenden Teil der vereinnahmten Gelder, den er schon für eigene Zwecke verbraucht hatte, im Fall einer vorzeitigen zwangsweisen Einstellung des Spielbetriebs durch die Behörden an die Spielteilnehmer zurückzuzahlen (vgl. BGHSt 8, 289 = NJW 1956, 231). Dass er einen geringen Teil der Einsätze an einige der Spielteilnehmer – die ihm z. T. mit einer Strafanzeige gedroht hatten – zurückerstattet hat, steht dabei der Annahme eines Betrugschadens nicht entgegen (BGHSt 53, 199 = NJW 2009, 2390 = NSTZ 2009, 330). Das LG hat die Teilrückzahlung zu Recht als bloße Schadenswiedergutmachung gewertet und bei der Strafzumessung berücksichtigt.“ (BGH aaO)

BauGB

§ 35 I Nr.5

Windpark

zumutbare optische Beeinträchtigung

BauGB

(OVG Koblenz in NVwZ-RR 2011, 438; Beschluss vom 10.03.2011 – 8 A 11215/10)

Für die Frage, wann ein Windpark zu einer optischen Beeinträchtigung der Anwohner führt, gelten grds. die gleichen Maßstäbe wie für die Frage, wann von einer Einzelanlage optische Beeinträchtigungen ausgehen. Auch hier stellt das **Verhältnis zwischen dem Abstand der Anlagen zum Wohnhaus und der Höhe der Anlagen** einen **geeigneten Orientierungswert** dar. Allein die Tatsache, dass aus jedem Fenster eines Wohnhauses der Windpark sichtbar sind, begründet für sich genommen noch keine unzumutbare Beeinträchtigung.

- I. Nach der **gefestigten obergerichtlichen Rspr.** lassen sich aus dem Verhältnis des Abstandes zwischen Wohnhaus und Windkraftanlage und der Höhe der Windkraftanlage Orientierungswerte zur Beurteilung einer erdrückenden Wirkung ableiten. Beträgt die Entfernung zur geplanten Anlage danach mindestens das Dreifache ihrer Höhe, wird die Einzelfallprüfung überwiegend zu dem Ergebnis kommen, dass von dieser Anlage keine unzumutbaren optischen Beeinträchtigungen ausgehen (OVG Münster DVBI 2006, 1532 u. NVwZ 2007, 336; VGH München ZUR 2009, 497 = BayVBI 2010, 114). Diese Rspr. liefert aber nur **grobe Orientierungswerte**, die nicht schematisch angewandt werden dürfen und eine Prüfung des konkreten Einzelfalls daher nicht entbehrlich machen (OVG Münster BauR 2007, 1014; VGH München ZUR 2009, 497 = BayVBI 2010, 114; BVerwG NVwZ 2007, 336 f.).

- II. Nach **OVG Koblenz aaO** lassen sich auch zur Beurteilung der optischen Wirkung mehrerer Anlagen keine starren und allgemeingültigen Regeln anführen, vielmehr sei stets eine Beurteilung des Einzelfalls notwendig.

„Auch für eine Mehrzahl von Anlagen – eine freie Sichtbeziehung unterstellt – [bleiben] deren Gesamthöhe und ihr Abstand zum Wohnhaus die maßgeblichen Beurteilungskriterien. Einer Windkraftanlage, die so weit entfernt steht, dass ihr **keine erdrückende Wirkung** zukommt, wird diese Wirkung i. d. R. auch dann nicht zukommen, wenn sich im Blickfeld weitere, für sich genommen ebenfalls nicht erdrückend wirkende Anlagen befinden. Ob etwas Anderes für Anlagen zu gelten hat, die so dicht beisammenstehen, dass die von den Rotoren bestrichenen Flächen sich optisch überschneiden, so dass der Eindruck eines Anlagenhaufens oder Anlagenwalls entsteht, kann hier dahingestellt bleiben.

Sofern der Kl. meint, schon eine „**umzingelnde**“ Wirkung in dem Sinne, dass der Betroffene sich auf Grund der örtlichen Verhältnisse dem **Anblick der Anlagen nicht entziehen könne**, sei unzumutbar, trifft dies nicht zu: Insbes. derjenige, der im Außenbereich wohnt, muss grds. mit der Errichtung von Windkraftanlagen und ihren **optischen Auswirkungen** rechnen. Der Gesetzgeber hat Windkraftanlagen im Außenbereich nach § 35 I Nr. 5 BauGB privilegiert und nach § 35 III 2 BauGB unter Planungsvorbehalt gestellt. Dies führt notwendig dazu, dass es dort, wo entsprechende Vorrangflächen ausgewiesen sind, zu einer Konzentration von Windenergieanlagen kommt (vgl. BVerwGE 118, 33 = NVwZ 2003, 738). Betroffene, die in der Nähe einer solchen Konzentrationszone wohnen, werden daher regelmäßig nicht nur mit einer, sondern mehreren Anlagen konfrontiert sein. Da moderne Windkraftanlagen große Höhen erreichen, werden sie insbes. bei kleineren Wohneinheiten häufig auch von allen Fenstern aus sichtbar sind. **Allein diese Wahrnehmbarkeit vermag eine Rücksichtslosigkeit indes nicht zu begründen. Die Zumutbarkeitsschwelle ist erst überschritten, wenn die Anlagen so nah stehen, dass sie auf Grund ihrer Höhe und der großen Fläche, die die Rotoren überstreichen, auf die Wohngebäude erdrückend wirken** (vgl. OVG Münster BauR 2007, 1014).“ (OVG Koblenz aaO)

