



# PRAKTIKER-REPORT (PR)

Zeitschrift für Jurastudium und Ausbildung

---

34. Jahrg.

Januar 2009

Heft 01

---

**Aus dem Inhalt:**

- BGH:** Auslegung der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie
- BGH:** Rücktritt vom Gebrauchtwagenkauf
- BVerfG:** Pkw als Waffe i.S.d. § 113 II 2 Nr.1 StGB
- ThürVerfGH:** Verfassungswidrigkeit der 5 % Sperrklausel für Kommunalwahl
- BGH:** Hemmung der Verjährung im Mahnverfahren bei Teilforderung
- OLG Naumburg:** Durchbrechung des richterlichen Beratungsgeheimnisses
- VGH Kassel:** Unmittelbare Ausführung polizeilicher Sicherstellung



Juristischer Verlag  
Juridicus GbR  
Silke Wollburg und  
Britta Wegner

Hiberniastraße 6  
45879 Gelsenkirchen

Tel. 02 09 - 94 58 06-35  
Fax 02 09 - 94 58 06-50

[www.juridicus.de](http://www.juridicus.de)  
[info@juridicus.de](mailto:info@juridicus.de)

Bankverbindung:  
Kto. 177 866 600  
Volksbank Schermbeck  
BLZ 400 693 63

Steuernummer:  
319/5854/0974

Erscheinungsweise: monatlich  
Jahresbezugspreis: 82,80 € inklusive Versandkosten  
Zahlung quartalsweise im Voraus

## Inhalt

### Aus der Gesetzgebung

GmbH-Recht-Modernisierung .....	1
---------------------------------	---

### Brandaktuell

BGH:	Vorlage an den EuGH zur Auslegung der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie (Ein- und Ausbaurkosten bei Nachbesserung) .....	3
------	---	---

### Entscheidungen materielles Recht

#### Zivilrecht

LG Frankfurt:	Mängelrüge im Reiserecht (Unverzichtbarkeit auch bei Unmöglichkeit der Abhilfe) .....	4
BGH:	Rücktritt vom Gebrauchtwagenkauf (Feuchtigkeit im Innenraum).....	7
BGH:	kein eigener Schadensersatzanspruch des Arbeitgebers (Betriebsbezogenheit des Eingriffs weiter erforderlich) .....	11

#### Strafrecht

BGH:	Heimtückemord (nach vorangegangener feindseliger Auseinandersetzung).....	13
BVerfG:	Widerstand gegen Vollstreckungsbeamte (Pkw ist keine Waffe i.S.d. § 113 II 2 Nr.1 StGB).....	16

#### öffentl. Recht

OVG Münster:	Carport außerhalb überbaubarer Grundstücksflächen (nicht generell unzulässig) .....	19
VG Karlsruhe:	Verhältnismäßigkeit einer Untersagungsverfügung (Anforderungen an die Prognose bei einem Volksfest) .....	23
ThürVerfGH:	5 %-Klausel für Kommunalwahl (Verfassungswidrigkeit der Sperrklausel) .....	25

#### Kurzauslese I

BGH:	Urheberschutz (§ 95a III UrhG ist Schutzgesetz i.S.d. § 823 II 1 BGB) .....	29
BGH:	Schönheitsreparaturklausel (zulässiges Farbdiktat des Vermieters) .....	29
OLG Düsseldorf:	Anzeigepflicht des Mieters (verborgene Mängel) .....	31
OLG Hamm:	gef. Körperverletzung (lebensgefährdende Behandlung durch Kopfstoß) .....	31
BGH:	Körperverletzung durch HIV-Übertragung (Verjährung) .....	33
OLG Düsseldorf:	Vollrausch (subj. Tatbestand) .....	33
AG München:	Personenbezogene Daten (IP-Adressen) .....	35
OLG Düsseldorf:	Beitragsschuld (Auswirkungen der Zahlungsverjährung).....	35
OVG NRW:	Gruppe ohne Fraktionsstatus (Begriffsdefinition) .....	37

### Entscheidungen prozessuales Recht

#### Zivilrecht

OLG Saarbrücken:	Versicherungsnehmer kann an seinem Wohnsitz klagen (Neuregelung des § 215 VVG auf Altverträge anwendbar) .....	39
BGH:	Hemmung der Verjährung im Mahnverfahren (bei Teilbetrag mehrerer Einzelforderung Aufschlüsselung erforderlich) .....	43

#### Strafrecht

OLG Naumburg:	richterliches Beratungsgeheimnis (Durchbrechung) .....	47
OLG München:	Wiedereinsetzung in Revisionsbegründungsfrist (nach Urteilszustellung nur an Angeklagten) .....	50

#### öffentl. Recht

VGH Kassel:	unmittelbare Ausführung polizeilicher Sicherstellung (einstweiliger Rechtsschutz über § 80 V 3 VwGO) .....	53
-------------	---	----

**Kurzauslese II**

BGH:	gerichtl. Hinweispflicht (unschlüssige Klage) .....	57
KG:	willkürlicher Verweisungsbeschluss (Heilung) .....	57
OLG Rostock:	Gegenvorstellung (Zulässigkeit) .....	59
BGH:	Feststellungsurteil (Inhalt) .....	59
OLG Rostock:	Beschwerde (zulässig bei Rechtsschein einer gerichtl. Entscheidung) .....	61
KG:	vorl. vollstreckbares Räumungsurteil (Vollstreckungsfähigkeit) .....	61
OLG Düsseldorf:	Dienstvertrag (Abgrenzung von Zivil- u. Arbeitsgerichtszuständigkeit) .....	61
KG:	Befangenheitsbesorgnis (unsachlich spöttische Zeugenbefragung) .....	63
OLG Frankfurt:	Strafurteil (erforderliche Darstellung von Vorstrafen) .....	65
KG:	Wiedereinsetzungsantrag (Rechtszeitigkeit) .....	65
BayVGH:	Gebührenbescheid (zulässige Bekanntgabe ggü. Dritten) .....	67
OVG NRW:	Widerspruchsverfahren (Wegfall im baurechtlichen Verfahren) .....	67
BVerwG:	Gehörsverletzung (Entscheidung ohne mdl. Verhandlung) .....	67
OVG Hamburg:	außerordentliche Beschwerde (im Verwaltungsstreitverfahren nicht statthaft) .....	67

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

BGH:	Geschäftsgebühr (Anrechnung auf verminderte Verfahrensgebühr) .....	46
OLG Celle:	Pauschgebühr (unzulässig nach Kostenfestsetzungsantrag) ) .....	47
OLG München:	Terminsgebühr (Vergütungsanspruch für Vertretung des verhinderten Pflichtverteidigers) ) .....	47
OLG Stuttgart:	Einigungsgebühr (Versöhnung im FGG-Verfahren) ) .....	48
OLG Naumburg:	Akteneinsicht (keine „unfreie“ Rücksendung nach Einsichtnahme) ) .....	48
OLG Oldenburg:	Terminsgebühr (verfahrensfehlerhaftes Versäumnisurteil) ) .....	48
BGH:	Einigungsgebühr (setzt nicht Entlastung für das Gericht voraus) ) .....	49

**Aus der Praxis**

OVG Schleswig:	Verschulden eines angestellten Rechtsanwalts (Zurechnung) ) .....	50
BAG:	Arbeitgeberzuschuss zur privaten Krankenversicherung (zulässiger Rechtsweg) ) .....	50
BGH:	Gewerberaummiete (Mietzinsrückstand rechtfertigt fristlose Kündigung) ) .....	51
AG München:	Rechtsschutzversicherung (kein Versicherungsschutz für Kosten der Selbstvertretung eines Anwalts) ) .....	51
BGH:	Prozesskostenhilfe (zulässige Beiordnung einer RA-GbR) ) .....	52
BGH:	Kostenfestsetzungsantrag (Klagegegenstand muss rechtshängig Gewesen sein) ) .....	53

**Steuern**

BFH:	berufsbedingte Werbungskosten (Seminar zur Persönlichkeitsentfaltung) ) .....	55
BFH:	Arbeitnehmerpauschbetrag (Kürzung) ) .....	56

<b>Weitere Schrifttumsnachweise</b> .....	59
---	----

<b>Mandantenbrief</b> .....	61
-----------------------------	----

## Aus der Gesetzgebung

### GmbH-Recht-Modernisierung

Gesetz zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen (MoMiG) vom 23.10.2008, in Kraft Treten am 01.11.2008 (BGBl. I S. 2026)

#### I. Allgemeines

Der Bundesrat hat am 19.09.2008 das Gesetz zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen (MoMiG) beschlossen, das am 01.11.2008 in Kraft getreten ist.

Ein **Schwerpunkt der GmbH-Novelle** liegt in der **Erleichterung und Beschleunigung von Unternehmensgründungen**, um die Attraktivität der GmbH nicht nur in der Gründung, sondern auch als am Markt tätiges Unternehmen zu erhöhen und Nachteile der deutschen GmbH im Wettbewerb der Rechtsformen auszugleichen. Außerdem sollen die aus der Praxis bekannten **Missbrauchsfälle** im Zusammenhang mit der Rechtsform der GmbH **bekämpft** werden.

#### II. Die wichtigsten Neuregelungen im Überblick

##### 1. Erleichterung der Kapitalaufbringung und Übertragung von Geschäftsanteilen

- Nach dem neuen GmbH-Recht sind **zwei Varianten der GmbH möglich**: Neben der bekannten **GmbH mit einem Mindeststammkapital von 25.000 €** tritt nach § 5a GmbHG die **haftungsbeschränkte Unternehmergesellschaft (UG)**. Hierbei handelt es sich nicht um eine neue Rechtsform, sondern vielmehr um eine **Einstiegsvariante der GmbH**, die mit einem Mindeststammkapital ab 1 € gegründet werden kann. Diese GmbH-Variante darf aber ihre Gewinne nicht vollständig ausschütten, sondern muss das Mindeststammkapital der „richtigen“ GmbH nach und nach ansparen; ist das Stammkapital erreicht, kann die Gesellschaft zur GmbH umfirmiert werden.
- Die **Gesellschafter können individuell über die jeweilige Höhe ihrer Stammeinlagen entscheiden**. Bei Neugründungen bzw. Kapitalerhöhungen kann von vornherein eine flexible Stückelung gewählt werden, bereits vorhandene Geschäftsanteile können leichter aufgeteilt, zusammengelegt und einzeln oder zu mehreren Dritten übertragen werden.

##### 2. Einführung von Musterprotokollen

**Für unkomplizierte Standardgründungen** (z.B. Bargründungen, max. 3 Gesellschafter) werden **zwei beurkundungspflichtige Musterprotokolle als Anlage zum GmbHG** zur Verfügung gestellt. Die Vereinfachung wird vor allem durch die Zusammenfassung von Gesellschaftsvertrag, Geschäftsführerbestellung und Gesellschafterliste bewirkt.

##### 3. Vereinfachung und Beschleunigung der Registereintragung

- Das **MoMiG verkürzt** in Fortführung des durch Anfang 2007 in Kraft getretenen Gesetzes über elektronische Handelsregister und Genossenschaftsregister sowie das Unternehmensregister (EHUG) die bereits erhebliche Beschleunigung der Eintragung einer Gesellschaft die **Eintragungszeiten** weiter: So konnte bislang eine Gesellschaft nur dann in das Handelsregister eingetragen werden, wenn bereits bei der Anmeldung zur Eintragung eine staatliche Genehmigungsurkunde vorlag; nunmehr müssen GmbHs wie Einzelkaufleute und Personenhandelsgesellschaften keine Genehmigungsurkunden mehr beim Registergericht einreichen.
- Außerdem wird die **Gründung der Ein-Personen-GmbH vereinfacht**, da hier besondere Sicherheitsleistungen für den noch nicht erbrachten Teil der Stammeinlage nicht mehr erforderlich sind.
- Das MoMiG stellt ausdrücklich klar, dass das Gericht bei der **Gründungsprüfung** nur dann die Vorlage von Einzahlungsbelegen oder sonstigen Nachweisen verlangen kann, wenn es erhebliche Zweifel hat, ob das Kapital ordnungsgemäß aufgebracht wurde. Bei Sacheinlagen wird in **Angleichung an die Rechtslage bei der AG** die Werthaltigkeitskontrolle durch das Registergericht auf die Frage beschränkt, ob eine „nicht unwesentliche“ Überbewertung gegeben ist; nur bei entsprechenden Hinweisen kann damit zukünftig im Rahmen der Gründungsprüfung eine externe Begutachtung veranlasst werden.

#### 4. Erhöhung der Attraktivität der Rechtsform der GmbH

- Durch die **Streichung des § 4a II GmbHG** ist es für deutsche Gesellschaften nunmehr möglich, einen im Ausland liegenden Verwaltungssitz zu wählen, der nicht notwendigerweise mit dem Satzungssitz übereinstimmen muss. Dadurch wird der Spielraum deutscher Gesellschaften erhöht, auch ihre Auslandstöchter in der Rechtsform der GmbH zu führen.
- Nach dem Vorbild des Aktienregisters gilt zukünftig **nur noch derjenige als Gesellschafter, der auch in die Gesellschafterliste eingetragen ist.**
- Die **Gesellschafterliste** dient zudem als **Anknüpfungspunkt für einen gutgläubigen Erwerb von Gesellschaftsanteilen**: Wer einen Gesellschaftsanteil erwirbt, kann darauf vertrauen, dass die in der Gesellschafterliste geführte Person auch tatsächlich Gesellschafter ist. Ist eine unrichtige Eintragung mindestens 3 Jahre lang unbeanstandet geblieben, gilt der Inhalt der Liste dem Erwerber des Gesellschaftsanteils gegenüber als richtig.
- Das komplexe **Eigenkapitalersatzrecht** ist **erheblich vereinfacht** worden, indem die gesetzlichen Regelungen der §§ 32a, 32b GmbHG a.F. über die kapitalersetzenden Gesellschafterdarlehen gestrichen und die früheren Rechtsprechungsregeln zu § 30 GmbHG aufgehoben worden sind. Eine Unterscheidung zwischen „eigenkapitalersetzenden“ und „normalen“ Gesellschafterdarlehen gibt es nicht mehr, d.h. alle Darlehen werden nunmehr gleich behandelt. Gesellschafterdarlehen werden erst in der Insolvenz besonders berücksichtigt gegenüber Fremddarlehen, denn sie sind letzteren gegenüber nachrangig. Außerdem sind Rückzahlungen von Gesellschafterdarlehen im letzten Jahr vor Stellung eines Insolvenzantrages nach § 135 InsO anfechtbar mit der Folge, dass der Gesellschafter das Erhaltene zur Masse zurückgewähren muss. Damit wird die Gefahr verringert, dass dem Unternehmen mit der Eröffnung des Insolvenzverfahrens Gegenstände nicht mehr zur Verfügung stehen, die für eine Fortführung des Betriebs notwendig sind.

#### 5. Missbrauchsbekämpfung

- Die **Möglichkeit der Rechtsverfolgung gegenüber Gesellschaften** wird beschleunigt: Zukünftig muss im Handelsregister eine inländische Geschäftsadresse eingetragen werden; dies gilt auch für AG, Einzelkaufleute, Personenhandelsgesellschaften sowie Zweigniederlassungen (auch von Auslandsgesellschaften). Ist unter dieser eingetragenen Anschrift eine Zustellung faktisch unmöglich, wird gegenüber jur. Personen die sonstige öffentliche Zustellung im Inland eröffnet.
- Hat die Gesellschaft keinen Geschäftsführer mehr, so sind die **Gesellschafter nunmehr dazu verpflichtet, bei Zahlungsunfähigkeit und Überschuldung einen Insolvenzantrag zu stellen**; diese Antragspflicht kann also nicht mehr durch ein „Abtauchen“ des Geschäftsführers umgangen werden.
- Die **Anforderungen an die Person des Geschäftsführers** sind **verschärft** worden, indem die Ausschlussgründe nach § 6 II Nr.3a ff GmbHG um Verurteilungen wegen Insolvenzverschleppung, falscher Angaben und unrichtiger Darstellungen sowie Verurteilungen aufgrund allgemeiner Straftatbestände mit Unternehmensbezug (§§ 263 – 264a und §§ 265b – 266a StGB) erweitert wurden; dies gilt auch für Verurteilungen wegen vergleichbarer Straftaten im Ausland.
- Schließlich **trifft den Geschäftsführer nach § 64 GmbHG eine Rückzahlungspflicht**, wenn durch Zahlungen an Gesellschafter die Zahlungsunfähigkeit ausgelöst wurde; damit verschärft das MoMiG die ohnehin zuvor bereits bestehende Haftung auf Auszahlungen an die Gesellschafter, um dadurch der „Ausplünderung“ der Gesellschaft durch seine Gesellschafter nach Eintritt der Insolvenzreife vorzubeugen.

**Brandaktuell**BGB  
§ 439**Vorlagebeschluss des BGH an den EuGH  
zur Auslegung der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie  
bei Ein- und Ausbaurkosten bei Nachbesserung**

KaufR

**(BGH, Beschluss vom 14. Januar 2009 - VIII ZR 70/08, Pressemitteilung des BGH Nr. 8/2009)**

**Fall:** K erwarb bei V, die einen Baustoffhandel betreibt, Bodenfliesen zum Preis von 1.382,27 €. Nachdem er die Fliesen in seinem Wohnhaus hatte verlegen lassen, zeigten sich Mängel. Deswegen hat K von V die Lieferung neuer Fliesen sowie die Zahlung **zukünftig noch entstehender Aus- und Einbaurkosten** in Höhe von 5.830,57 € begehrt.

Das Landgericht hat der Klage zu einem geringen Teil in Höhe von 273,10 € stattgegeben und sie im Übrigen, so auch wegen der Ausbaurkosten, abgewiesen. Auf die Berufung des K hat das Oberlandesgericht die Beklagte dagegen unter anderem zur Zahlung der **Kosten für den Ausbau** der Fliesen in Höhe von 2.122,37 € verurteilt. Dagegen wendet sich die Beklagte mit der vom Berufungsgericht zugelassenen Revision.

Der für das Kaufrecht zuständige VIII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat das Revisionsverfahren ausgesetzt und gemäß der Verpflichtung aus Art. 234 EG-Vertrag dem Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften folgende Fragen zur **Auslegung des Gemeinschaftsrechts** zur Vorabentscheidung vorgelegt.

- I. Der BGH ist der Auffassung, dass das deutsche Recht in § 439 III BGB das Recht des Verkäufers vorsieht, die **Nacherfüllung wegen absoluter Unverhältnismäßigkeit der dafür erforderlichen Kosten zu verweigern**. Eine solche absolute Unverhältnismäßigkeit sei hier anzunehmen, weil die Kosten der Nacherfüllung (Lieferung neuer Fliesen und Ausbau der mangelhaften Fliesen) mit insgesamt rund 3.300,00 € den Wert der Fliesen im mangelfreien Zustand, der nicht mehr als den Kaufpreis beträgt, um deutlich mehr als 150% überschreiten.

Er wirft deshalb die Frage auf, ob die **Verbrauchsgüterkaufrichtlinie** einer **nationalen gesetzlichen Regelung entgegensteht**, wonach der Verkäufer im Falle der Vertragswidrigkeit des gelieferten Verbrauchsgutes die vom Verbraucher verlangte Art der **Abhilfe auch dann verweigern** kann, wenn sie ihm **Kosten verursachen** würde, die verglichen mit dem Wert, den das Verbrauchsgut ohne die Vertragswidrigkeit hätte, und der Bedeutung der Vertragswidrigkeit unzumutbar (**absolut unverhältnismäßig**) wären. Die Richtlinie könnte nach Auffassung des BGH könnte dahin auszulegen sein, dass der Verkäufer die Nacherfüllung nicht wegen absoluter, sondern nur wegen relativer ("... verglichen mit der alternativen Abhilfemöglichkeit ...") Unverhältnismäßigkeit der dafür erforderlichen Kosten verweigern darf.

- II. Zudem kann K nach Auffassung des BHG von V **nach deutschem Recht** im Rahmen der Nacherfüllung durch Lieferung einer mangelfreien Sache (§ 439 I Fall 2 BGB) die **Kosten für den Ausbau der mangelhaften Fliesen nicht verlangen**, selbst wenn ein solcher Anspruch grundsätzlich zu bejahen wäre.

Er wirft deshalb zudem die Frage of, ob die Regelungen des Art. 3 II, III Unterabs. 3 Verbrauchsgüterkaufrichtlinie dahin auszulegen sind, dass der Verkäufer im Falle der **Herstellung des vertragsgemäßen Zustands** des Verbrauchsgutes durch Ersatzlieferung die **Kosten des Ausbaus des vertragswidrigen Verbrauchsgutes** aus einer Sache, in die der Verbraucher das Verbrauchsgut gemäß dessen Art und Verwendungszweck eingebaut hat, **tragen muss**.

## Entscheidungen materielles Recht

BGB

### Mängelrüge im Reiserecht

ZPO

§§ 651c I, 651d II

#### Unverzichtbarkeit auch bei Unmöglichkeit der Abhilfe

(LG Frankfurt, NJW-RR 2008, 1590, Urteil vom 24.01.2008 - 2/24 S 96/07)

1. Eine Reisepreisminderung kann grundsätzlich erst dann geltend gemacht werden, wenn der Mangel zuvor gerügt worden ist.
2. Auch wenn der Reiseveranstalter den Mangel kennt oder wenn eine Abhilfe unmöglich sein sollte, ist eine Rüge notwendig.
3. Die Eintönigkeit von Speisen stellt bei einem Hotel hoher Kategorie einen Reisemangel dar.
4. Auch mangelnde Sauberkeit bei der Tischwäsche und der Stühle am Pool berechtigen grundsätzlich zur Reisepreisminderung.
5. Diese Mängel berechtigten bei einem Hotel der Kategorie 5 zu einer Reisepreisminderung von 25 %.

**Fall:** K hat bei der Reiseveranstalterin T eine Pauschalreise gebucht in einem Urlaubshotel, das mit fünf Globen im Katalog der T angezeigt wird. Die Halbpension wurde in Buffetform angeboten. Der Reisepreis betrug 4.786,00 €.

Vor Ort musste K dann feststellen, dass auf dem Buffet nur zwei Hauptspeisen angeboten werden und die Tischdecken nur dürrig gewechselt werden. Zudem waren die Stühle am Pool verschmutzt und der Pool selbst nur 0,50 m tief.

Die dem angegebenen Standard des Hotels nicht entsprechende Verpflegung und die mangelnde Sauberkeit im Restaurant und bei den Stühlen am Pool wurden vor Ort ergebnislos bei der Reiseleitung gerügt.

Nach Urlaubsrückkehr macht K innerhalb von 3 Wochen am 20.06.2005 eine Reisepreisminderung wegen der schlechten Verpflegung, der mangelnden Sauberkeit und der zu geringen Pooltiefe geltend, die ein Schwimmen für Erwachsene nicht ermöglicht habe und keine Einschränkung dahingehend gemacht wurde, dass nur ein Kinderplanschbecken vorhanden ist. Er ist der Auffassung, dass er die zu geringe Pooltiefe nicht vor Ort rügen musste, da eine Abhilfe durch die Reiseleitung nicht möglich gewesen wäre. Hat K einen Anspruch auf Reisepreisminderung?

#### I. Vorliegen eines Reisemangels

Die gerügten Umstände müssten Reisemängel nach § 651c I BGB sein. Dies ist der Fall, wenn der Reiseveranstalter die Reise nicht so erbringt, dass sie die zugesicherten Eigenschaften hat oder wenn sie mit Fehlern behaftet ist, die den Wert oder die Tauglichkeit zu dem gewöhnlichen oder nach dem Vertrag vorausgesetzten Nutzen aufheben oder mindern.

##### 1. Speisenauswahl

*„Zu Recht hat das AG festgestellt, dass die Verpflegung einen Reisemangel i.S. von § 651c I BGB dargestellt hat. Zwar ist der Berufung insoweit durchaus zuzugestehen, dass das Rechtswahrungsschreiben des K vom 20.06.2005 eine gewisse Ungereimtheit enthält in Bezug auf die Speisenauswahl, da dort an einer Stelle auch ein ‚Lachsangebot‘ erwähnt wird. Jedoch führt dies ... nicht dazu, dass die gesamten Angaben des K als unglaubhaft anzusehen sind.*

*Selbst wenn es an zwei Tagen Lachs gegeben haben sollte, führt dies nicht zu einer grundlegend anderen Bewertung bezüglich der Eintönigkeit der Speisen. Insoweit ist nämlich zu berücksichtigen, dass das hier gebuchte Hotel mit fünf Globen bewertet worden ist, also mit einer der höchsten Kategorien überhaupt. Bei einem solchen Hotel müssen bei einem Buffet auch mehr als zwei Hauptspeisen angeboten werden.“ (LG Frankfurt, aaO)*



## 2. Sauberkeit

„Weiterhin hat das AG den dürrtigen Wechsel von Tischdecken im Restaurant und die verschmutzten Stühle am Pool als Reisemangel i.S. von § 651c I BGB angesehen. Auch dies ist berufsrechtlich nicht zu beanstanden.“ (LG Frankfurt, aaO)

## 3. Pooltiefe

Gibt der Reiseveranstalter in der Hotelbeschreibung das Vorhandensein eines Pools ohne die Einschränkung an, dass es sich um ein Kinderplanschbecken handelt, so dürfen auch Erwachsene erwarten, sich in einem Schwimmbaden aufhalten zu können. Fehlt diese zugesagte Einrichtung, liegt ein Reisemangel vor.

## II. Abhilfeverlangen

Liegt ein Reisemangel vor, so ist der Reisende nach § 651d I BGB berechtigt, den Reisepreis zu mindern. Dies setzt jedoch nach § 651d II BGB voraus, dass der Reisende den Mangel angezeigt hat. Dazu muss er nach § 651c II BGB vor Ort die Abhilfe verlangen. Unterlässt er dies schuldhaft, kann er keine Reisepreisminderung geltend machen.

### 1. Speisenauswahl und Sauberkeit

Hinsichtlich der Speisenauswahl und der Sauberkeit von Tischwäsche und Stühlen am Pool wurde der Reiseveranstalter vor Ort vergeblich um Abhilfe ersucht, so dass eine Reisepreisminderung nach § 651d II BGB ausgeschlossen ist.

### 2. Pooltiefe

Hinsichtlich der Pooltiefe wurde keine Abhilfe verlangt. Fraglich ist, ob ein solches Abhilfeverlangen entbehrlich war, weil insofern ohnehin keine Abhilfe durch Vergrößerung der Tiefe möglich gewesen wäre.

„Der Reisende kann grundsätzlich erst dann eine Minderung des Reisepreises wegen des Vorliegens von Mängeln geltend machen, wenn er zuvor den Mangel gerügt hat. **Sinn und Zweck** dieser Regelung ist es, den Reiseveranstalter davon in Kenntnis zu setzen, dass sich der Reisende von vorliegenden Reisemängeln beeinträchtigt fühlt, und ihm zunächst **Gelegenheit zur Abhilfe** zu geben. Ohne Kenntnis davon, ob sich ein Reisender von einem Mangel beeinträchtigt fühlt oder nicht, besteht für einen Reiseveranstalter auch bei Kenntnis des Mangels kein Anlass dazu, auch ohne eine Rüge von sich aus Abhilfe anzubieten.

**Nicht jeder Reisende** fühlt sich **in gleicher Weise** durch das Vorliegen eines Mangels beeinträchtigt. Es kann Reisende geben, die einen Umstand, den andere als Mangel ansehen, als bloße Unannehmlichkeit bewerten. Selbst wenn beispielsweise Lärm für jedermann zu hören ist, heißt dies nicht, dass sich jeder Reisende hierdurch gestört fühlt: Reisende haben erfahrungsgemäß unterschiedliche Vorstellungen über die Gestaltung ihres Urlaubs. Es gibt Reisende, die sich den ganzen Tag über auf Ausflügen befinden, um die nähere Umgebung zu erkunden. Des Weiteren werden beispielsweise Belastungen im Zusammenhang mit Geräuschentwicklung individuell sehr unterschiedlich empfunden. Aus diesem Grund vermag die Kammer der teilweise **in Literatur und Rechtsprechung vertretenen Ansicht**, nach der eine Mängelanzeige bei Kenntnis des Mangels durch den Veranstalter nicht notwendig sei (vgl. Führich, ReiseR, 5. Aufl. [2005], Rdnr. 296 m.w.N.), **nicht zu folgen**.“ (LG Frankfurt, aaO)

Es ist auch nicht erkennbar, aus welchem Grund es dem Reisenden nicht zuzumuten sein soll, dem örtlichen Vertreter des Reiseveranstalters kundzutun, dass er sich durch das Vorliegen eines Mangels subjektiv beeinträchtigt fühlt.

„Nach Auffassung der Kammer ist es mit dem Sinn und Zweck des § 651d II BGB nicht vereinbar, dass der Reisende, ohne seine Beeinträchtigung kundzutun, **„duldet und liquidiert“**. Entsprechendes gilt auch dann, wenn eine **Abhilfe unmöglich gewesen** ist, so dass der Reisende auch in diesem Fall ohne Mitteilung seiner subjektiven Betroffenheit durch einen (fehlenden) Umstand nicht „dulden und liquidieren“ kann. Dies führt auch **zu keinem rein subjektiven Mangelbegriff**, da das Gesetz in § 651d II BGB als Folge einer fehlenden Rüge den Ausschluss des Eintritts der Minderung vorsieht. Für die Entscheidung, ob dem Veranstalter bekannte Mängel bzw. nicht abhilfefähige Mängel zu rügen sind oder nicht, kommt es überhaupt nicht darauf an, ob im Reisevertragsrecht ein objektiver oder subjektiver Mangelbegriff zu Grunde zu legen ist. Vielmehr ist allein entscheidend, ob **Sinn und Zweck einer gesetzlichen Regelung** es zulassen, **entgegen dem eindeutigen Wortlaut diese Ausnahmen zulassen**, was hier nach Auffassung der Kammer nicht der Fall ist.“ (LG Frankfurt, aaO)

Nach all dem scheidet gem. § 651d II BGB bezüglich des Pools ein Minderungsanspruch aus.

### III. Höhe der Reisepreisminderung

Hinsichtlich der Höhe der Reisepreisminderung verweist § 651d I 2 BGB auf § 638 III BGB. Danach ist der Reisepreis in dem Verhältnis herabzusetzen, in welchem zur Zeit des Vertragsschlusses der Wert der Reise in mangelfreiem Zustand zu dem wirklichen Wert gestanden haben würde. Dies ist, soweit erforderlich, durch Schätzung zu ermitteln.

*„Hinsichtlich der eben aufgeführten Mängel hat das AG eine Minderungsquote von 25% für angemessen gehalten. Bei einem Gesamtreisepreis von 4786 Euro ergibt sich bei einer 25%-igen Minderungsquote für die gesamte Reisezeit ein Minderungsbetrag von 1196,50 Euro. Angesichts der Tatsache, dass es sich vorliegend um ein Hotel der gehobenen Klasse handelt, ist auch ein gehobener Standard in Sachen Verpflegung und Sauberkeit geschuldet. Dies ist bei der Bemessung der Minderungsquote entsprechend zu berücksichtigen. Danach ist die vom AG ange-setzte Quote von 25% nicht zu beanstanden.“ (LG Frankfurt, aaO)*

IV. **Ergebnis:** Der geltend gemachte Anspruch besteht nur teilweise. Im Übrigen ist die Klage abzuweisen.

BGB  
§§ 437 Nr. 2, 323

## Rücktritt vom Gebrauchtwagenkauf Feuchtigkeit im Innenraum

KaufR

(BGH, Beck RS 2008 25323, Urteil vom 5. November 2008 – VIII ZR 166/07)

1. Das **Eindringen von Feuchtigkeit in den Innenraum eines Kraftfahrzeugs** stellt einen **Fehler** nach § 434 I 2 Nr. 3 BGB dar.
2. Eine **Fristsetzung** zur Nacherfüllung nach § 323 I BGB ist **entbehrlich**, wenn die **Nacherfüllung fehlgeschlagen** ist.
3. Auch bei einem Gebrauchtwagen ist das **Eindringen von Feuchtigkeit** in den Innenraum erheblich, da es für die meisten – wenn nicht für alle – Kaufinteressenten **Grund** sein wird, **von einem Kauf Abstand zu nehmen**.
4. **Ungenehmigte Beseitigung** des Fehlers durch einen gerichtlich bestellten Sachverständigen nach wirksam erklärtem **Rücktritt** macht diesen **nicht nach § 242 BGB treuwidrig**.

**Fall:** Privatkunde K erwarb von V, der einen Autohandel betreibt, Mitte 2004 einen gebrauchten Range Rover. Kurz darauf beanstandete er, dass Wasser in das Innere des Fahrzeugs eindringe. In Absprache mit V wurde mehrfach versucht, das Fahrzeug abzudichten. Im Mai 2005 beanstandete K, dass erneut Feuchtigkeit im Bereich des vorderen rechten Fußraums sowie im Bereich des rechten Rücksitzes vorhanden sei, und drohte den Rücktritt vom Kaufvertrag an. Im Juni 2005 erklärte er wegen erneut aufgetretener Feuchtigkeit den Rücktritt vom Kaufvertrag und erhob Klage auf Rückzahlung des Kaufpreises. Im Rahmen der Beweisaufnahme gelang es dem gerichtlich beauftragten Sachverständigen, die Ursache für den Wassereintritt – zumindest provisorisch – zu beheben.

K könnte einen Anspruch auf Rückzahlung des Kaufpreises nach §§ 346 I, 437 Nr. 2, 323 BGB haben. Er hat einen solchen Anspruch, wenn der Kaufvertrag sich in Folge eines wirksamen Rücktritts in ein Rückgewährschuldverhältnis umgewandelt hat. Dazu müsse der von K erklärte Rücktritt wirksam sein. Dies setzt neben der erfolgten Rücktrittserklärung voraus, dass er sich auf einen Rücktrittsgrund berufen kann. Als Rücktrittsgrund kommt hier §§ 437 Nr. 2, 323 BGB in Betracht.

### I. Vorliegen der Voraussetzungen der Sachmängelhaftung nach § 437 BGB

#### 1. Fehlerhaftigkeit der Kaufsache

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

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

*„Nach den Feststellungen des Berufungsgerichts war das Fahrzeug bei Gefahrübergang gemäß § 434 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 BGB mangelhaft, weil an mehreren Stellen Feuchtigkeit in das Fahrzeuginnere eindrang. Dies lässt keinen Rechtsfehler erkennen und wird von der Revision, da ihr günstig, auch nicht angegriffen.“ (BGH, aaO)*

#### 2. bei Gefahrübergang

Dieser Fehler muss nach § 434 I BGB auch bei Gefahrübergang vorgelegen haben. Gefahrübergang erfolgt nach § 446 S. 1 BGB mit Übergabe der Sache. Da das Eindringen der Feuchtigkeit schon kurze Zeit später von K gerügt wurde und das Vorliegen des Fehlers bei Übergabe unstreitig ist, kommt es nicht auf die Beweislastumkehr des § 476 BGB, die bei einem Verbrauchsgüterkauf der vorliegenden Art innerhalb von 6 Monaten zugunsten des Käufers eingreift.

#### 3. kein Ausschluss der Sachmängelhaftung

Ein vertraglicher Ausschluss der Sachmängelhaftung ist nicht erfolgt. Ein gesetzlicher Ausschluss nach § 442 BGB wegen Kenntnis des K von der Mangelhaftigkeit kommt nicht in Betracht.

Die Voraussetzungen der Sachmängelhaftung liegen damit vor, so dass K sich auf die in § 437 BGB genannten Rechte berufen kann.

## II. Vorliegen der weiteren Voraussetzungen des § 323 BGB

### 1. angemessene Frist zur Nachbesserung

Nach § 323 I BGB kann K erst dann vom Vertrag zurücktreten, wenn er V eine angemessene Frist zur Nachbesserung gesetzt hat.

*„Einer Fristsetzung zur Nacherfüllung bedurfte es gemäß § 440 Satz 1 BGB nicht, weil die Nachbesserungsversuche der Beklagten selbst und eines von ihr eingeschalteten weiteren Kfz-Betriebs nach den rechtsfehlerfreien und von der Revisionsrüge nicht angegriffenen Feststellungen des Berufungsgerichts **erfolglos geblieben** waren, die **Nacherfüllung somit fehlgeschlagen** war (§ 440 Satz 2 BGB).“ (BGH, aaO)*

### 2. Erheblichkeit des Mangels, § 323 V 2 BGB

K kann eine Rückabwicklung des Vertrages wegen der Mangelhaftigkeit nach § 323 V 2 BGB nur verlangen, wenn der Eintritt von Feuchtigkeit in das Fahrzeuginnere bei einem Gebrauchtwagen einen erheblichen Mangel darstellt.

*„Auch für die Beurteilung dieser Frage ist, wie das Berufungsgericht zutreffend erkennt, auf den Zeitpunkt der Rücktrittserklärung abzustellen. Zu diesem Zeitpunkt war die Gebrauchstauglichkeit des Fahrzeugs dadurch eingeschränkt, dass aus bis dahin ungeklärter Ursache an mehreren Stellen Feuchtigkeit in das Wageninnere eindrang und zwei Fachbetriebe nicht in der Lage waren, Abhilfe zu schaffen. Zu Recht nimmt das Berufungsgericht an, dass ein solcher Befund grundsätzlich als erheblicher Mangel einzustufen ist, weil er - so die Begründung des Berufungsgerichts - "für viele, wenn nicht gar für die meisten Interessenten ein Grund sein (wird), vom Kauf Abstand zu nehmen.“*

*Mit Recht wendet sich die Revision jedoch gegen die Auffassung des Berufungsgerichts, die Mängel seien deswegen als unerheblich einzustufen, weil es sich bei dem verkauften Fahrzeug um einen acht Jahre alten Gebrauchtwagen mit einer Laufleistung von mehr als 100.000 km handelte und weil das Fahrzeug zur Kategorie der Geländewagen gehört. Das Berufungsgericht zeigt nicht auf, welche Umstände oder Erfahrungssätze seine Auffassung stützen sollen, der verständige Durchschnittskäufer eines derartigen Fahrzeugs werde eher als der Käufer eines normalen Pkw bereit sein, Abstriche zu machen, was das Eindringen von Feuchtigkeit in das Wageninnere angehe. Überdies weist die Revision zutreffend darauf hin, dass es sich bei dem Fahrzeug vom Typ Range Rover nicht um ein üblicherweise im Gelände eingesetztes Arbeitsfahrzeug, sondern um ein luxuriöses Fahrzeug handelt, das mit den großen - heute SUV genannten - Geländewagen der Hersteller Mercedes-Benz, BMW und Volkswagen vergleichbar ist. Es ist kein Grund zu erkennen, der den verständigen Durchschnittskäufer eines - auch älteren - Gebrauchtwagens dieser Kategorie veranlassen könnte, das Eindringen von Feuchtigkeit in das Wageninnere eher hinzunehmen als der Käufer einer Oberklassenlimousine.“ (BGH, aaO)*

## III. keine Unwirksamkeit des Rücktritts nach § 218 BGB

Der Rücktritt ist nach § 218 BGB unwirksam, wenn der Leistungs- oder der Nacherfüllungsanspruch verjährt sind. Der Nacherfüllungsanspruch verjährt nach § 438 I Nr. 2 BGB nach 2 Jahren. Da das Fahrzeug Mitte 2004 erworben wurde, lief die Verjährungsfrist 2006 ab. Zuvor war der Rücktritt aber schon erklärt und die der Rückzahlungsanspruch gerichtlich geltend gemacht worden.

## IV. keine Treuwidrigkeit nach § 242 BGB

Die Wirksamkeit des Rücktritts scheidet auch nicht daran, dass dieser treuwidrig ist. Zwar ist es dem Sachverständigen im Zusammenhang mit der Begutachtung während des Prozesses gelungen, den Fehler provisorisch zu beseitigen. Dies ist jedoch nicht maßgeblich.

*„Sowohl nach der Rechtsprechung des Senats zur Wandelung als auch unter dem Gesichtspunkt treuwidrigen Verhaltens (§ 242 BGB) wäre der Kläger nur dann gehindert, an der durch den wirksam erklärten Rücktritt erlangten Rechtsposition festzuhalten, wenn die (provisorische) Mängelbeseitigung im Bereich des Schiebedachs durch den gerichtlich bestellten Sachverständigen mit seiner Zustimmung erfolgt wäre. Davon geht auch das Berufungsgericht aus. Eine Zustimmung des Klägers hat es indessen nicht festgestellt, sondern sich statt dessen auf die Bemerkung beschränkt, es könne nicht festgestellt werden, dass die Mängelbeseitigung durch den gerichtlich bestellten Sachverständigen gegen den Willen des Klägers geschehen sei. Dass der Kläger den Reparaturmaßnahmen des Sachverständigen lediglich nicht entgegengetreten ist, wozu er nach erklärtem Rücktritt auch keine Veranlassung hatte, hindert ihn entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts nicht, an seinem Rücktritt festzuhalten.“ (BGH, aaO)*

## V. Ergebnis: K hat einen Anspruch auf Rückzahlung des Kaufpreises nach §§ 346 I, 437 Nr. 2, 323 BGB.

BGB  
§ 823 I

**kein eigener Schadensersatzanspruch des Arbeitgebers  
Betriebsbezogenheit des Eingriffs weiter erforderlich**

BGB

(BGH, BeckRS 2008 43428, Urteil vom 14.10.2008 – VI ZR 36/08)

1. Das **Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb** ist ein sonstiges Recht i.S.d. § 823 I BGB.
2. Der BGH hält an der Notwendigkeit der **Betriebsbezogenheit des Eingriffs** fest.
3. Der Arbeitgeber eines verletzten Arbeitnehmers hat daher **keinen eigenen Schadensersatzanspruch** gegen den Unfallverursacher. Er bleibt auf den übergegangenen Anspruch aus § 6 EntgfgG angewiesen. Macht er diesen nicht geltend, sondern einen eigenen Anspruch, ist die Klage unschlüssig.

**Fall:** A, der bei K als Fahrer (Arbeitnehmer) beschäftigt ist, wird bei einem Verkehrsunfall, der von U verursacht wird, verletzt und ist vom 18.06.2004 bis zum 10.07.2004 arbeitsunfähig. Für diese Zeit muss A eine Ersatzkraft beschäftigen. Das Fahrzeug des U ist bei der Kraftfahrzeughaftpflichtversicherung V versichert. K macht nunmehr die Kosten für die Ersatzkraft bei V als Schadensersatz geltend,

**I. Anspruch aus übergegangenem Recht, § 6 EntgfgG**

A hat wegen der ihm gegenüber U zustehenden Ansprüche auf entgangenen Gewinn nach § 115 I 1 Nr. 1 VVG einen Direktanspruch gegen V, welcher nach § 6 EntgfgG auf K übergegangen ist. Das Gericht kann sein Urteil jedoch nur auf solche Ansprüche stützen, die K auch geltend macht.

*„K macht keinen nach dem Entgeltfortzahlungsgesetz auf sie übergegangenen Anspruch ihres verletzten Fahrers A auf Ersatz seines Verdienstausfallschadens geltend, sondern einen eigenen Schadensersatzanspruch wegen der ihr für den Einsatz eines Ersatzfahrers entstandenen Kosten.“* (BGH, aaO)

**II. eigener Anspruch nach § 823 BGB i.V.m. § 115 I 1 Nr. 1 VVG wegen Eingriffs in den eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb**

*„Insoweit ist jedoch eine eigene Rechtsgutverletzung der Klägerin nicht ersichtlich, die Voraussetzung eines eigenen Schadensersatzanspruchs im Sinne des § 823 BGB sein könnte. Ein Eingriff in den **eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb** kommt nach der Rechtsprechung des erkennenden Senats wegen Fehlens eines **betriebsbezogenen Eingriffs** nicht in Betracht (vgl. Senatsbeschluss vom 10. Dezember 2002 - VI ZR 171/02 - VersR 2003, 466). Zu einer **Änderung dieser Rechtsprechung** - wie sie die Revision nahe legt - sieht sich der Senat **nicht veranlasst**.“* (BGH, aaO)

**III. Ergebnis:** Der Arbeitgeber hat keinen eigenen Schadensersatzanspruch.

StGB  
§ 211 II

**Heimtückemord**  
**nach vorangegangener feindseliger Auseinandersetzung**  
(BGH NJW 2009, 30; Urteil vom 17.09.2008 - 5 StR 189/08)

StrafR

Eine **Arg- und Wehrlosigkeit** des Tatopfers kann **auch dann** gegeben sein, **wenn der Tat** zwar eine **feindselige Auseinandersetzung vorausgeht**, das **Tatopfer aber** dennoch **nicht mit einem erheblichen Angriff** gegen seine körperliche Unversehrtheit **rechnet**.

**Fall:** Das Opfer O war seit ihrem 16. Lebensjahr im Jahre 2002 die Freundin des Angekl. Nachdem sie ein Studium der Betriebswirtschaftslehre an der Technischen Hochschule in Chemnitz begonnen hatte, zog der Angekl. im Frühjahr 2006 zu ihr. Seit Ende 2006 kam es zwischen beiden zunehmend zu Auseinandersetzungen wegen der Arbeitslosigkeit des Angekl. und seines Bierkonsums, in seltenen Fällen auch zu Handgreiflichkeiten. Der Angekl. hatte der O in den 5 Jahren ihrer Beziehung zweimal eine Ohrfeige gegeben, sie hatte ihn vier- bis fünfmal geschlagen.

Im Verlauf des Tattages hatte der Angekl. in der gemeinsamen Wohnung in erheblichen Mengen Bier konsumiert. O, die den Tag zunächst an der Hochschule verbracht hatte und daran anschließend bis gegen 20 Uhr in einem Bekleidungsgeschäft gearbeitet hatte, kam gegen 21 Uhr in die Wohnung. Nach kurzer Zeit kam es zwischen ihr und dem Angekl. zu dem „üblichen Streit“, der über 2 Stunden geführt wurde. In seinem Verlauf wurden Beleidigungen ausgetauscht und die O trat nach dem Angekl., worauf dieser ihre Beine festhielt. Nachdem die O, die zwischenzeitlich ihre Jeans ausgezogen hatte und im Schneidersitz auf dem Bett saß, dem Angekl. eine Ohrfeige gegeben hatte, fasste der neben ihr kniende Angekl. sie am Hals, drückte sie nieder und würgte sie; dabei stützte er sich mit seinem gesamten Körpergewicht auf die Geschädigte. Erst als er sah, dass sie blau anlief und ihr die Zunge aus dem Mund ragte, ließ er von ihr ab. O verstarb unmittelbar danach durch Ersticken, was der Angekl. bei Vornahme seiner Handlung zumindest billigend in Kauf genommen hatte.

Fraglich ist, ob der Angekl. das Mordmerkmal der Heimtücke verwirklicht hat.

