



PRAKTIKER-REPORT (PR)

Monatsschrift für den praktisch tätigen Juristen

36. Jahrg.

Mai 2011

Heft 04

Aus dem Inhalt:

BGH: Rechtsmissbräuchliche Kündigung wegen Untervermietung

BGH: Leitender Angestellter der DB Netz AG als Amtsträger

OVG Lüneburg: Wiedergestattung der Gewerbeausübung

VGH Mannheim: Wohnen im Außenbereich bei Nebenerwerbslandwirtschaft

BGH: Feststellungsklage auf Erfüllungseignung

BGH: Hinweispflicht bei Änderung des rechtlichen Gesichtspunkts

BVerwG: Herstellung gemeindlichen Einvernehmens



Impressum:

Verlag und Redaktion:

Juristischer Verlag Juridicus
Hiberniastraße 6
45879 Gelsenkirchen

Tel.: 0209 / 945 806 - 35

Fax: 0209 / 945 806 - 50

info@juridicus.de

www.juridicus.de

Verantwortliche Redakteure:

Silke Wollburg, Hiberniastraße 6, 45879 Gelsenkirchen

Britta Wegner, Hiberniastraße 6, 45879 Gelsenkirchen

Urheber und Verlagsrechte:

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

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

Erscheinungsweise: monatlich

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

Zahlung quartalsweise im Voraus

Inhalt

Aus der Gesetzgebung

Änderung des § 130 StGB.....	1
------------------------------	---

Brandaktuell

BVerfG: Regelungen zur Sicherungsverwahrung verfassungswidrig (Grundrecht auf Freiheit und Vertrauensschutzgebot verletzt).....	3
--	---

Entscheidungen materielles Recht

Zivilrecht

BGH: Rechtsmissbräuchliche Kündigung (Verschleppen der Untervermieterlaubnis).....	4
OLG Nürnberg: Haftung für erhöhte Betriebsgefahr (Überschreiten der Autobahnrichtgeschwindigkeit).....	7

Strafrecht

BGH: Amtsträger (leitender Angestellter der DB Netz AG).....	10
BGH: Steuerhinterziehung (Täuschung des Finanzamtes)	13

öffentl. Recht

OVG Lüneburg: Wiedergestattung der Gewerbeausübung (Unzuverlässigkeitsprognose nach Zeitablauf).....	15
VGH Mannheim: Wohnen im Außenbereich (Privilegierung landwirtschaftlicher Betriebe).....	19

Kurzauslese I

BAG: Kündigungserklärung (Wirksamwerden gegenüber Geschäftsunfähigem).....	23
OLG München: Kulanzvereinbarung (Rechtsverbindlichkeit).....	24
BGH: Modernisierungsmieterhöhung (zulässig trotz Ankündigungsfehlers).....	24
LAG Rh.-Pf.: außerordentliche Kündigung (Verstoß gegen Trinkgeldregelung).....	25
BGH: Verwendung verfassungswidriger Kennzeichen (als Unmutsbekundung).....	25
BGH: Erpressung (mit rechtswidrig erlangten Kontodaten).....	26
OLG Nürnberg: absolute Fahruntüchtigkeit (Grenzwert für Rollstuhlfahrer).....	26
OVG Münster: Verlängerung der Prüfungszeit (Angststörung).....	26
AG Berlin-Mitte: Abschleppmaßnahme (Ersatzfähigkeit der Vorbereitungskosten).....	27
VG Chemnitz: Bestattungspflicht (keine Einschränkung durch Verletzung einer zivilrechtlichen Unterhaltspflicht).....	27

Entscheidungen Verfahrensrecht

Zivilrecht

BGH:	Unwirksamkeit der Klagezustellung (keine Klageabweisung bei Heilungsmöglichkeit).....	28
BGH:	Feststellungsklage auf Erfüllungseignung (Vollstreckung eines Zug-um-Zug Titels).....	31

Strafrecht

BGH:	gerichtliche Hinweispflicht (Änderung des rechtlichen Gesichtspunkts).....	34
------	---	----

öffentl. Recht

VGH Mannheim:	Erstattungsfähigkeit der Kosten des Beigeladenen (nur bei eigener Antragstellung).....	36
BVerwG:	Herstellung gemeindlichen Einvernehmens (Hinwirken auf Vollständigkeit der Unterlagen).....	39

Kurzauslese II

BGH:	Zweites Versäumnisurteil (Anforderungen an ordnungsgemäße Terminbestimmung)	42
BGH:	Unmittelbarkeitsgrundsatz (Verwertung von Zeugenaussagen aus anderem Rechtsstreit).....	42
BGH:	Berufungsverfahren (Zeugenvernehmung).....	42
LG Oldenburg:	Anklageschrift (erforderliche Zustellung an Angeklagten).....	43
BGH:	Eröffnungsbeschluss (zwingende Verfahrensvoraussetzung).....	43
OLG Hamm:	Formerfordernis eines schriftl. Urteils (dauerhafte Verhinderung eines Richters an Unterzeichnung).....	44
VGH Mannheim:	Verwaltungsakt (Zustellung an Verfahrenshandlungsunfähigen).....	44
VG Gießen:	Akteneinsichtsrecht (Einklagbarkeit).....	44
OVG Münster:	Amtsermittlungsgrundsatz (Berücksichtigung der Erkenntnisse einer Fachbehörde statt Sachverständigengutachten).....	45
BVerwG:	Zwischenfeststellungsklage (Zulässigkeit).....	45
BSG:	schriftlicher Verwaltungsakt (Zugangsfiktion / Berechnung des Zustellungstags).....	46

Speziell für Rechtsanwälte und Notare

Gebühren und Kosten

BGH:	Einholung einer Deckungszusage (Erstattungsfähigkeit der Anwaltskosten).....	47
OLG Celle:	Zugewinnausgleich (Verfahrenswert).....	47
OLG Hamm, OLG Zweibrücken:	Verfahrenswert einer Ehesache (Wertfestsetzung bei Bezug von Sozialleistungen).....	48

Inhaltsverzeichnis

OLG Karlsruhe:	Verfahrenswert einer Ehesache (keine Durchführung des Versorgungsausgleichs).....	48
OLG Karlsruhe:	Versorgungsausgleich (Anfall von Rechtsanwaltsgebühren).....	49
BGH:	Vergütungsanspruch des Verfahrensbeistands (Bestellung im Eil- und Hauptsacheverfahren).....	49
BAG:	Mutwilligkeit der Rechtsverfolgung (neues Klageverfahren statt Klageerweiterung).....	51
BGH:	selbstständiges Beweisverfahren (keine Kostenentscheidung nach § 91a ZPO).....	52
Aus der Praxis		
BGH:	Zustellungen im PKH-Bewilligungsverfahren (an Prozessbevollmächtigten der Partei).....	53
OLG Celle:	Versagung von Beratungshilfe (kein weiteres Rechtsmittel nach Zurückweisung der Erinnerung).....	54
BGH:	Bonitätsbeurteilung (als unerlaubte Handlung i.S. der §§ 823, 824 BGB).....	55
OLG Hamburg:	Gebot zur gegenseitigen Rücksichtnahme (Anspruch des Ehegatten auf Entlassung aus Mietvertrag).....	55
BGH:	Ausschlagung eines Vermächtnisses (keine Ausschlagungsfrist).....	56
KG:	Entscheidungen des Rechtspflegers in Familiensachen (Beschwerde als zulässiges Rechtsmittel).....	56
BAG:	Altersdiskriminierung (Benachteiligung bei Bewerbung um Arbeitsplatz).....	56
BGH:	Vergütungsanspruch des Insolvenzverwalters (Regel-Mindestvergütung).....	57
OLG Hamm:	schriftlicher Vergleichsschluss (Zulässigkeit des Widerrufs).....	57
Steuerrecht		
BFH:	Heimkosten (außergewöhnliche Belastung).....	59
OVG Münster:	Verspätungszuschlag (mängelbehaftete Steuererklärung).....	59
OLG München:	Steuerhinterziehung (Abgrenzung zwischen Vorsatz und Leichtfertigkeit).....	60
Weitere Schrifttumsnachweise		61
Mandantenbrief		65

Aus der Gesetzgebung

Änderung des § 130 StGB

Gesetz zur Umsetzung des Rahmenbeschlusses 2008/913/JI des Rates vom 28.11.2008 zur strafrechtlichen Bekämpfung bestimmter Formen und Ausdrucksweisen von Rassismus und Fremdenfeindlichkeit und zur Umsetzung des Zusatzprotokolls vom 28.01.2003 zum Übereinkommen des Europarats vom 23.22.2001 über Computerkriminalität betreffend die Kriminalisierung mittels Computersystemen begangener Handlungen rassistischer und fremdenfeindlicher Art v. 21.03.2011, In-Kraft-Treten am 22.03.2011 (BGBl I, S. 418)

I. Allgemeines

Vergleicht man die Rechtslage in den europäischen Staaten, so unterscheiden sich die einschlägigen Strafvorschriften gegen fremdenfeindliche Hetze und die Leugnung von Völkermord teilweise erheblich. Am 22.03.2011 ist daher ein Gesetz zur Änderung der deutschen Strafvorschrift gegen Volksverhetzung (§ 130 StGB) in Kraft getreten, mit dem **zwei internationale Rechtsinstrumente umgesetzt** werden, die Vorgaben für die strafrechtliche Verfolgung der Verbreitung von rassistischer und fremdenfeindlicher Hetze sowie der Leugnung von Völkermord, Verbrechen gegen die Menschlichkeit und Kriegsverbrechen enthalten. Es handelt sich dabei um den **Rahmenbeschluss der EU zur strafrechtlichen Bekämpfung bestimmter Formen von Rassismus und Fremdenfeindlichkeit** und ein Zusatzprotokoll des Europarats zum Übereinkommen über Computerkriminalität.

Der Gesetzgeber hat sich bei der Umsetzung der internationalen Vorgaben auf das Notwendige beschränkt und lässt § 130 StGB in seiner **Grundstruktur unverändert**, sodass die Anwendung des geänderten § 130 StGB in der Praxis kaum zu Problemen führen dürfte.

II. Die wichtigsten Neuregelungen im Überblick

1. **Abgrenzungsfragen** könnten sich zukünftig **zum Tatbestand der Beleidigung** ergeben, da der Anwendungsbereich des § 130 I u. II StGB nun ausdrücklich auf bestimmte Fälle der Hetze gegen Einzelpersonen erstreckt wird.

§ 130 I u. II StGB lautet nunmehr wie folgt:

- (1) *Wer in einer Weise, die geeignet ist, den öffentlichen Frieden zu stören*

1. *gegen eine nationale, rassische, religiöse oder durch ihre ethnische Herkunft bestimmte Gruppe, gegen Teile der Bevölkerung oder gegen einen Einzelnen wegen seiner Zugehörigkeit zu einer vorbezeichneten Gruppe oder zu einem Teil der Bevölkerung zum Hass aufstachelt, zu Gewalt- oder Willkürmaßnahmen auffordert oder*
2. *die Menschenwürde anderer dadurch angreift, dass er eine vorbezeichnete Gruppe, Teile der Bevölkerung oder einen Einzelnen wegen seiner Zugehörigkeit zu einer vorbezeichneten Gruppe oder zu einem Teil der Bevölkerung beschimpft, böswillig verächtlich macht oder verleumdet,*

wird mit Freiheitsstrafe von drei Monaten bis zu fünf Jahren bestraft.

- (2) *Mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder mit Geldstrafe wird bestraft, wer*

1. *Schriften (§ 11 Abs. 3), die zum Hass gegen eine vorbezeichnete Gruppe, Teile der Bevölkerung oder gegen einen Einzelnen wegen seiner Zugehörigkeit zu einer vorbezeichneten Gruppe oder zu einem Teil der Bevölkerung aufstacheln, zu Gewalt- oder Willkürmaßnahmen gegen sie auffordern oder ihre Menschenwürde dadurch angreifen, dass sie beschimpft, böswillig verächtlich gemacht oder verleumdet werden,*
 - a) *verbreitet,*
 - b) *öffentlich ausstellt, anschlägt, vorführt oder sonst zugänglich macht,*
 - c) *einer Person unter achtzehn Jahren anbietet, überlässt oder zugänglich macht oder*
 - d) *herstellt, bezieht, liefert, vorrätig hält, anbietet, ankündigt, anpreist, einzuführen oder auszuführen unternimmt, um sie oder aus ihnen gewonnene Stücke im Sinne der Buchstaben a bis c zu verwenden oder einem anderen eine solche Verwendung zu ermöglichen, oder*

2. *eine Darbietung des in Nummer 1 bezeichneten Inhalts durch Rundfunk, Medien- oder Teledienste verbreitet.*

Die erforderliche Abgrenzung wird sich neben der Frage nach der Intensität der Rechtsgutsverletzung danach richten müssen, wo der **Schwerpunkt einer Äußerung** liegt: in der Schmähung einer Einzelperson oder in dem Angriff auf eine Gruppe, für die der Einzelne nur stellvertretend steht.

2. **Unverändert** geblieben ist der **Straftatbestand der Holocaustleugnung in § 130 III StGB**, der nicht auf die Leugnung anderer Völkermorde erweitert wird.

Die Sonderstellung, die dem Holocaust damit gegenüber anderen völkerstrafrechtlichen Verbrechen eingeräumt wird, rechtfertigt sich aus der „gegenbildlich identitätsstiftenden Bedeutung“ der nationalsozialistischen Verbrechen für die Verfassungsordnung der BRD und das Selbstverständnis Nachkriegsdeutschlands. Eine Erweiterung des § 130 III StGB zu einer allgemeinen Strafvorschrift gegen die öffentliche Billigung, Leugnung oder grobe Verharmlosung von Völkermord, Verbrechen gegen die Menschlichkeit und Kriegsverbrechen hätte nicht nur zu schwierigen rechtlichen und rechtspolitischen Abgrenzungsfragen geführt, sondern vor allem auch zu einer erheblichen Ausweitung der Strafbarkeit.

3. Für die **internationale Rechtshilfe in Strafsachen** werden der Rahmenbeschluss Rassismus und das Zusatzprotokoll **Erleichterungen** bringen. Im Verhältnis zu anderen Vertragsstaaten des Zusatzprotokolls steht zukünftig die ganze Bandbreite von Instrumenten zur Verfügung, die das Europarats-Übereinkommen über Computerkriminalität enthält. Der Rahmenbeschluss Rassismus wird die **justizielle Zusammenarbeit durch die Annäherung der Strafvorschriften fördern**, denn in diesem Bereich kann nun nicht mehr der Einwand erhoben werden, es fehle an der beiderseitigen Strafbarkeit; vielmehr hat die EU mit ihm einen strafrechtlichen Mindeststandard festgelegt, den zukünftig kein Mitgliedstaat mehr unterschreiten darf.

Brandaktuell

GG **Regelungen zur Sicherungsverwahrung verfassungswidrig** GG Art. 1, 2 **Grundrecht auf Freiheit und Vertrauensschutzgebot verletzt**

(BVerfG in Pressemitteilung 31/2011 vom 4. Mai 2011;
 Urteil vom 04.11.2011 – 2 BvR 2365/09 u.a.)

Fall: Mehrere Straftaten haben gegen die Fortdauer ihrer Sicherungsverwahrung Verfassungsbeschwerden eingelegt. Zum einen ging es um Fälle, in denen die Sicherungsverwahrung zwar mit dem Urteil angeordnet wurde, dann aber über die frühere Höchstdauer von 10 Jahren hinaus rückwirkend verlängert wurde, zum anderen um die Fälle der nachträglichen Sicherungsverwahrung.

In den sog. Altfällen, in denen die Unterbringung der Sicherungsverwahrten über die frühere Zehnjahresfrist hinaus fort dauert, sowie in den Fällen der nachträglichen Sicherungsverwahrung darf die Unterbringung in der Sicherungsverwahrung bzw. deren Fortdauer nur noch angeordnet werden, wenn eine **hochgradige Gefahr schwerster Gewalt- oder Sexualstraftaten aus konkreten Umständen** in der Person oder dem Verhalten des Untergebrachten abzuleiten ist und dieser an einer psychischen Störung im Sinne von § 1 I Nr. 1 des Therapieunterbringungsgesetzes (ThUG) leidet.

I. Verletzung des Grundrechts aus Art. 2 I GG

„Die grundlegend unterschiedlichen verfassungsrechtlichen Legitimationsgrundlagen und Zwecksetzungen von Freiheitsstrafe und Sicherungsverwahrung erfordern einen deutlichen Abstand des Freiheitsentzugs durch Sicherungsverwahrung zum Strafvollzug (sog. Abstandsgebot)

*Der in der Sicherungsverwahrung liegende schwerwiegende Eingriff in das Freiheitsgrundrecht ist nur nach Maßgabe **striktter Verhältnismäßigkeitsprüfung** und unter **Wahrung strenger Anforderungen** an die zugrunde liegenden Entscheidungen und die Ausgestaltung des Vollzugs zu rechtfertigen. Die vorhandenen Regelungen über die Sicherungsverwahrung erfüllen nicht die verfassungsrechtlichen (Mindest-)Anforderungen an die Ausgestaltung des Vollzugs.*

*Das Leben in der Sicherungsverwahrung ist, um ihrem **spezialpräventiven Charakter** Rechnung zu tragen, den allgemeinen Lebensverhältnissen anzupassen, soweit Sicherheitsbelange nicht entgegenstehen. Dies erfordert zwar keine vollständige räumliche Loslösung vom Strafvollzug, aber eine davon*

***getrennte Unterbringung in besonderen Gebäuden und Abteilungen**, die den therapeutischen Erfordernissen entsprechen, familiäre und soziale Außenkontakte ermöglichen und über ausreichende Personalkapazitäten verfügen. Ferner muss das gesetzliche Konzept der Sicherungsverwahrung Vorgaben zu **Vollzugslockerungen** und zur **Entlassungsvorbereitung** enthalten. Dem Untergebrachten muss zudem ein effektiv durchsetzbarer Rechtsanspruch auf **Durchführung der seine Gefährlichkeit reduzierenden Maßnahmen** eingeräumt werden. Schließlich ist die Fortdauer der Sicherungsverwahrung in mindestens jährlichen Abständen gerichtlich zu prüfen.“* (BVerwG, aaO)

II. Verletzung des Grundsatzes des Vertrauensschutzes

*„Zudem verletzt die mit den Verfassungsbeschwerden angegriffenen Vorschriften zur nachträglichen Verlängerung der Sicherungsverwahrung über die frühere Zehnjahreshöchstfrist hinaus und zur nachträglichen Anordnung der Sicherungsverwahrung das **rechtsstaatliche Vertrauensschutzgebot aus Art. 2 II 2 i.V.m. Art. 20 III GG**.*

*Die Vorschriften enthalten einen schwerwiegenden Eingriff in das Vertrauen des betroffenen Personenkreises auf ein Ende der Sicherungsverwahrung nach Ablauf von zehn Jahren (in den sog. Altfällen) bzw. auf ein Unterbleiben der Anordnung der Sicherungsverwahrung (in den Fällen ihrer nachträglichen Anordnung). Angesichts des damit verbundenen schwerwiegenden Eingriffs in das Freiheitsgrundrecht kommt den betroffenen **Vertrauensschutzbelangen verfassungsrechtlich ein besonders hohes Gewicht zu**, das durch die Wertungen der Europäischen Menschenrechtskonvention noch verstärkt wird*

*Unter Berücksichtigung dieser Wertungen und in Anbetracht des erheblichen Eingriffs in das Vertrauen der in ihrem Freiheitsgrundrecht betroffenen Sicherungsverwahrten **trifft der legitime gesetzgeberische Zweck** der angegriffenen Vorschriften, die Allgemeinheit vor gefährlichen Straftätern zu schützen, weitgehend hinter das grundrechtlich geschützte Vertrauen des betroffenen Personenkreises **zurück**. Eine rückwirkend angeordnete oder verlängerte Freiheitsentziehung durch Sicherungsverwahrung kann daher nur noch als verhältnismäßig angesehen werden, wenn der **gebotene Abstand zur Strafe gewahrt** wird, eine **hochgradige Gefahr schwerster Gewalt- oder Sexualstraftaten aus konkreten Umständen** in der Person oder dem Verhalten des Untergebrachten abzuleiten ist und die Voraussetzungen des Art. 5 I 2 EMRK erfüllt sind.“* (BVerfG, aaO)

Entscheidungen materielles Recht

BGB
§ 553

Rechtsmissbräuchliche Kündigung Verschleppen der Untervermieterlaubnis

BGB

(BGH, NJW 2011, 1065; Urteil vom 02.02.2011 - VIII ZR 74/10)

1. Nimmt der Mieter eine Untervermietung vor, **ohne die erforderliche Erlaubnis** seines Vermieters einzuholen, verletzt er seine vertraglichen Pflichten auch dann, wenn er einen Anspruch auf Erteilung der Erlaubnis hat.
2. Ob ein derartiger Vertragsverstoß des Mieters ein die ordentliche Kündigung des Mietverhältnisses **rechtfertigendes Gewicht** hat, ist unter Würdigung der Umstände des Einzelfalls zu beurteilen.
3. Hat der Mieter eine Erlaubnis zur Untervermietung vom Vermieter **rechtzeitig erbeten**, so ist eine auf die fehlende Erlaubnis gestützte Kündigung rechtsmissbräuchlich, wenn der Vermieter seinerseits **zur Erteilung der Erlaubnis verpflichtet** war und ihm somit selbst eine Vertragsverletzung zur Last fällt.
4. Der Vermieter kann zur Begründung einer Kündigung auf die in einem **früheren** dem Mieter **zugegangenen Schreiben** dargelegten Kündigungsgründe Bezug nehmen.

Fall: Die Kl. ist Mieterin einer Wohnung im Hause des Bekl. Sie hatte schon mehrfach mit Zustimmung des Bekl. ein Zimmer ihrer Wohnung untervermietet. Sie war zunächst als Studentin in die Wohnung eingezogen und wollte so Mietzahlungen finanziell sicherstellen. Zwischenzeitlich hat sie ihr Studium abgeschlossen und ist als Rechtsanwältin tätig.

Im Wohnungsmietvertrag von 1998 ist bestimmt:

§ 11. (2) Der Mieter ist ohne ausdrückliche Einwilligung des Vermieters weder zu einer Untervermietung noch zu einer sonstigen Gebrauchsüberlassung an Dritte berechtigt, ausgenommen an besuchsweise sich aufhaltende Personen. Die Einwilligung gilt nur für den Einzelfall, sie kann aus wichtigem Grund widerrufen werden. Die Rechte des Mieters aus § 549 II BGB bleiben unberührt.

§ 27. *Sonstige Vereinbarungen.* Die Einwilligung zur Untervermietung wird erteilt. Bei einem Wechsel der Untermieter ist die schriftliche Einwilligung der Vermieter erforderlich. Die Parteien sind sich darüber einig, dass folgende Personen in die Wohnung einziehen werden: Frau G, Frau S M.

Zwischen den Parteien kam es in der Folgezeit wiederholt zu Meinungsverschiedenheiten anlässlich eines Wechsels in der Person des Untermieters, insbesondere weil die Bekl. die Erlaubnis von der Darlegung eines berechtigten Interesses i.S. des § 553 I 1 BGB abhängig machten. Mit Schreiben vom 18.11.2007 bat die Kl. vergeblich um Erlaubnis zur Untervermietung eines Zimmers an eine Frau A ab 01.12.2007. Sie erhob anschließend Klage auf Zustimmung und nahm die Untermieterin A ab 01.02.2008 in der Wohnung auf. Jener Rechtsstreit wurde ebenso wie ein im Jahr 2004 von der Kl. geführter Zustimmungsprozess wegen eines anderen Untermieters zu Gunsten der Kl. entschieden. Mit Schreiben vom 25.11.2008 bat die Kl. um Erlaubnis zur Untervermietung eines Zimmers an Frau P. Nachdem die Bekl. die Erteilung der Erlaubnis erneut von der Darlegung eines berechtigten Interesses an der Untervermietung abhängig gemacht hatten, hat die Kl. im vorliegenden Prozess Klage auf Erteilung der Zustimmung zur Untervermietung an Frau P erhoben.

Der Bekl. hatte das Mietverhältnis bereits während des Vorprozesses über die Zustimmung zur Untervermietung an Frau A mit Schreiben vom 19.02.2008 wegen unberechtigter Untervermietung ordentlich gekündigt und begehrt im Wege der Widerklage Räumung und Herausgabe der Wohnung. Wie wird das Gericht entscheiden.

Sollte das Mietverhältnis durch die Kündigung vom 19.02.2008 bis 07.03.2008 wirksam beendet worden sein, so hat die Kl. ohnehin keinen Anspruch auf Erteilung der am 25.11.2008 beantragten Erlaubnis zur Untervermietung an Frau P. Es ist daher zunächst die Wirksamkeit der Kündigung zu prüfen bevor der Anspruch auf Erteilung einer Untervermieterlaubnis geprüft werden kann.

I. Wirksamkeit der Kündigung

Ist die Mietzeit nicht bestimmt, so kann nach § 542 I BGB jede Vertragspartei das Mietverhältnis nach den gesetzlichen Vorschriften kündigen. Nach § 573 I BGB kann der Vermieter von Wohnraum eine Kündigung grundsätzlich nur dann wirksam aussprechen, wenn er hier-

an ein berechtigtes Interesse hat. Ein solches Interesse liegt nach § 573 II Nr. 1 BGB vor, wenn der Mieter seine vertraglichen Pflichten schuldhaft nicht unerheblich verletzt hat.

Hier könnte eine schuldhafte Pflichtverletzung in der Untervermietung an Frau A ab dem 01.02.2008 vorliegen.

Entsteht für den Mieter nach Abschluss des Mietvertrags ein berechtigtes Interesse, einen Teil des Wohnraums einem Dritten zum Gebrauch zu überlassen, so kann nach § 553 I BGB von dem Vermieter die Erlaubnis hierzu verlangen.

1. Anspruch auf Erteilung der Untervermieterlaubnis

Soweit die Bekl. die Darlegung eines berechtigten Interesses an der Untervermietung verlangt hat, entspricht dies grundsätzlich der Rechtslage.

*„Zu Recht hat das BerGer. allerdings angenommen, dass der Kl. ein **Anspruch auf Erlaubnis** der Untervermietung an A Zustand. Das BerGer. hat die Regelung in § 27 MV dahin ausgelegt, dass der Kl. das **Recht zur Untervermietung grundsätzlich bereits eingeräumt** ist, so dass die Kl. bei einem Untermieterwechsel ein **berechtigtes Interesse** (§ 553 I 1 BGB) **nicht mehr darlegen muss** und die Bekl. die nach dem Mietvertrag auch für den Fall eines Untermieterwechsels vorgesehene schriftliche Einwilligung nur bei Vorliegen eines wichtigen Grundes in der Person des Untermieters versagen dürfen.*

*Gegen diese Auslegung wendet sich die Revisionserwiderung vergeblich. Die **Auslegung einer Individualklärung** kann vom RevGer. nur daraufhin überprüft werden, ob der Tatrichter sich mit dem Prozessstoff **umfassend und widerspruchsfrei auseinandergesetzt** hat und ob dabei gesetzliche oder allgemein anerkannte Auslegungsregeln, **Denkgesetze, allgemeine Erfahrungssätze oder Verfahrensvorschriften** verletzt worden sind (st. Rspr.; vgl. nur BGH, NJW 2008, 1439 = NZM 2008, 318 Rn.19; NJW 2007, 3122 = NZM 2007, 727 Rn 10). Derartige Fehler zeigt die Revisionserwiderung nicht auf. Insbesondere steht § 11 MV, der die Untervermietung von einer Erlaubnis des Vermieters abhängig macht, der Auslegung des BerGer., § 27 MV enthalte bereits eine generelle Untermieterlaubnis, nicht entgegen. Die Auslegung des BerGer. ist möglich und daher für das RevGer. bindend.“ (BGH aaO)*

Hinsichtlich der seinerzeit getroffenen Vereinbarung könnte jedoch zu berücksichtigen sein, dass Anlass für die Erteilung der (generellen) Untermieterlaubnis in § 27 MV die bei Abschluss des Mietvertrags ungünstige wirtschaftliche Situation der Kl. als Studentin war.

„Dieser Umstand steht der Auslegung des BerGer. nicht entgegen und gibt den Bekl. auch nicht das Recht, im Hinblick auf eine verbesserte wirtschaftliche Lage der Kl. vom Vertrag abzurücken und die Untermieterlaubnis nunmehr von den Voraussetzungen des § 553 BGB abhängig zu machen.“ (BGH aaO)

Bei pflichtgemäßem Verhalten hätte die Bekl. daher die von der Kl. mit Schreiben vom 08.11.2007 erbetene Erlaubnis zur Untervermietung an A erteilen müssen, denn ein wichtiger Grund in der Person der Untermieterin ist nicht vorgetragen worden und auch sonst nicht ersichtlich.

2. Pflichtverletzung

Fraglich ist, ob der festgestellte Anspruch auf Erteilung der Untervermieterlaubnis die Pflichtverletzung der Kl. ausschließt.

*„Zutreffend geht das BerGer. ferner davon aus, dass ein Mieter, der eine **Untervermietung** vornimmt, **ohne die erforderliche Erlaubnis** seines Vermieters einzuholen, damit seine **vertraglichen Pflichten auch dann verletzt**, wenn er letztlich einen **Anspruch** auf Erteilung der Erlaubnis hat (BayObLG, NJW-RR 1991, 461 [462]; NJW-RR 1995, 969 [970]; OLG Hamm, NJW-RR 1997, 1370; Häublein, in: MünchKomm, 5. Aufl., § 573 Rn 52; Blank/Börstinghaus, Miete, 3. Aufl., § 543 Rn 79).“ (BGH aaO)*

3. Erheblichkeit der Pflichtverletzung

Die Pflichtverletzung der Kl. durch Untervermietung vor Erteilung der zu beanspruchenden Erlaubnis muss jedoch ein solches Gewicht haben, dass hierdurch ein berechtigtes Interesse der Bekl. an der Beendigung der Mietverhältnisse begründet werden kann. Dies ist anhand einer Würdigung der Umstände des Einzelfalls zu beurteilen.

*„Hierbei kommt es auch auf die **Gründe** an, die den Mieter dazu bestimmen, einem Dritten **ohne die Genehmigung** des Vermieters den Gebrauch der Mietsache zu überlassen; insbesondere eine **bewusste Missachtung** der Belange oder der Person des Vermieters kann der Vertragsverletzung Gewicht verleihen (vgl. BayObLG, NJW-RR 1995, 969 [971]; Blank, in: Schmidt-Futterer, MietR, 10. Aufl., § 573 Rn 24).“ (BGH aaO)*

Es kommt daher darauf an, ob in der Untermietung an A eine solche bewusste Missachtung von Vermieterbelangen zu sehen ist.

*„Die Einholung der Genehmigung hat den Zweck, dem Vermieter Gelegenheit zu geben, seine **Einwände gegen die Untervermietung** – hier gegen die Person der neuen Untermieterin – geltend zu machen, bevor dem Untermieter die **Räume überlassen werden** (BayObLG, NJW-RR 1995, 969 [970]). Dieser Pflicht ist die Kl. jedoch insoweit nachgekommen, als sie die **Erlaubnis** zur Untervermietung an A **rechtzeitig erbeten** hat, so dass die Bekl. etwaige Bedenken gegen die Person der neuen Untermieterin vorbringen konnten. Da es solche **Bedenken** indes **nicht gab**, waren die Bekl. – wie dargelegt – **zur alsbaldigen Zustimmung** zur Untervermietung an A **verpflichtet** und durften sie nicht von der Darlegung eines berechtigten Interesses abhängig machen.*

*Dem somit der **Bekl. zur Last fallenden Vertragsverstoß** hat das BerGer. rechtsfehlerhaft keine Bedeutung beigemessen. Zum einen hat es verkannt, dass sich die Kl. angesichts des vertragswidrigen Verhaltens der Bekl. in einer gewissen „**Zwangslage**“ befand. Bei einem Abwarten bis zum Erlass eines die vertragswidrig nicht erteilte Untermieterlaubnis ersetzenden rechtskräftigen Urteils wären der Kl. in der Zwischenzeit die Einnahmen aus der Untermiete entgangen und hätte die Untermieterin möglicherweise das Interesse an der Anmietung verloren. Inwieweit unter Berücksichtigung dieser Umstände überhaupt noch von einem vertragswidrigen Verhalten der Kl. von einem gewissen Gewicht gesprochen werden kann, bedarf keiner Entscheidung, denn jedenfalls ist es den Bekl. wegen des **Verbots rechtsmissbräuchlichen Verhaltens** (§ 242 BGB) verwehrt, sich bei ihrer Kündigung auf das Fehlen einer Erlaubnis zu berufen, die sie der Kl. hätten erteilen müssen, wenn sie sich selbst vertragsgemäß verhalten hätten.“ (BGH aaO)*

- II. Ein Kündigungsgrund nach § 573 II Nr. 1 BGB liegt damit nicht vor. Die Kündigung ist unberechtigt. Die Kl. hingegen hat einen Anspruch auf erneute Zustimmung zur Untermietung. Die Klage ist damit begründet, die Widerklage hingegen unbegründet.

StVG
§§ 7 I, 17

Haftung für erhöhte Betriebsgefahr
Überschreiten der Autobahnrichtgeschwindigkeit
 (OLG Nürnberg in NJW 2011, 1155; Urteil vom 09.09.2010 – 13 U 712/10)

BGB

1. Der Fahrer, der mit Erfolg die Unabwendbarkeit eines Unfalls geltend machen will, muss sich wie ein „**Idealfahrer**“ verhalten haben.
2. Dabei darf sich die Prüfung nicht auf die Frage beschränken, ob der **Fahrer in der konkreten Gefahrensituation** wie ein „Idealfahrer“ reagiert hat, vielmehr ist sie darauf zu erstrecken, ob ein „Idealfahrer“ **überhaupt in eine solche Gefahrenlage** geraten wäre.
3. Ein „Idealfahrer“ fährt nicht schneller als Richtgeschwindigkeit.
4. Auf die **Unabwendbarkeit** eines Unfalls kann sich ein Kraftfahrer, der die Richtgeschwindigkeit von 130 km/h überschritten hat, daher **regelmäßig nicht berufen**, es sei denn, er weist nach, dass der Unfall für ihn auch bei einer Geschwindigkeit von 130 km/h nicht zu vermeiden war und es somit **auch bei Einhaltung der Richtgeschwindigkeit** zu dem **Unfall mit vergleichbar schweren Folgen** gekommen wäre
5. Bei deutlicher Überschreitung der Richtgeschwindigkeit auf der Autobahn (hier: 160 km/h) tritt die Haftung aus Betriebsgefahr auch bei erheblichem Verschulden des Unfallgegners regelmäßig nicht zurück.

Fall: Die Kl. begehrt von der Bekl. Schadensersatz und Schmerzensgeld aus einem Verkehrsunfall. Die Prüfung ergibt, dass die Kl. den Unfall allein verursacht hat. Allerdings ist der Unfall auf einer Autobahn passiert.

Die Klägerin fuhr über die Beschleunigungsspur auf die Autobahn auf und wechselte sogleich auf die linke Fahrspur. Ihre Geschwindigkeit betrug nach gutachterlichen Feststellungen ca. 90 km/h. Die Beklagte befuhr die linke Fahrspur mit ca. 160 km/h. Nach dem Fahrspurwechsel der Kl. leitete die Bekl. sofort den Bremsvorgang ein, konnte eine Kollision jedoch nicht mehr verhindern.

Die Klägerin könnte gegen die Bekl. einen Anspruch auf Schadensersatz haben, da diese auf das von ihr geführte Kraftfahrzeug aufgefahren ist.

I. Anspruch aus § 7 I StVG

Die Beklagte ist als Halterin nach §§ 1 II, 8 StVG die richtige Anspruchsgegnerin. Auch sind mit dem Fahrzeug und der Gesundheit der Kl. Rechtsgüter verletzt worden, die von § 7 StVG geschützt sind. Der Schaden ist auch beim Betrieb des Kraftfahrzeugs eingetreten. Fraglich ist jedoch, ob die Haftung ausgeschlossen oder beschränkt ist.

1. Haftungsausschluss nach § 7 II StVG

„Die Haftung aus § 7 I StVG entfällt nur, wenn der Unfall auf höherer Gewalt beruht (§ 7 II StVG) – was nicht ansatzweise im Raum steht.“ (OLG Nürnberg aaO)

2. Haftungsausschluss nach § 17 III StVG

In Betracht kommt aber ein Haftungsausschluss nach § 17 III StVG. Danach ist die Verpflichtung zum Schadensersatz bei mehreren beteiligten Kraftfahrzeugen nach §§ 7 I, II StVG ausgeschlossen, wenn der Unfall durch ein unabwendbares Ereignis verursacht wird, das weder auf einem Fehler in der Beschaffenheit des Fahrzeugs noch auf einem Versagen seiner Vorrichtungen beruht. Als unabwendbar gilt dabei ein Ereignis nur dann, wenn sowohl der Halter als auch der Führer des Fahrzeugs jede nach den Umständen des Falles gebotene Sorgfalt beobachtet hat.

Der Unfall könnte für die Bekl. ein unabwendbares Ereignis dargestellt haben, weil die Kl. nach dem Auffahren auf die Autobahn mit einer erheblich geringeren Geschwindigkeit auf die linke Fahrspur gezogen ist und die Bekl. trotz sofortiger Einleitung des Bremsvorgangs die Kollision nicht mehr verhindern konnte.

„Der Fahrer, der mit Erfolg die Unabwendbarkeit eines Unfalls geltend machen will, muss sich wie ein „Idealfahrer“ verhalten haben. Dabei darf sich die Prüfung nicht auf die Frage beschränken, ob der Fahrer in der konkreten Gefahrensituation wie ein „Idealfahrer“ reagiert hat, vielmehr ist sie darauf zu erstrecken, ob ein „Idealfahrer“ überhaupt in eine solche Gefahrenlage geraten wäre. Der sich aus einer abwendba-

ren Gefahrenlage ergebende Unfall wird **nicht dadurch unabwendbar**, dass sich der Fahrer **in der Gefahr nunmehr (zu spät) „ideal“ verhält**. § 17 III StVG erfordert, dass der „Idealfahrer“ in seiner Fahrweise auch die Erkenntnisse berücksichtigt, die nach allgemeiner Erfahrung geeignet sind, Gefahrensituationen nach Möglichkeit zu vermeiden. Solche Erkenntnisse haben in der Autobahn-Richtgeschwindigkeits-Verordnung Ausdruck gefunden, in der die Empfehlung ausgesprochen wird, auf Autobahnen auch bei günstigen Straßen-, Verkehrs-, Sicht- und Wetterverhältnissen nicht schneller als 130 km/h zu fahren. **Ein „Idealfahrer“ fährt nicht schneller als Richtgeschwindigkeit**. Ihm ist bewusst, dass die Gefahr, einen Unfall nicht mehr vermeiden zu können, aber auch, von anderen Verkehrsteilnehmern nicht rechtzeitig wahrgenommen zu werden, durch höhere Geschwindigkeiten deutlich steigt.“ (OLG Nürnberg, aaO)

Allerdings ist der bekl. Fahrerin deshalb kein Schuldvorwurf zu machen. Der deutsche Gesetzgeber konnte sich nicht zu einer allgemeinen Geschwindigkeitsbeschränkung auf Autobahnen entschließen, sondern hat es bei der **bloßen Empfehlung der Richtgeschwindigkeits-Verordnung** belassen. Mit einer Überschreitung der Richtgeschwindigkeit ist daher kein grundsätzlicher Verkehrsverstoß gegeben. Allerdings kann diese Überschreitung bei der Frage nach dem Verhalten des Idealfahrers sehr wohl als Auslegungskriterium herangezogen werden.

„Auf die **Unabwendbarkeit** eines Unfalls kann sich ein Kraftfahrer, der die Richtgeschwindigkeit von 130 km/h überschritten hat, daher **regelmäßig nicht berufen**, es sei denn, er weist nach, dass der Unfall für ihn auch bei einer Geschwindigkeit von 130 km/h nicht zu vermeiden war und es somit **auch bei Einhaltung der Richtgeschwindigkeit zu dem Unfall mit vergleichbar schweren Folgen** gekommen wäre (BGH, NJW 1992, 1684; OLG Stuttgart, NJW-RR 2010, 604 = MDR 2010, 78; OLG Hamm, NZV 2000, 42).“ (OLG Nürnberg, aaO)

Es kommt daher darauf an, ob die Nichteinhaltung der Richtgeschwindigkeit unfallursächlich war.

„Der vorliegende Fall liefert geradezu ein **Schulbeispiel** dafür, wie massiv sich die **Gefahr eines Unfalls** durch die Missachtung der Richtgeschwindigkeit **erhöht**.

Weil die Bekl. zu 1 mit einer Geschwindigkeit von mindestens 160 km/h gefahren ist, genügte nicht einmal mehr eine Vollbremsung, um den trotz dieser Bremsung noch mit erheblicher Wucht erfolgenden Zusammenprall (etwa 43 km/h Differenzgeschwindigkeit) zu verhindern.

Wäre die Bekl. zu 1 dagegen mit **130 km/h gefahren**, hätte sie die **Kollision mühelos vermeiden** können. Geht man von den vom Sachverständigen angenommenen tatsächlichen Geschwindigkeitsverhältnissen (Ausgangsgeschwindigkeit der Bekl. zu 1 von 178 km/h, Geschwindigkeit des klägerischen Fahrzeugs von 103 km/h) aus, so hätte es diesen gegenüber schon genügt, den **Fuß vom Gas zu nehmen**, um bei einer Ausgangsgeschwindigkeit von 130 km/h den Unfall zu vermeiden. Sollten die Geschwindigkeiten beider Fahrzeuge „nur“ den zur Überzeugung des Senats (mindestens) festgestellten entsprochen haben (Ausgangsgeschwindigkeit der Bekl. zu 1 von 160 km/h, Geschwindigkeit des klägerischen Fahrzeugs von 85–90 km/h), so hätte die Bekl. zu 1, wenn sie mit 130 km/h gefahren wäre, ebenfalls unbeschwerlich den Unfall verhindern können – genügt hätte jedenfalls eine **relativ moderate Bremsung**.

Insgesamt war also die Betriebsgefahr des Beklagtenfahrzeugs durch die erhebliche Überschreitung der Richtgeschwindigkeit deutlich erhöht, zumal beim Unfallzeitpunkt auch noch Dunkelheit und – wie die Bekl. selbst vorgetragen haben – hohes Verkehrsaufkommen herrschte, so dass sich das Fahrverhalten der Bekl. an der Grenze zu einem Verstoß gegen § 3 I 2 StVO bewegt.“ (OLG Nürnberg, aaO)

Die Haftung der Bekl. ist daher nicht nach § 17 III StVG ausgeschlossen.

3. Abwägung der Verursachungsbeiträge, § 17 I StVG

Die Haftung der Parteien untereinander hängt von den jeweiligen Verursachungsbeiträgen ab. Hierbei ist das erhebliche Verschulden der Kl. zu berücksichtigen.

„Diese hat allenfalls **wenige Sekunden nach dem Einfahren** auf die Autobahn ohne längeres Beobachten des Verkehrsgeschehens die **Fahrspur gewechselt** und damit das Gebot, einen Spurwechsel nur vorzunehmen, wenn die Gefährdung anderer ausgeschlossen ist (§ 5 IV 1 StVO), jedenfalls missachtet und damit eine **erhöhte Sorgfaltspflicht verletzt**. Dieser Verursachungsbeitrag ist deutlich höher zu werten als die – erhöhte – Betriebsgefahr des Fahrzeugs der Bekl.

Allerdings lässt das **gewichtige Verschulden auf Klägerseite** die Haftung der Bekl. aus **Betriebsgefahr nicht vollständig zurücktreten**, wenn diese – wie vorliegend – durch eine erhebliche Überschreitung der Richtgeschwindigkeit **deutlich erhöht** ist. Auch massives Verschulden eines Unfallgegners führt nicht zu einem „Freibrief, zur Nachtzeit mit einem erheblich über der Richtgeschwindigkeit liegenden Tempo auf der Autobahn zu fahren und bei einem dann erfolgten Unfall jede Haftung von sich zu weisen“ (so zutr. OLG Stuttgart, NJW-RR 2010, 604 = MDR 2010, 78, bezogen auf einen Fall, in welchem den Unfallgegner sogar strafrechtlich relevantes erhebliches Verschulden traf).

Angemessen ist in derartigen Fällen eine Mithaftung für die Betriebsgefahr in Höhe von 25% (vgl. OLG Hamm, NZV 2000, 42, dort bei einer bewiesenen Mindestausgangsgeschwindigkeit von 150 km/h).“ (OLG Nürnberg aaO)

II. Anspruch aus § 823 I oder § 823 II BGB

Eine Haftung nach § 823 I oder § 823 II BGB i.V.m. der StVO kommt nur in Betracht, wenn die Kl. der Bekl. ein Verschulden nachweisen kann.