ESTG
§§ 9c I, 9 V, 32

Kinderbetreuungskosten Zurechnung

SteuerR

(BFH in NJW 2011, 1759; Urteil vom 25.11.2010 – III R 79/09)

- I. **Kinderbetreuungskosten können nur von demjenigen abgezogen werden, der sie getragen hat.**

„Steuerpflichtige, die Einkünfte aus nichtselbstständiger Arbeit erzielen, können zwei Drittel der wegen ihrer Erwerbstätigkeit anfallenden Aufwendungen für Dienstleistungen zur Betreuung eines zu ihrem Haushalt gehörenden und noch nicht 14 Jahre alten Kindes i. S. des § 32 I EStG nach § 4f EStG i. V. mit § 9 V 1 EStG in der Fassung des Streitjahres 2006 – jetzt § 9c I EStG – wie Werbungskosten abziehen, sofern die Aufwendungen durch Vorlage einer Rechnung und die Zahlung auf das Konto des Leistungserbringers nachgewiesen werden (§ 4f S. 5 EStG).

Das EStG wird durch die **Grundsätze des objektiven und des subjektiven Nettoprinzips** sowie der **Individualbesteuerung** geprägt. Eine Zurechnung von Einnahmen und Ausgaben setzt voraus, dass der Steuerpflichtige den entsprechenden Tatbestand des EStG selbst verwirklicht hat. **Ausgaben, die Dritte geleistet haben** (sog. **Drittaufwand**), **können grds. nur beim Dritten berücksichtigt werden**, nicht aber bei dem insoweit nicht belasteten Steuerpflichtigen.

Dem **Wortlaut des § 4f EStG** sind keine Anhaltspunkte zu entnehmen, die es rechtfertigen könnten, davon abzuweichen; die Vorschrift bezieht sich auf Aufwendungen des Steuerpflichtigen und enthält insbesondere weder Zuordnungsregeln noch ein Zuordnungswahlrecht.“ (BFH aaO)

- II. Wenn von den **zusammenlebenden, nicht miteinander verheirateten Eltern** nur ein Elternteil den Vertrag mit der Kindertagesstätte abschließt und das Entgelt von seinem Konto zahlt, dann kann dieses **weder vollständig noch anteilig dem anderen Elternteil unter dem Gesichtspunkt des abgekürzten Zahlungs- oder Vertragswegs** als von ihm getragener Aufwand zugerechnet werden.

„Die Rechtsgrundsätze zum abgekürzten Zahlungs- oder Vertragsweg erlauben es, dem Steuerpflichtigen Kosten als eigenen Aufwand zuzurechnen, die ein Dritter in seinem – des Steuerpflichtigen – Interesse trägt.

In Fällen der sog. **Abkürzung des Zahlungswegs** tilgt der Dritte im Einvernehmen mit dem Steuerpflichtigen dessen Schuld (§ 267 I BGB), statt dem Steuerpflichtigen den Geldbetrag unmittelbar zu geben und ihn die Zahlung vornehmen zu lassen (BFHE 189, 160 = NJW 1999, 3577; Kirchhof, EStG, 9. Aufl., § 4 Rn 178). Ein derartiger Fall ist vorliegend schon deshalb nicht gegeben, weil die Lebensgefährtin allein auf ihre eigene Verbindlichkeit geleistet hatte, denn nur sie hatte den Vertrag mit der Kindertagesstätte unterzeichnet.

Die Aufwendungen eines Dritten, der im eigenen Namen für den Steuerpflichtigen einen Vertrag schließt und auch selbst die geschuldeten Zahlungen leistet, können nach den Grundsätzen der Abkürzung des Vertragswegs beim Steuerpflichtigen abgezogen werden (z. B. BFHE 211, 318 = NJW 2006, 720 m. w. Nachw.; BFHE 230, 567 = NJW-RR 2011, 159). Denn auch in diesem Fall wendet der Dritte dem Steuerpflichtigen – wie beim abgekürzten Zahlungsweg – Geld zu und bewirkt dadurch zugleich seine Entreichung.

Die Anwendung der Grundsätze des abgekürzten Vertragswegs zu Gunsten des Kl. kommt jedoch nicht in Betracht: Denn die Lebensgefährtin wahrte mit dem Abschluss des Betreuungsvertrags für ihr Kind eigene Interessen, da die Kindertagesstätte sie von der ihr als Mutter obliegenden Personensorge entlastete und ihr die Erwerbstätigkeit ermöglichte. Zwar nützte die Unterbringung des Kindes in der Kindertagesstätte auch dem Kl., der als Vater – rechtlich oder zumindest tatsächlich – ebenfalls zur Betreuung verpflichtet war. Eine Zurechnung von Aufwendungen nach den Grundsätzen der Abkürzung des Vertragswegs setzt aber voraus, dass die auf Grund des Vertrags zu erbringenden Leistungen eindeutig der Erwerbssphäre des Steuerpflichtigen und nicht der/des Dritten zuzuordnen sind oder, im Falle des hier einschlägigen § 4f EStG a. F., dass sie wegen der Erwerbstätigkeit des Steuerpflichtigen und nicht des Dritten anfallen.“ (BFH 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