I. **Heimtückisch handelt, wer in feindlicher Willensrichtung die Arg- und Wehrlosigkeit des Tatopfers bewusst zur Tötung ausnutzt.**

**Wesentlich** ist, dass der Mörder sein **Opfer**, das **keinen Angriff erwartet**, also arglos ist, in einer hilflosen Lage überrascht und dadurch daran hindert, dem Anschlag auf sein Leben zu begegnen oder ihn wenigstens zu erschweren. **Maßgebend** für die Beurteilung ist die **Lage bei Beginn des ersten mit Tötungsvorsatz geführten Angriffs** (st.Rspr.; vgl. u.a. BGH NSTZ 06, 503).

Für das bewusste Ausnutzen von Arg- und Wehrlosigkeit ist es erforderlich, dass der Täter die Arg- und Wehrlosigkeit in ihrer Bedeutung für die hilflose Lage des Angegriffenen und die Ausführung der Tat in dem Sinne erfasst, dass er sich bewusst ist, einen durch seine Arglosigkeit gegenüber einem Angriff schutzlosen Menschen zu überraschen (vgl. BGH NSTZ 03, 535; BGHR StGB § 211 II Heimtücke 2, 9).

II. Vorliegend kann nicht davon ausgegangen werden, dass der Angekl. eine „möglicherweise gegebene“ Arglosigkeit der O bewusst ausgenutzt hat.

1. Das Ausnutzungsbewusstsein bedarf zwar in objektiv klaren Fällen bei einem psychisch normal disponierten Täter auch bei Taten aus rascher Eingebung keiner näheren Darlegung. Anders kann es jedoch gerade bei „**Augenblickstaten**“, insbesondere bei **affektiven Durchbrüchen oder sonstigen heftigen Gemütsbewegungen** sein. In diesen Fällen kann je nach den Umständen eine nähere Darlegung geboten sein, warum der spontan agierende Täter trotz seiner Erregung die für die Heimtücke maßgebenden Aspekte in sein Bewusstsein aufgenommen hat (BGH NSTZ-RR 05, 264; vgl. MüKo-StGB/Schneider § 211 Rn 140 m.w.N.).

*„Es war indes hier nicht zwingend sicher festzustellen, dass der Angekl. in diesem Bewusstsein handelte: Es liegt gerade **kein „objektiv klarer Fall“ der Arg- und Wehrlosigkeit des Opfers** vor. Da der Tat ein heftiger Streit mit Tätlichkeiten und unmittelbar eine Ohrfeige der Geschädigten gegenüber dem Angekl. vorausgingen, hat sich der erheblich alkoholisierte Angekl. (etwa 2‰ BAK) in seinem Zustand affektiver Erregung spontan zu der Tat hinreißen lassen. In dieser Situation liegt es sogar nahe, dass der Angekl. die für die Heimtücke maßgeblichen Umstände aufgrund seiner Erregung nicht in sein Bewusstsein aufgenommen hat.“ (BGH aaO).*

2. Außerdem sind in dem hier vorliegenden Fall auch die **objektiven Voraussetzungen des Mordmerkmals** der Heimtücke **zu verneinen**.

„Das Fehlen von Spuren der Abwehr der O [spricht dafür], dass sie im Zeitpunkt des Angriffs durch den Angekl. weder mit einem lebensbedrohlichen noch mit einem gegen ihre körperliche Unversehrtheit gerichteten schweren Angriff rechnete. Gleichwohl [kann nicht hinreichend sicher] davon ausgegangen werden, dass die O zum Zeitpunkt der Tat keinen Angriff des Angekl. erwartet hatte.

Die genannten Umstände der Tat lassen keinen sicheren Schluss auf die Arg- und Wehrlosigkeit der O bei Beginn des mit Tötungsvorsatz geführten Angriffs zu. Die Tatsache, dass sie sich während des über 2 Stunden geführten Streits mit dem Angekl. die Hose auszog und sich auf das Bett setzte, spricht lediglich dafür, dass sie zu dem Zeitpunkt dieser Handlungen nicht mit einem erheblichen Angriff des Angekl. rechnete. Demgegenüber lässt sich nicht hinreichend sicher feststellen, dass ihre Arglosigkeit auch im Zeitpunkt der Tat noch andauerte, zumal sie den Angekl. unmittelbar zuvor geohrfeigt hatte.“ (BGH aaO).

3. **Grundsätzlich können Arg- und Wehrlosigkeit zwar auch dann gegeben sein, wenn der Tat eine feindselige Auseinandersetzung vorausgeht, das Tatopfer aber gleichwohl nicht mit einem erheblichen Angriff gegen seine körperliche Unversehrtheit rechnet.**

vgl. BGH NSTZ-RR 04, 234; BGHR StGB § 211 II Heimtücke 13, 21; MüKo-StGB/Schneider § 211 Rn 126

„Indes musste solches hier dem festgestellten Sachverhalt nicht sicher entnommen werden: Auch der Umstand, dass die O den Angekl. bereits in der Vergangenheit vier- bis fünfmal geohrfeigt hatte, ohne dass dies Anlass für schwerwiegende Tätlichkeiten des Angekl. war, lässt nicht den sicheren Schluss darauf zu, dass die O in der konkreten Tatsituation nicht mit einem erheblichen Angriff des erkennbar alkoholisierten und erregten Angekl. rechnete.

Schließlich ist auch die Tatsache, dass keine Abwehrverletzungen festgestellt wurden, kein zwingender Anhaltspunkt dafür, dass der Angriff für das Opfer völlig überraschend kam. Einen entsprechenden Erfahrungssatz gibt es nicht. Es erscheint vielmehr möglich, dass die O in der konkreten Angriffssituation nicht etwa aufgrund von Arglosigkeit, sondern aufgrund körperlicher Unterlegenheit zur Leistung einer effektiven Gegenwehr nicht mehr in der Lage war.“ (BGH, aaO).

StGB

**Widerstand gegen Vollstreckungsbeamte**

StrafR

§ 113 II 2 Nr.1

**Pkw ist keine Waffe i.S.d. § 113 II 2 Nr.1 StGB**

(BVerfG NJW 2008, 3627, Beschluss vom 01.09.2008 - 2 BvR 2238/07)

**Ein Pkw ist keine Waffe i.S.d. § 113 II 2 Nr.1 StGB.**

**Fall:** Der Angekl. wurde wegen schnellen, die Vorfahrt nicht beachtenden Fahrens in einem Pkw angehalten und kontrolliert. Da er das Verlangen der Polizeibeamten nach dem Führerschein als Zumutung empfand, startete er sein Fahrzeug und fuhr los. Einer der Polizeibeamten versuchte, mit einem Arm durch das halb offene Fahrerfenster zu gelangen, und wurde von dem Schwung des anfahrens kurz nach vorne mitgezogen; verletzt wurde er jedoch nicht. Die Beamten verfolgten den Angekl. sodann und stellten ihn. Trotz Anweisung der Beamten, aus dem Pkw auszusteigen, blieb er aber sitzen. Einer der Beamten versuchte, durch das geöffnete Fahrerfenster hindurch den Zündschlüssel am Fahrzeug des Angekl. abzuziehen. Während der Beamte sich mit seinem Oberkörper noch im Fahrzeuginnenraum befand, wehrte der Angekl. den Griff des Polizeibeamten nach dem Zündschlüssel ab, legte den Rückwärtsgang ein und fuhr mit Vollgas rückwärts. Der Beamte wurde hierdurch, zunächst mit seinem gesamten Oberkörper im Fahrzeug verbleibend, dann herausrutschend, aber mit dem Kopf noch im Fahrzeug befindlich, einige Meter mitgerissen, wobei er zunächst noch neben dem Pkw mitlaufen konnte. Weitere 10 bis 15 Meter rutschte der Beamte auf seinen Schuhen mit, bis er sich vom Fahrzeug des Angekl. abdrücken und sich so von dem Fahrzeug befreien konnte. Verletzt wurde der Beamte nicht.

Der Angekl. könnte sich wegen **Widerstands gegen Vollstreckungsbeamte nach § 113 II 2 Nr.1 StGB** strafbar gemacht haben. Dies setzt voraus, dass es sich bei dem von ihm geführten Pkw um eine Waffe i.S. der Vorschrift gehandelt hat.

I. Zunächst ist festzuhalten, dass die **etymologische Herkunft** des Begriffs „Waffe“ unklar ist (vgl. Kluge, Etymologisches Wörterbuch der deutschen Sprache, 23. Aufl. [1995], S. 870).

1. **Lexikalische Definitionen** verstehen unter „Waffe“ oder „Waffen“ etwa

- „Mittel (Geräte, Vorrichtungen, auch Werkzeuge) zur Bekämpfung von Zielen“, die „außer im militärischen Bereich (Kriegs-Waffen), im Polizeidienst u. Ä. auch zur Jagd (Jagd Waffen) und im Sport (Fechten, Schießsport) verwendet werden“ (Brockhaus, Enzyklopädie, 21. Aufl. [2006], S. 307);
- „Gerät, Instrument, Vorrichtung als Mittel zum Angriff auf einen Gegner oder zur Verteidigung (z. B. Hieb- oder Stichwaffe, Feuerwaffe)“ (Duden, Das große Wörterbuch der deutschen Sprache, Bd. 10, 3. Aufl. [1999], S. 4401);
- „Gerät, Instrument, Vorrichtung als Mittel zum Angriff auf einen Gegner, zum Erlegen von Tieren, zur Zerstörung von Bauwerken, technischen Anlagen usw. oder zur Verteidigung“ (Duden, Deutsches Universalwörterbuch, 5. Aufl. [2003], S. 1766);
- „zum Angriff oder zur Verteidigung verwendetes Kampfmittel“ (Wörterbuch der deutschen Gegenwartssprache der Akademie der Wissenschaften der DDR, 3. Aufl. [1982], S. 4232);
- „Mittel, die zum Angriff auf einen Gegner bzw. zur Selbstverteidigung oder auch zu weidmännischen oder sportlichen Zwecken dienen“ (Meyers Enzyklopädisches Lexikon, Bd. 24, 1979, S. 751); oder schließlich
- „Mittel und Vorrichtungen, derer man sich im Kampf bedient, um die Truppen des Gegners zu vernichten bzw. zu schädigen und sein militärisches und ökonomisches Potenzial zu zerstören“ (Meyers Neues Lexikon, 1976, S. 638).

Nach dem von Jacob und Wilhelm Grimm begonnenen Deutschen Wörterbuch bezeichnet der Ausdruck „Waffe“ - abgesehen von Resten einer älteren Gebrauchsweise, nach der „Waffe“ schlicht „Gerät“ bedeutete - die „Ausrüstung des streitbaren Mannes, zum Zwecke des Angriffs oder der Verteidigung“. Gelegentlich könne der Ausdruck „Waffe“ auch für Werkzeuge gebraucht werden, „die nicht zur Ausrüstung des Kriegers gehörten, aber doch im Kampfe Dienste leisteten, wie einer Keule, Stange, einem Stock und dergleichen“ (Bd. 27, 1922, Nachdruck 1984, Sp. 254, 256).



2. Der **allgemeine Sprachgebrauch** bezeichnet danach Gegenstände als Waffen,
- wenn ihre primäre Zweckbestimmung darin liegt, im Wege des Angriffs oder der Verteidigung zur Bekämpfung anderer eingesetzt zu werden, oder
  - wenn eine solche Verwendung zumindest typisch ist - etwa bei Hieb Waffen wie Keulen oder bei Messern.

*„Die bloße Möglichkeit, einen Gegenstand auch in zweckentfremdender Benutzung zur Bekämpfung von Zielen zu verwenden, genügt zur Begründung der Waffeneigenschaft danach jedenfalls nicht. Eine derart weite Definition - wie sie das Sächsische Staatsministerium der Justiz vertritt - würde den Begriff der Waffe auch ufer- und konturenlos machen; praktisch jeder Gegenstand lässt sich nämlich in entsprechenden Umständen auch gegen Menschen, Tiere oder Gegenstände einsetzen.“(BVerfG aaO).*

- II. Anhaltspunkte dahingehend, dass der Gesetzgeber den **Ausdruck der „Waffe“** in § 113 II 2 Nr. 1 StGB in einem weiteren, **über den umgangssprachlichen Gebrauch hinausgehenden Sinn** verwenden wollte, sind **nicht ersichtlich**.

1. Was als „Waffe“ im Sinne strafrechtlicher Bestimmungen zu gelten hat, ist im **Strafgesetzbuch** nicht geregelt.

Nach der **Rspr. des BGH** ist der Inhalt dieses Rechtsbegriffs zu bestimmen im Einklang mit dem allgemeinen Sprachgebrauch - auch unter Berücksichtigung seiner Wandelbarkeit - je nach dem Fortschritt der Waffentechnik in Anlehnung an die in den Waffengesetzen enthaltenen Grundvorstellungen über eine Schusswaffe, wenn auch nicht in unmittelbarer Abhängigkeit davon. Die Begriffsbestimmungen des Waffengesetzes, das den Umgang mit Waffen oder Munition unter Berücksichtigung der Belange der öffentlichen Sicherheit und Ordnung regelt, bieten dabei aber eine „gewisse Orientierung“ (vgl. BGHSt 48, 197 [203] = NJW 03, 1677 m.w.N.).

2. Das **Waffengesetz** versteht – entsprechend dem natürlichen Sprachgebrauch - gem. **§ 1 II WaffG** unter Waffen zunächst neben Schusswaffen

- „... tragbare Gegenstände, die ihrem Wesen nach dazu bestimmt sind, die Angriffs- oder Abwehrfähigkeit von Menschen zu beseitigen oder herabzusetzen ...“.

Hier ist also die Zweckbestimmung maßgeblich. Gegenstände, die,

- „... ohne dazu bestimmt zu sein, insbesondere wegen ihrer Beschaffenheit, Handhabung oder Wirkungsweise geeignet sind, die Angriffs- oder Abwehrfähigkeit von Menschen zu beseitigen oder herabzusetzen ...“,

sieht das Waffengesetz nur als Waffen an, soweit sie im Waffengesetz genannt werden.

3. Der vom **BGH** im Kontext des § 224 I Nr. 2, des § 244 I Nr. 1 lit. a oder des § 250 I Nr. 1a, II Nr. 1 StGB verwendete **„strafrechtliche Waffenbegriff“** umfasst körperliche Gegenstände, die nach ihrer objektiven Beschaffenheit und ihrem Zustand zur Zeit der Tat bei bestimmungsgemäßer Verwendung geeignet sind, erhebliche Verletzungen zuzufügen.

BGHSt 48, 197 [200] = NJW 03, 1677; vgl. auch Fischer, StGB, 55. Aufl. 2008, § 224 Rn 9d „Gegenstände, die ihrer Art nach dazu bestimmt sind, erhebliche Verletzungen von Menschen zu verursachen“; § 244 Rn 3a; § 250 Rn 4 StGB, jeweils m.w.N.

Gegenstände, die nicht bei bestimmungsgemäßem Gebrauch, wohl aber nach ihrer **objektiven Beschaffenheit** und der **Art ihrer Benutzung** im Einzelfall **geeignet sind, erhebliche Verletzungen zuzufügen**, werden in Rspr. und Lit. dagegen dem in den genannten Vorschriften ebenfalls enthaltenen Begriff des **„gefährlichen Werkzeugs“** zugeordnet (vgl. Fischer aaO, § 224 Rn 9; § 250 Rn 6; § 244 Rn 7 ff., mit näheren Ausführungen zur Problematik der Anknüpfung an ein „gefährliches Werkzeug“, wenn das Werkzeug lediglich mitgeführt und nicht verwendet worden ist).

Besonders deutlich wird diese Terminologie im Falle der Einordnung von Messern: Diese gelten nur als Waffen, wenn und soweit sie nach ihrer Bauart zum Einsatz als Verletzungsmittel bestimmt sind; Küchenmesser, Taschenmesser und dergleichen sind dagegen gefährliche Werkzeuge (Fischer aaO, § 224 Rn 9d).

4. Dementsprechend hat der mit der Vorschrift des § 113 II StGB befasste **Sonderausschuss für die Strafrechtsreform** seinerzeit ausführlich und kontrovers darüber diskutiert, ob in Nr. 1 des § 113 II StGB das Mitführen nicht nur von Waffen, sondern auch von gefährlichen Werkzeugen bzw. „anderen gefährlichen Gegenständen“ als Regelbeispiel für einen besonders schweren Fall des Widerstands gegen Vollstreckungsbeamte aufgenommen werden sollte (vgl. Sonderausschuss für die Strafrechtsreform, 6. Wahlperiode, 9. Sitzung, S. 321ff.). Der Ausschuss hat sich dagegen entschieden (S. 326). Im Rahmen der Diskussion wurde zwar von Ausschussmitgliedern die Auffassung vertreten, der Waffenbegriff in der betreffenden Vorschrift sei „nicht im technischen, sondern im allgemeinen Sinne zu verstehen“ (Ministerialdirigent Sturm, S. 325), und vom „heutigen Standpunkt aus müsse mit dem Begriff der Waffe zum Beispiel auch eine zum Zwecke der Gewaltanwendung geschleuderte Säureflasche erfasst werden“ (Abg. Bardens, S. 325). Es gibt jedoch keine Anhaltspunkte, dass die Ausschussmehrheit sich diesen - in ihren Konsequenzen auch nicht klaren - Auffassungen angeschlossen hätte (so auch LK-StGB/v. Bubnoff, Bd. 4, 11. Aufl. 1993, § 113 Rn 53; NK-StGB/Paeffgen, § 113 Rn 84). Der schriftliche Bericht des Sonderausschusses erwähnt die Diskussion um die „gefährlichen Gegenstände“ und präsentiert den später Gesetz gewordenen Vorschlag, der (nur) „Waffen“ erwähnt, ohne klarzustellen, inwieweit Bedeutungsunterschiede gesehen werden (BT-Dr VI/502, S. 5).
5. Ein Kraftfahrzeug kann unter Anlegung dieser Maßstäbe nicht als Waffe angesehen werden, da es weder von der Zweckbestimmung noch von einem typischen Gebrauch her zur Bekämpfung anderer oder zur Zerstörung von Sachen eingesetzt wird.

*„Die **Ansicht in Rspr. und Lit.**, nach welcher der Begriff der Waffe in § 113 II 2 Nr. 1 StGB in einem „nicht-technischen“, gefährliche Werkzeuge und insbesondere bei entsprechender Verwendung auch Kraftfahrzeuge umfassenden Sinne zu verstehen sein soll (vgl. BGH VRS 44, 422; BGHSt 26, 176 [179] = NJW 75, 1934; OLG Düsseldorf NJW 82, 1111; LK-StGB/ von Bubnoff, § 113 Rn 53; Fischer, § 113 Rn 38; Schönlke/Schröder/Eser, StGB, 27. Aufl. 2006, § 113 Rn 64; Kühl, StGB, 26. Aufl. 2007, § 113 Rn 24; dagegen jedoch NK-StGB/Paeffgen, § 113 Rn 84), lässt sich mit dem im Wortlaut der Vorschrift zum Ausdruck gekommenen **gesetzgeberischen Willen nicht in Einklang bringen**. Insbesondere das Argument, dass die Gefährlichkeit der Tatausführung beim Einsatz von Waffen im „nichttechnischen Sinn“ und speziell von Kraftfahrzeugen derjenigen beim Einsatz von Waffen im engeren Sinne gleichstehe (vgl. etwa LK-StGB/ v. Bubnoff, § 113 Rn 53), geht fehl. Es ist gerade der Sinn des Analogieverbots, über die Verfassungsgrundsätze der Demokratie, der Gewaltenteilung und der richterlichen Gesetzesbindung hinaus (vgl. dazu Rüthers, Rechtslehre, 3. Aufl. 2007, Rn 812) einer teleologischen Argumentation zur Füllung empfundener Strafbarkeitslücken entgegenzuwirken.*

*Im Falle des § 113 II StGB kann **teleologischen Überlegungen** überdies dadurch Rechnung getragen werden, dass das Beisichführen gefährlicher Werkzeuge in Verwendungsabsicht als unbenannter „besonders schwerer Fall“ im Sinne des Gesetzes gewertet wird, soweit - was vorliegend möglich erscheint - die weiteren Voraussetzungen hierfür vorliegen.“ (BVerfG, aaO).*

- III. **Ergebnis:** Ein Pkw ist vom möglichen Wortsinn des Begriffs der „Waffe“ in § 113 II 2 Nr. 1 StGB nicht erfasst.

BauGB  
§ 34 I

**Carport außerhalb überbaubarer Grundstücksflächen  
nicht generell unzulässig**

BauR

(OVG Münster, NJOZ 2008, 4761, Urteil vom 19. 6. 2008 - 7 A 2053/07)

1. Maßgebliches Kriterium für die planungsrechtliche Zulässigkeit im unbeplanten Innenbereich ist das **Einfügen in die nähere Umgebung**.
2. Der Bereich der näheren Umgebung kann **bei den verschiedenen Tatbestandsmerkmalen** des § 34 I 1 BauGB **unterschiedlich weit reichen**. Er ist gerade bei dem Merkmal der überbaubaren Grundstücksfläche regelmäßig enger zu ziehen als bei der Art der baulichen Nutzung.
3. Ist ein Vorhaben hinsichtlich der zu überbauenden Grundstücksfläche in der näheren Umgebung **ohne Vorbild**, so ist es **nur zulässig**, wenn es **keine bodenrechtlichen Spannungen herbeiführt**.
4. Die materiellen Maßstäbe des § 23 V BauNVO, nach denen bei der Ermessensentscheidung vor allem die **städtebaulichen Folgen** einer Zulassung von Nebenanlagen außerhalb der überbaubaren Grundstücksflächen zu beachten sind, sind jedoch auch bei der hier vorzunehmenden Prüfung der bodenrechtlichen Spannungen im Rahmen von § 34 I BauGB von Relevanz
5. **Nebenanlage** sind **außerhalb** der durch (faktische) Baugrenzen markierten überbaubaren Grundstücksflächen **nicht generell unzulässig**.

**Fall:** K ist Eigentümer eines unbeplanten Grundstücks im Innenbereich der kreisfreien Stadt E in NRW. Es liegt in einer Straße, in der sich straßenseitig zwischen der Wohnbebauung und der Straße jeweils ca. 5 m tiefe Vorgärten befinden. K möchte nun in diesen Bereich zwischen seinem Haus und der Straße einen Carport errichten und beantragt hierfür eine Baugenehmigung. Der Grundstücksnachbar des K, N, erhebt hiergegen Einwände. Er ist der Auffassung, dass das Straßenbild nachhaltig gestört wird, wenn K in dem Bereich, in dem sich bei den angrenzenden Grundstücken die Vorgärten befinden, einen Carport errichtet. Wird K die Baugenehmigung erhalten?

K wird die Baugenehmigung nach § 75 I 1 BauO NW erhalten, wenn dem Vorhaben keine öffentlich-rechtlichen Vorschriften entgegenstehen. Es muss also bauplanungsrechtlich sowie bauordnungsrechtlich zulässig sein und darf auch kein sonstiges öffentliches Recht verletzen.

Entsprechende Regelungen bestehen in den anderen Bundesländern, so z.B. § 58 I BauO BadW; Art. 68 I BauO Bay; § 71 I BauO Bln; § 67 I BauO Bbg; § 74 I BauO HB; § 69 I BauO HH; § 64 I BauO Hess; § 72 I BauO MV; § 75 I BauO Nds; § 70 I BauO Rpf; § 73 I BauO SL; § 72 I BauO Sachs; § 71 BauO LSA; § 78 I BauO SH; § 70 BauO Thür

Gegen die bauordnungsrechtliche Zulässigkeit bestehen keine Bedenken. Insbesondere ist ein Carport, wie eine Garage auch, nach § 6 XI BauO NW, auch innerhalb der Abstandsflächen zulässig. Auch sonstige öffentlich-rechtliche Vorschriften spielen keine Rolle. Fraglich ist allein, ob der Carport planungsrechtlich zulässig ist. Da es sich um ein Grundstück im unbeplanten Innenbereich handelt, beurteilt sich dies nach § 34 BauGB. Schwierigkeiten bereitet hier die Beurteilung der Frage, ob sich das Bauvorhaben hinsichtlich der überbaubaren Grundstücksfläche in die nähere Umgebung einfügt.

*„Die **rechtlichen Kriterien** dafür, wie die bei der Prüfung nach § 34 I 1 BauGB maßgebliche ‚nähere Umgebung‘ einzugrenzen ist, hat das VG zutreffend näher umschrieben. Insbesondere hat es zutreffend darauf abgestellt, der Bereich der näheren Umgebung könne **bei den verschiedenen Tatbestandsmerkmalen** des § 34 I 1 BauGB **durchaus unterschiedlich weit reichen** und sei gerade bei dem Merkmal der überbaubaren Grundstücksfläche regelmäßig enger zu ziehen als etwa bei der Art der baulichen Nutzung.“*

Ebenso entspricht es **gefestigter Rechtsprechung**, dass eine **einheitliche Bebauungsstruktur** hinsichtlich des betrachteten Tatbestandsmerkmals bewirken kann, dass angrenzende anders strukturierte Bebauung nicht mehr zur maßgeblichen Umgebung gehört. Dabei hängt der **Grenzverlauf** der näheren Umgebung **nicht davon ab**, dass die unterschiedliche Bebauung durch eine **künstliche oder natürliche Trennlinie** (Straße, Schienenstrang, Gewässerlauf, Geländekante etc.) entkoppelt ist (vgl. BVerwG, BeckRS 2008, 39787).

*„In dieser näheren Umgebung ist das strittige **Vorhaben** - was seinen Standort und damit die ‚Grundstücksfläche, die überbaut werden soll‘, angeht - **ohne Vorbild**. Es rückt in der hier durch deutliche Freiräume zum Straßengelände von*

zumeist um 5 m gekennzeichneten Umgebung **erstmalig bis unmittelbar an die Straßenbegrenzung heran** und überschreitet damit die - wenn auch nicht exakt auf einer geraden Linie liegende - vordere Baugrenze deutlich. **Zulässig** kann es im hier gegebenen nicht beplanten Innenbereich damit **nur dann sein, wenn** es trotz Überschreitung des aus der näheren Umgebung abzuleitenden Rahmens **keine bodenrechtlichen Spannungen** verursacht (vgl. hierzu BVerwG, BeckRS 1999, 30433068 = BRS 62 Nr. 101 m.w.N.). Bei der Prüfung bodenrechtlicher Spannungen kann nicht vernachlässigt werden, dass es sich bei dem hier zur Genehmigung gestellten Carport bezogen auf die Hauptnutzung des Grundstücks der K. durch ein Wohnhaus um eine **Nebenanlage** handelt. Nebenanlagen, die - wie Carports - nach Landesrecht in den Abstandflächen zulässig sind oder zugelassen werden können (zur abstandrechtlichen Privilegierung von Carports vgl. OVG Münster, BeckRS 2007, 27455), **sind außerhalb der durch (faktische) Baugrenzen markierten überbaubaren Grundstücksflächen nicht generell unzulässig.**“ (OVG Münster, aaO)

In beplanten Gebieten, in denen § 23 V BauNVO unmittelbar anwendbar ist, können Nebenanlagen von der Bauaufsichtsbehörde nach pflichtgemäßem Ermessen außerhalb der überbaubaren Grundstücksflächen zugelassen werden. Im nicht beplanten Innenbereich scheidet eine Ermessensentscheidung der Bauaufsichtsbehörde aber aus, da im Rahmen des § 34 I BauGB eine gebundene Entscheidung zu treffen ist (vgl. BVerwG, NVwZ 1994, 285 = BRS 55 Nr. 174). Die materiellen Maßstäbe des § 23 V BauNVO, nach denen bei der Ermessensentscheidung vor allem die städtebaulichen Folgen einer Zulassung von Nebenanlagen außerhalb der überbaubaren Grundstücksflächen zu beachten sind, sind jedoch auch bei der hier vorzunehmenden Prüfung der bodenrechtlichen Spannungen von Relevanz (vgl. VGH München, Beschl. v. 24. 5. 2005 - 1 CS 04.3461).

„Insoweit ist im vorliegenden Fall von Bedeutung, dass die zwischen der vorderen Baugrenze und der Straßenbegrenzung liegenden **Freiflächen** zwar verschiedentlich bereits **mit untergeordneten baulichen Anlagen** belegt sind. Dabei handelt es sich jedoch weitgehend um Anlagen, die - wie befestigte **Stellplätze** oder **befestigte Plätze** für **Mülltonnen** - sich im Wesentlichen auf dem Erdboden befinden oder - wie **Einfriedungen** - allenfalls geringe Höhen erreichen. Einzelne höhere Anlagen, wie die hier vorhandenen Werbeanlagen, erscheinen als untergeordnete Solitäre in dem jeweiligen Freiraum. Soweit schließlich **einzelne Gebäude Vorbauten** aufweisen, treten diese - wie **Eingangsbügel** - als **untergeordnete**, den Freiraum vor dem Gebäude nur teilweise in Anspruch nehmende **Gebäudeteile** in Erscheinung.

Demgegenüber würden mit der Zulassung von **Carports erstmalig** von ihren äußeren Umgrenzungen her **voluminöse bauliche Anlagen** entstehen, die praktisch die gesamte Tiefe des Freiraums von der Gebäudefront bis zur Straßenbegrenzung einnehmen, und zwar bis etwa zur Höhe eines Geschosses. Bezogen auf das städtebauliche relevante Kriterium des **Ortsbilds** (vgl. § 1 VI Nr. 5 BauGB), zu dem auch das **Straßenbild** gehört, hätten solche Anlagen eine **bislang nicht gegebene Beeinträchtigungsqualität**. Sie würden im Ergebnis dazu führen, dass die **derzeit deutlich von der Straße abgerückten Gebäudefronten** der Straßenrandbebauung als im Erdgeschoss praktisch bis an die Straßenbegrenzung herangezogen erscheinen würde. Das Straßenbild würde sich insgesamt **deutlich verengen** und seine im hier interessierenden Bereich noch gegebene **Großzügigkeit und Weite deutlich verlieren.**“ (OVG Münster, aaO)

Dieser Wertung steht nicht entgegen, dass der hier konkret zur Genehmigung gestellte Carport seiner baulichen Ausgestaltung nach eher filigran vorgesehen ist.

„Auch die Zulassung eines solchen Carports hätte **Vorbildwirkung für Carports aller Art**, die mit den unterschiedlichsten, mehr oder weniger massiven Dachformen üblich sind. Bauplanungsrechtlich können solche Anlagen hinsichtlich ihrer optisch relevanten Ausgestaltung über § 34 BauGB nicht gesteuert werden, sondern lediglich über entsprechende Festsetzungen in Bebauungsplänen.

All dies bestätigt, dass die Zulassung des strittigen Vorhabens auf Grund der von ihm ausgehenden Vorbildwirkung städtebaulich beachtliche, nur durch Planung zu bewältigende Spannungen für die maßgebliche Umgebung an der W-Straße hervorrufen würde.“ (OVG Münster, aaO)

**Ergebnis:** Da das Vorhaben des K somit mit § 34 I BauGB nicht vereinbar ist und gegen öffentlich-rechtliche Vorschriften verstößt, liegen die Voraussetzungen des § 75 BauO NW für die Erteilung einer Baugenehmigung nicht vor.

PolG BW  
§ 1, 3, 5 II

**Verhältnismäßigkeit einer Untersagungsverfügung**  
**Anforderungen an die Prognose bei einem Volksfest**  
(VG Karlsruhe, NVwZ-RR 2009, 22, Beschluss vom 12.09.2008 – 1 K 2593/08)

POR

1. Eine beabsichtigte polizeiliche Maßnahme muss verhältnismäßig zum beabsichtigten Erfolg sein und setzt eine Prognose des zu erwartenden Geschehensablaufs in absehbarer Zeit voraus
2. Bei einem durch die Gemeinde geplanten Volksfest ist keineswegs wahrscheinlich, dass alle Personen, die daran teilnehmen, sich gesetzeswidrig verhalten wollen und als Störer auftreten werden.

**Fall:** In N soll vom 13.09.2008 bis zum 15.09.2008 ein jährliches Volksfest stattfinden. Bereits im Vorfeld hat die zuständige Polizeibehörde unter Anordnung des Sofortvollzuges mit einer öffentlich bekannt gemachten Allgemeinverfügung für die Dauer von 4 Tagen innerorts das Mitführen und den Verzehr alkoholischer Getränke, um so Ruhestörungen, Sachbeschädigungen und sonstigen Ausschreitungen durch alkoholisierte Besucher des Festes vorzubeugen. Bei Zuwiderhandlungen könnten mit unmittelbarem Zwang mitgeführte Getränke beschlagnahmt, Platzverweise erteilt oder Personen in Gewahrsam genommen werden. A, der in der Nähe des gesperrten Bereichs wohnt, möchte wissen, ob die Untersagungsverfügung materiell rechtmäßig ist.

- I. Die Polizei ist zuständig für die **Abwehr von Gefahren für die öffentliche Sicherheit** (vgl. die entsprechenden Vorschriften in den anderen Sicherheits- und Ordnungsgesetzen der Länder). Hierzu hat sie nach **plichtgemäßem Ermessen** die erforderlichen Maßnahmen unter Wahrung des **Verhältnismäßigkeitsprinzips** zu treffen.

*„Nach § 1 I 1 des Polizeigesetzes für Baden-Württemberg (BadWürttPolG) i.d.F. vom 13.01.1992 (GBl S. 1) hat die Polizeibehörde die Aufgabe, von dem Einzelnen und dem Gemeinwesen Gefahren abzuwehren, durch die die öffentliche Sicherheit oder Ordnung bedroht wird, und Störungen der öffentlichen Sicherheit oder Ordnung zu beseitigen, soweit es im öffentlichen Interesse geboten ist. Nach § 3 BadWürttPolG sind dabei innerhalb der durch das Recht gesetzten Schranken zur Wahrnehmung der Aufgaben der Polizei diejenigen Maßnahmen zu treffen, die ihr nach pflichtgemäßem Ermessen erforderlich erscheinen. Nach § 5 II BadWürttPolG darf eine polizeiliche Maßnahme keinen Nachteil herbeiführen, der erkennbar außer Verhältnis zu dem beabsichtigten Erfolg steht.“ (VG Karlsruhe, aaO)*

- II. Es muss also eine **konkrete Gefahr für die öffentliche Sicherheit und Ordnung** bestehen.

*„Eine solche **konkrete Gefahr** setzt eine Sachlage voraus, die bei ungehindertem, nach Prognose der Polizei zu erwartendem Geschehensablauf **in absehbarer Zeit mit hinreichender Wahrscheinlichkeit** zu einem Schaden führt. **Schaden** bedeutet, dass durch das Gesetz geschützte **Güter verletzt oder gemindert** werden. Als **geschützte Güter** kommen vorliegend in Betracht: **Leib und Leben von Menschen und fremdes Eigentum**, ggf. auch der ungehinderte **Gemeingebrauch von Straßen, Parkanlagen** oder des **Festbereichs** sowie ein Mindestmaß an Nachtruhe auch an den Festtagen.*

*Es ist jedoch keineswegs wahrscheinlich, dass alle Personen, die irgendwann zwischen dem 13. und 16.09.2008 alkoholische Getränke in den in der Verfügung genannten innerörtlichen Straßen und Plätzen mit sich führen, sich gesetzeswidrig verhalten wollen und im obigen Sinne als Störer auftreten werden. Ein **solch allgemeiner Verdacht** kann **nicht als konkrete Gefahr allein** damit begründet werden, dass in den zurückliegenden Jahren während der Ortsfeste verstärkt Ruhestörungen und Sachbeschädigungen in einer Parkanlage festgestellt wurden.*

*Dies rechtfertigt es offenkundig nicht, auch den A als unbescholtenen Bürger wie einen mutmaßlichen Störer zu behandeln, sollte er in den oben genannten Tagen im Ortskern von N Alkohol erwerben und nach Hause bringen oder umgekehrt auf einer Parkbank eine mitgebrachte Flasche Bier austrinken.*

*Die übrigen Ausführungen der Polizei zur Problematik von Alkoholexzessen bei Großveranstaltungen und den damit verbundenen Folgeerscheinungen schildern lediglich eine abstrakte Gefahr, was auch dadurch deutlich wird, dass hier lediglich die Begründung der vom Rechtsamt des Rh.-N.-Kreises empfohlenen Musterverfügung wiederholt wird. Es liegt nur eine **abstrakte Gefahr** vor, wenn nach den Erfahrungen des täglichen Lebens bei bestimmten Arten von Verhaltensweisen oder Zuständen mit hinreichender Wahrscheinlichkeit ein Schaden im Einzelfall aufzutreten pflegt. Auf mehr kann man sich im Hinblick auf ihre Ortsfeste nicht berufen. Um den im Jahr 2007 unreinigten Park zu schützen, würde es genügen, ihn zeitweise für den Besucherverkehr zu sperren.*

*Insgesamt ist für das Gericht nach Aktenlage hier **keine konkrete Gefahr** i.S. der §§ 1-9 BadWürttPolG feststellbar, die es rechtfertigen könnte, allen Personen, die sich während der Festtage im Ortskern von N. aufhalten, zu verbieten, Alkohol öffentlich zu erwerben, zu besitzen und zu verzehren.“ (VG Karlsruhe, aaO)*

ThürKommWahlG  
§§ 22 II, 27 III

## 5 %-Klausel für Kommunalwahl Verfassungswidrigkeit der Sperrklausel

KommunalR

(ThürVerfGH, NVwZ-RR 2009, 1, Urteil vom 11.04.2008 – VerfGH 22/05)

Die 5 % Sperrklausel des § 22 II ThürKommWahlG für die Gemeinderatswahl, die nach § 27 III ThürKommWahlG auch auf die Kreistagswahl anwendbar ist, ist wegen Verstoßes gegen Art. 95 S. 1 ThürVerf verfassungswidrig und mit Wirkung für die nächsten landesweiten Kommunalwahlen nach Verkündung der Entscheidung nichtig.

**Fall:** § 22 II ThürKommWahl G sieht vor, dass eine Partei nur dann in den Gemeinderat einziehen kann, wenn Sie wenigstens 5 % der Wählerstimmen auf sich vereint. Diese Regelung ist nach § 27 III ThürKommWahlG auch auf die Kreistagswahl anwendbar. K war bei der Kommunalwahl vom 27.06.2004 Kandidatin der FDP/WFU für den Stadtrat der Stadt W. Bei der Wahl wurden 63462 gültige Stimmen abgegeben, von denen 2811 Stimmen, also 4,417%, auf den Wahlvorschlag der FDP/WFU entfielen. Bei der Verteilung der Sitze blieb dieser Wahlvorschlag und damit auch K auf Grund der Sperrklausel unberücksichtigt. Nachdem K das Wahlergebnis zunächst bei der Aufsichtsbehörde, dem Thüringer Landesverwaltungsamt, angefochten und diese Behörde die Wahlanfechtung zurückgewiesen hatte, hat sie dagegen beim VG Weimar Klage erhoben. Dort beantragte sie, den entgegenstehenden Bescheid des Thüringer Landesverwaltungsamtes aufzuheben und die Wahl für ungültig zu erklären, hilfsweise das Wahlergebnis zu berichtigen. Sie berief sich auf die Verfassungswidrigkeit des § 22 II ThürKommWahlG. Das VG Weimar hat das Verfahren mit Beschluss vom 13.07.2005 (6 K 5804/04) ausgesetzt, um eine Entscheidung des ThürVerfGH darüber einzuholen, ob die Vorschrift des § 22 II ThürKommWahlG mit der Verfassung des Freistaates Thüringen vereinbar ist.

### I. Rechtsgrundlage

Nach Art. 95 I 1 ThürVerf muss das Volk in den Gemeinden und Gemeindeverbänden Volk eine Vertretung haben, die aus **allgemeinen, unmittelbaren, freien, gleichen und geheimen Wahlen** hervorgegangen ist. An die Stelle einer gewählten Vertretung kann nach Maßgabe des Gesetzes eine Gemeindeversammlung treten. In Gemeindeverbänden, die nicht Gebietskörperschaften sind, kann das Volk auch eine mittelbar gewählte Vertretung haben.

*„Geht es darum, ob der Landesgesetzgeber, an den sich Art. 95 S. 1 ThürVerf. richtet (vgl. ThürVerfGH, NVwZ-RR 1999, 665), den dort normierten Grundsatz der **Wahlgleichheit** verletzt hat, bedarf es keines Rückgriffs auf allgemeine Erwägungen, etwa den vom VGH angezogenen allgemeinen Grundsatz der **Wahlgleichheit**. Art. 95 S. 1 ThürVerf. kann hier zur Prüfung herangezogen werden, obwohl er vom vorlegenden Gericht nicht als die maßgebliche Prüfungsnorm bezeichnet worden ist. Der VGH hat im Rahmen einer zulässigen Vorlage die zur Prüfung gestellte gesetzliche Norm unter allen denkbaren verfassungsrechtlichen Gesichtspunkten zu überprüfen (vgl. BVerfGE 93, 121 [133] = NJW 1995, 2615).“* (ThürVerfGH, NVwZ-RR 2009, 1)

### II. Auslegungsmaßstäbe

Nach Auffassung des ThürVerfGH gelten für die in Art. 95 S. 1 ThürVerf niedergelegten Wahlrechtsgrundsätze folgende Maßgaben.

*„Die Vorschrift gebietet, der Stimme jedes Wählers den **gleichen Zählwert** und im Rahmen des Wahlsystems auch den **gleichen Erfolgswert** zukommen zu lassen. Bei der **Verhältnisswahl** erfordert dies, dass jeder Stimme grundsätzlich der **gleiche Erfolgswert** zukommen muss. Dem Gesetzgeber bleibt für Differenzierungen des Erfolgswerts nur ein eng bemessener Spielraum.*

***Differenzierungen** sind nur unter Voraussetzungen gerechtfertigt, die in der Formel des **„zwingenden Grundes“** zusammengefasst sind. Das sind solche Gründe, die durch die Verfassung legitimiert und von einem Gewicht sind, das der Wahlrechtsgleichheit die Waage halten kann. Nicht erforderlich ist, dass die Verfassung diese Zwecke zu verwirklichen gebietet. Differenzierungen sind gerechtfertigt **durch zureichende, sich aus der Natur des Sachbereichs der Wahl der Volksvertretung ergebende Gründe**. Sie müssen darüber hinaus zur Verfolgung ihrer Zwecke **geeignet** und **erforderlich** sein. Ihr erlaubtes Ausmaß richtet sich daher auch danach, mit welcher Intensität in das Recht auf Gleichheit der Wahl eingegriffen wird (vgl. BVerfGE 95, 408 = NJW 1997, 1568 = NVwZ 1997, 781 L m.w.N.).“* (ThürVerfGH, NVwZ-RR 2009, 1)

### III. Überprüfungsspielraum des Gerichts

Vor diesem Hintergrund ist der Überprüfungsspielraum des Gerichts eingeschränkt.

*„Der ThürVerfGH hat nach dem **Grundsatz der Gewaltenteilung** (Art. 47 I bis III ThürVerf.) bei der **materiellen Prüfung von Gesetzen** die jeweilige **Gestaltungsfreiheit** des Gesetzgebers zu beachten.*

Nach dem **Demokratieprinzip** ist es zunächst dem durch Wahlen legitimierten Gesetzgeber überlassen, inhaltliche Festlegungen für gesetzliche Regeln zu treffen (ThürVerfGH, LKV 2007, 175 = ThürVBl 2006, 229). Auch die **Gesetzgebung ist an die verfassungsmäßige Ordnung gebunden** (Art. 47 IV ThürVerf.).

Die Einhaltung dieser Verpflichtung einschließlich ihrer tatsächlichen Grundlagen zu überprüfen obliegt dem ThürVerfGH im Rahmen seiner ihm durch die Verfassung eingeräumten Zuständigkeiten (Art. 80 ThürVerf.). Damit ist es nicht vereinbar, durch bloße Hinnahme gesetzgeberischer Sachentscheidungen die Einhaltung dieser Verpflichtung letztlich zur Disposition des Gesetzgebers zu stellen. Das gilt insbesondere dann, wenn es - wie hier - um den für die Verfassungsordnung **fundamentalen Grundsatz der gleichen Wahl geht** (vgl. BVerfG, NVwZ 2008, 407). (ThürVerfGH, NVwZ-RR 2009, 1)

Dies ergibt aber zugleich, dass der ThürVerfGH auf die Prüfung der Einhaltung der verfassungsrechtlichen Vorgaben beschränkt ist und keine Erwägung dazu anstellen kann, ob die getroffene gesetzliche Regelung zweckmäßig oder rechtspolitisch erwünscht ist. Maßgeblich ist allein, ob der Gesetzgeber die Grenzen des gesetzgeberischen Entscheidungsspielraums eingehalten hat.

#### IV. Prüfungskriterien

Der ThürVerfGH hat zunächst deutlich gemacht, an welchen Maßstäben dies zu messen ist.

„Dabei ist zunächst festzustellen, ob der Gesetzgeber bei der Ausgestaltung des Wahlrechts ein **zulässiges Ziel** verfolgt. Daran anschließend ist zu prüfen, ob das gewählte Mittel zur Erreichung des gesetzgeberischen Ziels **geeignet** ist und das Maß des zur Zielerreichung **erforderlichen** nicht überschreitet (vgl. BVerfGE 95, 408 = NJW 1997, 1568 = NVwZ 1997, 781 L). Ob diese Grenzen eingehalten sind, ist unter Berücksichtigung aller tatsächlichen Gegebenheiten verfassungsgerichtlich überprüfbar (BVerfGE 51, 222 = NJW 1979, 2463). **Nur wenn die Voraussetzungen eines maßgeblichen Rechtfertigungsgrundes mit einiger Wahrscheinlichkeit vorliegen, ist der Eingriff gerechtfertigt** (vgl. BVerfG, NVwZ 2008, 407). Die bei der Klärung der empirischen Frage nötigen Feststellungen kann der ThürVerfGH entweder aus Plausibilitätserwägungen ableiten oder aber Erfahrungen zu Grunde legen.“ (ThürVerfGH, NVwZ-RR 2009, 1)

#### V. Verfassungsrechtliche Prüfung

§ 22 ThürKommWahlG ordnet den Grundsatz der Verhältniswahl an. Den Stimmen, die auf eine Partei abgegeben werden, welche nicht 5 % der Stimmen auf sich vereinigen kann, kommt jedoch kein Erfolgswert zu. Es liegt also ein Eingriff in die Gleichheit der Wahl vor, die auch die Gleichheit des Erfolgswertes beinhaltet.

Gleichwohl ist der Grundsatz der Gleichheit der Wahl nicht schrankenlos gewährleistet, vielmehr kann der Gesetzgeber aus den bereits dargelegten zwingenden verfassungsrechtlichen Gründen Abweichungen im Erfolgswert der Stimmen vorsehen, wie dies auf Bundesebene mit Billigung der Bundesverfassungsgerichts auch anerkannt ist.