1. Verschulden wegen verspäteter Reaktion

„Nach den vom Sachverständigen festgestellten Weg-Zeit-Verhältnissen war die Behauptung der Bekl., die Bekl. zu 1 habe auf den Spurwechsel sofort mit einer Vollbremsung reagiert, nicht zu widerlegen und damit ein Verschulden durch verspätete Reaktion nicht nachzuweisen.“ (OLG Nürnberg, aaO)

2. Verschulden wegen Überschreitung der Autobahnrichtgeschwindigkeit

„Die Überschreitung der Richtgeschwindigkeit begründet, wie dargelegt, für sich betrachtet **kein Verschulden**. Eine Verletzung des Gebots aus § 3 I 2 StVG, seine Geschwindigkeit insbesondere den Straßen-, Verkehrs-, Sicht- und Wetterverhältnissen anzupassen, wird zumindest bei einer Geschwindigkeit von 160 km/h in der Regel noch **nicht allein deswegen angenommen, weil Dunkelheit herrschte**. Konkrete Feststellungen zu den Verkehrsverhältnissen, die gerade unmittelbar vor dem Unfall – über die an den „Idealfahrer“ zu stellenden Anforderungen hinaus – auch nach § 3 I 2 StVG eine niedrigere Geschwindigkeit als 160 km/h zwingend geboten hätten, konnten nicht getroffen werden. Zwar war das **Verkehrsaufkommen unstreitig hoch**, andererseits war die Fahrbahn auf der linken Spur vor der Bekl. zu 1 aber zunächst – vor dem Einscheren des klägerischen Fahrzeugs – über eine längere Strecke frei.“ (OLG Nürnberg, aaO)

Ergebnis: Die Bekl. muss der Kl. 25 % des entstandenen Schadens gem. § 7 I StVG ersetzen.

StGB
§ 11 I Nr. 2c

Amtsträger
leitender Angestellter der DB Netz AG
(BGH in NJW 2011, 1374; Beschluss vom 09.12.2010 – 3 StR 312/10)

StGB

Die **DB Netz AG** ist eine „sonstige Stelle“ i. S. des § 11 I Nr. 2c StGB, sodass ein auf der Grundlage eines privatrechtlichen Anstellungsvertrags bei der **DB Netz AG** tätiger **Angestellter** als **eine zur Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben bestellte Person i. S. von § 11 I Nr. 2 c StGB** anzusehen ist.

Fall: Der Angekl. war als beurlaubter Bundesbahndirektor auf Grundlage privatrechtlicher Anstellungsverträge mit der Deutsche Bahn Netz AG (im Folgenden: DB Netz AG) zunächst Leiter der Niederlassung D. und ab März 2001 Leiter der Niederlassung West in Du. Im Tatzeitraum von August 2000 bis Juli 2002 war er in beiden Niederlassungen unter anderem für die der Sicherheit des Schienenverkehrs dienende Grünpflege an den Gleisanlagen zuständig. Für die Durchführung der Vegetationsarbeiten stand ihm ein Gesamtbudget von mehreren Millionen Euro jährlich zur Verfügung. In beiden Niederlassungen beauftragte er überwiegend die von H als Alleingesellschafter betriebene Forst-, Tief- und Landschaftsbau-GmbH (im Folgenden: FTL) mit der Durchführung der erforderlichen Grünpflegearbeiten. Um möglichst viele für die FTL lukrative Aufträge der DB Netz AG zu erhalten, wendete H dem Angekl. regelmäßig geldwerte Vorteile zum Zwecke der „Klimapflege“ zu. Die Zuwendungen nahm der Angekl. in dem Bewusstsein an, dass die von ihm geleiteten Niederlassungen der DB Netz AG Aufgaben der öffentlichen Daseinsvorsorge zur Sicherheit des Schienenverkehrs nach Weisung des Eisenbahn-Bundesamtes wahrnahmen und die Zuwendungen in Zusammenhang mit seiner Tätigkeit und Stellung in der DB Netz AG geleistet wurden.

Zu prüfen ist damit, ob der Angekl. tauglicher Täter i. S. des § 11 I Nr. 2 StGB ist.

- I. Der Angekl. – der der DB Netz AG nicht nach Art. 143 a I 3 GG, § 12 II Deutsche Bahn Gründungsgesetz (DBGrG) als Beamter zur Dienstleistung zugewiesen war – hat **nicht als Amtsträger im strafrechtlichen Sinne nach § 11 I Nr. 2 a StGB** gehandelt (BGHSt 49, 214 = NJW 2004, 3129 = NSTz 2004, 677).
- II. Der nach § 12 I DBGrG beurlaubte und jeweils auf der Grundlage eines privatrechtlichen Anstellungsvertrags bei der DB Netz AG tätige Angekl. könnte jedoch als **eine zur Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben bestellte Person i. S. von § 11 I Nr. 2 c StGB** anzusehen sein.
 1. Dies setzt voraus, dass die **DB Netz AG** als **sonstige Stelle nach § 11 I Nr. 2c StGB** einzuordnen ist.

Die Frage, ob die DB Netz AG die Anforderungen erfüllt, die an dieses Tatbestandsmerkmal zu stellen sind, ist **bislang höchstrichterlich noch nicht entschieden**.

Der 2. Strafsenat des BGH hat zwar für die DB-AG als Ganzes deren Einordnung als „sonstige Stelle“ verneint, jedoch ausdrücklich offen gelassen, ob die DB Netz AG, die im Zuge der zweiten Stufe der Bahnreform im Jahr 1999 durch die Ausgründung des Bereichs „Fahrweg“ der DB-AG entstand, einer derartigen staatlichen Steuerung unterliegt, dass sie als „sonstige Stelle“ i. S. des § 11 I Nr. 2 c StGB einzustufen ist (BGHSt 49, 214 = NJW 2004, 3129 = NSTz 2004, 677).

Nach **BGH aaO** ist diese Einordnung jedoch zu bejahen.

- a) Die DB Netz AG nimmt **Aufgaben der öffentlichen Verwaltung** wahr.

*„Durch die grds. Trennung von Schiene und Verkehr hat die Netzinfrastruktur innerhalb des Eisenbahnwesens eine Sonderstellung dahingehend inne, dass es dem Bund auf Grund eines **dauerhaften Infrastrukturauftrags** obliegt, ein funktionstüchtiges Schienennetz durch staatlich beherrschte, öffentliche Unternehmen vorzuhalten (Maunz/Dürig/Möstl, GG, Stand: Nov. 2006, Art. 87 e Rn 112). Zu diesem Infrastrukturauftrag gehören nicht nur der Bau, Ausbau und Erhalt des Gleiskörpers (vgl. hierzu BGHSt 49, 214 = NJW 2004, 3129 = NSTz 2004, 677; BGHSt 52, 290 = NJW 2008, 3724 = NSTz 2008, 560), sondern auch sämtliche begleitenden Maßnahmen zur Unterhaltung der Eisenbahninfrastruktur in einem betriebssicheren Zustand. Seit der Ausgliederung dieser Aufgabenbereiche aus der DB-AG im Jahr 1999 **nimmt das bundeseigene Eisenbahninfrastrukturunternehmen DB Netz AG diesen Auftrag für den Bund als Pflichtaufgabe wahr** (BVerwGE 129, 381 = NVwZ 2008, 1017; zust. Wilmsen IR 2008, 129). Auf diese Weise kommt der Bund seinem **im Allgemeinwohl liegenden Gewährleistungsauftrag** nach, eine unter staatlicher Kontrolle stehende Infrastruktur zur privatwirtschaftlichen Nutzung durch Personen- und Güterverkehrsunternehmen zur Verfügung zu stellen (Maunz/Dürig/Möstl, Art. 87 e Rn 112 f.; Etzold, Die Gewährleistungsverantwortung des Bundes für die Schienenwege, 2010, S. 43 f., 65 ff.; Sachs/Windthorst, Art. 87 e Rn 6).*

*Auch wenn es sich bei der Unterhaltung der Infrastruktur nur um einen Teilaspekt der staatlichen Infrastrukturverantwortung in Bezug auf das Schienennetz handelt, ist die **Sicherstellung und Aufrechterhaltung der Verkehrssicherheit der Schienenwege**, u. a. durch Vorbeugung und Beseitigung vegetationsbedingter Gefahren hinsichtlich des in § 9 Eisenbahn-Bau- und Betriebsordnung festgeschriebenen Regellichtraums, ein wesentliches Element des staatlichen Gewährleistungsauftrags aus Art. 87 e IV GG. Einfachgesetzlich ergibt sich die Betriebs- und Instandhaltungspflicht für die Eisenbahninfrastruktur aus einer Gesamtschau der §§ 2 III, 4 I 1 und § 11 II 3 Allgemeines Eisenbahngesetz.*

Damit gehört die Unterhaltung des Schienennetzes in ihrer Gesamtheit, einschließlich der aus Gründen der Sicherheit zu gewährleistenden Vegetationspflege, als Aufgabe der Leistungsverwaltung zur staatlichen Daseinsvorsorge. Tätigkeiten dieser Art, die dazu bestimmt sind, unmittelbar für die Daseinsvoraussetzungen der Allgemeinheit zu sorgen, werden nach st. Rspr. des BGH (s. nur BGH NJW 2004, 693 = NStZ 2004, 380; BGHSt 49, 214 = NJW 2004, 3129 = NStZ 2004, 677; BGHSt 52, 290 = NJW 2008, 3724 = NStZ 2008, 560, jew. m. w. Nachw.) und überwiegender Auffassung der Lit. (Rudolphi/Stein, SK-StGB, Stand: Feb. 2005, § 11 Rn 27; MüKo-StGB/Radtke, § 11 Rn 41; Heinrich, Der Amtsträgerbegriff im Strafrecht, 2001, S. 461, 637 f.; Zieschang, StV 2009, 74; Dölling, JR 2009, 426, jew. m. w. Nachw.; a. A. Cantzler, Strafrechtliche Auswirkungen der Privatisierung von Verwaltungsaufgaben, 2001, S. 14 f., 116; Zwiehoff, Festschr. f. Herzberg, 2008, S. 155), zu den Aufgaben der öffentlichen Verwaltung i. S. von § 11 I Nr. 2c StGB gezählt.

An der Zugehörigkeit des Tätigkeitsfelds zum Aufgabenbereich der öffentlichen Verwaltung ändert es nichts, dass die DB Netz AG als Aktiengesellschaft eine juristische Person des Privatrechts ist, da sich die damit einhergehende Privatisierung auf die Organisationsform beschränkt und keine – auf dem Gebiet der Eisenbahninfrastruktur unzulässige (v. Mangoldt/Klein/Stark, GG III, 6. Aufl., Art. 87 e Rn 54 ff.) – materielle Aufgabenprivatisierung darstellt (vgl. BGHSt 43, 370 = NJW 1998, 1874 = NStZ 1998, 564; BGH NJW 2004, 693 = NStZ 2004, 380).“ (BGH aaO)

- b) Die DB Netz AG erfüllt auch die weiteren Anforderungen, die an das Tatbestandsmerkmal „sonstige Stelle“ i. S. von § 11 I Nr. 2c StGB zu stellen sind. Dies gilt sowohl mit Blick auf das in den Urteilsgründen beschriebene Aufgabengebiet der Vegetationspflege als Teilbereich der Unterhaltung des Schienennetzes als auch bei umfassender Betrachtung des gesamten **Tätigkeitsbereichs des Unternehmens**.

- Unter einer „sonstigen Stelle“ versteht man nach st. Rspr. eine **behördenähnliche Institution**, die unabhängig von ihrer Organisationsform **befugt** ist, **bei der Ausführung von Gesetzen mitzuwirken**, ohne dabei eine Behörde im verwaltungsrechtlichen Sinne zu sein. Ist die Stelle als juristische Person des Privatrechts organisiert, müssen Merkmale vorliegen, die eine Gleichstellung mit einer Behörde rechtfertigen; bei einer Gesamtbetrachtung muss sie „als verlängerter Arm des Staates erscheinen“:

BGHSt 43, 370 = NJW 1998, 1874 = NStZ 1998, 564; BGHSt 49, 214 = NJW 2004, 3129 = NStZ 2004, 677; BGHSt 52, 290 = NJW 2008, 3724 = NStZ 2008, 560

- In die Gesamtbetrachtung sind **alle wesentlichen Merkmale der Gesellschaft einzubeziehen**, namentlich
 - ob sie im **Eigentum der öffentlichen Hand** steht (BGH NJW 2001, 3062),
 - ob sie **gewerblich tätig** ist und **mit anderen im Wettbewerb steht** (BGHSt 45, 16 = NJW 1999, 2378; BGHSt 52, 290 = NJW 2008, 3724 = NStZ 2008, 560),
 - ob ihre **Tätigkeit** – unmittelbar oder mittelbar – **aus öffentlichen Mitteln finanziert** wird (BGHSt 45, 16 = NJW 1999, 2378) und
 - in welchem Umfang **staatliche Steuerungs- und Einflussnahmemöglichkeiten** bestehen (BGHSt 43, 370 = NJW 1998, 1874 = NStZ 1998, 564; BGHSt 45, 16 = NJW 1999, 2378; BGH NJW 2001, 3062; BGHSt 49, 214 = NJW 2004, 3129 = NStZ 2004, 677).

Bei einer **Gesamtbetrachtung** der die DB Netz AG prägenden Merkmale ergibt sich, dass sie sowohl in Bezug auf den Tätigkeitsbereich des Schienenbaus als auch hinsichtlich der Unterhaltung und des Betriebs der Schienenwege als „**verlängerter Arm des Staates**“ zu werten und damit **einer Behörde gleichzustellen** ist.

„Die DB Netz AG stand im Tatzeitraum – und steht bis heute – im alleinigen (mittelbaren) Bundeseigentum, weil der **Bund sämtliche Anteile an der DB-AG hielt und hält** und diese **zu 100% Muttergesellschaft der DB Netz AG** war und ist. Dass die Eigentumsverhältnisse in Bezug auf die DB Netz AG dauerhaft zumindest mehrheitlich so bleiben werden, ergibt sich aus Art. 87 e III 2 und 3 GG, der für den Bund ein Veräußerungsverbot bezüglich der Mehrheit der Anteile an Unternehmen fest schreibt, die – wie die DB Netz AG – „den Bau, die Unterhaltung und das Betreiben von Schienenwegen“ zum Gegenstand haben.

Die DB Netz AG war im Tatzeitraum und ist bis heute **nicht gewerblich tätig** (vgl. BGHSt 52, 290 = NJW 2008, 3724 = NStZ 2008, 560; Kunz, EisenbahnR, Stand: 2004, A 2.2 Erläuterungen zu § 1 DBGrG Nr. 14), stand zu anderen Unternehmen nicht im Wettbewerb und hatte in Bezug auf das Schienennetz insgesamt eine **monopolartige Stellung** inne. Weder im Schienenbau noch bei der Unterhaltung des Schienennetzes besteht ein funktionsfähiger privatwirtschaftlicher Wettbewerb, weil diese Aufgaben – wenn auch durch Vergabe an Dritte – mit Blick auf den Schienenwegevorbehalt des Art. 87 e III 3 GG und den in Art. 87 e IV GG **dauerhaft statuierten Infrastrukturauftrag des Bundes** bis heute allein und in originärer Verantwortung von der DB Netz AG erledigt werden. Hinzu kommt, dass auf Grund der hohen Investitions- und Unterhaltungskosten sowie des Landverbrauchs das Errichten und Unterhalten von Parallelnetzen weder sinnvoll noch erwünscht ist (Maunz/Dürig/Mörtl, Art. 87 e RN 113).

Auf Grund dieses **faktisch monopolistischen Betriebs** und wegen der **Zuordnung des Unternehmensbereichs Schienenbereitstellung und -unterhaltung zur klassischen Daseinsvorsorge** wird die DB Netz AG vergaberechtlich bisher überwiegend auch als öffentlicher Auftraggeber i. S. des § 98 S. 1 Nr. 2 GWB angesehen (BGHSt 52, 290 = NJW 2008, 3724 = NStZ 2008, 560; Vergabekammer des Bundes beim BKartA VergabeR 2004, 365; Battis/Kersten, WuW 2005, 493; Kunz, A 2.2 Erläuterungen zu § 1 DBGrG Nr. 14; Schlenke/Thomas BauR 1997, 412; Broß VerwArch 88 [1997], 521; Leinemann, Die Vergabe öffentlicher Aufträge, 4. Aufl., RN 68, 116; a. A. Homeister, Öffentliche Aufgabe, Organisationsform und Rechtsbindungen, 2005, S. 164 f. m. w. Nachw.; Heiermann BauR 1996, 443).

Auch werden die Kosten nicht nur für den Schienenbau, sondern auch für die Unterhaltung des Schienennetzes letztlich durch den Bund finanziert. Zwar sind die Kosten für die Unterhaltung nicht wie die Kosten für Bau, Ausbau und Ersatzinvestitionen unmittelbar durch den Bund zu tragen (§ 8 BSWAG), sondern fallen den Eisenbahnen des Bundes – und damit den zum DB Konzern gehörenden privatrechtlichen Gesellschaften – zur Last (§ 8 IV BSWAG). Dieser Umstand steht der Bewertung der DB Netz AG als „sonstige Stelle“ i. S. des § 11 I Nr. 2 c StGB indes nicht entgegen; denn die DB-AG als Muttergesellschaft der DB Netz AG war und ist dauerhaft jedenfalls **auf Zuschüsse des Bundes angewiesen** (BT-Dr 12/5015, S. 11; BR-Dr 555/07, S. 1; Gersdorf ZHR 168 [2004], 576), woraus sich eine zumindest mittelbare Finanzierung der Unterhaltungsmaßnahmen durch den Bundeshaushalt ergibt.“ (BGH aaO)

c) Die DB Netz AG unterlag und unterliegt schließlich auch **staatlicher Steuerung**.

„Hinsichtlich des Tätigkeitsbereichs der Unterhaltung des Schienennetzes – zu der auch die der Sicherheit des Schienennetzes dienende Vegetationspflege zu zählen ist – wird diese Steuerung über gesetzlich geregelte Betriebs- und Unterhaltungspflichten sowie über umfassende Weisungskompetenzen des Eisenbahn-Bundesamts ausgeübt (wird ausgeführt).“ (BGH aaO)

Nach alledem erfüllen bzw. erfüllten im Tatzeitraum sämtliche der von der DB Netz AG wahrgenommenen Geschäftsbereiche die Voraussetzungen, die nach der Rspr. an eine „sonstige Stelle“ i. S. des § 11 I Nr. 2 c StGB zu stellen sind.

2. Der **Angekl.** war auch **zur Wahrnehmung von Aufgaben der öffentlichen Verwaltung bestellt**.

„Eines **förmlichen, öffentlich-rechtlichen Bestellsakts mit Warnfunktion** bedurfte es hierfür nicht (a. A. Zieschang, StV 2009, 74; Rausch, Die Bestellung zum Amtsträger, 2007, S. 167 ff.), weil dem Angekl. als Niederlassungsleiter bewusst war, bei einer „sonstigen Stelle“ beschäftigt zu sein, die ihrer gesetzlichen Zweckbestimmung gemäß Aufgaben der öffentlichen Verwaltung wahrnahm (vgl. BGHSt 43, 370 = NJW 1998, 1874 = NStZ 1998, 564; BGHSt 52, 290 = NJW 2008, 3724 = NStZ 2008, 560). Als leitender Angestellter war er sowohl längerfristig für die Stelle tätig, als auch organisatorisch – an herausgehobener Stelle – in deren Behördenstruktur eingegliedert (vgl. BGHSt 43, 96 = NJW 1997, 3034 = NStZ 1998, 29; Fischer, StGB, 58. Aufl., § 11 Rn 20; Heinrich, S. 452f.). Damit war für ihn auch hinreichend deutlich erkennbar, dass mit seiner Anstellung die gleichen strafbewehrten Verhaltenspflichten verbunden waren, wie sie den in einem öffentlich-rechtlichen Anstellungsverhältnis bei einer Behörde beschäftigten Personen obliegen (vgl. BGHSt 43, 370 = NJW 1998, 1874 = NStZ 1998, 564) oder wie sie für die ihm unterstellten Sachbearbeiter, die nach Art. 143 a I 3 GG, § 12 II DBGrG als zugewiesene Beamte für die DB Netz AG tätig wurden, galten.“ (BGH aaO)

AO 1977
§ 370 I Nr. 1

Steuerhinterziehung Täuschung des Finanzamtes

StrafR

(BGH in NJW 2011, 1299; Beschluss vom 14.12.2010 – 1 StR 275/10)

Eine Strafbarkeit wegen **vollendeter Steuerhinterziehung nach § 370 I Nr. 1 AO** auf Grund unrichtiger oder unvollständiger Angaben **entfällt nicht** deshalb, **weil** den zuständigen **Finanzbehörden alle** für die Steuerfestsetzung **bedeutsamen Tatsachen bekannt** und ihnen zudem sämtliche **Beweismittel bekannt und verfügbar** waren.

Fall: Der Angekl. hat als im Einkauf tätiger Angestellter der Firma P für diese Elektronikbauteile aus dem europäischen Ausland über eine Gruppe von Personen eingekauft, deren in Deutschland ansässige Firmen nur zum Zweck der Erlangung unberechtigter Vorsteuerabzüge zwischengeschaltet waren. In Kenntnis dieser Umstände und im Wissen, dass eine Berechtigung zum Vorsteuerabzug nicht bestand, gab der Angekl. Eingangrechnungen mit gesondert ausgewiesener Umsatzsteuer an die Buchhaltung der Firma P zum Zwecke der Verbuchung und Vornahme des Vorsteuerabzugs weiter. Es wurden so für die Fa. P 14 falsche Umsatzsteuervoranmeldungen abgegeben, die erste davon ging am 16. 10. 2003 beim zuständigen Finanzamt ein. Insgesamt wurde Umsatzsteuer in Höhe von rund 5,18 Mio. € hinterzogen.

Ein zunächst in anderer Sache in den Räumen der Fa. P ermittelnder Steuerfahnder des Finanzamtes hat, bevor die in Rede stehenden Vorsteueranmeldungen beim Finanzamt eingegangen waren, bereits Kenntnis von dieser „steuerstrafrechtlichen Verdachtslage“ erlangt, die zuständigen Finanz- und Strafverfolgungsbehörden waren somit frühzeitig über den verfahrensgegenständlichen Sachverhalt informiert, sodass sie hätten verhindern können, dass größerer Schaden entsteht. Der zuständige Steuerfahnder hat jedoch keinerlei Maßnahmen ergriffen, um die Steuerhinterziehung zu verhindern.

Fraglich ist, ob der Straftatbestand des **§ 370 I Nr. 1 AO 1977** eine **Täuschung des zuständigen Finanzbeamten voraussetzt** oder **aber ob** der Tatbestand auch dann **verwirklicht werden kann, wenn** den **Finanzbehörden alle** für die Steuerfestsetzung **bedeutsamen Tatsachen bekannt** und ihnen zudem **sämtliche Beweismittel bekannt und verfügbar** waren.

I. In der Praxis wird eine **Steuerverkürzung** zwar **regelmäßig mit einer Täuschung der Finanzbehörden verbunden** sein, in der Rspr. des BGH ist aber geklärt, dass die für eine Tatbestandsverwirklichung des § 370 I Nr. 1 AO 1977 erforderliche und wesentliche objektive kausale Verknüpfung zwischen den unrichtigen Angaben und dem Eintritt der Steuerverkürzung **keine gelungene Täuschung mit Irrtumserregung beim zuständigen Finanzbeamten voraussetzt** (anders Hübschmann/Hepp/Spitaler, AO/FGO, § 370 AO 1977 Rn 200, wo indes die Kausalität falscher Angaben zu Unrecht mit einer Täuschung gleichgesetzt wird), sondern es **genügt, dass die unrichtigen oder unvollständigen Angaben** über steuerlich erhebliche Tatsachen in anderer Weise als durch eine Täuschung **für die Steuerverkürzung ursächlich** werden. Deshalb kommt es auch auf den Kenntnisstand der Finanzbehörden von der Unrichtigkeit der gemachten Angaben nicht an.

vgl. BGH NJW 2007, 2864 = NStZ 2007, 596; NJW 2000, 528 = NStZ 2000, 38 = wistra 2000, 63; BGHSt 37, 266 = NJW 1991, 1306 = NStZ 1991, 240; so auch BFHE 211, 19 = BStBl II 2006, 356 = NJW 2006, 1550

1. Die **Verwandtschaft der Steuerhinterziehung mit dem Betrug** (§ 263 StGB) mag zwar auf den ersten Blick eine andere Annahme nahe legen; sie kann jedoch nichts daran ändern, dass es nach dem **Gesetzeswortlaut** bei der Steuerhinterziehung in der Form des § 370 I Nr. 1 AO 1977 aber - anders als etwa beim Betrug (§ 263 StGB) - nicht zum gesetzlichen Tatbestand gehört, dass der Täter durch eine gelungene Täuschung einen Irrtum erregt oder unterhält (Hübschmann/Hepp/Spitaler, AO, 9. Aufl., § 370 Rn 40d; Koch-Zeller, AO, 3. Aufl., § 370 Rn 42; a. A. Franzen/Gast/Samson, SteuerstrafR, 3. Aufl., § 370 Anm. 6, S. 875). Eine Strafbarkeit wegen vollendeter Tat hängt somit nicht davon ab, dass der Täter eine von ihm herbeigeführte oder aufrechterhaltene irriige Vorstellung der Finanzbehörden zur Tat ausnutzt, selbst wenn sein Vorgehen i. d. R. darauf angelegt ist, wie seine in der falschen Steuererklärung zutage tretende Steuerunehrlichkeit zeigt. Vielmehr **genügt es, dass seine unrichtigen oder unvollständigen Angaben über steuererhebliche Tatsachen** in anderer Weise als durch eine Täuschung **für die Steuerverkürzung ursächlich** werden (Engelhardt, aaO). Ausschlaggebend für diese Sichtweise ist, dass die Eigentümlichkeiten des steuerlichen Verfahrens als eines weit reichend arbeitsteiligen und zunehmend **automatisierten Massenverfahrens** auf Grund

der sich daraus ergebenden besonderen Möglichkeiten, den Fiskus zu schädigen, eine Ausdehnung der Strafbarkeit auch auf Fälle durchaus rechtfertigen können, in denen die menschliche Entscheidungsfreiheit nicht durch Täuschung beeinträchtigt, sondern ohne eine solche eine unrichtige Verwaltung der Steuern bewirkt wird.

2. Falls es aber überhaupt auf die Kenntnis der Finanzbehörden ankommen sollte, wäre zu **differenzieren, worauf sich der Kenntnisstand der Finanzbehörden beziehen muss**: So kommen zum einen Tatsachen in Betracht, die den bloßen Verdacht begründen, dass die Angaben unrichtig sind, zum anderen Tatsachen, welche die positive Kenntnis vermitteln, dass die Angaben falsch sind, oder schließlich die positive Kenntnis aller Tatsachen, die für eine zutreffende Steuerfestsetzung erforderlich sind. Nur in der zuletzt genannten Konstellation könnte die Kenntnis der Finanzbehörden bedeutsam sein. In einem solchen Fall müssten darüber hinaus die Beweismittel i.S. von § 90 AO 1977 bekannt und verfügbar sein. Hierzu gehört bei Umsatzsteuererklärungen (einschl. der Umsatzsteuervoranmeldungen) grds. auch die Kenntnis sämtlicher für den jeweiligen Besteuerungszeitraum zu Unrecht geltend gemachter Vorsteuern. Diese umfassende Kenntnis müsste zudem bei dem für die Steuerfestsetzung zuständigen Beamten des Finanzamts vorliegen (BGHSt 34, 272 = NJW 1987, 1273).

- II. Darüber hinaus greift § 370 I Nr. 1 AO 1977 selbst dann ein, wenn der **zuständige Veranlagungsbeamte von allen** für die Veranlagung **bedeutsamen Tatsachen Kenntnis hat** und zudem **sämtliche Beweismittel** (§ 90 AO 1977) **bekannt und verfügbar** sind (vgl. BGH NJW 2000, 528 = NStZ 2000, 38 = wistra 2000, 63).

„Im Gegensatz zu § 370 I Nr. 2 AO ist bei § 370 I Nr. 1 AO – schon nach seinem Wortlaut – nicht auf eine Kenntnis oder Unkenntnis der Finanzbehörden abzustellen (so aber MüKo-StGB/Schmitz/Wulf, § 370 AO Rn 241) oder das ungeschriebene Merkmal der „Unkenntnis“ der Finanzbehörde vom wahren Sachverhalt in den Tatbestand hineinzulesen (vgl. Franzen/Gast/Joicks, SteuerstrafR, 7. Aufl., § 370 AO Rn 198 f.). Dies stünde im Widerspruch zu der Wertung des Gesetzgebers in den Regelbeispielen des § 370 III 2 Nr. 2 und 3 AO, die die Mitwirkung eines Amtsträgers unabhängig von dessen Zuständigkeit als besonders strafwürdig einstufen.

Anders als in der Unterlassungsvariante setzt der Täter bei Begehung durch aktives Tun mit Abgabe der dann der Veranlagung zu Grunde gelegten – aber unrichtigen – Erklärung eine Ursache, die im tatbestandsmäßigen Erfolg (i. S. des § 370 IV 1 AO) stets wesentlich fortwirkt. Der Erfolg wäre auch bei Kenntnis der Finanzbehörden vom zutreffenden Besteuerungssachverhalt – anders als in der Unterlassungsvariante – weder ganz noch zum Teil ohne den vom Steuerpflichtigen in Gang gesetzten Geschehensablauf eingetreten. Insofern realisiert sich gerade auch in dem Machen der falschen Angaben (neben einem möglicherweise strafrechtlich relevanten Verhalten des die zutreffenden Besteuerungsgrundlagen kennenden Veranlagungsbeamten) die durch § 370 I Nr. 1 AO rechtlich missbilligte Gefahr einer Steuerverkürzung (so jetzt auch Kohlmann, SteuerstrafR, 42. Lfg. 3/2010, § 370 Rn 581 ff.).“ (BGH aaO)

- III. Die **Strafbarkeit wegen Steuerhinterziehung** kann auch **nicht durch das Verhalten der Finanzbehörden in Frage gestellt** werden.

1. Zwar kann ein **Verhalten des Steuerfiskus** (gleich einem Mitverschulden oder einer Mitverursachung des Verletzten) **strafmildernd zu berücksichtigen** sein.

Es kann daher Fälle geben, in denen strafschärfend berücksichtigtes Verhalten eines Angekl. (etwa Skrupellosigkeit, Raffinesse oder Hartnäckigkeit) ins Verhältnis zum Verhalten der zum Schutze der staatlichen Vermögensinteressen berufenen Beamten zu setzen ist (vgl. BGH wistra 1983, 145 = BeckRS 2011, 4599).

„Dies gilt jedoch allenfalls dann, wenn das staatlichen Stellen vorwerfbare Verhalten unmittelbar auf das Handeln des Angekl. Einfluss genommen hat (etwa weil er bislang nicht tatgeneigt war oder ihm wenigstens die Tat erleichtert wurde) und den staatlichen Entscheidungsträgern die Tatgenese vorgeworfen werden kann (vgl. BGH NStZ-RR 2009, 167). Derartiges hätte weder durch den in Rede stehenden Beweisantrag bewiesen werden können, noch ist es sonst vorgetragen oder ersichtlich.“ (BGH aaO)

2. Auch ein **Anspruch eines Straftäters darauf, dass die Ermittlungsbehörden** rechtzeitig gegen ihn einschreiten, um **seine Taten zu verhindern, besteht nicht**, insbes. folgt ein solcher Anspruch nicht aus dem Recht auf ein faires Verfahren gem. Art. 6 I EMRK (BGH aaO).

**Wiedergestattung der Gewerbeausübung
Unzuverlässigkeitsprognose nach Zeitablauf**

(OVG Lüneburg, NVwZ-RR 2011, 318 und 319;
Beschlüsse vom 03.02.2011 und 27.01.2011 – 7 PA 101/10 und 7 PA 1/11)

1. Auf die Wiedergestattung der Gewerbeausübung besteht ein Rechtsanspruch, wenn die Voraussetzungen für die Gewerbeuntersagung entfallen sind. Die Beweislast für eine Aufrechterhaltung der Untersagungsverfügung trägt die Gewerbeaufsichtsbehörde.
2. Erforderlich ist eine **Prognose über die Zuverlässigkeit** nach Wiederaufnahme der gewerblichen Tätigkeit, sich auf eine **Gefährdung des redlichen Geschäftsverkehrs in der Zukunft richten muss**.
3. In der Vergangenheit gezeigtes Verhalten kann hierbei zwar als Indiz gewertet werden. Zu beachten ist dabei aber, dass durch die Gewerbeuntersagung und ihre Aufrechterhaltung **nicht vergangenes Verhalten „gleichsam bestraft“ werden soll** (OVG Lüneburg, NVwZ-RR 2011, 319 [in diesem Heft]).
4. Der Untersagungsgrund der **Unzuverlässigkeit aus steuerrechtlichen Gründen**, um den es vorliegend geht, entfällt **regelmäßig** zwar erst dann, wenn der Ast. die **Rückstände** inzwischen **abgebaut**, **Abzahlungsvereinbarungen eingehalten**, neue Verpflichtungen erfüllt und **keine weiteren Schulden** hat auflaufen lassen.
5. Das **Fortbestehen auch erheblicher Steuerschulden** aus (sehr) alter Zeit kann aber **nicht schematisch** als Begründung der **Ablehnung einer Wiedergestattung** dienen.

A. Wiedergestattung der Gewerbeausübung – Anforderungen an Unzuverlässigkeitsprognose nach 20 Jahren (OVG Lüneburg, NVwZ-RR 2011, 319)

Fall: Mit Bescheid vom 26.04.1990 untersagte der ehemalige Landkreis H. dem Kl. das damals von ihm ausgeübte Gewerbe „Elektroinstallation“ sowie die Ausübung aller weiteren Gewerbe wegen steuerlicher Unzuverlässigkeit. Unter dem 03.03.2009 beantragte der Kl. eine Wiedergestattung des Gewerbes „Unabhängige Gebäudeenergieberatung, Ausarbeitung von Finanzierungsplänen, Baubegleitung“, nachdem er offenbar lange Zeit arbeitslos gewesen war und im November 2008 bei der Handwerkskammer H. die Prüfung zum Gebäudeenergieberater (HWK) bestanden hatte. Die Bekl. lehnte den Wiedergestattungsantrag durch Bescheid ab. Dem Kl. fehle noch immer die erforderliche Zuverlässigkeit. Die Rückstände beim Finanzamt seien auf inzwischen über 148 000 Euro angestiegen; die letzte Zahlung dort habe er im April 1996 geleistet. Mit seiner fristgerecht erhobenen Klage verfolgt der Kl. sein Wiedergestattungsbegehren weiter. Wird die Klage Erfolg haben?

Die Klage wird Erfolg haben, wenn sie zulässig und begründet ist.

I. Zulässigkeit der Klage

Der Verwaltungsrechtsweg nach § 40 I 1 VwGO ist hinsichtlich der Wiedergestattung der gewerblichen Tätigkeit, die sich nach § 35 VI 1 GewO beurteilt und damit den öffentlichen Recht unterliegt, ohne weiteres eröffnet. Fraglich ist jedoch, welche Klageart einschlägig ist.

Der **Betrieb eines Gewerbes** ist nach der Gewerbeordnung **grundsätzlich erlaubnisfrei**, wenn nicht Sondervorschriften eingreifen. Wird daher im Einzelfall die Ausübung eines Gewerbes untersagt, so wird diese Freiheit der Gewerbeausübung für die Dauer der Geltung der Untersagung beschränkt. Die **Wirkungen der Gewerbeuntersagung** sind daher **auf Dauer** angelegt und entsprechen den Merkmalen eines Dauer-VA. Bei solchen Verwaltungsakten ist grundsätzlich eine ständige Kontrolle der Behörde dahingehend erforderlich, ob die Voraussetzungen für diese Dauerwirkungen noch bestehen. Sind sie weggefallen, sind die Wirkungen, die von dem **Dauer-VA** ausgehen nicht mehr von der Ermächtigungsgrundlage gedeckt und er wird daher rechtswidrig, wenn keine Aufhebung erfolgt.

Von diesem Grundsatz ist jedoch für die Gewerbeuntersagung eine Ausnahme zu machen, da eine ausdrückliche gesetzliche Regelung darüber vorliegt, wie Veränderungen der Sach- und Rechtslage nach der letzten behördlichen Entscheidung über die Gewer-

beuntersagung zu berücksichtigen sind. In **§ 35 VI 2 GewO** ist vorgesehen, dass der Gewerbetreibende bei Wegfall der Voraussetzungen für die Annahme der Unzuverlässigkeit die **Wiedergestattung** der Gewerbeausübung erst nach **1 Jahr** beanspruchen kann und diese Wiedergestattung von einem Antrag des Gewerbetreibenden abhängig ist. Die Behörde ist daher – anders als bei sonstigen Dauer-VA – nicht gehalten, ständig zu prüfen, ob die Voraussetzungen für die Aufrechterhaltung der Gewerbeuntersagung noch weiterhin vorliegen. Vielmehr ist die Wiedergestattung von der Initiative des Betroffenen abhängig und kann erst nach 1 Jahr erfolgen. Hierzu ist ein vor der Behörde durchzuführendes Verfahren erforderlich, § 35 VI GewO vorsieht.

Der Kl. geht daher nicht gegen einen belastenden Verwaltungsakt vor, sondern begehrt mit der Wiedergestattung einen begünstigenden Verwaltungsakt, so dass die Verpflichtungsklage einschlägig ist. Da ein Anspruch auf Wiedergestattung nach § 35 VI GewO angesichts des Zeitablaufs auch nicht von vornherein und nach jeder Betrachtungsweise ausgeschlossen ist, liegt auch die Klagebefugnis nach § 42 II VwGO für die fristgerecht erhobene Klage vor. Diese ist daher zulässig.

II. Begründetheit der Klage

Die Klage auf Wiedergestattung der gewerblichen Tätigkeit ist begründet, wenn bereits ein Jahr seit der Gewerbeuntersagung vergangen ist und die Unzuverlässigkeitsprognose, die der Gewerbeuntersagung zu Grunde lag, nicht mehr fortbesteht. Angesichts des Zeitablaufs von 19 Jahren kommt es daher nur darauf an, ob die Unzuverlässigkeitsprognose noch aufrecht erhalten bleiben kann.

Die gewerbliche Tätigkeit war dem Kl. seinerzeit aufgrund erheblicher Steuerrückstände untersagt worden. Diese Steuerrückstände bestehen jedoch bis heute fort. Fraglich ist, ob dies die Annahme, die gewerberechtliche Unzuverlässigkeit sei entfallen, ausschließt.

*„Der Untersagungsgrund der **Unzuverlässigkeit aus steuerrechtlichen Gründen**, um den es vorliegend geht, entfällt **regelmäßig** zwar erst dann, wenn der Ast. die **Rückstände** inzwischen **abgebaut**, **Abzahlungsvereinbarungen eingehalten**, neue Verpflichtungen erfüllt und **keine weiteren Schulden** hat auflaufen lassen (Landmann/Rohmer/Marcks, GewO, § 35, Rn. 174 m.w.N.).*

*Es darf jedoch nicht aus dem Auge geraten, dass es bei der Gewerbeuntersagung nach § 35 I GewO um den **Schutz der Allgemeinheit** vor solchen Personen geht, bei denen damit zu rechnen ist, dass sie ihr **Gewerbe (auch) in Zukunft nicht ordnungsgemäß** ausüben werden. Das in der Vergangenheit gezeigte Verhalten dient für diese prognostische Entscheidung als – durchaus starkes – Indiz; **nicht** soll es **durch die Gewerbeuntersagung aber gleichsam bestraft** werden.“ (OVG Lüneburg, aaO)*

Dieser Zusammenhang macht deutlich, dass ein Verhalten in der Vergangenheit, das **sehr lange zurückliegt** und seither durch eine **wechselnde Erwerbsbiografie nachhaltig unterbrochen** worden ist, nur noch bedingt Schlüsse auf ein zukünftiges gewerbliches Gebaren zulässt.

*„Die hier zur seinerzeitigen Gewerbeuntersagung führende **Schuldensituation** ist **vor mehr als 20 Jahren eingetreten**. Wenn es zutrifft, dass der Kl., wie er vorträgt, danach in abhängiger Beschäftigung **zu wenig oder wegen Arbeitslosigkeit gar nichts verdient hat** und deshalb mit dem Finanzamt keine Abzahlungsvereinbarung schließen konnte, erklärte dies, dass die Rückstände nicht gesunken, sondern durch den fortwährenden Anfall von Säumniszuschlägen sogar stark gestiegen sind. Das kann den Kl. zwar nicht von seiner Verantwortlichkeit für das damalige Entstehenlassen der Steuerrückstände befreien. Es bietet jedoch möglicherweise **keinen Grund für den Vorwurf, die Rückstände nicht abgebaut zu haben**, und eine daraus gleichsam automatisch abgeleitete Schlussfolgerung, er werde auch als Gewerbetreibender mit Einnahmen sich wieder ohne weiteres steuerrechtswidrig verhalten.“ (OVG Lüneburg, aaO)*

Eine Gewerbeuntersagung ist auch dann nicht mehr rechtmäßig, wenn es **inzwischen** an der **Erforderlichkeit** oder **Verhältnismäßigkeit mangelt** (Landmann/Rohmer/Marcks, GewO, § 35, Rn. 174 m.w.N.). Insbesondere letzterer Gesichtspunkt ist in den Blick zu nehmen, wenn die Untersagung auf eine gleichsam lebenslängliche hinauszu- laufen droht.

*„Das **Fortbestehen auch erheblicher Steuerschulden** aus (sehr) alter Zeit kann damit **nicht schematisch** als Begründung der **Ablehnung einer Wiedergestattung** dienen. Es wird vielmehr detailliert zu würdigen sein, wie der Kl. sich nach der Gewerbeuntersagung steuerlich und finanziell verhalten hat und welche Schlussfolgerungen daraus für die jetzt von ihm beabsichtigte gewerbliche Betätigung in Bezug auf seine Zuverlässigkeit zu ziehen sind. Zu berücksichtigen dürfte auch sein, dass es sich offensichtlich um einen*

Ein-Personen-Betrieb handeln wird, für den Waren nicht gekauft zu werden brauchen, der Kl. im Gegenteil mit seiner Dienstleistung in Vorlage treten würde.“ (OVG Lüneburg, aaO)

Die Klage ist daher auch begründet und wird somit Erfolg haben.

B. Wiedergestattung der Gewerbeausübung – Rückführung von Steuerschulden (OVG Lüneburg, NVwZ-RR 2011, 318)

Fall: Der Kl. war im September 1996 die Gewerbeausübung wegen wirtschaftlicher Leistungsunfähigkeit untersagt worden. Damals bestanden Beitrags- und Steuerrückstände gegenüber der gesetzlichen Rentenversicherung, der Berufsgenossenschaft und dem Finanzamt, die – auch im Wege der Zwangsvollstreckung – nicht beigetrieben werden konnten. Diese Verschuldungssituation ist inzwischen nicht mehr gegeben. Nach den wiederholten Mitteilungen des Finanzamtes bestehen die Steuerschulden, offenbar nach Verjährung, nicht mehr. Mit der Berufsgenossenschaft hat die Kl. einen Vergleich geschlossen, die nach einer Teilzahlung auf den Restbetrag ihrer Forderung verzichtete. Bei der Stadtkasse bestehen keine Verbindlichkeiten. Die gesetzliche Rentenversicherung hatte der Bekl. bereits mit Schreiben vom 24.08.2009 mitgeteilt, dass die noch bestehende Forderung über 12 142,12 Euro bis zum 30.09.2013 befristet niedergeschlagen sei. Einem auf diesem Schreiben befindlichen Vermerk des Sachbearbeiters ist zu entnehmen, dass die Gläubigerin eine – zuvor von der Kl. angebotene – Zahlung von monatlichen Raten von 200 Euro stillschweigend akzeptiert.

Die Klägerin beantragte die Wiedergestattung der Ausübung des Friseurhandwerkes. Sie beabsichtigt mit einer Kollegin im Rahmen einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts die selbstständige Tätigkeit als Friseurin im Umfang eines „Ein-Stuhl-Platzes“ wiederaufzunehmen, nachdem ihr bisheriger Arbeitgeber insolvent geworden ist. Dieser Antrag wurde von der Beklagten mit Hinweis auf die zuvor aufgelaufenen Steuerschulden abgelehnt. Zudem wurde angenommen, dass die Kl. bei ihrem früheren, inzwischen insolventen Arbeitgeber als Friseurmeisterin und Betriebsleiterin angestellt gewesen ist und Anteil an der Insolvenz ihres Arbeitgebers gehabt habe. Immerhin sei sie im Finanzamt als Ansprechpartnerin geführt worden und nach einer Mitteilung der Staatsanwaltschaft D. am 16.02.2010 vom AG E. wegen eines „fahrlässigen Vergehens gegen die Insolvenzordnung“ zu einer Geldstrafe von 50 Tagessätzen verurteilt worden.

Besteht ein Anspruch auf Wiedergestattung?

Nach § 35 VI GewO ist die Wiedergestattung auszusprechen, wenn Tatsachen die Annahme rechtfertigen, dass eine Unzuverlässigkeit i.S. von § 35 I GewO nicht mehr vorliegt.

I. Anforderungen an Fortdauer der Unzuverlässigkeitsprognose

*„Diese Entscheidung erfordert – wie die Gewerbeuntersagung - eine **Prognose über die Zuverlässigkeit** der Kl. nach Wiederaufnahme der gewerblichen Tätigkeit. Sie muss prospektiv, d.h. bezogen auf eine **Gefährdung des redlichen Geschäftsverkehrs in der Zukunft**, begründet werden, wobei allerdings in der Vergangenheit gezeigtes Verhalten als Indiz gewertet werden kann. Zu beachten ist dabei, dass durch die Gewerbeuntersagung und ihre Aufrechterhaltung **nicht vergangenes Verhalten „gleichsam bestraft“ werden soll** (OVG Lüneburg, NVwZ-RR 2011, 319 [in diesem Heft]).*

***Auf die Wiedergestattung besteht ein Rechtsanspruch** (VGH Kassel, NVwZ-RR 1991, 146 = GewA 1990, 326; Landmann/Rohmer, GewO, § 35 Rn. 176; Tettinger/Wank, GewO, § 35 Rn. 206). Aus der Gewährleistung der Berufsfreiheit (Art. 12 I GG) ergibt sich, dass niemand länger von der Gewerbeausübung ferngehalten werden darf, als dies durch überwiegende Interessen der Allgemeinheit geboten ist (Kramer, GewA 2010, 273). Die Wiedergestattung ist antragsabhängig (§ 35 VI GewO). Mit der Einführung des Antragserfordernisses für die Wiedergestattung 1973 hat der Gesetzgeber aber keine Umkehr der Beweislast verbinden wollen (Tettinger/Wank, § 35 Rn. 194 m.w.N.). Aus den Gesetzesmaterialien ergibt sich eindeutig, dass bei einer Aufrechterhaltung der Untersagungsverfügung die Behörde darzutun hat, dass der Ast weiterhin unzuverlässig ist (BT-Dr 7/111, S. 6). Sie trägt die Beweislast für die Rechtmäßigkeit ihres Ablehnungsbescheids. Die Anforderungen an eine Ablehnung des Wiedergestattungsantrags sind – nach Ablauf der Jahresfrist (§ 35 VI 2 GewO) – daher nicht geringer als für die Untersagung des Gewerbes selbst.“ (OVG Lüneburg, aaO)*

II. Anwendung auf den Fall

Die Klägerin hat laut Sachverhalt Schulden zurückgeführt und sonstige Vereinbarungen getroffen. Vollstreckungen, die einen geordneten Geschäftsbetrieb der Kl. beeinträchtigen könnten, sind nicht zu erwarten.

„Bei dieser Sachlage ist offensichtlich, dass die Gründe, die im September 1996 zur Gewerbeuntersagung geführt haben, nicht mehr vorliegen.“ (OVG Lüneburg, aaO)

Allerdings kann die Aufrechterhaltung der Gewerbeuntersagung nicht nur mit dem Fortbestehen der früheren Unzuverlässigkeitsgründe begründet werden. Auch neue Erkenntnisse können in die Prognose eingestellt werden. Hier kommt ein Fortbestehen der Negativprognose wegen der Vorkommnisse beim früheren Arbeitgeber und der strafrechtlichen Verurteilung in Betracht.

1. Verantwortliche Tätigkeit bei inzwischen insolventem Arbeitgeber

„Dass inzwischen andere – eine Aufrechterhaltung der Gewerbeuntersagung rechtfertigende – Gründe „nachgewachsen“ wären, ist von der Bekl. nicht ausreichend dargelegt worden. Durch die Gewerbeuntersagung vom September 1996 war der Kl. lediglich die selbstständige Ausübung des Friseurgewerbes untersagt, nicht eine angestellte Tätigkeit im Betrieb eines anderen. Die Gewerbeuntersagung ist kein Berufsverbot. Sie schließt zwar (auch) die Übernahme einer Geschäftsführertätigkeit aus, nicht aber eine mit Leitungsfunktion verbundene innerbetriebliche Tätigkeit.

Der Vorwurf, dass die Kl., die bei der – inzwischen insolventen – Firma „B.-C.“ offenbar als Friseurmeisterin und Betriebsleiterin angestellt gewesen ist, Anteil an der Insolvenz ihres Arbeitgebers gehabt haben soll, insbesondere – worauf es allein ankäme – welche konkrete Verantwortung sie für die Nichtzahlung von Steuerschulden dieser Firma träge, wird durch den Akteninhalt nicht konkret belegt. Dass sie ein vorausgefülltes Pfändungsprotokoll unterschrieben hat, nachdem der Vollstreckter des Finanzamtes in den Geschäftsräumen der „B.“ GmbH einen (vergeblichen) Pfändungsversuch unternommen hatte, reicht für diesen Nachweis allein nicht aus. Ebenso wenig aussagekräftig ist, dass das Finanzamt die Kl. als „Ansprechpartnerin“ in der Firma notiert hatte, weil auch dies keinerlei Aufschluss darüber gibt, wer für die Bezahlung der Steuerschulden bzw. deren Nichtzahlung verantwortlich war. Für die Schulden ihres früheren Arbeitgebers haftet sie nicht.“ (OVG Lüneburg, aaO)

2. Straftat des fahrlässigen Vergehens gegen die Insolvenzordnung

Nach einer Mitteilung der Staatsanwaltschaft D. ist die Kl. am 16.02.2010 vom AG E. wegen eines „fahrlässigen Vergehens gegen die Insolvenzordnung“ zu einer Geldstrafe von 50 Tagessätzen verurteilt worden. Nur diese Mitteilung findet sich in der Akte. Das **Urteil selbst** ist von der Bekl. **ebenso wenig beigezogen worden wie die Anklageschrift** der Staatsanwaltschaft.

„Das ist schon deshalb ein gravierender Mangel des behördlichen Verfahrens, weil § 35 III GewO, der auf das Wiedergestattungsverfahren entsprechend anzuwenden ist, eine Bindungswirkung des Urteils vorsieht. Soll **Unzuverlässigkeit mit strafbaren Handlungen begründet** werden, darf die Behörde sich nicht mit der Feststellung der erfolgten Bestrafungen allein auf Grund von Strafregisterauszügen begnügen, vielmehr muss sie den **ihnen zu Grunde liegenden Sachverhalt in eigener Verantwortung daraufhin prüfen**, ob er die **Annahme der Unzuverlässigkeit** rechtfertigt (vgl. BVerwG, Beschl. v. 17. 1. 1964 – VII B 159.63; Landmann/Rohmer, § 35 Rn. 37).“ (OVG Lüneburg, aaO)

Alle Informationen über die zugrundeliegende Tat entnimmt die Bekl. stattdessen offenbar **telefonischen Schilderungen** von Mitarbeitern der Vollstreckungsstelle des Finanzamtes, deren Inhalt in der Akte allenfalls **lückenhaft dokumentiert** ist. Woher diese Personen authentische Kenntnisse über das Ergebnisse der staatsanwaltschaftlichen Ermittlungen und die amtsgerichtliche Verhandlung haben, bleibt im Dunkeln.

„Solcherart „Ermittlungen“ sind keinesfalls ausreichend. Die **Einschränkung von Grundrechten**, hier der Berufsfreiheit (Art. 12 I GG) durch Aufrechterhaltung der Gewerbeuntersagung **unter dem Vorwurf persönlicher (charakterlicher) Ungeeignetheit** und sich daraus ergebender gewerberechtlicher Unzuverlässigkeit, kann nicht nur auf **nicht näher belegte Vorwürfe oder Vermutungen** gestützt werden. Es ist unerheblich, ob die Mitarbeiter der Vollstreckungsstelle des Finanzamtes eine Wiedergestattung der gewerblichen Tätigkeit „nicht ... befürworten“, wie es im Schreiben des Finanzamtes E. vom 13.07. 2010 heißt, oder gar „... einem nochmaligen Antrag auf Wiedergestattung nicht zustimmen“, wie der Sachbearbeiter der Bekl. in seinem Telefonvermerk vom 23.06.2010 niedergelegt hat.

Die **Abfrage des Bestehens von Abgabenschulden** beim Finanzamt dient der **Informationsbeschaffung der Gewerbeaufsichtsbehörde**. Dagegen ist es nicht Aufgabe der Mitarbeiter des Finanzamtes, im Gewerbeuntersagungs- oder Wiedergestattungsverfahren eigene Einschätzungen zur Zuverlässigkeit des Gewerbetreibenden abzugeben. Vorliegend ist die Kl. wegen einer Fahrlässigkeitstat bestraft worden. Zwar mag auch die fahrlässige Begehung von Straftaten im Rahmen der gewerberechtlichen Zuverlässigkeit von Bedeutung sein, es darf aber nicht aus dem Blick geraten, dass der Schuldvorwurf in einem solchen Fall geringer ist und der Gesetzgeber gewerberechtliche Folgen regelmäßig nur an Vorsatztaten knüpft (vgl. § 33c II 2, 34b IV NR. 1, 34c II NR. 1 GewO.) Offenbar handelt es sich zudem um einen **einzelnen Verstoß**, jedenfalls lassen sich den Akten weitere Verurteilungen nicht entnehmen. Dass diese Straftat allein eine Aufrechterhaltung der Gewerbeuntersagung rechtfertigen kann, ist daher, auch unter Berücksichtigung ihres Gewerbebezuges, nicht anzunehmen (vgl. zur Bewertung von Straftaten eines Gewerbetreibenden: Landmann/Rohmer, Rn. 37 ff.; Tettinger/Wank, § 35 Rn. 37; Leiser, GewA 2008, 225, 229).“ (OVG Lüneburg, aaO)

Wohnen im Außenbereich
Privilegierung landwirtschaftlicher Betriebe

(VGH Mannheim, DÖV 2011, 322; Urteil vom 15.12.2010 – 8 S 2517/09)

1. Die Einordnung einer Tierhaltung als Landwirtschaft i.S.d. § 201 BauGB ist nicht schon dann ausgeschlossen, wenn die Erzeugung des Futters auf gepachteten Grundstücken erfolgt. Es ist hinsichtlich der Dauerhaftigkeit und Nachhaltigkeit auf die besonderen Umstände des Einzelfalles abzustellen.
2. Ein Wohnhaus „**dient**“ einem landwirtschaftlichen Betrieb i. S. d. § 35 I Nr. 1 BauGB, wenn der sich aus spezifischen Abläufen dieses Betriebs ergebende Zweck **ständiger Anwesenheit und Bereitschaft** auf der Hofstelle im Vordergrund steht, was vor allem bei Nebenerwerbsbetrieben besonderer Prüfung bedarf.
3. Der dabei anzulegende **Maßstab** darf aber **nicht überzogen** werden, etwa im Sinne einer erforderlichen Vorortpräsenz „rund um die Uhr“. Ausreichend ist, wenn die individuelle Wirtschaftsweise oder objektive Eigenarten des Betriebs die Vorortpräsenz des Betriebsinhabers jedenfalls **in so erheblichem zeitlichen Umfang** nahe legen, dass sein Wohnen im Außenbereich für den Betrieb in besonderer Weise dienlich und für den Betriebserfolg im Allgemeinen von Bedeutung ist.
4. Maßgebend ist zudem, ob ein „**vernünftiger Landwirt**“ ein Wohngebäude etwa gleicher **Größe, Gestaltung und Ausstattung** für einen entsprechenden Betrieb errichten würde, was nicht in typisierender, sondern auf den konkreten Betrieb bezogener Betrachtungsweise zu beantworten ist.

Fall: Der bei einer Bank als Sachbearbeiter vollzeitbeschäftigte Kläger übernahm 1996 durch Pachtvertrag den landwirtschaftlichen Nebenerwerbsbetrieb seines Vaters im Ortsteil ... der Beigeladenen. Gegenstand des vormals durch Milch- und Mastviehhaltung geprägten Betriebs waren bei der Übernahme und sind bis heute noch die Haltung von Pensionspferden auf eigener Futtergrundlage sowie in geringem Umfang Wein- und Streuobstbau. Der Betrieb verfügt derzeit über ca. 12,3 ha Nutzflächen, davon 9,94 ha für Wiesenwirtschaft, 0,47 ha für Weinbau und 1,89 ha für Wald, Beeren und sonstige Zwecke. Etwa 5 ha davon sind von Dritten und ca. 4,3 ha sind vom Vater gepachtet, der Rest gehört dem Kläger. Der Vater hat dem Kläger im Januar 2010 ein zehn Jahre bindendes Schenkungsangebot für seine Pachtgrundstücke unterbreitet. Der Kläger und seine Ehefrau leben in einem Wohnhaus auf der vom Vater übernommenen Hofstelle zur Miete. Die Ehefrau ist als Industriekauffrau zu 75% teilzeitbeschäftigt. Sie und die Eltern des Klägers arbeiten in der Pferdeponenstation mit. Der Kläger erwarb im Frühjahr 2010 einen Sachkundenachweis beim Kompetenzzentrum Ma. für Pferdezucht und Pferdehaltung.

Der Kläger entschloss sich im Jahr 2007, die Pferdeponenstation wegen beengter Verhältnisse in den Außenbereich zu verlagern, zu vergrößern und zu modernisieren. Dazu beantragte er am 17.01.2008 die Erteilung einer Baugenehmigung zur Errichtung eines Offenstalls mit 18 Pferdeboxen und Nebenanlagen sowie - ca. 30 m westlich davon - eines eingeschossigen Einfamilienhauses. Die Baugrundstücke liegen ca. 500 m Fahrstrecke und 250 m Luftlinie von der väterlichen Hofstelle entfernt in Ortsrandlage. Das Einfamilienhaus soll ca. 149 qm Wohnfläche haben; im Erdgeschoss ist ein „Büro Betriebsleiter“ und im Unterschoss ist ein „Betriebsleiter Lagerraum“ vorgesehen. Er trägt vor, dass die spezifischen Abläufe der Pensionspferdehaltung und der wertvolle Tierbestand eine Wohnung des Betriebsinhabers in unmittelbarer Nähe der Pferde erforderten, da diese ständig versorgt und überwacht werden müssten, zumal sie auch plötzlich erkranken könnten und dann auch nachts mit Medikamenten versorgt und überwacht werden müssten. Der zu den Außenpaddocken offene Stall könne vom alten Wohnhaus nicht eingesehen werden. Unbefugte Dritte könnten jederzeit leicht hinein gelangen. Die damit verbundene Gefahr verpflichte den Betriebsinhaber zu erhöhter Überwachung und Sorgfalt. Diese Pflicht könne nur durch persönliche Vorortpräsenz insbesondere nachts erfüllt werden.

Die Beigeladene erteilte ihr Einvernehmen für den Offenstall und versagte es für das Einfamilienhaus. Das vom Beklagten beteiligte Landratsamt R.-M.-Kreis - Fachbereiche Naturschutz und Landschaftspflege sowie Landwirtschaft - erhob bau- und naturschutzrechtliche Bedenken, die nur bei eindeutiger Privilegierung i. S. des § 35 I Nr. 1 BauGB ausräumbar seien; das sei nur beim Offenstall der Fall.

Der Beklagte erteilte mit Bescheid vom 23.10.2008 eine Baugenehmigung für den Offenstall und lehnte den Bauantrag im Übrigen ab. Der Offenstall sei nach § 35 I Nr. 1 BauGB privilegiert zulässig, nicht aber das Einfamilienhaus, weil es dem landwirtschaftlichen Nebenerwerbsbetrieb nicht diene und öffentliche Belange beeinträchtige. Der Offenstall könne vom alten Wohnhaus aus bewirtschaftet werden. Der Nebenerwerbsbetrieb rechtfertige kein Wohnhaus im Außenbereich. Die Pferde könnten elektronisch ausreichend überwacht werden. Das Regierungspräsidium S. wies den Widerspruch des Klägers mit Bescheid vom 21.04.2009 zurück. Am 03.05.2009 hat der Kläger beim Verwaltungsgericht Stuttgart die zulässige Klage erhoben. Ist diese begründet?

Die Klage ist begründet, wenn das Vorhaben bauplanungs- und bauordnungsrechtlich zulässig ist.

Fraglich ist hier schon die bauordnungsrechtliche Zulässigkeit: Es handelt sich um ein Bauvorhaben im Außenbereich nach § 35 BauGB, der grundsätzlich von Bebauung freigehalten werden soll. Allerdings gibt es nach § 35 I BauGB privilegierte Vorhaben, die auch im Außenbereich realisiert werden können, wenn öffentliche Belange nicht entgegenstehen.

In Betracht kommt hier der Privilegierungsstatbestand des § 35 I Nr. 1 BauGB, wonach ein Vorhaben dann zulässig ist, wenn es einem land- oder forstwirtschaftlichen Betrieb dient und nur einen untergeordneten Teil der Betriebsfläche einnimmt.

I. Pensionstierhaltung als landwirtschaftlicher Betrieb

Der Begriff des landwirtschaftlichen Betriebes ist in § 201 BauGB näher definiert. Danach ist Landwirtschaft im Sinne des BauGB insbesondere der Ackerbau, die Wiesen- und Weidewirtschaft einschließlich Tierhaltung, soweit das Futter überwiegend auf den zum landwirtschaftlichen Betrieb gehörenden, landwirtschaftlich genutzten Flächen erzeugt werden kann, die gartenbauliche Erzeugung, der Erwerbsobstbau, der Weinbau, die berufsmäßige Imkerei und die berufsmäßige Binnenfischerei.

*„Ein solcher Betrieb erfordert eine **spezifisch betriebliche Organisation**, die **Ernsthaftigkeit und Nachhaltigkeit der landwirtschaftlichen Tätigkeit** und ein auf Dauer - und zwar für Generationen - gedachtes und auch **lebensfähiges Unternehmen** mit einem Mindestmaß an Umfang der landwirtschaftlichen Betätigung. Dabei ist die Absicht der **Gewinnerzielung** ein **gewichtiges Indiz** für die Ernsthaftigkeit des Vorhabens und die Sicherung seiner Beständigkeit, das besonders sorgfältig zu prüfen ist, wenn es - wie hier - um eine Nebenerwerbsstelle geht. Der vom Kläger 1996 übernommene und bis heute ausgeübte Nebenerwerbsbetrieb erfüllt diese Anforderungen. [wird ausgeführt]“ (VGH Mannheim, aaO)*

1. gepachtete Betriebsflächen

Problematisch könnte allerdings der Umstand sein, dass ein Teil der Betriebsflächen nur gepachtet sind (BVerwG, Urteil vom 16.12.2004 - 4 C 7.04 - BVerwGE 122, 308 und Beschluss vom 01.12.1995 - 4 B 271.95 - Buchholz 406.11 § 35 BauGB Nr. 316 m.w.N.).

Eine planmäßige und eigenverantwortliche landwirtschaftliche Betriebsführung hängt grundsätzlich davon ab, dass dem Landwirt die für seine Ertragserzielung benötigten Flächen dauerhaft zur Verfügung stehen.

*„Eine landwirtschaftliche Betätigung, die **ausschließlich oder weit überwiegend auf fremdem Grund und Boden** verwirklicht wird, **genügt** den Voraussetzungen für eine Privilegierung nach § 35 I Nr. 1 BauGB daher **regelmäßig nicht** (BVerwG, Beschluss vom 03.02.1989 - 4 B 14.89 - BauR 1989, 182). Schematische oder abstrakte Berechnungsformeln lassen sich insoweit aber nicht aufstellen, da es sich bei dem Verhältnis von Eigentums- und Pachtflächen stets nur um ein Indiz für die Beantwortung der Frage handelt, ob ein landwirtschaftlicher Betrieb vorliegt, es auf eine **Gesamtbetrachtung unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls** ankommt und der Frage des Pachtlandes je nach den sonstigen Umständen des Falles eine mehr oder weniger große Bedeutung zukommen kann (BVerwG, Beschluss vom 19.05.1995 - 4 B 107.95 - Buchholz 406.11 § 35 BauGB Nr. 310). So kann von den mit der Pacht zusammenhängenden Ungewissheiten etwa abgesehen werden, wenn Gegenstand eines Pachtvertrags nicht allein der zu bewirtschaftende Grund und Boden, sondern ein bereits bestehender landwirtschaftlicher (Nebenerwerbs)Betrieb ist oder wenn **andere Besonderheiten** vorliegen, die **ausnahmsweise** für die **Dauerhaftigkeit des Betriebs** sprechen (BVerwG, Urteil vom 03.11.1972 - IV C 9.70 - BVerwGE 41, 138; Urteil vom 13.04.1983 - 4 C 62.78 - DÖV 1983, 316; Senatsurteile vom 21.06.1993 - 8 S 2970/92 - BRS 55 Nr. 80, vom 16.03.1994 - 8 S 1716/93 - juris und vom 07.11.1994 - 8 S 976/94 - NuR 1995, 355).“ (VGH Mannheim, aaO)*

Solche Besonderheiten sind hier zur berücksichtigen, zumal zwischen Pächter und Verpächter ein enges verwandtschaftliches Verhältnis besteht, das über die vertraglichen Bindungen hinausgeht. Der Kläger hat den gesamten, schon seit Generationen bestehenden **landwirtschaftlichen Nebenerwerbsbetrieb** seines Vaters vor über 15 Jahren im Wege der Pacht übernommen und seither **kontinuierlich fortgeführt und erweitert**. Zudem gibt es das **langfristige Schenkungsangebot** des Vaters. Schließlich sind die **fachliche** Eignung und Befähigung sowie das erhebliche persönliche Engagement des Klägers, das nicht zuletzt durch seine erfolgreiche Ausbildung beim Kompetenzzentrum Ma. für Pferdezucht und Pferdehaltung untermauert wird, zu berücksichtigen.

Der Umstand, dass hier ein großer Teil der Anbauflächen für das Futter gepachtet sind, spricht daher ausnahmsweise nicht gegen die Annahme der Pensionstierhaltung i.S.d. § 201 BauGB.

2. nachhaltiger, eigener Arbeitseinsatz

Der Nachhaltigkeit der landwirtschaftlichen Betätigung könnte aber entgegenstehen, dass der Kläger vollzeitbeschäftigt ist und auch seine Ehefrau mit einer $\frac{3}{4}$ Stelle einen erheblichen Teil ihrer Zeit anderweitig eingebunden hat.

„Der Kläger hat glaubhaft entgegnet, dass der tägliche Zeitaufwand zur Versorgung der Pferde (Füttern, Ausmisten) aufgrund von Rationalisierungseffekten und geänderten Betriebsabläufen tatsächlich deutlich geringer sei als zunächst prognostiziert; er betrage nur etwa drei Stunden. Zudem nähmen seine Eltern einen Teil dieser Arbeiten ab, vor allem mittags. Der Senat nimmt dem Kläger, der in der Berufungsverhandlung einen persönlich glaubwürdigen, kompetenten und engagierten Eindruck vermittelte, aber als glaubhaft ab, dass er und seine Ehefrau auch einen ganz erheblichen Teil ihrer nicht durch die hauptberuflichen Beschäftigungen in Anspruch genommenen (Frei-)Zeit für den Nebenerwerbsbetrieb, insbesondere die Pensionspferdehaltung, opfern, etwa bei der Wiesen- und Weidewirtschaft, der Unterhaltung des Betriebsinventars und der Kundenbetreuung, was zugleich Lohnkosten erspart. Anhaltspunkte dafür, dass all dies nur einer Liebhaberei geschuldet sein könnte, sind nicht erkennbar. Vielmehr spricht alles dafür, dass der Kläger die Pensionspferdehaltung nebst Wein- und Streuobstbau im Einklang mit seinem Hauptberuf als überkommenen „Familienbetrieb“ professionell und auf Dauer fortführt.“ (VGH Mannheim, aaO)

II. Wohnhaus dient dem landwirtschaftlichen Betrieb

Das geplante Wohnhaus muss aber dem landwirtschaftlichen Betrieb auch dienen. Dies ist bei Nebenerwerbsbetrieben besonders sorgfältig zu prüfen, um außenbereichsfremde baulicher Nutzungen zu verhindern und zur Vermeidung von Missbräuchen sicherstellen, dass das Bauvorhaben zur landwirtschaftlichen Bodennutzung tatsächlich in einer funktionalen Beziehung steht.

1. Anwesenheitszeiten

*„Ein Wohnhaus „dient“ einem landwirtschaftlichen Betrieb i. S. des § 35 I Nr. 1 BauGB, wenn der sich aus spezifischen Abläufen dieses Betriebs ergebende **Zweck ständiger Anwesenheit und Bereitschaft auf der Hofstelle im Vordergrund** steht, was vor allem bei Nebenerwerbsbetrieben besonderer Prüfung bedarf (BVerwG, Beschluss vom 23.12.1983 - 4 B 175.83 - Buchholz 406.11 § 35 BBauG Nr. 208). Der insoweit anzulegende Maßstab darf aber nicht überzogen werden, etwa i. S. einer erforderlichen Vorortpräsenz „rund um die Uhr“. Denn zum einen ist Unentbehrlichkeit des Vorhabens nicht zu verlangen (vgl. auch VGH Bad.-Württ., Urteil vom 15.02.1996 - 3 S 233/95 - BauR 1997, 985). Zum anderen wird gerade der Betrieb einer i. S. des § 35 I Nr. 1 BauGB privilegierten und unter den heutigen Lebensverhältnissen zunehmend anzutreffenden **landwirtschaftlichen Nebenerwerbsstelle** zwangsläufig mit gewissen **hauptberuflich** bedingten Zeiten der **Ortsabwesenheit des Betriebsinhabers** einhergehen, ohne dass allein schon dadurch aus der Sicht eines „vernünftigen Nebenerwerbslandwirts“ die betriebsdienliche Funktion seines Wohnhauses von vornherein in Frage gestellt sein muss. Ausreichend ist deshalb, wenn die **individuelle Wirtschaftsweise** oder **objektive Eigenarten des Betriebs** eine Vorortpräsenz des Betriebsinhabers in so erheblichem zeitlichen Umfang nahelegen, dass das Wohnen im Außenbereich für den Betrieb in besonderer Weise dienlich und für den **Betriebserfolg im Allgemeinen von Bedeutung** ist. Denn schon das rechtfertigt die Annahme, dass das Vorhaben tatsächlich dem Betrieb gewidmet ist (vgl. BVerwG, Urteil vom 16.05.1991, aaO).*

Fraglich ist daher, ob die Art und Weise der Betriebsführung eine Präsenz beim Betrieb in einem solchen Umfang erfordert, dass das Wohnen beim Betrieb von der Privilegierung erfasst ist.

*„Die individuelle Wirtschaftsweise des Klägers und objektive Eigenarten der Tierhaltung legen seine Vorortpräsenz jedenfalls in so erheblichem zeitlichen Umfang nahe, dass sein Wohnen im Außenbereich nahe dem Offenstall für diesen Betrieb in besonderer Weise dienlich und für den Betriebserfolg im allgemeinen von Bedeutung ist. Ein **vernünftiger Nebenerwerbslandwirt** würde das Wohngebäude deshalb - auch unter Berücksichtigung des Gebotes größtmöglicher Schonung des Außenbereichs - mit **etwa gleichem Verwendungszweck** und mit **etwa gleicher Gestaltung** und Ausstattung für einen entsprechenden Betrieb errichten. Auch wird das Vorhaben durch seine Zu- und Unterordnung zum konkreten Betrieb äußerlich erkennbar geprägt. Anhaltspunkte dafür, dass das Einfamilienhaus in Wirklichkeit nicht - auf Dauer - für den landwirtschaftlichen Betrieb genutzt werden soll, sondern dass der Wunsch nach dem Wohnen im Außenbereich im Vordergrund steht und der landwirtschaftliche Betriebszweck nur Nebensache oder gar nur ein Vorwand ist, sind nicht erkennbar.*

Zur sachgerechten Erfüllung der Aufgaben, die mit der Haltung von bis zu 18 Pensionspferden auf eigener Futtergrundlage in dem bislang isoliert im Außenbereich stehenden Offenstall verbunden sind, insbesondere Versorgungs-, Betreuungs- und Aufsichtspflichten, sowie zur Wahrnehmung der damit verknüpften Verantwortung für erhebliche Vermögenswerte der Pferdeeigentümer ist die nahe räumliche Zuordnung der Wohnstelle zum Offenstall und den ihn umgebenden Betriebsflächen in besonderer Weise betriebsdienlich und für den Betriebserfolg bedeutsam. [wird ausgeführt]“ (VGH Mannheim aaO)

2. Angemessenheit des Aufwandes

„Es ist darauf abzustellen, ob ein **vernünftiger Landwirt** - auch und gerade unter Berücksichtigung des Gebotes größtmöglicher Schonung des Außenbereichs - das **Bauvorhaben** mit etwa gleichem Verwendungszweck und mit etwa gleicher Gestaltung und Ausstattung für einen entsprechenden Betrieb **errichten würde** und wenn das Vorhaben durch diese **Zuordnung zu dem konkreten Betrieb auch äußerlich erkennbar** geprägt wird (BVerwG, Urteile vom 03.11.1972, a. a. O., und vom 16.05.1991 - 4 C 2.89 - NVwZ-RR 1992, 400; Senatsurteil vom 08.07.2009 - 8 S 1685/08 - juris m. w. N.). Für die maßgebende Sichtweise des „vernünftigen Landwirts“ kann auch bedeutsam sein, ob die **Kosten des Vorhabens** in einem **angemessenen Verhältnis** zu den **betrieblichen Vorteilen** stehen (BVerwG, Beschluss vom 10.03.1993 - 4 B 254.92 - Buchholz 406.11 § 35 BauGB Nr. 284; VGH Bad.-Württ., Urteil vom 26.04.2002 - 5 S 2048/00 - ESVGH 52, 213).“ (VGH Mannheim, aaO)

Auch diese Voraussetzungen liegen hier vor.

„Aus der Sicht eines „vernünftigen Nebenerwerbslandwirts“ stehen auch die **Kosten des Vorhabens** in einem angemessenen Verhältnis zu den betrieblichen Vorteilen. [wird ausgeführt] Das Wohnhaus entspricht auch nach **Größe, Gestaltung und Ausstattung** den durch seine dienende Funktion bestimmten Anforderungen und würde von einem vernünftigen Landwirt nicht wesentlich anders errichtet. Anhaltspunkte für eine diese Funktion überschreitende bauliche Überdimensionierung gibt es nicht. [wird ausgeführt]“ (VGH Mannheim aaO)

3. räumliche Zuordnung

Das Wohngebäude muss dem landwirtschaftlichen Betrieb auch räumlich zugeordnet sein. Es befindet sich in 30 m Abstand zu dem Offenstall.

„Schließlich ist das Wohnhaus trotz seiner Entfernung vom Offenstall hinreichend **räumlich zugeordnet**. Hinsichtlich der räumlichen Zuordnung landwirtschaftlicher Gebäude zu den Betriebsflächen sind **keine zu strengen Maßstäbe** anzulegen etwa derart, dass die Gebäude stets inmitten oder in unmittelbarer Nachbarschaft der landwirtschaftlichen Betriebsflächen liegen müssten (vgl. BVerwG, Ur. v. 22.11.1985, aaO). Im Übrigen ist die Wahl des Standorts keine Frage des Dienens (BVerwG, Ur. v. 19.06.1991 - 4 C 11/89 - NVwZ-RR 1992, 401). [wird ausgeführt].

Ist das Vorhaben dem Nebenerwerbsbetrieb des Klägers in dieser Weise **funktional zugeordnet** und nach seiner Gestaltung und Ausstattung durch den **betrieblichen Verwendungszweck geprägt**, kann seine Privilegierung i. S. des § 35 I Nr. 1 BauGB entgegen der Ansicht des Beklagten schließlich nicht mit dem Hinweis darauf verneint werden, der Betrieb könne ohne nennenswerte Nachteile auch von einem Gebäude im Innenbereich aus bewirtschaftet werden (vgl. BVerwG, Urteil vom 16.05.1991, aaO)“ (VGH Mannheim aaO)

III. sonstige Voraussetzungen

Das Wohnhaus nimmt auch nur einen untergeordneten Teil des Betriebes ein, die Erschließung ist gesichert und es sind keine öffentlichen Belange erkennbar, die gegen eine Realisierung des Vorhabens sprechen. Es widerspricht auch keinen von der Baurechtsbehörde zu prüfenden sonstigen öffentlich-rechtlichen Vorschriften.

Ergebnis: Die Ablehnung des Bauantrags im Bescheid des Beklagten vom 23.10.2008 ist mithin rechtswidrig und verletzt den Kläger in seinen Rechten. Die Klage ist begründet.

Kurzauslese I

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

BGB

Kündigungserklärung

BGB

§§ 104 Nr. 2, 131 I, 141 I

Wirksamwerden gegenüber Geschäftsunfähigem

(BAG in NJW 2011, 872; Urteil vom 28.10.2010 – 2 AZR 794/09)

- I. Eine gegenüber einem Geschäftsunfähigen abgegebene Willenserklärung geht i. S. von § 131 I BGB dem gesetzlichen Vertreter nur dann zu, wenn sie nicht lediglich faktisch in dessen Herrschaftsbereich gelangt ist, sondern auch an ihn gerichtet oder zumindest für ihn bestimmt ist.
1. In Rspr. und Lit. ist umstritten, unter welchen Voraussetzungen eine gegenüber einem Geschäftsunfähigen abgegebene Willenserklärung i. S. von § 131 I BGB dem gesetzlichen Vertreter zugeht.
- a) **Überwiegend** wird verlangt, dass die Willenserklärung an den gesetzlichen Vertreter gerichtet oder zumindest für diesen bestimmt und dass sie in seinen Bereich gelangt ist; die bloße Kenntnisnahme durch den gesetzlichen Vertreter reiche für einen Zugang nicht aus. Ein Zugang bei dem gesetzlichen Vertreter setze voraus, dass der Erklärende die Absicht gehabt habe, die Erklärung gegenüber dem gesetzlichen Vertreter abzugeben (vgl. für § 131 II 1 BGB: OLG Düsseldorf VersR 1961, 878). Die Willenserklärung müsse an den gesetzlichen Vertreter gerichtet oder von der erkennbaren Absicht getragen sein, sie diesem gegenüber abzugeben.
- vgl. MüKo-BGB/Einsele, 5. Aufl., § 131 Rn 3; Palandt/Ellenberger, BGB, 70. Aufl., § 131 BGB Rn 2; Soergel/Wolf, BGB, 13. Aufl., § 131 Rn 3; Erman/Palm, BGB, 12. Aufl., § 131 Rn 2; Bamberger/Roth/Wendtland, BGB, 2. Aufl., § 131 Rn 4; Prütting/Wegen/Weinreich/Ahrens, BGB, 5. Aufl., § 131 Rn 3; BGH BGHR BGB § 131 I/Zugang 1; vgl. für § 131 II 1 BGB: LAG Schleswig-Holstein BeckRS 2008, 53088; LG Berlin MDR 1982, 321
- b) Auch das BAG hat für den Fall der Kündigung eines Ausbildungsverhältnisses gegenüber einer Minderjährigen angenommen, die Kündigung müsse gem. § 131 BGB gegenüber den Eltern als den gesetzlichen Vertretern erklärt werden. Dies ergebe sich zwingend aus deren gesetzlicher Vertretungsmacht, die durch § 131 BGB für den Zugang empfangsbedürftiger Willenserklärungen konkretisiert werde (BAG AP BBiG § 15 Nr. 4 = Eza BBiG § 15 Nr. 3).
- c) Nach den Vertretern einer anderen Auffassung ist es nicht erforderlich, dass die Willenserklärung an den gesetzlichen Vertreter gerichtet, insbes. bei einer schriftlichen Mitteilung an diesen adressiert ist. Ein Zugang bei dem gesetzlichen Vertreter i. S. von § 131 BGB sei bereits dann gegeben, wenn dieser von der Erklärung tatsächlich Kenntnis erlangt habe, denn § 131 BGB behandle gerade den Fall, dass die Erklärung an den Geschäftsunfähigen adressiert sei. Sei sie an den gesetzlichen Vertreter gerichtet, bedürfe es gar keiner besonderen Regelung, da dann die allgemeinen Grundsätze des Vertretungsrechts (§ 164 I und III BGB) gälten.
- Staudinger/Singer/Benedict, BGB, Neubearb. 2004, § 131 Rn 3; LAG Hamm BB 1975, 282; Reichold, jurisPK-BGB, 4. Aufl., Bd. 1, § 131 Rn; so wohl auch LAG Berlin BeckRS 2009, 54538
2. BAG aaO schließt sich der Ansicht an, derzufolge ein Zugang bei dem gesetzlichen Vertreter i. S. von § 131 I BGB voraussetzt, dass die Willenserklärung nicht nur – zufällig – in dessen Herrschaftsbereich gelangt ist, sondern auch an ihn gerichtet oder zumindest für ihn bestimmt ist.
- a) § 131 I BGB regelt nicht selbst, unter welchen Voraussetzungen eine gegenüber einem Geschäftsunfähigen abgegebene Willenserklärung „dem gesetzlichen Vertreter zugeht“.
- „Es gilt demnach auch hier der Zugangsbegriff des § 130 I 1 BGB in seiner allgemeinen Bedeutung. Danach ist für das Wirksamwerden einer empfangsbedürftigen Willenserklärung erforderlich, dass sie mit Willen des Erklärenden in Richtung auf den Empfänger in den Verkehr gelangt ist und der Erklärende damit rechnen konnte und gerechnet hat, sie werde – und sei es auf Umwegen – den von ihm bestimmten Empfänger erreichen (BGH NJW 1979, 2032; BGH WM 1983, 712; RGZ 170, 380; Prütting/Wegen/Weinreich/Ahrens, § 130 Rn 6; MüKo-BGB/Einsele, § 130 Rn 13; Flume, AT d. Bürgerlichen Rechts, Bd. 2, Das Rechtsgeschäft, 4. Aufl., § 14 Anm. 2 S. 225; Soergel/Wolf, § 130 Rn 6; Reichold, jurisPK-BGB, § 130 Rn 5; Larenz/Wolf, AT d. Bürgerlichen Rechts, 9. Aufl., § 26 Rn 2). Zwar brauchen empfangsbedürftige Willenserklärungen nicht unmittelbar an den Erklärungsgegner abgesandt zu werden. Sie können ihm auch über Dritte zugeleitet werden. Dies darf aber nicht mehr oder weniger zufällig, sondern muss zielgerichtet geschehen (BGH NJW 1979, 2032). Die Zuleitung muss an den von dem Erklärenden bestimmten Empfänger erfolgen.“ (BAG aaO)
- b) Zwar ist der Wortlaut von § 131 I BGB insoweit nicht eindeutig, denn § 131 I BGB unterscheidet ebenso wie § 130 I 1 BGB zwischen der Abgabe einer Willenserklärung und ihrem Zugang. Der Wortlaut lässt sowohl ein Verständnis zu, nach welchem der Zugangsbegriff in § 131 I BGB demjenigen in § 130 I 1 BGB entspricht, als auch ein solches, nach welchem die gegenüber dem Geschäftsunfähigen abgegebene Willenserklärung nur faktisch auch dem gesetzlichen Vertreter zur Kenntnis gelangen

muss. Schon die **Gesetzsystematik** spricht aber für ein einheitliches Verständnis des Begriffs „zu-gehen“ in § 130 und § 131 BGB.

„Mangels jeglichen Hinweises für eine unterschiedliche Bedeutung in den beiden unmittelbar aufeinander folgenden Vorschriften ist davon auszugehen, dass das Gesetz den Begriff beide Male im gleichen Sinn gebraucht.

Ebenso sprechen die Entstehungsgeschichte sowie Sinn und Zweck der Regelung dafür, dass § 131 I BGB kein von § 130 I 1 BGB abweichender Zugangsbegriff zu Grunde liegt (wird ausgeführt).“ (BGH aaO)

- c) In § 131 I BGB kommt der **Grundsatz** zum Ausdruck, dass **der Schutz des Geschäftsunfähigen im rechtsgeschäftlichen Bereich Vorrang hat vor der Sicherheit des Rechtsverkehrs.**

„Mit der Regelung hat das Gesetz eine **grundlegende Wertentscheidung zu Gunsten der Interessen des auf Grund persönlicher Eigenschaften typischerweise schwächeren Teilnehmers am rechtsgeschäftlichen Verkehr** getroffen (vgl. Staudinger/Knothe, Vorb. zu §§ 104–115 Rn 29). Die Geschäftsunfähigkeit wird nicht nur bei der aktiven, sondern auch bei der passiven Teilnahme am Rechtsverkehr berücksichtigt (Staudinger/Singer/Benedict, § 131 Rn 1).“ (BAG aaO)

- d) Soweit die Gegenansicht auf die **Möglichkeit der passiven Vertretung nach § 164 III BGB** verweist, **rechtfertigt dies nach BAG aaO kein anderes Auslegungsergebnis.**

„Selbst wenn § 164 III BGB auch auf die gesetzliche Vertretung anzuwenden wäre, ergäbe sich daraus nur, dass der gesetzliche Vertreter den Geschäftsunfähigen im Empfang einer Willenserklärung vertreten kann. Über die Voraussetzungen eines Zugangs der Willenserklärung bei dem gesetzlichen Vertreter verhält sich die Regelung nicht.

Eine **Willenserklärung**, die **gegenüber einem Geschäftsunfähigen** abzugeben ist, muss danach **mit dem erkennbaren Willen abgegeben werden, dass sie den gesetzlichen Vertreter erreicht.** Anderenfalls kann sie diesem i. S. von § 131 I BGB nicht zugehen. Ob das bei einer schriftlichen Erklärung stets voraussetzt, dass diese (auch) an den gesetzlichen Vertreter adressiert ist, bedarf im Streitfall keiner Entscheidung. Jedenfalls reicht eine spätere tatsächliche Kenntnisnahme durch den Betreuer als gesetzlichen Vertreter nicht aus, wenn dieser im Zeitpunkt der Abgabe der Willenserklärung noch nicht bestellt war und die Erklärung keinerlei Hinweis darauf enthält, dass sie für den gesetzlichen Vertreter des Adressaten bestimmt ist. Eine solche Erklärung ist nicht mit dem erkennbaren Willen abgegeben, den gesetzlichen Vertreter des Adressaten zu erreichen. Wollte man demgegenüber eine Willenserklärung stets zugleich an einen – gegebenenfalls noch zu bestellenden – gesetzlichen Vertreter gerichtet oder für diesen bestimmt ansehen, bliebe ihr Zugang und Wirksamwerden auf unabsehbare Zeit in der Schwebe und könnte gegebenenfalls noch nach Jahren erfolgen. Aus dem vermeintlichen Schutz des Rechtsverkehrs würde das Gegenteil. Umgekehrt trägt es dem Schutz des Geschäftsunfähigen Rechnung, von den allgemeinen Zugangserfordernissen auch bei einer ihm gegenüber abgegebenen Willenserklärung nicht abzusehen.“ (BAG aaO)

- II. Ein **automatisches Wirksamwerden der Willenserklärung**, nachdem die **Geschäftsunfähigkeit geendet** hat, ist durch § 131 I BGB **ausgeschlossen.**

„Zwar gilt für Erklärungen gegenüber Bewusstlosen oder vorübergehend Geistesgestörten i. S. von § 105 II BGB die allgemeine Regelung des § 130 I 1 BGB, so dass die Willenserklärung nach Beendigung der Bewusstlosigkeit oder vorübergehenden Geistesstörung bei dem Betroffenen selbst zugehen kann (Palandt/Ellenberger, § 131 BGB Rn 1). Für den hier gegebenen Fall der Geschäftsunfähigkeit i. S. von § 104 Nr. 2 BGB wird § 130 I BGB aber insoweit durch § 131 I BGB verdrängt, als die Erklärung nur durch Zugang bei dem gesetzlichen Vertreter wirksam werden kann.“ (BAG aaO)

BGB
§ 280

**Kulanzvereinbarung
Rechtsverbindlichkeit**

BGB

(OLG München in NJW 2011, 1369; Urteil vom 01.03.2011 – 9 U 3782/10)

Eine **Kulanzvereinbarung** ist i. d. R. **rechtlich bindend**, wenn sie zur **Vermeidung eines Rechtsstreits** getroffen wird.

„Eine Kulanzregelung ist i. d. R. **rechtlich bindend und begründet Pflichten i. S. der §§ 241, 280 I BGB.** Ob die Parteien durch eine Kulanzregelung ein rechtsgeschäftliches Schuldverhältnis mit Rechtsbindungswillen begründen wollten, hängt davon ab, wie sich das Verhalten der Beteiligten bei Würdigung aller Umstände nach Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte einem objektiven Betrachter darstellt (vgl. BGH NJW 2009, 1141 = NZM 2008, 642). Wenn derjenige, der dem anderen Teil etwas gewährt, selbst ein rechtliches oder wirtschaftliches Interesse daran hat, spricht dies in der Regel für seinen Rechtsbindungswillen. Gleiches gilt, wenn der Begünstigte sich erkennbar auf die Zusage verlässt und für ihn erhebliche Werte auf dem Spiel stehen. Die Annahme eines Rechtsbindungswillens liegt insbesondere nahe, wenn der Begünstigte ein (berechtigtes) Interesse an einem vertraglichen Schadensersatzanspruch für den Fall der Nicht- oder Schlechterfüllung der Leistung bzw. des Verzuges hat (Bamberger/Roth, BeckOK-BGB, § 241 Rn 18; vgl. auch Palandt/Grüneberg, Einl. vor § 241 Rn 7).“ (OLG München aaO)

BGB
§§ 559 I, 559a, 554

**Modernisierungsmieterhöhung
zulässig trotz Ankündigungsfehlers**

BGB

(BGH in MDR 2011, 475; Urteil vom 09.12.2010 – 10 U 66/10)

Die **Mieterhöhung wegen einer tatsächlich durchgeführten Modernisierung** ist **nicht schon deshalb unzulässig**, weil der Vermieter die **Modernisierungsmaßnahme nicht gem. § 554 III BGB angekündigt** hat.