Fraglich ist jedoch, ob hinreichende Gründe für einen Eingriff in die Gleichheit des Erfolgswertes einer Stimme auch auf der Ebene der Kommunalwahl vorliegen.

##### 1. Die Gewährleistung der Funktionsfähigkeit der zu wählenden Kommunalvertretungen rechtfertigt den Eingriff nicht.

„Die Gewährleistung der Funktionsfähigkeit der zu wählenden Volksvertretung ist durch die Verfassung als Grund für die Eingriffe in den Grundsatz der Wahlgleichheit legitimiert (BVerfGE 95, 408 = NJW 1997, 1568 = NVwZ 1997, 781 L). Sie ist ein legitimes Ziel, das den Gesetzgeber grundsätzlich berechtigt, eine 5%-Sperrklausel einzuführen. Was in diesem Zusammenhang als zwingender Grund für eine begrenzte Differenzierung anzuerkennen ist, bestimmt sich vor allem nach dem Aufgabenkreis der zu wählenden Volksvertretung. Dieser ist im Zusammenhang mit dem Institutionengefüge zu sehen, in dem das zu wählende Organ tätig wird (BVerfGE 51, 222 = NJW 1979, 2463). Maßgeblich ist die konkrete Funktion des zu wählenden Organs (vgl. BVerfG, NVwZ 2008, 407). Dies sind hier die Gemeindevertretungen und Kreistage in Thüringen.“ (ThürVerfGH, NVwZ-RR 2009, 1)

Der ThürVerfGH stellt bei der danach vorzunehmenden Prüfung allerdings nicht darauf ab, ob ein Notstand im Sinne einer erheblichen Funktionsstörung für die Gemeinde- und Kreisvertretungen tatsächlich erkennbar geworden ist. Ebenso wenig kommt es darauf an, ob ein Notstand anderen Bundesländern ohne eine 5%-Sperrklausel im Kommunalwahlrecht ausgeblieben ist. Es reicht vielmehr aus, dass der Notstand möglicherweise eintreten kann (vgl. dazu BVerfGE 6, 104 = NJW 1957, 379). Dass der Notstand möglicherweise eintreten kann, ist indes auch erforderlich. Eine Orientierung an abstrakt konstruierten Fallgestaltungen ist nicht zulässig, vielmehr ist auf die politische Wirklichkeit abzustellen (vgl. BVerfGE 95, 408 = NJW 1997, 1568 = NVwZ 1997, 781 L).

Zur **Einschätzung der politischen Wirklichkeit** können auch Erfahrungen aus anderen Bundesländern herangezogen werden, soweit mit diesen wesentliche Übereinstimmungen in den Kommunalverfassungen (Aufgabenverteilung zwischen Kommunalvertretung, dem Hauptverwaltungsbeamten und den Ausschüssen), in

den Kommunalwahlgesetzen, in der Struktur der Kommunen, in der Parteienlandschaft und dem bürgerschaftlichen Engagement in Wählergruppen oder als Einzelbewerber bestehen (vgl. BVerfGE 107, 286 = NVwZ 2003, 1372). Für die Begründung der Sperrklausel sind dabei wesentliche Unterschiede in der Kommunalstruktur - trotz aller Unterschiede in den Kommunalverfassungen und der Landesstrukturen - heute kaum mehr feststellbar. Vielmehr bestehen seit der Reformierung der Kommunalverfassungen in nahezu allen Flächenländern wesentliche Übereinstimmungen (vgl. BVerfG, NVwZ 2008, 407).“ (ThürVerfGH, NVwZ-RR 2009, 1)

Aus der Aufgabenverteilung zwischen den verschiedenen Kommunalorganen in Thüringen ergibt sich, dass mit dem direkt gewählten und damit unmittelbar demokratisch legitimierten **Bürgermeister** ein Gemeindeorgan zur Verfügung steht, das für Kontinuität in der Gemeinde sorgen soll und kann. ... Durch die gesetzlich vorbestimmte Mitgliedschaft des Bürgermeisters im Gemeinderat und seinen Ausschüssen wird ... auch seine politische Funktion im Entscheidungsprozess der Gemeinde deutlich. Er hat eine **politisch und rechtlich starke Stellung** und kann somit durch sein Handeln im Zusammenwirken mit den anderen Mitgliedern des Gemeinderats für eine **kontinuierliche Politik** sorgen.

„Dem gegenüber ist es **Aufgabe des Gemeinderats**, gerade die **Vielfalt in der Bevölkerung zu repräsentieren** und politische Unterschiede abzubilden. Seine Funktion besteht darin, die politischen Kräfte in den gemeindlichen Entscheidungsprozess zu integrieren (zu dieser Funktion: BVerfGE 95, 408 = NJW 1997, 1568 = NVwZ 1997, 781 L). Er hat die **Satzungskompetenz**, die er - ohne Parlament im klassischen Sinne zu sein - in gesetzesähnlicher Weise ausübt.

Daraus folgt, dass es **kein zulässiges verfassungsrechtliches Ziel** für die Einführung der 5%-Sperrklausel ist, für stabile Mehrheiten in dem Sinne zu sorgen, dass über die Wahlperiode des Gemeinderats hinweg eine absolute Mehrheit oder eine beständige Koalition besteht.

Es ist zwar mit plausiblen Erwägungen davon auszugehen, dass ohne die Sperrklausel nur in Gemeinden mit mehr als 10000 Einwohnern, bei denen mehr als 20 Ratsmitglieder zu wählen sind (§ 23 III ThürKommO), häufiger eine größere Zahl von Fraktionen (§ 25 ThürKommO) im Rat vertreten sein dürfte oder häufiger Einzelmitglieder eintreten werden als bislang. Insofern ist mit einer ‚**Vielfalt der Zusammensetzung**‘ der Räte zu rechnen. Diese Prognose führt jedoch nicht dazu, dass eine Funktionsstörung für die Gemeindevertretung mit einiger Wahrscheinlichkeit zu erwarten ist.“ (ThürVerfGH, NVwZ-RR 2009, 1)

Selbst hinsichtlich der Zuständigkeit des Rates für den Erlass von Satzungsrecht kommt es darauf an, dass bei Nichterlass einer vorgeschlagenen Satzung mangels Konsensfähigkeit dem Demokratieprinzip Rechnung getragen wird und die Nichtverabschiedung einer Satzung keine Auswirkungen auf die Funktionsfähigkeit des Rates hat.

## 2. Hinsichtlich der Sicherung der Aufgabenerfüllung des Gemeinderats im personalen Bereich ist die 5%-Sperrklausel nicht geeignet und erforderlich.

„Das gilt für die Zusammensetzung der Ausschüsse. Die Ausschüsse werden nicht gewählt, sondern sind nach dem Stärkeverhältnis der Fraktionen zusammengesetzt, wobei es sogar möglich ist, dass kleinere Fraktionen wegen deren Größe im Ausschuss nicht vertreten sind und die Fraktionen auf ein bloßes Rederecht für ihre Mitglieder beschränkt sind (§ 27 I bis III ThürKommO). Eine ‚Zersplitterung‘ des Gemeinderats hat also keinerlei Einfluss auf die Bildung von Ausschüssen.“ (ThürVerfGH, NVwZ-RR 2009, 1)

Auch die Wahl der Beigeordneten ist so ausgestaltet, dass durch Wiederholung von Wahlen und notfalls Losentscheid ein Scheitern der Wahl praktisch ausgeschlossen ist. Hinsichtlich der Einleitung der Abwahl des Bürgermeisters schützt die notwendige Zwei-Drittel-Mehrheit einerseits ausreichend vor dem Zustandekommen einer destruktiven Mehrheit.

„Soweit andererseits vor dem Hintergrund einer ‚Zersplitterung‘ das Zustandekommen der Einleitung einer Abwahl des Bürgermeisters erschwert wird, liegt dies in der inneren Logik des Institutionengefüges. Die Abwahl des Bürgermeisters soll gerade nicht erleichtert werden.“ (ThürVerfGH, NVwZ-RR 2009, 1)

## 3. Auch die Verhinderung einseitiger Interessenvertretung vermag die 5 %-Klausel nicht zu rechtfertigen.

„Den Überlegungen zum Gemeinwohl liegt letztlich der Gedanke zu Grunde, die Vertretung singulärer, partikulärer oder temporärer Interessen könne von vornherein nicht dem Gemeinwohl entsprechen und die Notwendigkeit, diese in einem organisierten Entscheidungsprozess, wie er in einer Kommunalvertretung stattfindet, zu berücksichtigen, sei gemeinwohlwidrig. Dieses Verständnis ist mit der Thüringer Verfassung nicht vereinbar. Diese geht vielmehr davon aus, dass das Gemeinwohl erst durch den vielfältigen politischen Prozess, auch in Volksvertretungen, gefunden werden muss und die Vertretung einzelner Vorstellungen und Interessen nicht von vornherein als gemeinwohlgefährdend empfunden werden kann. Das Demokratiegebot in Art. 44 I,



45 ThürVerf. setzt im Gegenteil geradezu das Aufeinandertreffen verschiedener Positionen und das Finden von Kompromissen voraus (vgl. BVerfG, NVwZ 2008, 407)

Für die Thüringer Verfassung wird dieser Grundsatz besonders aus deren Art. 9 ThürVerf. deutlich. Danach hat jeder das Recht auf Mitgestaltung des politischen Lebens im Freistaat. Mit dieser Wertung der Verfassung ist es nicht vereinbar, Interessenwahrnehmung von vornherein als etwas Unnötiges oder gar Negatives darzustellen und damit die Einbringung eigener Interessen in den politischen Prozess als von vornherein das Gemeinwohl gefährdend anzusehen. Vielmehr hilft auch derjenige, der einseitige Auffassungen und Interessen vertritt, bei der Feststellung des Gemeinwohls dadurch, dass er seine Interessen in den politischen Prozess einbringt und so zum Interessenausgleich beiträgt. (ThürVerfGH, NVwZ-RR 2009, 1)

#### 4. Der Grundsatz der streitbaren und wertgebundenen Demokratie, kann die 5%-Sperrklausel ebenfalls nicht rechtfertigen.

„Die 5%-Sperrklausel kann nicht damit gerechtfertigt werden, dass sie dem Zweck diene, verfassungsfeindliche oder (rechts-)extremistische Parteien von der Beteiligung an kommunalen Vertretungsorganen fernzuhalten. Die Bekämpfung politischer Parteien ist in diesem Zusammenhang ein sachfremdes Motiv. Die 5%-Sperrklausel wirkt nicht nur gegen (unerwünschte) extremistische Parteien, sondern trifft alle Parteien gleichermaßen, ebenso wie kommunale Wählervereinigungen und Einzelbewerber. Für die Bekämpfung verfassungswidriger Parteien steht das Verfahren nach Art. 21 II GG zur Verfügung. Es steht dem Wahlgesetzgeber nicht zu, über die Einführung oder Beibehaltung einer Sperrklausel bestimmte Parteien gezielt von ihrer Mitwirkung an der politischen Willensbildung auszuschließen (vgl. dazu insgesamt: BVerfG, NVwZ 2008, 407).“ (ThürVerfGH, NVwZ-RR 2009, 1)

### VI. keine Rückwirkung auf vergangene Wahlen

Wegen des Fehlens einer Rechtfertigung für die 5%-Sperrklausel im Kommunalwahlrecht ist die entsprechende Regelung für verfassungswidrig zu erklären. Dies wirkt sich ausnahmsweise aber nicht auf die zurückliegenden Wahlen aus; die Nichtigkeit der Norm ist erst mit Wirkung für die nächsten landesweiten Kommunalwahlen in Thüringen auszusprechen.

„**Grundsätzlich** folgt zwar aus der Erkenntnis, dass eine Norm verfassungswidrig ist, deren **sofortige Ungültigkeit**. **Ausnahmsweise** kann es aber geboten sein, für eine vom Gericht festzulegende Übergangszeit hiervon abzuweichen, wenn die **sofortige Aufhebung** einer Norm zu einem noch **verfassungsferneren Zustand** führte (vgl. BerlVerfGH, LKV 1998, 142 = LVerfGE 6, 32 [45] m.w.N.).

So ist es hier aus zwei Gründen. **Erstens** steht dem Gesetzgeber zur anderweitigen Ausgestaltung der durch die verfassungswidrige Norm geregelten Situation nicht nur eine Möglichkeit zur Verfügung. Vielmehr gibt es ein **Spektrum von verfassungsgemäßen Maßnahmen**, mit denen er der Situation begegnen kann. Der Grundsatz der **Gewaltenteilung** gebietet es daher, dem Gesetzgeber für diese Möglichkeit eine Übergangsfrist einzuräumen (BerlVerfGH, LKV 1998, 142 = LVerfGE 6, 32 [45]). **Zweitens** hatten sich die Wähler seinerzeit auf die 5%-Sperrklausel eingestellt und **mit recht hoher Wahrscheinlichkeit ihr Wahlverhalten daran ausgerichtet** (vgl. auch dazu: BerlVerfGH, LKV 1998, 142 = LVerfGE 6, 32 [45]). Eine als Ergebnis des Ausgangsverfahrens möglich erscheinende Neuberechnung des Wahlergebnisses, darauf bezieht sich der dortige Hilfsantrag der Anhörungsberechtigten zu 1, käme dem Wählerwillen nicht notwendigerweise näher und wäre damit mindestens so ‚verfassungsfrem‘ wie das angegriffene Wahlergebnis.“ (ThürVerfGH, NVwZ-RR 2009, 1)

## Kurzauslese I

UrHG  
§ 95a III

### Urheberschutz § 95a III UrHG ist Schutzgesetz i.S.d. § 823 II 1 BGB (BGH MMR 2008, 811; Beschluss vom 17.07.2008 - I ZR 219/05)

BGB

Die Regelung des **§ 95a III UrHG** ist ein **Schutzgesetz i.S.d. § 823 II 1 BGB** zu Gunsten der Inhaber von Urheberrechten und Leistungsschutzrechten, die wirksame technische Maßnahmen zum Schutz ihrer urheberrechtlich geschützten Werke und Leistungen einsetzen.

*„Schutzgesetz i.S.d. § 823 II 1 BGB ist jede Rechtsnorm, die zumindest auch dazu dienen soll, den Einzelnen oder einzelne Personengruppen gegen die Verletzung eines bestimmten Rechtsguts zu schützen; dass die Rechtsnorm daneben oder sogar in erster Linie das Interesse der Allgemeinheit im Blick hat, steht dem nicht entgegen (vgl. BGH NJW 04, 1949 m.w.N.; Palandt/Sprau aaO, § 823 Rn 57).“*

Die Regelung des **§ 95a UrHG schützt wirksame technische Maßnahmen** (Schutzmaßnahmen), **die ihrerseits ein nach dem UrHG geschütztes Werk** oder einen anderen nach dem UrHG geschützten Schutzgegenstand **schützen**. Derartige Schutzmaßnahmen dürfen ohne Zustimmung des Rechtsinhabers nicht umgangen werden (§ 95a I UrHG). Mittel oder Dienstleistungen zur Umgehung dieser Schutzmaßnahmen dürfen nicht in den Verkehr gebracht werden (§ 95a III UrHG). Der Schutz dieser technischen Maßnahmen ist kein Selbstzweck, sondern dient dem Schutz der mithilfe dieser Maßnahmen geschützten Werke und Leistungen der Rechtsinhaber. Er soll den Inhabern von Urheberrechten und Leistungsschutzrechten zugute kommen, die solche Maßnahmen zum Schutz ihrer urheberrechtlich geschützten Werke und Leistungen einsetzen (vgl. auch Erwägungsgründe 47 und 48 der RL 2001/29/EG zur Harmonisierung bestimmter Aspekte des Urheberrechts und der verwandten Schutzrechte in der Informationsgesellschaft v. 22.5.2001, ABl. Nr. L 167 v. 22.6.2001, S. 10). Der Umstand, dass § 95a UrHG unmittelbar die Schutzmaßnahmen und nur mittelbar die mithilfe dieser Schutzmaßnahmen geschützten Rechte der Rechtsinhaber schützt, ändert nichts daran, dass es sich bei dieser Bestimmung um ein Schutzgesetz zu Gunsten der Rechtsinhaber handelt (a.A. Spieker GRUR 04, 475). Denn der **Schutz der Rechtsinhaber ist nicht nur eine unbeabsichtigte Nebenfolge, sondern der eigentliche Sinn und Zweck dieser Bestimmung.**“ (BGH aaO).

ebenso OLG München GRUR-RR 05, 372 = MMR 05, 768; Palandt/Sprau, § 823 Rn 71; Dreier/Schulze, UrHG, 2. Aufl., § 95a UrHG Rn 5; Dreyer/Kotthoff/Meckel, § 95a UrHG Rn 105 und 45; Schrickler/Götting, § 95a UrHG Rn 40; Wandtke/Bullinger/Wandtke/Ohst, § 95a UrHG Rn 88; Schack, Urheber- und Urhebervertragsrecht, 4. Aufl., Rn 732f; Spieker GRUR 04, 475; Trayer, S. 38; vgl. auch Loewenheim/Peukert, § 82 Rn 6

BGB  
§§ 535, 307

### Schönheitsreparaturklausel zulässiges Farbdiktat des Vermieters (BGH NJW 2009, 62; Urteil vom 22.10.2008 – VIII ZR 238/07)

BGB

Die in einem Formalmietvertrag über Wohnraum enthaltene Klausel *„Der Mieter verpflichtet sich, während der Mietzeit die erforderlichen Schönheitsreparaturen innerhalb der Wohnung durchzuführen. ... Lackierte Holzteile sind in dem Farbton zurückzugeben, wie er bei Vertragsbeginn vorgegeben war; farbig gestrichene Holzteile können auch in Weiß oder hellen Farbtönen gestrichen zurückgegeben werden.“* hält einer **Inhaltskontrolle nach § 307 BGB** stand.

Die **Verpflichtung des Mieters**, lackierte bzw. farbig gestrichene Holzteile **in keinem anderen als den nach der Klausel zulässigen Farbtönen zurückzugeben**, ist für sich genommen **unbedenklich** und führt auch nicht zu einer unangemessenen Einschränkung des Mieters bei der Vornahme der ihm übertragenen Schönheitsreparaturen.

- I. Die **Klausel beschränkt sich** in ihrem unmittelbaren Anwendungsbereich **auf den Zeitpunkt der Rückgabe der Mietwohnung** bei Beendigung des Mietverhältnisses.

*„Auf diesen Zeitpunkt bezogen ist sie - isoliert betrachtet - schon deswegen unbedenklich, weil für die Zeit nach Beendigung des Mietverhältnisses ein Interesse des Mieters an einer seinen Vorstellungen entsprechenden farblichen Gestaltung der Wohnung nicht mehr besteht, das gegen das Interesse des Vermieters, die Mieträume in der von ihm gewünschten farblichen Gestaltung zurückzuerhalten, abzuwägen wäre.“*

*Allerdings wird ein wirtschaftlich vernünftig denkender Mieter sich schon während des laufenden Mietverhältnisses bei einem erforderlich werdenden Neuanstrich der Holzteile von der Überlegung leiten lassen, dass er bei der Wahl einer farblichen Gestaltung, die nicht der für den Zeitpunkt der Rückgabe vereinbarten entspricht, Gefahr läuft, bei seinem Auszug den Anstrich erneuern zu müssen, auch wenn dies nach dem Grad der Abnutzung noch nicht erforderlich wäre. Ein auf die Vermeidung unnötiger Kosten bedachter Mieter wird daher schon bei Anstricharbeiten während des laufenden Mietverhältnisses eine farbliche Gestaltung wählen, die der für den Zeitpunkt der Rückgabe geschuldeten entspricht. Die daraus resultierende **faktische Einschränkung der - grundsätzlich anzuerkennenden - Freiheit des Mieters, sich in den Mieträumen nach seinem Geschmack einzurichten, ist jedoch hinzunehmen.**“ (BGH aaO).*

- II. Vor dem Hintergrund einer beabsichtigten Weitervermietung ist dem **Vermieter** auch ein **Interesse** daran nicht abzuspüren, die Wohnung am Ende des Mietverhältnisses mit einer Dekoration zurückzuerhalten, die **von möglichst vielen Mietinteressenten akzeptiert** wird.

*„Der BGH (NJW 08, 2499 = NZM 08, 605 m.w.N. aus der Rspr. der Instanzgerichte u. der Lit.) hat daher bereits ausgesprochen, dass eine nur auf den Zeitpunkt der Rückgabe der Wohnung bezogene Farbwahlklausel, die den Mieter nicht auf eine spezielle Dekorationsweise festlegt, sondern ihm eine Bandbreite („neutrale, helle, deckende Farben und Tapeten“) vorgibt, die zu den unterschiedlichsten Einrichtungsstilen passt und deshalb für weite Mieterkreise annehmbar ist, den Mieter nicht unangemessen benachteiligt.“*

Dasselbe gilt für die hier zu beurteilende Klausel, soweit sie die „farbig gestrichenen“ Holzteile betrifft: Sie legt den Mieter nicht auf einen bestimmten Farbton fest, sondern belässt ihm neben dem ursprünglich vorhandenen Farbton einen ausreichenden Entscheidungsspielraum in der Bandbreite heller Farbtöne. Dass der Mieter mit der Beschränkung auf helle Farbtöne oder die Farbe Weiß auf ein Spektrum festgelegt wird, das möglicherweise enger ist als die Bandbreite an farblichen Gestaltungen, die noch nicht als Vertragsverletzung anzusehen wären, rechtfertigt nicht die Annahme einer unangemessenen Benachteiligung des Mieters. Eine unangemessene Benachteiligung i.S. des § 307 BGB ist dann gegeben, wenn der Verwender Allgemeiner Geschäftsbedingungen durch einseitige Vertragsgestaltung missbräuchlich eigene Interessen auf Kosten seines Vertragspartners durchzusetzen versucht, ohne von vornherein auch dessen Belange hinreichend zu berücksichtigen (st. Rspr.; z.B. BGHZ 90, 280 = NJW 84, 1531).

Das ist hier nicht schon deswegen anzunehmen, weil die von den Kl. verwendete Klausel die **Grenzen des Erlaubten enger zieht** und damit **Gestaltungsmöglichkeiten ausschließt, die dem Mieter ohne die Klausel erlaubt wären**. Vielmehr bedarf es innerhalb des dem Mieter grundsätzlich Erlaubten einer **umfassenden Würdigung der Interessen beider Parteien**. Dem Interesse des Mieters, sich in den Mieträumen nach seinem Geschmack einzurichten, steht das Interesse des Vermieters gegenüber, die Wohnung in einer neutralen farblichen Gestaltung zurückzuerhalten, die für einen möglichst großen Kreis von Mietinteressenten akzeptabel ist. Wenn die Klausel diesen Interessenwiderstreit dahin löst, dass sie den Mieter auf ein Maß an Gestaltungsfreiheit beschränkt, das zwar enger ist als der durch die Grenze zur Vertragswidrigkeit bestimmte Spielraum, ihm aber noch eine gewisse Bandbreite an Wahlmöglichkeiten belässt, so wird der Mieter dadurch noch nicht unangemessen benachteiligt.

In Bezug auf „lackierte“ Holzteile **fehlt es allerdings an einem Gestaltungsspielraum** hinsichtlich der farblichen Gestaltung, weil die Klausel den Mieter insoweit auf den allein zulässigen ursprünglichen - bei Vertragsbeginn „vorgegebenen“ - Farbton festlegt. Bei umfassender Würdigung der hierdurch berührten Interessen der Parteien ist aber auch diese weitgehende Beschränkung der Gestaltungsmöglichkeit des Mieters nicht zu beanstanden. Denn auf Seiten des Vermieters fällt der Umstand ins Gewicht, dass bei einer transparenten Lackierung oder Lasur - anders als bei einem deckenden Farbanstrich - eine Veränderung des Farbtons entweder überhaupt nicht mehr oder nur mit einem Eingriff in die Substanz der lackierten/lasierten Holzteile (Abschleifen) rückgängig gemacht werden kann. Eine Veränderung der Mieträume, die eine Substanzverletzung zur Folge hat, ist dem Mieter aber nicht gestattet.“ (BGH aaO).

BGB  
§§ 535, 536c II

### Anzeigepflicht des Mieters verborgene Mängel

BGB

(OLG Düsseldorf OLGR 2008, 758; Beschluss vom 02.06.2008 – I-24 U 193/07)

Der Mieter muss die Mietsache nicht auf verborgene Mängel untersuchen; er ist daher nur dazu verpflichtet, dem Vermieter offensichtliche Mängel anzuzeigen.

„Ein Mieter verstößt gegen seine Anzeigepflicht nur und erst dann, wenn er einen Schaden innerhalb des Mietobjekts kennt oder grob fahrlässig nicht zu Kenntnis nimmt und eine Anzeige an den Vermieter unterlässt. **Grob fahrlässige Unkenntnis liegt aber nur dann vor, wenn der Mangel so offensichtlich ist, dass seine Wahrnehmung sich dem Mieter praktisch aufdrängen muss** (BGHZ 68, 281 = NJW 77, 1236; BGH BGHR 06, 1221 = MDR 07, 22 = NJW-RR 06, 1157 f. = GuT 06, 237; OLG Düsseldorf GE 02, 1262; OLG Hamburg MDR 91, 1170 = ZMR 91, 262; Bub/Treier, Handbuch der Geschäfts- und Wohnraummiete, 3. Aufl., III. A Rn 970 m.w.N., jeweils zu § 545 BGB a.F. = § 536c BGB).

Eine **Untersuchungspflicht hinsichtlich verborgener Mängel trifft den Mieter nicht**. Er darf sich darauf verlassen, dass die **Mietsache funktionstüchtig ist** (BGH WM 76, 537; Wolf/Eckert/Ball, Handbuch des gewerblichen Miet-, Pacht- und Leasingrechts, 9. Aufl., Rn 558). Auf verborgene Mängel hat vielmehr der Vermieter im Zuge gelegentlicher Überprüfungen der Mietsache zu achten (Bub/Treier aaO).“ (OLG Düsseldorf aaO).

StGB  
§ 224 I Nr.5

### gefährliche Körperverletzung lebensgefährdende Behandlung durch Kopfstoß

StrafR

(OLG Hamm NSTZ-RR 2009, 15; Beschluss vom 11.06.2008 – 2 Ss 60/08)

**Grundsätzlich kann ein wuchtig gegen den Kopf des Verletzten geführter Kopfstoß eine Körperverletzung mittels einer das Leben gefährdenden Behandlung i.S. des § 244 I Nr. 5 StGB darstellen**. Dies gilt insbesondere dann, wenn er so heftig geführt wird, dass er zu einem Schädelbruch oder Gehirnverletzungen bei dem Tatopfer führen kann.

„Eine Körperverletzung mittels einer das Leben gefährdenden Behandlung setzt nicht voraus, dass die Behandlung des Opfers durch den Täter das Leben des Opfers konkret gefährdet hat. Ausreichend ist vielmehr, dass die Art der Behandlung nach den Umständen des Einzelfalls **generell hierzu geeignet** ist (Fischer, StGB, 53. Aufl. Rn 12 m.w.N.). In diesem Zusammenhang kann auch ein **wuchtig gegen den Kopf des Verletzten geführter Kopfstoß lebensgefährlich sein**, insbesondere wenn er so heftig geführt wird, dass es zu einem Schädelbruch oder zu Gehirnblutungen kommen kann (OLG Düsseldorf, JZ 1995, 908).

Auch wenn eine Fraktur des Nasenbeins nicht eintritt und sich die **Verletzungsfolgen auf Nasenbluten** bei dem Geschädigten **beschränken**, ergibt sich aus den getroffenen Feststellungen noch in ausreichender Weise, dass die Behandlung des Geschädigten durch den Angekl. **generell dazu geeignet** war, auch lebensgefährliche Verletzungen bei dem Geschädigten hervorzurufen. Darauf, dass die konkret eingetretene Verletzung im Ergebnis nicht lebensgefährlich war und sich die mit dem Kopfstoß gegen das Gesicht verbundene Gefahr für den Geschädigten nicht realisiert hat, kommt es im Ergebnis nicht an (Fischer, § 224 Rn 12 m.w.N.). Soweit die Entscheidung des OLG Hamm vom 18.12.2006 (3 Ss 549/06 - Juris) abweichend hierzu auch darauf abzustellen scheint, dass sich die Gefährlichkeit der Handlung auch in dem eingetretenen Verletzungserfolg niedergeschlagen haben müsse und dementsprechend ein Kopfstoß, der die Nase nur im unteren Bereich des Nasenbeins trifft, den Tatbestand nicht erfüllen soll, wird dies auch in Anbetracht des Umstandes, dass das **Ausmaß der konkreten Verletzungen ungeachtet der Gefährlichkeit der Handlung an sich in einer Vielzahl der Fälle auch von Zufälligkeiten bestimmt sein** dürfte, dem Normcharakter als Eignungsdelikt (Fischer, § 224 Rn 12) nicht ohne weiteres gerecht.“ (OLG Hamm aaO).

StGB  
§§ 224, 78 II Nr.4, 78a S.2

## Körperverletzung durch HIV-Übertragung Verjährung

StrafR

(BGH NStZ 2009, 34; Urteil vom 18.10.2007 – 3 StR 248/07)

- I. Eine durch die **vorsätzliche Übertragung des HI-Virus** begangene (**gefährliche**) Körperverletzung ist mit dem **Vollzug des Geschlechtsverkehrs**, bei dem das Virus übertragen wurde, i.S.d. § 78a S. 1 StGB **beendet**.

„Die Tat war, sollte der Angekl. das Tatopfer bereits im Februar 1998 infiziert haben, schon mit dem Vollzug des Geschlechtsverkehrs, bei dem das Virus übertragen wurde, i.S.d. § 78a S. 1 StGB beendet. **Weiterer Handlungen** des Angekl., **durch die der tatbestandsmäßige Erfolg vertieft oder** - wie dies etwa bei Diebstahl der Fall sein mag - **gesichert** werden konnte, **bedarf es nicht. Mit der Infizierung des Tatopfers, d.h. mit der Übertragung des Virus, ist auch der tatbestandsmäßige Erfolg eingetreten.** Daran ändert nichts, dass der Verlauf der Aidskrankung große individuelle Unterschiede aufweist und die beschwerdefreie Zeit des Opfers bis zum offenen Ausbruch des klinisch-manifesten Immundefekts nach dem derzeitigen Stand der Wissenschaft bis zu 10 Jahre andauern kann. Denn bereits durch die Ansteckung mit dem HI-Virus hat der Angekl. die Gesundheit des Tatopfers beschädigt.

Als **Gesundheitsbeschädigung** ist **jedes Hervorrufen oder Steigern eines vom Normalzustand der körperlichen Funktion des Opfers nachteilig abweichenden Zustandes** anzusehen, gleichgültig, auf welcher Art und Weise die Beeinträchtigung erfolgt; mit einer Schmerzempfindung braucht sie nicht verbunden zu sein. In Rspr. und Schrifttum ist anerkannt, dass auch die Ansteckung eines anderen mit einer nicht ganz unerheblichen Krankheit - auch und insbesondere mit einer Geschlechtskrankheit - eine Verschlechterung der Gesundheit darstellt. In Anbetracht dessen, dass ein HIV-Infizierter mit dem Eintritt des Virus in den Organismus seinerseits infektiös wird und dies für die gesamte Dauer seines weiteren Lebens bleibt, muss dies in gleicher Weise und erst recht für die Ansteckung mit der - bislang nicht heilbaren und bei Ausbruch regelmäßig tödlich verlaufenden - Immunschwächekrankheit Aids gelten. Dabei tritt - wie auch bei anderen gefährlichen Infektionen - die Schädigung der Gesundheit und damit die Körperverletzung bereits mit der bloßen Infizierung als solcher ein, da diese - objektiv - den körperlichen Normalzustand des Opfers tief greifend verändert (BGHSt 36, 1 m.w.N.).“ (BGH aaO).

- II. Ist der **Immundefekt** bereits **offen ausgebrochen** und hat zu **schweren Folgen** i.S.d. § 226 I Nr. 3 StGB geführt, so ist die **Tat erst mit dem Eintritt dieser Folgen beendet**.

„**Verändert bereits die Ansteckung** - objektiv - **den körperlichen Zustand des Opfers tief greifend, ist, auch solange die Krankheit noch nicht offen ausgebrochen ist, für zu diesem Krankheitsbild gehörende Verschlechterungen des Gesundheitszustandes keine andere rechtliche Bewertung in dem Sinne möglich, dass erst der jeweils mit einer gravierenden Veränderung verbundene Krankheitszustand eine vollständige Verwirklichung des tatbestandsmäßigen Erfolges nach § 223a StGB bewirkt** (vgl. zu dieser Frage Schmitz, Unrecht und Zeit, 2001, S. 227f.; LG Frankfurt NStZ 90, 592; MüKo-StGB/Mitsch, § 78 Rn 2 bis 4, § 78a Rn 9).

Dies gilt aber auch, wenn sich die Tat nur als schwere Körperverletzung nach § 226 I StGB darstellen würde: Zwar war die schwere Körperverletzung (Verfallen in Siechtum, Geisteskrankheit oder Lähmung als Folge der Körperverletzung) im Februar 1998 nur mit Freiheitsstrafe von 1 Jahr bis 5 Jahren bedroht (§ 224 I StGB i.d.F. v. 28.10.1994). Gleichwohl wäre die Tat auch mit nur fahrlässig herbeigeführtem Erfolg noch nicht verjährt, da nach § 76a S. 2 StGB die Verjährung, wenn ein zum Tatbestand gehörender Erfolg erst später eintritt, mit diesem späteren Zeitpunkt beginnt. So läge es hier: Die **schwere Körperverletzung ist ein erfolgsqualifiziertes Delikt**. Solche Taten sind **erst mit dem Eintritt der schweren Folge beendet** (LK-Jähnke § 78a Rn 13; SK-StGB-Rudolphi/Wolter, § 78a Rn 4; Fischer, StGB, 55. Aufl., § 78a Rn 7).“ (BGH aaO).

StGB  
§ 323a

## Vollrausch subj. Tatbestand

StrafR

(OLG Düsseldorf OLGR 2008, 758; Beschluss vom 02.06.2008 – I-24 U 193/07)

Der **subjektive Tatbestand des § 323a StGB** verlangt, dass für den Täter **zumindest vorhersehbar** ist, dass er im **Rausch** irgendwelche **Ausschreitungen strafbarer Art** begehen wird.

„Zwar geht aus den Urteilsgründen hervor, dass der Angekl. seit Jahren Alkoholiker ist und vielfach strafrechtlich in Erscheinung getreten ist, u.a. auch unter der Einwirkung von Alkohol. Seine strafbaren Handlungen der letzten Jahre enthalten jedoch keinerlei „Ausschreitungen“ i.S.d. § 323a oder Gewaltdelikte, vielmehr im Wesentlichen **BtM-Delikte, Diebstähle und Straßenverkehrsdelikte**. Wegen Gewaltdelikten ist der Verurteilte zuletzt im Jahre 1981 noch nach Jugendrecht verurteilt worden. Angesichts dieser Sachlage ergibt sich nicht ohne Weiteres, dass für den Angekl. **zumindest vorhersehbar** war, dass er im Rausch irgendwelche Ausschreitungen strafbarer Art begehen werde“ (OLG Düsseldorf aaO).

BDSG  
§ 3 I

## Personenbezogene Daten IP-Adressen

öffR

(AG München MMR 2008, 860; Urteil vom 30.09.2008 – 133 C 5677/08)

**IP-Adressen** sind **keine personenbezogenen Daten** i.S.d. BDSG, da ihnen die **notwendige Bestimmbarkeit** fehlt.

„**Bestimmbarkeit** ist dann gegeben, wenn die **datenspeichernde Stelle die hinter der Einzelangabe stehende Person** mit den ihr normalerweise zur Verfügung stehenden Kenntnissen und Hilfsmitteln und ohne unverhältnismäßigen Aufwand **bestimmen kann** (vgl. Gola/Schunerus, BDSG, § 3 Rn 10).

IP-Adressen werden durch den von der Bekl. verschiedenen sog. Access Provider zeitlich begrenzt an Kunden vergeben, der Access Provider kann über die Bestandsdaten auch später den entsprechenden Nutzer ermitteln.

Diese Möglichkeit steht der Bekl. nicht ohne weiteres zu: Die Bekl. könnte den Nutzer nur mit Hilfe des Access Providers ermitteln, der aber mangels Rechtsgrundlage den Betreiber eines Internetportals diese Angaben nicht zur Verfügung stellen darf. Die theoretisch mögliche, aber illegale Möglichkeit einer Identifikation des Nutzers durch den Access Provider und Weitergabe der Daten an die Beklagte als Portalbetreiber kann vorgeschildeter Definition der Bestimmbarkeit der personenbezogenen Daten nicht entsprechen. Eine solch illegale Handlung kann kaum als normalerweise und ohne großen Aufwand durchzuführende Methode angesehen werden.

Dynamische IP-Adressen können daher für einen Betreiber eines Internetportals keine personenbezogenen Daten darstellen.“ (AG München aaO).

AO  
§ 228

### Beitragsschuld Auswirkungen der Zahlungsverjährung

öffR

(OLG Düsseldorf OLGR 2008, 758; Beschluss vom 02.06.2008 – I-24 U 193/07)

Das durch die Zahlungsverjährung verursachte Erlöschen der durch einen entsprechenden Bescheid begründeten Forderung auf eine Vorausleistung hat nicht zur Folge, dass die Erschließungsbeitragsforderung im Zeitpunkt ihres Entstehens als im Umfang der geforderten Vorausleistung getilgt anzusehen ist.

- I. Die Vorausleistung ist begrifflich eine Leistung, die vor Entstehen der endgültigen Erschließungsbeitragspflicht für ein einzelnes Grundstück zur Verrechnung "mit der endgültigen Beitragsschuld" (§ 133 III 2 BauGB, § 25 III 2 KAG) erbracht wird (Driehaus, Erschließungs- und Ausbaubeiträge, 8. Aufl., § 21 Rn 3).

„Die Vorausleistung ist danach dazu bestimmt, die spätere Beitragsforderung der Gemeinde in dem Umfang des Vorausleistungsverhältnisses zu tilgen. Nach der Rspr. des BVerwG (NJW 76, 818; NVwZ-RR 96, 465) tritt die Tilgungswirkung in dem Zeitpunkt ein, in dem die Erschließungsbeitragspflicht entsteht, also regelmäßig in dem Zeitpunkt, in dem die Anlage im Sinne des § 133 II BauGB endgültig hergestellt ist. Begründet wird dies damit, dass in diesem Zeitpunkt die Beitragsforderung der Gemeinde - schon vor ihrer Geltendmachung durch den Beitragsbescheid - derartig voll als Anspruch ausgestaltet sei, dass sie das Beitragsschulverhältnis in Bezug auf das Grundstück und gegenüber dem nach § 134 I BauGB Beitragspflichtigen begründe. Sie sei deshalb in diesem Zeitpunkt auch geeignet, durch die Vorausleistung in deren Umfang getilgt zu werden, so dass damit die der Vorausleistung gesetzlich wesenseigene und von vornherein zugedachte Erfüllungswirkung eintrete. Die Tatsache der Vorausleistung wirke sich im Zeitpunkt des Entstehens der Beitragspflicht nicht anders aus, als es für eine in diesem Zeitpunkt erfolgende Leistung zuträfe: Ihre Erfüllungswirkung sei nur so lange aufgeschoben gewesen, wie es noch an dem Beitragsanspruch gefehlt habe, zu dessen Erfüllung sie letztlich dienen sollte.“ (OLG Düsseldorf aaO).

- II. Danach führt nicht das Erlöschen der Vorausleistungsforderung, sondern die mit einer tatsächlich erbrachten Vorausleistung verbundene, auf den Zeitpunkt des Entstehens der Beitragspflicht hinausgeschobene Erfüllungswirkung zur Tilgung und damit zum Erlöschen des Beitragsanspruchs.

„Zu der Annahme, das Erlöschen der Vorausleistungsforderung in Folge des Eintritts von Zahlungsverjährung bewirke ebenso wie eine tatsächlich erbrachte Vorausleistung, dass die Beitragspflicht im Zeitpunkt ihres Entstehens als getilgt anzusehen sei, gibt es hiervon ausgehend keinen Grund (a. M. offenbar Driehaus, aaO, Rn. 36).

Zur Begründung seiner Auffassung hat das Verwaltungsgericht angeführt, dass es auch unter Wertungsgesichtspunkten nicht gerechtfertigt sei, das Erlöschen der Vorausleistungsforderung nach Eintritt der Zahlungsverjährung einer tatsächlich erbrachten Vorausleistung gleich zu stellen. Auch dem ist zuzustimmen. Die Verrechnung einer tatsächlich erbrachten Vorausleistung mit der endgültigen Beitragsschuld entspricht dem Wesen der Vorausleistung und leuchtet auch vom Ergebnis her ohne weiteres ein. Nicht einsichtig ist dagegen, weshalb eine zwar angeforderte, aber tatsächlich nicht erbrachte Vorausleistung ebenfalls mit der endgültigen Beitragsschuld zu verrechnen sein sollte, sofern die Gemeinde es versäumt hat, den Anspruch auf die Vorausleistung rechtzeitig durchzusetzen und der Anspruch deshalb inzwischen verjährt ist. Ein solches Ergebnis wäre auch den übrigen Beitragsschuldnern, die den auf ihr Grundstück entfallenden Beitrag in voller Höhe zu entrichten haben, kaum zu vermitteln. Ein schutzwürdiges Vertrauen des Beitragsschuldners auf eine andere Handhabung ist nicht zu erkennen. Nach Ablauf der Zahlungsverjährungsfrist steht fest, dass der Beitragsschuldner die von ihm geforderte Vorausleistung nicht zu erbringen hat und ihm damit die mit einer solchen Leistung verbundenen Zinsnachteile erspart bleiben. Ein hierüber hinausgehendes Vertrauen, die angeforderte Vorausleistung auf die die spätere Beitragsforderung angerechnet zu bekommen, wird hierdurch nicht begründet.“ (OLG Düsseldorf aaO).

GO NRW  
§ 56 I

### Gruppe ohne Fraktionsstatus Begriffsdefinition

öffR

(OVG NRW NWVBI 2009, 28; Beschluss vom 20.06.2008 – 15 B 788/08)

Eine Gruppe i.S.d. § 56 I GO NRW ist eine freiwillige Vereinigung von mindestens zwei Ratsmitgliedern, die sich auf der Grundlage grundsätzlicher politischer Übereinstimmung zu möglichst gleichgerichtetem Wirken zusammengeschlossen hat.

- I. Wie sich aus dem gesetzlichen Erfordernis, dass sich die Ratsmitglieder zusammengeschlossen „haben“ müssen, ergibt, entsteht die Gruppeneigenschaft nicht schon mit der bloßen – auch bereits rechtlich verfestigten – Absicht, eine Gruppe zu bilden. Vielmehr muss der Zusammenschluss bereits verwirklicht sein. Weiter ergibt sich aus der finalen Präposition „zu“ möglichst gleichgerichtetem Wirken, dass die Gruppeneigenschaft nicht davon abhängt, dass ein so gleichgerichtetes Wirken auf der Grundlage grundsätzlicher politischer Übereinstimmung bereits vorliegt. Allerdings folgt daraus, dass dieser Zweck dem Zusammenschluss zugrunde liegen muss.

„Diese Voraussetzung ist ohne weiteres gegeben bei einem Zusammenschluss, der aus Personen besteht, die für ein und dieselbe Partei oder Wählergruppen bei der Wahl angetreten sind. Hier ergibt sich bereits aus dem Parteizusammenschluss bzw. dem mitgliederschäftlich organisierten Zusammenschluss der Wahlberechtigten zum Zwecke gemeinsamer Wahlvorschläge (vgl. § 15 I 2 KommunalwahlG), dass ein Zusammenschluss von aufgrund solcher Wahlvorschläge Gewählten zum Zwecke möglichst gleichgerichteten Wirkens auf der Grundlage grundsätzlicher politischer Übereinstimmung erfolgt. Eines weiteren Indizes durch Verwirklichung des beabsichtigten Zwecks bedarf es dann nicht.“ (OVG NRW aaO).

- II. An dieser von vornherein gebotenen Annahme der erforderlichen Zweckbestimmung bei einem Zusammenschluss auf Vorschlag bestimmter Parteien und Wählergruppen Gewählter fehlt es allerdings bei Ratsmitgliedern, die nicht auf der Grundlage von Wahlvorschlägen derselben Partei oder Wählergruppen gewählt wurden.

„Nach der Einführung eines Anspruchs auf Zuwendungen für Gruppen drängt es sich bei der gebotenen **lebennahen Betrachtung** auf, dass nach diesem Zeitpunkt im Laufe einer Wahlperiode im Einzelfall auch solche Zusammenschlüsse gebildet werden, die in Wirklichkeit nicht die Absicht möglichst gleichgerichteten Wirkens auf der Grundlage grundsätzlicher politischer Übereinstimmung verfolgen, sondern lediglich darauf zielen, finanzielle Vorteile oder auch eine Verstärkung ihrer Rechtsposition für die Verfolgung individueller politischer Ziele der einzelnen Ratsmitglieder zu erlangen. Ob der erforderliche Zweck verfolgt werden soll, bemisst sich allgemein nach den **Vereinbarungen im Rahmen des Zusammenschlusses und ihrer tatsächlichen Anwendung** sowie den Bekundungen der Mitglieder des Zusammenschlusses, soweit sich die Erklärungen als glaubhaft erweisen.“ (OVG NRW aaO).

---

## Entscheidungen prozessuales Recht

**ZPO                      Versicherungsnehmer kann an seinem Wohnsitz klagen                      ZPO**  
**§§ 12 ff.                      Neuregelung des § 215 VVG auf Altverträge anwendbar**  
**(OLG Saarbrücken, NJW 2008, 3579, Beschluss vom 23. 9. 2008 - 5 W 220/08)**

1. Grundsätzlich gilt für Versicherungsvertragsstreitigkeit nach dem VVG ab dem 01.01.2008 die neue Fassung.
2. Art. 1 I EGVVG sieht aus Gründen des Vertrauensschutzes vor, dass auf Versicherungsverhältnisse, die bis zum 01.01.2008 entstanden sind, das alte VVG Anwendung findet.
3. § 48 I VVG a.F. ist jedoch keine das Versicherungsverhältnis betreffende Regelung, sondern beinhaltet nur die Gewährung eines weiteren Gerichtsstandes neben den §§ 12 ff. ZPO.
4. Der Grundsatz des intertemporalen Verfahrensrechts führt dazu, dass gesetzliche Änderungen, soweit spezifische Übergangsvorschriften vorgesehen sind und kein besonderes Vertrauen zu schützen ist, sogar bereits anhängige Verfahren erfassen.
5. Danach ist für alle ab dem 01.01.2008 zu erhebenden Klage die Neuregelung des § 215 VVG anwendbar, wonach der Versicherungsnehmer seine Versicherung an seinem Wohnsitz verklagen kann.