„Die Mieterhöhung wegen einer bereits durchgeführten Modernisierung setzt nicht voraus, dass dem Mieter vor Durchführung der Arbeiten eine Modernisierungsankündigung gem. § 554 III BGB zugegangen ist. Dies ergibt sich im **Umkehrschluss aus der gesetzlichen Regelung in § 559 b II 2 BGB**; darin ist (lediglich) vorgesehen, dass sich die Frist, zu der die Mieterhöhung wirksam wird, um sechs Monate verlängert, wenn der Vermieter die zu erwartende Erhöhung der Miete nicht nach § 554 III 1 BGB mitgeteilt hat oder

die tatsächliche Mieterhöhung mehr als 10% höher ist als zunächst mitgeteilt. Die **Mitteilungspflicht** nach § 554 III 1 BGB **dient dem Schutz des Mieters bei der Durchführung von Modernisierungsmaßnahmen**. Zum einen soll ihm ein gewisser Zeitraum zugebilligt werden, sich auf die zu erwartenden Baumaßnahmen in seiner Wohnung einzustellen; zum anderen wird er durch das Sonderkündigungsrecht in die Lage versetzt, das Mietverhältnis gegebenenfalls vor Beginn etwaiger Arbeiten und dem Wirksamwerden einer Mieterhöhung zu beenden.

Wie das BerGer. zutreffend ausführt, kann der Vermieter **ohne ordnungsgemäße Ankündigung** nach § 554 III 1 BGB **Modernisierungsarbeiten in der Wohnung des Mieters gegen dessen Willen nicht durchsetzen**, weil eine entsprechende Duldungsklage abzuweisen wäre.

Zweck des Ankündigungserfordernisses ist hingegen nicht die Einschränkung der Befugnis des Vermieters, die Kosten einer tatsächlich durchgeführten Modernisierung im Rahmen des § 559 BGB auf den Mieter umzulegen. Diese Bestimmung soll dem Vermieter – wie schon die Vorgängervorschrift des § 3 MHRG – **im Interesse der allgemeinen Verbesserung der Wohnverhältnisse einen finanziellen Anreiz zur Modernisierung geben** (BGH NJW 2007, 3565 = NZM 2007, 882). Die Interessen des Mieters werden ausreichend dadurch gewahrt, dass bei unterbliebener Ankündigung die Mieterhöhung nach § 559 BGB erst sechs Monate später wirksam wird.“ (BGH aaO)

BGB
§ 626

**außerordentliche Kündigung
Verstoß gegen Trinkgeldregelung**

BGB

(LAG Rh-Pf in DB 2011, 881; Urteil vom 09.12.2010 – 10 Sa 483/10)

Verstößt ein Kellner gegen eine Trinkgeldregelung des Arbeitgebers, wonach das Trinkgeld gesammelt und dann gleichmäßig unter dem gesamten Personal aufgeteilt werden soll, **rechtfertigt dies nicht** den Ausspruch einer **außerordentlichen Kündigung**.

I. Nach der **Legaldefinition in § 107 III 2 GewO** ist Trinkgeld ein Geldbetrag, den ein Dritter ohne rechtliche Verpflichtung dem Arbeitnehmer zusätzlich zu einer dem Arbeitgeber geschuldeten Leistung zahlt.

Nach **§ 3 Nr. 51 EStG** in der seit 2002 geltenden Fassung (Gesetz zur Steuerfreistellung von Arbeitnehmertrinkgeldern vom 08.08.2002, BGBl I 2002, 3111) **sind Trinkgelder in unbegrenzter Höhe steuerfrei**, die anlässlich einer Arbeitsleistung dem Arbeitnehmer **von Dritten freiwillig und ohne dass ein Rechtsanspruch auf sie besteht**, zusätzlich zu dem Betrag **gegeben werden**, der für diese Arbeitsleistung zu zahlen ist. Erhält das Bedienungspersonal vom Gast neben dem Rechnungsbetrag freiwillig ein Trinkgeld, so steht ihm dieses unmittelbar zu (vgl. ErfK/ Preis, 11. Aufl., § 611 BGB Rn 511).

II. **Trinkgelder gehören arbeitsrechtlich nicht zum Arbeitsentgelt**, weil sie als persönliche Zuwendung aus einer bestimmten Motivationslage freiwillig von Dritten erbracht werden. Sie gehören nach der Rspr. des BAG daher für Zeiten des Urlaubs, der Arbeitsunfähigkeit und der Betriebsratstätigkeit auch nicht zum vom Arbeitgeber fortzuzahlenden Arbeitsentgelt (BAG NZA 1996, 252).

„In Übereinstimmung damit versteht auch der BFH unter Trinkgeld eine freiwillige und typischerweise persönliche Zuwendung an den Bedachten als eine **Art honorierende Anerkennung seiner dem Leistenden gegenüber erwiesenen Mühewaltung in Form eines kleineren Geldgeschenks**. Dem Begriff des Trinkgeldes ist als **Zeichen der besonderen Honorierung einer Dienstleistung über das vereinbarte Entgelt hinaus ein Mindestmaß an persönlicher Beziehung zwischen Trinkgeldgeber und Trinkgeldnehmer grundsätzlich immanent**. Charakteristisch dafür ist, dass in einem nicht unbedingt rechtlichen, jedenfalls aber tatsächlichen Sinne Geldfluss und honorierte Leistung korrespondierend einander gegenüberstehen. Das Trinkgeld und die damit „**belohnte**“ **Dienstleistung kommen dem Arbeitnehmer und dem Kunden unmittelbar zugute**. Der Trinkgeldempfänger steht faktisch in einer doppelten Leistungsbeziehung und erhält entsprechend dazu auch doppeltes Entgelt, nämlich das Arbeitsentgelt seitens seines Arbeitgebers und das Trinkgeld seitens des Kunden (BFH DB 2009, 207, m. w. N.).

Angesichts dieser Sach- und Rechtslage kann [der Arbeitgeber] nicht einseitig bestimmen, dass der Kl. das Trinkgeld, das ihm die Gäste persönlich zuwenden, in eine Gemeinschaftskasse einzahlt und anschließend mit dem übrigen Personal teilt. Er kann die von ihm gewünschte Aufteilung des Trinkgeldes unter dem Personal nicht - gewissermaßen durch die Hintertür - dadurch erzwingen, dass er dem Kl. nicht mehr erlaubt, selbst bei den Gästen zu kassieren.“ (LAG Rh-Pf aaO)

StGB

**Verwendung verfassungswidriger Kennzeichen
als Unmutsbekundung**

BGB

§§ 86 I Nr. 4, 86a I Nr. 1

(BGH in ZMR 2011, 274; Beschluss vom 19.08.2010 – 3 StR 301/10)

Die **Verwendung des Kennzeichens einer verfassungswidrigen Organisation als Unmutsbekundung** gegenüber einem begrenzten Personenkreis, zu dem der Verwender persönliche Beziehungen unterhält (hier: Hakenkreuz im Hausflur eines Mehrparteienhauses), ist **nicht zwangsläufig strafbar**.

„Der Angekl. war Mieter einer Wohnung im Anwesen der Zeugin Dr. B. Außer ihm wohnten in dem Haus noch das Ehepaar S. mit Sohn sowie ein weiteres Pärchen. Aufgrund von Mietrückständen und Beschwerden der Mitbewohner kündigte Frau Dr. B. den Mietvertrag mit dem Angekl. Aus Verärgerung hierüber sowie über eine von ihm als unangemessen empfundene Behandlung durch Frau S. malte der Angekl. mit dem Gummiendstück seines Krückstocks im Hausflur ein Hakenkreuz an die Wand. Dieses konnten die Mitbewohner wahrnehmen.

Damit ist ein i. S. von § 86a Abs. 1 Nr. 1 StGB öffentliches Verwenden des Hakenkreuzes nicht festgestellt. Zwar geht das Landgericht zutreffend davon aus, dass es hierfür **nicht entscheidend auf die Öffentlichkeit des gewählten Ortes ankommt**, sondern darauf, ob die Art der Verwendung die Wahrnehmbarkeit für einen größeren, durch persönliche Beziehungen nicht zusammenhängenden Personenkreis begründet (BayObLG NStZ-RR 2003, 233; OLG Frankfurt NStZ 1999, 356; OLG Celle NStZ 1994, 440; Fischer, StGB, 57. Aufl., § 86a Rn 15).

Entgegen der Ansicht des Landgerichts war der Angeklagte indes mit der Zeugin Dr. B. und den anderen Bewohnern des Anwesens, die das Hakenkreuz nach den rechtsfehlerfreien Feststellungen allein wahrnehmen konnten, durch persönliche Beziehungen verbunden. Er hat das **Hakenkreuz nur angebracht, um diesen gegenüber seinen Unmut über die Kündigung des Mietvertrags und die Entwicklung des nachbarschaftlichen Verhältnisses zum Ausdruck zu bringen.**“ (BGH aaO)

StGB **Erpressung** **StGB**
§ 253 **mit rechtswidrig erlangten Kontounterlagen**
(BGH in NSTZ-RR 2011, 143; Urteil vom 10.06.2010 – 4 StR 474/09)

Fall: Der Angekl. gelangte in den Besitz von etwa 2.400 Kontobelegen der Landesbank AG (im Folgenden: L), die ein rechtskräftig verurteilter ehemaliger Mitarbeiter der L zuvor entwendet hatte. Die Belege betrafen die Anlage von Vermögenswerten nahezu ausschließlich in Deutschland wohnhafter Kunden der L, die die daraus erzielten Einkünfte, im Wesentlichen Zinserträge und Anlagegewinne, nicht ordnungsgemäß in Deutschland versteuerten und dies auch in Zukunft nicht zu tun beabsichtigten.

Der Angekl. nahm sodann Kontakt zu den betroffenen Kunden der L auf, und forderte diese dazu auf, zur Vermeidung der Weitergabe der Kontobelege an das Finanzamt einen Geldbetrag an ihn zu zahlen.

Die seitens des Angekl. ausgesprochene **Drohung**, die **Kontodaten** den deutschen Finanzbehörden **zu offenbaren**, **erfüllt den Tatbestand des § 253 II StGB.**

I. Entsprechend ihrem **Zweck**, nicht strafwürdig erscheinende Verhaltensweisen aus dem Anwendungsbereich des § 253 StGB auszunehmen, sind die Voraussetzungen der Verwerflichkeitsklausel erfüllt, wenn unter Berücksichtigung sämtlicher Umstände des Einzelfalles ein erhöhter Grad der sozialetischen Missbilligung der für den erstrebten Zweck angewandten Mittel festzustellen ist. Hierbei ist das rechtlich Verwerfliche nicht einseitig in dem angewandten Mittel oder in dem erstrebten Zweck zu suchen, sondern in der Beziehung beider zueinander (BGHSt 5, 254; BGHSt 17, 328; BGHSt 31, 195; BGHSt 2, 194; BGHSt 17, 328).

Die **Abgrenzung einer strafwürdigen Nötigung von einer nicht zu missbilligenden Willensbeeinflussung** hat der BGH etwa im Fall der Drohung mit einer Strafanzeige danach vorgenommen, ob der Sachverhalt, aus dem sich das Recht zur Strafanzeige herleitet, mit dem durch die Drohung verfolgten Zweck in einer inneren Beziehung steht oder beides willkürlich miteinander verknüpft wird (BGHSt 5, 254). Auch der an sich erlaubte Zweck rechtfertigt nur die Anwendung sozial hinnehmbarer Mittel (BayObLG wistra 2005, 235; LK-Träger/Altwater, 11. Aufl., § 240 Rn 69, 88).

II. Dabei kann offen bleiben, ob Verwerflichkeit – auch bei rechtlicher Zulässigkeit der Drohung – regelmäßig schon dann anzunehmen ist, wenn die erstrebte Bereicherung mit dem eingesetzten Nötigungsmittel in keinem Zusammenhang steht und die Entscheidungsfreiheit des Bedrohten durch Forderung eines sog. **inkonnexen Vorteils** beschnitten wird (so MüKo-StGB/Sander, § 253 Rn 37; SSW-StGB-Kudlich, § 253 Rn 33; Fischer, § 253 Rn 21; SK-StGB-Günter, § 253 Rn 38). Jedenfalls bei einer **sachlich nicht gerechtfertigten, willkürlichen Verknüpfung von angewandtem Mittel und erstrebtem Zweck liegt Verwerflichkeit** i.S.d. § 253 II StGB vor (BGHSt 5, 254; ebenso OLG Düsseldorf NSTZ-RR 1996, 5).

„So verhält es sich hier: Die vom Angekl. erstrebte Bereicherung stand mit dem eingesetzten Nötigungsmittel, der angedrohten Weitergabe vertraulicher, einer Bank entwendeter Kontodaten einer großen Zahl von Kunden an die deutschen Finanzbehörden, in keinem nachvollziehbaren, sozialetisch zu billigenden Zusammenhang. **Weder verfolgte der Angekl. rechtlich geschützte eigene Interessen** (vgl. dazu OLG Karlsruhe NSTZ-RR 1996, 296), **noch handelte er in einem übergeordneten, billigenwertigen Interesse** (vgl. dazu BayObLG aaO)...

StGB **absolute Fahruntüchtigkeit** **StGB**
§ 316 **Grenzwert für Rollstuhlfahrer**
(OLG Nürnberg in NSTZ-RR 2011, 153; Beschluss vom 13.12.2010 – 2 St OLG Ss 230/10)

Der **Grenzwert für die absolute Fahruntüchtigkeit von Fahrern motorisierter Krankenfahrstühle** (§ 4 I 2 Nr. 2 FeV), die nach dem Pflichtversicherungsgesetz zu versichern und mit einem Versicherungskennzeichen zu versehen sind, **beträgt 1,1‰.**

„Nach der **Grundsatzentscheidung des BGH** (BGHSt 37, 89 = NJW 1990, 2393 = NSTZ 1990, 491) sind alle Führer von Kfz, folglich auch solche von motorisierten Krankenfahrstühlen, bei einem Blutalkoholgehalt von 1,1‰ absolut fahruntüchtig.

Der BGH hatte seine frühere Rspr. zu einem Grenzwert zur absoluten Fahruntüchtigkeit von 1,3‰ unter Berücksichtigung neuerer medizinisch-naturwissenschaftlicher Erkenntnisse sowie der Bewertung statistischer Ergebnisse aufgegeben und den Grenzwert bei 1,0‰ mit einem Sicherheitszuschlag von 0,1‰ auf insgesamt 1,1‰ angesetzt. Zwar hatte er damals über die Trunkenheitsfahrt eines Pkw-Fahrers zu befinden, jedoch stellte der BGH (BGHSt 37, 89 = NJW 1990 = NSTZ 1990, 491 unter Hinweis auf BGHSt 22, 352 = NJW 1969, 1578 [Kraftradfahrer], BGHSt 30, 355 = NJW 1982, 1109 [Fahrrad mit Hilfsmotor sog. Mofa]) klar, dass dieser Grenzwert generell für Führer von Kfz gilt.“ (OLG Nürnberg aaO)

GG **Verlängerung der Prüfungszeit** **PrüfR**
Art. 3 I, 12 I **Angststörung**
(OVG Münster in NJW 2011, 1094; Urteil vom 08.06.2010 – 14 A 1735/09)

Denkblockaden infolge von Angststörungen in einer Prüfungssituation **begründen keinen Anspruch auf eine Verlängerung der Prüfungszeit.**

„Die Prüfung betrifft nicht ausschließlich die Frage, ob die Kl. überhaupt über die durch das Studium vermittelten Kenntnisse verfügt. Vielmehr sind ebenso die **Anwendung und die Umsetzung der erworbenen Kenntnisse ein wesentlicher Bestandteil der Prüfung**. Zur Anwendung und Umsetzung **zählt dabei auch die Bewältigung der jeweiligen Aufgabenstellung innerhalb eines vorgegebenen Zeitrahmens**, den die Kl. auf Grund der bei ihr vorhandenen Denkblockaden, nicht aber lediglich wegen einer Beeinträchtigung ihrer Fähigkeiten zur technischen Umsetzung ihrer Leistungsfähigkeit einzuhalten nicht imstande ist.

In diesem Zusammenhang vermag sich die Kl. nicht darauf zu berufen, durch ihre Denkblockaden eintretende Zeitverzögerungen seien vergleichbar mit Zeitverzögerungen, die ihren Grund in einer bei einem Prüfling bestehenden Legasthenie hätten. Legasthenie ist eine neurobiologische Hirnfunktionsstörung. Sie stellt sich bei hinreichender Intelligenz und sonst normalem neurologischen Befund als Schwäche des Lesens dar, durch die auch Rechtschreidschwierigkeiten mit Verwechseln von Buchstaben, teilweise mit Reihenfolgeumstellungen, bedingt sind. Bei der Legasthenie mag es sich daher zwar um eine typische mechanische Beeinträchtigung des Schreibvorgangs handeln, jedoch um eine Beeinträchtigung, die jedenfalls auch eine mangelnde technische Fähigkeit zur Darstellung des (vorhandenen) eigenen Wissens umfasst (vgl. OVG Lüneburg NVwZ-RR 2009, 68; VGH Kassel NJW 2006, 1608).

Demgegenüber **betrifft die mit einer Prüfungsangst verbundene Denkblockade gerade [die] intellektuellen Fähigkeiten in Prüfungssituationen**, einen Sachverhalt in einer vorgegebenen Zeit, die orientiert an der Leistungsfähigkeit anderer Prüflinge angemessen sein muss, einer plausibel begründeten Lösung zuzuführen.“ (OVG Münster aaO)

BGB
§§ 823 I, 859, 862

Abschleppmaßnahme
Ersatzfähigkeit der Vorbereitungskosten

öffR

(AG Berlin-Mitte in NJW-RR 2011, 380; Urteil vom 10.11.2010 – 7 C 246/10)

Wer verbotswidrig auf einem Privatgrundstück parkt, muss den durch die Beseitigung der Besitzstörung entstandenen Schaden ersetzen. Neben den reinen Abschleppkosten umfasst der Schadensersatzanspruch auch die Vorbereitungskosten; dabei handelt es sich nicht um Kosten der sog. eigenen Mühewaltung.

„Durch die Besitzstörung entstand der Zedentin ein Schaden in Form der geltend gemachten Kosten. Dieser liegt in ihrer Verpflichtung gegenüber der Bekl., die in der Rahmenvereinbarung verabredeten Kosten – auch für die Vorbereitung der Abschleppmaßnahme – zu zahlen (s. auch AG Berlin-Pankow/Weißensee BeckRS 2011, 2087).

Die neben den reinen Abschleppkosten veranschlagten Kosten stellen sich auch **nicht als Kosten der sog. Mühewaltung** dar. Hiermit wird der Arbeits- und Zeitaufwand des Geschädigten bei der Schadensermittlung und außergerichtlichen Abwicklung des Schadensersatzanspruchs bezeichnet (BGH NJW 1969, 1109). Der Verkehr rechnet eine Mühewaltung, die bei Feststellung der Ursachen und bei der Abwicklung eines Schadensfalls anfällt, mag er auch durch einen Dritten herbeigeführt sein, zum eigenen Pflichtenkreis des Geschädigten (BGH NJW 1969, 1109). Ein solcher Aufwand ist jedoch nicht streitgegenständlich, vielmehr geht es um **Tätigkeiten im Zusammenhang mit der Beseitigung der Besitzstörung**, die letztlich auf das Abschleppen hinzielen. Hierzu gehören nicht nur die Zuordnung des Pkw in eine Fahrzeugkategorie und dessen technische Sichtung, um ein geeignetes Abschleppmittel anzufordern, sondern auch die Prüfung des Pkw auf eine etwaige Sicherung gegen unbefugte Benutzung, weil dies für den Abschleppvorgang von Bedeutung ist. Dass zudem eine Tätigkeit abgerechnet wird, die dem Auffinden von Hinweisen auf den Fahrer dient, ist nicht zu beanstanden, denn sollten derartige Hinweise vorhanden sein, wäre möglicherweise ein Abschleppen gar nicht erforderlich. Maßnahmen, die zur Verhinderung eines finanziellen Schadens im Zusammenhang mit der Besitzstörung dienen, kann die Zedentin allemal ersetzt verlangen.“ (AG Berlin-Mitte aaO)

SächsBestG
§§ 10, 18 I 1

Bestattungspflicht
keine Einschränkung durch Verletzung einer zivilrechtlichen Unterhaltspflicht

öffR

(VG Chemnitz in LKV 2011, 187; Urteil vom 28.01.2011 – 1 K 900/05)

Weder die öffentlich-rechtliche Bestattungspflicht noch die Kostentragungspflicht nach dem Sächsischen Bestattungsgesetz wird durch die Verletzung einer zivilrechtlichen Unterhaltspflicht eingeschränkt.

„Der Einwand der Kl., ihr [verstorbener] Vater habe in der Vergangenheit keine Unterhaltszahlungen an sie geleistet und daher sei sie selbst diesem gegenüber auch nicht unterhaltspflichtig, sodass sie auch nicht bestattungspflichtig sein könne, greift nicht durch: Dabei muss hier der Frage, ob und inwieweit der Verstorbene überhaupt leistungspflichtig und auch leistungsfähig gewesen ist, nicht weiter nachgegangen werden. Denn ebenso wie die **zivilrechtliche Erbenstellung** und eine **etwaige Ausschlagung der Erbschaft auf die öffentlich-rechtliche Bestattungspflicht** nach § 10 SächsBestG **keinen Einfluss** hat (siehe hierzu Stelkens/Seifert DVBl 2008, 1537 m. w. N.; Repkewitz VBIBW 2010, 228), spielt die ausschließlich zivilrechtliche Frage der Unterhaltspflicht in diesem Zusammenhang keine Rolle (VGH München BayVBl 2009, 537. Damit **kommt es nicht darauf an, ob hier tatsächlich eine Unterhaltspflicht bestanden hat. Eine Einschränkung des Anwendungsbereichs des § 10 SächsBestG lässt sich dem eindeutigen Wortlaut der Norm nicht entnehmen** und wäre mit ihrem Charakter als Vorschrift der Gefahrenabwehr (...) so auch nicht vereinbar.

Diese **von dem Bestehen eines (zivilrechtlichen) Unterhaltsanspruchs unabhängige (öffentlich-rechtliche) Bestattungspflicht** ist entgegen der Auffassung der Kl. auch **nicht verfassungswidrig**: Die Begründung der Kl., die nach § 10 SächsBestG ohne Berücksichtigung des Bestehens eines Unterhaltsanspruchs des Verstorbenen gegenüber der Kl. bestehende Bestattungspflicht sei verfassungswidrig, weil damit durch eine Vorschrift zulasten Dritter eine mit den sonstigen Gesetzesvorschriften nicht übereinstimmende Verpflichtung auferlegt würde, greift nicht durch. Denn wie oben ausgeführt handelt es sich bei dem zivilrechtlichen Unterhaltsanspruch und der öffentlich-rechtlichen Bestattungspflicht um zwei völlig unterschiedliche Rechtskreise, die auch von Verfassung wegen nicht zwingend zu übereinstimmenden Ergebnissen führen müssen (siehe dazu BVerwG NVwZ-RR 1995, 283). Es ist in der verwaltungsgerichtlichen Rspr. geklärt, dass die sich aus dem öffentlichen Recht, nämlich dem jeweiligen Landesrecht ergebende Verpflichtung, für die Bestattung eines verstorbenen Angehörigen zu sorgen, mit der zivilrechtlichen Pflicht, die Bestattungskosten zu tragen, nicht identisch ist.“ (VG Chemnitz aaO)

Entscheidungen Verfahrensrecht

ZPO
§ 189

Unwirksamkeit der Klagezustellung keine Klageabweisung bei Heilungsmöglichkeit

ZPO

(BGH in NJW-RR 2011, 417; Urteil vom 07.12.2010 - VI ZR 48/10)

1. Bei dem **Verkehrsunfall eines Deutschen** mit einem **ausländischen Kraftfahrzeug** im Ausland, sind die deutschen **Gerichte am Wohnsitz** zuständig, da nach der Kraftfahrzeughaftpflicht-Richtlinie ein Direktanspruch gegen den in einem EU Mitgliedsstaat ansässigen Versicherer besteht.
2. Hat die Partei in einem anhängigen Verfahren einen Prozessbevollmächtigten, **gebietet § 172 I 1 ZPO die Zustellung an diesen.**
3. In dem **Auftreten eines Rechtsanwalts** vor Gericht liegt **zugleich** seine „**Bestellung**“ zum Prozessbevollmächtigten i. S. von § 172 ZPO, selbst wenn er keine Prozessvollmacht hat.
4. Die **Gerichte selbst** haben **dafür Sorge zu tragen**, dass eine **wirksame Zustellung erreicht wird.**
5. Die **Heilung von Mängeln**, die bei der Ausführung der Zustellung unterlaufen sind, soll nach dem Willen des Gesetzgebers **von Gesetzes wegen** eintreten, wenn der **Zustellungszweck erreicht** ist
6. Zweifel an der Wirksamkeit der Klagezustellung rechtfertigen nicht die Abweisung der Klage wegen fehlender Rechtshängigkeit, sofern die **Heilung des etwaigen Zustellungsmangels** noch möglich ist.

Fall: Die Kl. verlangt von der Bekl., einer Versicherungsgesellschaft mit Sitz in Spanien, Schadensersatz wegen eines Verkehrsunfalls, der sich am 09.04.2008 in Frankreich zwischen einem Lkw der Kl. und einem bei der Bekl. versicherten Lkw ereignet hat. Die Bekl. beauftragte die G-Versicherung-AG mit der Schadensregulierung. Die Kl. hat beim AG ihrerseits am 12.11.2008 die Klageschrift eingereicht. Das Gericht forderte den Kläger auf, eine spanische Übersetzung der Klageschrift einzureichen. Dies verweigerte der Kläger. Die Bekl. hingegen hatte angekündigt, die Annahme einer Klageschrift zu verweigern, der eine spanische Übersetzung nicht beigelegt sei.

Mit Verfügung vom 08.12.2008 hat der Richter am AG Zustellung an die Bekl. mit dem handschriftlichen Zusatz „Zustellungsbevollmächtigte“ angeordnet. Die Zustellung ist den Angaben in der Klageschrift entsprechend an die Schadensregulierungsbeauftragte adressiert worden. Mit Schriftsatz vom 14.01.2009, eingegangen bei Gericht am 16.01.2009, hat sich für die Bekl. Rechtsanwalt B unter anwaltlicher Versicherung der ordnungsgemäßen Bevollmächtigung bestellt. Er hat gerügt, dass die Klage nicht wirksam zugestellt worden sei, weil die Schadensregulierungsbeauftragte nicht zustellungsbevollmächtigt sei. Vorsorglich hat er sich zur Begründetheit der Klage geäußert. In der mündlichen Verhandlung vor dem AG Rechtsanwalt B als Prozessvertreter der Bekl. aufgetreten. Er hat die fehlerhafte Zustellung wegen der mangelnden Zustellungsvollmacht der Schadensregulierungsbeauftragten weiter gerügt. Außerdem hat er sich hilfsweise zur Sache geäußert. Das Amtsgericht hat die Klage als unzulässig abgewiesen, da keine Rechtshängigkeit eingetreten sei. Dem hat sich das Berufungsgericht angeschlossen. Hiergegen richtet sich der Kl. mit seiner Revision. Ist diese begründet?

Die Revision ist begründet, wenn das Berufungsurteil rechtsfehlerhaft ergangen ist.

I. Internationale Zuständigkeit

Fraglich ist zunächst, ob ein deutsches Gericht überhaupt für eine Klage zuständig ist, mit der Ansprüche gegen eine Gesellschaft mit Sitz in Spanien aus einem Verkehrsunfall in Frankreich geltend gemacht werden. Eine Zuständigkeit könnte sich aus Art. 11 II i.V.m. Art. 9 I lit. b EuGVVO ergeben.

*„Zutreffend ist der Ausgangspunkt der Vorinstanzen, dass die deutschen Gerichte für die Klage gegen den ausländischen Versicherer wegen der behaupteten Schäden aus dem Verkehrsunfall international zuständig sind, was auch unter der Geltung des § 545 II ZPO in der Revisionsinstanz von Amts wegen zu prüfen ist (Senat, NJW 2010, 1752 = VersR 2010, 690 Rn 7 und NJW-RR 2010, 1554 = MDR 2010, 943 jeweils m.w.N.). Der Geschädigte kann vor dem **Gericht des Ortes in einem Mitgliedsstaat**, an dem er seinen **Wohnsitz** hat, eine Klage **unmittelbar gegen den Versicherer des Schädigers** erheben, sofern eine solche unmittelbare Klage zulässig und der Versicherer im Hoheitsgebiet eines Mitgliedsstaats ansässig ist (Art. 11 II i.V.m. Art. 9 I lit. b EuGVVO; EuGH,*

NJW 2008, 819 = EuZW 2008, 124 = NZV 2008, 133 – Odenbreit). Dass die erforderlichen Umstände im Streitfall gegeben sind, wird von den Parteien nicht in Zweifel gezogen. Auf Grund der in Art. 3 der 4. **Kraftfahrzeughaftpflicht-Richtlinie** enthaltenen Verpflichtung besteht in den Mitgliedstaaten der Europäischen Union, mithin auch in Frankreich und Spanien, ein **Direktanspruch** des Geschädigten **gegen den Haftpflichtversicherer** des Schädigers (vgl. Riedmeyer, ZfS 2008, 602 [604]).“ (BGH aaO)

II. wirksame Zustellung

Das Gericht kann nur über eine Klage entscheiden, wenn diese überhaupt rechtshängig geworden ist. Dies wiederum setzt nach §§ 261 I, 253 I ZPO die wirksame Zustellung der Klage an die Beklagte voraus.

„Die Frage, ob die Zustellung der Klage an die Bekl. wirksam und die Klage rechtshängig geworden ist, beurteilt sich nach dem hier anzuwendenden **deutschen Zivilprozessrecht**. Das deutsche Recht bestimmt autonom, unter welchen tatsächlichen Umständen die **Auslandszustellung notwendig** ist oder ob die **Inlandszustellung genügt**. Dies gilt grundsätzlich auch für die Zustellung von den Prozess einleitenden Schriftstücken (vgl. Zöller/Geimer, ZPO, 28. Aufl., § 183 Rn 14, 18 und 21; Geimer, Int. ZivilprozessR, 6. Aufl., Rn 2080 m.w.N.).“ (BGH aaO)

1. Zustellung an die Bekl. selbst

Eine Zustellung an die Bekl. selbst war jedenfalls zu keiner Zeit vom Gericht intendiert, so dass es auch nicht auf die Frage ankommt, ob eine Übersetzung erforderlich gewesen wäre. Auf die Frage, ob die Bekl. Kenntnis von der Klage erlangt hat oder nicht, kommt es daher ebenfalls nicht an.

2. Zustellung an Prozessbevollmächtigten

a) Möglichkeit der Zustellung an Prozessbevollmächtigten

„Hat die Partei in einem anhängigen Verfahren einen Prozessbevollmächtigten, **gebietet § 172 I 1 ZPO die Zustellung an diesen** (vgl. BGHZ 118, 312 [322] = NJW 1992, 3096 und NJW 1987, 440 = VersR 1987, 357). In dem **Auftreten eines Rechtsanwalts** vor Gericht liegt **zugleich** seine „**Bestellung**“ zum Prozessbevollmächtigten i. S. von § 172 ZPO, selbst wenn er keine Prozessvollmacht hat (vgl. BGHZ 61, 308 [311] = NJW 1974, 240; BGH, VersR 1979, 255 = BeckRS 1978, 30376729; NJW-RR 1986, 286 [287] m.w.N.). Der Partei selbst ist nur dann zuzustellen, wenn sich ein Prozessbevollmächtigter noch nicht bestellt hat (§ 172 II 3 ZPO). Nach der Regelung in § 271 I ZPO hat das Gericht die **Klageschrift unverzüglich zuzustellen**. Hierzu bedarf es weder eines besonderen Antrags des Klägers, noch obliegt es ihm, um die Zustellung der Klage in bestimmter Form zu ersuchen; die **Gerichte selbst haben vielmehr dafür Sorge zu tragen, dass eine wirksame Zustellung erreicht wird** (vgl. BGH, NJW 2003, 2830 [2831]).“ (BGH aaO)

Eine solche Zustellung an den Prozessbevollmächtigten ist jedoch vorliegend auch nicht erfolgt.

b) Heilung des Zustellungsmangels

Dieser Zustellungsmangel könnte jedoch nach § 189 ZPO geheilt worden sein. Danach gilt ein unter Verletzung zwingender Zustellungsvorschriften zugegangenes Dokument in dem Zeitpunkt als zugestellt, in dem es der Person, an die die Zustellung dem Gesetz gemäß gerichtet war oder gerichtet werden konnte, **tatsächlich zugegangen** ist.

„Die **Heilung von Mängeln**, die bei der Ausführung der Zustellung unterlaufen sind, soll nach dem Willen des Gesetzgebers **von Gesetzes wegen** eintreten, wenn der **Zustellungszweck erreicht** ist (Begr. des Entwurfs eines Gesetzes zur Reform des Verfahrens bei Zustellungen im gerichtlichen Verfahren [Zustellungsreformgesetz – ZustRG] – BT-Dr 14/4554, S. 24, re. Sp. unten; Senat, NJW 1989, 1154 = VersR 1989, 168 [169] m. w. Nachw.). Aus dem Wortlaut des § 189 ZPO, wonach es sich um ein Dokument handeln muss, das „der Person, an die die Zustellung dem Gesetz gemäß gerichtet war oder gerichtet werden konnte“ zugegangen ist, folgt das Erfordernis, dass das Gericht eine **förmliche Zustellung mit Zustellungswillen** bewirken wollte (vgl. Senat, NJW 2003, 1192 = VersR 2003, 879 [880]; BGH, NJOZ 2010, 2115 = FamRZ 2010, 1328 [1329]). Nach Sinn und Zweck ist die **Vorschrift weit auszulegen** und auch dann anzuwenden, wenn ein Rechtsanwalt erst durch **spätere Bevollmächtigung** zu einem Prozessbeteiligten wird und er bereits zuvor oder zeitgleich mit der Bevollmächtigung in den **Besitz des zuzustellenden Schriftstücks** gelangt ist (vgl. Senat, NJW 1989, 1154 = VersR 1989, 168 [169]).

Nach diesen Grundsätzen musste schon das AG der Frage nachgehen, ob der **Prozessbevollmächtigte B die Klageschrift erhalten** hat (vgl. BGH, FamRZ 1993, 309 = BeckRS 2010, 15731; BGH, NJOZ 2010, 2115 = FamRZ 2010, 1328) und dadurch der Zustellungsmangel gem. § 189 ZPO geheilt worden ist (vgl. Senat, NJW 1989, 1154 = VersR 1989, 168).“ (BGH aaO)

c) Anwendung auf den Fall

Zustellungsadressat für die Bekl. war mit der Bestellung im Schriftsatz vom 14.01.2009 nach der Regelung in § 172 I 1 ZPO Rechtsanwalt B und nicht mehr die Bekl. selbst. Auch die Schadensregulierungsbeauftragte war jedenfalls von da ab nicht mehr Zustellungsbevollmächtigte für Zustellungen im anhängigen Rechtsstreit. Vielmehr ist inzwischen Rechtsanwalt B als Prozessbevollmächtigter der Bekl. der richtige Zustellungsadressat.

*„Ist er in den Besitz der Klageschrift, deren Zustellung der Richter an die Zustellungsbevollmächtigte verfügt hat, gelangt, ist die Klage in jedem Fall auf Grund der Heilung des Zustellungsmangels nach § 189 ZPO rechtshängig geworden. Dafür sprechen Vortrag und das Verhandeln zur Sache, die eine Kenntnis der Umstände des Streitfalls voraussetzen. Doch ist dies durch **Befragung des Rechtsanwalts B zu klären**.*

*Sollte Rechtsanwalt B zwischenzeitlich nicht in den Besitz der Klageschrift gekommen sein und wäre entsprechend der Auffassung des AG und des BerGer. die Wirksamkeit der Zustellung an die Schadensregulierungsbeauftragte zu verneinen, wird im Hinblick auf die **Prozessförderungspflicht des Gerichts** die **Zustellung** der Klageschrift an ihn zu **veranlassen** und sodann in der Sache zu entscheiden sein.“* (BGH, aaO)

Ergebnis: Nach alledem ist das Berufungsurteil aufzuheben (§ 562 I ZPO). Zugleich steht fest, dass das AG die Klage zu Unrecht abgewiesen hat.

„Da das BerGer. aus diesem Grund bei richtiger Verfahrensweise das Urteil des AG hätte aufheben und die Sache an das AG zurückverweisen müssen (§ 538 II Nr. 3 ZPO), ist dies vom Senat nachzuholen (vgl. BGHZ 139, 325 [333] = NJW 1999, 55 und NJW 1994 2236 L = NJW-RR 1994, 379 = WM 1994, 865 [867] m.w.N.).“ (BGH aaO)

Feststellungsklage auf Erfüllungseignung
Vollstreckung eines Zug-um-Zug Titels
(BGH in MMR 2011, 351; Urteil vom 30.09.2010 - IX ZR 175/09)

1. Die Feststellungsklage ist auch dann zulässig, wenn **zweifelhaft** ist, ob die bei einer Zug-um-Zug Verurteilung **konkret bezeichnete Gegenleistung** der **tatsächlich angebotenen Gegenleistung entspricht**.
2. Eine andere als die geschuldete Leistung muss im Wege der Zug-um-Zug Vollstreckung als erfüllungsg geeignet akzeptiert werden, wenn die **erforderliche Gleich- oder Höherwertigkeit** bei gleichzeitigem Fehlen von Nachteilen für die Bekl. festgestellt werden kann.
3. **Rechtsmissbräuchlich** und damit unzulässig ist die Ausübung einer prozessualen oder vollstreckungsrechtlichen Befugnis, wenn sie **nicht den gesetzlich vorgesehenen, sondern anderen, nicht notwendig unerlaubten, aber funktionsfremden und rechtlich zu missbilligenden Zwecken dient**.
4. Die Ablehnung der Annahme der angebotenen Version als nicht erfüllungsg geeignet ist nicht rechtsmissbräuchlich. Die **Verwendung einer Kaufsache** oder eines von dem Besteller erstellten Werks liegt **grundsätzlich im Belieben des Käufers** oder Bestellers, selbst wenn gar **keine Verwendungsabsicht mehr besteht**.

Fall: Der Kl. ist Verwalter im Insolvenzverfahren über das Vermögen der Schuldnerin. Die Bekl. wurde im Vorverfahren rechtskräftig verurteilt, an die Schuldnerin 84.600,77 € zu zahlen, Zug um Zug gegen Übergabe einer bestimmten Software einschließlich Lizenzen und Handbüchern. Mit der Software wollte die Bekl. ein Internetportal erstellen, das sie jedoch später auf anderem Weg realisierte. Nach dem Urteil des Vorverfahrens war die Software in der Version 1.0 zu übergeben, die jedoch nicht mehr existiert und erhältlich ist. Die Annahme einer Version 1.5 verweigert die Bekl. als nicht erfüllungsg geeignet. Der Kl. begehrt die Feststellung, dass die Version 1.5 zur Erfüllung der Lieferverpflichtung aus der Zug-um-Zug Verurteilung geeignet sei und sich die Bekl. in Annahmeverzug befinde. Der Kläger behauptet, die Version 1.5 sei mit der Version 1.0 identisch bzw. höherwertig. Der Titel aus dem Vorverfahren sei so auszulegen, dass auch diese Version übergeben werden könne. Die Annahmeverweigerung der Beklagten sei rechtsmissbräuchlich. Die Beklagte bestreitet die Identität und die Gleichwertigkeit. Wird die Klage Erfolg haben?

Die Klage wird Erfolg haben, wenn sie zulässig und begründet ist.

I. Zulässigkeit der Klage

Fraglich ist, ob eine Feststellungsklage nach einem rechtskräftigen Zug-um-Zug Urteil, die darauf gerichtet ist, die Erfüllungseignung und den Annahmeverzug festzustellen, überhaupt zulässig ist. Grundsätzlich obliegt es nach § 756 I BGB dem Gerichtsvollzieher, diese Prüfung vorzunehmen.

Kann der Gerichtsvollzieher - wie vorliegend - auch mit sachverständiger Hilfe nicht klären, ob die angebotene Leistung zur Erfüllung der tenorierten Leistungsverpflichtung geeignet sei, kommt die Feststellungsklage das das geeignete Instrument des Verpflichteten in Betracht.

Dies gilt nicht nur bei nicht hinreichender Bestimmtheit eines Titels, sondern auch dann, wenn zu klären sei, ob eine Leistung, die von der geschuldeten, jedoch nicht mehr möglich, abweiche, gleichermaßen zur Erfüllung geeignet sei.

„Zwar bestehen hier weder Zweifel über den vollstreckbaren Inhalt einer Urteilsformel noch über Art und Umfang der bei einer Zug-um-Zug Verurteilung bezeichneten Gegenleistung (zur Zulässigkeit einer Feststellungsklage in diesen Fällen vgl. BGH, BGHZ 36, 11, 13f; WM 1976, 1195, 1196, NJW 2008, 153, 156 Rn. 30). Die Feststellungsklage ist jedoch auch dann zulässig, wenn zweifelhaft ist, ob die tatsächlich angebotene Gegenleistung der konkret ausgeurteilten entspricht (Stein/Jonas/Münzberg, ZPO 22. Aufl. § 756 Rn. 14 Fn. 79).

Ist die Einrede "Zug um Zug" materiell-rechtlich entfallen, kann zwar erneut Leistungsklage ohne Zug-um-Zug Antrag erhoben werden. Die Rechtskraft des Ersturteils stünde nicht entgegen (vgl. BGHZ 117, 1; Münzberg in Stein/Jonas, aaO Rn. 14). Der Kläger begehrt jedoch nicht die vorbehaltlose Verurteilung der Beklagten, sondern (lediglich) die Feststellung, dass die im Urteil des Berufungsgerichts näher bezeichneten Gegenstände dem Vollstreckungstitel entsprechen und sich die Beklagte im Annahmeverzug befindet. Das wäre für die weitere Zwangsvollstreckung ausreichend, die gemäß § 756 I ZPO voraussetzt, dass der Kläger die ihm obliegende

Leistung in einer den Vollzug begründenden Weise anbietet oder die Beklagte sich insoweit bereits im Verzug der Annahme befindet. Einer erneuten Leistungsklage bedarf es daher nicht.“ (BGH aaO)

II. Begründetheit der Klage

Für die Begründetheit der Klage kommt es grundsätzlich darauf an, ob die dem Beklagten angebotene Softwareversion mit der eigentlich geschuldeten identisch oder höherwertig ist.

1. Rechtsmissbräuchlichkeit

Hierauf kommt es aber möglicher Weise im vorliegenden Fall gar nicht mehr an, da feststeht, dass die Beklagte die Software unabhängig von ihren Eigenschaften ohnehin keinesfalls mehr nutzen wird, da der Verwendungszweck bereits anderweitig erreicht wurde.

Die Berufung auf die angeblich fehlende Erfüllungseignung könnte daher gegen Treu und Glauben verstoßen und rechtsmissbräuchlich sein. Der Beklagten kommt es auf die Gegenleistung nicht mehr an; die Ausübung des Zurückbehaltungsrechts dient allein dazu, die Vollstreckung des rechtskräftigen Titels durch den Gläubiger zu verhindern. Die Beklagte hat sich bereits unmittelbar nach Vertragsschluss im Jahre 2000 aus dem Vertrag lösen wollen und hat ausdrücklich erklärt, dass die Software für sie in jedem Fall nutzlos, weil total veraltet und unbrauchbar sei.

a) Geltung des Grundsatzes von Treu und Glauben im Vollstreckungsverfahren

*„Zutreffend ist allerdings der Ausgangspunkt des Berufungsgerichts, dass das aus dem Grundsatz von Treu und Glauben abgeleitete **Verbot rechtsmissbräuchlichen Verhaltens auch im Prozessrecht und im Vollstreckungsverfahren** gilt. Das wird von der Revision auch im Grundsatz nicht in Frage gestellt und entspricht ständiger Rechtsprechung (vgl. BGH, Beschl. v. 10.05.2007 - V ZB 83/06, BGHZ 172, 218 Rn. 12 f m.w.N.; BGH, Beschl. v. 29. Juni 2006 - IX ZB 245/05, ZIP 2006, 1452, 1453 Rn. 7).*

*Rechtsmissbräuchlich und damit unzulässig ist danach die Ausübung einer prozessualen oder vollstreckungsrechtlichen Befugnis, wenn sie nicht den gesetzlich vorgesehenen, sondern anderen, nicht notwendig unerlaubten, aber **funktionsfremden und rechtlich zu missbilligenden Zwecken dient** (BGH, Beschl. v. 10. Mai 2007 aaO Rn. 12 m.w.N.).“* (BGH aaO)

b) Vorliegen der Voraussetzungen

Fraglich ist, ob der Umstand, dass die Beklagte die Annahme der angebotenen Version als nicht erfüllungsg geeignet abgelehnt hat, die genannten Voraussetzungen erfüllt und damit die Rechtsmissbräuchlichkeit begründet.