**Fall:** K wohnt in Trier. Nach einem vom ihm aufgrund von Fahrlässigkeit verursachten Unfall begehrt er Leistungen aus der bei der V-AG seit 2007 unterhaltenen Kraftfahrzeugvollkaskoversicherung. Die V-AG hat ihren Sitz in München, jedoch eine Hauptagentur Saarbrücken. Nachdem die V-AG ihre Leistungspflicht außergerichtlich abgelehnt hat, erhebt K am 20.03.2008 Klage vor dem LG Trier. Die V-AG rügt die örtliche Zuständigkeit des Gerichts und beantragt die Verweisung an das LG Trier. Zu Recht?

Grundsätzlich bestimmt sich die örtliche Zuständigkeit nach §§ 12 ff. ZPO. Der allgemeine Gerichtsstand juristischer Personen ist nach § 17 I ZPO am Ort des Sitzes. Danach liegt der allgemeine Gerichtsstand der V-AG in München. Eine Hauptagentur stellt jedoch eine Niederlassung im Sinne des § 21 I ZPO dar, so die V-AG zudem einen besonderen Gerichtsstand in Saarbrücken hat.

Dies gilt allerdings nur sofern keine Sonderregelungen greifen. Für Versicherungsverträge gilt jedoch das Versicherungsvertragsgesetz (VVG), welches besondere Regeln über den Gerichtsstand enthält. Allerdings wurde das VVG zum 01.01.2008 geändert. In der bis dahin geltenden Fassung war durch § 48 I VVG a.F. vorgesehen, dass für Klagen, die ein Versicherungsvertreter vermittelt oder abgeschlossen hat und die aus dem Versicherungsverhältnis gegen den Versicherer erhoben werden, das Gericht des Ortes zuständig ist, wo der Versicherungsvertreter zur Zeit der Vermittlung oder Schließung seine gewerbliche Niederlassung hat.

Als Niederlassung ist die Hauptagentur in Saarbrücken anzusehen, so dass angesichts des Vertragsabschlusses 2007 § 48 I VVG a.F. Anwendung finden könnte und die Klage entweder in München oder aber in Saarbrücken erhoben werden müsste.

Allerdings sieht die seit 01.01.2008 gültige Neufassung des VVG in § 215 VVG n.F. vor, dass für Klagen aus dem Versicherungsvertrag auch das Gericht örtlich zuständig ist, in dessen Bezirk der Versicherungsnehmer zur Zeit der Klageerhebung seinen Wohnsitz hat. Würde die Neuregelung gelten, so wäre auch das Gericht in Trier zuständig und K könnte nach § 35 ZPO zwischen einer Klageerhebung in München, in Saarbrücken oder in Trier wählen, so dass die örtliche Zuständigkeit des von ihm angerufenen LG Trier gegeben wäre.

Fraglich ist daher, welche Fassung des VVG auf die hier anhängige Klage Anwendung findet. Dies ist im Einführungsgesetz zum VVG (EGVVG) geregelt.

*„Schon der Wortlaut des Art. 1 I EGVVG lässt erkennen, dass das Gesetz über den Versicherungsvertrag in der bis zum 01.01.2008 geltenden Fassung bis zum 31.12.2008 „auf Versicherungsverhältnisse“, also auf die rechtlichen Bezie-*

**hungen zwischen dem Versicherungsnehmer und dem Versicherer**, soweit der Versicherungsvertrag sie regelt - und nur auf sie -, anzuwenden ist. **§ 48 VVG a.F.** ist indessen keine das Versicherungsverhältnis **betreffende Bestimmung**. Mit der Gewährung eines zusätzlichen Gerichtsstands neben den von den §§ 12ff. ZPO vorgesehenen enthält die Vorschrift eine Regelung, die sich demgegenüber auf das Prozessrechtsverhältnis zwischen einem klagenden Versicherungsnehmer und seinem Versicherer bezieht. Dafür gilt aber als **Grundsatz des intertemporalen Verfahrensrechts**, dass gesetzliche Änderungen, soweit spezifische Übergangsvorschriften vorgesehen sind und **kein besonderes Vertrauen zu schützen** ist, sogar bereits anhängige Verfahren erfassen (vgl. u.a. BVerfGE 87, 48 = NJW 1993, 1123 = NVwZ 1992, 1182; BFH, Beschl. v. 8. 6. 2005 - V S 12/04).

Dass Art. 1 I EGVVG 2008 die Anwendbarkeit des neuen Rechts nicht vollständig für alle Rechtsfragen aus Anlass eines Rechtsstreits zwischen einem Versicherungsnehmer und einem Versicherer auf den 01.01.2009 befristet, folgt sodann aus den ihm folgenden Vorschriften, die **lediglich für in einer Übergangszeit eingetretene Versicherungsfälle** sowie für bestimmte Versicherungsverträge **Sonderregelungen** anordnen. Das zeigt sich besonders deutlich in Art. 1 II EGVVG, der sogar für „Altverträge“ **das alte Recht ausschließlich „insoweit“ fortgelten lässt, als es um die Beurteilung des Versicherungsfalls (und die aus ihm folgenden materiellen Rechte und Pflichten) geht**.

Die sich aus Art. 12 I des Gesetzes zur Reform des Versicherungsvertragsrechts ergebende **grundsätzliche Geltung des neuen Rechts ab dem 01.01.2008** ist schließlich durch die Art. 1ff. EGVVG 2008 **nur aus Gründen des Bestandsschutzes und der Gewährung eines Anpassungszeitraums für Versicherer eingeschränkt worden**. Solche Gründe vermögen indessen die Fortgeltung des § 48 I VVG a.F. nicht zu rechtfertigen. Soweit ein Rechtsstreit zwischen einem Versicherungsnehmer und einem Versicherer **zum 01.01.2008 bereits anhängig** war, leistet **§ 261 III Nr. 2 ZPO** die nötige **Verlässlichkeit der einmal begründeten Zuständigkeit eines Gerichts**. Soweit noch kein Rechtsstreit anhängig ist, ist **nicht erkennbar**, aus welchen Gründen dem durch § 215 I VVG begünstigten Versicherungsnehmer und dem Versicherer **Vertrauensschutz** zustehen sollte.“(OLG Saarbrücken, aaO).



**BGB** **Hemmung der Verjährung im Mahnverfahren** **ZPO**  
 § 204 I Nr. 3 **bei Teilbetrag mehrerer Einzelforderung Aufschlüsselung erforderlich**

(BGH, NJW 2009, 56, Urteil vom 21.10.2008 - XI ZR 466/07)

1. Zustellung eines Mahnbescheids, mit dem **Teilbetrag aus mehreren Einzelforderungen** geltend gemacht wird, hemmt Verjährung nicht, wenn genaue Aufschlüsselung der Einzelforderungen unterblieben ist und die **Individualisierung erst nach Ablauf** der Verjährungsfrist im anschließenden Streitverfahren nachgeholt wird.
2. Die **Individualisierung** der Forderungen **im Berufungsverfahren** vermögen zwar zur **Zulässigkeit der Teilklage** zu führen, da er hierfür auf die mündliche Verhandlung im Berufungsverfahren ankommt. Ein nachträglicher Eintritt der Hemmung nach Ablauf der Verjährungsfrist kann hierin jedoch nicht gesehen werden.
3. Bleibt ein Angebot zu einer **Ratenzahlungsvereinbarung unbeantwortet**, ist hierin **nicht** die Aufnahme von Verhandlungen im Sinne des **Hemmungstatbestandes** des § 203 BGB zu sehen.

**Fall:** G verlangt von S aus abgetretenem Recht im Wege einer Teilklage die Rückzahlung zweier Darlehen. S erhebt die Einrede der Verjährung. S unterhielt bei der Rechtsvorgängerin der B, der S-AG zwei Konten zur Stamm-Nr. ..., die am 10.12.1999 mit 1.116,18 DM (Endziffer 00) und mit 680.373,18 DM (Endziffer 01) im Soll standen und von der S-AG mit Schreiben vom 10.12.1999 gekündigt wurden.

Mit Schreiben vom 29.03.2004 forderte B, die ein Inkassounternehmen betreibt, S erfolglos zur Zahlung einer Hauptforderung von 347.928,69 Euro nebst Verzugszinsen von 116.630,23 Euro und eines Bearbeitungsentgelts von 2.426 Euro auf. G behauptet, die S-AG habe ihr die Forderung am 29.03.2004 zur Einziehung abgetreten. G hat am 03.11.2004 gegen S den Erlass eines Mahnbescheids über einen Teilbetrag von 25.000 Euro beantragt. In dem Mahnbescheidsantrag ist der Anspruch mit „Darlehensrückzahlung gem. fällige Forderung gemäß Kündigung 134690/04/0/1 vom 10.12.1999 bis 02.11.2004“ bezeichnet; ferner enthielt der Antrag die Bemerkung, dass die Forderung „seit dem 11.11.2003 an den Antragsteller abgetreten bzw. auf ihn übergegangen (sei); früherer Gläubiger: S-AG“. Der Mahnbescheid ist G am 11.11.2004 zugestellt worden.

Das LG hat die Klage abgewiesen, weil sie mangels Bestimmtheit des Klagegegenstandes unzulässig sei. Hiergegen hat G Berufung eingelegt. In der Berufungsbegründung vom 05.05.2006 und in der Berufungsverhandlung am 23.02.2007 hat sie ihr Klagebegehren dahin näher präzisiert, dass mit der Teilklage erstrangig die Forderung betreffend das Konto mit der Endziffer 00 und nachrangig die Hauptforderung betreffend das Konto mit der Endziffer 01 geltend gemacht werde. G hat sich auf die Verjährung des Anspruchs berufen. Zu Recht?

## I. Zulässigkeit der Teilklage

Die Teilklage müsste zulässig sein.

### 1. Aktivlegitimation der G

Ob sich die **Aktivlegitimation** der G bereits aus der am 29.03.2004 erfolgten Abtretung ergibt, kann dahinstehen.

*Dem stünde, anders als das BerGer. meint, nicht entgegen, dass G das **Angebot** der S-AG zum **Abschluss eines Abtretungsvertrags nicht förmlich angenommen** hat. Die Verlautbarung der Vertragsannahme kann auch in dem Tätigwerden der G, insbesondere in der Inanspruchnahme der S mit dem vorgerichtlichen Forderungsschreiben vom 29.03.2004, gesehen werden, weil eine **ausdrückliche Annahmeerklärung** nach der Verkehrssitte nicht zu erwarten und deren Zugang bei der S-AG **gem. § 151 S. 1 BGB entbehrlich** war (vgl. Senat, NJW 2004, 287 = WM 2003, 2327 [2328]).*

*Das BerGer. hat jedoch die **Aktivlegitimation** der G. zu Recht **aus der Vollmacht** vom 29.03.2004 hergeleitet. Deren Auslegung durch das BerGer. ist aus Rechtsgründen nicht zu beanstanden. Dem steht auch nicht entgegen, dass sich die G auf die Vollmacht **nicht ausdrücklich** berufen hat. Da sie das diesbezügliche Vorbringen der S. nicht bestritten hat und das BerGer. in der Berufungsverhandlung die Aktivlegitimation der G auf die Vollmacht gestützt hat, ist mangels entgegenstehender Anhaltspunkte davon auszugehen, dass sich die G das Vorbringen der S zumindest **hilfsweise stillschweigend zu Eigen gemacht hat.**“ (BGH, aaO)*

### 2. Individualisierung des Anspruchs

Die Individualisierung des Anspruchs ist zwar **erst in der Berufungsinstanz** erfolgt. Dies ist jedoch ausreichend, da es für die Beurteilung der Zulässigkeit einer Klage auf den **Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung** ankommt.

## II. Begründetheit der Klage

Die Entstehung und der Fortbestand der geltend gemachten Forderung sind unstrittig. Fraglich ist jedoch, ob der Forderung die **Einrede der Verjährung nach § 214 BGB** entgegensteht.

### 1. Bestimmung der Verjährungsfrist

„Der Rückzahlungsanspruch der B ist mit der Kündigung der Kredite gemäß § 609 Abs. 1 BGB a.F. im Dezember 1999 fällig geworden. Die Verjährungsfrist betrug **zunächst** gemäß § 195 BGB a.F. **dreißig Jahre** und hätte somit im Dezember 2029 geendet. Mit dem Inkrafttreten des **Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes** gilt jedoch seit dem 01.01.2002 die **dreijährige Regelverjährung** des § 195 BGB, die gemäß Art. 229 § 6 I 1, IV 1 EGBGB ab dem 01.01.2002 zu berechnen ist und somit **am 31.12.2004 endete**.“ (BGH, aaO)

### 2. Hemmung der Verjährung

Der Ablauf der Verjährungsfrist wird nach § 204 BGB **durch Rechtsverfolgung** gehemmt. Beim Mahnverfahren ist hierbei nach § 204 I Nr. 3 BGB die Zustellung des Mahnbescheides maßgeblich. Die Zustellung ist am 11.11.2004 erfolgt. Da die Verjährungsfrist am 31.12.2004 abließ, könnte hiermit Hemmung eingetreten sein.

#### a) Identität des Anspruchs

Die **Hemmung der Verjährung** durch Zustellung des Mahnbescheides bei Übergang in ein Streitiges Verfahren setzt voraus, dass dort **kein anderer prozessualer Anspruch** als im Mahnverfahren geltend gemacht wird.

„Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs wird mit der Klage **nicht ein bestimmter materiell-rechtlicher Anspruch** geltend gemacht. Gegenstand des Rechtsstreits ist vielmehr der als Rechtsschutzbegehren oder Rechtsfolgebehauptung aufgefasste **eigenständige prozessuale Anspruch**. Dieser wird bestimmt durch den **Klageantrag**, in dem sich die vom Kläger in Anspruch genommene Rechtsfolge konkretisiert, und den **Lebenssachverhalt** (Anspruchsgrund), aus dem der Kläger die begehrte Rechtsfolge herleitet. In diesem Sinn geht der Klagegrund über die Tatsachen, die die Tatbestandsmerkmale einer Rechtsgrundlage ausfüllen, hinaus. Zu ihm sind alle Tatsachen zu rechnen, die bei einer natürlichen, vom Standpunkt der Parteien ausgehenden, den Sachverhalt seinem Wesen nach erfassenden Betrachtungsweise zu dem **zur Entscheidung gestellten Tatsachenkomplex** gehören, den der Kläger zur Stützung seines Rechtsschutzbegehrens dem Gericht zu unterbreiten hat (BGHZ 117, 1, 5 f.; Senatsurteil vom 8. Mai 2007 - XI ZR 278/06, WM 2007, 1241, 1242 m.w.N.).“ (BGH, aaO)

Danach liegt im Übergang von einem Anspruch aus eigenem Recht zu einem solchen **aus abgetretenem Recht** wie auch im umgekehrten Fall eines Übergangs von einem Anspruch aus abgetretenem Recht zu einem solchen **aus eigenem Recht** wegen der Änderung des dazu vorgetragenen Lebenssachverhalts grundsätzlich ein Wechsel des Streitgegenstandes im Sinne einer Klageänderung gemäß § 263 ZPO (BGH, Urteile vom 4. Mai 2005 - VIII ZR 93/04, NJW 2005, 2004, 2005 und vom 23. Juli 2008 - XII ZR 158/06, NJW 2008, 2922 Tz. 19).

Hingegen ändert sich der Streitgegenstand nicht, wenn bei einer **stillen Sicherungszession** der Zedent die abgetretene Forderung zunächst aufgrund der eingeräumten Einziehungsermächtigung geltend macht und später aufgrund einer Rückabtretung des Sicherungsnehmers weiterverfolgt (vgl. BGH, Urteil vom 23. März 1999 - VI ZR 101/98, WM 1999, 1065, 1066) oder wenn die Aktivlegitimation zunächst auf einen Pfändungs- und Überweisungsbeschluss und später auf eine Abtretung gestützt wird (vgl. Senatsurteil vom 8. Mai 2007 - XI ZR 278/06, WM 2007, 1241, 1242 Tz. 18).

„Nach diesen Grundsätzen hat sich der **Streitgegenstand** des vorliegenden Verfahrens **nicht** dadurch **geändert**, dass B den Anspruch gegen K zunächst auf eine Abtretung vom 11.11.2003, sodann auf eine Abtretung vom 29.03.2004 und schließlich - jedenfalls konkludent - auf die **Einziehungsermächtigung** vom 29.03.2004 gestützt hat. Stets hat sie **unabhängig** von der Begründung ihrer Aktivlegitimation den ursprünglich der S. AG zustehenden Darlehensrückzahlungsanspruch geltend gemacht.“ (BGH, aaO)

#### b) Hemmung nach § 204 I Nr. 3 BGB durch Zustellung des Mahnbescheides

Eine Hemmung der Verjährung ist nicht nach § 204 I Nr. 3 BGB i.V.m. § 167 ZPO eingetreten.

„Denn G hatte die Rückzahlungsansprüche in dem Mahnbescheidsantrag im Hinblick auf den geltend gemachten Teilbetrag nicht hinreichend individualisiert und konnte die fehlende Individualisierung auch **nicht mehr nach Ablauf der Verjährungsfrist wirksam nachholen**.“ (BGH, NJW 2009, 56)

**aa) ausreichende Individualisierung des Anspruchs**

Der von der Klägerin geltend gemachte Darlehensanspruch war **in dem Mahnbescheidsantrag nicht ausreichend individualisiert**.

*„Dazu ist erforderlich, dass er durch seine Kennzeichnung von anderen Ansprüchen so unterschieden und abgegrenzt wird, dass er **Grundlage eines der materiellen Rechtskraft fähigen Vollstreckungstitels sein kann** und dem Schuldner die Beurteilung ermöglicht, ob er sich gegen den Anspruch zur Wehr setzen will.*

*Wann diese Anforderungen erfüllt sind, kann nicht allgemein und abstrakt festgelegt werden; vielmehr hängen Art und Umfang der erforderlichen **Angaben im Einzelfall** von dem zwischen den Parteien bestehenden Rechtsverhältnis und der Art des Anspruchs ab (st.Rspr.; BGHZ 172, 42, 55 Tz. 39; Senat, Urteile vom 3. Juni 2008 - XI ZR 353/07, WM 2008, 1298, 1299 Tz. 16 und vom 23. September 2008 - XI ZR 253/07, Umdruck S. 10 f. Tz. 18; BGH, Urteil vom 23. Januar 2008 - VIII ZR 46/07, NJW 2008, 1220 f. Tz. 13).*

*Diesen Anforderungen genügt der Mahnbescheid nicht. Zwar ergab sich daraus, dass gegen S eine Darlehensforderung geltend gemacht wurde. Für S war aber **nicht erkennbar, auf welche Forderung** aus den beiden Bankkonten mit den Endziffern 00 und 01 und in welcher Höhe die Klägerin den geltend gemachten Teilbetrag in Höhe von 25.000 € beziehen wollte. Ein auf der Grundlage des Mahnbescheids erlassener Vollstreckungsbescheid hätte daher **keinen der materiellen Rechtskraft fähigen Inhalt** gehabt.“ (BGH, aaO)*

**bb) keine Rückwirkung der Individualisierung im Berufungsverfahren**

Die verjährungshemmende Wirkung des Mahnbescheids ist auch **nicht rückwirkend durch** die in der Berufung frühestens im Mai 2006 **nachgeholte Individualisierung** eingetreten. Dies hätte erfordert, dass G - was hier nicht der Fall war - die Individualisierung in nicht rechtsverjährter Zeit vorgenommen hätte.

*„Die **nachträgliche Individualisierung** des Klageanspruchs kann zwar die Zulässigkeit der Klage herbeiführen, hat aber **für die Verjährung keine Rückwirkung**. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs kommt es für die Hemmung der Verjährung im Falle des § 204 Abs. 1 Nr. 3 BGB auf den Zeitpunkt der Zustellung des Mahnbescheids an; eine rückwirkende Heilung durch eine nachträgliche Individualisierung der Klageforderung nach Ablauf der Verjährungsfrist kommt nicht in Betracht (vgl. BGH, Urteil vom 10. Juli 2008 - IX ZR 160/07, WM 2008, 1935, 1936 Tz. 16 m.w.N.).“ (BGH, aaO)*

Dies gilt auch hier für die Geltendmachung eines Teilbetrages aus mehreren Einzelforderungen, wenn im **Mahnbescheid eine genaue Aufschlüsselung** des eingeforderten Betrages auf die Einzelforderungen **unterblieben** ist.

*„Für eine Unterscheidung zwischen der Nachholung der fehlenden Aufteilung der Einzelforderungen und der Heilung sonstiger Individualisierungsmängel besteht kein sachlicher Grund. **Ohne ausreichende Individualisierung** der Einzelforderungen und genaue Aufteilung des geforderten Teilbetrages kann weder **auf Grundlage des Mahnbescheides ein der materiellen Rechtskraft fähiger Vollstreckungstitel** ergehen noch wird dem Schuldner die Beurteilung ermöglicht, ob er sich gegen den Anspruch ganz oder teilweise zur Wehr setzen will. Demgegenüber ist der Gläubiger, der sich die Vorteile des Mahnverfahrens zunutze machen will, ohne weiteres zu einer ausreichenden Individualisierung in der Lage.*

*Soweit der Bundesgerichtshof zu § 209 II Nr. 1 BGB in der bis zum 31. Dezember 2001 geltenden Fassung entschieden hat, dass die **Verjährung aller im Mahnbescheid** ausreichend bezeichneten Einzelforderungen bis zur Höhe des geltend gemachten Teilbetrages **unterbrochen** werde und deshalb eine Nachholung der Aufschlüsselung der Einzelforderungen im weiteren Verlauf des Verfahrens jederzeit zulässig sei (vgl. Senatsurteil vom 17. Oktober 2000 - XI ZR 312/99, WM 2000, 2375, 2377 und BGH, Urteil vom 8. Mai 1996 - XII ZR 8/95, NJW 1996, 2152, 2153, jeweils m.w.N.), ist der erkennende Senat hieran nicht gebunden. Das Verjährungsrecht hat durch das Schuldrechtsmodernisierungsgesetz vom 26. November 2001 (BGBl. I S. 3138) eine grundlegende Neuregelung erfahren. Dabei sind unter anderem die Tatbestände der Verjährungsunterbrechung abgeschafft worden und an ihre Stelle solche der Hemmung und des Neubeginns der Verjährung getreten. Für die Auslegung des § 204 I Nr. 3 BGB ist daher die Rechtsprechung zu § 209 II Nr. 1 BGB a.F. nicht bindend, so dass auch eine Vorlage der Rechtsfrage an den Großen Senat für Zivilsachen gemäß § 132 II 2 GVG nicht geboten ist.“ (BGH, aaO)*

**c) Hemmung nach § 203 BGB durch Verhandlungen**

*„Ein anderer Hemmungstatbestand - hier kommt nur Hemmung durch Verhandlungen gemäß § 203 BGB in Betracht - liegt nicht vor. Die Schreiben der G vom 29.03.2004 und 14.04.2004 enthielten zwar die **Aufforderung zur Abgabe eines Angebots** für eine Ratenzahlungsvereinbarung, blieben aber von der S unbeantwortet, so dass hierin **keine Verhandlungen** i.S. des § 203 BGB gesehen werden können“ (BGH, aaO)*

StPO  
§ 202 S.1

**Richterliches Beratungsgeheimnis  
Durchbrechung**

ProzR

(OLG Naumburg NJW 2008, 3585; Beschluss vom 06.10.2008 - 1 Ws 504/07)

1. Die **Pflicht zur Wahrung des Beratungsgeheimnisses** (§ 43 DRiG) ist **nicht absolut**.
2. Eine **Ausnahme von dem Grundsatz des Beratungsgeheimnisses** kann in einem Gerichtsverfahren zugelassen sein, wenn ein **überwiegendes Interesse an der Aufklärung eines schwerwiegenden Tatvorwurfs** – wie z.B. des Verbrechens der Rechtsbeugung (§ 339 StGB) – besteht.
3. Eine **Aufgabe des Beratungsgeheimnisses** in einem **Ermittlungsverfahren** oder in **Verfahren bei Verwaltungsbehörden scheidet aus**.

**Fall:** Die Angekl. waren als Richter des Familiensenats des OLG Naumburg der sachlich zuständige Rechtsmittelsenat für eine einstweilige Anordnung, die das AG Wittenberg am 02.12.2004 in einem familienrechtlichen Umgangsverfahren erlassen hatte. In diesem Beschluss hatte das FamG - nach den Vorgaben eines Beschlusses des BVerfG (BVerfGE 111, 307 = NJW 04, 3407) - dem Kindesvater K den Umgang mit seinem nichtehelich geborenen leiblichen Sohn S gestattet und diesen ausgestaltet. Gegen die einstweilige Anordnung legten die Pflegeeltern, die - für das Kind S bestellte - Verfahrenspflegerin und das Jugendamt des Landkreises als Amtsvormund sofortige Beschwerde ein. Zudem hatte das Jugendamt am 26.11.2004 eine - gesetzlich nicht geregelte - „Untätigkeitsbeschwerde“ erhoben, die zeitgleich ebenfalls bei dem o.g. Senat anhängig gewesen ist. Obgleich den Angekl. auf Grund der vorangegangenen Entscheidungen des EGMR (NJW 04, 3397) und des BVerfG bewusst gewesen ist, dass wegen der Bindungswirkung einer Entscheidung des EGMR für innerstaatliche Gerichte jede Entscheidung, die im Ergebnis dazu führt, dass K seine Umgangsrechte mit seinem Sohn nicht wahrnehmen kann, diesen in seinen Rechten benachteiligen kann, setzten sie mit Beschluss vom 08.12.2004 zunächst die Vollziehung der einstweiligen Anordnung des amtsgerichtlichen Beschlusses vom 02.12.2004 bis zur Entscheidung über die eingelegten sofortigen Beschwerden wieder aus. Dies geschah, obwohl sie wussten, dass eine Beschwerde gegen den im schriftlichen Verfahren ergangenen Beschluss des AG Wittenberg vom 02.12.2004 gem. § 620c ZPO unzulässig war. Sie beschlossen dann - im Wege der Entscheidung über die Untätigkeitsbeschwerde - wiederum durch erneute Umgehung der Regelung des § 620c S. 2 ZPO am 20.12.2004, dass K - bis zu abschließender Entscheidung im Umgangsrechtsverfahren - keinen Umgang mit seinem Sohn mehr erhält. Die hierdurch den Bet. entstandenen Rechtsfolgen, die die Elternrechte des K einschränkten und die ausgeübten Erziehungsmöglichkeiten der Pflegeeltern stärkten, nahmen sie vorläufig und in Form des vorübergehenden Umgangsausschlusses zumindest billigend in Kauf.

- I. **Grundsätzlich** kann Rechtsbeugung **auch durch einen Verstoß gegen Verfahrensvorschriften** begangen werden; dies gilt insbesondere dann, wenn der Richter durch sein Verhalten **nicht lediglich die abstrakte Gefahr einer falschen Entscheidung**, sondern die konkrete Gefahr eines unrechtmäßigen Vor- oder Nachteils für eine Partei schafft.

BGHSt 32, 357 = NJW 84, 2711 = NSTz 86, 27; BGHSt 38, 381 = NJW 93, 605 = NSTz 93, 540; BGHSt 42, 343 = NJW 97, 1452 = NSTz 97, 439; BGHSt 47, 105 = NJW 01, 3275 = NSTz 01, 651; BGHSt 42, 343 = NJW 97, 1452 = NSTz 97, 439

- II. Die Verurteilung eines Richters wegen Rechtsbeugung auf Grund der **Entscheidung eines Kollegialgerichts**, an der er als dessen Mitglied beteiligt gewesen ist, setzt die Feststellung voraus, dass er **für die von ihm als Unrecht erkannte, das Recht beugende Entscheidung gestimmt** hat.

1. Gemäß § 196 I GVG entscheidet das Gericht mit der **absoluten Mehrheit der Stimmen**, soweit das Gesetz nicht - etwa wie in § 349 II StPO oder § 119 I StVollzG - ein anderes bestimmt. Ein **überstimmter Richter** macht sich durch seine Mitwirkung am weiteren Verfahren **weder als Mittäter noch als Gehilfe strafbar** (h. M., vgl. *Fischer*, StGB, 55. Aufl., § 339 Rn 8).

Für eine Verurteilung wegen Rechtsbeugung ist daher für jedes einzelne Mitglied eines Spruchkörpers der **Nachweis erforderlich**, dass er **für die inkriminierte Entscheidung gestimmt** hat (Kissel/Mayer, GVG, 4. Aufl., § 193 Rn 13).

2. Dieser Nachweis kann hier indes nicht geführt werden: Die allein bei der jeweiligen Beratung der Entscheidungen vom 08.12.2004 und vom 20.12.2004 anwesenden Angekl. haben im Ermittlungsverfahren jeweils erklärt, von ihrem Recht auf Aussagefreiheit

Gebrauch zu machen und nicht zur Sache auszusagen und sich darüber hinaus hinsichtlich des Beratungshergangs und Abstimmungsverhaltens im Rahmen der jeweiligen Beratungen auf das Beratungsgeheimnis (§ 43 DRiG) berufen.

- a) Allein der Umstand, dass die Beschlüsse vom 08. und 12.12.2004 die Unterschrift aller drei Angekl. tragen, ist kein Nachweis dafür, dass jeder der Angekl. mit seiner Unterschriftsleistung seine Zustimmung zum Inhalt des Beschlusses zum Ausdruck gebracht habe.

*„Bereits das RG hat zur Bedeutung der Unterschrift des an der Beratung und Abstimmung des Kollegialgerichts beteiligten Richters ausgeführt, er bezeuge durch sie, dass die Urteilsgründe nach der Überzeugung der Mehrheit mit den Ergebnissen der Beratung übereinstimmen. Der überstimmte Richter darf daher seine Unterschrift nicht verweigern, er bezeugt mit ihr nur die Auffassung der Mehrheit (BGHSt 26, 92 = NJW 75, 885). Gleichfalls darf der überstimmte Vorsitzende die Gründe der Mehrheit und der Entscheidung bei der Verkündung nicht desavouieren (Seibert, MDR 57, 597). Gleiches gilt für den überstimmten Berichterstatter bei der Entscheidungsabfassung.*

*Auf Grund des von allen drei Angekl. unterschriebenen „klarstellenden Vermerk zur Entscheidung des Senats vom 20.12.2004“ vom 04.01.2005 kann der Nachweis ihres jeweiligen Abstimmungsverhaltens ebenfalls nicht geführt werden: Der Inhalt des Vermerks knüpft an die Entscheidungsgründe des vorgenannten Beschlusses an und ergänzt diese. An keiner Stelle der Ausführungen ist erkennbar, dass alle oder einzelne der unterzeichnenden Senatsmitglieder damit ihre persönliche Auffassung kundtun. Damit stellen sich die dortigen Ausführungen als ergänzende Wiedergabe des Ergebnisses der Beratung dar, weshalb folgerichtig wiederum alle daran beteiligten Richter ihre Unterschrift geleistet haben. Hätte mit dem Vermerk ein „geschlossenes Meinungsbild“ aller drei unterzeichnender Richter abgegeben werden sollen, hätte es nahe gelegen, dass dies etwa durch die Verwendung von Sätzen wie „Wir sind der Auffassung, dass ...“ auch klar benannt wird. Die geradezu auffällige Vermeidung von persönlichen Äußerungen in den detaillierten rechtlichen Ausführungen des Vermerks lässt sich jedenfalls nicht mit der Bewertung in Einklang bringen, hier habe von allen drei Angekl. - quasi als „Erwiderung“ auf den gegenteiligen Beschluss des BVerfG vom 28.12.2007 - ein Bekenntnis zur eigenen persönlichen Rechtsauffassung jedes Einzelnen abgelegt werden sollen.*

*Auch die Verwendung der Bezeichnung „Vermerk“ rechtfertigt kein anders Ergebnis: Entgegen der üblichen Bedeutung eines richterlichen Vermerks, mittels dessen dienstliche Feststellungen des Richters schriftlich fixiert und - insbesondere zur besseren späteren Nachvollziehbarkeit des Verfahrensverlaufs - zur Akten gereicht werden, betreffen die im Vermerk vom 04.01.2005 niedergelegten Ausführungen allein den bereits zwei Wochen zurückliegenden und in seiner Wirksamkeit durch das BVerfG vorläufig ausgesetzten Beschluss vom 20.12.2004. Die Ausführungen vom 04.01.2005 stellen sich als - wenngleich als unübliche - Ergänzung des vorgenannten Beschlusses dar, weshalb sie auch folgerichtig lediglich formlos an die Verfahrensbeteiligten übersandt wurden.“ (OLG Naumburg aaO).*

- b) Fraglich ist, ob der für eine Verurteilung der Angekl. erforderliche Nachweis durch eine Vernehmung der Richterin am LG R1 und Richterin am OLG R2, die zwar nicht an den dem Anklagevorwurf zu Grunde liegenden Beratungen teilgenommen, wohl aber an weiteren Beschlüssen des 14. Zivilsenats in der Familiensache des Kindes S neben den Angekl. mitgewirkt haben, geführt werden kann.

- aa) Der **Einvernahme der Richterinnen als Zeugen** könnte das **richterliche Beratungsgeheimnis entgegengestanden**: Zwar bestimmt § 43 DRiG nach seinem Wortlaut, dass der Richter über den Hergang bei der Beratung und Abstimmung auch nach Beendigung seines Dienstverhältnisses zu schweigen hat.

*„Beratung und Abstimmung sind innere Angelegenheiten des Gerichts, die dem Beratungsgeheimnis unterliegen. Deshalb darf grundsätzlich weder in den Urteilsgründen noch in sonstiger Weise erkennbar gemacht werden, ob Meinungsverschiedenheiten bestanden haben, welcher Art diese gegebenenfalls waren und mit welcher Stimmenmehrheit entschieden worden ist (vgl. BGH DRiZ 76, 319).“ (OLG Naumburg aaO).*

- bb) Die **Pflicht zur Wahrung des Beratungsgeheimnisses** ist jedoch **nicht absolut**.

- Die **Gesetzesbegründung** (BT-Dr 3/516, S. 47) hat ausdrücklich die **Durchbrechung des Grundsatzes des Beratungsgeheimnisses** unter anderem **in einem Strafverfahren wegen Rechtsbeugung** als **möglich** erachtet, indes gleichwohl keinen Anlass gesehen, „für diese und ähnliche, äußerst seltene Fälle Bestimmungen zu treffen“.
- Die **überwiegende Auffassung im Schrifttum** lässt für den Fall, dass dem bestimmte Interessen der Rechtspflege, nämlich der Einheit des Kollegiums

und der Autorität richterlicher Entscheidungen dienende Beratungsgeheimnis schutzwürdigere rechtliche Interessen anderer Art gegenüberstehen, eine Durchbrechung des grundsätzlich bestehenden Beratungsgeheimnisses zu. Dies gilt insbesondere für Strafverfahren, die Rechtsverletzungen bei Beratung und Abstimmung zum Gegenstand haben, wo es somit möglich sein könnte, den einzelnen Richter gerade wegen seiner Mitwirkung an einer Entscheidung persönlich zur Verantwortung zu ziehen. Das Beratungsgeheimnis würde sonst entweder ihm als Schutzschild dienen, sich der persönlichen Verantwortung zu entziehen, und dem Kollegialgericht eine nicht gerechtfertigte Vorzugsstellung vor dem Einzelrichter verschaffen, oder es würde umgekehrt ihm die Verteidigung und den als Zeugen angerufenen Kollegen die Entlastung unmöglich machen.

vgl. Fürst/Mühl/Arndt, DRiG, 1992, § 43 Rn 16 ff.; Schmidt-Räntsch, DRiG, 5. Aufl., § 43 Rn 10 ff.; Löwe/Rosenberg, StPO, 23. Aufl., § 43 DRiG Rn 21; Löwe/Rosenberg, 25. Aufl., § 193 GVG Rn 55 ff.; Kissel/Mayer, GVG, 4. Aufl., § 193 Rn 15 ff., jew. m.w.N.; a.A. KK-StPO/Diemer, 5. Aufl., § 193 GVG Rn 7

- Hier **rechtfertigt das überwiegende Interesse an der weiteren Aufklärung des Tatvorwurfs** des Verbrechens der Rechtsbeugung eine **Ausnahme vom Grundsatz des Beratungsgeheimnisses**.

*„Dem in der Lit. (vgl. Schmidt-Räntsch, § 43 Rn 12) berechtigterweise erhobenen Einwand, das Beratungsgeheimnis dürfe nicht in einem Ermittlungsverfahren oder in Verfahren bei Verwaltungsbehörden preisgegeben werden, damit nicht Organe der Exekutive sich unter dem Vorwand eines Ermittlungs- oder Verwaltungsverfahrens von dem Hergang bei Beratung und Abstimmung Kenntnis verschaffen können, ist genügend Rechnung getragen worden.“ (OLG Naumburg aaO).*

- cc) Die **im Schrifttum** für eine Aussagepflicht des Richters eintretende Auffassung (vgl. Schmidt-Räntsch, § 43 Rn 13 m.w.N.) leitet aus dem Umstand, dass anders als bei der Entbindung von der Amtsverschwiegenheit eine Befreiung von der Schweigepflicht gem. § 43 DRiG durch den Dienstvorgesetzten nicht möglich sei, da auch diesem gegenüber das Beratungsgeheimnis zu wahren sei, das Ergebnis her, die Entscheidung, ob und wieweit der Richter als Zeuge über den Hergang bei Beratung und Abstimmung aussagen soll, liege beim Prozessgericht.

*„Dem wird aber mit Recht entgegengehalten, dass der Ausgangspunkt dieser Argumentation, dass nämlich das Beratungsgeheimnis auch gegenüber dem Dienstvorgesetzten gilt, gerade dagegen spricht, dass es zur Verfügung eines Dritten und damit auch eines anderes Gerichts stehen könnte. Und auch zur Entscheidung über die Entpflichtung von der neben dem Beratungsgeheimnis bestehenden allgemeinen Verschwiegenheitspflicht ist nicht das vernehmende Gericht, sondern der Dienstherr berufen. Da das Beratungsgeheimnis den Beratungsteilnehmern anvertraut ist, muss es den einzelnen Beratungsteilnehmern, in deren Interesse es im Übrigen ja auch besteht, überlassen bleiben, nach pflichtgemäßem Ermessen die Interessenabwägung im Einzelfall selbst vorzunehmen (vgl. KG NStZ 91, 300 = JZ 91, 46; Fürst/Mühl/Arndt, § 43 Rn 20; Löwe/Rosenberg, 23. Aufl., § 43 DRiG Rn 24 f.; Löwe/Rosenberg, 25. Aufl., § 193 GVG Rn 58; Kohlhaas NJW 53, 403).*

*Dem schließt sich der Senat an: Schließlich führt das Fehlen eines gesetzlich geregelten Zeugnisverweigerungsrechts für Beratungsteilnehmer nicht zu einem anderen Ergebnis. Denn grundsätzlich entspricht der **materiell-rechtlichen Geheimhaltungspflicht** ein prozessuales Zeugnisverweigerungsrecht des Geheimnisträgers“ (OLG Naumburg, aaO).*

- dd) Die Vernehmungen der Richterinnen haben jedoch keine weiteren Erkenntnisse zu den Beratungen vor der Beschlussfassung am 30.03. bzw. 09.07.2004 erbracht (wird ausgeführt).

**III. Ergebnis:** Eine Verurteilung der Angekl. wegen Rechtsbeugung scheidet aus.

StPO  
§§ 45 II 3, 44

**Wiedereinsetzung in Revisionsbegründungsfrist  
nach Urteilszustellung nur an Angeklagten**

ProzR

(OLG München NJW 2008, 3797; Beschluss vom 27.10.2008 – 5 StRR 200/08)

Wird ein **Urteil**, gegen das der Verteidiger Rechtsmittel eingelegt hat, **nur an den Angeklagten zugestellt**, ohne dass der Verteidiger hiervon unterrichtet wurde, stellt das **Fehlen der Benachrichtigung** einen **Wiedereinsetzungsgrund** dar.

**Fall:** Das AG verurteilte den Angekl. am 12.09.2006 wegen versuchter Vergewaltigung in Tateinheit mit vorsätzlicher Körperverletzung zu einer Freiheitsstrafe. Die dagegen eingelegte Berufung des Angekl. verwarf das LG in Anwesenheit des Verteidigers am 14.05.2007 ohne Verhandlung zur Sache gem. § 329 I StPO. Das Urteil wurde dem Angekl. am 29.05.2007 zugestellt. Eine Benachrichtigung hiervon an den Verteidiger unterblieb. Mit Schriftsatz vom 21.05.2007, eingegangen am 25.05.2007, beantragte der Verteidiger des Angekl. Wiedereinsetzung gegen die Versäumung der Hauptverhandlung und legte gleichzeitig für den Fall der Verwerfung Revision ein. Das LG verwarf den Wiedereinsetzungsantrag als unbegründet. Die sofortige Beschwerde hat das OLG mit Beschluss vom 09.05.2008 als unbegründet verworfen.

Auf Grund der Verfügung des LG vom 28.07.2008 wurde das Urteil dem Verteidiger am 06.08.2008 zugestellt. Mit Schriftsatz vom 08.08.2008 wiederholte der Verteidiger des Angekl. den Antrag auf Wiedereinsetzung und Einlegung der Revision mit einer ergänzten Begründung und gab am 05.09.2008 eine ausdrücklich als solche bezeichnete Revisionsbegründung ab, mit der er die Verletzung formellen und materiellen Rechts rügte. Er beanstandete insbesondere, das LG habe seine Pflicht zur Aufklärung verletzt.

Revisionsanträge und Revisionsbegründung des Verteidigers waren zwar verspätet gem. §§ 344 I u. II, 345 I StPO, dem Angekl. war jedoch von Amts wegen Wiedereinsetzung in die Revisionsbegründungsfrist zu gewähren, § 45 II 3 StPO i.V.m. § 44 StPO.

I. Die **Revision** ist durch den Schriftsatz vom 21.05.2007 zwar **rechtzeitig und formgerecht** eingelegt worden, § 341 StPO, jedoch enthält dieser Schriftsatz weder eine formelle noch eine materielle Revisionsrüge (§ 344 II StPO).

1. Allein aus dem Umstand der Revisionseinlegung lässt sich darauf schließen, dass der Angekl. die Aufhebung des Urteils und Zurückverweisung erstrebt, jedoch enthält der Schriftsatz lediglich eine Begründung des Wiedereinsetzungsantrags.
2. Die weiteren **Anträge und Begründungen** in den Schriftsätzen vom 08.08.2008 und 05.09.2008 sind **nach Ablauf der Revisionsbegründungsfrist** (§ 345 I StPO) eingegangen.
  - a) Die **Revisionsbegründungsfrist endet einen Monat nach Ablauf der Frist zur Einlegung des Rechtsmittels oder**, falls das Urteil zu dieser Zeit noch nicht zugestellt ist, **binnen eines Monats nach dessen Zustellung**.

„Da das Berufungsurteil in Abwesenheit des Angekl. erging, begann die Frist zur Einlegung der Revision mit der Zustellung des Urteils (§ 341 II StPO). Das Urteil wurde dem Angekl. laut Postzustellungsurkunde am 29.05.2007 zugestellt. Die Zustellung an den Angekl. setzte die Rechtsmittelfristen in Gang (Meyer-Goßner, StPO, 51. Aufl., § 145a Rn 6). Die Frist zur Einlegung der Revision von einer Woche (§ 341 I StPO) endete damit am 05.06.2007, die Frist zur Revisionsbegründung von einem Monat nach Ablauf der Einlegungsfrist (§ 345 I StPO) lief somit am 05.07.2007 aus. Die Schriftsätze vom 08.08.2008 und 05.09.2008 waren daher verspätet.“ (OLG München aaO).

- b) Dem steht nicht entgegen, dass das Urteil entsprechend einer Verfügung des LG vom 28.07.2008 erneut, diesmal an den Verteidiger, zugestellt worden ist.

„Die weitere Zustellung wäre nur von Bedeutung, wenn die frühere Zustellung an den Betroffenen unwirksam gewesen wäre. Dies war jedoch nicht der Fall: Der gewählte wie der bestellte Verteidiger gelten nach § 145a I StPO als ermächtigt, Zustellungen für den Beschuldigten in Empfang zu nehmen. Dies beinhaltet aber **keine Verpflichtung der Behörde, die Zustellung an den Verteidiger zu bewirken** (Meyer-Goßner, § 145a Rn 6). Auch das Fehlen der Benachrichtigung an den Verteidiger gem. § 145a III 2 StPO macht die Zustellung nicht unwirksam (Meyer-Goßner, § 145a Rn 14). Die genannte Vorschrift über die Benachrichtigung ist eine **bloße Ordnungsvorschrift**.“ (OLG München aaO).

- c) Die Bestimmung des **§ 37 II StPO**, wonach bei Zustellungen an mehrere Empfangsberechtigte die Frist nach der letzten Zustellung berechnet werden muss, **greift hier nicht ein**.

*„Ihre Anwendung setzt nämlich voraus, dass im Zeitpunkt der späteren Zustellung die durch die frühere Zustellung eröffnete Frist noch nicht abgelaufen ist (Meyer-Goßner, § 37 Rn 29). Daran fehlt es hier: Die durch die Zustellung an den Betroffenen in Lauf gesetzte Rechtsmittelfrist ist am 05.07.2007 abgelaufen. Sie konnte durch die am 06.08.2008 bewirkte Zustellung beim Verteidiger nicht mehr verlängert werden.“ (OLG München aaO).*

II. **Dem Verteidiger war jedoch von Amts wegen Wiedereinsetzung in die Revisionsbegründungsfrist zu gewähren**, denn die Frist zur Stellung der Revisionsanträge und Abgabe der Revisionsbegründung war nicht schuldhaft versäumt worden.

1. Da der Verteidiger bereits vor Zustellung des Urteils an den Angekl. Revision eingelegt hatte, konnte er gemäß den Richtlinien für das Straf- und Bußgeldverfahren (**RiStBV Nr. 154 I**) mit der Zustellung des Urteils an seine Person rechnen. Für den Fall einer von den Richtlinien abweichenden Zustellung durfte der Verteidiger darauf vertrauen, gem. **§ 145a III 2 StPO** hiervon unterrichtet zu werden und eine formlose Abschrift der Entscheidung zu erhalten.