*„Die **Verwendung** einer Kaufsache oder eines von dem Besteller erstellten Werkes liegt grundsätzlich **im Belieben des Käufers** oder Bestellers. Auch wenn sich ein Kauf aus der Sicht des Käufers als Fehler erweist und er den Kaufgegenstand nicht mehr nutzen will oder kann, ändert dies nichts an der Lieferverpflichtung des Verkäufers, wenn er Anspruch auf die Gegenleistung erhebt. **Die weggefallene Absicht der Verwendung lässt die Lieferpflicht nicht entfallen.** Es kann auch in diesem Falle nicht in das Belieben des Verkäufers gestellt werden, ob oder was er liefern will. Verlangt der Verkäufer entsprechend seinen vertraglichen Rechten Bezahlung Zug-um-Zug gegen Lieferung der verkauften Sache, hat er für seine Lieferfähigkeit Sorge zu tragen. Dem Käufer steht, **auch wenn er die Sache selbst nicht mehr nutzen will**, gleichwohl das Recht zu, diese auf Mängel zu untersuchen und gegebenenfalls Gewährleistungsansprüche geltend zu machen. Andernfalls würde es dem Verkäufer ermöglicht, den vollen Kaufpreis zu beanspruchen, obwohl er seinerseits zur Erbringung einer vertragsgemäßen Leistung außerstande ist.“* (BGH aaO)

Die Ablehnung der Annahme ist daher nicht rechtsmissbräuchlich.

2. Annahmeverzug

Da der Annahmeverzug sich nicht mit der Rechtsmissbräuchlichkeit der Annahmablehnung begründen lässt, ist für die Begründetheit der Klage entscheidend, ob die vom Kläger angebotene Version von der Beklagten im Wege der Zug-um-Zug Vollstreckung als erfüllungsg geeignet akzeptiert werden muss.

*„Im Grundsatz geht das Berufungsgericht wiederum zutreffend davon aus, dass im Rahmen einer Zug-um-Zug Vollstreckung die **Leistung** vom Gläubiger grundsätzlich **so angeboten** werden muss, **wie sie im Vollstreckungstitel beschrieben** ist (BGH, Beschl. v. 7. Juli 2005 - I ZB 7/05, WM 2005, 1954, 1955; Musielak/Lackmann, aaO § 756 Rn. 4).*

Ein solches Angebot konnte nicht erfolgen, weil nach den tatsächlichen Feststellungen des Berufungsgerichts die vom Kläger zur Übergabe an die Beklagte zur Verfügung gestellte Version mit der in dem vollstreckbaren Urteil bezeichneten Version nicht identisch ist.

Zutreffend ist auch die Annahme des Berufungsgerichts, die vom Kläger **angebotene Version 1.5** habe von der Beklagten im Sinne des zu vollstreckenden Titels als **erfüllungsg geeignet** akzeptiert werden müssen, wenn diese Version **unter funktionalen Aspekten tatsächlich gleich oder höherwertig** ist und gegenüber der geschuldeten Version keinerlei andere Nachteile, etwa die Systemumgebung betreffend, aufweist. Dies ergibt sich aus dem auch im Vollstreckungsverfahren herrschenden Verbot rechtsmissbräuchlichen Handelns.

Das Berufungsgericht hat die erforderliche Gleich- oder Höherwertigkeit bei gleichzeitigem Fehlen von Nachteilen für die Beklagte nicht festgestellt, sondern offen gelassen. Die erforderlichen Feststellungen werden nunmehr nachzuholen sein.“ (BGH aaO)

gerichtliche Hinweispflicht
Änderung des rechtlichen Gesichtspunkts
 (BGH in NJW 2011, 1301; Beschluss vom 12.01.2011 – 582/10)

Der **Austausch der Bezugstat bei Verdeckungsmord** erfordert einen **gerichtlichen Hinweis**.

Fall: Der Angekl. war Hausmeister in einer Wohnanlage, in der auch das spätere Opfer, Frau K, wohnte. Er kümmerte sich um die 87-jährige Dame und hatte eine Vollmacht für ihre Konten. Insgesamt hob er über 50.000 € von einem Konto des Opfers ab und vereinnahmte die Gelder zu einem überwiegenden Teil für sich selbst. Darüber hinaus nahm er Schmuck und zwei Pelzmäntel an sich. Am 23.10.2008 entnahm er aus einer Geldkassette des Opfers einen Betrag von 8000 Euro, den er zur Begleichung eigener Schulden verwendete. Am 28.10.2008 kam es deswegen in der Wohnung des Opfers zu einer streitigen Auseinandersetzung, in deren Verlauf der Angekl. Frau K mit einem stumpfen Gegenstand zweimal von hinten auf den Kopf schlug oder sie mit dem Kopf gegen einen Gegenstand stieß. Aus Angst vor weiteren Konsequenzen entschloss er sich, das vorangegangene Geschehen zu verdecken, indem er sie tötete und dies als Unfall durch einen Sturz in die Badewanne erscheinen ließ. Er verbrachte Frau K in die Badewanne, ließ Wasser einlaufen und drückte ihren Kopf so lange unter Wasser, bis sie ertrunken war.

Der Schuldvorwurf der Anklage lautet, der Angekl. habe eine fremde bewegliche Sache, die ihm anvertraut war, sich oder einem Dritten rechtswidrig zugeeignet und durch eine weitere Handlung aus Habgier, heimtückisch einen anderen Menschen getötet, um eine (andere) Straftat zu verdecken; strafbar als veruntreuende Unterschlagung in Tateinheit mit Mord (mit den drei angeführten Mordmerkmalen). In der Anklageschrift wird weiter ausgeführt, dass auch der Tatbestand „des Verdeckens einer Straftat“ vorliegt, da es dem Angekl. darauf ankam, zu verhindern, dass er wegen der von ihm vorangegangenen Unterschlagung von 8000 € strafrechtlich belangt wird; aus diesem Grund habe der Angesch. sein Tötungsdelikt als Unfall getarnt, damit keine Nachforschungen nach dem Verbleib des Vermögens von Frau K angestellt werden.

Das LG hat das Mordmerkmal „zur Verdeckung einer (anderen) Straftat“ bejaht, weil es dem Angekl. darauf angekommen sei, die vorangegangene Körperverletzung, bei der er Frau K zwei Hämatome am Kopf beigebracht hatte, durch ein vorgetäushtes Unfallgeschehen zu verdecken. Er habe damit vermeiden wollen, dass Frau K wegen der vorangegangenen Körperverletzung Anzeige erstatten und er strafrechtlich verfolgt würde. Das Vorliegen des Mordmerkmals Heimtücke wurde verneint, das Mordmerkmal Habgier wurde nicht erörtert.

Da das Gericht die Verurteilung des Angekl. auf eine – gegenüber der Anklage – jedenfalls in tatsächlicher Hinsicht veränderte Grundlage gestützt hat, ohne dass ihm zuvor ein entsprechender Hinweis erteilt worden sei, stellt sich die **Frage, ob** damit ein **Verstoß gegen die gerichtliche Hinweispflicht des § 265 I, IV StPO** gegeben ist.

I. Der **Verurteilung wegen Verdeckungsmord** liegt ein Tatbild zu Grunde, das von demjenigen der Anklage wesentlich abweicht, wenn auch die Nämlichkeit der Tat (§ 264 StPO) gewahrt ist. Die – trotz der Formulierung „wegen Totschlags“ im Eröffnungsbeschluss – unverändert zugelassene Anklage hatte dem Angekl. zur Last gelegt, er habe eine fremde bewegliche Sache, die ihm anvertraut war, sich oder einem Dritten rechtswidrig zugeeignet und durch eine weitere Handlung aus Habgier, heimtückisch einen anderen Menschen getötet, um eine (andere) Straftat zu verdecken; strafbar als veruntreuende Unterschlagung in Tateinheit mit Mord (mit den drei angeführten Mordmerkmalen).

Das angefochtene Urteil dagegen gründet den Schuldvorwurf darauf, dass der Angekl. eine vorausgegangene Körperverletzung verdecken wollte. Das LG hat damit die „andere Straftat“ (**Bezugstat**) in § 211 II StGB bei der **Verdeckungsabsicht ausgetauscht**.

II. Dieser **Austausch der Bezugstat bei einem Verdeckungsmord** bedurfte jedoch einen **gerichtlichen Hinweis nach § 265 StPO**.

1. In der **Rspr. des BGH** ist anerkannt, dass das Gericht, wenn es den Schuldspruch innerhalb des Rahmens der angeklagten Tat (§ 264 StPO) auf einen gegenüber der Anklage im Tatsächlichen wesentlich veränderten Sachverhalt stützen will, dem Angekl., um ihn vor einer Überraschungsentscheidung zu schützen, zuvor grds. einen entsprechenden Hinweis erteilen muss (vgl. u. a. BGH StV 1991, 502 m. w. Nachw.; zur Entwicklung dieser Rspr. vor 1988 vgl. Niemöller, Die Hinweispflicht des Tatrichters, 1988, S. 23 ff., 26 ff. m. w. Nachw.). Diese **Hinweispflicht dient dem schutzwürdigen Verteidigungsinteresse des Angekl.** und gilt auch und gerade für wesentliche Verände-

rungen des dem gesetzlichen Straftatbestand zugeordneten Tatverhaltens (vgl. u. a. BGH NStZ 1991, 550 m. w. Nachw.).

2. Die **Abweichung in der Beschreibung des Tatverhaltens**, das zur Ausfüllung des gesetzlichen Straftatbestands gedient hat, **war** bei der vorliegenden Fallgestaltung **wesentlich**.

„Das Verhalten des Angekl., in dem die „andere Straftat“ i. S. des § 211 II StGB gesehen wurde, unterschied sich schon zeitlich erheblich von demjenigen, das die Anklage für tatbestandsmäßig hielt, und inhaltlich wurde ein Vermögensdelikt durch ein Körperverletzungsdelikt ersetzt.“ (BGH aaO)

3. Während die **frühere Rspr.** vereinzelt die Hinweispflicht nach § 265 StPO noch restriktiv annahm (vgl. z. B. BGH NJW 1955, 1040; auch BGH NJW 1976, 977), wurde bald erkannt, dass der gebotene Schutz des Angekl. vor Überraschungsentscheidungen eine umfassende Hinweispflicht erfordert.

Soweit der **BGH** seinerzeit (BeckRS 2011, 4217) einen Verstoß gegen § 265 I StPO verneint hat, wenn die Verurteilung bei gleich bleibendem Strafgesetz nur auf zum Teil andere Tatsachen gegründet wird, hat er einen Verfahrensfehler nur deshalb verneint, „da der Angekl. durch den Gang der Hauptverhandlung über die Veränderung der Sachlage unterrichtet worden ist“.

4. Der **erkennende Senat** hingegen hat bereits in einer Entscheidung aus dem Jahre 1962 (BeckRS 2011, 4218) bei einem Hinweis auf das Mordmerkmal zur Verdeckung einer anderen Straftat die Klarstellung gefordert, „welche andere Straftat der Angekl. nach der Meinung des Gerichts hätte verdecken können“.

Zutreffend hat der BGH (BeckRS 2011, 4219) im Fall der Verurteilung wegen Vollrauschs einen Hinweis nach § 265 StPO selbst dann gefordert, wenn die Rauschtat lediglich als Bedingung der Strafbarkeit rechtlich anders beurteilt werden soll.

Dies legt nahe, dass ein **Hinweis erst recht geboten ist, wenn die Rauschtat vollständig ausgetauscht wird**: So hat der BGH zu Recht bei einer Verurteilung wegen Vereitelns der Zwangsvollstreckung einen Verstoß gegen § 265 IV StPO darin gesehen, dass der Angekl. nicht darauf hingewiesen wurde, dass eine andere Forderung bei § 288 StGB zu Grunde gelegt wurde; der Austausch einer Forderung, deren Durchsetzung der Angekl. vereitelt haben soll, erfordert einen gerichtlichen Hinweis (BGH StV 1990, 249).

*„Gerade wenn es st. Rspr. entspricht, dass ein richterlicher Hinweis nach § 265 StPO gewissen Mindestanforderungen entsprechen muss, wozu auch die Angabe gehört, durch welche Tatsachen das Gericht die gesetzlichen Merkmale als erfüllt ansieht (vgl. hierzu u. a. BGH BeckRS 2007, 2046; BGH NStZ 2007, 116; BGH NStZ 2005, 111 m. w. Nachw.; BGH NStZ 1993, 200 m. w. Nachw.), liegt es nahe, überhaupt einen entsprechenden Hinweis zu verlangen, wenn – wie hier – das **Tatverhalten, das zur Ausfüllung des gesetzlichen Straftatbestands dient, wesentlich von dem Anklagevorwurf abweicht**. Denn Zweck des § 265 StPO ist es, dem Angekl. Gelegenheit zu geben, sich gegenüber dem neuen Vorwurf zu verteidigen, und ihn vor Überraschungen zu schützen (vgl. u. a. BGH NStZ 1996, 39).“ (BGH aaO)*

VwGO
§ 162 III**Erstattungsfähigkeit der Kosten des Beigeladenen
nur bei eigener Antragstellung**

VwGO

(VGH Mannheim, DÖV 2011, 372; Beschluss vom 20.01.2011 - 8 S 2567/10)

1. Die Auferlegung von **Kosten eines Beigeladenen** entspricht im Regelfall nur dann der Billigkeit nach § 162 III VwGO, wenn er i. S. des § 154 III VwGO einen **Antrag gestellt** oder das **Verfahren wesentlich gefördert** hat.
2. Für einen **notwendig Beigeladenen** gilt grundsätzlich nichts Anderes, auch nicht im Bau-nachbarstreit.

A. Exkurs: Die Beiladung im Verwaltungsprozess**I. notwendige Beiladung, § 65 II VwGO**

Sind an dem streitigen Rechtsverhältnis Dritte derart beteiligt, dass die Entscheidung auch ihnen gegenüber nur einheitlich ergehen kann, so sind sie nach § 65 II VwGO beizuladen.

1. notwendige Beiladung bei Anfechtungsklage**a) Beiladung des begünstigten Adressaten bei Drittanfechtung**

Eine notwendige Beiladung liegt in allen Fällen von **Drittanfechtungsklage** vor, in welchen sich ein Nichtadressat von einem den Adressaten begünstigenden Verwaltungsakt belastet fühlt und diesen daher angreift (z.B. Baunachbarstreit, Klage gegen Gaststättenerlaubnis). Bei einem Obsiegen müsste dem Begünstigten zwingend die Begünstigung entzogen werden, so dass die Entscheidung nur einheitlich ergehen kann. Denn das Urteil, das der Dritte bei Erfolg seiner Anfechtungsklage erstreitet, ist ein Gestaltungsurteil und entfaltet rechtsgestaltende Wirkung gerade auch gegenüber dem Genehmigungsinhaber, mag er am Prozess beteiligt worden sein oder nicht (vgl. Schoch/Schmidt-Aßmann/Pietzner-Bier, VwGO, § 65 Rn. 19).

b) Beiladung eines begünstigten Dritten bei Belastung des Adressaten

Aber auch Nichtadressaten kommen als notwendig Beizuladende in Betracht, auch wenn die Abgrenzung hier deutlich schwieriger wird. Die Frage nach einer notwendigen Beiladung stellt sich insbesondere, wenn ein Dritter bei der Behörde eine den Adressaten belastende Regelung anregt, die dann erlassen und vom Adressaten angefochten wird (z.B. Beantragung einer nachträglichen, belastenden Entscheidung zu einer Begünstigung wie immissionsschutzrechtliche Auflagen oder Sperrzeitverlängerung).

aa) Dritter ist auch Adressat

Ist der angefochtene Verwaltungsakt gem. 13 I Nr. 2 VwVfG (auch) an den Dritten gerichtet, schlägt sich diese Drittbezogenheit zwangsläufig in dem prozessualen Anspruch des Klägers, mithin im Streitgegenstand des Anfechtungsprozesses nieder; sie nötigt dann dazu, den Dritten entsprechend den oben angestellten Erwägungen als Adressaten auch der gerichtlichen Entscheidung anzusehen, was seine Beiladung bedingt (vgl. Schoch/Schmidt-Aßmann/Pietzner-Bier, VwGO, § 65 Rn. 20).

bb) Dritter ist nicht Adressat

Ist der Dritte dagegen nicht Adressat des angefochtenen Verwaltungsaktes, wird er auch von der gerichtlichen Entscheidung nicht unmittelbar betroffen. Seine **Interessen** mögen dann im Sinne von § 65 I VwGO **berührt** sein, ein Fall notwendiger Beiladung nach § 65 II VwGO liegt aber nicht vor, weil die angefochtene Regelung unabhängig davon rechtmäßig oder rechtswidrig sein kann, ob Rechte des Dritten betroffen sind oder nicht.

Ob die Behörde den Dritten zum Bescheid-Adressaten gemacht hat oder nicht, ist eine Frage der **Auslegung des Bescheides**, und zwar vorrangig des „Spruchs“, also des Bescheid-Tenors. Dabei kommt der Frage, ob der Dritte ein **subjektiv-öffentliches Recht auf den angefochtenen Verwaltungsakt** hat, allenfalls indizielle, aber keine letztlich ausschlaggebende Bedeutung zu (vgl. Schoch/Schmidt-Aßmann/Pietzner-Bier, VwGO, § 65 Rn. 20).

2. notwendige Beiladung bei Verpflichtungsklage

Immer dann, wenn **Streitgegenstand** das Begehren des Klägers ist, den Beklagten zum Erlass eines **an einen bestimmten Dritten zu richtenden belastenden Verwaltungsaktes** zu verpflichten, muss dieser beigeladen werden. Notwendig beizuladen ist ein Dritter ferner dann, wenn der erstrebte Verwaltungsakt „janusköpfig“ ist, also zugleich den Kläger begünstigt und den Dritten belastet. Der Grund für diese Notwendigkeit liegt wiederum in der (hier freilich erst erstrebten) Adressateneigenschaft des Dritten (vgl. Schoch/Schmidt-Aßmann/Pietzner-Bier, VwGO, § 65 Rn. 22).

Die Beiladung eines Dritten ist im Verfahren der Verpflichtungsklage zudem dann notwendig, wenn sie auf den Erlass eines „**mehrstufigen**“ **Verwaltungsakts**“ gerichtet ist. Ein solcher liegt vor, wenn die zuständige Behörde die Entscheidung auf Grund einer besonderen gesetzlichen Vorschrift nur im **Einvernehmen**, mit **Zustimmung** o.ä. der Behörde eines anderen, insoweit **selbständigen Rechtsträgers** erlassen darf. In solchen Fällen ist auch der andere Rechtsträger (oder, sofern das Landesrecht dies gem. § 61 Nr. 3 VwGO bestimmt, dessen Behörde selbst) beizuladen (z.B. Herstellung des gemeindlichen Einvernehmens nach § 36 I 1 BauGB; vgl. Schoch/Schmidt-Aßmann/Pietzner-Bier, VwGO, § 65 Rn. 23).

Wäre der Dritte **nicht Adressat** des mit der Verpflichtungsklage begehrten Verwaltungsaktes, so ist er auf ihm zustehende Möglichkeit der Anfechtung verwiesen; es liegt **kein Fall notwendiger Beiladung** vor (z.B. keine Beiladung der Anwohner vor Erteilung einer Gaststättenerlaubnis)

3. notwendige Beiladung bei sonstigen Klagen

Auch für **allgemeine Leistungs- und Feststellungsklagen** bildet die – im obigen Sinne verstandene – Adressateneigenschaft des Dritten ein brauchbares Kriterium dafür, ob seine Beiladung notwendig ist.

Bei der **Feststellungsklage** ist ein Dritter notwendig beizuladen, wenn er an dem Rechtsverhältnis, um dessen Feststellung gestritten wird, unmittelbar beteiligt ist. Ohne seine Beiladung steht das Feststellungsurteil nämlich unter dem faktischen Vorbehalt, dass es in einem späteren Prozess des Dritten inhaltlich bestätigt wird. Es kann daher keinen Rechtsfrieden schaffen und widerspricht der Prozessökonomie (vgl. Schoch/Schmidt-Aßmann/Pietzner-Bier, VwGO, § 65 Rn. 26).

II. einfache Beiladung, § 65 I VwGO

Liegen die Voraussetzungen des § 65 II VwGO für eine notwendige Beiladung nicht vor, kann das Gericht, solange das Verfahren noch nicht rechtskräftig abgeschlossen oder in höherer Instanz anhängig ist, von Amts wegen oder auf Antrag andere, deren rechtliche Interessen durch die Entscheidung berührt werden, beiladen.

1. rechtliche Interessen

Es kommen nur rechtliche Interessen in Betracht. Unter den Begriff der „rechtlichen“ Interessen fallen rein ideelle, soziale, wirtschaftliche, kulturelle oder bloße Verwaltungsinteressen nicht. Unerheblich ist aber, ob die berührte Rechtsposition **öffentlich-rechtlicher** oder **privatrechtlicher** Natur ist. (vgl. Schoch/Schmidt-Aßmann/Pietzner-Bier, VwGO, § 65 Rn. 11).

2. Berührung durch die Entscheidung

Es genügt, **dass die Entscheidung auf die rechtlichen Interessen einwirken kann**, wenn also im Zeitpunkt der Beiladung die **Möglichkeit besteht**, dass das Obsiegen des Klägers oder des Beklagten seine **Rechtsposition verbessern oder verschlechtern wird**. Die bloße Möglichkeit, künftig eine Rechtsposition zu erlangen, die ihrerseits durch den Prozessausgang beeinflusst werden könnte, reicht allerdings nicht ((vgl. Schoch/Schmidt-Aßmann/Pietzner-Bier, VwGO, § 65 Rn. 12).

B. Erstattungsfähigkeit der Kosten des Beigeladenen (VGH Mannheim in DÖV 2011, 372)

Fall: Der Ast. legte Widerspruch gegen eine dem Beigeladenen erteilte Baugenehmigung zur Errichtung einer Grenzgarage mit der Begründung ein, es handele sich in Wahrheit um eine Werkstatt. Zudem beantragte er beim zuständigen Verwaltungsgericht die Anordnung der aufschiebenden Wirkung seines Widerspruchs nach § 80a III, II Nr. 2 VwGO. Der Beigeladene beantragte mit entsprechender Begründung, den Antrag zurückzuweisen. Gegen die ablehnende Entscheidung des VG legte der Ast. ohne Erfolg Beschwerde ein. Wer trägt die außergerichtlichen Kosten des Beigeladenen?

Der Antragsteller trägt als Beschwerdeführer die Kosten der ohne Erfolg eingelegten Beschwerde (§ 154 II VwGO). Die außergerichtlichen Kosten des Beigeladenen sind nach § 162 III 3 VwGO nur erstattungsfähig, wenn sie das Gericht aus Billigkeit der unterliegenden Partei oder der Staatskasse auferlegt.

*„Der Billigkeit entspricht die Auferlegung von Kosten eines Beigeladenen im Regelfall nur dann, wenn er i. S. des § 154 III VwGO einen **Antrag gestellt** oder das **Verfahren wesentlich gefördert hat**.“* (VGH Mannheim, aaO)

Dies gilt vor dem Hintergrund, dass der Beigeladene auch nur in einem solchen Fall ein **eigenes Kostenrisiko übernimmt**, so dass eine Kostenerstattung angezeigt ist. Fraglich ist jedoch, ob nicht im Baunachbarstreit deshalb etwas anderes geltend muss, weil es sich um einen Fall notwendiger Beiladung handelt, bei dem der Beigeladene stets ein Risiko, insbesondere das der Aufhebung seiner Baugenehmigung trägt. In seiner früheren Rechtsprechung hatte der VGH Mannheim die Erstattungsfähigkeit der außergerichtlichen Kosten des Beigeladenen stets angenommen, ohne dass es auf die Voraussetzungen des § 154 III VwGO ankommen sollte. Von der Rechtsprechung hat der VGH Mannheim sich nunmehr abgewendet.

*„Für einen notwendig Beigeladenen gilt grundsätzlich **nichts Anderes**, auch nicht im **Baunachbarstreit**. Das folgt aus dem systematischen Zusammenhang des § 162 Abs. 3 VwGO mit § 154 III VwGO (vgl. BVerwG, Beschluss vom 13.01.1987 - 6 C 55.83 - Buchholz 310 § 162 VwGO Nr. 21) und allgemeinen Grundsätzen des Kostenrechts, die sich am Maß der Beteiligung orientieren (Olbertz in Schoch/Schmidt-Aßmann/Pietzner, VwGO, Kommentar, § 162 Rn. 92, 93 m. w. N. aus Rspr. und Lit.).“*

§ 162 III VwGO **unterscheidet** zudem **nicht zwischen einfacher und notwendiger Beiladung**. Auch stellen weder diese Vorschrift noch § 154 III VwGO auf die materiell-rechtliche Betroffenheit oder die Zwangsläufigkeit der prozessualen Beteiligung des Beigeladenen ab; vielmehr knüpft § 154 III VwGO an das **konkrete prozessuale Verhalten des Beigeladenen** an (vgl. Olbertz, a. a. O. Rn. 96 m. w. N.). Demzufolge können die Gesichtspunkte, dass der Bauherr im Anfechtungsprozess eines Nachbarn zwangsläufig in eine gerichtliche Auseinandersetzung über die ihm erteilte Baugenehmigung gezogen wird und dass es sich dabei **„im Grunde“ nur um eine Streitigkeit zwischen ihm und dem Nachbarn handelt** (vgl. Senatsbeschluss vom 01.09.1997, aaO; im Anschluss ebenso bei notwendig beigeladenen Asylbewerbern BayVG, Beschluss vom 08.11.1999 - 27 ZB 99.32026 - NVwZ-RR 2000, 333 jeweils m. w. N.), für sich genommen **keine Billigkeitsentscheidung nach § 162 III VwGO rechtfertigen**. Abgesehen davon stellen sie auch keine Besonderheit gerade des Baunachbarstreits dar.

Allerdings setzt eine Billigkeitsentscheidung einen Sachantrag i. S. des § 154 III VwGO auch nicht voraus (Schmidt in Eyermann, VwGO, 13. Auflage § 162 Rn. 17 m. w. N.). Sie kommt auch ohne solchen Antrag in Betracht, etwa wenn der Beigeladene das Verfahren wesentlich gefördert hat oder ein anderer Billigkeitsgrund vorliegt (vgl. Olbertz, a. a. O. Rn. 93 und 95 ff. m. w. N.). Umgekehrt kann sie trotz eigener Antragstellung auch auscheiden, etwa bei **unnötiger vorbeugender Rechtsverteidigung** (vgl. BVerwG, Beschlüsse vom 07.06.1995 - 4 B 126.95 - NJW 1995, 2867 und vom 31.10.2000 - 4 KSt 2.00, 4 B 65.00 - NVwZ-RR 2001, 276), wenn in einem **Schriftsatz ohne Begründung** nur die Zurückweisung des Rechtsmittels beantragt wird (vgl. BVerwG, Beschluss vom 17.02.1993 - 4 C 16.92 - juris) oder wenn mit einem Sachantrag **ausnahmsweise kein Kostenrisiko** i. S. des § 154 Abs. 3 VwGO einhergeht (vgl. BayVG, Beschluss vom 11.10.2001 - 8 ZB 01.1789 - NVwZ-RR 2002, 786).“ (VGH Mannheim, aaO)

Ausgehend davon ist hier eine Billigkeitsentscheidung i. S. des § 162 III VwGO gerechtfertigt, weil der Beigeladene mit seinem - näher begründeten -Antrag auf Zurückweisung der Beschwerde ein Kostenrisiko i. S. des § 154 III VwGO übernommen hat und kein Sachverhalt vorliegt, der einer Billigkeitsentscheidung gleichwohl entgegensteht.

(OVG Münster in ZfBR 2011, 288; Urteil vom 21. Dez. 2010 - 4 B 1426/10)

1. Ein Ersuchen i. S. d. § 36 II 2 HS 1 BauGB muss in Anbetracht der weit reichenden Folgen der Einvernehmensfiktion aus Gründen der Rechtssicherheit **eindeutig als solches formuliert** sein; die Gemeinde muss erkennen können, dass und in welcher Hinsicht die Frist des § 36 II 2 Satz 2 BauGB ausgelöst wird. Die Verwendung des Wortes „Ersuchen“ ist jedoch nicht erforderlich. Ob eine eindeutige Formulierung vorliegt, beurteilt sich vom Empfängerhorizont.
- 3 Das Recht der Gemeinde auf Beteiligung im Genehmigungsverfahren ist mit der Obliegenheit verbunden, gegenüber der Genehmigungsbehörde auf die Vervollständigung des Genehmigungsantrages hinzuwirken. Kommt die Gemeinde dieser Mitwirkungslast nicht innerhalb von zwei Monaten nach der Einreichung des Antrags bei ihr nach, gilt ihr Einvernehmen nach § 36 II 2 HS 2 BauGB als erteilt.

Fall: Die Beigeladene beantragte bei der Antragsgegnerin die Erteilung einer Baugenehmigung zur Errichtung von 10 Windkraftanlagen. Mit Schreiben vom 22.09.2008 übermittelte die Antragsgegnerin der Antragstellerin die Antragsunterlagen „gem. §§ 36 Abs. 1 BauGB/72 Abs. 1, Satz 3 BauO NRW mit der Bitte um kurzfristige Stellungnahme“ (Hervorhebungen im Orig.). Allerdings fehlten nach Auffassung der Antragstellerin wesentliche Antragsunterlagen, auf deren Eingang sie weiterhin wartete. Mit Schreiben vom 29.09.2008 beantragte die Antragstellerin jedoch die Zurückstellung der Entscheidung über das Baugesuch bei der Antragsgegnerin mit der Begründung, dass mit der Genehmigung der von der Beigeladenen geplanten Windkraftanlagen die Durchführung der 77. Änderung des Flächennutzungsplanes zur Ausweisung von Windvorranggebieten unmöglich gemacht bzw. wesentlich erschwert werden würde. Diesen Antrag wurde mit Bescheid vom 05.03.2009 für die Dauer von neun Monaten – bis zum 09.12.2009 – stattgegeben. Die Hiergegen hat die Antragstellerin Klage erhoben. Sie ist der Auffassung, dass das erforderliche Einvernehmen nicht hergestellt worden sein. Das Schreiben vom 22.09.2008 haben die Einvernehmensfrist des § 36 II 2 BauGB nicht ausgelöst, da wesentliche Unterlagen gefehlt hätten. Zudem habe Sie am 29.09.2008 die Zurückstellung beantragt und damit ihren Standpunkt hinreichend deutlich gemacht.

Wurde das Beteiligungserfordernis des § 36 BauGB verletzt?

Nach § 36 II 2 BauGB hat die Gemeinde nach Eingang des Ersuchens eine Frist von 2 Monaten zur Prüfung der Erteilung des Einvernehmens. Hat sie ihr Einvernehmen binnen dieser Frist weder erteilt noch verweigert, wird ihr Einvernehmen fingiert.

I. Beginn der Einvernehmensfrist des § 36 II 2 BauGB

Es kommt also zunächst darauf an, ob und wann dieser Einvernehmensfrist in Gang gesetzt wurde. Dies könnte schon durch das Schreiben vom 22.09.2008 erfolgt sein.

1. Erkennbarkeit des Schreibens als Einvernehmensersuchen

Fraglich ist zunächst, ob das Schreiben vom 22.09.2008 für die Antragstellerin hinreichend deutlich als Ersuchen um Erteilung des Einvernehmens zu dem in Bezug genommenen Bauantrag ausgelegt werden kann.

*„Ein Ersuchen i. S. d. § 36 II 2 HS 1 BauGB muss in Anbetracht der weit reichenden Folgen der Einvernehmensfiktion aus Gründen der Rechtssicherheit **eindeutig als solches formuliert** sein; die Gemeinde muss erkennen können, dass und in welcher Hinsicht die Frist des § 36 II 2 Satz 2 BauGB ausgelöst wird (OVG NRW, Ur. v. 30. 7. 2009 – 8 A 2358/08 –, S. 18 f. m. w. N.). Geht man vom insoweit maßgeblichen **Empfängerhorizont** aus, konnte die Antragstellerin das Schreiben, mit dem der Antragsgegner ihr ein Exemplar der Antragsunterlagen „gem. §§ 36 I BauGB/72 I 3 BauO NRW mit der **Bitte um kurzfristige Stellungnahme**“ übersandt hat, nur als ein die Frist des § 36 II 2 HS. 1 BauGB auslösendes „Ersuchen“ i.S.d. Vorschrift ansehen.*

*Dabei kann offen bleiben, ob der Wortlaut des Schreibens für sich genommen hinreichend klar ist. Für ein „Ersuchen“ spricht insbesondere, dass das Aufforderungsschreiben auf die **das gemeindliche Einvernehmen regelnde Vorschrift** des § 36 I BauGB **ausdrücklich Bezug** nimmt. Dass das Schreiben nicht auf die Zwei-Monats-Frist des § 36 II 2 BauGB und die damit verbundene Fiktionswirkung hinweist, ist kein Indiz gegen ein Ersuchen im Sinne des § 36 II 2 HS. 1 BauGB; denn eine derartige **Belehrung schreibt das Gesetz nicht zwingend** vor.“ (OVG Münster aaO)*

Allerdings könnte die Formulierung „Bitte um kurzfristige Stellungnahme“ missverständlich sein. Insbesondere könnte die Formulierung „kurzfristig“ irritierend sein, weil der

Gemeinde eine Frist von zwei Monaten zur Verfügung steht, um ihr Einvernehmen zu verweigern.

„Da die Genehmigungsbehörde jedoch zugleich auf § 36 BauGB hingewiesen hat, konnte die Antragstellerin die Bitte um eine „kurzfristige“ **Stellungnahme** nur als Aufforderung verstehen, die **zwei-monatige Frist möglichst nicht auszunutzen**, sondern früher Stellung zu nehmen.

Dieses Verständnis drängt sich umso eher auf, als die Genehmigungsbehörde gehalten ist, sich gerade bei komplexen Verfahren um eine **Verfahrensbeschleunigung** zu bemühen. In diesem Sinne hat hier die Genehmigungsbehörde in Anlehnung an den (allerdings im immissionschutzrechtlichen Verfahren gemäß § 13 BImSchG nicht anwendbaren) § 72 I BauO NRW die Vollständigkeit der Unterlagen kurzfristig nach Eingang des Genehmigungsantrages geprüft und die Genehmigungsunterlagen nach Abschluss dieser Prüfung an die Antragstellerin weitergeleitet.

Jedenfalls aber konnte die Antragstellerin im vorliegenden Fall das fragliche Schreiben des Antragsgegners nur als „Ersuchen“ i. S. d. § 36 I 1 BauGB verstehen. Der Antragsgegner hat unter Vorlage entsprechender Unterlagen im Beschwerdeverfahren dargelegt, dass die Antragstellerin in der **Vergangenheit wiederholt gleichlautende Schreiben** des Antragsgegners als „Ersuchen“ im Sinne des § 36 Abs. 1 Satz 1 BauGB verstanden und innerhalb der Zwei-Monats-Frist ihr Einvernehmen erteilt bzw. verweigert hat. Angesichts dessen konnte die Antragstellerin auch hier das wortgleiche Schreiben nicht anders verstehen.

Insofern genügt es nicht, dass die Antragstellerin nunmehr behauptet, sie habe jedenfalls **dieses Schreiben – anders als andere – nicht als Ersuchen verstanden**; dies zeige sich schon daran, dass sie die politischen Gremien nicht beteiligt habe, um einen Beschluss über das gemeindliche Einvernehmen herbeizuführen. Wie bereits ausgeführt, kommt es – ausgehend vom Empfängerhorizont – allein darauf an, wie die Antragstellerin das Schreiben **verstehen musste, nicht** wie sie es im Nachhinein betrachtet **verstanden haben will.**“ (OVG Münster, aaO)

Ein „Ersuchen“ um die Erteilung des Einvernehmens liegt daher vor.

2. Fehlen von Unterlagen

Der Einvernehmensfiktion könnte jedoch entgegenstehen, dass dem Ersuchen nach Auffassung der Antragstellerin maßgebliche Unterlagen zur Bewertung der rechtlichen Zulässigkeit fehlten.

„Das **Vorliegen vollständiger Unterlagen** ist grundsätzlich **Voraussetzung** für den Fristbeginn. Denn § 36 II 2 BauGB will der Gemeinde eine Entscheidung über ihr Einvernehmen auf der Grundlage in planungsrechtlicher Hinsicht vollständiger Antragsunterlagen (Bauvorlagen) ermöglichen (BVerwG, Urt. v. 16.09.2004 – 4 C 7.03 –, BVerwGE 122, 13 = juris). Es kann im vorliegenden Verfahren offen bleiben, ob die von der Antragstellerin im Einzelnen benannten Unterlagen für eine planungsrechtliche Beurteilung erforderlich waren und nach welchen Maßstäben dies zu entscheiden ist (vgl. hierzu näher BVerwG, Urt. v. 16.09.2004 – 4 C 7.03 –, aaO.). Denn das Recht auf Beteiligung im Genehmigungsverfahren, das der Gesetzgeber der Gemeinde zum Schutz ihrer Planungshoheit einräumt, ist mit der **Obliegenheit** verbunden, im Rahmen der Möglichkeiten, die ihr das Landesrecht eröffnet, gegenüber der Genehmigungsbehörde auf die **Vervollständigung des Genehmigungsantrages hinzuwirken**.

Kommt die Gemeinde dieser **Mitwirkungslast nicht** innerhalb von zwei Monaten nach der Einreichung des Antrags bei ihr **nach**, gilt ihr **Einvernehmen nach § 36 II 2 BauGB als erteilt** (BVerwG, Urt. v. 16.09.2004 – 4 C 7.03 –, a. a. O.; OVG NRW, Urt. v. 28.11.2007 – 8 A 2325/06 –, NWVBl. 2008, 228 –, nachgehend BVerwG, Beschl. v. 11.08. 2008 – 4 B 25.08 –, NVwZ 2008, 1347).“ (OVG Münster aaO)

Die vorstehenden Grundsätze kommen auch im vorliegenden Fall zur Anwendung. Zwar war die **Unvollständigkeit der Antragsunterlagen** hier aufgrund des Besprechungstermins zwischen den Beteiligten **unstreitig**.

„Hierdurch wurde die Antragstellerin aber nicht von ihrer **Obliegenheit** befreit, die **Unvollständigkeit** der Unterlagen – unter deren genauer Bezeichnung – gegenüber dem Antragsgegner ausdrücklich **zu rügen**.

Dies folgt aus **Sinn und Zweck der Einvernehmensregelung**. Allein die Gemeinde als betroffene Gebietskörperschaft und Trägerin der Planungshoheit kann aus ihrer **Ortskenntnis** und ihrer **planerischen Sicht** feststellen, ob der Genehmigungsantrag ihr eine fundierte bauplanungsrechtliche Bewertung des Vorhabens ermöglicht oder in dieser Hinsicht **noch ergänzungsbedürftig** ist. Ebenso obliegt allein ihr die Feststellung, ob und wann ein Genehmigungsantrag in die erforderliche Beurteilungsreife „hineingewachsen“ ist. Die Entscheidung darüber kann und darf die Genehmigungsbehörde der Gemeinde nicht abnehmen (BVerwG, Urt. v. 16.09.2007 – 4 C 7.09–, BVerwGE 122, 13). So war es auch im vorliegenden Fall nicht ausgeschlossen, dass der Gemeinde die übersandten Unterlagen – auch ohne Vorliegen des unstreitig fehlenden landespflegerischen Begleitplans – zur planungsrechtlichen Beurteilung des Vorhabens genügten. Um den Lauf der Zwei-Monats-Frist zu unterbrechen, hätte sie die Unvollständigkeit des Antrags unter genauer Angabe der aus ihrer Sicht noch fehlenden Unterlagen rügen müssen. Anderenfalls würde die **Frist** in einer Weise **zur Disposition der Gemeinde** gestellt, die mit Sinn und Zweck der gesetzlichen Regelung nicht vereinbar wäre. Das Genehmigungsverfahren würde mit einer **zeitlichen Unsicherheit** belastet, die der Gesetzgeber mit Einführung der Fristenregelung in § 36 II 2 BauGB vor allem im **Interesse des Bauherrn**, aber auch im öffentlichen Interesse an der Beschleunigung der Genehmigungsverfahren, gerade vermeiden wollte. Aus diesem Grund hat das BVerwG auch bereits entschieden, dass die zwei-monatige Einvernehmensfrist durch

die Verfahrensbeteiligten nicht einvernehmlich verlängert und ein als erteilt geltendes Einvernehmen von der Gemeinde nachträglich nicht „widerrufen“ oder „zurückgenommen“ werden kann (BVerwG, Urt. v. 16. 9. 2004 – 4 C 7.03 –, aaO).“ (OVG Münster aaO)

Es besteht grundsätzlich eine Obliegenheit für die betroffene Gemeinde, die Unvollständigkeit der Antragsunterlagen zu rügen. Die in § 36 II 2 BauGB normierte zweimonatige Einvernehmensfrist begann mit Zugang des Schreibens bei der Antragstellerin zu laufen, obwohl dem ihr übersandten Antragsexemplar aus ihrer Sicht nicht alle für die planungsrechtliche Beurteilung maßgeblichen Unterlagen beigelegt waren.

II. Verweigerung des Einvernehmens wegen Zurückstellungsantrag

Die Antragstellerin könnte ihr Einvernehmen schon vor Ablauf der Frist am 22.11.2008 mit ihrem Antrag auf Zurückstellung des Baugesuches vom 29.09.2008 verweigert haben.

„Die Antragstellerin hat in diesem Antrag lediglich ausgeführt, dass mit der Genehmigung der von der Beigeladenen geplanten Windkraftanlagen die Durchführung der 77. Änderung des Flächennutzungsplanes zur Ausweisung von Windvorranggebieten unmöglich gemacht bzw. wesentlich erschwert werden würde. Anhaltspunkte dafür, dass die Antragstellerin die Windkraftanlagen der Beigeladenen auch **unabhängig von der Änderung des Flächennutzungsplans als planungsrechtlich unzulässig** und sich selbst deshalb als berechtigt ansah, ihr gemeindliches Einvernehmen gemäß § 36 II 1 BauGB zu versagen, sind dem Schreiben nicht zu entnehmen. Allein das **unzweifelhafte Interesse der Antragstellerin an einer Verhinderung des Vorhabens** der Beigeladenen rechtfertigt nicht die Annahme, dass sie mit dem Antrag auf Zurückstellung gemäß § 15 III BauGB zugleich und ohne Rücksicht auf das Vorliegen der hierfür erforderlichen tatbestandlichen Voraussetzungen des § 36 II 2 BauGB auch ihr gemeindliches Einvernehmen versagen wollte, zumal die Gemeinde zum damaligen Zeitpunkt davon ausgehen musste, dass sie für einen durch eine rechtswidrige Versagung des Einvernehmens entstehenden Schaden nach Amtshaftungsgrundsätzen (Art. 34 GG, § 839 BGB) haftet (vgl. OVG Berlin-Brandenburg, Beschl. v. 19.11.2008 – 11 S 10.08; neuerdings verneint der BGH eine Amtshaftung der Gemeinde, wenn deren Einvernehmen nach § 36 II 3 BauGB i. V. m. landesrechtlichen Vorschriften ersetzt werden kann: BGH, Urt. v. 16.09.2010 – III ZR 29/10 –, ZfBR 2011, 39).“ (OVG Münster aaO)

Im Antrag der Antragstellerin vom 29.09.2008 auf Zurückstellung gemäß § 15 III BauGB lag daher keine Versagung des Einvernehmens.

Ergebnis: Das nach § 36 I 1 BauGB für das Vorhaben der Beigeladenen erforderliche Einvernehmen der Antragstellerin gilt auf Grund der Einvernehmensfiktion gemäß § 36 II 2 BauGB als erteilt.

Kurzauslese II

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

Zweites Versäumnisurteil
Anforderungen an ordnungsgemäße Terminbestimmung
 (BGH in FamRZ 2011, 477 = NJW 2011, 928; Beschluss vom 20.12.2010 – VII ZB 72/09)

Eine **ordnungsgemäße Terminbestimmung** ist **Voraussetzung für die Säumnis** der im Termin nicht erschienenen Partei. **Fehlt es an einer solchen, darf gegen die betroffene Partei kein (zweites) Versäumnisurteil** ergehen.

„**Voraussetzung für die Säumnis** einer Prozesspartei ist die **ordnungsgemäße Bestimmung des Termins**, zu dem sie nicht erschienen ist (MüKo-ZPO/Prütting, § 330 Rn 11; Musielak/Stadler, Vorb. § 330 Rn 6 f.). Daran fehlt es, wenn das Gericht den Termin in unzulässiger Weise zu einem Zeitpunkt anberaumt hat, in dem das Verfahrensrecht eine Terminbestimmung nicht vorsieht. Die solcherart unwirksame Terminbestimmung wird nicht dadurch zulässig, dass sie in einer verkündeten Entscheidung erfolgt.