*„Die Verfügung des LG vom 18.05.2007 über die Zustellung an den Angekl. enthält die Anordnung einer Mitteilung an den Verteidiger dagegen nicht. Da bei Beachtung der Vorschriften über die Benachrichtigungspflicht der Verteidiger von der Zustellung an den Betroffenen und damit vom Beginn der Begründungsfrist erfahren hätte, bestand für den Angekl. seinerseits kein Anlass, die an ihn bewirkte Zustellung des Urteils seinem Verteidiger zur Kenntnis zu bringen (BayObLGSt 75, 150 [152]). Das **Fehlen der Benachrichtigung** stellt einen **Wiedereinsetzungsgrund nach § 44 StPO** dar (Meyer-Goßner, § 145a Rn 14 u. § 44 Rn 17).“ (OLG München aaO).*

2. Die **Wiedereinsetzung** konnte auch **ohne Antrag von Amts wegen** gewährt werden, **§ 45 II 3 StPO**.

*„**Revisionsanträge und Revisionsbegründung** wurden bereits, wenn auch verspätet, **nachgeholt**. Das **fehlende Verschulden des Betroffenen an der Fristversäumung ist offensichtlich** und eine Glaubhaftmachung wegen Ersichtlichkeit aus der Akte überflüssig. Denn der Verteidiger hat nach Zustellung des Urteils an ihn die erforderlichen Anträge und Begründungen innerhalb eines Monats ab diesem Zeitpunkt eingereicht. Dass er dennoch nicht innerhalb der Frist des § 345 I StPO gehandelt hat, liegt an der unterbliebenen Mitteilung der Zustellung an den Angekl. durch das Gericht. Wiedereinsetzung von Amts wegen ist in der Regel, so auch hier, zu gewähren, wenn der Wiedereinsetzungsgrund in einem Verfahrensfehler des Gerichts liegt (Meyer-Goßner, § 45 Rn 12).“ (OLG München aaO).*

III. Die **Verfahrensrüge** selbst entspricht auch den Anforderungen des **§ 344 II StPO**.

1. An die **Zulässigkeit einer Verfahrensrüge gegen ein Verwerfungsurteil** sind **grundsätzlich keine strengen Anforderungen** zu stellen, da der erste Zugang des Angekl. zum Gericht nicht über Gebühr erschwert werden soll.

Da das unentschuldigte Ausbleiben des Angekl. keine vom Revisionsgericht von Amts wegen zu prüfende Voraussetzung für die Verwerfung des Einspruchs ist, muss der Bf. grundsätzlich die Verfahrenstatsachen so vollständig angeben, dass das Revisionsgericht in die Lage versetzt wird, allein anhand dieses Vortrags die Schlüssigkeit des Verfahrensverstößes nachzuvollziehen (BayObLGSt 95, 202 = NStZ-RR 96, 148).

Bezugnahmen und Verweisungen auf Akten, Sitzungsprotokolle und andere Schriftstücke sind unzulässig (Meyer-Goßner, § 344 Rn 21). Hingegen bedarf es zur Geltendmachung der Verkennung des Rechtsbegriffs der genügenden Entschuldigung keiner Wiederholung der Urteilsfeststellungen in der Revisionsbegründung.

*„Die Ausführungen des Revisionsführers werden diesen Anforderungen noch gerecht (wird ausgeführt)“ (OLG München aaO).*

2. Die **Verfahrensrüge** ist auch **begründet**.

- a) **Mit der Revision** gegen ein Urteil nach § 329 StPO **kann** auf ordnungsgemäße Verfahrensrüge, abgesehen von der Frage einer ordnungsgemäßen Ladung, **nur überprüft werden, ob das Gericht seine Aufklärungspflicht verletzt** und daher seiner Entscheidung nicht alle in diesem Zeitpunkt erkennbaren Entschuldigungsgründe zu Grunde gelegt **hat oder** ob es die **Rechtsbegriffe des Ausbleibens oder genügenden Entschuldigung verkannt hat** (Meyer-Goßner, § 329 Rn 48).



- b) Die **Möglichkeit der Verwerfung der Berufung ohne Sachverhandlung** stützt sich auf die Vermutung, dass derjenige sein Rechtsmittel nicht weiterverfolgt wissen will, der ohne ausreichende Entschuldigung zur Verhandlung nicht erscheint. Sie dient dem Zweck, den Bf. daran zu hindern, die Sachentscheidung über seine Berufung dadurch zu verzögern, dass er sich der Verhandlung entzieht. Dabei ist aber eine enge Auslegung der Vorschrift des § 329 II StPO angebracht, um zu verhindern, dass der grundgesetzlich gewährleistete Anspruch auf rechtliches Gehör verkürzt wird (BayObLGSt 88, 103).

Liegen **Anhaltspunkte für einen Entschuldigungsgrund** vor, sei es, dass er sich aus den Akten ergibt, vom Angekl. mitgeteilt worden ist oder das BerGer. auf andere Weise davon Kenntnis erlangt hat, **muss das Gericht prüfen**, ob er zutrifft (KK-StPO/Ruß, 5. Aufl., § 329 Rn 9). Das Gericht hat daher vor Erlass eines Verwerfungsurteils die Akten unter diesem Aspekt durchzusehen (KK-StPO/Ruß, § 329 Rn 8).

*„Auf Grund der Tatsache, dass das Gericht den Angekl. mit zwei getrennten Ladungen zu zwei Hauptverhandlungsterminen geladen hatte, der Angekl. auf Grund seiner Alkoholerkrankung an einem Verlust an sozialer Kompetenz leidet und der Bedeutung der Sache für den Angekl., die sich aus der vom AG verhängten Freiheitsstrafe ersehen lässt, durfte sich das LG nicht damit begnügen festzustellen, dass der Angekl. sich nicht entschuldigt hat, sondern hätte im Wege des Freibeweises prüfen müssen, ob sein Nichterscheinen darauf beruht, dass er sein Rechtsmittel nicht weiter verfolgen will, oder auf einem angesichts seiner Erkrankung nicht vorwerfbaren Verständnisfehler beruht. Nachdem der Angekl. kein Telefon besitzt, wäre zum Beispiel eine polizeiliche Wohnungsnachschauf zur Klärung möglich gewesen.*

*Es ist nicht der **Zweck des § 329 I StPO, bloße Nachlässigkeit zu bestrafen**, die einem zur Mitwirkung am Verfahren bereiten Angekl. bei der Erfüllung seiner Pflicht zum Erscheinen unterlaufen ist (BayObLGSt 88, 103). Über den Regelfall hinaus, dass ein Angekl. auf Grund einer Nachlässigkeit bei Sitzungsbeginn lediglich nicht pünktlich anwesend ist, die Gründe hierfür zu Terminsbeginn mitgeteilt hatte und sein Erscheinen zur Verhandlung noch innerhalb angemessener Zeit möglich gewesen wäre, hat dies auch dann zu gelten, wenn der Angekl. ohne Entschuldigung gar nicht erscheint, aber auf Grund der Aktenlage Anhaltspunkte dafür vorliegen, dass er sich über die Notwendigkeit, zu einem bestimmten Termin zu erscheinen, insgesamt geirrt hat und dieser Irrtum nicht ausschließbar auf einer krankheitsbedingten Einschränkung seiner Fähigkeit, die Bedeutung mehrerer Ladungen zu verschiedenen Terminen zu verstehen, beruhen kann.*

*Dem steht auch nicht entgegen, dass sich der Angekl. nicht mit seinem Verteidiger in Verbindung gesetzt und nachgefragt hat, da offen ist, ob der Angekl. krankheitsbedingt überhaupt Zweifel hatte, zu welchem Termin er kommen müsse, oder seine Fehleinschätzung nicht so weit ging, dass er sicher war, er müsse nur zum zweiten Hauptverhandlungstermin kommen, so dass aus seiner Sicht auch eine diesbezügliche Nachfrage beim Verteidiger nicht erforderlich war.“ (OLG München aaO).*

VwGO  
§ 80 V**Unmittelbare Ausführung polizeilicher Sicherstellung  
Einstweiliger Rechtsschutz über § 80 V 3 VwGO**

POR

(VGH Kassel, NVwZ-RR 2008, 784, Beschluss vom 19.05.2008 - 8 B 557/08)

1. Bei der unmittelbaren Ausführung einer polizeilichen Sicherstellung handelt es sich um einen Verwaltungsakt.
2. Der einstweilige Rechtsschutz gegen die unmittelbare Ausführung einer polizeilichen Sicherstellung ist über § 80 V 3 VwGO zu suchen.
3. Soll eine Abschleppmaßnahme der zwangsweisen Entstempelung dienen, so reicht es aus, wenn den Beamten die Fahrzeugpapiere ausgehändigt und die Kennzeichen abgeschraubt oder vor Ort entstempelt werden. Eine Abschleppmaßnahme ist unverhältnismäßig.

**Fall:** A war in Zahlungsschwierigkeiten geraten und hatte seine Kraftfahrzeugssteuern nicht entrichtet. Daraufhin hatte der Landrat des Kreises X ihm den Betrieb des Fahrzeugs untersagt. Dem kam A nicht nach, das Fahrzeug war noch immer angemeldet und mit Kennzeichen versehen. Es wurde von ihm auch genutzt. Der Landrat des Kreises X veranlasste daraufhin die Sicherstellung des Fahrzeugs zum Zwecke der Entstempelung durch die sachlich und örtlich zuständige Polizei. Diese erschien vor dem Wohnhaus des A, vor dem das Fahrzeug abgestellt war und beauftragte einen Abschleppunternehmer. Durch die Ankunft der Polizei aufmerksam geworden, begab sich A vor die Tür und händigte den Polizeibeamten seine Zulassungspapiere aus. Er konnte die Polizeibeamten jedoch nicht von dem Abschleppen des Fahrzeugs abhalten. Auch auf Aufforderung des A hin wurde ihm das Fahrzeug nicht wieder ausgehändigt. Er beantragte daher den Erlass einer einstweiligen Anordnung dahingehen, ihm das Fahrzeug wieder zu überlassen.

**I. Zulässigkeit des einstweiligen Rechtsschutzverfahrens**

Der Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung ist nach § 123 V VwGO nur statthaft, wenn einstweiliger Rechtsschutz über §§ 80 V, 80a VwGO nicht in Betracht kommt. Gegenüber diesen Verfahren ist der Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung **subsidiär**.

Da hier kein Fall von Drittbeteiligung vorliegt, kommt allenfalls ein **Antrag nach § 80 V VwGO** in Betracht. Dies setzt voraus, dass in **der Hauptsache eine Anfechtungsklage** einschlägig ist und im Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes um den **Suspensiveffekt** gestritten wird, der ohne gerichtlichen Beschluss nicht eintritt.

**1. Anfechtungsklage als Hauptsacheverfahren**

Die Anfechtungsklage nach § 42 I 1. Fall VwGO ist nur einschlägig, wenn A sich gegen einen belastenden Verwaltungsakt richtet. Fraglich ist daher, ob die unmittelbare Ausführung der Sicherstellung **einen Verwaltungsakt i.S.d. § 35 S. 1 VwVfG** darstellt. Ohne Zweifel handelt es sich um die Maßnahme einer Behörde in einem Einzelfall auf dem Gebiet des öffentlichen Rechts mit Außenwirkung. Fraglich ist jedoch, ob der Maßnahme **Regelungscharakter** zukommt oder wegen der unmittelbaren Ausführung von einem Realkt auszugehen ist, gegen die die Anfechtungsklage dann nicht möglich wäre. Bei der vollzogenen Sicherstellung handelt es sich jedoch um einen **Verwaltungsakt**, der **im Wege des Verwaltungszwangs umgehend durchgesetzt** wurde.

**2. kein Suspensiveffekt**

Bei der unmittelbaren Ausführung handelt es sich um eine **Maßnahme der Verwaltungsvollstreckung**, bei denen in allen Bundesländern der Wegfall des Suspensiveffekts nach § 80 I 1 Nr. 3 VwGO angeordnet ist.

Vgl. § 8 AG VwGO NRW; § 12 LVwVG BadW; Art. 21a VwZVG Bay; § 4 I AG VwGO Bln; § 39 VwVG Bbg; Art. 11 AG VwGO HB; § 75 I 2 VwVG HH; § 16 AG VwGO Hess; § 99 I 2 SOG M-V; § 66 VwVG Nds und § 70 Abs. 1 VwVG i.V.m. § 64 Abs. 4 S. 1 SOG Nds; § 20 AG VwGO RPF; § 20 AG VwGO SL; § 11 VwVG Sachs; § 66 VwVG LSA; §§ 248 I 2, 322 I LVwVG S-H; § 8 AG VwGO Thür.

**3. Vollzug schon erfolgt**

Da der Vollzug der Sicherstellung jedoch schon erfolgt ist, reicht es für Erfüllung des Rechtsschutzinteresses des A nicht aus, die aufschiebende Wirkung seines Widerspruchs anzuordnen, vielmehr ist nach § 80 V 3 VwGO der **Vollzug wieder rückgängig zu machen**, indem ihm das Fahrzeug wieder überlassen wird.

„Da es sich bei der **vollzogenen Sicherstellung um einen Verwaltungsakt handelt**, ist einstweiliger Rechtsschutz nach § 80 V 3 VwGO zu gewähren und nicht durch eine in erster Instanz beantragte einstweilige Anordnung (§ 123 V VwGO). Der dazu erforderliche Widerspruch gegen die Sicherstellung ist unter Berücksichtigung des zuvor zwischen den Bet. per E-Mail geführten Schriftverkehrs spätestens in dem Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung vom 28.01.2008 zu sehen.“ (VGH Kassel, NVwZ-RR 2008, 784)

Der Antrag des A ist daher nach § 86 VwGO entsprechend auszulegen.

## II. Begründetheit des Antrags

Der Antrag auf Aufhebung des Vollzugs ist begründet, wenn die **Voraussetzungen für eine unmittelbare Ausführung der Sicherstellung nicht vorlagen**, A also in der Hauptsache nach summarischer Prüfung Erfolg haben wird und ein **öffentliches Interesse** an der unmittelbaren Ausführung daher **fehlt**.

**Beachte:** Die unmittelbare Ausführung wird in einigen Bundesländern als Sofortvollzug bezeichnet.

### 1. Fehlen der Voraussetzungen der unmittelbaren Ausführung

Die unmittelbare Ausführung ist nur zulässig, wenn eine **gegenwärtige Gefahr** besteht, deren Beseitigung die Einhaltung des Verfahrens, insbesondere im Hinblick auf eine an den Betroffenen ergehende Aufforderung nicht zulässt. Dies ist regelmäßig nur dann der Fall, wenn dieser **nicht anwesend** ist und die Angelegenheit **keinen Aufschub duldet**. Im vorliegenden Fall war der Betroffene jedoch anwesend.

„Die **offensichtliche Rechtswidrigkeit der Sicherstellung** ergibt sich zum einen daraus, dass sie im Wege unmittelbarer Ausführung vollzogen wurde, obgleich A zugegen war und **in der üblichen Weise als Störer hätte in Anspruch genommen werden können** (Hornmann, HessSOG, § 8 Rn. 5 m.w.N.). Zwar lässt sich die Tatsache der Anwesenheit des A am Vollziehungsort der völlig unzureichenden Dokumentation des Vorgangs durch die einschreitenden Bediensteten des Kreises X nicht entnehmen. Jedoch ergibt sich aus einer an A gerichtlichen E-Mail eines Sachbearbeiters der Straßenverkehrsbehörde vom 15.01.2008, dass A am 8.01.2008 seine Kfz-Kennzeichen vom Fahrzeug entfernt und seinen Fahrzeugschein beim Abschleppdienst abgeholt habe, um Zulassungsformalitäten abzustimmen. Dies setzt voraus, dass A den die Sicherstellung vollziehenden Bediensteten den Fahrzeugschein ausgehändigt hat und zum Zeitpunkt der Sicherstellung noch Kfz-Kennzeichen am Fahrzeug angebracht waren, was zugleich verdeutlicht, dass der Vorgang in den ‚Tatangelegenheiten‘ in einer ‚Übersicht über den Verfahrensablauf‘ vom 18. falsch dokumentiert worden ist. Dort heißt es: ‚Das angegebene Fahrzeug stand ohne Kennzeichen/Zulassung im öffentlichen Verkehrsraum‘. Beides entspricht offensichtlich nicht der Wahrheit, denn das Fahrzeug war damals noch mit Kennzeichen versehen und zum öffentlichen Straßenverkehr zugelassen, wenn auch in Widerspruch zu der vom Landrat des X-Kreises mit Bescheid vom 10.09. 2007 verfügten, auf § 14 Kraftfahrzeugsteuergesetz gestützten Betriebsuntersagung wegen nicht entrichteter Kraftfahrzeugsteuern.“ (VGH Kassel, NVwZ-RR 2008, 794)

### 2. Unverhältnismäßigkeit der Abschleppmaßnahme

Darüber hinaus darf eine Abschleppmaßnahme nur durchgeführt werden, wenn sie zur Durchsetzung der Entstempelung **geeignet** ist, es **kein milderes Mittel** gleicher Eignung gibt und sich als **angemessen** darstellt.

„Die **offensichtliche Rechtswidrigkeit der Sicherstellung** des Kraftfahrzeugs des A am 04.01.2008 ergibt sich zum anderen daraus, dass die Maßnahme **eindeutig unverhältnismäßig** war. Denn sie diente nach der aus der Verhandlungsniederschrift über eine Abschleppmaßnahme vom „04.01.2007“ der **Sicherstellung und Entstempelung**, also der Vorbereitung einer Abmeldung von Amts wegen i.S.d. § 14 KraftfahrzeugsteuerG 2002 i.d.F. der Bekanntmachung vom 26. 9. 2002 (BGBl I, S. 3818), zuletzt geändert durch Gesetz vom 17. 8. 2007 (BGBl I, S. 1958), der übrigens zu der vom Landrat des X-Kreises verfügten Betriebsuntersagung gar nicht (mehr) ermächtigt. Da A seinerzeit zugegen war und den Fahrzeugschein den einschreitenden Bediensteten offenbar bereits ausgehändigt hatte, wäre es zur Erledigung des Amtshilfeersuchens des Landrats des X-Kreises **ausreichend gewesen**, die am Fahrzeug angebrachten **Kennzeichen** entweder an Ort und Stelle zu **entstempeln** oder sie zu diesem Zweck **vom Fahrzeug zu entfernen** und sicherzustellen, sofern eine unbefugte Verwendung des Fahrzeugs durch A trotz seiner Stilllegung zu erwarten gewesen wäre. Die Sicherstellung des Fahrzeugs selbst war zu diesem Zweck nicht erforderlich und verletzte daher das Übermaßverbot.

Soweit im gerichtlichen Verfahren als weiteren Zweck der Sicherstellung die Verhinderung der Begehung von Straftaten und Ordnungswidrigkeiten mit dem sichergestellten Fahrzeuge **nachgeschoben** wurde, kann dem nicht gefolgt werden, weil nach dem Akteninhalt die Sicherstellung ausschließlich erfolgte, um dem Amtshilfeersuchen des Landrats des X-Kreises nachzukommen. Ob durch die Abmeldung des am Abstellort verbleibenden Fahrzeugs von Amts wegen **straßenrechtlich eine unerlaubte Sondernutzung** (vgl. § 17a HessStrG) verursacht worden wäre, kann dahinstehen, denn die **einschreitenden Bediensteten** haben sich **nicht auf diese Bestimmung bezogen** und nicht die danach erforderlichen Maßnahmen getroffen.“ (VGH Kassel, NVwZ-RR 2008, 794)

**Ergebnis:** Der Landrat des Kreises X ist daher verpflichtet, die schon vollzogene Sicherstellung aufzuheben und A das Fahrzeug wieder auszuhändigen.

## Kurzauslese II

ZPO  
§ 139 II

### gerichtliche Hinweispflicht unschlüssige Klage

ZPO

(BGH NJW-RR 2008, 1649; Beschluss vom 12.03.2008 – IV ZR 330/06)

Ist zu dem von dem Berufungsgericht als **entscheidend angesehenen Streitpunkt in erster Instanz und in der Berufungsbegründung vorgetragen** worden und **hält das Berufungsgericht den Vortrag für unschlüssig**, ist es **gehalten**, in der mündlichen Verhandlung, in der der Berufungsbeklagte säumig ist, den **Berufungskläger vor Erlass eines unechten Versäumnisurteils auf die Unschlüssigkeit des Vorbringens hinzuweisen**.

*„Es kann dahinstehen, ob das Gericht vor Erlass eines unechten Versäumnisurteils regelmäßig verpflichtet ist, auf Bedenken gegen die Schlüssigkeit des klägerischen Vortrags hinzuweisen (so Zöller/Herget, ZPO, 26. Aufl., § 331 Rn 15; MüKo-ZPO/Prütting, 4. Aufl., § 331 Rn 50; Pukall, in: Handkomm-ZPO, § 331 Rn 8).*

*Im vorliegenden Fall hatte die Kl. zu den näheren Umständen der Offenlegung von Vorschäden bei der Antragstellung bereits in erster Instanz vorgetragen. Diesen Vortrag hatte sie, nachdem das LG sie insoweit als beweisfällig angesehen hatte, im Berufungsrechtszug - unter erneutem Beweisantritt - ergänzt. Im Hinblick darauf, dass gem. § 539 II ZPO das zulässige tatsächliche Vorbringen der Klagepartei als zugestanden anzusehen, also der Entscheidung ohne weitere Beweisaufnahme zu Grunde zu legen ist, wenn der Berufungsbekl. nicht erscheint und daraufhin gegen ihn der Erlass eines Versäumnisurteils beantragt wird, konnte die Kl. darauf vertrauen, das BerGer. werde sie auf die fehlende Schlüssigkeit ihres Vortrags vor Erlass des unechten Versäumnisurteils hinweisen.“ (BGH aaO).*

ZPO  
§ 281 II 3

### willkürlicher Verweisungsbeschluss Heilung

ProzR

(KG KGR 2008, 849; Beschluss vom 10.07.2008 – 2 AR 35/08)

Bei **Anwendung des § 281 II 3 ZPO** ist die **Willkürlichkeit des Verweisungsbeschlusses** jedenfalls dann **nicht als** durch das Einvernehmen des Bekl. mit dem Verweisungsantrag des Kl. **geheilt anzusehen**, wenn der anwaltlich vertretene **Bekl. lediglich erklärt hat, von „ihm aus stehe der Verweisung nichts entgegen“**.

- I. Nach **§ 281 II 3 ZPO** bewirkt der Verweisungsbeschluss im Grundsatz bindend die Unzuständigkeit des verweisenden Gerichtes und die Zuständigkeit des Gerichtes, an das verwiesen wird. Jedoch ist anerkannt, dass die **Bindungswirkung ausnahmsweise dann entfällt, wenn die Verweisung auf Willkür beruht** (vgl. nur BGH BGHR 03, 1305 = NJW 03, 3201; Zöller/Greger, ZPO, 26. Aufl. 2007, § 281 Rn 17 m.w.N.).

Dabei ist Willkür nicht allein deshalb anzunehmen, weil die Frage der Zuständigkeit unzutreffend beantwortet wurde. Die Grenze zwischen der fehlerhaften, gleichwohl aber bindenden, und der willkürlichen Entscheidung ist allerdings u.a. dann überschritten, wenn das verweisende Gericht eine Zuständigkeitsnorm in den Gründen des Verweisungsbeschlusses nicht erörtert und diese Norm eindeutig seine Zuständigkeit begründet (ständige Rspr. des KG, vgl. KG KGR 2008, 248; ähnlich KG KGR 00, 68: „Weicht das [Gericht] ... von der Gesetzeslage bzw. der ganz einhelligen Meinung in Rspr. und Schrifttum ab, ... muss es dies wenigstens ... begründet haben“; Zöller/Greger, ZPO, 26. Aufl. 2007, § 281 Rn 17 „Bindungswirkung kann ... fehlen, wenn [der] Beschluss ... nicht erkennen lässt, dass sich das Gericht mit einer einhellig gegenteiligen Rechtsansicht auseinander gesetzt hat“).

- II Soweit in **Rspr. und Lit.** erwogen wird, dass eine **willkürliche Verweisung unter Umständen** dann als **geheilt** anzusehen ist, **wenn die Verweisung im Einvernehmen beider Parteien erfolgte** (vgl. BGH NJW 03, 3201; BGH BGHR 03, 1305; BGH FamRZ 88, 943; KG KGR 2008, 248; OLG Koblenz OLGR Koblenz 97, 74 [75]; Stein/Jonas, ZPO, 22. Aufl. 2008, § 281 Rn 44), bedarf es vorliegend keiner abschließenden Entscheidung, unter welchen Voraussetzungen eine solche Heilung zu bejahen ist. Denn jedenfalls **kommt eine Heilung nur dann in Betracht, wenn die Erklärung des Bekl. zum Verweisungsantrag des Kl. als Zustimmung zu verstehen ist**.

*„Maßstäblich für die Beantwortung der Frage, ob im Einzelfall eine Zustimmung vorliegt, ist die Überlegung, dass der einvernehmliche Verweisungsantrag nur deshalb als ausnahmsweise Rechtfertigung der willkürlich rechtswidrigen Verweisung gelten kann, weil er einer – vom Prozessrecht grundsätzlich zugelassenen (§ 40 ZPO) – Gerichtsstandsvereinbarung nahe kommt.*

*Hiernach ist vorliegend eine Zustimmung des Bekl. zu verneinen: Denn der Bekl. hat lediglich erklärt, reine Verweisung „stehe nichts entgegen“. Zwischen der Nichterhebung von Einwendungen und der Zustimmung ist indessen zu unterscheiden. So ist anerkannt, dass das bloße Schweigen auf eine Erklärung grundsätzlich nicht als Zustimmung zu dieser Erklärung anzusehen ist (vgl. für viele Palandt, BGB, 67. Aufl. 2008, vor § 116 Rn 7 ff.).*

*Die Mitteilung, man erhebe keine Einwendungen gegen eine Erklärung, weist dabei größere Ähnlichkeit zu einem Schweigen als zu einer Zustimmung auf. Zwar kennt auch das Prozessrecht Regelungen, nach denen in bestimmten Fällen das Schweigen ausnahmsweise der Zustimmung gleichgesetzt wird (z.B. §§ 138 III, 267 ZPO) oder die Heilung eines Mangels bewirkt (z.B. §§ 39 S. 1, 295 I ZPO). Vorliegend sind jedoch keine dieser Ausnahmeregelungen einschlägig, so dass es bei dem genannten Grundsatz verbleibt. Dies muss um so mehr gelten, wenn – wie vorliegend – die Erklärung des Bekl. durch einen Rechtsanwalt abgegeben wurde, von dem angenommen werden kann, dass er üblicherweise zwischen einer Zustimmung und der bloßen Nichterhebung von Einwendungen sprachlich unterscheidet.“ (KG aaO).*

ZPO  
§ 321a**Gegenvorstellung**  
**Zulässigkeit**

ZPO

(OLG Rostock OLGR 2009, 27; Beschluss vom 10.06.2008 – 1 U 138/08)

Eine **Gegenvorstellung** ist nur dann **zulässig**, wenn sie **innerhalb der 2-wöchigen Notfrist des § 321a ZPO** nach Zustellung der angegriffenen Entscheidung **ingelegt** wird.

- I. Die **Gegenvorstellung** ist nach Sondervorschriften (vgl. Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann, ZPO, 66. Aufl., Grundz. § 567 Rn 6 a.E.) wie aber auch ganz allgemein (BGH BGHR 02, 431 = FamRZ 03, 92 = MDR 02, 901 = NJW 02, 1577; BVerwG NJW 01, 129) **einer Befristung zu ihrer Einlegung unterstellt** (Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann, § 567 Rn 7), wobei für diesen im Gesetz nicht vorgesehenen Rechtsbehelf eine gesetzlich vorgeschriebene **Einlegungsfrist – selbstredend – fehlt, aber gefordert** wird (vgl. Zöller/Gummer, ZPO, 26. Aufl., § 567 Rn 22 a.E.).
- II. Nach einer **im Vordringen befindlichen Auffassung**, muss es aus Gründen der Rechtssicherheit für die Verpflichtung des Gerichts, seine Entscheidung selbst zu korrigieren – und darin kristallisiert sich Sinn und Zweck der Gegenvorstellung –, eine zeitliche Grenze geben. Einzuhalten ist die **Notfrist des § 321a II 2 ZPO von zwei Wochen**.

vgl. nur BGH VersR 82, 598; BGH BGHRv02, 431 = FamRZ 03, 92 = MDR 02, 901 = NJW 02, 1577; Zöller/Vollkommer, § 567 Rn 22; Thomas/Putzo, Vorbem. § 567 Rn 13; BFH NJW 03, 909; OLG Frankfurt FamRZ 06, 964; OLG Dresden FamRZ 06, 717 = OLGR 06, 116 = MDR 06, 771 = NJW 06, 851; OLG Koblenz MDR 2008, 644; Thomas/Putzo, ZPO, 28. Aufl., Vorbem. § 567 Rn 15; MüKo-ZPO/Lipp, Vor § 567 Rn 13; zweifelnd Zöller/Gummer, § 567 Rn 22 a.E.; ablehnend BFH NJW 06, 861: nicht fristgebunden).

- III. **Dieser Meinung schließt sich** nunmehr auch **OLG Rostock aaO an**.

*„Für die entsprechende Heranziehung dieser Vorschrift auf die Einlegungsfrist zur Gegenvorstellung spricht insbesondere, dass die **Gegenvorstellung aus einer analogen Anwendung von § 321a ZPO abgeleitet** wird (vgl. Thomas/Putzo/Reichold, Vorbem. § 567 Rn 13, zu dieser Vergleichbarkeit [in Teilen] s. auch Zöller/Gummer, § 567 Rn 24) und es nahe liegend erscheint die besondere Regelung des § 321a ZPO auf das gesetzlich (bisher) nicht geregelte Institut der Gegenvorstellung – dort wo es vertretbar erscheint – zu übertragen. Würde von einer solchen Übertragung bzw. analogen Anwendung im Falle der Gegenvorstellung abgesehen, würde sich diese (allgemein zugebilligte) Möglichkeit, eine Überprüfung einer (vorgeblich fehlerhaften) Entscheidung noch in der Instanz durch das tätig gewordene Gericht zu erreichen, – was die Einhaltung der gebotenen Befristung angeht – als günstiger und für den Rügeführer vorteilhafter darstellen, als bei der gesetzlich festgelegten Gehörsrüge nach § 321a ZPO. Dafür aber findet sich kein sachlich gerechtfertigter Grund.“ (OLG Rostock aaO).*

BGB  
§ 637**Feststellungsurteil**  
**Inhalt**

ProzR

(BGH NJW 2009, 60; Urteil vom 25.09.2008 – VII ZR 204/07)

Ein **Urteil, mit dem dem Auftraggeber Vorschuss auf Mängelbeseitigungskosten zugesprochen wird, enthält** regelmäßig die **Feststellung, dass der Auftragnehmer auch dazu verpflichtet ist, die gesamten Mängelbeseitigungskosten zu tragen**.

*„Mit der Vorschussklage wird ein **einheitlicher Anspruch auf Ersatz der voraussichtlichen Mängelbeseitigungskosten** geltend gemacht. Die Klage umfasst den Vorschussanspruch in der Höhe, in der er zur Beseitigung des Mangels sachlich erforderlich ist. Der **Vorschuss stellt aber nichts Endgültiges dar, sondern muss abgerechnet werden**; ggf. kann eine Nachzahlung verlangt werden (BGHZ 66, 138 = NJW 76, 956; BGHZ 66, 142 = NJW 76, 960; BGH NJW-RR 86, 1026 = BauR 86, 345 = ZfBR 86, 120; BGH NJW-RR 86, 1079 = BauR 86, 576 = ZfBR 86, 219). Die **Wirkung der Vorschussklage ist nicht auf den eingeklagten Betrag beschränkt**. Sie deckt vielmehr auch spätere Erhöhungen, gleichviel worauf sie zurückzuführen sind, ab, sofern sie denselben Mangel betreffen (BGH NJW-RR 89, 208 = BauR 89, 81; BGH NJW-RR 05, 1037 = NZBau 05, 514).*

*Aus diesem auch in die Zukunft gerichteten Wesen einer Vorschussklage folgt, dass ein **Vorschussurteil gleichzeitig auch Elemente eines Feststellungsurteils enthält. Dem Grunde nach wird die Verpflichtung des Auftragnehmers festgestellt, die voraussichtlichen Mängelbeseitigungskosten zu tragen**, auch wenn das so im Tenor des Urteils keinen Ausdruck findet (vgl. Kniffka, iBr online-Kommentar Bauvertragsrecht, Stand 3. 6. 2008, § 637 BGB Rdnr. 77). Diese Feststellung bezieht sich grundsätzlich nicht nur auf Nachforderungen in Form eines weiteren Vorschusses, sondern auch auf solche in Form von bei der Sanierung angefallenen, den gezahlten Vorschuss übersteigenden Selbstvornahmekosten. Bei dem **Kostenvorschuss** handelt es sich um einen **vorweggenommenen Ersatz der Selbstvornahmekosten nach § 633 III BGB a.F., § 637 I BGB, § 13 Nr. 5 II VOB/B** (vgl. BGH NJW 83, 2191 = BauR 83, 365 = ZfBR 83, 185; BGH BauR 89, 201 = ZfBR 89, 60). Auch bei einer Vorschussklage hat der Auftraggeber regelmäßig bereits den endgültigen Gesamtbetrag der Mängelbeseitigungskosten im Sinn, wenn auch auf einer nur vorläufigen Basis. Der Auftragnehmer seinerseits muss so lange mit Nachforderungen rechnen, als die Kosten der Mängelbeseitigung nicht endgültig feststehen. Die Vorschussklage ist daher regelmäßig so zu verstehen, dass gleichzeitig die Nachschusspflicht des Auftragnehmers für den Fall festgestellt werden soll, dass der ausgeteilte Vorschuss nicht ausreicht (Kniffka, § 637 BGB Rn. 77; vgl. auch Handschumacher JurisPR-PrivBauR 6/2008 Anm. 6). Dementsprechend hat der Senat bereits entschieden, dass neben der Vorschussklage eine Feststellungsklage zum Zwecke der Verjährungsunterbrechung entbehrlich ist (BGHZ 66, 138 = NJW 76, 956; BGH NJW-RR 86, 1026 = BauR 86, 345 = ZfBR 86, 210). Wird sie dennoch erhoben, hat sie lediglich klarstellende Funktion (BGH NJW-RR 89, 208 = BauR 89, 81).“ (BGH aaO).*

ZPO  
§§ 627, 629d**Beschwerde**  
**zulässig bei Rechtsschein einer gerichtl. Entscheidung**

ZPO

(OLG Rostock OLGR 2008, 146; Beschluss vom 03.12.2007 – 10 UF 136/07)

Die **Beschwerde gegen einen noch nicht wirksam gewordenen Beschluss** ist **zulässig**, wenn dieser den **Rechtsschein einer bereits wirksamen Entscheidung erweckt**.

„Wie noch nicht existent gewordene **Scheinurteile** können auch Beschlüsse, die den Schein erwecken, aktuelle Rechtsverhältnisse zu regeln, mit „normalen“ Rechtsmitteln angegriffen werden. Denn es besteht ein **schutzwürdiges Interesse der betroffenen Partei**, den genannten Schein zu beseitigen (Zöller/Gummer/Heßler, ZPO, 26. Aufl., vor § 511 Rn 26 u. § 517 Rn 2).“ (OLG Rostock aaO).

ZPO ZPO  
§ 721 I 1 **vorläufig vollstreckbares Räumungsurteil**  
**Vollstreckungsfähigkeit**

(KG KGR 2008, 811; Beschluss vom 20.03.2008 – 11 W 9/08)

**Aus einem für vorläufig vollstreckbar erklärten Räumungsurteil kann in der Regel bereits vor Eintritt der Rechtskraft vollstreckt werden.**

- I. Der **Zurückweisung eines Zwangsvollstreckungsauftrags steht nicht entgegen, dass** das Räumungsurteil wegen Einlegung der Nichtzulassungsbeschwerde gem. § 544 V 1 ZPO **noch nicht rechtskräftig ist.**

vgl. allgemein Blank in Schmidt-Futterer, Mietrecht, 9. Aufl. 2007, § 721 ZPO Rn 12; a.A. etwa LG Wuppertal WuM 96, 429; LG Essen WuM 92, 202; LG Hamburg WuM 87, 62

„Denn es ist **nicht einmal ansatzweise erkennbar, dass** für vorläufig vollstreckbar erklärte Räumungsurteile **andere Grundsätze gelten als im übrigen Recht für einen vorläufig vollstreckbaren Titel.** Auch die **Risiken und Nachteile, die den Antragstellern als Räumungsschuldner durch eine unrechtmäßige Vollstreckung drohen, deckt das Recht durch die allgemeinen Bestimmungen angemessen und auch ausreichend ab.** Zum einen ist der Gläubiger dann, wenn ein für vorläufig vollstreckbar erklärtes Urteil aufgehoben oder abgeändert wird, nach § 717 II 1 ZPO zum Ersatz des Schadens verpflichtet, der dem Schuldner durch die Vollstreckung des Urteils entstanden ist. Zum anderen kann der Schuldner, der – wie hier – eine Nichtzulassungsbeschwerde eingelegt hat, nach §§ 544 V 2, 719 II 1 ZPO beim Revisionsgericht beantragen, dass die Zwangsvollstreckung aus dem angegriffenen Titel einstweilen eingestellt wird, wenn die Vollstreckung ihm einen nicht zu ersetzenden Nachteil bringen würde und nicht ein überwiegendes Interesse des Gläubigers entgegensteht. Schließlich ist auf § 765a I 1 ZPO hinzuweisen.“ (KG aaO).

- II. Die Rspr., dass es auf die Rechtskraft des Räumungsurteils ankommt und der Mieter sich erst mit Rechtskraft eines Räumungsurteils um Ersatzwohnraum kümmern muss, lässt jedoch eine **Ausnahme** zu: Auf die Rechtskraft kommt es allgemeiner Meinung nach nicht an, wenn die **Räumungspflicht auf der Hand liegt.** Dass ist dann der Fall, wenn der **Schuldner von der Erfolglosigkeit seiner Verteidigung** ausgehen muss (vgl. Lackmann in Musielak, ZPO, 6. Aufl. 2008, § 721 ZPO Rn 6 m.w.N.), wenn er also mit hinreichender Sicherheit erkennen kann, dass seine Rechtsverteidigung ggü. der Wirksamkeit des Räumungsverlangens nicht Erfolg versprechend ist.

GVG ProzR  
§§ 13, 17a **Dienstvertrag**  
**Abgrenzung von Zivil- und Arbeitsgerichtszuständigkeit**

(OLG Düsseldorf OLGR 2008, 781; Beschluss vom 14.07.2008 – I-24 W 19/08)

Der **Rechtsweg zum ArbG ist nicht eröffnet, wenn der Dienstverpflichtete** nach dem von den Vertragspartnern vereinbarten und auch so praktizierten Inhalt des Dienstvertrages **seine Tätigkeit im Wesentlichen frei gestalten und seine Arbeitszeit bestimmen kann.**

- I. Die **Gerichte für Arbeitsachen** sind u.a. **zuständig für bürgerliche Rechtsstreitigkeiten zwischen Arbeitnehmern (Arbeiter und Angestellte) und Arbeitgebern aus dem Arbeitsverhältnis** und über das Nichtbestehen eines solchen Arbeitsverhältnisses, § 2 I Nr. 3a, b, § 5 I 1 ArbGG.
- II. Für die Frage nach dem zulässigen Rechtsweg ist es deshalb geboten, das **Arbeitsverhältnis von dem Rechtsverhältnis eines freien Mitarbeiters (Dienstnehmer) abzugrenzen.**

„Beide **Rechtsverhältnisse unterscheiden sich durch den Grad der persönlichen Abhängigkeit, in der sich der Dienstverpflichtete ggü. dem Vertragspartner befindet.** Arbeitnehmer ist, wer seine Dienstleistung im Rahmen einer von dem Dienstberechtigten bestimmten Arbeitsorganisation erbringt. Die Eingliederung in die fremde Arbeitsorganisation erweist sich insbesondere darin, dass der Beschäftigte einem umfassenden Weisungsrecht seines Vertragspartners (vgl. § 106 GewO) unterliegt. Das Weisungsrecht des Arbeitgebers kann Inhalt, Durchführung, Zeit, Dauer und Ort der Tätigkeit betreffen. Arbeitnehmer ist deshalb namentlich der Mitarbeiter, der im Wesentlichen nicht frei seine Tätigkeit gestalten und seine Arbeitszeit bestimmen kann (vgl. § 84 Abs. 1 Satz 2, Abs. 2 HGB). Für die Abgrenzung maßgeblich sind die tatsächlichen Umstände, die die Beziehung prägen und nach denen diese in Wirklichkeit durchgeführt wird. Dabei sind alle Umstände des Einzelfalls in Betracht zu ziehen und in ihrer Gesamtheit zu würdigen. Der jeweilige Vertragstyp ergibt sich aus dem wirklichen Geschäftsinhalt. Die zwingenden gesetzlichen Regelungen für Arbeitsverhältnisse können nämlich nicht dadurch abbedungen werden, dass die Parteien ihrem Arbeitsverhältnis eine andere Bezeichnung geben. Der objektive Geschäftsinhalt ist den ausdrücklich getroffenen Vereinbarungen und der praktischen Durchführung des Vertrags zu entnehmen. Widersprechen sich Vereinbarung und tatsächliche Durchführung, ist die Vertragspraxis maßgebend (ständige höchstrichterl. Rechtsprechung z.B. BAG NZA-RR 2007, 424 m.w.N.).“ (KG aaO).

StPO StPO  
§§ 24, 338 Nr.3 **Befangenheitsbesorgnis**  
**unsachlich spöttische Befragung**

(KG NJW 2009, 96; Beschluss vom 10.07.2008 – (3) 1 Ss 354/07)

Die **unsachlich spöttische Befragung einer Entlastungszeugin**, die deren Aussagen auf eine Stufe mit überzeichneten und völlig unrealistischen Comicfiguren („Superman“) stellt, **lässt die gebotene Sachlichkeit vermissen**, gibt die Zeugin der Lächerlichkeit preis und **erweckt** bei dem Angekl. aus verständiger Sicht die **Besorgnis, der Richter habe sich schon ein abschließendes negatives Bild über den Wahrheitsgehalt der Zeugenaussage gemacht.**

- I. Danach kann ein Richter wegen Besorgnis der Befangenheit abgelehnt werden, wenn ein Grund vorliegt, der geeignet ist, Misstrauen in die Unparteilichkeit des Richters zu rechtfertigen (§ 24 I u. II StPO). **Misstrauen in die**

**Unparteilichkeit des Richters** ist dann **gegeben**, wenn der **Ablehnende** bei vernünftiger Würdigung aller Umstände **Grund zu der Annahme hat**, dass der **abgelehnte Richter** ihm gegenüber eine innere Haltung einnimmt, die seine **Unparteilichkeit und Unvoreingenommenheit störend beeinflussen** kann. Nach Beschwerdegrundsätzen ist zu prüfen, ob auf Grund des Verhaltens des Vorsitzenden Richters ein derartiger Grund gegeben war. Dabei kommt es nicht auf die subjektive Sicht des Angeklagten an. Maßgebend ist vielmehr, ob ein vernünftiger Angeklagter bei verständiger Würdigung des ihm bekannten Sachverhalts Grund zu der Annahme hat, dass bei dem abgelehnten Richter Umstände vorliegen, die seine Unparteilichkeit und Unvoreingenommenheit störend beeinflussen können (st. Rspr., s.u.a. BGHSt 23, 265 = NJW 70, 1558 m.w.N.).

- II. Die **beanstandeten Äußerungen und Verhaltensweisen** des abgelehnten Richters sind jedenfalls **in ihrer Gesamtheit geeignet**, den **Eindruck zu erwecken**, das **Gericht** könnte sich ohne Rücksicht auf den weiteren Verlauf des Verfahrens **vorbehaltlos und endgültig festgelegt** haben.

„Das ergibt sich in erster Linie aus den Äußerungen des Vorsitzenden gegenüber der Zeugin K. Zwar schließt das **Gebot sachlicher Befragung des Angekl. und der Zeugen** auch Vorhalte in nachdrücklicher Form nicht aus (vgl. Meyer-Goßner, § 24 Rn 18 m. Nachw.). Gleiches gilt auch für nach der Sachlage noch verständliche Unmutsäußerungen oder überflüssige Bemerkungen. Die Besorgnis der Befangenheit kann sich jedoch aus **unsachlichen spöttischen Nachfragen** ergeben.

So liegt der Fall hier. Zu Unrecht hat das LG bei der Entscheidung über den Ablehnungsantrag die Grenze zu einer spöttischen Befragung der Zeugin als noch nicht überschritten angesehen. Zwar treffen die Ausführungen des LG zu, die verwendeten Sprachbilder des abgelehnten Richters seien als pointierter Ausdruck von Bedenken gegen die Plausibilität der Angaben der Zeugin zu verstehen. Eine Überzeichnung mit völlig unrealistischen Bildern und Vergleichen mag auch in der alltäglichen Argumentation geläufig sein. Die Benutzung derartiger Begriffe, die Aussagen von Zeugen auf eine Stufe mit überzeichneten und völlig unrealistischen Handlungen von Comicfiguren stellen, lässt jedoch auch aus der Sicht eines verständigen Angeklagten die gebotene Sachlichkeit der Verhandlungsleitung durch den Vorsitzenden vermissen und gibt die Entlastungszeugin der Lächerlichkeit preis, so dass für den Angekl. Anlass zu der Besorgnis bestand, der Richter habe sich schon ein abschließendes und zwar negatives Bild über den Wahrheitsgehalt der Zeugenaussage gemacht. Dies gilt umso mehr für die Äußerungen des Vorsitzenden im Zusammenhang mit dem Abstellen des Fahrzeugs auf dem Bürgersteig, weil die Zeugin diesbezüglich nicht etwa - wie bei der Frage nach dem Alkoholkonsum des Angekl. - eine unrealistische Aussage gemacht hat, die mit den sonstigen Beweismitteln nicht in Übereinstimmung zu bringen war, sondern lediglich zum Ausdruck gebracht hat, sie könne sich nicht mehr erinnern, wer das Fahrzeug abgestellt habe. Auch und gerade unter der Prämisse, dass die Äußerungen des abgelehnten Richters nicht isoliert betrachtet werden dürfen, sondern im Gesamtzusammenhang gewertet werden müssen, in dem sie gefallen sind (vgl. BGH NStZ 00, 325), liegt die Wortwahl des Vorsitzenden und das von ihm gebrauchte „Bild“ jenseits der Grenze dessen, was im Gerichtssaal angemessen und mit der Würde des Gerichts vereinbar ist, und ist geeignet, auch bei besonnenen Angeklagten Zweifel an der Unvoreingenommenheit des Richters zu erwecken (vgl. BGH NJW 84, 1907 = NStZ 84, 420). Die gilt auch insoweit, als der Vorsitzende Zweifel an dem Wahrheitsgehalt dieser Aussage hatte und berechtigt, wenn nicht sogar verpflichtet war, die Zeugin deswegen nachdrücklich auf ihre Wahrheitspflicht hinzuweisen. Auch in diesem Zusammenhang sind die von dem Vorsitzenden gewählten Äußerungen nicht gerechtfertigt, sondern geeignet, die Zeugin und ihre Aussagen lächerlich zu machen.“ (KG aaO).

StPO  
§ 267 III 1

**Strafurteil**  
**erforderliche Darstellung von Vorstrafen**

StPO

(OLG Frankfurt NStZ-RR 2009, 23; Beschluss vom 02.09.2008 – 2 Ss 150/08)

Der Tatrichter muss, wenn er Vorstrafen zum Nachteil des Angekl. werten will, die Zeiten der Verurteilungen, die Tatzeiten sowie die Art und Höhe der erkannten Rechtsfolgen **im Einzelnen mitteilen**, wobei in der Regel auch Ausführungen zu den Sachverhalten, die den einzelnen Verurteilungen zu Grunde lagen, zu machen sind (vgl. OLG Frankfurt a.M. StV 89, 155; OLG Köln NStZ 03, 421; StV 96, 321).

- I. Nach **OLG Frankfurt aaO.** soll **von einer genauen Darlegung der den Vorverurteilungen zu Grunde liegenden Sachverhalte** allenfalls dann **abgesehen** werden können, **wenn** in Fällen geringerer Bedeutung der Sachverhalt schon aus der Angabe der angewendeten Vorschriften hinreichend erkennbar wird (z.B. Fahren ohne Fahrerlaubnis) oder wenn etwa die Auflistung der Vorstrafen nur allgemein der Darlegung anderer Fälle der Missachtung strafrechtlicher Normen durch den Angekl. dient, also **ersichtlich in keiner Weise auf Art und Schwere früher begangener Straftaten abgestellt worden ist**.
- II. **Diese Auffassung gib OLG Frankfurt aaO nunmehr auf.**

1. Die genannte Ansicht **überdehnt die Anforderungen, die der BGH** hinsichtlich der Darstellung der Vorbelastungen eines Angekl. **an die Abfassung der Urteilsgründe stellt**, bei weitem und beruft sich dabei zu Unrecht auf dessen Rspr.

„Die hierzu zitierte Entscheidung BGH NStZ-RR 96, 266 (so z.B. durch OLG Frankfurt a.M. [1. Strafsenat], Beschl. v. 01.12.2003 – 1 Ss 307/03 und OLG Köln NStZ 03, 421 - dort zudem mit Fehlzitat NStZ 96, 266) enthält keine derartigen Ausführungen, erst recht nicht in der angenommenen Allgemeinheit und Reichweite. Gleiches gilt für BGHR StGB § 46 II Vorleben 25 (zit. durch OLG Frankfurt a.M. [1. Strafsenat] in Beschl. v. 20.01.2004 – 1 Ss 403/03 und v. 17.11.2003 – 1 Ss 285/03), sowie BGH in Urteil v. 06.03.1987 – 2 StR 37/87 - (zit. durch OLG Frankfurt a.M. [1. Strafsenat] StV 89, 155).

Nach der Rspr. des BGH und des erkennenden Senats sollen sich die Urteilsgründe vielmehr auf das Wesentliche beschränken. Dies bedeutet für die **Vorstrafen**, dass sie nur in dem Umfang und in **denjenigen Einzelheiten** mitzuteilen sind, in denen sie für die **getroffene Entscheidung von Bedeutung** sind (st. Rspr., vgl. BGHR StPO § 267 III 1 Strafzumessung 13 und 16). Dies wiederum ist eine **Frage des jeweiligen Einzelfalles** (vgl. BGH in Beschluss v. 20.06.2001 - 3 StR 202/01). Sind - wie hier - nur **Zahl, Frequenz, Höhe, Einschlägigkeit und Verbüßung der Vorstrafen** für die Strafbemessung beachtlich, genügt es, die entsprechenden Tatsachen in das Urteil aufzunehmen. Der Mitteilung von Einzelheiten der Urteilssachverhalte bedarf es dann nicht (BGHR StPO § 267 III 1 Strafzumessung 13 und 16). Vielmehr ist bei der Darstellung der Vorstrafen die Mitteilung der zu diesen jeweils getroffenen Feststellungen zur Sache sogar überflüssig, soweit sich aus diesen Tatsachen keine Folgerungen für die zu entscheidende Sache ergeben.“ (OLG Frankfurt aaO).

2. Die häufig zu beobachtende **Praxis**, entweder den **Bundeszentralregisterauszug in die Urteilsgründe hineinzukopieren und/oder** seitenlang im Wortlaut frühere Urteilsgründe **einzurücken oder vollständig wiederzugeben**, obwohl es auf deren genaue Feststellungen nicht ankommen kann, **ist verfehlt**.

„Durch derartige Ausführungen unnötig aufgeblähte, umfangreiche Urteilsbegründungen laufen nicht nur dem Erfordernis der Schonung der knappen Rechtsprechungsressourcen zuwider, sondern bringen den Tatrichter zudem in die Gefahr, dass die die **Strafbemessung bestimmenden Umstände** i.S. des § 267 III 1 StPO aus dem Blick geraten und in den Hintergrund treten (BGHR StPO § 267 III 1 Strafzumessung 20 und § 267 Darstellung 1).“ (OLG Frankfurt aaO).

StPO  
§ 299

### Wiedereinsetzungsantrag Rechtzeitigkeit

StPO

(KG NStZ-RR 2009, 19; Beschluss vom 30.06.2008 – (4) 1 Ss 249/08)

Ein **Strafgefangener darf nicht darauf vertrauen, dass in der Haftanstalt an jedem Tag ein Urkundsbeamter zur Verfügung steht, um rechtzeitig ein Rechtsmittel einlegen zu können**. Gibt er erst am Tag vor Fristablauf einen Vormelder zur Vorführung zu dem Urkundsbeamten ab, hat er es zu vertreten, wenn die Frist versäumt wird.

„Bei [einem solchen] Vorbringen ist nicht erkennbar, dass der Angekl. die Frist von einer Woche zur Einlegung der Revision ohne eigenes Verschulden versäumt hat: Der Angekl. ist ausweislich der Sitzungsniederschrift nach Erlass des Urteils belehrt worden, dass er das Rechtsmittel entweder zu Protokoll des Urkundsbeamten oder in einfacher Form schriftlich innerhalb einer Woche einlegen kann. Es wäre ihm daher - jedenfalls trägt er nichts anderes vor - ohne weiteres möglich gewesen, das **Rechtsmittel rechtzeitig schriftlich einzulegen**. Dass er stattdessen von der zeitaufwändigeren und letztlich das Fristversäumnis verursachenden Möglichkeit des § 299 StPO Gebrauch gemacht hat, stellt ein eigenes Verschulden des Angekl. dar, denn § 299 StPO lässt die Befugnis des Gefangenen, seine Erklärung anders als auf dem Weg des § 299 StPO abzugeben, unberührt.

Darüber hinaus darf ein Gefangener in Anbetracht des damit verbundenen organisatorischen Aufwandes bei der JVA nicht darauf vertrauen, dass ihm zu jeder Zeit und innerhalb kürzester Frist die Erklärung eines Rechtsmittels **zu Protokoll der Geschäftsstelle** des AG, in dessen Bezirk er untergebracht worden ist, ermöglicht werden kann. [Der Angekl.] hat es daher zu vertreten, dass sein Rechtsmittel nicht rechtzeitig eingelegt worden ist.“ (KG aaO).

BayVwVfG  
Art. 41 I 1

### Gebührenbescheid zulässige Bekanntgabe ggü. Dritten

VwVfG

(BayVGH BayVBI 2009, 49; Beschluss vom 26.05.2008 – 8 ZB 06.2894)

Die **Bekanntgabe eines Gebührenbescheides** kann mit Wirkung für den Betroffenen auch gegenüber einem **Dritten** erfolgen.

„Nach **Art. 10 Nr.2, Art. 13 I Nr.3b KAG i.V.m. § 122 I 1 AO** ist ein Verwaltungsakte demjenigen Beteiligten bekannt zu geben, für den er bestimmt ist oder der von ihm betroffen wird.

Grundlage der hier streitbefangenen Sondernutzungsgebühren ist die von der Bekl. erteilte Sondernutzungserlaubnis. In dem der Sondernutzungserlaubnis vorausgehenden „Antrag auf wegerechtl. Sondernutzungserlaubnis“ erscheinen sowohl der Kl. als auch die ausführende Baufirma gemeinsam als Ast. Hieraus folgt indessen nicht, dass die Gebührenbescheide jeweils beiden Ast. hätten bekannt gegeben werden müssen. Die Bekanntgabe konnte vielmehr allein der Baufirma gegenüber mit Wirkung auch für den Kl. erfolgen. Dies ergibt sich aus den mit dem Antrag auf Erteilung der Sondernutzungserlaubnis abgegebenen Erklärungen der beiden Ast. (wird ausgeführt)“ (BayVGH aaO).

VwGO  
§ 68

### Widerspruchsverfahren Wegfall im baurechtlichen Verfahren

VwGO

(OVG NWVBI 2008, 470; Beschluss vom 25.08.2008 – 7 E 975/08)

Bei **Entscheidungen der Bauaufsichtsbehörden und Baugenehmigungsbehörden**, die vor dem **15.04.2007** dem jeweiligen Adressaten gegenüber **bekannt gegeben** worden sind, **bedarf** es abweichend von § 6 I AG VwGO NRW **nicht mehr der Durchführung eines Vorverfahrens nach § 68 VwGO**. Auf den Zeitpunkt der Bekanntgabe der Entscheidung an Dritte kommt es hingegen nicht an.

„Ein davon abweichendes Verständnis von § 2 Nr.3 S.2 Bürokratieabbaugesetz I hätte zur Folge, dass in Baugenehmigungsverfahren bei Drittwidersprüchen der jeweilige Zeitpunkt der Bekanntgabe bestimmt, ob ein Widerspruchsverfahren noch statthaft ist. Für jeden Beteiligten müsste dies gesondert festgestellt werden. Mit den in der Begründung des Gesetzentwurfs des Bürokratieabbaugesetzes I angesprochenen Effizienzgesichtspunkten wäre dies schwerlich in Einklang zu bringen. Diesen dient vielmehr eine einheitliche Regelung für den Adressaten und den Dritten.“ (OVG NRW aaO).

VwGO  
§§ 125 I 1, 101 II

### Gehörsverletzung Entscheidung ohne mündliche Verhandlung

VwGO

(BVerwG NVwZ 2009, 59; Urteil vom 15.09.2008 – 1 C 12/08)

Wird im **Urteilsverfahren trotz fehlenden Einverständnisses der Beteiligten ohne Durchführung einer mündlichen Verhandlung entschieden**, so liegt hierin neben dem **Verstoß gegen § 101 I VwGO** auch eine **Gehörsverletzung i.S. des § 138 Nr. 3 VwGO**.

„Das BerGer. bedarf gem. § 125 I 1 i.V.m. § 101 II VwGO des Einverständnisses der Bet., wenn das Urteil ohne mündliche Verhandlung ergehen soll. Ein Verstoß gegen dieses Gebot verletzt zugleich den Anspruch auf Gewährung rechtlichen Gehörs (§ 108 II VwGO), denn den Bet. wird die **Möglichkeit weiteren Vorbringens abgeschnitten** (BVerwG NVwZ-RR 98, 525).“ (BVerwG aaO).



VwGO  
§ 152a

**außerordentliche Beschwerde  
im Verwaltungsstreitverfahren nicht statthaft**

VwGO

(OVG Hamburg NVwZ 2009, 62; Beschluss vom 02.10.2008 – 3 Bs 182/08)

Eine **außerordentliche Beschwerde wegen greifbarer Gesetzeswidrigkeit ist in Verwaltungsstreitverfahren nicht statthaft.**

- I. Nach einer **früher verbreiteten Ansicht** ließen die Prozessordnungen der einzelnen Gerichtsbarkeiten Raum für eine außerordentliche Beschwerde gegen nach dem Gesetz unanfechtbare Entscheidungen, wenn ein Verfahrensgrundrecht verletzt oder die Entscheidung aus sonstigen Gründen greifbar gesetzwidrig war.

vgl. BGHZ 121, 397 = NJW 93, 1865; BGHZ 119, 372 = NJW 93, 135; BVerwG, Buchholz 428 § 37 VermG Nr. 25 = VIZ 00, 342; BFH/BFH/NV 95, 791; vgl. OVG Hamburg NVwZ-RR 01, 612 = DVBI 01, 1225

Unter den vorgenannten Voraussetzungen sind außerordentliche Beschwerden auch gegen nach § 80 AsylVfG unanfechtbare Entscheidungen der Verwaltungsgerichte im Anwendungsbereich von § 34a AsylVfG als zulässig angesehen worden

vgl. OVG Bremen, Beschl. v. 04.01.2000 - 2 B 453/99; VGH München NVwZ-Beil. 94, 4 = DVBI 94, 61; OVG Frankfurt/Oder, Beschluss v. 30.03.1994 – 4 B 7 /94

- II. Für die außerordentliche Beschwerde wegen greifbarer Gesetzeswidrigkeit ist nach der **gegenwärtigen Gesetzeslage** und nach der **Rspr. des BVerfG** kein Raum mehr.

„Nach der **Neuregelung des Beschwerderechts** durch das Zivilprozessreformgesetz hat der BGH nicht mehr an seiner Rspr. festgehalten, die bei greifbar gesetzwidrigen Entscheidungen in eng begrenzten Ausnahmefällen eine außerordentliche Beschwerde für zulässig gehalten hat (BGHZ 150, 133 = NJW 02, 1577). Maßgeblich dafür ist die Erwägung, dass der Gesetzgeber mit § 321a ZPO nunmehr eine Abhilfemöglichkeit für Verfahren vorgesehen hat, in denen eine Überprüfung der erstinstanzlichen Entscheidung bislang nicht möglich war. Damit ist die Grundentscheidung getroffen, dass der Verfassungsverstoß der Verletzung des rechtlichen Gehörs durch das Gericht behoben werden soll, das ihn begangen hat. Räumt das Gericht einen Verfassungsverstoß nicht aus, kommt allein die Anrufung des BVerfG im Wege der Verfassungsbeschwerde in Betracht. Diese **Systementscheidung gilt auch für das Verwaltungsprozessrecht** und ist inzwischen für Fälle der Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör in § 152a VwGO geregelt. Auch nach der Rspr. des BVerwG ist damit für eine außerordentliche Beschwerde wegen greifbarer Gesetzeswidrigkeit kein Raum mehr (BVerwG NVwZ 05, 232; BVerwG BeckRS 07, 25998).

Die Auffassung, dass nach Inkrafttreten des Gesetzes über die Rechtsbehelfe bei Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör vom 09.12.2004 (BGBl I, 2004, 3220) generell die Statthaftigkeit einer außerordentlichen Beschwerde (auch) in Fällen greifbarer Gesetzeswidrigkeit abzulehnen ist, vertreten ebenso der BFH (BFHE 211, 37 = NJW 06, 861) und das BSG (Beschluss v. 15.08.2005 – B 1 A 1/04). Dieser Judikatur hat sich das BeschwGer. angeschlossen (OVG Hamburg NordÖR 04, 583; OVG Hamburg NVwZ-RR 08, 852).

Eine im Wege richterlicher Rechtsfortbildung eröffnete außerordentliche Beschwerde widerspräche darüber hinaus den **verfassungsrechtlichen Anforderungen an die Rechtsmittelklarheit** (BVerfGE 107, 395 = NJW 03, 1924; BVerfG NJW 07, 2538). Das aus dem **Rechtsstaatsprinzip** abgeleitete **Gebot der Rechtsmittelklarheit steht** einer Zulassung von Rechtsmitteln und Rechtsbehelfen, die den geschriebenen Verfahrensgesetzen nicht zu entnehmen sind, **entgegen.**“ (OVG Hamburg aaO).

## Speziell für Rechtsanwälte und Notare

### Gebühren und Kosten

VV RVG

Vorbem 3 IV, Nr. 2300, 3101

Geschäftsgebühr

Anrechnung auf verminderte Verfahrensgebühr

VV RVG

(BGH NJW 2008, 3641; Urteil vom 25.09.2008 - IX ZR 133/07)

Eine **vorgerichtlich entstandene Geschäftsgebühr** ist auch auf eine **verminderte Verfahrensgebühr** anteilig anzurechnen.

- I. Die **Verfahrensgebühr nach Nr. 3100 VV RVG** entsteht für das **Betreiben des Geschäfts** einschließlich der Information (vgl. Vorb. 3 II VV RVG), sofern bereits Klageauftrag erteilt worden war. War zuvor schon eine Geschäftsgebühr nach Nr. 2400 VV RVG angefallen, die ebenfalls für das Betreiben des Geschäfts einschließlich der Information entsteht (Vorb. 2.4 III VV RVG), **wird diese zur Hälfte**, jedoch höchstens mit einem Gebührensatz von 0,75, **auf die Verfahrensgebühr** des gerichtlichen Verfahrens **angerechnet**, Vorb. 3 IV 1 VV RVG.

Nach mittlerweile **gefestigter BGH-Rspr.** vermindert sich durch die anteilige Anrechnung nicht die bereits entstandene Geschäftsgebühr, sondern die in dem anschließenden gerichtlichen Verfahren anfallende Verfahrensgebühr (BGH NJW 07, 2049; NJW 08, 1323; NJW-RR 08, 1094 = FamRZ 08, 1346). Die Anrechnung hat zwingend zu erfolgen.

Endet der Auftrag, bevor der Anwalt die Klage eingereicht hat, ermäßigt sich die Verfahrensgebühr nach Nr. 3100 VV RVG auf 0,8 (Nr. 3101 VV RVG VV).

- II. **BGH aaO** hat nunmehr dahin entschieden, dass die Geschäftsgebühr auch auf die verminderte Verfahrensgebühr („Erledigungsgebühr“) anzurechnen ist.

1. Der **Wortlaut der Anrechnungsvorschrift der Vorb. 3 IV RVG VV** ist eindeutig: Die Geschäftsgebühr ist auf die Verfahrensgebühr des gerichtlichen Verfahrens anzurechnen, und zwar unabhängig davon, ob es sich um die volle Gebühr nach Nr. 3100 oder die verminderte Gebühr nach Nr. 3101 handelt.

*„Auch die verminderte Gebühr nach Nr. 3101 ist eine Gebühr, die im gerichtlichen Verfahren anfällt. Gebührenrechtlich beginnt der „Erste Rechtszug“ (so die Überschrift des 1. Abschnitts von Teil 3 des Vergütungsverzeichnisses) bereits mit der Erteilung des (unbedingten) Klageauftrags, nicht erst mit der Einreichung der Klageschrift bei Gericht (vgl. BGH NJW-RR 07, 720). Dass die Vorschrift der Nr. 3101 RVG VV keinen eigenen Gebührentatbestand enthält, sondern nur eine Unterart der Verfahrensgebühr der Nr. 3100 darstellt, ergibt sich aus dem ebenfalls eindeutigen Wortlaut der genannten Vorschriften.“ (BGH aaO).*

2. Auch aus den **Materialien zum RVG** ergibt sich nicht Gegenteiliges.

*„Die Materialien zum RVG (Art. 3 des Kostenrechtsmodernisierungsgesetzes vom 12.02.2004, BT-Dr 15/1971, S. 187ff., 209, 211) enthalten keinerlei Hinweis darauf, dass die Anrechnungsvorschrift der Vorb. 3 IV VV RVG für die gem. Nr. 3101 VV RVG verminderte Verfahrensgebühr nicht gelten soll. Die Beschränkung der Anrechnung auf höchstens einen Gebührensatz von 0,75 könnte umgekehrt auf eine Absicht des Gesetzgebers hindeuten, eine gänzliche Aufzehrung der (verminderten) Verfahrensgebühr durch die Anrechnung der hälftigen Geschäftsgebühr auszuschließen.“ (BGH aaO).*

3. **Sinn und Zweck der Anrechnungsvorschriften** bleiben bei einer Anwendung auch auf die verminderte Verfahrensgebühr ebenfalls gewahrt.

*„Die Anrechnung soll ausschließen, dass ein und dieselbe Tätigkeit doppelt - durch die Geschäfts- und zusätzlich durch die Verfahrensgebühr - vergütet wird. Der Umfang der durch das Betreiben des Geschäfts einschließlich der Information veranlassten anwaltlichen Tätigkeit wird entscheidend davon beeinflusst, ob der Anwalt durch eine vorgerichtliche Tätigkeit bereits mit der Angelegenheit befasst war. Eine gebührenrechtliche Gleichbehandlung des Anwalts, der unmittelbar einen Prozessauftrag erhält, mit dem Anwalt, der zunächst außergerichtlich tätig war (und diese Tätigkeit gesondert vergütet erhält), ist nicht zu rechtfertigen (BT-Dr 15/1971, S. 209). Diese Überlegung gilt unabhängig davon, ob die Klage schließlich eingereicht wird oder ob sich die Sache zuvor anderweitig erledigt.“ (BGH aaO).*

4. Nach der **amtlichen Begründung der Anrechnungsvorschriften** ist die Anrechnung außerdem erforderlich, um eine **außergerichtliche Erledigung zu fördern**.

*„Es muss der Eindruck vermieden werden, der Anwalt habe ein gebührenrechtliches Interesse an einem gerichtlichen Verfahren. Dieses Interesse kollidiert zwangsläufig mit dem Bestreben einer aufwandsbezogenen Vergütung. Diesen unterschiedlichen Interessen soll die Anrechnungsregel des Abs. 4 der Vorbem. 3 VV RVG gerecht werden (BT-Dr 15/1971, S. 209).*

*Die Revision verweist darauf, dass eine Anrechnung auch auf die verminderte Verfahrensgebühr zu deren weiterer Reduzierung führe, was mit dem Bemühen des Gesetzgebers, die außergerichtliche Beilegung von Rechtsstreitigkeiten gebührenrechtlich zu fördern, nicht im Einklang stehe. Diese Überlegung ist nur insofern richtig, als auch die Beilegung zwischen der Erteilung des Klageauftrags und der Klageerhebung prozessual noch eine „außergerichtliche“ ist. Dass der Anwalt bei einer Anrechnung der Geschäftsgebühr auf die Verfahrensgebühr aus Nr. 3100 VV RVG besser stehe als bei einer An-*

rechnung auf die Gebühr aus Nr. 3101 VV RVG, **ist jedoch angemessen**, weil er typischerweise für das nicht vorgerichtlich erledigte Verfahren mehr Aufwand treiben muss. Dafür, dass auch die verminderte Verfahrensgebühr durch die Anrechnung nicht völlig aufgezehrt wird, sorgt die Begrenzung der Anrechnung auf einen Gebührensatz von höchstens 0,75.“ (BGH aaO).

5. Schließlich weist BGH aaO darauf hin, dass dann, wenn die Anrechnung im Fall des Nr. 3101 VV RVG unterbliebe, dies überdies dazu führte, dass sich die **Gebühren des Anwalts**, der vor Erteilung des Klageauftrags bereits eine Geschäftsgebühr von mehr als 1,0 verdient hat, **durch die Einreichung der Klage zunächst verringerte**.

„Bis zur Einreichung der Klage könnte er dann nämlich die Gebühr nach Nr. 3101 VV RVG von 0,8 anrechnungsfrei beanspruchen. Mit der Einreichung der Klage wäre zwar die Gebühr nach Nr. 3100 VV RVG von 1,3 verdient; auf diese ist jedoch die hälftige Geschäftsgebühr anzurechnen, so dass nur eine Gebühr von weniger als 0,8 verbliebe. Ein solcher Regelungsplan des Gesetzes wäre sinnwidrig. Anhaltspunkte dafür, dass der Gesetzgeber die Einreichung einer Klageschrift mit dem Verlust bereits verdienter Gebühren sanktionieren wollte, finden sich demgemäß weder im Gesetzestext noch in den Materialien zum Kostenrechtsmodernisierungsgesetz.“ (BGH aaO).

RVG  
§ 42

### Pauschgebühr unzulässig nach Kostenfestsetzungsantrag

RVG

(OLG Celle NStZ-RR 2009, 31; Beschluss vom 29.07.2008 – 1 Ars 46/08)

Für einen **Antrag auf Feststellung einer Pauschgebühr** nach § 42 RVG ist **kein Raum mehr**, wenn der Verteidiger nach Ausübung seines Ermessens zur Bestimmung der angefallenen Gebühren bereits einen **Kostenfestsetzungsantrag gestellt** hat.

„Der Gesetzgeber [hat] die Regelung für Wahlverteidiger zum Teil anders konzipiert als die für Pflichtverteidiger geltende Vorschrift des § 51 RVG. Demnach wird die Pauschgebühr für Wahlverteidiger nicht „bewilligt“, sondern nur festgestellt. Die **Entscheidung ist kein Vollstreckungstitel**. Die Festsetzung der Vergütung unter Einschluss der Auslagen erfolgt vielmehr nach den allgemeinen Vorschriften in den darin vorgesehenen Verfahren, insbesondere dem Kostenfestsetzungsverfahren, für das die Feststellung nach § 42 IV RVG bindend ist. Daraus ergibt sich, dass der Wahlverteidiger, wenn er die Gebühren nach dem Vergütungsverzeichnis für nicht zumutbar hält, zunächst beim OLG die Feststellung einer Pauschgebühr beantragen muss und erst anschließend das Kostenfestsetzungsverfahren betreiben kann (vgl. Burhoff, RVG, 2. Aufl., § 42 Rn 25).

Mit dem OLG Jena (JurBüro 08, 82) hat der Senat daher die **Zulässigkeit eines Antrags auf Feststellung der Pauschgebühr** als unzulässig **abgelehnt**, wenn das **Kostenfestsetzungsverfahren bereits durch förmlichen Festsetzungsbeschluss zum Abschluss gelangt ist**. Der Senat erstreckt diese Auffassung auch auf die Fälle, in denen der Wahlverteidiger bereits eine Kostenfestsetzung beantragt hat. Der Rechtsanwalt ist an sein nach § 14 I RVG einmal ausgeübtes Ermessen bei der Bestimmung der angefallenen Gebühr innerhalb des Gebührenrahmens gebunden (vgl. Gerold/Schmidt-Madert, § 14 RVG Rn 4; Hartmann, KostG, § 14 RVG Rn 12). Denn die Ausübung des Ermessens ist Bestimmung der Leistung durch den Verteidiger und erfolgt gem. § 315 II BGB durch Erklärung gegenüber seinem Mandanten bzw. auf Grund der in der Strafprozessvollmacht vereinbarten Abtretung von Erstattungsforderungen gegen die Landeskasse dieser gegenüber. Mit der Geltendmachung der Kostenfestsetzung war dem Ast. damit die Möglichkeit genommen, seinen Antrag „nachzubessern“, da er einen entsprechenden Vorbehalt nicht mitgeteilt hat. Dadurch konnte aber auch die Feststellung der Pauschgebühr im Kostenfestsetzungsverfahren keine Berücksichtigung mehr finden.“ (OLG Celle aaO).

RVG  
§ 45 III

### Terminsgebühr Vergütungsanspruch für Vertretung des verhinderten Pflichtverteidigers

RVG

(OLG München NStZ 2009, 32; Beschluss vom 23.10.2008 – 4 Ws 140/08)

Der **Vergütungsanspruch des Verteidigers**, der **anstelle des verhinderten Pflichtverteidigers** für einen Hauptverhandlungstermin als Verteidiger beigeordnet worden ist, **beschränkt sich nicht auf die Terminsgebühren**, sondern umfasst alle durch die anwaltliche Tätigkeit im Einzelfall verwirklichten Geführentatbestände des Teils 4 Abschn. 1 VV RVG.

- I. In **Rspr. und Lit.** ist **umstritten**, ob der wegen der Abwesenheit des verhinderten Pflichtverteidigers für einen Hauptverhandlungstermin beigeordnete Verteidiger als Vergütung für seine Tätigkeit als sog. „Terminsvertreter“ nur die Terminsgebühren erhält, weil er lediglich als Vertreter des die Verteidigung insgesamt führenden Pflichtverteidigers beigeordnet worden ist, oder ob diesem weiteren Pflichtverteidiger eine (volle) Vergütung nach Abschn. 1 des Teils 4 VV RVG zusteht (zum Meinungsstand vgl. OLG Karlsruhe NJW 08, 2935).
- II. **OLG München aaO.** folgt der Auffassung des OLG Karlsruhe (NJW 08, 2935) und des OLG Hamm (Beschluss v. 23.03.2006 – 3 Ws 586/05, juris), wonach sich der Vergütungsanspruch des Verteidigers, der anstelle des verhinderten Pflichtverteidigers für einen Hauptverhandlungstermin als Verteidiger beigeordnet worden ist, nicht auf die Terminsgebühren beschränkt, sondern alle durch die anwaltliche Tätigkeit im Einzelfall verwirklichten Gebührentatbestände des Teils 4 Abschn. 1 VV RVG in Anl. 1 zu § 2 II RVG umfasst (vgl. auch Burhoff, in: Gerold/Schmidt, RVG, 18. Aufl. VV Nr. 4100, 4101 Rn 5).

„Dem anstelle des verhinderten Pflichtverteidigers für die Dauer eines Hauptverhandlungstermins beigeordneten weiteren Verteidiger ist für den in der Beordnung bezeichneten Verfahrensabschnitt die **Verteidigung des Angekl. ohne jede inhaltliche Beschränkung übertragen**. Eine **Beordnung lediglich als Vertreter des bereits bestellten Pflichtverteidigers dergestalt, dass der Beigeordnete gleichsam als Hilfsperson des eigentlichen Pflichtverteidigers** in dessen Beordnungsverhältnis mit einbezogen wird, **kennt die StPO nicht**.

Deren Zulässigkeit lässt sich auch nicht aus allgemeinen Grundsätzen ableiten: Durch die Beordnung als Verteidiger für einen Terminstag anstelle des verhinderten Pflichtverteidigers wird vielmehr ein eigenständiges, öffentlich-rechtliches Beordnungsverhältnis begründet, auf Grund dessen der bestellte Verteidiger während der Dauer der Bestellung die Verteidigung des Angekl. umfassend und eigenverantwortlich wahrzunehmen hat. Aus der Eigenständigkeit der jeweiligen Beordnungsverhältnisse folgt

zugleich, dass die anwaltlichen Tätigkeiten der jeweiligen Pflichtverteidiger auch hinsichtlich ihrer Vergütung gesondert zu bewerten sind. Da der wegen der Abwesenheit des verhinderten Pflichtverteidigers für einen Hauptverhandlungstermin beigeordnete (weitere) Verteidiger umfassend mit der Wahrnehmung der Verteidigerrechte und -pflichten betraut war, kommt - unbeschadet der zeitlichen Begrenzung der Beordnung - eine gebührenrechtliche Einstufung der in der Hauptverhandlung entfalteten Tätigkeit als Einzeltätigkeit i.S. des Teils 4 Abschn. 3 des VV RVG in Anl. 1 zu § 2 II RVG nicht in Betracht. Die Vergütung beurteilt sich vielmehr nach den für den Verteidiger geltenden Bestimmungen in Teil 4 Abschn. 1 VV RVG und bemisst sich im Einzelfall nach den durch die anwaltliche Tätigkeit konkret verwirklichten Gebührentatbeständen (vgl. OLG Karlsruhe NJW 08, 2935).“ (OLG München aaO).

VV RVG  
Nr. 1000, 1003

### Einigungsgebühr Versöhnung im FGG-Verfahren

RVG

(OLG Stuttgart OLGR 09, 34; Beschluss vom 09.10.2008 – 8 WF 167/08)

Wird ein **Verfahren auf Zuweisung der Ehewohnung übereinstimmend für erledigt erklärt**, nachdem sich die **Parteien** unter Mitwirkung der Prozessbevollmächtigten **versöhnt haben**, fällt die **Einigungsgebühr** nach Nr. 1000, 1003 VVRVG **an**, denn die Parteien haben nicht nur übereinstimmende Erledigungserklärungen abgegeben, sondern zuvor eine materiell-rechtliche Einigung – nämlich durch schlüssiges Verhalten – über die gemeinsame Nutzung der Ehewohnung erzielt.

„Das **Entstehen einer Einigungsgebühr setzt eine materiell-rechtliche Regelung voraus**, die durch zwei übereinstimmende Willenserklärungen mit Rechtsbindungswillen zustande kommt.

**Willenserklärungen** können jedoch **auch konkludent**, d.h. durch schlüssiges Verhalten abgegeben werden. Bei Willenserklärungen dieser Art findet das Gewollte nicht unmittelbar in einer Erklärung seinen Ausdruck, der Erklärende nimmt vielmehr Handlungen vor, die mittelbar einen Schluss auf einen bestimmten Rechtsfolgwillen zulassen (Palandt, BGB, 67. Aufl. 2008, Einführung vor § 116 BGB Rn 6 m.w.N.).

**Durch die Versöhnung** unter Mitwirkung des Prozessbevollmächtigten haben die Parteien aber auch ihren **Streit über die Zuweisung der Ehewohnung beseitigt**, indem sie sie wieder gemeinsam benutzen und sich durch dieses schlüssige Verhalten mit Rechtsbindungswillen dahingehend geeinigt haben, dass die Ehewohnung beiden zusteht. Erst diese **materiell-rechtliche Vereinbarung** – zustande gekommen durch beiderseitige konkludente Willenserklärungen – hat im Verhandlungstermin auch die Beendigung des gerichtlichen Verfahrens durch die Abgabe übereinstimmender Erledigungserklärungen ermöglicht. **Hierdurch wird aber die Einigungsgebühr** nach Nr. 1000, 1003 VVRVG **ausgelöst** (Gerold/Schmidt, RVG, 18. Aufl. 2008, Nr. 1000 VVRVG Rn 127; OLG Köln OLGR 06, 30 = MDR 06, 539 und JurBüro 06, 588). Denn die Parteien haben nicht bloß übereinstimmende Erledigungserklärungen abgegeben, sondern zuvor eine materiell-rechtliche Einigung über die gemeinsame Nutzung der Ehewohnung erzielt.“ (OLG Stuttgart aaO).

KV GKG  
Nr. 9003

### Akteneinsicht keine „unfreie“ Rücksendung nach Einsichtnahme

KV GKG

(OLG Naumburg NJW-RR 2008, 1666; Beschluss vom 17.07.2008 - I ZR 219/05)

Ein **Rechtsanwalt, dem Gerichtsakten auf seinen Antrag hin in seine Kanzlei übersandt** worden sind, **muss für die Kosten und Auslagen der Rücksendung selbst aufkommen**.

Gerichte oder Staatsanwaltschaften, die Akten auf Antrag zur Einsichtnahme übersandt haben, sind nach Nr. 9003 GKG KV weder dazu verpflichtet, einen Freiumschlag für die kostenfreie Rücksendung beizufügen, noch dürfen sie dem Antragsteller die Kosten der Rücksendung vergüten.

I. Nach wohl **ganz h. M.** enthält die Aktenversendungspauschale nach Nr. 9003 GKG KV nicht die Auslagen- und Portokosten, die dem Rechtsanwalt durch Rücksendung der Akten nach Einsichtnahme entstanden sind.

vgl. OLG Hamm NJW 06, 306; OLG Hamm NJW 06, 1076 = NZV 06, 496; LG Berlin NSTz 06, 412; OLG Koblenz Beschluss v. 23.01.2006 – 2 Ws 894/05; LG Lübeck Beschluss v. 30.01.2006 – 61b OWi 1/06 – 702 Js 48576/05; OLG Celle NJOZ 06, 3239; OLG Jena NJOZ 07, 2959

II. **OLG Hamm** (NJW 06, 1076) hat seine Auffassung überzeugend dahin begründet, dass nach dem Wortlaut in Anm. 1 zu Nr. 9003 KV GKG die Hin- und Rücksendung der Akten durch Gerichte oder Staatsanwaltschaften zusammen als eine Sendung gälten.

Die Aktenversendungspauschale in Höhe von 12 Euro solle bezwecken, dass der Aufwand und die Kosten, die bei Gericht durch Übersendung der Akten entstanden, pauschal abgedeckt werden sollten. Das GKG regelt nur die bei Gericht entstehenden Kosten, nicht aber diejenigen, die bei Rechtsanwälten anfielen. Der Anwalt habe die Möglichkeit, die ihm für die Rücksendung entstehenden Kosten bei seinem Auftraggeber nach Nr. 7001 oder Nr. 7002 VV RVG geltend zu machen. Nach OLG Hamm aaO müsste ansonsten die Landeskasse dann, wenn der Rechtsanwalt die Art der Rücksendung der Akten beliebig bestimmen könne, unter Umständen auch die Kosten für die Beförderung durch einen Kurier oder eine ähnlich teure Beförderung übernehmen.

„Es gilt der Grundsatz, dass der Rechtsanwalt, dem die Gerichtsakten auf seinen Antrag in seine Kanzlei oder über sein „Heimatgericht“ zur Einsicht übersandt werden, für die Kosten und Auslagen der Rücksendung selbst aufkommen muss.“ (OLG Naumburg aaO).

VV RVG  
Nr. 3105, 2300

### Terminsgebühr verfahrensfehlerhaftes Versäumnisurteil

RVG

(OLG Oldenburg NJW-RR 2008, 1670; Beschluss vom 20.05.2008 – 13 WF 91 u. 92/08)

Eine **Terminsgebühr** nach Nr. 3105 VV RVG **fällt nicht an**, wenn im schriftlichen Vorverfahren **verfahrensfehlerhaft ein Versäumnisurteil ohne Antrag ergangen ist**.

- I. **§ 331 III ZPO setzt** neben dem **Sachantrag** einen **zusätzlichen Prozessantrag** des Kl. **voraus**. Diese **klare gesetzliche Regelung** würde umgangen, wenn der Sachantrag stets einen konkludenten Antrag auf Erlass eines Versäumnisurteils enthielte. Der Vorschrift der Nr. 3105 RVG VV zufolge fällt die Terminsgebühr unter anderem dann in Höhe von 0,5 an, wenn ein Termin wahrgenommen wird, in dem eine Partei nicht erschienen oder nicht ordnungsgemäß vertreten ist und lediglich ein Antrag auf Versäumnisurteil gestellt wird. Gem. Anm. 1 Nr. 2 zu Nr. 3105 VV RVG entsteht die Gebühr auch dann, wenn „eine Entscheidung gem. § 331 III ZPO ergeht“.
- II. Die **Frage**, ob dies auch dann gilt, wenn der Antrag fehlte, das Versäumnisurteil also verfahrensfehlerhaft erging, **wird uneinheitlich beantwortet**:
- **Teils** wird die Entstehung der Terminsgebühr unter Hinweis darauf befürwortet, dass der **Gesetzeswortlaut allein auf das Ergehen der Entscheidung abstelle** und nicht zu überprüfen sei, ob diese in prozesswidriger Weise ergangen sei. Überdies müsse der Kl. gem. § 139 ZPO auf das Fehlen des Antrags hingewiesen werden und der Bekl. werde durch die Festsetzung der Gebühr nicht beschwert.  
OLG Jena NJOZ 06, 3961 = MDR 06, 1196; OLG München BeckRS 07, 16270 = JurBüro 07, 589
  - Nach **anderer Auffassung** ist der Antrag **Voraussetzung für die Entstehung der Gebühr**.  
OLG Düsseldorf MDR 84, 950 zu § 35 BRAGO; Hartmann, Kostengesetze, 38. Aufl. [2008], Nr. 3105 VV RVG Rn 7; Gerold/Schmidt/v.Eicken/Madert/Müller-Rabe, RVG, 17. Aufl. [2006], 3105 VV RVG Rn 23
- III. **OLG Oldenburg aaO** schließt sich der letztgenannten Ansicht an.

„Der **Gesetzeswortlaut wird unzulässig verkürzt**, wenn nur auf Anm. 1 Nr. 2 zu Nr. 3105 VV RVG abgestellt wird, da Nr. 3105 VV RVG ausdrücklich an die Stellung eines Antrags auf Versäumnisurteil anknüpft. In der Anm. 1 Nr. 2 wird lediglich klargestellt, dass dies auch gilt, wenn eine Entscheidung im schriftlichen Vorverfahren gem. § 331 III ZPO ergeht, ohne damit auf das Erfordernis eines Antrags zu verzichten. Dies wäre auch **nicht sachgerecht**, denn mit der Gebühr wird die anwaltliche Tätigkeit vergütet, die im Fall des § 331 III ZPO neben der durch die Verfahrensgebühr bereits abgegoltenen Erhebung einer schlüssigen Klage ausschließlich im Stellen des Antrags auf Erlass eines Versäumnisurteils besteht.“ (OLG Oldenburg aaO).

VV RVG

Nr. 1003, 1000

**Einigungsgebühr****setzt nicht Entlastung für das Gericht voraus**

RVG

(BGH NJW 2009, 234; Beschluss vom 17.09.2008 - IV ZB 17/08)

Die **Entstehung einer Einigungsgebühr** nach Nr. 1003, 1000 VV RVG **setzt nicht voraus**, dass es durch die Einigung der Parteien zu einer **konkreten Entlastung des Gerichts** gekommen ist.

- I. Gem. **Nr. 1000 I 1 VV RVG** entsteht die Einigungsgebühr, wenn der Streit oder die Ungewissheit der Parteien über ein Rechtsverhältnis durch Abschluss eines Vertrags unter Mitwirkung des Rechtsanwalts beseitigt wird; es sei denn, der Vertrag beschränkt sich ausschließlich auf ein Anerkenntnis oder einen Verzicht. Der Vertrag kann auch stillschweigend geschlossen werden und ist nicht formbedürftig, sofern dies materiell-rechtlich nicht besonders vorgeschrieben ist (BGH NJW-RR 07, 359).

„Während die frühere Vergleichsgebühr des § 23 BRAGO durch Verweisung auf § 779 BGB ein gegenseitiges Nachgeben vorausgesetzt hatte, **soll die Einigungsgebühr jegliche vertragliche Beilegung eines Streits der Parteien honorieren** und so die **frühere Vergleichsgebühr nicht nur ersetzen, sondern gleichzeitig inhaltlich erweitern**. Durch den Wegfall der Voraussetzung gegenseitigen Nachgebens soll insbesondere der in der Vergangenheit häufige Streit darüber vermieden werden, welche Abrede noch und welche nicht mehr als gegenseitiges Nachgeben zu bewerten ist (BT-Dr 15/1971, S. 147 und 204). Unter der Geltung des Rechtsanwaltsvergütungsgesetzes kommt es deswegen nicht mehr auf einen Vergleich i.S. von § 779 BGB, sondern nur noch auf eine Einigung an (BGH NJW-RR 07, 359; vgl. Hartmann, Kostengesetze, 38. Aufl., Nr. 1000 VV RVG Rn 5 u. 10; v. Eicken, in: Gerold/Schmitt, RVG, 17. Aufl., Nr. 1000 VV RVG Rn 3f.; Madert/Müller-Rabe NJW 06, 1927). Durch die zusätzliche Gebühr soll die mit der Einigung **verbundene Mehrbelastung und erhöhte Verantwortung des beteiligten Rechtsanwalts vergütet** werden, durch die zudem die Belastung der Gerichte gemindert wird (BGH NJW-RR 07, 359, unter Hinw. auf v. Eicken, in: Gerold/Schmitt, Nr. 1000 VV RVG Rn 1).“ (BGH aaO).

- II. Aus diesem **gesetzgeberischen Ziel** einer **Erweiterung der die Einigungsgebühr auslösenden Sachverhalte** folgt, dass jedenfalls dann, wenn die Einigung die Merkmale eines Vergleichs i.S. von § 779 BGB erfüllt, mithin schon nach der früher geltenden Regelung des § 23 BRAGO eine Vergleichsgebühr angefallen wäre, regelmäßig auch eine Einigungsgebühr nach Nr. 1000 VV RVG entsteht.

„Nach § 779 BGB ist ein Vergleich ein Vertrag, durch den der Streit oder die Ungewissheit der Parteien über ein Rechtsverhältnis im Wege **gegenseitigen Nachgebens**, an welches **keine hohen Anforderungen** zu stellen sind, beseitigt wird (vgl. dazu BGH NJW-RR 05, 1303). Der Ungewissheit über ein Rechtsverhältnis steht es nach § 779 II BGB gleich, wenn die Verwirklichung eines Anspruchs unsicher ist. Hier hat nicht nur der Ast. durch die Bewilligung von Ratenzahlungen nachgegeben, sondern die Ag. ihrerseits mit dem in der Ratenzahlungsvereinbarung enthaltenen Verzicht auf Rechtsbehelfe gegen den Mahn- und den Vollstreckungsbescheid dem Antragsteller eine schnelle Vollstreckungsmöglichkeit eröffnet. Das geht über ein bloßes Anerkenntnis der Hauptforderung hinaus und stellt deshalb ein Nachgeben i.S. von § 779 BGB dar (vgl. dazu BGH NJW-RR 05, 1303; KG Rpfleger 05, 697).“ (BGH aaO).

- III. Außerdem hat die Entstehung der Einigungsgebühr nach Nr. 1000, 1003 VV RVG **nicht zur Voraussetzung** hat, dass durch die Einigung eine **konkrete Entlastung der Gerichte** eintritt.

„Zwar hat der Gesetzgeber mit der Einführung der Einigungsgebühr die Erwartung verknüpft, dass der mit dieser Gebühr geschaffene Anreiz zur einvernehmlichen Streitbeilegung generell eine Entlastung der Justiz mit sich bringen werde (BT-Dr 15/1971, S. 204), er hat jedoch - wie schon der **Gesetzeswortlaut zeigt** - eine **konkret messbare Entlastung des Gerichts** im Einzelfall, deren Feststellung mitunter ohnehin erhebliche Probleme bereiten würde, **nicht zur Anspruchsvoraussetzung erhoben**.“ (BGH aaO).