Aus § 218 ZPO, der die Entbehrlichkeit der Ladung, nicht die Wirksamkeit der Terminbestimmung betrifft, **folgt nichts anderes**. I. Ü. wäre jedenfalls eine vor der durch den Eingang des Einspruchs geschaffenen Verfahrenslage erfolgte Ladung der Parteien ebenfalls unwirksam; ihre Nichtbefolgung könnte die Säumnis der zum Termin nicht erschienenen Partei nicht begründen, § 335 I Nr. 2 ZPO. Dann aber liegt es auf der Hand, dass die Wirkungen der Verkündung einer Terminbestimmung nicht weiter reichen können als die der Ladung, die durch die Verkündung ersetzt wird.“ (BGH aaO)

Unmittelbarkeitsgrundsatz
Verwertung von Zeugenaussagen aus anderem Rechtsstreit
 (BGH in NJW-RR 2011, 568; Urteil vom 04.11.2010 – I ZR 190/08)

I. Die **Verwertung von Aussagen**, die Zeugen in einem anderen Verfahren gemacht haben, **als gerichtsbekannt verstößt gegen den zivilprozessualen Grundsatz der Unmittelbarkeit der Beweisaufnahme**.

„Der Umstand, dass den Richtern bekannt war, was die Mitarbeiter der Bekl. in einem anderen Verfahren ausgesagt hatten, ändert nichts an dem Grundsatz, dass die Beweisaufnahme nach § 355 I 1 ZPO vor dem Prozessgericht zu erfolgen hat. Die **Ergebnisse der Beweisaufnahme in einem anderen Verfahren können zwar im Wege des Urkundenbeweises verwertet werden, wenn dies von der beweispflichtigen Partei beantragt wird** (BGH NJW 2000, 1420). Einen solchen Antrag haben jedoch weder die Kl. noch die Bekl. gestellt. Die Bekl. hat vielmehr der Würdigung der Aussagen der in einem anderen Verfahren vernommenen Zeugen ausdrücklich widersprochen und geltend gemacht, entweder sei eine erneute Beweisaufnahme (Gegenüberstellung) oder eine vollkommen neue Bewertung der Bekundungen notwendig. Es kommt hinzu, dass die in einem anderen Verfahren vernommenen Zeugen in diesem Verfahren von keiner Partei als Zeugen benannt worden sind. Auch deshalb durfte das BerGer. deren Bekundungen, die sie in einem anderen Rechtsstreit gemacht haben, nicht ohne Weiteres zum Gegenstand des vorliegenden Verfahrens machen.“ (BGH aaO)

II. Zwar kann auch das Recht, einen Verstoß gegen den Grundsatz der Unmittelbarkeit der Beweisaufnahme zu rügen, nach § 295 ZPO verloren gehen (BGH NJW-RR 1997, 506 m. w. Nachw.), hier ist der Verstoß gegen § 355 ZPO jedoch erst durch das Urteil selbst offen gelegt worden. In einem solchen Fall ist kein Raum für eine Heilung des Mangels, weil die betroffene Partei keine Möglichkeit hatte, den Fehler zu rügen (BGH NJW-RR 1997, 506).

III. Die Verletzung des Grundsatzes der Unmittelbarkeit der Beweisaufnahme stellt einen **Verfahrensfehler** dar, **der – soweit er nicht geheilt worden ist – dazu führt, dass ein dadurch gewonnenes Beweisergebnis nicht verwertet werden darf** und eine darauf beruhende Entscheidung aufgehoben werden muss.

Berufungsverfahren
Zeugenvernehmung
 (BGH in NJW 2011, 1364; Beschluss vom 10.11.2010 – IV ZR 122/09)

Würdigt das Berufungsgericht die Aussage eines in erster Instanz vernommenen Zeugen anders als die Vorinstanz, ohne den Zeugen jedoch erneut zu vernehmen, so verletzt dies das rechtliche Gehör der benachteiligten Partei.

„Nach § 529 I Nr. 1 ZPO ist das **BerGer. grds. an die Tatsachenfeststellungen des ersten Rechtszugs gebunden**. Bei Zweifeln an der Richtigkeit und Vollständigkeit der entscheidungserheblichen Feststellungen ist eine **erneute Beweisaufnahme zwingend geboten**. Das **gilt insbes. für die erneute Vernehmung von Zeugen**, die grds. gem. § 398 I ZPO im Ermessen des BerGer. steht. Es ist aber verpflichtet, einen in erster Instanz vernommenen Zeugen erneut zu vernehmen, wenn es seine Glaubwürdigkeit anders als der Erstrichter beurteilen oder die protokollierte Aussage anders als die Vorinstanz verstehen oder würdigen will (BGH BeckRS 2010, 12496; BGH NJW-RR 2009, 1291; NJW-RR 2006, 267; BGHZ 158, 269 = NJW 2004, 1876; NJW 2000, 1199; NJW 1998, 2222 = NZV 1998, 281; BGHZ 119, 283 = NJW 1993, 64 = GRUR 1993, 66; jew. m. w. Nachw.). Würdigt das BerGer. eine Zeugenaussage anders als das erstinstanzliche Gericht, ohne den Zeugen erneut selbst zu vernehmen, so verletzt es das rechtliche Gehör der benachteiligten Partei (BGH BeckRS 2010, 12496; BGH NJW-RR 2009, 1291 m. w. Nachw.). Die **nochmalige Vernehmung eines Zeugen kann allenfalls dann unterbleiben, wenn sich das BerGer. auf solche Umstände stützt, die weder die Urteilsfähigkeit, das Erinnerungsvermögen oder die Wahrheitsliebe des Zeugen (d. h. seine Glaubwürdigkeit) noch die Vollständigkeit oder**

Widerspruchsfreiheit (d. h. die Glaubhaftigkeit) **seiner Aussage betreffen** (BGH NJW-RR 2009, 1291; BGH NJW 1998, 2222 = NZV 1998, 281; jew. m. w. Nachw.).“ (BGH aaO)

StPO
§§ 200, 201

Anklageschrift
erforderliche Zustellung an Angeklagten

StPO

(LG Oldenburg in NSTZ-RR 2011, 150; Beschluss vom 11.02.2011 – 1 Qs 30/11)

Auch wenn eine Anklageschrift nach Auffassung des Vorsitzenden Richters nicht den Erfordernissen des § 200 StPO entspricht, kann er die Zustellung der Anklage an den Angekl. nicht ablehnen.

„Die **Mitteilung der Anklageschrift an den Angesch. ist zwingend**. Sie ist **auch dann geboten, wenn die Anklageschrift den Anforderungen des § 200 StPO nicht genügt**. Selbst bei schwerwiegenden Mängeln kann der Vorsitzende nicht von der Mitteilung der Anklageschrift absehen (vgl. Schneider, KK-StPO, 6. Aufl., § 200 Rn 34, § 201 Rn 9; in diese Richtung auch Julius, HK-StPO, 4. Aufl., § 200 Rn 20, § 201 Rn 1; a.A. Löwe-Rosenberg, StPO, 26. Aufl., § 201 Rn 6ff.; OLG Frankfurt a.M. NSTZ-RR 2003, 146; OLG Karlsruhe Justiz 1998, 535; differenzierend Meyer-Goßner, stopp, 54. Aufl., § 200 Rn 27, § 201 Rn 1).

Dies ergibt sich aus dem **Wortlaut des § 201 I StPO**: Danach „teilt“ der Vorsitzende des Gerichts dem Angesch. die Anklageschrift mit. Die Vorschrift sieht insofern keine Ausnahmen vor. Sie räumt dem Vorsitzenden nicht das Recht ein, nach einer Vorprüfung der Anklageschrift über eine Mitteilung zu entscheiden. Dies gilt auch dann, wenn der Vorsitzende der Annahme ist, dass das Hauptverfahren nicht zu eröffnen sei (vgl. Schneider, § 201 Rn 9).

Das Gericht hat im Zwischenverfahren darüber zu entscheiden, ob das Hauptverfahren zu eröffnen ist. In diesem Rahmen hat es zu prüfen, ob das Verfahren auf Grund der von der StA erhobenen Anklage durchzuführen ist. Es kann die Eröffnung des Hauptverfahrens gem. § 204 I StPO ablehnen, wenn rechtliche oder tatsächliche Hinderungsgründe vorliegen. Eine **zusätzliche Prüfungskompetenz des Gerichts dahingehend, ob die Anklageschrift gem. § 201 I StPO mitzuteilen ist, sieht die Gesetzessystematik dagegen nicht vor**.

Auch aus dem **Zweck des § 201 I StPO** ergibt sich, dass die Mitteilung der Anklageschrift stets erforderlich ist: Bei der Vorschrift handelt es sich um eine **spezielle Ausprägung des § 33 I StPO**, nach dem eine Entscheidung des Gerichts erst nach Anhörung der Beteiligten ergeht. § 201 I StPO dient der **Gewährung rechtlichen Gehörs und sichert das in Art. 6 III EMRK niedergelegte Recht auf ein faires Verfahren** ab. Aus diesen Prozessmaximen folgt zwingend, dass ein Angeschuldigter über eine Anklageerhebung nicht in Unkenntnis gelassen werden darf. Er hat das Recht zu erfahren, welche Taten die StA ihm vorwirft (vgl. Meyer-Goßner, § 201 Rn 1; Schneider, § 201 Rn 9).“ (LG Oldenburg aaO)

StPO
§§ 203, 207

Eröffnungsbeschluss
zwingende Verfahrensvoraussetzung

StPO

(BGH in NSTZ-RR 2011, 150; Beschluss vom 11.01.2011 – 3 StR 484/10)

Die **fehlende Eröffnungsentscheidung kann nicht durch einen Übernahmebeschluss oder durch die Termins- und Ladungsverfügung ersetzt werden**, wohl aber in der Hauptverhandlung vor Vernehmung des Angekl. zur Sache nachgeholt werden; die nachträgliche Erklärung des Richters, die Eröffnung des Verfahrens beschlossen zu haben, genügt hingegen nicht.

„Ein Beschluss der StRK, durch den die Anklage zur Hauptverhandlung zugelassen und das Hauptverfahren eröffnet wurde, ist in den Akten nicht vorhanden. Die fehlende Eröffnungsentscheidung ist nicht durch den Übernahmebeschluss der Kammer oder durch die Termins- und Ladungsverfügung ersetzt worden (vgl. BGH NSTZ 1984, 520; BGH NSTZ-RR 2003, 95; OLG Zweibrücken NSTZ-RR 1998, 74f.; BayOLG NSTZ-RR 2001, 139; Schneider, KK StPO, 6. Aufl., § 207 Rn 17 m. w. Nachw.).

Zwar **enthält die StPO keine spezielle Formvorschrift für den Eröffnungsbeschluss**; dennoch bedarf es im Hinblick auf seine Bedeutung als Grundlage des Hauptverfahrens und mit Rücksicht auf die Erweislichkeit der Beschlussfassung in weiteren Verfahrensstadien regelmäßig einer schriftlichen Niederlegung der Entscheidung (BGHSt 34, 248 = NJW 1987, 2752; OLG Zweibrücken NSTZ-RR 2003, 95). Erforderlich ist dabei aus Gründen der **Rechtssicherheit**, dass das fragliche Schriftstück aus sich selbst heraus oder in Verbindung mit sonstigen Urkunden mit Sicherheit erkennen lässt, dass der zuständige Richter die Eröffnung des Hauptverfahrens tatsächlich beschlossen hat (OLG Zweibrücken NJW 2003, 95 mwN).

Dies ist vorliegend **weder bei dem Übernahmebeschluss noch bei der Termins- und Ladungsverfügung der Fall**: Eine allein vom Vorsitzenden unterzeichnete Termins- und Ladungsverfügung [dient] gem. §§ 213ff. StPO ausschließlich der ‚Vorbereitung der Hauptverhandlung‘ i.S. des dafür in der StPO besonders vorgesehenen Abschnitts. Eine Zulassung der Anklage – ggf. mit Änderungen – zur Hauptverhandlung sowie die genaue Bezeichnung des Verfahrensgegenstandes und des Gerichts, vor dem die Hauptverhandlung stattfinden soll, kann in beiden Entscheidungen nicht gesehen werden. Dass der Übernahmebeschluss nicht zugleich die (schlüssige) Eröffnung des Hauptverfahrens beinhaltet, belegt zudem die – ansonsten entbehrliche – Bestimmung des § 40 IV 2 JGG, wonach der Übernahmebeschluss der Jugendkammer mit dem Eröffnungsbeschluss zu verbinden ist (BGH NSTZ-RR 2003, 95).

Auch die **Besetzungsentscheidung nach § 76 II GVG genügt für sich nicht**: Diese ist nur ausnahmsweise, nämlich i.V. mit einem gleichzeitig ergehenden Haftbefehl, durch den die Prüfung des dringenden Tatverdachts zum Ausdruck gebracht wird, geeignet, einen ausdrücklichen Eröffnungsbeschluss zu ersetzen (vgl. BGH NSTZ-RR 1999, 13). Da der fehlende Eröffnungsbeschluss ausweislich der Sitzungsniederschriften in der Hauptverhandlung nicht nachgeholt worden ist (dazu BGHSt 29, 224 = NJW 1980, 1858; BGHSt 33, 167 = NJW 1985, 1720 = NSTZ 1985, 324) und das Verfahrenshindernis nicht durch die nachträgliche Erklärung des Richters, die Eröffnung des Verfahrens beschlossen zu haben, beseitigt werden kann (BGH DRIZ 1981, 343), ist das Urteil aufzuheben (§ 349 IV StPO) und das Verfahren gem. § 354 I StPO einzustellen (vgl. Schneider, § 206a Rn 4; Meyer-Goßner, StPO, 53. Aufl., § 206a Rn 6, jew. M. w. Nachw.).“ (BGH aaO)

StPO
§§ 267, 275, 338 Nr. 7

Formerfordernis eines schriftl. Urteils
dauerhafte Verhinderung eines Richters an Unterzeichnung
(OLG Hamm in NSTz 2011, 238; Beschluss vom 19.08.2010 – 3 RVs 69/10)

StPO

Ist die **Unterzeichnung des nach Urteilsdiktat abgefassten schriftlichen Urteilsentwurfs durch den an der Entscheidungsfindung allein beteiligten Berufsrichter dauerhaft unmöglich**, so ist dieser Umstand dem **Nichtvorhandensein der schriftlichen Urteilsgründe gleichzusetzen**.

„Das **Fehlen der Unterschrift** der im Spruchkörper allein befassten Berufsrichterin unter den nach Urteilsdiktat abgefassten schriftlichen Urteilsgründen **begründet eine auf die materielle Rüge zu beachtende Rechtsfehlerhaftigkeit**, denn in Ermangelung der Unterschrift der erkennenden und allein entscheidenden Berufsrichterin ist der Inhalt der schriftlich fixierten Urteilsgründe nicht gedeckt, so dass dem RevGer. die Überprüfung, ob das AG das sachliche Recht zutreffend angewandt hat, nicht möglich ist.

Mit den gem. §§ 267, 275 I StPO zu den Akten zu bringenden schriftlichen Urteilsgründen **bezeugen die beteiligten Berufsrichter durch die Unterschrift, dass es sich bei den schriftlich niedergelegten Gründen um die Gründe des Gerichts handelt, die in der Beratung gewonnen worden sind** (vgl. Meyer-Goßner, § 267 Rn 1 u. § 275 Rn 3; LR-Gollwitzer, § 275 Rn 4).

Der schriftliche Entwurf des Berichterstatters eines Kollegialgerichts genügt dabei ebenso wenig wie das Diktat – eines alleinigen beteiligten Berufsrichters – auf Tonträger (OLG Hamm VRS 50, S. 121; Meyer-Goßner, § 275 Rn 3), so dass vor Anbringung der letzten erforderlichen Unterschrift nur ein Urteilsentwurf vorliegt (LR-Gollwitzer § 275 Rn 4; vgl. auch BGH NJW 1976, 431).

Sind alle oder der einzige **Berufsrichter endgültig an der Unterschriftsleistung gehindert**, so ist die **vollständige Abfassung des Urteils unmöglich** (KK-Engelhardt, 6. Aufl., § 275 Rn 37).

Dies wird auch **nicht durch den mit den schriftlichen Urteils(entwurfs-)gründen versehenen Verhinderungsvermerk in Frage gestellt**: Nach der zwingenden Regelung in § 275 II 1 StPO ist das Urteil von den Richtern, die bei der Entscheidung mitgewirkt haben, zu unterschreiben. Die Zuständigkeit für die Anfertigung von Verhinderungsvermerken ergibt sich aus § 275 II 2 StPO. Danach ist der Verhinderungsfall unter Angabe des Verhinderungsgrundes von dem Vorsitzenden und bei dessen Verhinderung von dem ältesten beisitzenden Richter unter dem Urteil zu vermerken. Aus diesen gesetzlichen Bestimmungen folgt unmissverständlich, dass vertretungsweise vorgenommene Diensthandlungen im Hinblick auf die Unterzeichnung des Urteils allenfalls von berufsrichterlichen Mitgliedern des erkennenden Kollegialgerichts, nicht jedoch von allgemein nach der Geschäftsverteilung zuständigen Vertretern vorgenommen werden können. Nur erkennende (Berufs-)Richter sind berechtigt und in der Lage, durch die Unterzeichnung der Urteilsgründe das Ergebnis der Hauptverhandlung und die Beratung des Spruchkörpers zu bezeugen sowie die Identität der Tat und des Täters, über welche das Urteil befunden hat (BayObLG NJW 1967, 1578).“ (OLG Hamm aaO)

VwVfG
§ 12 I Nr. 1

Verwaltungsakt
Zustellung an Verfahrenshandlungsunfähigen
(VG Mannheim in VBIBW 2011, 160; Urteil vom 02.11.2010 – 11 S 2079/10)

VwVfG

Wurde ein **Verwaltungsakt unmittelbar einem Verfahrenshandlungsunfähigen zugestellt**, so kann **allein durch die Kenntnisnahme** des Verwaltungsakts **durch den Betreuer keine Heilung eintreten**, weil die Behörde bei der unwirksamen Zustellung gegenüber dem Betreuer i. d. R. nicht den erforderlichen Bekanntgabewillen hatte.

„Zwar kann der rechtliche Ausgangspunkt des Verwaltungsgerichts, wonach eine wegen Geschäftsunfähigkeit unwirksame Zustellung nachträglich geheilt wird, wenn der Empfänger später nach wieder hergestellter Geschäftsfähigkeit Besitz und Kenntnis von dem Bescheid erlangt, nicht infrage gestellt werden (vgl. etwa BVerwG NJW 1994, 2633).

Darum geht es hier jedoch nicht: Die Bekl. wie auch das Regierungspräsidium hatten nämlich zu keinem Zeitpunkt der Betreuerin gegenüber den **erforderlichen Bekanntgabewillen**. Dieser muss nicht nur die Bekanntgabe an sich umfassen, sondern insbesondere auch auf eine näher konkretisierte Person bezogen sein (vgl. VGH Baden-Württemberg NuR 2006, 440; Stelkens/Bonk/Sachs, VwVfG, 7. Aufl., § 41 Rn 51 und 53; GK-AsylVfG § 12 Rn 34 f.). Im vorliegenden Fall konnte zum Zeitpunkt der Zustellung ein auf die Betreuerin bezogener Bekanntgabewille schon deshalb nicht vorliegen, weil sie damals noch gar nicht bestellt war.

Die **Betreuerin hat in der Folge auch keine Genehmigung erteilt**, die grds. auch den unzureichenden Bekanntgabewillen heilen kann (vgl. VGH Bad-Württ NuR 2006, 440; GK-AsylVfG § 12 Rn 36). Während des Klageverfahrens wurde vielmehr durchgängig die Handlungsunfähigkeit des Kl. zum Zeitpunkt der Zustellung und damit deren Unwirksamkeit geltend gemacht. Dann jedoch muss eine - auch konkludente - Genehmigung ausscheiden, weil dieses unvereinbar mit dem zentralen Klagevorbringen wäre.“ (VG Mannheim aaO)

VwGO
§ 44a

Akteneinsichtsrecht
Einklagbarkeit
(VG Gießen in NJW 2011, 1245; Urteil vom 18.01.2011 – 8 K 1836/10)

VwGO

Das **Einklagen einer bestimmten Form von Akteneinsicht** (hier: Überlassung zu treuen Händen eines Rechtsanwaltes) ist bezogen auf ein laufendes Verwaltungsverfahren **nicht zulässig**.

„Nach der Vorschrift des **§ 44a VwGO** können Rechtsbehelfe gegen behördliche Verfahrenshandlungen nur gleichzeitig mit den gegen die Sachentscheidung zulässigen Rechtsbehelfen geltend gemacht werden. Diese Regelung stellt eine **eigenständige (negative) Zulässigkeitsvoraussetzung für verwaltungsgerichtliche Rechtsbehelfe** dar. Es handelt sich um eine gesetzliche Ausgestaltung des allgemeinen prozessualen Erfordernisses, dass für das Einlegen eines Rechtsbehelfs ein Rechtschutzbedürfnis gegeben sein muss. Im Interesse der **Verfahrensökonomie** soll durch die Vorschrift des § 44a VwGO verhindert werden, dass der Abschluss von noch bei den Behörden anhängigen Verwaltungsverfahren durch Rechtsbehelfe verzögert oder erschwert wird und die Gerichte mit Streitfällen befasst werden, obwohl das Verwaltungsverfahren noch gar nicht abgeschlossen ist. Wegen des noch nicht abgeschlossenen Verfahrens ist noch offen, ob die von den behördlichen Verfahrenshandlungen Betroffenen überhaupt durch das Ergebnis des Verfahrens in der Sache beschwert bzw. in ihren Rechten verletzt sein können.

Zu den nach § 44a VwGO **nicht selbstständig anfechtbaren Verfahrenshandlungen** zählt auch die **behördliche Entscheidung über die Art und Weise der Gewährung von Akteneinsicht** (BVerwG NJW 1982, 120).“ (VG Gießen aaO)

VwGO **Amtsermittlungsgrundsatz** VwGO
§ 86 I 1 **Berücksichtigung der Erkenntnisse einer Fachbehörde statt Sachverständigengutachten**
(OVG Münster in NWVBI 2011, 146; Beschluss vom 29.10.2010 – 2 A 1475/09)

Ein **Verwaltungsgericht verstößt nicht gegen den Amtsermittlungsgrundsatz** aus § 86 I 1 HS 1 VwGO, wenn es **seine Entscheidung** bei der Beurteilung der Erheblichkeit von Geruchsimmissionen **auf die Erkenntnisse der zuständigen Fachbehörden stützt** und auf die Einholung eines Sachverständigengutachtens verzichtet.

„§ 86 I 1 HS 1 VwGO verpflichtet das Gericht zur Aufklärung des Sachverhalts von Amts wegen. Diese **Ermittlungspflicht gilt allerdings nicht uneingeschränkt**. Das **Gericht ist nicht auf ein bestimmtes Beweismittel festgelegt**. Es kann gem. § 96 I 2 VwGO Sachverständige vernehmen oder auch im Rahmen der behördlichen Aktenvorlage- und Auskunftspflicht nach § 99 I VwGO die **gutachtliche Stellungnahme einer Fachbehörde** verwerten. Das **Gericht verstößt deshalb grds. nicht gegen seine Aufklärungspflicht**, wenn es seine Entscheidung auf die Erkenntnisse der zuständigen Fachbehörden stützt und auf die Einholung eines Sachverständigengutachtens verzichtet (vgl. BVerwG NVwZ 1998, 634).

Die **Einholung zusätzlicher Sachverständigengutachten oder gutachtlicher Stellungnahmen liegt** gem. § 98 VwGO i. V. mit §§ 404, 412 ZPO **im Ermessen des Tatsachengerichts**. Dieses Ermessen wird nur dann nicht verfahrenfehlerfrei ausgeübt, wenn das Gericht von der Einholung zusätzlicher Gutachten absieht, obwohl sich ihm die Notwendigkeit einer weiteren Beweiserhebung hätte aufdrängen müssen.

Die **Sachaufklärungspflicht** des § 86 I 1 HS 1 VwGO verpflichtet das VG insbesondere nicht, zur Beurteilung der Erheblichkeit von Geruchsimmissionen im **Nahbereich einer geruchsemittierenden Anlagen stets ein Sachverständigengutachten** einzuholen. Das VG hat gerade in dieser Fallgestaltung auch die **örtlichen Gegebenheiten, die für die Ausbreitung der Gerüche von Bedeutung sein können** sowie etwaige Erkenntnisse der Immissionsschutzbehörden zu berücksichtigen und kann seine abschließende Einschätzung ggf. **allein tragend auf diese Gesichtspunkte stützen** (vgl. BVerwG NVwZ 1999, 63).“ (OVG Münster aaO)

VwGO **Zwischenfeststellungsklage** VwGO
§§ 173, 43 I **Zulässigkeit**
(BVerwG in NVwZ 2011, 509; Beschluss vom 14.02.2011 – 7 B 49/10)

Eine **Zwischenfeststellungsklage** (§ 173 VwGO i. V. mit § 256 II ZPO) ist **zulässig, wenn**

- ein **Rechtsverhältnis zwischen den Beteiligten streitig** ist und
- **von der Feststellung** dieses Rechtsverhältnisses die **Entscheidung in der Hauptsache abhängt**.

Ein **berechtigtes Interesse** i. S. des § 43 I VwGO an der Feststellung ist insoweit hingegen **nicht erforderlich**.

„Nach § 256 II ZPO kann bis zum Schluss derjenigen mündlichen Verhandlung, auf die das Urteil ergeht, der Kl. durch Erweiterung des Klageantrags beantragen, dass ein im Laufe des Prozesses streitig gewordenes Rechtsverhältnis, von dessen Bestehen oder Nichtbestehen die Entscheidung des Rechtsstreits ganz oder zum Teil abhängt, durch richterliche Entscheidung festgestellt werde. **Zweck der Zwischenfeststellungsklage ist die Ausdehnung der Rechtskraft auf das dem Anspruch zu Grunde liegende Rechtsverhältnis, das sonst von der Rechtskraftwirkung nicht erfasst würde** (Wieczorek/Schütze, ZPO, 3. Aufl., § 256 Rn 344; vgl. auch BVerwGE 39, 135). Sie ist ein Ersatz dafür, dass die Elemente der Entscheidung zum Grund der Klage nicht in Rechtskraft erwachsen. Voraussetzung ist daher, dass die Entscheidung des Rechtsstreits von dem Bestehen des Rechtsverhältnisses abhängt. Ein weiteres (rechtliches) Interesse an der alsbaldigen Feststellung ist dagegen nicht erforderlich. Das Feststellungsinteresse wird durch die **Vorgreiflichkeit** ersetzt (BGHZ 69, 37 = NJW 1977, 1637; BAG BeckRS 2010, 66174). Voraussetzung der Zwischenfeststellungsklage nach § 256 II ZPO ist damit, dass ein **Rechtsverhältnis zwischen den Beteiligten streitig** ist, und dass von der Feststellung dieses Rechtsverhältnisses die **Entscheidung in der Hauptsache abhängt**; dabei ist unerheblich, dass die Hauptklage erst im Laufe des Verfahrens „nachgeschoben“ wird (BGH NJW-RR 1990, 318).

Durch die Trennung hat sich daran nichts geändert: Ein **Zwischenfeststellungsantrag, über den vorab entschieden wird, verliert durch die Trennung nicht seinen unselbstständigen Charakter**. Nach der Rspr. des BGH kann über den Feststellungsantrag durch **Teilurteil vor endgültiger Klärung des Hauptantrags entschieden** werden (vgl. BGH NJW 1955, 587 = LNR 1954, 13380; BGH NJW 1961, 75; BGH NJW 2006, 915 = NZI 2006, 229 = MMR 2006, 386 = GRUR 2006, 435; Stein/Jonas/Roth, ZPO, 22. Aufl., § 256 Rn 119). Dies hat das VG hier in der Sache in Einklang mit § 110 VwGO getan. Davon ausgehend ist die Zwischenfeststellungsklage hier zulässig.

Das **allgemeine Rechtsschutzinteresse** für die Klage liegt vor: Dieses setzt voraus, dass sich die **begehrte Feststellung auf einen Gegenstand bezieht, der über den der Rechtskraft fähigen Gegenstand des Rechtsstreits hinausgeht**. Für eine Zwischenfeststellungsklage ist daher kein Raum, wenn mit dem Urteil über die Hauptklage die **Rechtsbeziehungen der Parteien erschöpfend geregelt** sind (vgl. BGHZ 169, 153 = NJW 2007, 82 = NZBau 2007, 39). Insoweit genügt indes die hier bestehende **bloße Möglichkeit**, dass das **inzident ohnehin zu klärende Rechtsverhältnis zwischen den Parteien noch über den gegenwärtigen Streitgegenstand hinaus Bedeutung gewinnen kann**.

Das **Rechtsverhältnis**, dessen Feststellung **begehrt** wird, ist auch **vorgreiflich für die Klage auf Rückgängigmachung der Folgen der Veräußerung**. Die **Rechtswidrigkeit der Veräußerung** ist eine **tatbestandliche Voraussetzung** für den geltend gemachten Anspruch auf Rückgängigmachung derer Folgen.“ (BVerwG aaO)

schriftlicher Verwaltungsakt
Zugangsfiktion / Berechnung des Zustellungstags
 (BSG in NJW 2011, 1099; Urteil vom 06.05.2010 – B 14 AS 12/09 R)

Ein **schriftlicher Verwaltungsakt gilt bei der Übermittlung durch die Post im Inland auch dann am dritten Tag nach der Aufgabe zur Post als bekannt gegeben, wenn dieser Tag auf einen Samstag, Sonntag oder Feiertag fällt.**

- I. Die Vorschrift des **§ 37 II 1 SGB X** enthält **keine Einschränkung** dahingehend, **dass die Frist erst mit dem Ablauf des nächsten Werktags endet**, wenn das Ende der Frist auf einen Sonnabend fällt.

vgl. v. Wulffen, SGB X, 6. Aufl. 2008, § 37 Rn 12; Krasney, Kass-Komm., Stand: Januar 2010, § 37 Rn 6; Waschull, LPK-SGB X, 2. Aufl. 2007, § 37 Rn 11; Pickel/Marschner, SGB X, Stand: Februar 2010, § 37 Rn 23; für die Parallelvorschrift des § 41 VwVfG Kopp/Ramsauer, VwVfG, 10. Aufl. 2008, § 41 Rn 44; a. A. Hauck/Noftz, SGB X, Stand: Februar 2010, K § 37 Rn 16; für § 41 VwVfG Knack/Henneke, VwVfG, 9. Aufl. 2010, § 41 Rn 35 sowie Stelkens/Bonk/Sachs, VwVfG, 7. Aufl. 2008, § 41 Rn 133

Auch die Vorschriften des **§ 41 VwVfG**, die als Vorbild diente (BT-Dr 8/2034, S. 33), und des **§ 17 II VwZG** (BGBl I 1952, 379), auf die wiederum bei Schaffung des VwVfG zurückgegriffen wurde (BT-Dr VI/1173, S 49), enthalten **keine Einschränkung der Bekanntgabe auf einen Werktag** (anders etwa die Vorläufervorschrift von § 4 VwZG, § 1 der Postzustellungsverordnung vom 23.08.1943 [RGBl I, 527], vgl. BSGE 5, 53 [54 f.]).

- II. Eine **andere Beurteilung der Rechtslage ergibt sich nach BSG aaO auch nicht aus § 26 III 1 SGB X bzw. § 64 III SGG**: Danach endet eine Frist mit dem Ablauf des nächstfolgenden Werktags, wenn das Ende der Frist auf einen Sonntag, einen gesetzlichen Feiertag oder einen Sonnabend fällt.

„§ 37 II 1 SGB X regelt aber keine Frist i. S. dieser Vorschriften. Es wird kein Zeitraum bezeichnet, in dem ein bestimmtes Tätigwerden erforderlich ist. Ebenso wenig wird ein Zeitraum umschrieben, in dem die Rechtswirkung der Bekanntgabe eintritt, sondern der vermutete Tag der Bekanntgabe und damit ein genauer Zeitpunkt für den Eintritt einer Rechtswirkung markiert, der für den Lauf der Klagefrist maßgeblich ist (vgl. bereits die Gesetzesbegründung zu § 31 VwVfG [Bekanntgabe des Verwaltungsakts], BT-Dr VI/1173, S 49: „... Zeitpunkt bestimmt, in dem die Bekanntgabe als bewirkt gilt“; zu § 4 I VwZG vgl. BSG BeckRS 2009, 58350; Loytved SGB 1997, 253).“ (BSG aaO)

- III. Auch eine **analoge Anwendung des § 26 III 1 SGB X bzw. § 64 III SGG kommt nicht in Betracht**, denn es fehlt bereits an einer Regelungslücke.

„Auch nach Sinn und Zweck besteht kein Bedürfnis für eine Ausweitung dieser Regelungen auf die Fälle des § 37 II 1 SGB X. Die Vorschrift dient ebenso wie § 4 I VwZG dazu, das Verfahren der Bekanntgabe kostengünstig und einfach handhabbar zu gestalten. Im Interesse der Sparsamkeit und Vereinfachung sollen Ermittlungen über den genauen Tag der Bekanntgabe unterbleiben. Die Berechnung des Zustellungstages nach einem festen Maßstab entspricht am ehesten dem Bedürfnis nach Rechtssicherheit und Verwaltungsvereinfachung (vgl. BSGE 5, 53). Die Verschiebung des Zustellungsdatums auf den nächsten Werktag, wenn der dritte Tag ein Sonnabend, Sonntag oder Feiertag ist, würde die Notwendigkeit der Überprüfung in jedem Fall durch die Behörde begründen (vgl. Loytved SGB 1997, 253). Bei der strikten Berechnung des Zustellungstags fällt eine solche Überprüfung hingegen nur an, wenn der Adressat den Empfang überhaupt bestreitet oder den Zugang nach Ablauf des gesetzlich vermuteten Zustellungstags behauptet.“ (BSG aaO)

- IV. Der **Adressat eines Verwaltungsakts wird auch nicht in unzumutbarer Weise belastet**, wenn der vermutete Zugangstag ein Sonnabend, Sonntag oder Feiertag ist.

„Anders als bei der Frist im engeren Sinne im Fall der Bekanntgabe [wird] kein Tätigwerden eines Beteiligten erwartet. Der Verschiebung des Fristendes von einem Sonnabend, Sonntag oder Feiertag auf den nächsten Werktag liegt in erster Linie die Überlegung zu Grunde, dass die Abgabe einer Erklärung bzw. die Vornahme einer Handlung an diesen Tagen typischerweise Schwierigkeiten bereitet. Dem Adressaten eines Verwaltungsakts wird durch die Zugangsfiktion aber nicht zugemutet, eine ihm obliegende Handlung an einem arbeitsfreien Tag zu bewirken (vgl. Loytved SGB 1997, 253; zu § 41 VwVfG vgl. OVG Münster NVwZ 2001, 1171). Für den Postlauf wurde ein relativ großzügiger Zeitraum angesetzt. Zu den Feiertagen Ostern, Pfingsten und Weihnachten mögen sich in Verbindung mit Wochenendtagen problematische Konstellationen ergeben können (vgl. Hauck/Noftz, K § 37 Rn 16), diese sind jedoch hinreichend dadurch berücksichtigt, dass die Zugangsfiktion gem. § 37 II 2 SGB X dann nicht gilt, wenn der Verwaltungsakt zu einem späteren Zeitpunkt zugegangen ist (vgl. LSG Saarland BeckRS 2007, 44672: Bekanntgabe am Karsamstag). Durch die Ausnahmeregelung ist sichergestellt, dass dem Adressaten keine Nachteile entstehen, wenn die Bekanntgabe entgegen der Fiktion tatsächlich erst später erfolgt, zumal im Zweifel die Behörde den Zugang und den Zeitpunkt des Zugangs nachzuweisen hat. Es ist daher im Fall einer vermuteten Bekanntgabe an einem Sonnabend, Sonntag oder Feiertag auch keine Verkürzung der Handlungsfrist des Beteiligten zu besorgen. Das LSG hat insofern zu Recht darauf hingewiesen, dass der Fall der Kl. vielmehr zeigt, dass die gesetzliche Vermutung infolge kürzerer Postlaufzeiten häufig zu einer Verlängerung der Frist im Vergleich zu anderen Zustellungsarten führt, weil ein tatsächlicher früherer Zugang nicht berücksichtigt wird (vgl. BSGE 5, 53; Loytved SGB 1997, 253; zu § 41 VwVfG OVG Lüneburg NVwZ-RR 2007, 78).“ (BSG aaO)

Speziell für Rechtsanwälte und Notare

Gebühren und Kosten

RVG
§ 18

Einholung einer Deckungszusage Erstattungsfähigkeit der Anwaltskosten

RVG

(BGH in NJW 2011, 1222; Urteil vom 09.03.2011 – VIII ZR 132/10)

Unter dem Gesichtspunkt des Verzugschadens sind **Anwaltskosten für die Einholung einer Deckungszusage** der Rechtsschutzversicherung des Geschädigten – und zwar unabhängig von der Frage, ob es sich hierbei um eine besondere Angelegenheit i. S. des § 18 RVG handelt – **nicht zu erstatten, wenn die Inanspruchnahme anwaltlicher Hilfe zur Einholung der Deckungszusage nicht erforderlich war.**

*„Denn unter dem Gesichtspunkt des Verzugschadens sind **Rechtsverfolgungskosten** – dazu gehören auch etwa entstehende Kosten für die Einholung einer Deckungszusage der Rechtsschutzversicherung – **nur dann zu erstatten, wenn die Inanspruchnahme anwaltlicher Hilfe zur Wahrung und Durchsetzung der Rechte unter den Umständen des Falls erforderlich und zweckmäßig ist** (vgl. BGH NJW 2011, 296 = NZM 2011, 34 = WuM 2010, 740 zur Erstattungsfähigkeit vorgerichtlicher Rechtsanwaltskosten für die Abfassung eines Kündigungsschreibens; BGH NJW 2006, 1065 m. w. Nachw. zur Ersatzfähigkeit von Rechtsverfolgungskosten, die dem Geschädigten durch die anwaltliche Geltendmachung von Ansprüchen gegen seinen eigenen Unfallversicherer entstehen).*

Diese Voraussetzung ist hier nicht gegeben: Die Revision macht geltend, die Inanspruchnahme anwaltlicher Hilfe für die Einholung einer Deckungszusage der Rechtsschutzversicherung sei erforderlich gewesen, weil die Rechtsschutzversicherung die Deckungszusage gegenüber dem erstinstanzlichen Prozessbevollmächtigten der Kl. zunächst verweigert habe; daher könne nicht davon ausgegangen werden, dass die Kl. die Deckungszusage ohne Weiteres selbst hätte einholen können. Das trifft nicht zu (wird ausgeführt).“ (BGH aaO)

FamGKG
§ 39 I 1

Zugewinnausgleich Verfahrenswert

FamGKG

(OLG Celle in MDR 2011, 492 = NJW-RR 2011, 223; Beschluss vom 25.10.2010 – 10 WF 313/10)

Wird **wechselseitig Zugewinnausgleichsanspruch** geltend gemacht, ist von **Gegenstandsverschiedenheit** auszugehen und eine **Wertaddition** vorzunehmen.

*„Nach § 39 I 1 FamGKG werden die **mit Klage und Widerklage geltend gemachten Ansprüche zusammengerechnet**. Dies gilt zwar nach § 39 I 3 FamGKG nicht, wenn die Ansprüche denselben Gegenstand betreffen; dann ist nur der Wert des höheren Anspruchs maßgebend. Wird wechselseitig Zugewinnausgleich beantragt, liegen jedoch **verschiedene Gegenstände** i. S. der Vorschrift zu Grunde. Zwar **schließen sich die Ansprüche wechselseitig aus**. Der von der Ast. geltend gemachte Ausgleichsanspruch ist jedoch wirtschaftlich nicht mit dem Zugewinnausgleichsanspruch des Ag. identisch (vgl. Schneider/Wolf/Volpert, FamGKG, 2010, § 39 Rn 9 Stichwort „Zugewinn“ m. w. Nachw.).*

*Für die Frage desselben Gegenstandes kommt es nicht auf den **prozessualen Gegenstandsbegriff** an. Der kostenrechtliche Gegenstandsbegriff der Vorschrift erfordert vielmehr eine wirtschaftliche Betrachtung. Eine Zusammenrechnung hat grds. nur dann zu erfolgen, wenn durch das Nebeneinander von Klage und Widerklage eine „wirtschaftliche Werthäufung“ entsteht (BGH NJW-RR 2005, 506). Eine wirtschaftliche Identität von Klage und Widerklage, die eine Zusammenrechnung ausschließt, liegt nach der von der Rspr. entwickelten „**Identitätsformel**“ dann vor, wenn die Ansprüche aus Klage und Widerklage nicht in der Weise nebeneinander stehen können, dass das Gericht unter Umständen beiden stattgeben kann, sondern die Verurteilung nach dem Antrag notwendigerweise die Abweisung des anderen Antrags nach sich zieht. Dieses Kriterium genügt jedoch nicht, um eine Zusammenrechnung auszuschließen. Voraussetzung für die Annahme desselben Gegenstandes ist weiter, dass Klage und Widerklage **dasselbe wirtschaftliche Interesse betreffen**. Ist dies nicht der Fall, entsteht gerade die „wirtschaftliche Werthäufung“, die der BGH als maßgeblich für die Zusammenrechnung ansieht. Die „Identitätsformel“ passt vor allem nicht, wenn mit Klage und Widerklage Teilansprüche aus demselben Rechtsverhältnis geltend gemacht werden (vgl. Prütting/Helms, FamFG, 2009, § 39 FamGKG Rn 5). Verlangt die Ast. Zahlung eines Zugewinnausgleichs und der Ag. ebenso, geht es wirtschaftlich um die gesamte Differenz der von beiden Parteien ihrer Antragsberechnung zu Grunde gelegten Beträge.*

*Dem kann nicht entgegengehalten werden, dass es ausschließlich **Zweck der Vorschrift des § 39 I 3 FamGKG** sei, den Wert niedrig zu halten, wenn die gemeinschaftliche Behandlung von Klage und Widerklage die Arbeit des Gerichts vereinfacht, eine Zusammenrechnung also ausscheidet, wenn die Zuerkennung der Klage zwingend die Abweisung der Widerklage bedingt – oder umgekehrt –, weil dann keine zusätzliche Arbeit entsteht. Mit dieser Sicht allein **wird der „wirtschaftlichen Werthäufung“ nicht ausreichend Rechnung getragen**. Daher ist, wenn durch Klage und Widerklage Teilansprüche aus demselben Rechtsverhältnis geltend gemacht werden, von einer Gegenstandsverschiedenheit auszugehen und eine Wertaddition vorzunehmen (vgl. Prütting/Helms, § 39 FamGKG Rn 5).“ (OLG Celle aaO)*

FamGKG
§ 43

Verfahrenswert einer Ehesache
Wertfestsetzung bei Bezug von Sozialleistungen

FamGKG

(OLG Hamm in NJW 2011, 1235; Beschluss vom 18.01.2011 – 2 WF 7/11;
OLG Zweibrücken in NJW 2011, 1234; Beschluss v. 10.01.2011 – 5 WF 178/10)

Die **Frage, ob staatliche Sozialleistungen** zur Deckung des Grundbedarfs ohne Lohnersatzfunktion – wie etwa Leistungen nach dem SGB II – **als Einkommen i. S. von § 43 FamGKG anzusehen sind, ist in Rspr. und Lit. umstritten.**

vgl. etwa OLG Dresden NJW-RR 2007, 1161 = FamRZ 2007, 1760; OLG Hamburg OLGR 2006, 269; OLG Schleswig FamRZ 2010, 1939 und FamRZ 2009, 1178 ohne Berücksichtigung von sog. Transferleistungen; a. A.: OLG Köln FamRZ 2009, 638; OLG Düsseldorf FamRZ 2009, 453; OLG Schleswig FamRZ 2009, 75; OLG Oldenburg FamRZ 2009, 1177; OLG Frankfurt a. M. NJW-RR 2008, 310 = FamRZ 2008, 535

- I. **OLG Hamm aaO** folgt der Ansicht, dass staatliche Sozialleistungen zur Deckung des Grundbedarfs und ohne Lohnersatzfunktion – wie vorliegend Leistungen nach dem SGB II – für die Berechnung des Verfahrenswerts außer Betracht zu bleiben haben.

„Das Gesetz knüpft in der genannten Vorschrift an das „erzielte Nettoeinkommen“ und somit die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit der Eheleute an. Diese wird indes nicht durch gewährte Sozialleistungen bestimmt. Vielmehr sind diese staatlichen Zuwendungen gerade Ausdruck fehlender eigener Mittel der Empfänger und knüpfen der Höhe nach nicht an vorausgegangene Arbeitseinkünfte an, sondern orientieren sich allein am Grundbedarf des Leistungsempfängers. Die gegenteilige Auffassung hätte zur Folge, dass der Verfahrenswert in Ehesachen unter anderem durch das Mietniveau des Wohnortes der Bet. mitbestimmt würde.

Für die hier vertretene Ansicht spricht weiterhin, dass ansonsten die gesetzliche Regelung in § 43 I 2 FamGKG, wonach der Wert nicht unter 2.000 € angenommen werden darf, leer liefe, da unter Einschluss der binnen drei Monaten gewährten Sozialleistungen diese Grenze durchgehend überschritten würde (so u.a. OLG Hamm FamRZ 2009, 453; OLG Naumburg FamRZ 2009, 639; Binz/Dörndorfer, GKG, 2. Aufl., § 43 FamGKG Rn 6; a. A. u.a. OLG Köln FamRZ 2009, 638; OLG Düsseldorf FamRZ 2009, 453; OLG Celle NJW 2010, 3587; Schneider, Gebühren in Familiensachen, 2010, Rn 1036; differenzierend Schneider/Türk-Brocker, FamGKG, 2009, § 43 Rn 23).