## Aus der Praxis

ZPO  
§ 85 II

**Verschulden eines angestellten Rechtsanwalts  
Zurechnung**

ZPO

(OVG Schleswig NJW 2008, 3800; Beschluss vom 02.06.2008 – 2 LB 15/08)

**Bevollmächtigter einer Partei ist auch ein Rechtsanwalt, der**

- als **Angestellter bzw. freier Mitarbeiter des Prozessbevollmächtigten** von diesem mit der selbstständigen Bearbeitung eines Rechtsstreits betraut worden ist und
  - der **nicht nur als bloßer Hilfsarbeiter in untergeordneter Funktion tätig** wird.
- I. Nach der **Rspr. des BGH** (NJW-RR 04, 993 = MDR 04, 719; NJW-RR 04, 993 = VersR 05, 139 m.w. Nachw.) ist als Bevollmächtigter einer Partei auch ein Rechtsanwalt anzusehen, der als Angestellter bzw. freier Mitarbeiter des Prozessbevollmächtigten von diesem mit der selbstständigen Bearbeitung eines Rechtsstreits betraut worden ist und der nicht als bloßer Hilfsarbeiter in untergeordneter Funktion tätig geworden ist. Wo die Grenze zwischen selbstständiger Bearbeitung des Rechtsstreits und lediglich untergeordneter Hilfstätigkeit zu ziehen ist, richtet sich nach den gesamten Umständen des Einzelfalls (BGH NJW 74, 1511 = VersR 74, 1000).
- II. Von einer solchen untergeordneten Tätigkeit ist im vorliegenden Fall nicht auszugehen: Der als Urlaubsvertreter tätige angestellte Rechtsanwalt G hatte nicht lediglich die Aufgabe, eine vom Prozessbevollmächtigten des Kl. mitgeteilte Berufungsbegründungsfrist zu berechnen und zu notieren, sondern vor allem zu erkennen, dass eine solche Frist in Gang gesetzt worden war. Dies ist indes eine Aufgabe, die einem - wenn auch eingewiesenen und erfahrenen - Kanzleimitarbeiter nicht überlassen werden darf.

*„Zwar darf ein Rechtsanwalt die Berechnung üblicher Fristen in Rechtsmittelsachen, die in seiner Praxis häufig vorkommen und deren Berechnung keine rechtlichen Schwierigkeiten macht, grundsätzlich auf gut ausgebildete und sorgfältig überwachte Mitarbeiter übertragen (VGH Mannheim NVwZ-RR 07, 137). Dies findet seine Grenze aber bei Fristen, deren Berechnung Schwierigkeiten oder Besonderheiten aufweisen. Sie muss der Rechtsanwalt selbst überwachen und berechnen (vgl. Bier, in: Schoch/Schmidt-Assmann/Pietzner, VwGO, § 60 Rn 45; v. Albedyll, in: Bader/Funke-Kaiser/Kuntze/v. Albedyll, VwGO, § 60 Rn 12). Dies gilt etwa für die vom Zivilprozess abweichenden und in ihrer Berechnung daher fehleranfälligen Rechtsmittelbegründungsfristen in Verfahren vor dem BVerwG nach § 133 III 1 VwGO und § 139 III 1 VwGO, aber auch für die Berufungsbegründungsfrist im Verfahren vor dem OVG, deren Berechnung vergleichbare Besonderheiten aufweist. Vorkehrungen zur Einhaltung der sich aus § 124a VwGO ergebenden Erfordernisse sind nach wiederholter Änderung des Rechtsmittelrechts in den letzten Jahren keine Routineangelegenheit. Vielmehr erfordern die dortigen differenzierten Regelungen insbesondere zu den Fristen eine besondere Aufmerksamkeit und entsprechendes Fachwissen. So läuft nach § 124a III 1 VwGO eine zweimonatige Begründungsfrist, wenn die Berufung bereits in dem erstinstanzlichen Urteil zugelassen worden ist. Bei einer Zulassung der Berufung durch das OVG, wie es hier der Fall ist, beträgt die Frist zur Begründung der Berufung nach § 124a VI 1 VwGO hingegen einen Monat nach Zustellung des Zulassungsbeschlusses. Die Berechnung und Überwachung dieser Frist bedarf besonderer Sorgfalt und darf daher vom Prozessbevollmächtigten nicht vollständig einem Mitarbeiter überlassen werden.“*

*Daraus, dass der Prozessbevollmächtigte des Kl. die Entgegennahme und Bearbeitung der Posteingänge G überlassen hatte, ist zu erkennen, dass er ihn nicht lediglich mit Tätigkeiten einer untergeordneten Hilfsperson betrauen wollte. Das Verschulden des angestellten Rechtsanwalts ist dem Kl. deshalb gem. § 85 II ZPO zuzurechnen.“ (OVG Schleswig aaO).*

ArbGG  
§ 2 I Nr.3a

**Arbeitgeberzuschuss zur privaten Krankenversicherung  
zulässiger Rechtsweg**

ArbR

(BAG NPR 2008, 1313; Beschluss vom 19.08.2008 – 5 AZB 75/08)

Für **Klageverfahren**, die **Ansprüche** von Arbeitnehmern auf **Zahlung eines Arbeitgeberzuschusses zur privaten Krankenversicherung** zum Gegenstand haben, sind die **Sozialgerichte zuständig**.

Denn der Rechtsweg zu den Gerichten für Arbeitsachen ist gem. § 2 I Nr. 3 a ArbGG dann nicht gegeben, wenn die Parteien über eine bürgerliche Rechtsstreitigkeit streiten.

- I. **Ob** es sich um eine **bürgerliche oder eine öffentlich-rechtliche Streitigkeit** handelt, **bestimmt sich nach der Natur des Rechtsverhältnisses**, aus dem der Klageanspruch hergeleitet wird (BGHZ 97, 312; BAGE 49, 3039).

*„Der Anspruch auf den Arbeitgeberzuschuss hat seine Grundlage in § 257 SGB V und damit im Recht der Sozialversicherung. § 257 SGB V geht vom Beschäftigtenbegriff bei der Feststellung der Zuschussberechtigung aus und verweist damit hinsichtlich der Anspruchsvoraussetzungen auf § 7 SGB IV. Die Beschäftigung ist zwar regelmäßig Ausfluss eines Arbeitsverhältnisses, unterliegt jedoch eigenen sozialrechtlichen Voraussetzungen.“*

*Hieran ändert auch nichts, dass sich Berechtigter und Verpflichteter des Anspruchs gleichrangig gegenüberstehen und ein Über- und Unterordnungsverhältnis nicht vorliegt. Dementsprechend sind für Klagen auf Zahlung des Arbeitgeberzuschusses zur Kranken- und Pflegeversicherung die Gerichte für Arbeitsachen nicht zuständig (so schon zu § 405 RVO: GmS-OG 2/73 - AP RVO § 405 Nr. 3; zu § 257 SGB V: BAG 21. Januar 2003 - 9 AZR 695/01 - BAGE 104, 289; BAG AP SGB V § 257 Nr. 1 = EPR ArbGG 1979 § 2 Nr. 45; anders dagegen wenn der Anspruch auf den Zuschuss auf arbeitsvertragliche Anspruchsgrundlagen gestützt wird: LSG Hessen 11. März 1993 - L 1 KR 671/90 -)“ (BGH aaO).*

- II. **Entsprechendes gilt**, wenn der Arbeitgeber Zuschüsse zur Krankenversicherung geleistet hat und die **Parteien im Nachhinein darüber streiten**, ob hierfür die **Voraussetzungen des § 257 SGB V vorlagen**, denn auch dann ist die Natur des Rechtsverhältnisses öffentlich-rechtlicher Art.

„Fragen über die Rückgewährung von Leistungen, die sozialrechtlich geregelt sind, sind ohne Hinzutreten weiterer arbeitsvertraglicher Vereinbarungen grundsätzlich demselben Rechtsverhältnis zuzuordnen, wie die Ansprüche selbst. Entgegen der Auffassung der Kl. ist Streitgegenstand und Hauptfrage auch nicht die Rückforderung überzahlter Vergütung, sondern die Rückforderung überzahlter Zuschüsse zur Krankenversicherung.“ (BAG aaO).

BGB

**Gewerberaummiete**

BGB

§ 543 II 1 Nr.3a Alt.2

**Mietzinsrückstand rechtfertigt fristlose Kündigung**

(BGH NJ 08, 544; Urteil vom 23.07.2008 - XII ZR 134/06)

**Verzug mit einem nicht unerheblichen Teil der Miete i.S. des § 543 II 1 Nr. 3 a Alt. 2 BGB liegt** bei vereinbarter monatlicher Mietzinszahlung auch **bei der Geschäftsraummiete** jedenfalls dann **vor, wenn der Rückstand den Betrag von einer Monatsmiete übersteigt**.

Ein solcher **Rückstand reicht für eine außerordentliche fristlose Kündigung** gem. § 543 II 1 Nr. 3 a Alt. 2 BGB jedoch **nur dann aus, wenn er aus zwei aufeinanderfolgenden Zahlungszeiträumen** (hier: Monaten) **resultiert**.

Ein **Rückstand, der diese Voraussetzung nicht erfüllt**, weil er (auch) aus anderen Zahlungszeiträumen herrührt, **rechtfertigt die außerordentliche fristlose Kündigung** hingegen **nur, wenn seine Höhe zwei Monatsmieten erreicht** (§ 543 II 1 Nr. 3 b BGB).

I. Ein Mietzinsrückstand erfüllt die **Voraussetzung des § 543 II 1 Nr. 3 a Alt. 2 BGB**, wenn er für zwei aufeinander folgende Termine angefallen ist. Hierfür **genügt nicht, dass sich der Rückstand** in Höhe von mehr als einer Monatsmiete aus Einzelbeträgen zusammensetzt, die **für einen Zeitraum von mehr als zwei aufeinander folgenden Terminen** angefallen sind (OLG Düsseldorf DWW 2006, 240; Schmidt-Futterer/Blank Mietrecht 9. Aufl. § 543 BGB Rdn. 109); § 543 II 1 Nr. 3 a Alt. 2 BGB setzt vielmehr voraus, dass der Gesamtrückstand von mehr als einer Monatsmiete aus zwei aufeinander folgenden Monatsmieten resultiert.

BGH NJW-RR 87, 903; MüKo-BGB/Bieber 5. Aufl. § 543 Rn 46; Staudinger/Emmerich [2006] § 543 BGB Rn 52; Bub/Treier/Grapentin, Handbuch der Geschäfts- und Wohnraummiete, 3. Aufl., Kap. IV Rn 178; Lindner-Figura/ Opre/Stellmann, Geschäftsraummiete, Kap. 15 Rdn. 210; Gramlich, Mietrecht, § 553 Rn 10; Both NJW 70, 2197

II. Diese Auslegung von § 543 II 1 Nr. 3 a BGB ergibt sich aus dem Wortlaut, der systematischen Stellung und der Entstehungsgeschichte der Vorschrift.

1. Schon der **Wortlaut**: "wenn der Mieter für zwei aufeinander folgende Termine mit der Entrichtung eines nicht unerheblichen Teils der Miete (§ 2 Nr. 6 des Mietvertrages: mit einem Betrag, der eine Monatsmiete übersteigt) in Verzug ist", spricht dafür, dass der Rückstand aus zwei aufeinander folgenden Monaten herrühren muss.
2. Die Regelungen in § 543 II 1 Nr. 3 a und b BGB lassen erkennen, dass der Fall, in dem der Mieter für zwei aufeinander folgende Termine mit der Mietzinszahlung in Verzug ist, abweichend von dem Fall, in dem der Verzug sich über einen Zeitraum von mehr als zwei Terminen erstreckt, dahin geregelt werden soll, dass im ersten Fall ein Rückstand mit mehr als einer Monatsmiete ausreicht, während im zweiten Fall ein Rückstand in Höhe von zwei Monatsmieten erforderlich ist.

„Dieser **Wille des Gesetzgebers** ist auch den Gesetzesmaterialien zu § 554 I 1 Nr. 1 und Nr. 2 BGB a.F. (§ 543 II 1 Nr. 3 a und Nr. 3 b BGB) zu entnehmen. Danach sollten in § 554 I 1 Nr. 1 und Nr. 2 BGB a.F. zwei selbstständige Tatbestände geregelt werden, nämlich der des Verzugs für zwei aufeinander folgende Termine, bei dem der Rückstand mit mehr als einer Monatsmiete für die außerordentliche fristlose Kündigung ausreicht, und der des Verzugs in einem Zeitraum, der sich über mehr als zwei Termine erstreckt, bei dem aber ein Rückstand von zwei Monatsmieten erforderlich ist (Materialien zum Ersten Gesetz zur Änderung mietrechtlicher Vorschriften vom 29. Juli 1963, Bundestag 4. Wahlperiode 12. Ausschuss Stenografisches Protokoll 56. Sitzung des Rechtsausschusses vom 12. Juni 1963 S. 10, 11). § 543 II 1 Nr. 3 a Alt. 2 BGB erfasst folglich nur die Fälle, in denen Rückstände, die eine Monatsmiete übersteigen, aus zwei aufeinander folgenden Terminen entstanden sind, wohingegen § 543 II 1 Nr. 3 b BGB die Fälle abdeckt, in denen sich die Rückstände aus mehr als zwei aufeinander folgenden Terminen ergeben.

Da sich der Gesamtrückstand des Bekl. über einen Zeitraum von Januar bis Mai 2003 und damit über mehr als zwei Termine erstreckte, ohne die Höhe von zwei Monatsmieten zu erreichen, liegen die Voraussetzungen für eine fristlose Kündigung gemäß § 543 II 1 Nr. 3 a Alt. 2 BGB bzw. § 2 Nr. 6 a des Mietvertrages nicht vor.“ (BGH aaO).

ARB 95

**Rechtsschutzversicherung**

BGB

§ 5 Ia, IIa

**kein Versicherungsschutz für Kosten der Selbstvertretung eines Anwalts**

(AG München NJW 2009, 239; Urteil vom 26.02.2008 – 121 C 28564/07)

Die **Regelung in den Bedingungen einer Rechtsschutzversicherung**, wonach die Vergütung eines für den Versicherungsnehmer tätigen Rechtsanwalts getragen wird, und, dass der Versicherungsnehmer die Übernahme der Kosten verlangen kann, sobald er nachweist, dass er zur Zahlung verpflichtet ist oder diese Verpflichtung bereits erfüllt hat, **schließt es aus, dass ein rechtsschutzversicherter Rechtsanwalt, der sich** in einem arbeitsgerichtlichen Verfahren **selbst vertreten hat, Anwaltsgebühren** als Versicherungsleistung **verlangen kann**.

I. Der **Leistungsumfang eines Rechtsschutzversicherers** im Falle einer rechtlichen Auseinandersetzung ihres Versicherungsnehmers ist in **§ 5 ARB geregelt**: Danach trägt der Versicherer bei Eintritt des Rechtsschutzfalls im Inland die Vergütung eines für den Versicherungsnehmer tätigen Rechtsanwalts trägt. Darüber hinaus ist in § 5 IIa ARB 95 geregelt, dass der Versicherungsnehmer die Übernahme der vom Versicherer zu tragenden Kosten ver-

langen kann, sobald er nachweist, dass er zu deren Zahlung verpflichtet ist oder diese Verpflichtung bereits erfüllt hat.

1. Bereits nach dem **Wortlaut** dieser genannten Regelungen ist die dem Rechtsstreit zu Grunde liegende Konstellation nicht erfasst.

*„Der insofern eindeutige Wortlaut des § 5 Ia ARB setzt eine **Personenverschiedenheit zwischen dem Versicherungsnehmer und Rechtsanwalt** voraus. Eine solche ist hier nicht gegeben. Die vorliegende Konstellation könnte also allenfalls im Rahmen einer erweiternden Auslegung unter den Leistungsumfang des § 5 ARB gefasst werden. Eine solche ist jedoch nicht veranlasst.“ (AG München aaO).*

2. **Sinn und Zweck einer Rechtsschutzversicherung** ist es, den Versicherungsnehmer von tatsächlichen Kosten freizustellen, die eine rechtliche Auseinandersetzung für ihn entstehen lässt. Dies beinhaltet insbesondere die Kosten des Versicherungsnehmers dafür, dass er sich anwaltlicher Hilfe bedienen musste, um sich eines gegen ihn gerichteten Anspruchs zu wehren. Dem Versicherungsnehmer bleibt insofern keine Wahl, er ist mit diesen Kosten konfrontiert. Hier soll ihn die Rechtsschutzversicherung absichern.

- II. Anders liegt es in Fällen, in denen ein Rechtsanwalt sich selbst vertritt, denn hier sind **Anwaltskosten tatsächlich nicht entstanden**, sondern sind **allenfalls als entgangener Gewinn einzustufen**. Einen Versicherungsnehmer vor einem solchen Verlust zu schützen ist jedoch nicht Sinn und Zweck einer Rechtsschutzversicherung.

*„Die **Rechtsschutzversicherung dient nicht der Übernahme fiktiver Kosten**. Weiter **dient sie nicht der Sicherung eines Einkommens eines sich selbst vertretenden Rechtsanwalts**.*

*Damit ist auch **nicht das Gebot der freien Anwaltswahl beschränkt**: Dem Kl. steht es ohne Weiteres frei, jeglichen Anwalt seiner Wahl zu beauftragen. Es steht ihm auch frei, von der Beauftragung eines Rechtsanwalts abzusehen und sich vielmehr selbst zu vertreten. Tatsächliche Anwaltskosten entstehen ihm dafür nicht, solche sind auch nicht durch die Rechtsschutzversicherung zu ersetzen.*

*Das Gericht verkennt auch nicht, dass der Kl. im Rahmen der anwaltlichen Selbstvertretung Zeit und Auslagen aufgewendet hat. Dies gilt jedoch für jeden Versicherungsnehmer, der mit einer rechtlichen Auseinandersetzung konfrontiert ist. Ein solcher **Zeitaufwand des Versicherungsnehmers ist durch die Rechtsschutzversicherung nicht abgesichert**.*

*Es ist damit festzustellen, dass bereits durch den in § 5 ARB beschriebenen Leistungsumfang der vorliegende Fall nicht abgedeckt ist. Nichts anderes ergibt sich im Übrigen aus § 5 IIa ARB. Auch aus dieser Vorschrift wird deutlich, dass der Versicherungsnehmer vom Versicherer lediglich die Übernahme der tatsächlichen Kosten verlangen kann. Die in dieser Vorschrift genannten Fälligkeitvoraussetzungen können im Übrigen in der vorliegenden Konstellation nicht eintreten, da der Kl. weder zur Zahlung von Anwaltsgebühren sich selbst gegenüber verpflichtet ist, noch eine solche Zahlung an sich selbst vorgenommen hat.“ (AG München aaO).*

ZPO  
§ 121 I

### Prozesskostenhilfe zulässige Beordnung einer RA-GbR

ZPO

(BGH BeckRS 2008, 23233; Beschluss vom 17.09.2008 - IV ZR 343/07)

**Im Rahmen der Bewilligung von Prozesskostenhilfe kann der bedürftigen Partei eine Rechtsanwaltssozietät beigeordnet werden**, denn die Vorschrift des **§ 121 ZPO** ist verfassungskonform dahin auszulegen, dass nicht nur eine persönliche Beordnung eines einzelnen Rechtsanwalts vom Gesetz gestattet wird.

- I. Die **Bundesrechtsanwaltsordnung (BRAO)** ermöglicht **Gesellschaften**, deren Unternehmensgegenstand die Beratung und Vertretung in Rechtsangelegenheiten ist, die **Zulassung als Rechtsanwalts-gesellschaft** (§ 59c I BRAO). Nach **§ 59 I BRAO** kann die Rechtsanwalts-gesellschaft als Prozess- und Verfahrensbevollmächtigte beauftragt werden. Sie hat dann die Rechte und Pflichten eines Rechtsanwalts, kann allerdings nur durch solche Organe und Vertreter handeln, in deren Person die für die Erbringung rechtsbesorgender Leistungen gesetzlich vorgeschriebenen Voraussetzungen vorliegen.

Trotz dieser Einschränkung wird die Bestimmung teilweise dahin verstanden, dass die Rechtsanwalts-gesellschaft selbst - und nicht nur die für sie nach § 59I Satz 3 BRAO jeweils handlungsbefugte Person - prozess- und postulationsfähig ist mit der Folge, dass die Gesellschaft als solche einer Partei im Rahmen der Bewilligung von Prozesskostenhilfe nach § 121 I ZPO beigeordnet werden kann (OLG Nürnberg NJW 02, 3715; OLG Frankfurt OLGR 01, 153; zustimmend Musielak/Fischer, ZPO, 6. Aufl., § 121 Rn 6 a.E.; Zöller/Philippi, ZPO, 26. Aufl., § 121 Rn 2).

- II. **Ähnliches gilt für die Partnerschaftsgesellschaft**: § 7 IV PartGG lässt es ähnlich wie §§ 59c i.V. mit 59 I BRAO zu, dass Rechtsuchende die Gesellschaft als Prozess- und Verfahrensbevollmächtigte beauftragen, wobei auch hier die Gesellschaft durch ihre Partner und Vertreter handelt und **§ 7 IV 2 PartGG** anordnet, dass diese jeweils in ihrer Person die für die Erbringung rechtsbesorgender Leistungen gesetzlich vorgeschriebenen Voraussetzungen aufweisen müssen.
- III. Für die **in der Rechtsform einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts (GbR) betriebene Anwaltssozietät** ist spätestens mit der Entscheidung des BGH (BGHZ 146, 341 ff.) eine grundlegende Änderung der rechtlichen Anschauung eingetreten, weil ihr nunmehr die **Rechtsfähigkeit einschließlich der Parteifähigkeit zugestanden** wird, soweit sie am Rechtsverkehr teilnimmt (BGHZ aaO). Sie **untersteht insoweit auch dem Schutz der Art. 12 I und 3 I GG**.
- IV. Eine **Beschränkung der Beordnungsmöglichkeit auf Rechtsanwälte als Einzelpersonen würde die Rechtsanwaltssozietät** in ihrer von Art. 12 I GG geschützten Berufsausübung **einschränken**, ohne dass sich dafür heute noch tragfähige Gründe finden ließen (vgl. dazu auch Ganter AnwBI 07, 847).



Zugleich könnte die **Anwaltssozietät** gegenüber Einzelanwälten, der Rechtsanwaltsgesellschaft und der Partnerschaftsgesellschaft in **einer den Schutzbereich des Art. 3 I GG berührenden Weise benachteiligt** sein. Es ist zudem zu berücksichtigen, dass der dem Prozesskostenhilferecht immanente **Grundsatz der Waffengleichheit** berührt ist, wenn einerseits eine vermögende Partei in der Lage ist, für sich eine Anwaltssozietät mit den aus deren Arbeitsteilung erwachsenden Vorteilen zu verpflichten, andererseits aber die auf Prozesskostenhilfe angewiesene Partei jeweils auf die Vertretung durch einen einzelnen Rechtsanwalt beschränkt ist (vgl. Ganter aaO).

- V. Es tritt hinzu, dass die **Rechtslage für den Mandanten** einer Anwaltssozietät **schwer durchschaubar** wird, wenn ihm während des laufenden Mandats lediglich ein bestimmter Sozium nach § 121 I ZPO beigeordnet wird.

Nach der **BGH-Rspr.** findet ein zuvor mit der Sozietät geschlossener Mandats-Vertrag mit der Beordnung nicht ohne Weiteres sein Ende (BGH NJW-RR 05, 261). Aus dem **fehlenden Gleichlauf von Mandat und Beordnung** erwachsen sodann weitere Probleme hinsichtlich der Frage, inwieweit die **Sperrwirkung des § 122 I Nr. 3 ZPO** auch den Honoraranspruch der Sozietät erfasst, bzw. inwieweit jedenfalls der schließlich allein beigeordnete Rechtsanwalt gehalten ist, den Mandanten über die gebührenrechtlichen Folgen des fehlenden Gleichlaufs von Mandat und Beordnung zu belehren, um sich nicht mit Blick auf den mitunter fortbestehenden Honoraranspruch der Sozietät schadensersatzpflichtig zu machen (vgl. dazu auch Ganter aaO).

- VI. Zwar wird in der Rspr. auch nach der mit der Entscheidung BGHZ 146, 341 ff. verbundenen Zuerkennung der Rechtsfähigkeit der Gesellschaft bürgerlichen Rechts teilweise weiterhin die Auffassung vertreten, der Wortlaut des § 121 I ZPO verbiete die Beordnung einer Rechtsanwaltssozietät (OLG Celle, Beschluss vom 2. Mai 2003 - 7 U 11/03 -; BayLSG, Beschluss vom 4. Juli 2006 - L 15 B 44/03 R KO - beide veröffentlicht in juris).

Das stützt sich zum einen darauf, dass der Gesetzgeber trotz der Neuregelungen über die Rechtsanwaltsgesellschaft (§§ 59c ff. BRAO) davon abgesehen hat, die §§ 78 und 121 ZPO neu zu fassen und die Beordnungsmöglichkeit auf die Rechtsanwaltsgesellschaft zu erweitern, zum anderen darauf, dass mit der persönlichen Beordnung eines einzelnen Rechtsanwalts vermieden werde, dass etwa ein in einer entfernt gelegenen Niederlassung derselben Sozietät tätiger Rechtsanwalt für die bedürftige Partei auftreten und hierdurch höhere Kosten verursachen könne.

„Beide Argumente überzeugen nicht:

*Wie bereits dargelegt, ist die Beordnungsfähigkeit der Rechtsanwaltsgesellschaft mittlerweile ungeachtet der Tatsache anerkannt, dass der Gesetzgeber insoweit von einer Änderung des § 121 I ZPO abgesehen hat. Allein die Tatsache, dass der Wortlaut des § 121 ZPO unverändert fortbesteht, beantwortet im Übrigen nicht die Frage, ob die **Vorschrift vor dem Hintergrund der inzwischen eingetretenen Rechtsentwicklung** in Bezug auf die Rechtsanwalts- und die Partnerschaftsgesellschaft **einer Korrektur mittels verfassungskonformer Auslegung bedarf**. Zu der im Jahre 1998 geschaffenen Neuregelung der §§ 59c ff. BRAO und den bereits im Jahre 1995 geschaffenen Regelungen über die Partnerschaftsgesellschaft (vgl. dazu Schultz in Festschrift für Hirsch, 2008, S. 525, 526) tritt inzwischen hinzu, dass spätestens seit der zu Beginn des Jahres 2001 ergangenen Entscheidung BGHZ 146, 341 ff. die Rechtsfähigkeit der Gesellschaft bürgerlichen Rechts, damit auch der Rechtsanwaltssozietät, anerkannt ist. Damit ist der wesentliche Grund, die Sozietät von einer Beordnung auszuschließen, entfallen.*

*Auch das vom OLG Celle aaO und - ihm folgend - dem Bay LSG aaO ins Feld geführte Kostenargument ist nicht geeignet, die Rechtsanwaltssozietät von einer Beordnung nach § 121 I ZPO auszuschließen.*

*Der Gefahr, dass im Rahmen einer Sozietätsbeordnung ein auswärtiger Rechtsanwalt für die bedürftige Partei auftritt und Kosten verursacht, die bei einer Einzelbeordnung nicht entstanden wären, kann im Einzelfall nach § 121 III ZPO ausreichend begegnet werden, etwa dadurch, dass das Gericht die Beordnung einer überörtlich tätigen Sozietät von der Zusage abhängig macht, auf die Erstattung von Reisekosten für Sozium aus entfernt gelegenen Niederlassungen zu verzichten, oder bereits der Beordnungsantrag dahin ausgelegt wird, dass er einen solchen Verzicht enthalte (vgl. dazu auch BGH NJW 06, 3783; Zöller/Philippi aaO Rn 13b).“ (BGH aaO).*

ZPO

### Kostenfestsetzungsantrag

ZPO

§ 103 f.

**Klagegegenstand muss rechtshängig gewesen sein**

(BGH NJW 2009, 233; Beschluss vom 09.10.2008 - VII ZB 43/08)

**Fall:** Die Kl. machte vor dem AG gegen die Bekl. eine Forderung von 1.012,68 € aus einem Anzeigenauftrag geltend. Darüber hinaus berührte sie sich einer weiteren Forderung von 5.112,12 € aus demselben Vertrag.

In der mündlichen Verhandlung haben die Parteien eine gütliche Einigung hinsichtlich beider Forderungen angesprochen. Nachdem eine solche im Termin nicht möglich war, haben sie sich darauf verständigt, außergerichtlich weiterzuverhandeln. Nach Scheitern dieser Verhandlungen hat das AG die Klage abgewiesen und der Kl. die Kosten des Rechtsstreits auferlegt.

Das AG hat den Streitwert auf 1.012,68 € festgesetzt. Die dagegen von den Prozessbevollmächtigten der Bekl. eingelegte Beschwerde, mit der die zusätzliche Festsetzung des Wertes der nicht anhängigen Forderung von 5.112,12 € erstrebt wurde, ist erfolglos geblieben.

Der Kostenbeamte hat ausgehend von einem Streitwert von 1.012,68 € die von der Kl. an die Bekl. zu erstattenden Kosten auf 269,70 € nebst Zinsen festgesetzt. Den Antrag der Bekl., zusätzlich eine 0,8-Verfahrensgebühr aus einem Wert von 5.112,12 € festzusetzen und der 1,2-Terminsgebühr statt eines Wertes von 1.012,68 € einen solchen von 6.124,80 € zugrunde zu legen, hat er abgelehnt.

Eine **Verfahrens- und Terminsgebühr** können im Verfahren nach §§ 103 f. ZPO **nur dann festgesetzt werden, wenn der betreffende Gegenstand rechtshängig war.**

- I. Gem. **Nr. 3101 Nr.2 VV RVG** erwächst dem Rechtsanwalt eine 0,8-Verfahrensgebühr, soweit in einem Rechtsstreit Verhandlungen vor Gericht zur Einigung über in diesem Verfahren nicht rechtshängige Ansprüche geführt werden.

Eine **Terminsgebühr** fällt gem. Vorbem. 3 III i.V.m. Nr. 3104 VV RVG für die Mitwirkung an auf die Vermeidung des Verfahrens gerichteten Besprechungen auch ohne Beteiligung des Gerichts an.

**Voraussetzung für den Anfall beider Gebühren** ist, dass **dem Rechtsanwalt zuvor** für die geltend gemachten oder abgewehrten Ansprüche ein **Auftrag zur Vertretung im gerichtlichen Verfahren erteilt worden** ist (Gerold/Schmidt - Müller-Rabe, RVG, 18. Aufl., VV 3101 Rn 80 und Vorbem. 3 VV RVG Rn 27).

- II. Nicht zu prüfen ist, ob die Bekl. ihren Prozessbevollmächtigten hinsichtlich der Forderung von 5.112,12 € entsprechend mandatiert hat, weil eine **Festsetzung dieser Gebühren** auch bei Erteilung eines Prozessauftrags **mangels einer Kostengrundentscheidung im Kostenfestsetzungsverfahren** nach §§ 103 f. ZPO **ausgeschlossen** ist.

*„In diesem Verfahren wird lediglich der aus der Kostengrundentscheidung resultierende prozessuale Kostenerstattungsanspruch betragsmäßig festgesetzt. Ein solcher prozessualer Kostenerstattungsanspruch entsteht nur bei Begründung eines Prozessrechtsverhältnisses, setzt also voraus, dass die Streitsache rechtshängig geworden ist (Musielak/Wolst, ZPO, 6. Aufl., vor § 91 Rn 14). Es können daher nur Kosten festgesetzt werden, die den Rechtsstreit betreffen, der zu dem zugrunde liegenden Vollstreckungstitel geführt hat und in dem die Kostengrundentscheidung ergangen ist (Musielak/Wolst aaO § 104 Rn 5).“ (BGH aaO).*

- III. Das **Amtsgericht hat lediglich über die Kosten des Rechtsstreits entschieden** und damit über die Kosten, die wegen des Streits über die bei ihm rechtshängige Forderung von 1.012,68 € angefallen sind. Die aus den Verhandlungen über die von der Kl. behauptete, nicht rechtshängig gemachte weitere Forderung von 5.112,12 € eventuell erwachsenen Gebühren sind daher zu Recht nicht festgesetzt worden.

- IV. Aus den Beschlüssen des BGH vom 20.11.2006 (II ZB 6/06), vom 14.12.2006 (NJW-RR 07, 787) und 11.06.2008 (XII ZB 11/06, in juris dokumentiert) ergibt sich nichts Gegenteiliges.

*„Der BGH hatte insoweit jeweils darüber zu entscheiden, ob eine Terminsgebühr, die für außergerichtliche Verhandlungen über rechtshängige Forderungen geltend gemacht wird, Gegenstand des Kostenfestsetzungsverfahrens sein kann, obwohl deren tatbestandlichen Voraussetzungen sich nicht aus den Akten ergeben. Dies hat er für den Fall bejaht, dass die Voraussetzungen des Gebührrentatbestandes als unstrittig anzusehen sind.*

*Dass dies auch dann gelten soll, wenn die außergerichtlichen Verhandlungen sich auf nicht rechtshängige Forderungen beziehen, lässt sich aus diesen Entscheidungen nicht ableiten.“ (BGH aaO).*

## Steuern

EStG

§§ 9 I 1, 12 Nr.1 S.2

### berufsbedingte Werbungskosten Seminar zur Persönlichkeitsentfaltung

SteuerR

(BFH NJW 2009, 174; Urteil vom 28.08.2008 - VI R 35/05)

**Aufwendungen für Seminare zur Persönlichkeitsentfaltung sind dann beruflich veranlasst, wenn die Veranstaltungen primär auf die spezifischen Bedürfnisse des vom Steuerpflichtigen ausgeübten Berufs ausgerichtet sind.**

**Indizien** für die berufliche Veranlassung sind insbesondere

- die **Lehrinhalte und ihre konkrete Anwendung in der beruflichen Tätigkeit,**
- der **Ablauf des Lehrgangs** sowie
- die **teilnehmenden Personen.**

**Fall:** Die Kl. sind Eheleute und erzielten im Streitjahr (2000) als Angestellte Einkünfte aus nichtselbstständiger Arbeit. Der Kl. ist Diplom-Kaufmann und war als interner Revisor bei der Firma C beschäftigt. Dort führte er ein Team von fünf Mitarbeitern. Die Kl. ist approbierte Apothekerin und war im Streitjahr als Vertreterin verschiedener Apothekenleiter und -inhaber tätig.

Die Kl. besuchte im Streitjahr ein „Blockseminare Supervision“ im Zentrum für Persönlichkeitsentwicklung, nachdem sie dort bereits im Jahr 1999 ein „Blockseminar Supervision“ mit den Schwerpunkten Kommunikation und Kundenansprache absolviert hatte. Die von der Kl. im Streitjahr besuchten Veranstaltungen dienten im Wesentlichen der Vermittlung von Grundlagenwissen. Hierzu wurden zunächst verschiedene psychologische Theorien und die dahinter stehenden Menschenbilder gelehrt sowie verschiedene Wirtschaftstheorien dargestellt. Vor diesem Hintergrund wurden unterschiedliche Führungstechniken für Mitarbeiter entwickelt. Anschließend wurde die Theorie der Supervision unterrichtet. Für die Vermittlung des Grundlagenwissens waren in den wöchentlichen Sitzungen jeweils zwei Stunden und in den Wochenendseminaren jeweils zwölf Stunden vorgesehen. Ein weiterer Teil der Veranstaltungen diente der Besprechung von Problemen bei der Ausübung des Berufs und der Führungsaufgaben, der Erarbeitung von Lösungsmöglichkeiten und der Aufarbeitung von Schwachstellen und Fehlern der Teilnehmer. Hierfür waren in den wöchentlichen Sitzungen jeweils eine Stunde und in den Wochenendseminaren jeweils vier Stunden vorgesehen.

Der Kl. nahm im Streitjahr ebenfalls an „Blockseminaren Supervision“ im Zentrum für Persönlichkeitsentwicklung teil. Dort hatte er zuvor bereits seit 1998 Seminare besucht, in denen das Grundlagenwissen für die „Blockseminare Supervision“ vermittelt worden war. Der Inhalt der vom Kl. in den Jahren 1998 bis 2000 besuchten Seminare stimmte im Wesentlichen mit den im Verlauf der „Berufsbegleitenden Gruppe“ vermittelten Inhalten überein. Zu den Teilnehmern der „Blockseminare Supervision“ gehörten wie bei der „Berufsbegleitenden Gruppe“ Führungskräfte aus verschiedenen Berufsgruppen. Die im Streitjahr besuchten Blockseminare beinhalteten Supervisionen in Kleingruppen von drei bis vier Personen. Hierbei fanden jeweils zwei bis drei gegenseitige Besuche in Form einer kritischen Begleitung am Arbeitsplatz statt.

In der Einkommensteuererklärung für das Streitjahr machten die Kl. die Aufwendungen für die Teilnahme an den Seminaren i.H. von 4.733 DM (Kl.) und 10.116 DM (Kl.) als Werbungskosten geltend, die vom bekl. Finanzamt nicht berücksichtigt wurden.

- I. **Werbungskosten sind Aufwendungen zur Erwerbung, Sicherung und Erhaltung der Einnahmen (§ 9 I 1 EStG).**

Nach **st. Rspr. des BFH** gehören hierzu auch **Bildungsaufwendungen**, sofern sie beruflich veranlasst sind (BFHE 201, 211 = BStBl II 2003, 407 = DStR 03, 150 = NJW 03, 536; BFH DStRE 07, 818 = BFH/NV 07, 1132 m. w. Nachw.).

Eine berufliche Veranlassung ist gegeben, wenn die **Aufwendungen objektiv mit dem Beruf zusammenhängen und subjektiv zu dessen Förderung erbracht** werden (BFHE 216, 522 = BStBl II 07, 459 = NJW 07, 1775 m. w. Nachw.). Aufwendungen für einen Lehrgang sind demnach als Werbungskosten abziehbar, wenn ein konkreter Zusammenhang mit der Berufstätigkeit besteht (BFH DStRE 07, 818 = BFH/NV 07, 1132).

- II. Ob der Steuerpflichtige Bildungsaufwendungen aus beruflichem Anlass tätigt oder ob es sich um Aufwendungen für die Lebensführung i.S. des § 12 Nr. 1 S. 2 EStG handelt, ist anhand einer **Gesamtwürdigung aller Umstände des Einzelfalls** zu entscheiden (z.B. BFH DStRE 07, 1082 = BFH/NV 07, 1643 m. w. Nachw.).

Für die Entscheidung, ob Aufwendungen für einen Lehrgang, der - wie die von den Kl. besuchten Seminare - die Persönlichkeitsentfaltung zum Gegenstand hat, beruflich veranlasst sind, kommt es damit darauf an, ob der Lehrgang primär auf die spezifischen Bedürfnisse des vom Steuerpflichtigen ausgeübten Berufs ausgerichtet ist.

BFHE 177, 119 = BStBl II 95, 393 = NJW 95, 2438; BFH DStRE 02, 77 = BFH/NV 02, 182; Schmidt/Drenseck, EStG, 27. Aufl., § 12 Rn 25 Stichwort „Persönlichkeitsentfaltung“, m. w. Nachw.

- Im Rahmen der vorzunehmenden Gesamtwürdigung sind dabei Feststellungen zu den **Lehrinhalten** und ihrer **konkreten Anwendung in der beruflichen Tätigkeit**, zum **Ablauf des Lehrgangs** sowie zu den **teilnehmenden Personen** als **Indizien für die berufliche Veranlassung** von besonderer Bedeutung (BFH BFH/NV 97, 110 und BFH DStRE 02, 77 = BFH/NV 02, 182; FG Nürnberg DStRE 01, 1334).
- In die Beurteilung der beruflichen Veranlassung des Lehrgangs ist der **gesamte Lehrinhalt einzubeziehen**. Dies gilt auch dann, wenn sich die Lehrveranstaltungen über mehr als einen Veranlagungszeitraum erstrecken. Aufwendungen für einen Lehrgang, in dem sowohl Grundlagenwissen als auch berufsbezogenes Spezialwissen vermittelt wird, können in vollem Umfang als Werbungskosten anzuerkennen sein, wenn der Erwerb des Grundlagenwissens die Vorstufe zum Erwerb des berufsbezogenen Spezialwissens bildet (BFHE 198, 563 = BStBl II 02, 579 = NJW 02, 2494).

III. Nach diesen Grundsätzen sind die Aufwendungen der Kl. für die im Streitjahr besuchten Seminare als Werbungskosten bei den Einkünften aus nichtselbstständiger Arbeit zu berücksichtigen.

1. Die **Supervisionen**, die im Rahmen der vom Kl. absolvierten Blockseminare durchgeführt wurden, **dienten dazu**, in Kleingruppen **Lösungsmöglichkeiten für die konkreten Arbeitsplatzsituationen der Teilnehmer zu erarbeiten** und in gemeinsamer Reflexion die **Fehler und Schwachstellen der Teilnehmer aufzuarbeiten**.

„Sie wiesen damit - im Gegensatz zu allgemeinen psychologischen Seminaren (vgl. BFHE 177, 119 = BStBl II 95, 393 = NJW 95, 2438; von Bornhaupt, in: Kirchhof/Söhn/Mellinghoff, EStG, § 9 Rn B 309 m. w. Nachw.) - einen unmittelbaren Bezug zur beruflichen Tätigkeit des Kl. auf (vgl. zu Gruppensupervisionen FG Hessen EFG 87, 551; FG Niedersachsen EFG 96, 1025).

Entgegen der Auffassung der Vorinstanz wird der Abzug der Aufwendungen des Kl. für die „Blockseminare Supervision“ nicht dadurch ausgeschlossen, dass der Kl. im Rahmen der in Kleingruppen durchgeführten Supervisionen tiefe Einblicke in die Arbeitswelt anderer Berufsgruppen erhielt: Denn die Supervisionen beschäftigten sich mit Problemstellungen bei der Wahrnehmung von Führungsaufgaben, die in der beruflichen Tätigkeit des Kl. in vergleichbarer Weise auftraten wie in den Berufen der übrigen Teilnehmer. Die mit dem Einblick in die Arbeitswelt anderer Berufsgruppen verbundenen Erkenntnisse sind daher unschädlich, da sie sich als bloße Folge zwangsläufig und untrennbar aus den im beruflichen Interesse durchgeführten Supervisionen ergeben (vgl. BFHE 168, 567 = BStBl II 92, 1036 = DStR 92, 1473; BFH DStRE 02, 77 = BFH/NV 02, 182).“ (BFH aaO).

2. Im Hinblick auf die von dem Kl. besuchten „Blockseminare Supervision“ sind die Aufwendungen ebenfalls als Werbungskosten bei den Einkünften aus nichtselbstständiger Arbeit zu berücksichtigen.

„Der Inhalt der Blockseminare war auf die konkrete berufliche Tätigkeit des Kl. bezogen: Ein weiteres gewichtiges Indiz für die berufliche Veranlassung der streitigen Aufwendungen des Kl. für die Blockseminare stellt - neben dem berufsbezogenen Inhalt - der **homogene Teilnehmerkreis** dar (vgl. BFHE 177, 119 = BStBl II 95, 393 = NJW 95, 2438; BFH DStRE 02, 77 = BFH/NV 02, 182; BFH BeckRS 06, 25010040 = BFH/NV 06, 1474). Für die homogene Zusammensetzung des Teilnehmerkreises ist es nicht erforderlich, dass alle Teilnehmer derselben Berufsgruppe angehören (vgl. BFH DStRE 02, 77 = BFH/NV 02, 182). Entscheidend ist vielmehr, dass die Kursteilnehmer **auf Grund der Art ihrer beruflichen Tätigkeit gleichgerichtete fachliche Interessen** haben (vgl. bereits BFHE 113, 274 = BStBl II 75, 70 = BeckRS 74, 22002669; BFH BFH/NV 92, 801). Der Teilnehmerkreis ist damit als homogen anzusehen, wenn die Teilnehmer zwar unterschiedlichen Berufsgruppen angehören, aber - wie im Streitfall - in ihren jeweiligen Berufsgruppen Führungspositionen innehaben und auf Grund dieser Leitungsfunktionen an den in den Blockseminaren durchgeführten Supervisionen interessiert sind. Das gleichgerichtete fachliche Interesse der Kursteilnehmer folgt hierbei im Streitfall daraus, dass sich die Supervisionen mit Problemfeldern von Führungskräften aus unterschiedlichen Berufen befassten.“ (BFH aaO).

EStG  
§§ 4 IV, 9 I, 9a

### Arbeitnehmerpauschbetrag Kürzung

SteuerR

(BFH NJW 2008, 3742; Urteil vom 10.06.2008 - VIII R 76/05)

1. Ein **Steuerpflichtiger, der Einnahmen aus nichtselbstständiger Arbeit erzielt, hat einen Rechtsanspruch auf den Ansatz des ungekürzten Arbeitnehmer-Pauschbetrags**. Dies gilt selbst dann, wenn feststeht, dass keine oder nur geringe Werbungskosten angefallen sind.
2. **Erzielt ein Steuerpflichtiger sowohl Einnahmen aus selbstständiger als auch aus nichtselbstständiger Arbeit**, so sind die **durch diese Tätigkeiten veranlassten Aufwendungen den jeweiligen Einkunftsarten**, ggf. nach einer im Schätzungswege vorzunehmenden Aufteilung der Aufwendungen, **als Werbungskosten oder Betriebsausgaben zuzuordnen**. Sind die **Werbungskosten niedriger als der Arbeitnehmer-Pauschbetrag**, so ist **dieser in voller Höhe anzusetzen**.

**Fall:** Die Kl. sind Ehegatten und wurden in den Streitjahren 1998 und 1999 zusammen zur Einkommensteuer veranlagt. Der Kl. ist Jurist, er erzielte als angestellter Assessor Einkünfte aus nichtselbstständiger Arbeit und aus seiner freiberuflichen Tätigkeit als Rechtsanwalt Einkünfte aus selbstständiger Arbeit. Den Gewinn ermittelte er durch Einnahmen-Überschuss-Rechnung. Als Betriebsausgaben machte er u.a. Raumkosten (Miete und Energiekosten für einen Büroraum), Versicherungen, Beiträge, Gebühren, Kfz-Kosten, Bewirtungskosten, Porto, Telefon, Bürobedarf, Fachliteratur, Steuerberatkungskosten und Bankgebühren geltend. Der Gewinn aus selbstständiger Arbeit belief sich danach auf 26.189 DM, die Einnahmen aus nichtselbstständiger Arbeit betragen 128.280 DM. Werbungskosten wurden nicht gesondert geltend gemacht. Mit seinem Bescheid wick das Finanzamt von der Erklärung ab und setzte als Gewinn aus der Rechtsanwaltstätigkeit einen Betrag von 27.013 DM an. Die Erhöhung des Gewinns um 824 DM beruhte auf der Überlegung des Finanzamts, dass die nichtselbstständige und die selbstständige Tätigkeit des Kl. vergleichbar seien, so dass typische Aufwendungen wie Porto, Telefon, Bürobedarf, Fachliteratur nur einmal anfielen. Der Kl. könne als Werbungskosten aus der nichtselbstständigen Tätigkeit nur spezifische Aufwendungen abziehen, die mit dem Angestelltenverhältnis in Zusammenhang stünden.

Die durch die Gewährung des Arbeitnehmer-Pauschbetrags von 2.000 DM erfolgte überhöhte Berücksichtigung von Werbungskosten könne im Rahmen der Gesamtbemessungsgrundlage rechnerisch durch Streichung von Betriebsausgaben in Höhe von 824 DM ausgeglichen werden.

Im Streitjahr 1999 verfuhr das Finanzamt auf entsprechende Weise: Hier hatte es zunächst den Gewinn aus selbstständiger Arbeit um 2.000 DM - also den gesamten Arbeitnehmer-Pauschbetrag - erhöht. Erst in der Einspruchsentscheidung wurde, wie im Vorjahr, eine Gewinnerhöhung um lediglich 824 DM vorgenommen.

Von dieser Teilabhilfe abgesehen, hatten die Einsprüche der Kl. keinen Erfolg.

- I. Wenn **nicht höhere Werbungskosten nachgewiesen** werden, ist bei der Ermittlung der Einkünfte von den Einnahmen aus nichtselbstständiger Arbeit **grds. ein Arbeitnehmer-Pauschbetrag** in Höhe von 2.000 DM **abzuziehen** (§ 9a S. 1 Nr. 1a EStG in der in den Streitjahren geltenden Fassung).

1. Wie schon aus dem **Wortlaut der Bestimmung** - „sind die folgenden Pauschbeträge abzuziehen“ - hervorgeht, handelt es sich bei dem Arbeitnehmer-Pauschbetrag um eine **zwingende Regelung**.

*„Der Steuerpflichtige hat einen **Rechtsanspruch auf den Ansatz des ungekürzten Pauschbetrags**, selbst wenn feststeht, dass keine oder nur geringe Werbungskosten angefallen sind. Voraussetzung ist nach § 9a S. 2 EStG lediglich, dass die Jahreseinnahmen aus nichtselbstständiger Arbeit den Betrag von 2.000 DM übersteigen (soweit ersichtlich allgemeine Meinung, vgl. BFHE 193, 536 = BStBl II 01, 702 = NJWE-FER 01, 188; BFHE 188, 143 = BStBl II 99, 588 = NPR-RR 99, 538; Schmidt/Drenseck, EStG, 27. Aufl., § 9a Rn 1; v. Bornhaupt, in: Kirchhof/Söhn/Mellinghoff, EStG, § 9a Rn A 75, A 85 und B 13; Hildesheim, in: Littmann/Bitz/Pust, Das EinkommensteuerR, § 9a Rn 2; Herrmann/Heuer/Raupach, § 9a EStG Rn 12 u. 22; Blümich/Thürmer, § 9a EStG Rn 48; Claßen, in: Lademann, EStG, § 9a EStG Rn 4; Damrau-Schröter, in: Bordewin/Brandt, § 9a EStG Rn 19f.; Frotscher, EStG, 6. Aufl., 1998, § 9a Rn 3).*

*Danach sind im Streitfall von den Einnahmen des Kl. aus seiner abhängigen Beschäftigung mindestens Werbungskosten in Höhe des gesetzlichen Pauschbetrags abzuziehen.“ (BFH aaO).*

2. Die **Entscheidung BFH** (BFHE 88, 414 = BStBl III 67, 418 = BeckRS 67, 21000526), wonach die Pauschale nur dann anwendbar ist, wenn sie zu einer tatsächlichen Vereinfachung der Einkünfteermittlung führen kann, **steht diesem Ergebnis nicht entgegen**.

*„Denn dem besagten Urteil lag ein Werbungskostenpauschbetrag zu Grunde, den die Finanzverwaltung durch Verwaltungsvorschrift gewährt hatte. Bei einem zwingenden gesetzlichen Pauschbetrag verbieten sich aber von vornherein Überlegungen, ob im Einzelfall die Besteuerung vereinfacht wird oder nicht.“ (BFH aaO).*

- II. Nach **§ 4 IV EStG** sind als Betriebsausgaben von den Einnahmen aus selbstständiger Arbeit nur diejenigen Aufwendungen abzuziehen, die durch die selbstständige Arbeit veranlasst wurden. Soweit die Aufwendungen der Erwerbung, Sicherung und Erhaltung der Einnahmen aus nichtselbstständiger Arbeit dienen (§ 9 EStG), sind sie bei der Ermittlung dieser Einkünfte zu berücksichtigen (BFHE 84, 243 = BStBl III 66, 89 = BeckRS 65, 21000495).

- Ein **anteiliger betrieblicher Veranlassungszusammenhang führt grds. zur anteiligen Berücksichtigung** im betrieblichen Bereich. Dies gilt jedenfalls dann, soweit es um die Abgrenzung zu anderen Einkünften und nicht um eine anteilige private Mitveranlassung geht (Schmidt/Heinicke, § 4 Rn 29 u. 489; v. Bornhaupt, in: Kirchhof/Söhn/Mellinghoff, § 9 Rn A 84).
- Die **Aufteilung ist nach objektiven Gesichtspunkten** vorzunehmen. Soweit die Aufwendungen nicht ihrer Natur nach und ausschließlich mit der nichtselbstständigen oder der selbstständigen Tätigkeit zusammenhängen, ist eine Aufteilung durch Schätzung unvermeidlich (BFHE 84, 243 = BStBl III 66, 89 = BeckRS 65, 21000495).
- Der **Steuerpflichtige kann demnach keine beliebige Bestimmung treffen** und auf diese Weise den Arbeitnehmer-Pauschbetrag ganz und daneben sämtliche nachgewiesenen Aufwendungen als Betriebsausgaben geltend machen (Prinz, in: Herrmann/Heuer/Raupach, § 9a EStG Rn 21; v. Bornhaupt, in: Kirchhof/Söhn/Mellinghoff, § 9a Rn B 35; Hildesheim, in: Littmann/Bitz/Pust, § 9a Rn 5; Damrau-Schröter, in: Bordewin/Brandt, § 9a EStG Rn 49; Claßen, in: Lademann, § 9a Rn 20).

*„Unvermeidlich ist die Schätzung zum Zwecke der Aufteilung jedoch nur bei solchen Aufwendungen, die gleichzeitig den freiberuflichen und den nichtselbstständigen Tätigkeitsbereich betreffen, etwa wenn einem abhängig beschäftigten Krankenhausarzt, der in der Klinik zugleich Privatpatienten als Freiberufler behandelt, Aufwendungen für die Fahrten zu diesem Krankenhaus entstehen (vgl. den Sachverhalt in BFHE 84, 243 = BStBl III 66, 89 = BeckRS 65, 21000495). Es geht dann um Aufwendungen, die sowohl durch die eine als auch die andere Tätigkeit veranlasst wurden. Bei bloßer Gleichartigkeit der Aufwendungen (zu diesem Unterschied vgl. Schmidt/Drenseck, § 9a Rdnr. 3) sind die einzelnen Aufwendungen hingegen der Einkunftsart zuzuordnen, durch die sie ausschließlich veranlasst wurden. So sind Aufwendungen für Fahrten zum Arbeitsplatz und für Fahrten zum freiberuflichen Tätigkeitsort zwar gleichartig, betreffen aber nicht notwendigerweise gleichzeitig beide Einkunftsarten. Die Fahrt des Arztes, der seinem Privatpatienten einen Hausbesuch abstattet, ist ausschließlich durch die freiberufliche Tätigkeit veranlasst, die Kosten sind damit voll als Betriebsausgabe abziehbar. Werden derartige Aufwendungen nachgewiesen, dann ist eine Schätzung unzulässig. Insbesondere gibt es keinen „Werbungskostenanteil“, der aus der einzelnen Aufwendung herausgerechnet werden müsste. Allein durch die nichtselbstständige Tätigkeit veranlasste Aufwendungen sind ausschließlich als Werbungskosten in voller Höhe abziehbar und daher, je nach Höhe der Werbungskosten, ggf. durch den Arbeitnehmer-Pauschbetrag abgegolten.“ (BFH aaO).*

- III. Danach ist im **Streitfall** zunächst zu **prüfen, ob** die geltend gemachten **Betriebsausgaben überhaupt die Gesamtaufwendungen des Kl. aus seiner juristischen Tätigkeit** als Anwalt und als Angestellter darstellen.

*„Im Hinblick auf jede einzelne Betriebsausgabenposition bedarf es insbesondere der Feststellung, ob die als Betriebsausgabe geltend gemachte Aufwendung einen im Schätzungswege zu bestimmenden „Werbungskostenanteil“ enthält. Ergibt diese Prüfung, dass die insgesamt als Betriebsausgaben geltend gemachten Beträge tatsächlich ausschließlich als Werbungskosten zu qualifizierende Einzelaufwendungen oder gemischt veranlasste Einzelaufwendungen mit einem zu schätzenden Werbungskostenanteil enthalten, so ist der begehrte Betriebsausgabenabzug dementsprechend ganz oder teilweise zu versagen. Nach der Zuordnung und gegebenenfalls Aufteilung der Aufwendungen ist sodann zu ermitteln, ob die Werbungskosten insgesamt höher oder niedriger als der Arbeitnehmer-Pauschbetrag sind. Im letztgenannten Fall ist der Pauschbetrag in voller Höhe anzusetzen (vgl. v. Bornhaupt, in: Kirchhof/Söhn/Mellinghoff, § 9a Rn B 35 mit Fn 29; Damrau-Schröter, in: Bordewin/Brandt, § 9a EStG Rn 49). Der um die Werbungskosten bereinigte Teil der als Betriebsausgaben geltend gemachten Gesamtaufwendungen ist bei der Ermittlung des Gewinns aus freiberuflicher Tätigkeit zu berücksichtigen.*

*Ausgehend von seinem Rechtsstandpunkt hat das FG nicht im Einzelnen geprüft, ob die in der Einnahmen-Überschuss-Rechnung erfassten Aufwendungen vollständig als Betriebsausgaben abzuziehen sind. Das FG hat nur allgemein festgestellt, dass die nichtselbstständigen und die freiberuflichen Tätigkeiten des Kl. in den Streitjahren verquickt waren und die geltend gemachten Aufwendungen beide Einkunftsarten betrafen. Auf der Basis dieser Feststellungen hat es sodann den Arbeitnehmer-Pauschbetrag grundsätzlich versagt und an Stelle des Pauschbetrags die tatsächlich entstandenen spezifischen Werbungskosten im Schätzungswege zu ermitteln gesucht. Diese Ausführungen der Vorinstanz sind somit nicht frei von Rechtsirrtum, die hierzu getroffenen Feststellungen infolge dessen lückenhaft.*

[Es sind] daher Feststellungen zu den einzelnen als Betriebsausgaben geltend gemachten Aufwendungen zu treffen, um entscheiden zu können, ob es sich ausschließlich um Werbungskosten oder um Betriebsausgaben mit einem zu schätzenden Werbungskostenanteil handelt.“ (BFH aaO).

1. Die bei „**vermischten Aufwendungen**“ erforderliche **Schätzung der auf § 16 und auf § 19 EStG entfallenden Anteile** darf sich aber nicht an der Schätzungsmethode des Finanzamts orientieren, weil diese zu grundsätzlich falschen Ergebnissen führt.

„Das Finanzamt hat die Ermittlung der Höhe der zu kürzenden Betriebsausgaben rechnerisch kompliziert über einen Versuch der Schätzung der tatsächlichen Werbungskosten vorgenommen. Unter der Prämisse, dass der in zwei Einkunftsarten tätige Steuerpflichtige tatsächlich sämtliche Fahrtaufwendungen als Betriebsausgaben geltend gemacht hat, mag es mit dem Finanzamt angehen, den spezifischen Werbungskostenanteil anhand der tatsächlichen Kosten für die Fahrten Wohnung - Arbeitsstätte herauszurechnen. Auf die Verhältnisse des Streitfalls übertragen, beträgt der Umfang der zu kürzenden Betriebsausgaben damit 966 DM (230 Tage x 6 km x 0,70 DM). An dieser Stelle ist das Finanzamt jedoch nicht stehen geblieben. Bei ihm erscheinen die 966 DM nicht als der Betriebsausgabenkürzungsbetrag, sondern als der Betrag, um den der Arbeitnehmer-Pauschbetrag zu kürzen ist. Erst der nicht verbrauchte Teil des Arbeitnehmer-Pauschbetrags (2.000 DM abzüglich 966 DM) ergibt in der Berechnung des Finanzamts den Betriebsausgabenkürzungsbetrag (1.034 DM). Diese Methode führt je nach Umfang der geschätzten Werbungskosten zu **völlig unterschiedlichen, geradezu willkürlichen Ergebnissen**.“ (BFH aaO).

2. **Bei der Beantwortung der Frage, ob** der Kl. überhaupt die gesamten auf seine „juristische“ Tätigkeit entfallenden **Aufwendungen als Betriebsausgaben geltend gemacht** hat, ist daher in Rechnung zu stellen, dass etwa die Fahrtaufwendungen (Kfz-Kosten) je nach Veranlassung (Fahrt zu einem freiberuflichen Gerichtstermin, Fahrt zum Arbeitsplatz) grundsätzlich klar trenn- und zuordenbar sind (Gleichartigkeit, aber nicht Gleichzeitigkeit der Aufwendungen).

„Nach dem Inhalt der vom FG festgestellten Einnahmen-Überschuss-Rechnung des Kl. für die Streitjahre sind als Betriebsausgaben lediglich 40% der gesamten Kfz-Aufwendungen angesetzt worden. Hierbei handelt es sich um den freiberuflichen Nutzungsanteil. Den Werbungskostenanteil (Fahrten Wohnung-Arbeitsstätte) und den privaten Nutzungsanteil hat der Kl. damit bei den Betriebsausgaben nicht geltend gemacht. Sollte sich die vom Kl. mutmaßlich im Schätzungswege vorgenommene Aufteilung der Aufwendungen als sachgerecht erweisen, dann kommt in dieser Aufwandsposition keine Kürzung der geltend gemachten Betriebsausgaben in Betracht.“ (BFH aaO).

Hängen die **Einzelaufwendungen** jedoch ihrer Natur nach und **ausschließlich mit der selbstständigen Tätigkeit** zusammen, sind sie **in voller Höhe als Betriebsausgaben abzuziehen**.

„Dies könnte etwa bei den in der Einnahmen-Überschuss-Rechnung des Kl. erfassten Versicherungsaufwendungen und den Beiträgen zum Vollabzug der Aufwendungen führen, wenn es sich hierbei um die Berufshaftpflichtversicherung des Rechtsanwalts und die Pflichtbeiträge zur Rechtsanwaltskammer handeln sollte.“ (BFH aaO).

Da sich die juristischen Tätigkeitsfelder, auf denen sich der Kl. bewegt, nach den Feststellungen des FG nicht wesentlich unterscheiden, sind die Aufwendungen für Fachliteratur nicht ihrer Natur nach und ausschließlich mit der selbstständigen Tätigkeit verbunden (vgl. BFHE 84, 243 = BStBl III 66, 89 = BeckRS 65, 21000495). Hier wird das FG eine Aufteilung im Schätzungswege vorzunehmen haben. Eine Aufteilung nach dem Verhältnis der Einnahmen aus selbstständiger und aus nichtselbstständiger Arbeit kommt allerdings nicht in Betracht (vgl. BFHE 84, 243 = BStBl III 66, 89 = BeckRS 65, 21000495; BFHE 195, 323 = BStBl II 01, 575 = DStRE 01, 1076).

In entsprechender Weise ist bei den übrigen Ausgabenpositionen der Einnahmen-Überschuss-Rechnung zu verfahren.“ (BFH aaO).

## Weitere Schrifttumsnachweise

### I. Zivilrecht

#### 1. **Reinking:** Leistungsort der Nacherfüllung im Kauf- und Werkvertragsrecht (NJW 2008, 3608)

Der **ursprüngliche Erfüllungsort gilt** mangels anderweitiger Vertragsabsprachen **auch für die Nacherfüllung beim Kauf- und Werkvertragsrecht**; hier sind beide Arten der Nacherfüllung zu erbringen. - Der **Belegenheitsort** tritt nur dann an die Stelle des ursprünglichen Erfüllungsorts, wenn aufgrund der konkreten Umstände des Einzelfalls wahrscheinlich ist, dass die Parteien einen anderen Ort vereinbart hätten; **erhöhte Transportbelastungen und Risiken**, die sich allein daraus ergeben, dass die Sache an einen anderen Ort als den ursprünglichen Erfüllungsort- oder Lieferort verbracht wurde, lassen einen solchen Rückschluss jedoch nicht zu.

#### 2. **Armbrüster:** Auswirkungen von Versicherungsschutz auf die Haftung (NJW 2009, 187)

Die Verfügbarkeit oder Existenz von Versicherungsschutz wirkt sich vielfältig auf die Haftung aus: Das **Trennungsprinzip** wird damit **durchbrochen oder zumindest relativiert**; dafür gibt es in den meisten Fällen gute Gründe. - Diesem austarierten System von Haftung und Versicherung wird bisweilen **grundsätzliche Kritik** entgegengebracht: So ist ein radikaler Wechsel angeregt worden, und zwar vor allem für den Kfz-Verkehr; die Kombination aus privater außervertraglicher Haftung und Privatversicherung solle zu Gunsten eines verschuldensunabhängigen kollektiven Entschädigungssystems nach dem Vorbild des gesetzlichen Unfallversicherungssystems aufgegeben werden. - In jüngerer Zeit sind diese Ansätze insbesondere für den Bereich medizinischer Behandlungsfehler aufgegriffen worden; sie haben jedoch nur ein verhaltenes Echo gefunden, und dies zu Recht, denn damit entfielen nämlich ein wichtiges Instrument zur Verhaltenssteuerung, da Anknüpfungspunkt und Bemessungsgrundlage für den Ersatz allein der Bedarf des Geschädigten und nicht mehr das Verhalten des Schädigers wäre; zudem müssten solche kollektiven Entschädigungssysteme - sollen sie finanzierbar sein - beim Anspruchsumfang restriktiv verfahren, etwa indem der Ersatz von Nichtvermögensschäden ausgeschlossen wird; der Geschädigte müsste dann parallel auch gegen den Schädiger vorgehen, etwa aus Vertragshaftung; das bewährte System von Haftung und Versicherung erweist sich daher gegenüber derartigen Konzepten nach Ansicht des Autors als vorzuzugswürdig.

#### 3. **Altmeppen:** Das neue Recht der Gesellschafterdarlehen in der Praxis (NJW 2008, 3601)

### II. Strafrecht

#### 1. **Trüg:** Vorteilsgewährung durch Übersendung von WM-Gutscheinen – Schützt Sponsoring vor Strafe? (NJW 2009, 196)

Bespr. der Entsch. **BGH NJW 2008, 3580 = ZA 11/08 S. 9.1**

#### 2. **Lantermann:** Das Korruptionsbekämpfungsgesetz - Erfolgreich oder überflüssig? (ZRP 2009, 6)

Mit dem KorruptionsbG NW ist auf Landesebene ein Gesetz erlassen worden, mit dem der Korruption durchaus wirksam entgegnet werden kann; durch die Verabschiedung des Gesetzes erfolgte eine **zusätzliche Sensibilisierung der Verantwortlichen in der öffentlichen Verwaltung** und förderte die Erkenntnis, präventive Maßnahmen gegen Korruption zu etablieren. - Das nordrhein-westfälische Vergaberegister ist als ein wirksames Instrument gegen Korruption zu bezeichnen, wobei es effektiv eingesetzt und angewandt werden muss; der Schutz vor wettbewerbswidrigen Verhaltensweisen der am Vergabeverfahren beteiligten Bieter wird allerdings dann noch effektiver sein, sobald ein **Vergaberegister auf Bundesebene** existiert, auf das in der Folge alle öffentlichen Auftraggeber zentral zurückgreifen können und müssen. - Lediglich die **Anzeigepflicht gem. § 16 KorruptionsbG NW** hat sich auf Grund der bisherigen Erfahrungen bislang als **wenig effektiv** erwiesen; dies ist darauf zurückzuführen, dass die Gemeindeprüfanstalten bislang keine inhaltlichen Überprüfungen der getroffenen und gemeldeten Vergaben eingeleitet haben; unter der Voraussetzung, dass ausreichende unabhängige Überprüfungseinrichtungen für die Kontrolle von Vergabeentscheidungen vorhanden sind, kann daher auf die in § 16 KorruptionsbG NW verankerte Anzeigepflicht verzichtet werden.

#### 3. **Korte:** Aus der Rspr. zum Gesetz über Ordnungswidrigkeiten - 2007 (NStZ 2009, 18)

#### 4. **Roth:** Aus der Rspr. zum StVollzG - Entscheidungen aus den Jahren 2007/2008 (NStZ 2008, 679)

#### 5. **Werner:** „MoMiG“ – Auswirkungen auf das Strafrecht (KammerR Hamm Heft 5/08, 25)

### III. öffentliches Recht

#### 1. **Breyer:** Verkehrssicherungspflichten von Internetdiensten im Lichte der Grundrechte (MMR 2009, 14)

**Pflichten zur Verhinderung oder Vorbeugung eines vorsätzlichen Verhaltens Dritter bedürfen** in einem freiheitlichen Rechtsstaat **besonderer Rechtfertigung** und dürfen in keinem Fall unverhältnismäßig oder gleichheitswidrig in die Grundrechte rechtstreuer Nutzer eingreifen. - Eine Verurteilung wegen der Verletzung einer solchen Pflicht darf daher nicht auf Unterlassung der Rechtsverletzung, sondern nur auf **Erfüllung der Vorbeugungspflicht**

gerichtet sein. - **Pflichten eines Anbieters von Telemedien, fremde Inhalte** auf Rechtsverletzungen zu **überprüfen**, Inhalte zu durchsuchen oder sonst vorsätzlichen Rechtsverletzungen Dritter, von denen der Anbieter keine positive Kenntnis hat, vorzubeugen, **scheiden** neben grundsätzlichen Erwägungen auch wegen rechtlicher Unmöglichkeit, Unzumutbarkeit oder unverhältnismäßig geringer Eignung **aus**.

2. **Meyerdierks**: Sind IP-Adressen personenbezogene Daten? (MMR 2009, 8)

**Problemstellung**: Die deutschen Datenschutzbehörden sind inzwischen einhellig der Ansicht, dass **IP-Adressen** in den Händen eines Webseitenbetreibers **in jedem Fall personenbezogene Daten i.S.d. § 3 I BDSG** sind und somit **dem Datenschutzrecht unterfallen**; auf der Grundlage dieser Ansicht gehen die Behörden dazu über, aufsichtsrechtliche Maßnahmen gegen deutsche Webseitenbetreiber zu ergreifen; auch anlässlich zweier sich widersprechender Urteile des AG Berlin (Urteil v. 27.03.2007 - 5 C 314/06) und des AG München (MMR 2008, 860 [in diesem Heft]), wird diese Frage wegen ihrer grundsätzlichen Bedeutung wieder intensiv diskutiert. – Nach Ansicht des Autors sprechen überzeugende Argumente dagegen, dass IP-Adressen in Serverlogs von Webseitenbetreibern personenbezogene Daten i.S.v. § 3 I BDSG sind: So können insbesondere die Schlüsseldaten, die ggf. bei einem Access-Provider vorliegen, für die Beurteilung der IP-Adressen in den Serverlogs der Webseitenbetreiber nicht herangezogen werden; gleiches gilt für Zugriffsmöglichkeiten von staatlichen Stellen und die neu geschaffenen Auskunftspflichten gegenüber Privaten. – Zudem würde ein Verständnis der Personenbeziehbarkeit i.S.d. § 3 I BDSG, welches Mittel und Kenntnisse Dritter mit berücksichtigt, dazu führen, dass der **Anwendungsbereich des BDSG dem Bestimmtheitsgebot nicht mehr genügt**; auch die Ausübung von Betroffenenrechten an IP-Adressen würde die Beteiligten vor nicht lösbare praktische Probleme stellen und hätte Folgen, die den Zielsetzungen des Datenschutzrechts widersprechen. - Schließlich besteht für die Behandlung von IP-Adressen in Serverlogs als personenbezogenes Datum auch **kein Schutzbedarf**, denn gegen die Zusammenführung mit den Schlüsseldaten des Access-Providers besteht auch so bereits umfangreicher Schutz aus dem BDSG, dem TKG, dem StGB und dem Zivilrecht.

3. **Weber**: Informationsfreiheitsgesetze und prozessuales Akteneinsichtsrecht (NVwZ 2008, 1284)

Sowohl die Informationsfreiheitsgesetze der Bundesländer als auch des Bundes räumen dem Einzelnen einen **umfangreichen Informationsanspruch gegenüber den öffentlichen Verwaltungen** ein, der insbesondere **durch Akteneinsicht realisiert** werden kann. Der Gewährung von Akteneinsicht stehen allerdings oftmals **berechtigte Geheimhaltungsinteressen der betroffenen Behörden oder Dritter** entgegen. Der Schutz dieser Interessen, den die Informationsfreiheitsgesetze im Grundsatz gewährleisten, darf im Zuge eines Rechtsstreits nicht durch die Aktenvorlage nach § 99 VwGO und eine nachfolgende Einsicht in diese Akten durch Prozessbeteiligte bzw. ihre Bevollmächtigten gem. § 100 I VwGO ausgehebelt werden. - Die Regelungen der Informationsfreiheitsgesetze und das prozessuale Akteneinsichtsrecht nach §§ 99, 100 VwGO sind demnach in einen Ausgleich zu bringen, wobei die **Versagungstatbestände der Informationsfreiheitsgesetze als Spezialregelungen dem Prozessrecht der VwGO vorgehen** müssen. - Die Möglichkeit einer **Sperrklärung der Aufsichtsbehörde nach § 99 I 2 VwGO** für Informationen, die auf Grund eines Gesetzes geheim zu halten sind, erlaubt es, auch in den Informationsfreiheitsgesetzen eine Konkretisierung der Prozessnorm zu sehen; das der Aufsichtsbehörde nach den Regelungen der VwGO eingeräumte Ermessen im Hinblick auf die Abgabe einer solchen Sperrklärung ist im Falle des Vorliegens eines IFG-Versagungstatbestands daher regelmäßig reduziert. - Als **Alternative zur Gewährleistung der Geheimhaltungsinteressen** kommt die **Erstreckung des in-camera-Verfahrens auf das Hauptsachegericht** in Betracht; solange jedoch eine entsprechende Änderung der VwGO nicht erfolgt, muss es bei dem durch eine regelmäßig abzugebende Sperrklärung der Aufsichtsbehörde auslösbarem Zwischenverfahren zum Ausgleich von Informations- und Geheimhaltungsinteressen bleiben.

4. **Schmitz/Prell**: Verfahren über eine einheitliche Stelle - Das Vierte Gesetz zur Änderung verwaltungsverfahrenrechtlicher Vorschriften (NVwZ 2009, 1)

5. **Plewka/Klumpen-Neusel**: Die Entwicklung des Steuerrechts (NJW 2008, 3688)

---

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

1. **Deckenbrock**: Tätigkeitsverbote bei nichtanwaltlicher Vorbefassung (AnwBl 2009, 16)

Die **Regelung des § 43a IV BRAO erfasst nur Sachverhalte**, in denen der **Rechtsanwalt für beide Parteien anwaltlich tätig geworden** ist; im Falle einer berufsfremden Vorbefassung kommt eine Verwirklichung des § 43a IV BRAO nicht in Betracht, sondern nur die diese speziellen Konfliktlagen regelnden §§ 45, 46 BRAO; die **Verbotstatbestände des § 43a IB BRAO und der §§ 45, 46 BRAO stehen** somit nicht in einem Spezialitätsverhältnis zueinander, sondern vielmehr **gleichberechtigt nebeneinander**. – Die **Sozietätsklauseln der §§ 45 III, 46 III BRAO bedürfen einer restriktiven verfassungskonformen Auslegung**; diese führt dazu, dass das in § 43a IV BRAO, § 3 II BORA enthaltene Regelungssystem auf die §§ 45 III, 46 III BRAO zu übertragen ist; die in § 3 II 2 BORA enthaltene Ausnahme von einer sozietätsweiten Erstreckung eines Tätigkeitsverbots erfasst daher auch die Disqualifikationstatbestände der §§ 45, 46 BRAO.

2. **Bernau/Rau/Zschieschack**: Die Übernahme einer Betreuung – ein straf- und zivilrechtliches Haftungsrisiko? (NJW 2008, 3756)

3. **Stackmann**: Fehlervermeidung im Berufungsverfahren (NJW 2008, 3665)

4. **Grunewald**: Die Entwicklung der Rspr. zum anwaltlichen Berufsrecht in den Jahren 2006 - 2008 (NJW 2008, 3621)



Überreicht durch:

# Mandantenbrief

- neueste Informationen -

Aus Gesetzgebung, Rechtsprechung und Praxis

---

Januar 2009

---

## GmbH-Recht-Modernisierung

Gesetz zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen (MoMiG) vom 23.10.2008, in Kraft Treten am 01.11.2008 (BGBl. I S. 2026)

### I. Allgemeines

Der Bundesrat hat am 19.09.2008 das Gesetz zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen (MoMiG) beschlossen, das am 01.11.2008 in Kraft getreten ist.

Ein **Schwerpunkt der GmbH-Novelle** liegt in der **Erleichterung und Beschleunigung von Unternehmensgründungen**, um die Attraktivität der GmbH nicht nur in der Gründung, sondern auch als am Markt tätiges Unternehmen zu erhöhen und Nachteile der deutschen GmbH im Wettbewerb der Rechtsformen auszugleichen. Außerdem sollen die aus der Praxis bekannten **Missbrauchsfälle** im Zusammenhang mit der Rechtsform der GmbH **bekämpft** werden.

### II. Die wichtigsten Neuregelungen im Überblick

#### 1. Erleichterung der Kapitalaufbringung und Übertragung von Geschäftsanteilen

- Nach dem neuen GmbH-Recht sind **zwei Varianten der GmbH möglich**: Neben der bekannten **GmbH mit einem Mindeststammkapital von 25.000 €** tritt nach § 5a GmbHG die **haftungsbeschränkte Unternehmergesellschaft (UG)**. Hierbei handelt es sich nicht um eine neue Rechtsform, sondern vielmehr um eine **Einstiegsvariante der GmbH**, die mit einem Mindeststammkapital ab 1 € gegründet werden kann. Diese GmbH-Variante darf aber ihre Gewinne nicht vollständig ausschütten, sondern muss das Mindeststammkapital der „richtigen“ GmbH nach und nach ansparen; ist das Stammkapital erreicht, kann die Gesellschaft zur GmbH umfirmiert werden.
- Die **Gesellschafter können individuell über die jeweilige Höhe ihrer Stammeinlagen entscheiden**. Bei Neugründungen bzw. Kapitalerhöhungen kann von vornherein eine flexible Stückelung gewählt werden, bereits vorhandene Geschäftsanteile können leichter aufgeteilt, zusammengelegt und einzeln oder zu mehreren Dritten übertragen werden.

#### 2. Einführung von Musterprotokollen

**Für unkomplizierte Standardgründungen** (z.B. Bargründungen, max. 3 Gesellschafter) werden **zwei beurkundungspflichtige Musterprotokolle als Anlage zum GmbHG** zur Verfügung gestellt. Die Vereinfachung wird vor allem durch die Zusammenfassung von Gesellschaftsvertrag, Geschäftsführerbestellung und Gesellschafterliste bewirkt.

#### 3. Erhöhung der Attraktivität der Rechtsform der GmbH

- Durch die **Streichung des § 4a II GmbHG** ist es für deutsche Gesellschaften nunmehr möglich, einen im Ausland liegenden Verwaltungssitz zu wählen, der nicht notwendigerweise mit dem Satzungssitz übereinstimmen muss. Dadurch wird der Spielraum deutscher Gesellschaften erhöht, auch ihre Auslands-töchter in der Rechtsform der GmbH zu führen.
- Nach dem Vorbild des Aktienregisters gilt zukünftig **nur noch derjenige als Gesellschafter, der auch in die Gesellschafterliste eingetragen ist**.
- Die **Gesellschafterliste** dient zudem als **Anknüpfungspunkt für einen gutgläubigen Erwerb von Gesellschaftsanteilen**: Wer einen Gesellschaftsanteil erwirbt, kann darauf vertrauen, dass die in der Gesellschafterliste geführte Person auch tatsächlich Gesellschafter ist. Ist eine unrichtige Eintragung mindestens 3 Jahre lang unbeanstandet geblieben, gilt der Inhalt der Liste dem Erwerber des Gesellschaftsanteils gegenüber als richtig.

#### 4. Missbrauchsbekämpfung

- Die **Möglichkeit der Rechtsverfolgung gegenüber Gesellschaften** wird beschleunigt: Zukünftig muss im Handelsregister eine inländische Geschäftsadresse eingetragen werden; dies gilt auch für AG, Einzelkaufleute, Personenhandelsgesellschaften sowie Zweigniederlassungen (auch von Auslandsgesellschaften). Ist unter dieser eingetragenen Anschrift eine Zustellung faktisch unmöglich, wird gegenüber jur. Personen die sonstige öffentliche Zustellung im Inland eröffnet.

- Die **Anforderungen an die Person des Geschäftsführers** sind **verschärft** worden, indem die Ausschlussgründe nach § 6 II Nr.3a ff GmbHG um Verurteilungen wegen Insolvenzverschleppung, falscher Angaben und unrichtiger Darstellungen sowie Verurteilungen aufgrund allgemeiner Straftatbestände mit Unternehmensbezug (§§ 263 – 264a und §§ 265b – 266a StGB) erweitert wurden; dies gilt auch für Verurteilungen wegen vergleichbarer Straftaten im Ausland.
- Schließlich **trifft den Geschäftsführer nach § 64 GmbHG eine Rückzahlungspflicht**, wenn durch Zahlungen an Gesellschafter die Zahlungsunfähigkeit ausgelöst wurde; damit verschärft das MoMiG die ohnehin zuvor bereits bestehende Haftung auf Auszahlungen an die Gesellschafter, um dadurch der „Ausplünderung“ der Gesellschaft durch seine Gesellschafter nach Eintritt der Insolvenzreife vorzubeugen.

BGB  
§§ 651c I, 651d II

### Mängelrüge im Reiserecht Unverzichtbarkeit auch bei Unmöglichkeit der Abhilfe

ZPO

(LG Frankfurt, NJW-RR 2008, 1590, Urteil vom 24.01.2008 - 2/24 S 96/07)

Eine Reisepreisminderung kann **grundsätzlich erst dann geltend gemacht** werden, wenn der **Mangel zuvor gerügt** worden ist. **Auch** wenn der **Reiseveranstalter den Mangel kennt oder wenn eine Abhilfe unmöglich sein sollte**, ist eine Rüge notwendig.

Die **Eintönigkeit von Speisen** stellt bei einem Hotel hoher Kategorie einen Reismangel dar. Auch **mangelnde Sauberkeit** bei der **Tischwäsche** und der **Stühle am Pool** berechtigen grundsätzlich zur Reisepreisminderung.

Diese Mängel berechtigten bei einem Hotel der Kategorie 5 zu einer **Reisepreisminderung von 25 %**.

BGB  
§§ 437 Nr. 2, 323

### Rücktritt vom Gebrauchtwagenkauf Feuchtigkeit im Innenraum

BGB

(BGH, Beck RS 2008 25323, Urteil vom 5. November 2008 – VIII ZR 166/07)

Das **Eindringen von Feuchtigkeit in den Innenraum eines Kraftfahrzeugs** stellt einen **Fehler** nach § 434 I 2 Nr. 3 BGB dar. Auch bei einem Gebrauchtwagen ist das **Eindringen von Feuchtigkeit** in den Innenraum erheblich, da es für die meisten – wenn nicht für alle – Kaufinteressenten **Grund** sein wird, **von einem Kauf Abstand zu nehmen**.

Eine **Fristsetzung** zur Nacherfüllung nach § 323 I BGB ist **entbehrlich**, wenn die **Nacherfüllung fehlgeschlagen** ist. Die **Ungenehmigte Beseitigung** des Fehlers durch einen gerichtlich bestellten Sachverständigen nach wirksam erklärtem **Rücktritt** macht diesen **nicht nach § 242 BGB treuwidrig**.

BGB  
§ 823 I

### kein eigener Schadensersatzanspruch des Arbeitgebers Betriebsbezogenheit des Eingriffs weiter erforderlich

BGB

(BGH, BeckRS 2008 43428, Urteil vom 14.10.2008 – VI ZR 36/08)

Das **Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb** ist ein sonstiges Recht i.S.d. § 823 I BGB. Der BGH hält hierbei an der Notwendigkeit der **Betriebsbezogenheit des Eingriffs** fest.

Der Arbeitgeber eines verletzten Arbeitnehmers hat daher **keinen eigenen Schadensersatzanspruch** gegen den Unfallverursacher. Er bleibt auf den übergegangenen Anspruch aus § 6 EntfgzG angewiesen. Macht er diesen nicht geltend, sondern einen eigenen Anspruch, ist die Klage un schlüssig.

BGB  
§§ 535, 307

### Schönheitsreparaturklausel zulässiges Farbdiktat des Vermieters

BGB

(BGH NJW 2009, 62; Urteil vom 22.10.2008 – VIII ZR 238/07)

Die in einem Formularmietvertrag über Wohnraum enthaltene Klausel *„Der Mieter verpflichtet sich, während der Mietzeit die erforderlichen Schönheitsreparaturen innerhalb der Wohnung durchzuführen. ... Lackierte Holzteile sind in dem Farbton zurückzugeben, wie er bei Vertragsbeginn vorgegeben war; farbig gestrichene Holzteile können auch in Weiß oder hellen Farbtönen gestrichen zurückgegeben werden.“* hält einer **Inhaltskontrolle nach § 307 BGB** stand.

Die **Verpflichtung des Mieters**, lackierte bzw. farbig gestrichene Holzteile **in keinem anderen als den nach der Klausel zulässigen Farbtönen zurückzugeben**, ist für sich genommen **unbedenklich** und führt auch nicht zu einer unangemessenen Einschränkung des Mieters bei der Vornahme der ihm übertragenen Schönheitsreparaturen.

(OLG Düsseldorf OLGR 2008, 758; Beschluss vom 02.06.2008 – I-24 U 193/07)

Der Mieter muss die Mietsache nicht auf verborgene Mängel untersuchen; er ist daher nur dazu verpflichtet, dem Vermieter offensichtliche Mängel anzuzeigen.

„Ein Mieter verstößt gegen seine Anzeigepflicht nur und erst dann, wenn er einen Schaden innerhalb des Mietobjekts kennt oder grob fahrlässig nicht zu Kenntnis nimmt und eine Anzeige an den Vermieter unterlässt. **Grob fahrlässige Unkenntnis liegt aber nur dann vor, wenn der Mangel so offensichtlich ist, dass seine Wahrnehmung sich dem Mieter praktisch aufdrängen muss** (BGHZ 68, 281 = NJW 77, 1236; BGH BGHR 06, 1221 = MDR 07, 22 = NJW-RR 06, 1157 f. = GuT 06, 237; OLG Düsseldorf GE 02, 1262; OLG Hamburg MDR 91, 1170 = ZMR 91, 262; Bub/Treier, Handbuch der Geschäfts- und Wohnraummiete, 3. Aufl., III. A Rn 970 m.w.N., jeweils zu § 545 BGB a.F. = § 536c BGB).

Eine **Untersuchungspflicht hinsichtlich verborgener Mängel trifft den Mieter nicht. Er darf sich darauf verlassen, dass die Mietsache funktionstüchtig ist** (BGH WM 76, 537; Wolf/Eckert/Ball, Handbuch des gewerblichen Miet-, Pacht- und Leasingrechts, 9. Aufl., Rn 558). Auf verborgene Mängel hat vielmehr der Vermieter im Zuge gelegentlicher Überprüfungen der Mietsache zu achten (Bub/Treier aaO).“ (OLG Düsseldorf aaO).

(ThürVerfGH, NVwZ-RR 2009, 1, Urteil vom 11.04.2008 – VerfGH 22/05)

Die 5 % Sperrklausel des § 22 II ThürKommWahlG für die Gemeinderatswahl, die nach § 27 III ThürKommWahlG auch auf die Kreistagswahl anwendbar ist, ist wegen Verstoßes gegen Art. 95 S. 1 ThürVerf verfassungswidrig und mit Wirkung für die nächsten landesweiten Kommunalwahlen nach Verkündung der Entscheidung nichtig.

(AG München MMR 2008, 860; Urteil vom 30.09.2008 – 133 C 5677/08)

IP-Adressen sind keine personenbezogenen Daten i.S.d. BDSG, da ihnen die **notwendige Bestimmbarkeit fehlt**.

(OLG Düsseldorf OLGR 2008, 758; Beschluss vom 02.06.2008 – I-24 U 193/07)

Das **durch die Zahlungsverjährung verursachte Erlöschen der durch einen entsprechenden Bescheid begründeten Forderung auf eine Vorausleistung hat nicht zur Folge, dass die Erschließungsbeitragsforderung im Zeitpunkt ihres Entstehens als im Umfang der geforderten Vorausleistung getilgt anzusehen ist**.

„Die **Vorausleistung ist danach dazu bestimmt, die spätere Beitragsforderung der Gemeinde in dem Umfang des Vorausleistungsbetrags zu tilgen**. Nach der Rspr. des BVerwG (NJW 76, 818; NVwZ-RR 96, 465) tritt die Tilgungswirkung in dem Zeitpunkt ein, in dem die Erschließungsbeitragspflicht entsteht, also regelmäßig in dem Zeitpunkt, in dem die Anlage im Sinne des § 133 II BauGB endgültig hergestellt ist.“

„Zu der Annahme, das Erlöschen der Vorausleistungsforderung in Folge des Eintritts von Zahlungsverjährung bewirke ebenso wie eine tatsächlich erbrachte Vorausleistung, dass die Beitragspflicht im Zeitpunkt ihres Entstehens als getilgt anzusehen sei, gibt es hiervon ausgehend keinen Grund (a. M. offenbar Driehaus, aaO, Rn. 36).“ (OLG Düsseldorf aaO).

(OLG Saarbrücken, NJW 2008, 3579, Beschluss vom 23. 9. 2008 - 5 W 220/08)

**Grundsätzlich** gilt für Versicherungsvertragsstreitigkeit nach dem VVG **ab dem 01.01.2008 die neue Fassung**.

**Art. 1 I EGVVG** sieht aus Gründen des Vertrauensschutzes vor, dass auf Versicherungsverhältnisse, die bis zum 01.01.2008 entstanden sind, das alte VVG Anwendung findet. § 48 I VVG a.F. ist jedoch keine das Versicherungsverhältnis betreffende Regelung, sondern beinhaltet nur die Gewährung eines weiteren Gerichtsstandes neben den §§ 12 ff. ZPO.

Der **Grundsatz des intertemporalen Verfahrensrechts** führt dazu, dass gesetzliche Änderungen, soweit spezifische Übergangsvorschriften vorgesehen sind und kein besonderes Vertrauen zu schützen ist, sogar bereits anhängige Verfahren erfassen. Danach ist für alle ab dem 01.01.2008 zu erhebenden Klage die Neuregelung des § 215 VVG anwendbar, wonach der Versicherungsnehmer **seine Versicherung an seinem Wohnsitz verklagen kann**.

(KG KGR 2008, 811; Beschluss vom 20.03.2008 – 11 W 9/08)

**Aus** einem für **vorläufig vollstreckbar** erklärten Räumungsurteil kann in der Regel bereits **vor Eintritt der Rechtskraft vollstreckt** werden.

- I. Der **Zurückweisung eines Zwangsvollstreckungsauftrags** steht nicht entgegen, dass das Räumungsurteil wegen Einlegung der Nichtzulassungsbeschwerde gem. § 544 V 1 ZPO **noch nicht rechtskräftig** ist.
- II. Die Rspr., dass es auf die Rechtskraft des Räumungsurteils ankommt und der Mieter sich erst mit Rechtskraft eines Räumungsurteils um Ersatzwohnraum kümmern muss, lässt jedoch eine **Ausnahme** zu: Auf die Rechtskraft kommt es allgemeiner Meinung nach nicht an, wenn die **Räumungspflicht auf der Hand liegt**. Dass ist dann der Fall, wenn der **Schuldner** von der **Erfolglosigkeit seiner Verteidigung** ausgehen muss (vgl. Lackmann in Musielak, ZPO, 6. Aufl. 2008, § 721 ZPO Rn 6 m.w.N.), wenn er also mit hinreichender Sicherheit erkennen kann, dass seine Rechtsverteidigung ggü. der Wirksamkeit des Räumungsverlangens nicht Erfolg versprechend ist.

(BayVGH BayVBI 2009, 49; Beschluss vom 26.05.2008 – 8 ZB 06.2894)

Die **Bekanntgabe eines Gebührenbescheides** kann mit Wirkung für den Betroffenen auch gegenüber einem **Dritten** erfolgen.

„Nach Art. 10 Nr.2, Art. 13 I Nr.3b KAG i.V.m. § 122 I 1 AO ist ein Verwaltungsakte demjenigen Beteiligten bekannt zu geben, für den er bestimmt ist oder der von ihm betroffen wird.“

Grundlage der hier streitbefangenen Sondernutzungsgebühren ist die von der Bekl. erteilte Sondernutzungserlaubnis. In dem der Sondernutzungserlaubnis vorausgehenden „Antrag auf wegerechtliche Sondernutzungserlaubnis“ erscheinen sowohl der Kl. als auch die ausführende Baufirma gemeinsam als Ast. Hieraus folgt indessen nicht, dass die Gebührenbescheide jeweils beiden Ast. hätten bekannt gegeben werden müssen. Die Bekanntgabe konnte vielmehr allein der Baufirma gegenüber mit Wirkung auch für den Kl. erfolgen. Dies ergibt sich aus den mit dem Antrag auf Erteilung der Sondernutzungserlaubnis abgegebenen Erklärungen der beiden Ast. (wird ausgeführt)“ (BayVGH aaO).

(OVG NWVBI 2008, 470; Beschluss vom 25.08.2008 – 7 E 975/08)

Bei **Entscheidungen der Bauaufsichtsbehörden und Baugenehmigungsbehörden**, die **vor dem 15.04.2007** dem jeweiligen Adressaten gegenüber **bekannt gegeben** worden sind, **bedarf** es abweichend von § 6 I AG VwGO NRW **nicht mehr der Durchführung eines Vorverfahrens nach § 68 VwGO**. Auf den Zeitpunkt der Bekanntgabe der Entscheidung an Dritte kommt es hingegen nicht an.

„Ein davon abweichendes Verständnis von § 2 Nr.3 S.2 Bürokratieabbaugesetz I hätte zur Folge, dass in Baugenehmigungsverfahren bei Drittwidersprüchen der jeweilige Zeitpunkt der Bekanntgabe bestimmt, ob ein Widerspruchsverfahren noch statthaft ist. Für jeden Beteiligten müsste dies gesondert festgestellt werden. Mit den in der Begründung des Gesetzentwurfs des Bürokratieabbaugesetzes I angesprochenen Effizienz Gesichtspunkten wäre dies schwerlich in Einklang zu bringen. Diesen dient vielmehr eine einheitliche Regelung für den Adressaten und den Dritten.“ (OVG NRW aaO).





*juridicus*