Soweit die Gegenmeinung geltend macht, dass in den Unterhaltsrichtlinien verschiedener OLG Leistungen nach dem SGB II als Einkommen bei dem Verpflichteten zu berücksichtigen seien (vgl. OLG Köln FamRZ 2009, 638), betrifft dies eine andere Fragestellung und führt daher zu keinem Widerspruch zu der hier vertretenen Ansicht. Entsprechendes gilt hinsichtlich des Arguments (vgl. OLG Düsseldorf FamRZ 2009, 453), der Begriff des Einkommens i. S. von § 115 ZPO umfasse auch nach dem SGB II gewährte Leistungen (vgl. dazu BGH NJW-RR 2011, 3). Soweit angeführt wird, das Interesse der Verfahrensbevollmächtigten an einer angemessenen Vergütung gebiete es, Sozialleistungen nicht unberücksichtigt zu lassen (vgl. OLG Köln FamRZ 2009, 638), ist auf den Beschluss des BVerfG (NJW 2006, 1581) hinzuweisen, mit welchem die Verfassungsbeschwerde einer Rechtsanwältin nicht zur Entscheidung angenommen wurde. Das BVerfG hat in dieser Entscheidung die hier vertretene Ansicht zur Frage der Auslegung des Begriffs „Nettoeinkommen“ in § 48 III 1 GKG a.F., die es als „der überwiegenden Ansicht in Rspr. und Lit.“ entsprechend bezeichnet hat, ausdrücklich gebilligt; diese Auslegung begegne keinen verfassungsrechtlichen Bedenken.“ (OLG Hamm aaO)

- II. Nach **OLG Zweibrücken aaO** hingegen sind bei der Bestimmung des Verfahrenswerts in Ehesachen auch den Ehegatten gewährte Sozialleistungen – hier: Arbeitslosengeld II – zu berücksichtigen.

„Ob der im Gesetz genannte Mindestbetrag für den Verfahrenswert als Gesichtspunkt zur Entscheidung dieser Streitfrage herangezogen werden kann, erscheint zweifelhaft. Bei Berücksichtigung von Sozialleistungen wäre die Festlegung eines Mindestwerts dem Grundsatz nach zwar entbehrlich. Trotz zahlreicher Veränderungen im GKG bis hin zum Erlass des FamGKG hat der Gesetzgeber den Mindestbetrag von 4.000 DM bzw. 2.000 € über Jahrzehnte unverändert gelassen. Es ist dem Gesetzgeber vorbehalten, den gebührenrechtlichen Mindestwert einer Ehesache zu ändern (vgl. Götsche, in Anm. zu OLG Köln BeckRS 2009, 12094). Im Rahmen der wertenden Festlegung des Verfahrenswerts nach § 43 I FamGKG kann bei Auslegung des Begriffs des Nettoeinkommens in § 43 II FamGKG jedoch berücksichtigt werden, dass zwischenzeitlich die Hilfen zum Lebensunterhalt für getrennt lebende Ehegatten den festgelegten Mindestbetrag für drei Monate bereits übersteigen (vgl. OLG Frankfurt a. M. NJW-RR 2008, 310 = FamRZ 2008, 535).

Eine Auslegung des Begriffs „Nettoeinkommen“ in § 43 II FamGKG nach unterhaltsrechtlichen Gesichtspunkten ist weder geboten noch weiterführend. Denn Sozialleistungen sind unterhaltsrechtlich regelmäßig je nach Empfänger (Unterhaltsberechtigter oder Unterhaltsverpflichteter) als Einkommen anzusehen oder nicht (vgl. dazu Süddeutsche Leitlinien Nr. 2.2 und 2. 10). Dabei sind im Einzelfall auch wertende Entscheidungen zu treffen.

Die Festlegung des Verfahrenswerts soll von schwierigen Rechtsfragen losgelöst erfolgen können und deshalb vorrangig an den tatsächlichen Verhältnissen orientiert werden. Zum Nettoeinkommen sind alle tatsächlich bezogenen Einkommen ohne weitere Differenzierung, etwa hinsichtlich des Gesichtspunktes einer Gegenleistung (auch wenn vom BVerfG zu § 48 III 1 GKG a.F. NJW 2006, 1581 = FamRZ 2006, 841, aus verfassungsrechtlicher Sicht nicht beanstandet), zu zählen. Bei der Festlegung des Verfahrenswerts sind somit auch Sozialleistungen zu berücksichtigen.“ (OLG Zweibrücken aaO)

FamGKG
§ 50

Verfahrenswert einer Ehesache
keine Durchführung des Versorgungsausgleichs

FamGKG

(OLG Karlsruhe in FamRZ 2011, 668; Beschluss vom 06.12.2010 – 5 WF 234/10)

Nach § 50 FamGKG ist die **Festsetzung eines Verfahrenswerts für den Versorgungsausgleich auch dann geboten, wenn** wegen der Kürze der Ehezeit ein **Versorgungsausgleich nach § 3 III VersAusglG nicht durchgeführt wird.**

„Gem. § 50 I 2 FamGKG ist der Verfahrenswert für die Folgesache Versorgungsausgleich mit dem Mindestwert von 1.000 € festzusetzen. Dies gilt in Fällen wie dem vorliegenden, in denen wegen der Kürze der Ehezeit nach § 3 III VersAusglG der Versorgungsausgleich nicht durchgeführt wird.“

ausgleich nicht durchgeführt wird und auch die Eheleute selbst einen entsprechenden Antrag zur Durchführung des Versorgungsausgleichs nicht stellen und deshalb von der Ermittlung des Gleichgewichtes der Anrechte abgesehen wird.

Nach Ansicht des Senats gebietet § 50 FamGKG die Festsetzung eines Verfahrenswertes in Versorgungsausgleichssachen auch in Verfahren mit kurzer Ehezeit wegen der nach § 224 III FamFG notwendigen **materiell-rechtliche Feststellung des Familiengerichts zur Nichtdurchführung des Versorgungsausgleichs** (so zutreffend OLG Karlsruhe MDR 2010, 1021; im Ergebnis ebenso OLG Düsseldorf FuR 2010, 525; vgl. auch Borth FamRZ 2009, 562).

Zwar liegt in einem Fall wie dem vorliegenden ein Verbund von Scheidungs- und Folgesachen nach § 137 I FamFG nicht vor. Denn anders als in den Fällen nach den §§ 6 - 19, 28 VersAusglG setzt ein Verbund der Ehesache mit der Folgesache Versorgungsausgleich in dem vorliegenden Fall einer kurzen Ehezeit i. S. des § 3 III VersAusglG nach § 137 II 2 FamFG voraus, dass ein Antrag auf Durchführung des Versorgungsausgleichs gestellt wurde, was vorliegend nicht der Fall war. Entscheidend ist aber, dass das Familiengericht nach § 224 III FamFG in den Fällen der kurzen Ehezeit in der Beschlussformel festzustellen hat, dass ein Versorgungsausgleich nicht stattfindet. Diese **feststellende Entscheidung des Gerichts ist** - weil auf einer die Voraussetzungen des § 3 III VersAusglG umfassenden Rechtsprüfung beruhend - **mit der Beschwerde nach § 58 FamFG anfechtbar und erwächst damit auch in Rechtskraft** (BtDr 16/10144, Seite 96; Zöller/Lorenz, ZPO, 28. Aufl., § 224 FamFG, Rn 4, 10; Keidel/Weber, FamFG, § 224 Rn 8). Unabhängig davon, ob man i. S. des § 137 II FamFG von einer „Einleitung“ des Versorgungsausgleichsverfahrens sprechen kann (vgl. zu diesem Problem Johannsen/Henrich/Hahne, Familienrecht, 5. Aufl., § 3 VersAusglG Rn 13), führt die in dem vorliegenden Fall nach § 224 III FamFG notwendige materiell-rechtliche Prüfung in Bezug auf § 3 III VersAusglG dazu, insoweit einen Verfahrenswert nach § 50 FamGKG festzusetzen (ebenso Borth FamRZ 2009, 562).“ (OLG Karlsruhe aaO)

RVG

§§ 45, 49, 55

Versorgungsausgleich

Anfall von Rechtsanwaltsgebühren

RVG

(OLG Karlsruhe in FamRZ 2011, 669; Beschluss vom 26.05.2010 – 16 WF 82/10)

Aus dem Wert des Versorgungsausgleichs fallen auch dann Rechtsanwaltsgebühren an, wenn nach kurzer Ehezeit ein Versorgungsausgleich gem. § 3 III VersAusglG nicht stattfindet.

„Versorgungsausgleichssachen (§ 111 Nr. 7 FamFG) sind nach § 137 I, II Nr. 1 FamFG Folgesachen im Verbund, wenn eine Entscheidung für den Fall der Scheidung zu treffen ist und die Sache spätestens zwei Wochen vor der mündlichen Verhandlung im ersten Rechtszug in der Scheidungssache von einem Ehegatten anhängig gemacht wird (§ 137 II 1 FamFG). In den Fällen der §§ 6–19 und 28 VersAusglG ist kein Antrag notwendig (§ 137 II 2 FamFG).

Ein **Zwangsverbund nach § 137 II 2 FamFG liegt hier nach dem Wortlaut nicht vor**, da zum Versorgungsausgleich eine Entscheidung nicht nach §§ 6–19, 28 VersAusglG, sondern nach § 3 III VersAusglG getroffen wurde. Ein Zwangsverbund nach § 137 II 1 FamFG liegt indessen ebenfalls nicht vor, da die Entscheidung nach § 3 III VersAusglG ja gerade voraussetzt, dass ein Antrag auf Durchführung des Versorgungsausgleichs von keiner Partei gestellt wurde.

Die Einleitung des Versorgungsausgleichsverfahrens liegt erst in der Aufnahme von Ermittlungen durch das FamG zur Höhe der Anwartschaften, nicht aber bereits in der Anfrage, ob bzw. wo die Parteien Versorgungsanwartschaften erworben haben (vgl. BGH NJW 1992, 3293; Keidel/Weber, FamFG, § 137 Rn 23).

Indessen hat das Gericht nach § 224 III FamFG in den Fällen des § 3 III VersAusglG in der Beschlussformel festzustellen, dass ein Versorgungsausgleich nicht stattfindet. Diese **feststellende Entscheidung des Gerichts ist**, weil auf einer – die Voraussetzungen des § 3 III VersAusglG umfassenden – Rechtsprüfung beruhend, **nach § 58 FamFG mit der Beschwerde anfechtbar und erwächst ggf. in Rechtskraft** (vgl. BT-Dr 16/10144, S. 96f.; BGH NJW 2009, 677 = FamRZ 2009, 215, zu einer entsprechenden Feststellung zufolge einer Vereinbarung nach § 1408 II BGB a.F.; Zöller/Lorenz, ZPO, 28. Aufl., § 224 FamFG Rn 4, 10ff.; Keidel/Weber, FamFG, § 224 Rn 8).

Vor diesem Hintergrund geht der Senat davon aus, dass das Gericht auch im Falle des § 3 III VersAusglG **von Amts wegen ein Versorgungsausgleichsverfahren als Folgesache einzuleiten hat** (vgl. Johannsen/Henrich/Hahne, FamilienR, 5. Aufl., § 3 VersAusglG Rn 13; a.A.: Kemper, Familienverfahrensrecht, § 137 FamFG Rn 20). Gegenstand dieses Verfahrens nach § 137 I, II Nr. 1 FamFG ist die bindende Feststellung, dass kein Versorgungsausgleich stattfindet.

Der vom AG nach § 50 FamFG bestimmte Gegenstandswert von 1.000 € für den Versorgungsausgleich, den die Parteien nicht angegriffen haben, ist daher für die Festsetzung der Verfahrenskostenhilfevergütung ebenfalls einzubeziehen (vgl. Borth FamRZ 2009, 562).“ (OLG Karlsruhe aaO)

FamFG

§ 158

Vergütungsanspruch des Verfahrensbeistands

Bestellung im Eil- und Hauptsacheverfahren

RA/Nt

(BGH in Rpfleger 2011, 206; Beschluss vom 17.11.2010 – XII ZB 478/10)

Bei den im Rahmen des FamFG geführten **Hauptsacheverfahren einerseits und dem Eilverfahren andererseits** handelt es sich um **verschiedene Angelegenheiten**. Der in beiden Verfahren bestellte Verfahrensbeistand kann daher für seine Tätigkeit gem. § 158 VII FamFG **jeweils eine Vergütung beanspruchen, eine Anrechnung der Gebühren findet nicht statt**.

I. Eine **ausdrückliche Regelung**, wie mit der Vergütung des Verfahrensbeistands zu verfahren ist, wenn er sowohl im Hauptsacheverfahren und parallel hierzu auch im einstweiligen Anordnungsverfahren bestellt worden ist, **gibt es nicht**. Daraus schließt die wohl einhellige Auffassung, dass die Pauschalen für jedes dieser Verfahren anfallen und nicht aufeinander anzurechnen sind.

OLG Saarbrücken NJOZ 2010, 2402 = ZKJ 2010, 378; Johannsen/Henrich/Büte, FamilienR, 5. Aufl., § 158 FamFG Rn 29; Menne ZKJ 2009, 68; vgl. auch These 5 des AK 11 des 18. DFGT, Brühler Schriften zum FamilienR 2010, 119

II. **BGH aaO** schließt sich nunmehr dieser Auffassung an.

1. So hat der BGH bereits entschieden, dass der Verfahrensbeistand in einem Kindschaftsverfahren, in dem er für mehrere Kinder bestellt ist, für jedes der von ihm betreuten Kinder die Pauschalgebühr nach § 158 VII 2 und 3 FamFG erhält.

BGH NJW 2010, 3446 = FamRZ 2010, 1893; BGH NJW 2010, 3449 = FamRZ 2010, 1896; BGH BeckRS 2010, 26969, BGH BeckRS 2010, 24971

2. Entsprechendes gilt, wenn der Verfahrensbeistand in mehreren Verfahren, mögen sie auch parallel geführt werden, für ein Kind bestellt ist.

„Schon dem **Wortlaut des § 158 FamFG**, wonach der Verfahrensbeistand das Interesse des Kindes „im gerichtlichen Verfahren“ zur Geltung zu bringen hat (Abs. 4), ist zu entnehmen, dass er im Rahmen eines konkreten Verfahrens zu bestellen ist. Dies ergibt sich auch aus Abs. 6, demzufolge die Bestellung mit dem Abschluss „des Verfahrens“ endet.

Nach § 51 III 1 FamFG ist das **Verfahren der einstweiligen Anordnung ein selbstständiges Verfahren**, auch wenn eine Hauptsache anhängig ist. Die verfahrensmäßige Selbstständigkeit ist die Konsequenz aus der „Hauptsacheunabhängigkeit“ der einstweiligen Anordnung (so die Gesetzesbegründung zum FGG-RG v. 07.09.2009, BT-Dr 16/6308, S. 200).

Da es sich bei dem einstweiligen Anordnungsverfahren mithin um ein selbstständiges Verfahren handelt, fallen für dieses folgerichtig auch gesonderte Gebühren nach § 158 FamFG an, die mangels entsprechender Anrechnungsvorschriften in voller Höhe ausbezahlt sind.“ (BGH aaO)

3. Außerdem hat der Gesetzgeber eine **Gebührenanrechnung in der hier in Frage stehenden Fallkonstellation nicht erwogen**.

„Für das Gegenteil spricht vielmehr die **Begründung des Gesetzentwurfs** zu § 49 FamFG (BT-Dr 16/6308, S. 199): Dort heißt es, die Neukonzeption solle das Institut der einstweiligen Anordnung stärken. „Sofern weder ein Bef. noch das Gericht von Amts wegen ein Hauptsacheverfahren einleiten, fallen die diesbezüglichen Kosten nicht mehr an“. Bezieht man diesen Passus – was nahe liegt – auch auf die Kosten des Verfahrensbeistands, bedeutet das im Umkehrschluss, dass der Gesetzgeber eine Anrechnung dieser Kosten ausgeschlossen hat.“ (BGH aaO)

4. Zudem ist die **Neuordnung der Vergütung** ausweislich der Gesetzesmaterialien **von dem Gedanken getragen** gewesen, dass **eine auskömmliche Vergütung des Verfahrensbeistands verfassungsrechtlich geboten** ist.

„Deshalb hat der Gesetzgeber durch das Gesetz zur Modernisierung von Verfahren im anwaltlichen und notariellen Berufsrecht, zur Errichtung einer Schlichtungsstelle der Rechtsanwaltschaft sowie zur Änderung sonstiger Vorschriften vom 30.07.2009 (BGBl I, 2449) schließlich § 158 FamFG dahin ergänzt, dass nunmehr nach Abs. 7 S. 2 die Pauschalvergütung des Verfahrensbeistands für jeden Rechtszug zu bewilligen ist (vgl. dazu Senat NJW 2010, 3446 = FamRZ 2010, 1893; NJW 2010, 3449 = FamRZ 2010, 1896; BGH BeckRS 2010, 26969; BGH BeckRS 2010, 24971). Wenn der Gesetzgeber damit sogar eine Pauschalvergütung für die jeweilige Instanz innerhalb eines Verfahrens eingeführt hat, erschließt sich nicht, wieso er bei mehreren Verfahren eine Anrechnung hätte ermöglichen wollen.“ (BGH aaO)

5. Eine **Anrechnung lässt sich auch nicht aus der im Gesetzgebungsverfahren in Bezug genommenen Rechtsanwaltsvergütung herleiten** (s. Beschlussempfehlung und Bericht des Rechtsausschusses v. 23.06.2008, BT-Dr 16/9733, S. 294, unter Hinweis auf die Stellungnahme des Bundesrats v. 06.07.2007, BR-Dr 309/07, S. 62).

„Denn gem. § 17 Nr. 4b RVG stellen das Hauptsacheverfahren und das Anordnungsverfahren für die Rechtsanwaltsvergütung verschiedene Angelegenheiten dar. Deshalb wird ein einstweiliges Anordnungsverfahren – wenn auch geringer – gesondert vergütet, ohne dass eine Anrechnung erfolgt (vgl. auch § 15 II 1 RVG).“ (BGH aaO)

6. Ebenso wenig spricht eine **teleologische Auslegung** des § 158 FamFG für eine Anrechnung der jeweiligen Vergütung.

„Wie der Senat bereits ausgeführt hat (BGH NJW 2010, 3446 = FamRZ 2010, 1893; BGH NJW 2010, 3449 = FamRZ 2010, 1896; BGH BeckRS 2010, 26969; BGH BeckRS 2010, 24971), entspräche es nicht dem Sinn und Zweck des § 158 FamFG, der dem minderjährigen Kind in Kindschaftssachen einen effektiven Verfahrensbeistand zur Seite stellen will, durch eine restriktive Kostenregelung dessen Aufgabenwahrnehmung zu erschweren oder gar zu verhindern. Hinzu kommt, dass in dem einstweiligen Anordnungsverfahren ein anderer Verfahrensbeistand bestellt werden kann als im Hauptsacheverfahren. In diesem Fall wäre ohnehin eine gesonderte Vergütung zu bewilligen.“ (BGH aaO)

7. Schließlich ist bei der Auslegung des § 158 FamFG das **verfassungsrechtliche Gebot zu beachten, eine auskömmliche Vergütung des Verfahrensbeistands sicherzustellen**. Dabei ist die mit der Einführung der Pauschalvergütung ermöglichte **Mischkalkulation** für den Verfahrensbeistand von erheblicher Bedeutung.

„Zwar ist der Rechtsbeschwerde zuzugestehen, dass in Fällen der vorliegenden Art, in denen beide Verfahren im Wesentlichen parallel geführt werden, ein **spürbarer Mehraufwand für den Verfahrensbeistand regelmäßig nicht feststellbar** sein wird. Jedoch hängt es letztlich vom Zufall ab, ob das einstweilige Anordnungsverfahren tatsächlich parallel läuft. Vielfach wird das **einstweilige Anordnungsverfahren dem Hauptsacheverfahren vorgeschaltet** sein (vgl. aber auch § 157 III FamFG), nicht zuletzt auch aus der Erwägung heraus, dass ein späteres Hauptsacheverfahren eventuell gar nicht mehr erforderlich sein wird (vgl. dazu BT-Dr 16/6308, S. 199). Wird indes die Erforderlichkeit eines Hauptsacheverfahrens bejaht und dies – im Anschluss an das einstweilige Anordnungsverfahren – eingeleitet, sind in diesem Verfahren regelmäßig weitere Anhörungstermine von dem Verfahrensbeistand wahrzunehmen. Ferner wird er ggf. zu psychologischen Sachverständigengutachten, Jugendamtsberichten und Ähnlichem mehr Stellung zu nehmen haben.

Zutreffend hat das BeschwGer. schließlich darauf hingewiesen, dass im einstweiligen Anordnungsverfahren teilweise andere Aufgaben als im Hauptsacheverfahren zu bewältigen sind. So stellt sich im einstweiligen Anordnungsverfahren die Frage, welche Eilmaßnahmen unter Berücksichtigung des Kindeswohls wie auch des Elternrechts erforderlich und angemessen sind (vgl. auch Dose, Einstweiliger Rechtsschutz in Familiensachen, 3. Aufl., Rn 115ff.).“ (BGH aaO)

(BAG in DB 2011, 716 = NZA 2011, 422; Beschluss vom 17.02.2011 – 6 AZB 3/11)

Will eine bedürftige Partei ohne nachvollziehbare Begründung ihre Ansprüche in einem neuen Verfahren geltend machen, obwohl sie das gleiche Klageziel kostengünstiger im Wege der Klageerweiterung in einem bereits anhängigen Rechtsstreit erreichen könnte, hindert dies i.d. Regel bereits die Bewilligung von Prozesskostenhilfe durch das Gericht auf Grund der Mutwilligkeit der beabsichtigten Rechtsverfolgung.

- I. **Mutwillig ist i. d. R. eine Rechtsverfolgung dann, wenn eine wirtschaftlich leistungsfähige Partei bei sachgerechter und vernünftiger Einschätzung der Prozesslage von ihr Abstand nehmen oder ihre Rechte nicht in gleicher Weise verfolgen würde, weil ihr ein kostengünstigerer Weg offen steht und dieser Weg genauso erfolgreich versprechend ist.**

vgl. BGH NJW 2005, 1497; BGH NZI 2011, 104 = ZIP 2011, 246; OLG Bamberg NJW-RR 1990, 74; Zöller/Geimer, ZPO, 28. Aufl., § 114 Rn 34; Germelmann/Matthes/Prütting/Germelmann, § 11 a ArbGG Rn 110; Bader/Creutzfeldt/Friedrich/Bader, ArbGG, 5. Aufl., § 11 a Rn 34; Dornbusch/Fischermeier/Löwisch/Heider, Fachanw. Komm. ArbR, 3. Aufl., § 11 a ArbGG Rn 9; ErfK/Koch, 11. Aufl., § 11 a ArbGG Rn 31; zum Verstoß eines Rechtsanwalts gegen das Verbot, anstehende Verfahren seines Auftraggebers nur im eigenen Gebühreninteresse zu vereinzeln, vgl. BGH NJW 2004, 1043

Mutwilligkeit i. S. von § 114 S. 1 ZPO liegt deshalb regelmäßig vor, wenn eine Partei **keine nachvollziehbaren Sachgründe** dafür vorbringt, **warum sie ihre Ansprüche nicht in einer Klage, sondern im Wege die Kosten der Rechtsverfolgung erhöhender Teilklagen geltend macht** (BGH NZI 2011, 104), oder nicht plausibel erklärt, aus welchen Gründen sie einen neuen Prozess anstrengt, obwohl sie das gleiche Klageziel kostengünstiger im Wege der Erweiterung einer bereits anhängigen Klage hätte erreichen können (LAG BW BeckRS 2009, 74379; LAG Schleswig-Holstein BeckRS 2011, 66420; LAG Köln BeckRS 2008, 55978).

Daran gemessen ist eine Rechtsverfolgung mutwillig i. S. von § 114 S. 1 ZPO, wenn der Kl. Vergütungsansprüche und die Unwirksamkeit der Kündigung seiner Arbeitgeberin in getrennten Prozessen geltend macht.

- II. Allerdings wird die **Frage, ob ein Verstoß** gegen die Verpflichtung zur kostengünstigen Rechtsverfolgung **Mutwilligkeit i. S. von § 114 S. 1 ZPO begründet** (vgl. LAG BW BeckRS 2009, 74379; LAG Schleswig-Holstein BeckRS 2011, 66420; LAG Köln BeckRS 2008, 55978) **oder dieser Verstoß erst im Kostenfestsetzungsverfahren nach § 55 I RVG zu berücksichtigen ist** (vgl. LAG R-Pf MDR 2008, 532; LAG Schleswig-Holstein BeckRS 1999, 30819175; LAG München JurBüro 2010, 26) **in der Rspr. nicht einheitlich beantwortet:**

Weitgehend Einigkeit besteht nur insoweit, als die Staatskasse nicht verpflichtet ist, Kosten zu tragen, die bei Beachtung der Grundsätze einer wirtschaftlichen Prozessführung nicht entstanden wären, und deshalb Gebühren, die erst dadurch entstehen, dass Streitgegenstände in gesonderten Klagen statt durch Klagehäufung geltend gemacht werden, grds. nicht zu erstatten sind.

1. Der **Wortlaut des § 114 S. 1 ZPO** bindet die Bewilligung von Prozesskostenhilfe für eine beabsichtigte Rechtsverfolgung mit der Formulierung „wenn die beabsichtigte Rechtsverfolgung ... nicht mutwillig erscheint“ daran, dass diese nicht mutwillig ist.

Wird mit der **ganz überwiegenden Auffassung in Rspr. und Lit.** angenommen, dass derjenige mutwillig handelt, der von zwei gleichwertigen prozessualen Wegen denjenigen beschreitet, von dem er von vornherein annehmen muss, dass er der kostspieligere ist, darf solch eine unwirtschaftliche Prozessführung nicht erst im Kostenfestsetzungsverfahren berücksichtigt werden.

„Selbst wenn eine uneingeschränkt in getrennt erhobenen Klagen jeweils erfolgte Bewilligung von Prozesskostenhilfe die Staatskasse nicht hindern würde, im Kostenfestsetzungsverfahren zu prüfen, ob die durch den Rechtsanwalt verursachten Kosten überhaupt notwendig waren, so schließt der Wortlaut des § 114 S. 1 ZPO doch die Bewilligung von Prozesskostenhilfe schon von vornherein aus, wenn die genannten Bewilligungsvoraussetzungen nicht erfüllt sind. Dies ist der Fall, wenn die beabsichtigte Rechtsverfolgung mutwillig ist. Die Möglichkeit einer Beschränkung der Mutwilligkeit auf durch eine unwirtschaftliche Prozessführung entstehende Mehrkosten hat im Wortlaut des § 114 S. 1 ZPO keinen Niederschlag gefunden. Eine beabsichtigte Rechtsverfolgung ist entweder mutwillig oder sie ist es nicht.“ (BAG aaO).

2. **Gegen eine nachträgliche Berücksichtigung einer möglichen unwirtschaftlichen Prozessführung** auf Grund getrennt erhobener Klagen **erst im Kostenfestsetzungsverfahren spricht** auch, **dass** die Worte „beabsichtigte Rechtsverfolgung“ deutlich machen, dass schon vor oder jedenfalls kurze Zeit nach dem Beginn der Rechtsverfolgung und nicht erst nach der Beendigung des Verfahrens **feststehen soll, ob und ggf. in welchem Umfang Prozesskostenhilfe bewilligt wird.**

„Wird erst im Kostenfestsetzungsverfahren berücksichtigt, dass eine bedürftige Partei einen Anspruch statt mit einer neuen Klage kostengünstiger durch Klageerweiterung in einem anhängigen Rechtsstreit hätte geltend machen können, kann eine solche Erweiterung einer bereits anhängigen Klage nicht mehr vorgenommen werden. Demgegenüber kann eine bedürftige Partei, deren Antrag auf Bewilligung von Prozesskostenhilfe für eine beabsichtigte, aber noch nicht erhobene neue Klage abgewiesen worden ist, häufig ihren Anspruch noch im Wege der Erweiterung der bereits anhängigen Klage verfolgen, so dass vermeidbare Mehrkosten nicht erst entstehen.“ (BAG aaO)

3. Schließlich ist eine beabsichtigte Teilklage (BGH NZI 2011, 104 = ZIP 2011, 246) oder eine Rechtsverfolgung mehrerer Ansprüche gegen dieselbe Partei in getrennten Prozessen nur dann mutwillig, wenn dies zu **höheren Kosten für die Staatskasse** führt und **keine nachvollziehbaren Sachgründe für diese Prozessführung vorliegen.**

„Legt der Ast. plausibel dar, dass ein sachlich begründeter Anlass bestanden hat, trotz der höheren Kosten von der möglichen Klageerweiterung in einem anhängigen Rechtsstreit abzusehen, kann dies die Bewilligung von Prozesskostenhilfe

für eine neue Klage rechtfertigen. Ob dies der Fall ist, ist aber vom Gericht im Bewilligungsverfahren zu beurteilen und nicht vom Urkundsbeamten im Kostenfestsetzungsverfahren.“ (BAG aaO)

ZPO
§§ 91a, 485

selbstständiges Beweisverfahren
keine Kostenentscheidung nach § 91a ZPO
(BGH in MDR 2011, 502; Beschluss vom 24.02.2011 – VII ZB 108/08)

ZPO

Unabhängig vom Zeitpunkt der Erledigungserklärungen der Parteien im **selbstständigen Beweisverfahren** kommt eine **Kostenentscheidung in entsprechender Anwendung des § 91a ZPO nicht in Betracht**.

- I. Soweit die Erklärungen der Parteien sich darauf beziehen, dass die Voraussetzungen für die Anordnung eines selbstständigen Beweisverfahrens weggefallen sind, besteht **keine Vergleichbarkeit** der Erledigung der Hauptsache in einem Rechtsstreit mit der i. d. S. verstandenen Erledigung eines selbstständigen Beweisverfahrens.

„Denn **in der Anordnung einer Beweiserhebung i. S. von § 490 II ZPO liegt gerade keine Entscheidung über ein Recht oder einen Anspruch**, noch ergeht eine solche Anordnung zum Nachteil des Ag. Eine kostenrechtliche Bewertung des selbstständigen Beweisverfahrens danach, ob der Beweisantrag bis zum Eintritt des i. d. S. das Beweisverfahren erledigenden Ereignisses zulässig und begründet gewesen sei, widerspräche dem Grundsatz, dass sich die Kostentragungspflicht auch bei einem zulässigen und begründeten Beweissicherungsantrag nach dem materiellen Ergebnis des Hauptsacheprozesses und der Notwendigkeit der Kosten für die Rechtsverfolgung beurteilt.“ (BGH aaO)

- II. Auch soweit man dagegen auf die **Erledigung eines noch nicht angestregten Hauptsacheverfahrens** abstellen wollte (so etwa MüKo-ZPO/ Lindacher, 3. Aufl., § 91a Rn 146), was auch noch nach sachlicher Beendigung der Beweiserhebung im selbstständigen Beweisverfahren möglich wäre, **fehlt es an einer mit der Situation des § 91a ZPO in einem Rechtsstreit vergleichbaren Situation**.

„Denn § 91a ZPO verlangt eine **Entscheidung über die Kostenverteilung nach billigem Ermessen unter Berücksichtigung der materiellen Rechtslage zum Zeitpunkt des erledigenden Ereignisses**. Eine **solche sachliche Prüfung ist im selbstständigen Beweisverfahren nicht vorgesehen**. Sie ist auch aufgrund der bis zum erreichten Verfahrensstand im selbstständigen Beweisverfahren festgestellten Sachlage nicht in vergleichbarer Weise möglich.

Das ist unabhängig davon, ob die Beweisaufnahme überhaupt nicht, teilweise oder bereits vollständig stattgefunden hat. Denn auch im Falle einer bereits vollständig erfolgten Beweiserhebung lässt sich hieraus weder automatisch noch auch nur regelmäßig die Erfolgsaussicht einer hypothetischen Hauptsacheklage ableiten. Weder genauer Streitgegenstand noch Umfang einer Hauptsacheklage stehen sicher fest. Außerdem muss deren Erfolg keineswegs ausschließlich von dem Ergebnis der im selbstständigen Beweisverfahren bereits erfolgten (vorgezogenen) Beweisaufnahme abhängen. In vielen Fällen wird diese Beweisaufnahme nur einen Teil der tatsächlichen Streitfragen eines Hauptsacheverfahrens ausmachen. Auch **ist dem Gericht des selbstständigen Beweisverfahrens die rechtliche Prüfung nicht ohne Weiteres möglich**, weil es weder den genauen Streitgegenstand noch das zur umfassenden Beurteilung der Rechtslage notwendigen Tatsachenvortrag der Parteien kennt. Ein solcher Vortrag ist im selbstständigen Beweisverfahren weder notwendig noch vorgesehen.

Deshalb reicht es nicht, dass § 91a ZPO Ausdruck einer gesetzgeberischen Grundsatzentscheidung sein mag, das Gericht von weiterer Sachverhaltsaufklärung allein aus Kostenzuweisungsgründen zu dispensieren, um zu einer entsprechenden Anwendung der Grundsätze dieser Vorschrift im selbstständigen Beweisverfahren zu gelangen (so aber MüKo-ZPO/Lindacher aaO). Denn diese Absicht kann nur verwirklicht werden, wenn es wenigstens regelmäßig einen Streitstoff gibt, der dem erkennenden Gericht die Ausübung eines billigen Ermessens, orientiert an der materiellen Rechtslage und den Erfolgsaussichten des Prozesses, ermöglicht. Das ist wie dargestellt im selbstständigen Beweisverfahren gerade nicht der Fall.“ (BGH aaO)

Aus der Praxis

ZPO
§§ 120 IV, 124, 172 I

Zustellungen im PKH-Bewilligungsverfahren an Prozessbevollmächtigten der Partei

ZPO

(BGH in Rpfleger 2011, 214; Beschluss vom 08.12.2010 – XII ZB 38/09)

Auch nach dem formellen Abschluss des Hauptsacheverfahrens haben Zustellungen im Prozesskostenhilfeüberprüfungsverfahren (§§ 120 IV, 124 ZPO) jedenfalls dann gem. § 172 I ZPO an den Prozessbevollmächtigten der Partei zu erfolgen, wenn dieser die Partei im Prozesskostenhilfebewilligungsverfahren vertreten hat.

- I. **In Rspr. und Lit. ist streitig, ob** die Aufforderung zur Erklärung über die persönlichen oder wirtschaftlichen Verhältnisse und der Beschluss, durch den nach rechtskräftigem Abschluss des Hauptsacheverfahrens die für dieses Verfahren bewilligte Prozesskostenhilfe gem. §§ 120 IV, 124 ZPO aufgehoben wird, **der Partei persönlich oder gem. § 172 I ZPO deren (früheren) Prozessbevollmächtigten zugestellt werden müssen.**

1. **Überwiegend** wird die Ansicht vertreten, die **Zustellung könne wirksam nur an die Partei erfolgen.**

Zur Begründung wird im Wesentlichen ausgeführt, mit dem Eintritt der formellen Rechtskraft ende das anhängige Verfahren i. S. des § 172 I ZPO. Das Verfahren gem. §§ 120 IV, 124 ZPO gehöre nicht zum Rechtszug i. S. dieser Norm. Ebenso wenig sei es einem der in § 172 I 2 ZPO genannten Verfahren vergleichbar. Vielmehr stelle es ein selbständiges Verwaltungsverfahren und als solches ein neues Verfahren dar, welches einer Abänderungsklage nach § 323 ZPO gleiche. Die Vertretung im Prozesskostenhilfeüberprüfungsverfahren sei auch nicht vom gesetzlichen Umfang der Prozessvollmacht gem. § 81 ZPO umfasst.

OLG Dresden NJ 2008, 315 f.; OLG Hamm FamRZ 2009, 1234; OLG Naumburg OLGR 2008, 404 f.; OLG Koblenz FamRZ 2008, 1358; OLG Köln FamRZ 2007, 908; OLG München FamRZ 1993, 580; Musielak/Fischer, ZPO, 7. Aufl., § 124 Rn 3; Thomas/Putzo, ZPO, 31. Aufl., § 172 Rn 7; Wieczorek/Schütze/Rohe, ZPO, 3. Aufl., § 172 Rn 25; Zöller/Geimer, ZPO, 28. Aufl., § 120 Rn 28, § 124 Rn 23

2. Nach der **Gegenmeinung** haben auch in einem nach Beendigung des Hauptsacheverfahrens durchgeführten Verfahren zur Überprüfung der Prozesskostenhilfe (§§ 120 IV, 124 ZPO) **Zustellungen jedenfalls dann gem. § 172 I ZPO an den Prozessbevollmächtigten zu erfolgen, wenn dieser die Partei bereits im Prozesskostenhilfebewilligungsverfahren vertreten hatte.**

Zur Begründung wird darauf abgestellt, dass zu einem anhängigen Prozesskostenhilfverfahren auch das sich gegebenenfalls erst nach Abschluss des Hauptsacheverfahrens anschließende Prozesskostenhilfeüberprüfungsverfahren gehöre. Bei diesem Verfahren handele es sich um ein dem Wiederaufnahmeverfahren vergleichbares Verfahren, in dem gem. § 172 I 2 ZPO Zustellungen an den bestellten Prozessbevollmächtigten erfolgen müssten. Demgemäß erstrecke sich die von der Partei für das Prozesskostenhilfverfahren erteilte Prozessvollmacht auch auf das sich anschließende Prozesskostenhilfeüberprüfungsverfahren.

OLG Brandenburg FamRZ 2009, 1426 f.; BAG 2008, 1356; LAG Rheinland-Pfalz MDR 2007, 175; LAG Baden-Württemberg DB 2003, 948; Hartmann/Lauterbach/Albers, ZPO, 69. Aufl., § 120 Rn 32; MühKo-ZPO/Häublein, 3. Aufl., § 172 Rn. 19

3. **BGH aaO schließt sich der zuletzt genannten Auffassung an**, wonach auch nach Beendigung der Instanz bzw. des Hauptsacheverfahrens Zustellungen im Prozesskostenhilfeüberprüfungsverfahren jedenfalls dann gem. § 172 ZPO an den Prozessbevollmächtigten erfolgen müssen, wenn dieser die Partei im Prozesskostenhilfebewilligungsverfahren vertreten hat, da das Prozesskostenhilfeüberprüfungsverfahren zum Rechtszug i. S. des § 172 I ZPO gehört.

- a) **Zweck der Vorschrift** ist, im **Interesse der Prozessökonomie und der Privatautonomie** sicher zu stellen, dass der von der Partei bestellte Prozessbevollmächtigte, in dessen Verantwortung die Prozessführung liegt, über den gesamten Prozessstoff informiert wird und sich somit in dessen Hand alle Fäden des Prozesses vereinigen.

„Für den Gesetzgeber lag der Grund für die obligatorische Zustellung an den Prozessbevollmächtigten in der Annahme, dass die Partei durch die Erteilung der Prozessvollmacht das Betreiben des Prozesses aus der Hand gegeben hat und deshalb der Prozessbevollmächtigte und nicht das Gericht die Partei über den jeweiligen Stand des Prozesses auf dem Laufenden zu halten habe. Dem Interesse der Partei sei im Falle der Zustellung an ihren Anwalt mehr gedient, als wenn an sie selbst zugestellt werde. Denn in den meisten Fällen werde sich die Partei ohnehin an ihren Anwalt wenden müssen, weil sie außer Stande sei, die Angemessenheit oder Notwendigkeit der weiteren Schritte beurteilen zu können (Hahn/Stegemann, Die gesamten Materialien zu den Reichs-Justizgesetzen Bd. 2 Materialien zur Zivilprozessordnung Abteilung 1, 2. Aufl. 1983, S. 227 f.).

Ein Bedürfnis an einer umfassenden Information des Prozessbevollmächtigten besteht über den formellen Abschluss des Hauptsacheverfahrens hinaus. Dem tragen § 172 I 2 und 3 ZPO Rechnung, die den Umfang des Rechtszugs über das Hauptsacheverfahren hinaus auf weitere Verfahren erstrecken. Die in § 172 I 2 und 3 ZPO enthaltene Aufzählung ist dabei nicht abschließend (MüKo-ZPO/Wenzel, 2. Aufl., § 178 Rn 1; Wieczorek/Schütze/Rohe § 172 Rn 24; Stein/Jonas/Roth, ZPO, 22. Aufl., § 172 Rn 15; a.A.: OLG Dresden NJ 2008, 315). Der Gesetzgeber verfolgte mit der Vorgängernorm des § 172 I 2 und 3 ZPO nicht die Absicht, einen erschöpfenden Katalog der noch zum Rechtszug zählenden Verfahrensabschnitte zu erstellen. Vielmehr wollte er lediglich einzelne Zweifelsfälle einer ausdrücklichen Regelung zuführen (Hahn/Stegemann aaO, S. 229). Dafür spricht auch deren Unvollständigkeit. So wird das Kostenfestsetzungsverfahren (§ 103 ff. ZPO) nicht genannt, das nach einhelliger

Meinung Teil des (ersten) Rechtszuges i. S. des § 172 I ZPO ist (BVerfG NJW 1990, 1104 f.; Stein/Jonas/Roth, ZPO, 22. Aufl., § 172 Rn 14; Zöller/Stöber, ZPO, 28. Aufl., § 172 Rn 14), obwohl es bei Eintritt der formellen Rechtskraft der Entscheidung in der Hauptsache (vgl. BGH NJW 1995, 1095) häufig noch nicht abgeschlossen ist. Auch erfordert der Zweck des § 172 ZPO, den Prozessbevollmächtigten umfassend zu informieren, eine weite Auslegung der Norm (vgl. Hartmann/Baumbach/Lauterbach, ZPO, 69. Aufl., § 172 Rn 2).“ (BGH aaO)

- b) Das Prozesskostenhilfeüberprüfungsverfahren gehört nach dem **Zweck des § 172 ZPO** auch noch in dessen Anwendungsbereich.

„Die **Prozesskostenhilfe hängt eng mit dem Hauptsacheverfahren zusammen**. Ihre Bewilligung setzt gem. § 114 ZPO die Erfolgsaussicht der beabsichtigten Rechtsverfolgung bzw. Rechtsverteidigung voraus. Außerdem schafft die Prozesskostenhilfe für die bedürftige Partei erst die wirtschaftlichen Voraussetzungen dafür, einen Prozess in der Hauptsache zu führen bzw. sich darin zu verteidigen. Auch wirkt sich eine Aufhebung der Prozesskostenhilfe gem. § 124 ZPO auf die Kostentragungspflicht und damit auf die wirtschaftliche Grundlage der Prozessführung aus. Mit der Aufhebung der Prozesskostenhilfe entfallen für die Partei rückwirkend die Vergünstigungen des § 122 ZPO. Die Staatskasse kann insbes. die Gerichtskosten und die auf sie übergegangenen Ansprüche des beigeordneten Anwalts gegen die Partei geltend machen, auch kann der Rechtsanwalt nunmehr die volle Wahlwaltsgebühr von der Partei fordern (MüKo-ZPO/Motzer, 3. Aufl., § 122 Rn 15, § 124 Rn 25; Musielak/Fischer, ZPO, 7. Aufl., § 124 Rn 10; Zöller/Geimer, ZPO, 28. Aufl., § 124 Rn 24).

Entsprechend besteht ein **Interesse der Partei** daran, dass das **gesamte Prozesskostenhilfverfahren in den Händen ihres Prozessbevollmächtigten** zusammengeführt und dieser dadurch in die Lage versetzt wird, die Partei über den jeweiligen Stand dieses Verfahrens auf dem Laufenden zu halten und die notwendigen Schritte zu unternehmen.

Diese **Interessenlage ändert sich durch den formellen Abschluss des Hauptsacheverfahrens nicht**: Hat die Partei ihren Prozessbevollmächtigten für das Prozesskostenhilfverfahren beauftragt, rechnet sie nicht damit, in diesem Verfahren selbst tätig werden zu müssen. Vielmehr geht sie davon aus, dass ihr Prozessbevollmächtigter sie informieren und beraten wird, wenn Handlungsbedarf besteht. Dabei wird sie nicht danach differenzieren, ob das Hauptsacheverfahren bereits beendet ist oder nicht. Dem Interesse der Partei kann der Prozessbevollmächtigte aber nur dann Rechnung tragen, wenn das Gericht ihm auch über den formellen Abschluss des Hauptsacheverfahrens hinaus Kenntnis von der Fortführung des Prozesskostenhilfverfahrens im Überprüfungsverfahren verschafft.

Dafür, dass das Prozesskostenhilfeüberprüfungsverfahren auch über den formellen Abschluss des Hauptsacheverfahrens hinaus als zur Instanz gehörendes Verfahren angesehen wird, spricht auch, dass die Aktenführung weiterhin unter dem Aktenzeichen des Hauptsacheverfahrens erfolgt und daher auch von den Beteiligten - mehr noch als das Wiederaufnahmeverfahren - als mit dem Hauptsacheverfahren zusammenhängend wahrgenommen wird. I. Ü. wird eine Partei nur schwer verstehen, dass sie bis zur Rechtskraft der Hauptsacheentscheidung auf Anfragen und Entscheidungen des Gerichts nicht selbst reagieren muss, sondern sich auf die Information und Beratung durch ihren Rechtsanwalt verlassen kann, dass sie aber nach Ablauf der Rechtsmittelfrist selbst tätig werden muss.“ (BGH aaO)

- c) Gegen eine Anwendung des § 172 ZPO auf das Prozesskostenhilfeüberprüfungsverfahren spricht auch nicht die **Parallele zum - vom Anwendungsbereich des § 172 ZPO nicht umfassten - Abänderungsverfahren** gem. § 323 ZPO bzw. §§ 238 ff. FamFG (Zöller/Geimer, ZPO, 28. Aufl., § 120 Rn 28).

„Das **Prozesskostenhilfeüberprüfungsverfahren ist enger mit dem Hauptsacheverfahren verknüpft als das - selbständige - Abänderungsverfahren**. Die Aufhebung der Prozesskostenhilfe wirkt sich unmittelbar auf die Kostentragungspflicht für das Hauptsacheverfahren aus. Sie hat zur Folge, dass für die Partei die Vergünstigungen des § 122 ZPO rückwirkend entfallen. I. Ü. ist allenfalls das Verfahren gem. § 120 IV ZPO, welches eine Anpassung der Ratenzahlungspflicht an veränderte Verhältnisse ermöglicht, mit dem Abänderungsverfahren gem. § 323 ZPO bzw. §§ 238 ff. FamFG vergleichbar. Demgegenüber haben die Aufhebungsgründe des § 124 ZPO, zu denen gem. § 124 Nr. 2 Alt. 2 ZPO auch die unterlassene Abgabe einer Erklärung nach § 120 IV 2 ZPO gehört, keine Änderung der Verhältnisse zur Voraussetzung. Es erscheint indes nicht sachgerecht, innerhalb des Prozesskostenhilfeüberprüfungsverfahrens zu differenzieren und dieses nur teilweise vom Anwendungsbereich des § 172 ZPO auszunehmen.“ (BGH aaO)

- d) Auch das Argument, es handele sich bei dem Prozesskostenhilfeüberprüfungsverfahren um eine Verwaltungsangelegenheit (OLG Hamm FamRZ 2009, 1234; OLG Dresden NJ 2008, 315; OLG München FamRZ 1993, 580), auf die § 172 ZPO nicht anwendbar sei, greift nicht.

„**Zuständig für die Änderung bzw. Aufhebung bleibt auch nach rechtskräftiger Beendigung des Hauptsacheverfahrens das Gericht**. Das ergibt sich schon aus dem Wortlaut des § 120 IV ZPO, wonach das Gericht noch vier Jahre nach dem rechtskräftigen Abschluss des Verfahrens den Bewilligungsbeschluss abändern kann (Schoreit/Groß, Beratungshilfe, Prozesskostenhilfe, Verfahrenskostenhilfe, 10. Aufl., § 120 ZPO Rn 36 mwN). Das Überprüfungs- bzw. Abänderungsverfahren ist Teil des Prozesskostenhilfverfahrens. Für dieses gilt § 172 ZPO (BAG Beschluss vom 19.07.2006 - 3 AZB 18/06 - juris).“ (BGH aaO)

BerHG
§ 6 II

Versagung von Beratungshilfe
kein weiteres Rechtsmittel nach Zurückweisung der Erinnerung
(OLG Celle in FamRZ 2011, 495; Beschluss vom 08.06.2010 – 2 W 149/10)

BerHG

Wird die **Erinnerung gegen die Versagung von Beratungshilfe zurückgewiesen**, ist gegen diese Entscheidung **kein weiteres Rechtsmittel gegeben**.

„Gegen die Entscheidung des gem. § 24 a I Nr. 1 RPfIG zuständigen Rechtspflegers, mit der Beratungshilfe abgelehnt wird, ist nach der eindeutigen Regelung in § 6 II BerHG nur die unbefristete Erinnerung durch den Rechtsuchenden gem. § 11 I 1 RPfIG statthaft.

Hilft der Rechtspfleger der Erinnerung nicht ab, hat er die Erinnerung gem. § 11 II 2 RPfG dem Richter vorzulegen, der über die Erinnerung endgültig entscheidet. Ein Rechtsmittel gegen dessen Entscheidung ist nicht gegeben.

Eine Vorlage der Erinnerung an das RechtsmittelGer. ist ebenso wenig möglich wie eine Beschwerde gegen die Entscheidung des Amtsrichters (vgl. OLG Celle BeckRS 2010, 25732; OLG Hamm RPfleger 1984, 291; OLG Schleswig RPfleger 1983, 489; OLG Stuttgart MDR 2007, 1400 = BeckRS 2007, 9722; JurBüro 1984, 124; BayObLG JurBüro 1986, 21; BayObLGZ 1993, 253 = NJW-RR 1994, 831; Gerold/Schmidt/Mayer, RVG, 18. Aufl., Nr. 2500 VV RVG Rn 15; Schneider/Wolf, RVG, 5. Aufl., Vorb. 2.5 Rn 45).

Es war der erklärte Wille des Gesetzgebers, dass der Richter am AG abschließend über die Erinnerung entscheiden sollte (vgl. Schoreit/Groß, Beratungshilfe/Prozesskostenhilfe, 9. Aufl., § 6 BerHG Rn 3).“ (OLG Celle)

BGB
§§ 823, 824

Bonitätsbeurteilung
als unerlaubte Handlung i.S. der §§ 823, 824 BGB
(BGH in DB 2011, 873; Urteil vom 22.02.2011 – VI ZR 120/10)

BGB

I. **Bonitätsbeurteilungen begründen, soweit es sich um Meinungsäußerungen handelt, i. d. R. keine Ansprüche aus § 824 BGB.**

1. Nach § 824 I BGB hat derjenige, der der Wahrheit zuwider eine Tatsache behauptet oder verbreitet, die geeignet ist, den Kredit eines anderen zu gefährden oder sonstige Nachteile für dessen Erwerb oder Fortkommen herbeizuführen, dem anderen den daraus entstehenden Schaden auch dann zu ersetzen, wenn er die Unwahrheit zwar nicht kennt, aber kennen muss. Abs. 2 bestimmt, dass durch eine Mitteilung, deren Unwahrheit dem Mitteilenden unbekannt ist, dieser nicht zum Schadensersatz verpflichtet wird, wenn er oder der Empfänger der Mitteilung an ihr ein berechtigtes Interesse hat. Die Vorschrift setzt danach voraus, dass unwahre Tatsachen mitgeteilt werden, nicht bloß Werturteile. Vor abwertenden Meinungsäußerungen und Werturteilen bietet § 824 I BGB hingegen keinen Schutz (vgl. BGHZ 166, 84 = VersR 2006, 1219 - "Kirch"). Die Abgrenzung von Tatsachen und Werturteilen ist bei der Anwendung des § 824 BGB ebenso vorzunehmen wie in sonstigen Zusammenhängen (vgl. BGHZ 166, 84 = VersR 2006, 1219 - "Kirch"; MüKo-BGB/Wagner, 5. Aufl., § 824 Rn 14).

2. **Wesentlich für die Einstufung als Tatsachenbehauptung ist, ob die Aussage einer Überprüfung auf ihre Richtigkeit mit den Mitteln des Beweises zugänglich ist** (vgl. z.B. BGHZ 132, 13 = VersR 1996, 597; BGH VersR 2008, 793; BGH VersR 2010, 220).

„Die durch eine Zahl repräsentierte **Bonitätsbeurteilung eines Unternehmens stellt im Allgemeinen eine Bewertung dar, die auf Tatsachen beruht. Diese werden nach vorgegebenen Bewertungskriterien gewichtet und fließen so in das letztendlich abgegebene Werturteil ein, das aber dadurch nicht selbst zu einer Tatsachenbehauptung wird. Dies ist nur dann der Fall, wenn bei der Äußerung aus Sicht des Empfängers die Elemente der Stellungnahme, des Dafürhaltens oder Meinens gegenüber den zugrunde liegenden Tatsachen in den Hintergrund treten.**

Dem entspricht die Rspr. des erkennenden Senats, wonach bei Kollisionen zwischen dem Recht der Meinungsäußerungsfreiheit und dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht dort, wo Tatsachenbehauptungen und Wertungen zusammenwirken, grds. der Text in seiner Gesamtheit von der Schutzwirkung des Art. 5 I GG erfasst wird, weil im Fall einer engen Verknüpfung der Mitteilung von Tatsachen und ihrer Bewertung der Grundrechtsschutz der Meinungsfreiheit nicht dadurch verkürzt werden darf, dass ein tatsächliches Element aus dem Zusammenhang gerissen und isoliert betrachtet wird (vgl. hierzu BGHZ 132, 13 = VersR 1996, 597; BGH VersR 2005, 277; BGH VersR 2009, 555).“ (BGH aaO)

II. **Ansprüche aus § 823 I BGB unter dem Gesichtspunkt eines Eingriffs in den eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb scheiden grds. aus, wenn die als Meinungsäußerung zu qualifizierende Bonitätsbeurteilung auf einer zutreffenden Tatsachengrundlage beruht.**

„Insoweit ist für den Bereich der Wirtschaftsauskünfte im Auge zu behalten, dass zwar das Recht dessen, der derartige Bewertungen abgibt, auf freie Meinungsäußerung aus Art. 5 I GG mit dem Recht des beurteilten Unternehmens aus Art. 12 I GG in Konflikt geraten kann. Dieses Grundrecht schützt aber nicht vor der Verbreitung zutreffender und sachlich gehaltener Informationen am Markt, die für das wettbewerbliche Verhalten der Marktteilnehmer von Bedeutung sein können, selbst wenn die Inhalte sich auf einzelne Wettbewerbspositionen nachteilig auswirken; Grundlage der Funktionsfähigkeit des Wettbewerbs ist ein möglichst hohes Maß an Informationen der Marktteilnehmer über marktrelevante Faktoren (BVerfGE 105, 252 - "Glykol"; BVerfG NJW-RR 2004, 1710 - "gerlach-report"). Insbes. gewährleistet das Grundrecht keinen Anspruch auf Erfolg im Wettbewerb oder auf Sicherung künftiger Erwerbsmöglichkeiten (BVerfGE 106, 275 - "Arzneimittelfestbeträge"; BVerfG NJW-RR 2004, 1710 - "gerlach-report").

Die Erteilung von zutreffenden **Bonitätsauskünften ist für das Funktionieren der Wirtschaft von erheblicher Bedeutung. Der erkennende Senat hat bereits entschieden, dass Angaben einer Wirtschaftsauskunftei, die geeignet sind, etwaige Kreditgeber zu einer sorgfältigen Bonitätsprüfung zu veranlassen, für das Kreditgewerbe erforderlich und vom Betroffenen grds. hinzunehmen sind** (BGH NJW 2003, 2904). Nichts anderes gilt, wenn solche Auskünfte auf Nachfrage sonstigen (potentiellen) Geschäftspartnern erteilt werden. Eine **Abwägung der widerstreitenden Grundrechte wird in solchen Fällen i. d. R. zugunsten einer Zulässigkeit der Bonitätsauskunft ausgehen.**“ (BGH aaO)

BGB
§ 1353 I 2

Gebot zur gegenseitigen Rücksichtnahme
Anspruch eines Ehegatten auf Entlassung aus Mietvertrag
(OLG Hamburg in FamRZ 2011, 481; Beschluss vom 10.09.2010 – 12 WF 51/10)

BGB

Aus dem **Gebot der gegenseitigen Rücksichtnahme** und dem **Wesen der Ehe**, die finanziellen Lasten des anderen Teils nach Möglichkeit zu verringern, kann die **Pflicht des einvernehmlich in der gemeinsam angemieteten Woh-**

nung verbleibenden Ehegatten folgen, daran mitzuwirken, dass der aus der Wohnung ausgezogene Ehegatte vom – insoweit kooperationswilligen – Vermieter aus dem Mietvertrag entlassen wird.

„Ein Ehegatte kann gegenüber dem anderen auch verpflichtet sein, an der Entlassung aus dem gemeinsamen Mietverhältnis mitzuwirken, wenn diese **Änderung angemessen und für den betroffenen Ehegatten zumutbar** ist.

Davon ist im vorliegenden Fall auszugehen: Dem Verlangen auf Entlassung des Ast. aus dem Mietvertrag mit dem insoweit kooperationswilligen Vermieter kann die Ag. Insbes. nicht die Bestimmung des § 1361 b III BGB entgegenhalten. Der Ast. beabsichtigt gerade nicht, das Nutzungsrecht der Ag. an der Ehwohnung zu erschweren oder zu vereiteln. Die von ihm angestrebte **Entlassung aus dem Mietverhältnis**, ggf. auch im Wege der Begründung eines eigenen Mietverhältnisses zwischen Ag. und Vermieter, **steht der Nutzung der Ehwohnung durch die Ag. nicht entgegen, sondern entspricht dem übereinstimmenden Willen der Parteien**, nach dem die **Wohnung von der Ag. auch auf Dauer allein genutzt** werden soll. Hiervon ist auch weiterhin auszugehen, nachdem die Parteien seit nunmehr länger als zwei Jahren getrennt leben.“ (OLG Hamburg aaO)

BGB
§§ 1944, 2180

Ausschlagung eines Vermächtnisses keine Ausschlagungsfrist

BGB

(BGH in FamRZ 2011, 468; Urteil vom 12.01.2011 – IV ZR 230/09)

Die **Ausschlagung eines Vermächtnisses** ist **nicht fristgebunden**, eine entsprechende Anwendung der Ausschlagungsfrist des § 1944 BGB auf Vermächtnisse kommt nicht in Betracht.

„§ 2180 BGB sieht keine Frist für die Ausschlagung eines Vermächtnisses vor. Die Regelung des § 1944 BGB, wonach die Ausschlagung nur binnen sechs Wochen erfolgen kann, **findet auf das Vermächtnis keine Anwendung**, da in § 2180 III BGB auf sie gerade nicht verwiesen wird. Eine analoge Anwendung des § 1944 BGB jedenfalls im Fall des § 2271 II BGB kommt nicht in Betracht: Abgesehen davon, dass es angesichts der eindeutigen Regelung in § 2180 III BGB bereits an einer planwidrigen Gesetzeslücke fehlt, kann dem Bedürfnis nach Rechtsklarheit in überschaubarer Zeit auch auf andere Weise genügt werden. Zunächst ist eine Ausschlagung nach § 2180 I BGB ohnehin nur dann möglich, wenn das Vermächtnis nicht bereits angenommen wurde. Außerdem kann der Erbe, wenn es sich bei dem Vermächtnisnehmer - wie hier - zugleich um einen Pflichtteilsberechtigten handelt, diesem nach § 2307 II BGB eine angemessene Frist zur Erklärung über die Annahme des Vermächtnisses setzen. Mit dem Ablauf der Frist gilt das Vermächtnis als ausgeschlagen, wenn nicht vorher die Annahme erklärt wird.“ (BGH aaO)

FamFG
§§ 231 II, 58 I

Entscheidungen des Rechtspflegers in Familiensachen Beschwerde als zulässiges Rechtsmittel

FamFG

(KG in FamRZ 2011, 494; Beschluss vom 12.07.2010 – 16 UF 79/10)

Gegen **Entscheidungen des Rechtspflegers des Familiengerichts** nach § 25 Nr. 2a RPfIG, § 231 II FamFG, § 64 II 3 EStG **findet** nicht die Erinnerung nach § 11 RPfIG, sondern vielmehr die **Beschwerde statt**.

„Bei dem angefochtenen Beschluss des FamG handelt es sich um eine **Endentscheidung in einer Angelegenheit nach dem FamFG**. Das Verfahren nach § 64 II 3 EStG ist eine Familiensache (Unterhaltssache) der freiwilligen Gerichtsbarkeit (§ 231 II FamFG) und richtet sich nach den Bestimmungen des Buches 1 des FamFG sowie den §§ 232–234 FamFG (vgl. Musielak/Borth, FamFG, 2009, § 231 Rn 18). Der Umstand, dass für das Verfahren der Rechtspfleger zuständig ist (§ 25 Nr. 2a RPfIG), ändert nichts daran, dass das Rechtsmittel der Beschwerde nach § 58 I FamFG gegeben ist. Gem. § 11 I RPfIG ist gegen die Entscheidungen des Rechtspflegers das Rechtsmittel gegeben, das nach den allgemeinen verfahrensrechtlichen Vorschriften zulässig ist. Die **Erinnerung findet nur dann statt, wenn gegen die Entscheidung nach den allgemeinen verfahrensrechtlichen Vorschriften ein Rechtsmittel nicht gegeben ist** (§ 11 II RPfIG). Dies ist hier nicht der Fall.“ (KG aaO)

AGG
§ 3 I 1

Altersdiskriminierung Benachteiligung bei Bewerbung um Arbeitsplatz

AGG

(BAG in BB 2011, 703; Urteil vom 19.08.2010 – 8 AZR 530/09)

Wird in einer Stellenanzeige ein „junger“ Bewerber oder eine „junge“ Bewerberin gesucht, so besteht grds. eine dahingehende **Vermutung, dass ein abgelehnter Bewerber wegen seines Alters benachteiligt worden ist, wenn eine deutlich jüngere Person eingestellt wird**.

- I. Gem. § 3 I 1 AGG liegt eine unmittelbare Benachteiligung vor, wenn ein Beschäftigter wegen eines in § 1 genannten Grundes – zu denen auch das Alter zählt – eine weniger günstige Behandlung erfährt, als eine andere Person in einer vergleichbaren Situation erfährt, erfahren hat oder erfahren würde. Eine **weniger günstige Behandlung wegen des Alters ist bereits dann gegeben, wenn die Benachteiligung an das Alter anknüpft oder durch sie motiviert ist**. Ausreichend ist, dass das **Alter Bestandteil eines Motivbündels** ist, das die Entscheidung beeinflusst hat. Auf ein schuldhaftes Handeln oder gar eine Benachteiligungsabsicht kommt es nicht an (BAG NZA 2009, 945 = NJW 2009, 3533).
- II. Hinsichtlich der **Kausalität zwischen Nachteil und dem verpönten Merkmal** ist in § 22 AGG eine **Beweislastregelung** getroffen, die sich auch auf die Darlegungslast auswirkt.

Der Beschäftigte **genügt** danach seiner Darlegungslast, wenn er **Indizien vorträgt, die seine Benachteiligung wegen eines verbotenen Merkmals vermuten lassen**. Dies ist der Fall, wenn die vorgetragene Tatsachen aus objektiver Sicht mit überwiegender Wahrscheinlichkeit darauf schließen lassen, dass die Benachteiligung wegen dieses Merkmals erfolgt ist. Durch die Verwendung der Wörter „Indizien“ und „vermuten“ bringt das Gesetz zum Ausdruck, dass es hinsichtlich der Kausalität zwischen einem der in § 1 AGG genannten Gründe und

einer ungünstigeren Behandlung genügt, Hilfsfakten vorzutragen, die zwar nicht zwingend den Schluss auf die Kausalität zulassen, die aber die Annahme rechtfertigen, dass die Kausalität gegeben ist (BAG NZA 2010, 1006). Liegt eine Vermutung für die Benachteiligung vor, trägt nach § 22 AGG die andere Partei die Beweislast dafür, dass kein Verstoß gegen die Bestimmungen zum Schutz vor Benachteiligung vorgelegen hat.

- III. Die **Würdigung der Tatsachengerichte**, ob die von einem Bewerber vorgetragene Tatsache eine Benachteiligung wegen eines verbotenen Merkmals vermuten lassen, ist **nur beschränkt revisibel**. Die nach § 286 I 1 ZPO gewonnene Überzeugung bzw. Nichtüberzeugung von einer überwiegenden Wahrscheinlichkeit für die Kausalität zwischen einem in § 1 AGG genannten Merkmal und einem Nachteil kann revisionsrechtlich nur darauf überprüft werden, ob sie möglich und in sich widerspruchsfrei ist und ob sie gegen Denkgesetze, Erfahrungssätze oder andere Rechtssätze verstößt (BAG NZA 2008, 1351 = NJW 2008, 3658 bzgl. einer geschlechtsbezogenen Benachteiligung).

„Das LAG ist davon ausgegangen, dass sich **bereits aus der Stellenanzeige die Vermutung der Benachteiligung des Kl. wegen seines Alters ergibt**: § 11 AGG verbietet die Ausschreibung eines Arbeitsplatzes unter Verstoß gegen § 7 I AGG. Eine Ausschreibung verstößt gegen § 7 I AGG, wenn Menschen, die ein in § 1 AGG genanntes Merkmal aufweisen, vom Kreis der für die zu besetzende Stelle in Betracht kommenden Personen ausgeschlossen werden.

Die von der Bekl. zu besetzende Stelle als **Volljurist/in** ist unter **Verstoß gegen § 11 AGG** ausgeschrieben worden, da das **Alter als Einstellungsvoraussetzung genannt** ist. Nach der Stellenanzeige werden „junge“ Volljuristinnen/Volljuristen gesucht. Mit dieser Einschränkung werden solche Personen, die nicht mehr „jung“ sind, vom Kreis derer, die für die zu besetzende Stelle in Betracht kommen, ausgeschlossen.

Da der Verstoß gegen die Verpflichtung, einen Arbeitsplatz nicht unter Verstoß gegen § 7 I AGG auszuschreiben, die **Vermutung begründen kann, die Benachteiligung sei wegen des in der Ausschreibung bezeichneten verbotenen Merkmals erfolgt** (vgl. BAGE 109, 265 = NZA 2004, 540 = NJW 2004, 2112), ist die vom LAG angenommene Vermutung einer altersbedingten Diskriminierung des Kl. revisionsrechtlich nicht zu beanstanden. Dabei ist es nicht entscheidend, dass der Begriff „jung“ nicht eindeutig zu definieren ist. Auf jeden Fall liegt dann ein Indiz für die Benachteiligung eines Bewerbers wegen seines Alters vor, wenn ein anderer deutlich jüngerer Bewerber eingestellt worden ist. Dies war vorliegend der Fall.“ (BAG aaO)

InsVV
§ 2 II

Vergütungsanspruch des Insolvenzverwalters Regel-Mindestvergütung

InsO

(BGH in MDR 2011, 260 = Rpfleger 2011, 234; Beschluss vom 16.12.2010 – IX ZB 39/10)

Die **Regel-Mindestvergütung** des Insolvenzverwalters **richtet sich nach der Kopfzahl der Gläubiger**, nicht hingegen nach der Zahl der angemeldeten Forderungen.

„Die Antwort ergibt sich mit hinreichender Deutlichkeit aus dem **Wortlaut des § 2 II InsVV**: Die Regel-Mindestvergütung fällt an, wenn nicht mehr als 10 Gläubiger ihre Forderungen angemeldet haben; von 11 bis 30 Gläubigern erhöht sich die Vergütung für je angefangene 5 Gläubiger um 150 €; ab 31 Gläubiger erhöht sich die Vergütung je angefangene 5 Gläubiger um 100 €. Hätte der Verordnungsgeber die Erhöhung der Regel-Mindestvergütung an die Zahl der angemeldeten Forderungen knüpfen wollen, hätte er die Vorschrift des § 2 II InsVV entsprechend formuliert. Die nicht amtlich veröffentlichte **Begründung der Verordnung zur Änderung der Insolvenzzurechtlichen Vergütungsverordnung** (abgedruckt z.B. ZIP 2004, 1927 ff; vgl. auch Wimmer ZInsO 2004, 1006) **bestätigt diesen Befund**: Der Verordnungsgeber hat ausdrücklich eine anhand der Zahl der Gläubiger gestaffelte Vergütung vorgesehen, weil er im Anschluss an ein von ihm in Auftrag gegebenes Gutachten auf der Grundlage rechtstatsächlicher Untersuchungen zu dem Schluss gekommen war, dass diese Zahl - nicht: die Zahl der angemeldeten Forderungen - einen ungefähren Maßstab für die Belastung des Verwalters im Verfahren bildet.

Dass trotz des klaren Wortlauts der Vorschrift Unklarheit über die Auslegung von § 2 II InsVV bestünde und es zu divergierenden Entscheidungen der Instanzgerichte gekommen wäre, legt die Rechtsbeschwerde nicht dar. Sie weist lediglich eine einzige Kommentartabelle nach, in welcher in einem Halbsatz ohne jede Begründung, ohne Auseinandersetzung mit dem Wortlaut der Vorschrift und ohne Hinweis auf gegenteilige Literaturstimmen (vgl. etwa Graf-Schlicker/Kalkmann, InsO, 2. Aufl., § 2 InsVV Rn 15; HK-InsO/Keller, InsO, 5. Aufl., § 2 InsVV Rn 21) die Ansicht vertreten wird, es komme im eröffneten Verfahren (anders als im Eröffnungsverfahren, wo auch nach dieser Kommentierung die Zahl der Gläubiger maßgebend sein soll) auf die angemeldeten Forderungen an (Haarmeyer/Wutzke/Förster, InsVV, 4. Aufl., § 2 Rn 50). Soweit von anderer Seite eingewandt wird, die **Arbeitsbelastung des Verwalters stehe gerade nicht in einer signifikanten Relation zu der Zahl der Gläubiger** (AG Hamburg NZI 2005, 234; HmbKomm-InsO/Büttner, 3. Aufl., § 2 InsVV Rn 17 f), hat der Senat hierzu bereits Stellung genommen (vgl. BGH ZIP 2008, 976). Der Verordnungsgeber hätte die Forderungsanmeldungen zum Maßstab nehmen können, hat dies aber nicht getan.“ (BGH aaO)

ZPO
§ 278 VI 1

schriftlicher Vergleichsschluss Zulässigkeit des Widerrufs

ZPO

(OLG Hamm in MDR 2011, 507; Urteil vom 13.12.2010 – 31 U 99/07)

Nach § 278 VI 1 ZPO wird ein **Vergleich** - auch - **dadurch geschlossen, dass die Parteien einen schriftlichen Vergleichsvorschlag des Gerichts annehmen**; der Vergleich ist damit zustande gekommen.

„Diese Rechtsfolge ergibt sich schon aus dem **Wortlaut des § 278 VI 1 und 2 ZPO**: Der Vergleich wird „geschlossen“ durch die Annahmeerklärungen der Parteien. Für diese, von den Prozessbevollmächtigten abzugebenden Erklärungen ist nach § 276 VI ZPO die Schriftform erforderlich, aber auch ausreichend. Das Gericht „stellt“ das (erfolgte) „Zustandekommen“ nur „fest“.

Es entspricht zudem allgemeiner Meinung, dass auf das Zustandekommen eines Vergleichs im Rahmen des § 278 ZPO die **Vorschriften über den Vertragsschluss ergänzend anwendbar** sind. Nach „Annahme“ des [Vergleichs-]Vorschlags war der Vergleichsvertrag wirksam und ein Widerruf nicht mehr möglich.

Der **Senatsbeschluss über das Zustandekommen des Vergleichs hat lediglich deklaratorischen Charakter** (vgl. zu alledem etwa Saenger, ZPO, 2006, § 278 Rn 23; Wieczorek/Schütze, ZPO, 3. Aufl. 2008, § 278 Rn 111; Zöller-Greger, ZPO, 28. Aufl., § 278 Rn 31; Musielak-Foerste, ZPO, 7. Aufl., § 278 Rn 17).

Es wäre auch mit den **berechtigten Interessen des Gegners, Rechtssicherheit** über den vergleichswisen Verfahrensabschluss zu haben, nicht vereinbar, wenn eine Partei noch nach Annahme des Vergleichsvorschlags durch den Gegner ihre Vergleichsbereitschaft widerrufen könnte und das wirksame Zustandekommen des Vergleichs davon abhinge, wann das Gericht den Feststellungsbeschluss nach § 278 VI 2 ZPO abfasst (und wann dieser wirksam wird).

Der Abschluss eines Vergleichs bleibt zudem auch im Rahmen von § 278 VI ZPO ein Vertrag zwischen den Parteien (§ 779 BGB). Es wäre **systemwidrig**, dessen **Wirksamkeit von einem zusätzlichen konstitutiv wirkenden Akt des Gerichts abhängig zu machen, auf den die Parteien keinen Einfluss mehr hätten.**“ (OLG Hamm aaO)

Steuerrecht

ESTG
§ 33

Heimkosten außergewöhnliche Belastung

SteuerR

(BFH in DStR 2011, 65 = NJW 2011, 1024; Urteil vom 13.10.2010 – VI R 38/09)

Bei einem **durch Krankheit veranlassten Aufenthalt in einem Seniorenheim** sind die Kosten für die Unterbringung als **außergewöhnliche Belastungen gem. § 33 I EStG** abziehbar.

- I. Nach § 33 I EStG wird die Einkommensteuer auf Antrag ermäßigt, wenn einem Steuerpflichtigen zwangsläufig **größere Aufwendungen als der überwiegenden Mehrzahl der Steuerpflichtigen gleicher Einkommensverhältnisse, gleicher Vermögensverhältnisse und gleichen Familienstands erwachsen** (außergewöhnliche Belastung). Nach st. Rspr. des BFH sind Aufwendungen außergewöhnlich, wenn sie nicht nur ihrer Höhe, sondern auch ihrer Art und dem Grunde nach außerhalb des Üblichen liegen. Die üblichen Aufwendungen der Lebensführung, die in Höhe des Existenzminimums durch den Grundfreibetrag abgegolten sind, sind aus dem Anwendungsbereich des § 33 EStG ausgeschlossen (BFHE 229, 206 = BStBl II 2010, 794 = NJW 2010, 3054 m. w. Nachw.). **Krankheitskosten sind regelmäßig eine außergewöhnliche Belastung i. S. des § 33 EStG.**

Zu den **üblichen Aufwendungen der Lebensführung** rechnen regelmäßig **auch die Kosten für die altersbedingte Unterbringung in einem Altersheim. Liegt dagegen ein durch Krankheit veranlasster Aufenthalt in einem Alters- oder Pflegeheim vor, stellen sich die Aufwendungen für die Heimunterbringung als Krankheitskosten dar** (BFHE 191, 280 = BStBl II 2000, 294 = NJW 2000, 2767; BFHE 199, 296 = BStBl II 2002, 567 = DStRE 2002, 1065; BFHE 199, 135 = BStBl II 2003, 70 = NJW 2002, 3351). Es gelten die allgemeinen Grundsätze über die Abziehbarkeit von Krankheitskosten (Schmidt/Loschelder, EStG, 29. Aufl., § 33 Rn 35, Stichwort Altersheim).

- II. Werden Kosten einer Heimunterbringung dem Grund nach als außergewöhnliche Belastung (Krankheitskosten) berücksichtigt, sind sie **nur insoweit gem. § 33 I EStG abziehbar, als sie die zumutbare Belastung** (§ 33 III EStG) sowie die sog. **Haushaltersparnis übersteigen** (BFHE 229, 206 = BStBl II 2010, 794 = NJW 2010, 3054).

AO 1977

§§ 150 IV 1, 152 I 1

Verspätungszuschlag mängelbehaftete Steuererklärung

SteuerR

(OVG Münster in NVwZ-RR 2011, 249; Urteil vom 26.10.2010 – 14 A 1409/08)

Eine **innerhalb der Steuerklärungsfrist abgegebene mängelbehaftete Erklärung bleibt ungeachtet der Mängel eine Steuererklärung i. S. § 150 I AO 1977.** Es besteht daher **kein Raum für die Verhängung eines Verspätungszuschlags.**

- I. Die **Verspätung der Abgabe der einer Steuererklärung beizufügenden Unterlagen i. S. des § 150 IV 1 AO 1977 rechtfertigt nach ganz h. M. nicht die Festsetzung eines Verspätungszuschlages**, weil die beizufügenden Unterlagen nicht „Steuererklärung“ sind (vgl. Klein, AO 1977, 10. Aufl., § 152 Rn 5; Tipke/Kruse, AO 1977, Loseblsg., Stand: Juni 2010, § 152 Rn 10, jew. m. w. Nachw.).
- II. Nach einer **Mindermeinung** sind die unter § 150 IV 1 AO 1977 fallenden Unterlagen zwar Teil der Steuererklärung, so dass die Nichtbeifügung von Unterlagen die Festsetzung eines Verspätungszuschlages nach § 152 I 1 AO 1977 rechtfertigen kann (vgl. Hübschmann/Hepp/Spitaler: AO 1977/FGO, Loseblsg. Stand: Sept. 2010, § 152 AO 1977, Rn 11).

*„Aber auch nach dieser Auffassung ist hier die **Festsetzung eines Verspätungszuschlages nicht gerechtfertigt. Danach ist das Fehlen von Unterlagen im Rahmen der Bewertung der Vollständigkeit bzw. Lückenhaftigkeit der Erklärung zu berücksichtigen. Nach st. Rspr. des BFH bleibt eine innerhalb der Steuerklärungsfrist eingebrachte mängelbehaftete Erklärung ungeachtet der Mängel eine Steuererklärung i. S. des § 150 I AO 1977. Es besteht dann kein Raum für die Verhängung eines Verspätungszuschlags. Sind wichtige Fragen nicht beantwortet oder sind in der Steuererklärung gemachte Angaben falsch, dann greift die Erforschungspflicht des Finanzamtes ein. Zweck des Zuschlages ist es, das ordnungsgemäße Veranlagungsverfahren in Gang zu bringen. Dazu ist auch eine lückenhafte oder falsche Steuererklärung geeignet. Nur die Einreichung einer völlig unzureichenden Steuererklärung, die es unmöglich macht, das ordnungsgemäße Veranlagungsverfahren in Gang zu setzen, kann der Nichteinreichung der Steuererklärung gleichstehen (vgl. BFHE 97, 405).***

*In ähnlicher Weise äußert sich auch die genannte **Mindermeinung**: Auch danach **kommt es auf den Grad der Lücken für die Beurteilung an, ob überhaupt eine Steuererklärung vorliegt** mit der Folge, dass die Einreichung einer neuen Erklärung verlangt und ein Verspätungszuschlag erhoben werden kann, oder ob es sich um eine wirksame Erklärung handelt, zu deren Ergänzung die Finanzbehörde aufzufordern hat. Entscheidend ist auch nach dieser Auffassung, ob die Steuererklärung in der eingereichten Form überhaupt eine **geeignete Arbeitsgrundlage** ist. Nach den hier eingereichten Steueranmeldungen konnte das Steuerfestsetzungsverfahren ohne Weiteres in Gang gesetzt werden und ist von der Bekl. auch eingeleitet und weiter geführt worden. Nach Einreichung der die Erklärung verifizierenden Belege sind die von der Kl. gemachten Angaben auch bis auf allenfalls kleinere Differenzierungen übernommen worden.*

*Der Senat teilt die Auffassung, dass die **Festsetzung eines Verspätungszuschlages** bei Nichteinreichung oder verspäteter Einreichung von Unterlagen, die der Steuererklärung beizufügen sind, **allenfalls dann** in Betracht kommt, **wenn ohne diese Unterlagen praktisch überhaupt keine bearbeitungsfähige Steuererklärung vorliegt.** Nur diese Auslegung entspricht dem*

Wortlaut und wird dem Zweck der Vorschrift gerecht, die Abgabe der Steuererklärung als solcher sicherzustellen, nicht aber bloß weitere Ermittlungen oder Überprüfungen der Steuerbehörde zu vermeiden.“ (OVG Münster aaO)

AO

§§ 370, 378 I

Steuerhinterziehung

SteuerR

Abgrenzung zwischen Vorsatz und Leichtfertigkeit

(OLG München in FD-StrafR 2011, 316417; Beschluss vom 15.02.2011 – 4 StRR 167/10)

Zum Inhalt des für § 370 AO erforderlichen Vorsatzes gehört, dass der Täter den nach Grund und Höhe bestimmten Steueranspruch kennt oder wenigstens für möglich hält und ihn auch verkürzen will.

Leichtfertig gem. § 378 AO handelt, wer die Sorgfalt außer Acht lässt, zu der er nach den besonderen Umständen des Falles und seinen persönlichen Fähigkeiten und Kenntnissen verpflichtet und imstande ist, obwohl sich ihm hätte aufdrängen müssen, dass dadurch eine Steuerverkürzung eintreten wird.

„**Steuerhinterziehung kann nur vorsätzlich begangen werden** (§ 15 StGB). Greift § 370 AO nicht ein, weil Vorsatz nicht festgestellt werden kann, so ist eine leichtfertige Tat gem. § 378 AO in Betracht zu ziehen. Der § 378 AO wirkt in solchen Fällen wie ein Auffangtatbestand.

Zum Inhalt des für § 370 AO erforderlichen Vorsatzes gehört, dass der Täter den nach Grund und Höhe bestimmten Steueranspruch kennt oder wenigstens für möglich hält und ihn auch verkürzen will. Dies ist noch nicht der Fall, wenn der Täter die Höhe eines Anspruchs lediglich erkennen konnte, jedoch nicht erkannt hat. **Leichtfertigkeit** bezeichnet einen **erhöhten Grad von Fahrlässigkeit, die nahe an den Vorsatz grenzt**, sie kann nicht nur bei bewusster, sondern auch bei unbewusster Fahrlässigkeit vorliegen. Leichtfertig handelt, wer die Sorgfalt außer Acht lässt, zu der er nach den besonderen Umständen des Falles und seinen persönlichen Fähigkeiten und Kenntnissen verpflichtet und imstande ist, obwohl sich ihm hätte aufdrängen müssen, dass dadurch eine Steuerverkürzung eintreten wird. Die **Feststellung von Vorsatz oder Leichtfertigkeit ist Tatfrage**, mit der sich der Tatrichter unter Berücksichtigung der besonderen Umstände des Falles sowie der Kenntnisse und der Erkenntnismöglichkeiten des Täters auseinanderzusetzen hat.“ (OLG München aaO)

Weitere Schrifttumsnachweise

I. Zivilrecht

1. **Streyl:** Verspäteter Zugang der Betriebskostenabrechnung wegen unbekannter neuer Anschrift des Mieters (ZMR 2011, 188)
2. **Milger:** Miete und Kautions in der Zwangsverwaltung (NJW 2011, 1249)

Nach der **BGH-Rspr.** ist der **Mieter in der Zwangsverwaltung durch §§ 152 II ZVG** – auch hinsichtlich der Kautions – **weitgehend geschützt**, weil der Verwalter an Stelle des Vermieters dessen Pflichten aus dem Mietvertrag erfüllen muss; gleichwohl hat der Mieter Anlass, sich beizeiten um die sichere Anlage der Kautions zu kümmern; vorzugsweise sollte das bereits bei Abschluss des Mietvertrags geschehen und nicht erst dann, wenn dem Mieter durch die Mitteilung des Zwangsverwalters, dass die Mieten nunmehr an ihn zu zahlen sind, klar wird, dass auch bei dem vermeintlich wirtschaftlich stärkeren Vermieter ein Insolvenzrisiko besteht. – Endet das Mietverhältnis in der Insolvenz, ist der **Anspruch auf Auskehrung einer nicht separat angelegten Kautions nur eine einfache Insolvenzforderung**; der Mieter sollte deshalb schon bei Abschluss des Mietvertrags auf eine Anlageform der Kautions achten, die sowohl einen Zugriff der Gläubiger des Vermieters als auch missbräuchliche Verfügungen des Vermieters selbst zuverlässig ausschließt; zu denken ist insoweit insbes. an die Verpfändung eines Sparguthabens bzw. einer anderen Forderung gegen ein Geldinstitut; der Mieter hat einen Anspruch darauf, dass die Kautions gar nicht erst mit dem Vermögen des Vermieters vermischt wird. – Die **Stellung der Kautions durch Verpfändung eines Bankguthabens** hat bei einem Wechsel des Vermieters (sei es im Wege der Veräußerung oder des Zuschlags in der Zwangsversteigerung) ebenso wie bei der Beschlagnahme sowohl für die Mieter- als auch für die Vermieterseite Vorteile: für den Mieter, weil er sich um die Sicherung oder Weiterleitung der Kautions nicht kümmern muss, für den Erwerber oder den Zwangsverwalter, weil von vornherein sichergestellt ist, dass ihm die Kautions auch tatsächlich zur Verfügung steht.

3. **Rensen:** Rechtsbehelfsbelehrungen und Wiedereinsetzung im Zivilprozess (MDR 2011, 201)

Bei der Umsetzung der trotz inhaltlicher Bedenken nach § 31 I BVerfGG verbindlichen Entscheidung des BVerfG vom 20.06.1995 insbes. durch den V. Zivilsenat des BGH besteht die Gefahr, dass – entgegen den Vorstellungen des (historischen) Gesetzgebers – die **Rechtsbehelfsbelehrung auch im Zivilprozess mehr und mehr zur Regel wird**. – **Schwierigkeiten in Zusammenhang mit Rechtsbehelfsbelehrungen** sind i. R. **nach den §§ 233 ff. ZPO zu lösen**: Die verfassungsrechtlichen Vorgaben, insbes. des effektiven Rechtsschutzes und des fairen Verfahrens, sind bei der Auslegung und Anwendung des Tatbestandsmerkmals „Verschulden“ und hier vor allem bei der Frage der Zumutbarkeit von Sorgfaltsanforderungen zu berücksichtigen; insofern ist es zwar sachgerecht, bei mangelnder Rechtskunde eine Vermutung gegen ein Verschulden zu bejahen, die Annahme einer unwiderleglichen Vermutung für ein Verschulden bei anwaltlicher Vertretung führt aber zu weit; vielmehr muss es jedenfalls für den Zivilprozess bei der flexiblen Rspr. des BGH bleiben.

4. **Becker:** Mängelbeseitigung beim Kontopfändungsschutz (NJW 2011, 1317)

Eine am 16.04.2011 in Kraft getretene **gesetzliche Neuregelung der §§ 835, 850k ZPO** löst ein im August 2010 publik gewordenes Problem zur Lösung der sog. Monatsproblematik“, wonach umstritten war, ob und ggf. wie einem Schuldner, der seinen Freibetrag auf dem gepfändeten Pfändungsschutzkonto im laufenden Kalendermonat schon voll ausgeschöpft hatte, Pfändungsschutz für noch am Monatsende eingehende, aber für den Folgemonat bestimmte Gutschriften gewährt werden kann. – Nach der gesetzl. Neuregelung **darf der Drittschuldner kraft ausdrücklicher gesetzlicher Anordnung i. d. R. erst nach Ablauf des nächsten auf die jeweilige Gutschrift von eingehenden Zahlungen folgenden Kalendermonats an den Gläubiger leisten**; damit werden nicht nur die **am Monatsende eingehenden Sozialleistungen mit Lohnersatzfunktion geschützt**, sondern **alle im Laufe eines Monats eingehenden Zahlungen jeglicher Art**.

II. Strafrecht

1. **Koops/Gerber:** Vollendete Steuerhinterziehung gem. § 370 I Nr. 1 AO 1977 trotz Kenntnis der Finanzverwaltung von den zutreffenden Besteuerungsgrundlagen? (DB 2011, 786)

Bespr. der Entsch. **BGH NJW 2011, 1299** (in diesem Heft) – Wegen Steuerhinterziehung gem. § 370 I AO 1977 wird bestraft, wer den Finanzbehörden oder anderen Behörden über steuerlich erhebliche Tatsachen unrichtige oder unvollständige Angaben macht und dadurch Steuern erkürzt oder für sich oder einen anderen nicht gerechtfertigte Steuervorteile erlangt. – BGH aaO hat nunmehr entschieden, dass eine Strafbarkeit wegen vollendeter Steuerhinterziehung aufgrund unrichtiger oder unvollständiger Angaben nicht deshalb entfällt, weil den zuständigen Finanzbehörden alle für die Steuerfestsetzung bedeutsamen Tatsachen bekannt und zudem sämtliche Beweismittel (§ 90 AO 1977) bekannt und verfügbar waren; der BGH widerspricht damit einer Meinung im steuer-

strafrechtlichen Schrifttum, wonach in den Tatbestand der Steuerhinterziehung i. S. des § 370 I Nr. 1 AO 1977 die Unkenntnis der Finanzbehörden vom wahren Sachverhalt als ungeschriebenes Tatbestandsmerkmal hineingelesen werden müsse, sodass bei Kenntnis der Finanzbehörden nur eine Strafe wegen versuchter Steuerhinterziehung infrage komme. - Bei Kenntnis der Finanzbehörden vom wahren Sachverhalt ist jedoch nach Ansicht der Autoren mit der überzeugenden **Lit.-Meinung** eine Strafbarkeit wegen vollendeter Steuerhinterziehung durch aktives Tun entgegen der Entscheidung des BGH abzulehnen, denn strafbegründend kann nicht allein die in der unrichtigen oder unvollständigen Angabe von steuerlich erheblichen Tatsachen liegende abstrakte Gefahr sein, da der Tatbestand des § 370 I Nr. 1 i. V. mit IV AO 1977 den Eintritt eines Konkreten Gefahrerfolges verlangt („und dadurch“). Bei Kenntnis der Finanzbehörden bleibt das Fehlverhalten des Täters schließlich nicht straffrei, weil auch der Versuch einer Steuerhinterziehung durch aktives Tun strafbar ist.

2. **Steinberg/Stam:** Der Tötungsvorsatz in der Revision des BGH (NStZ 2011, 177)
3. **Dahs:** „Informationelle Vorbereitung“ von Zeugenaussagen durch den anwaltlichen Rechtsbeistand (NStZ 2011, 200)

Der **anwaltliche Zeugenbeistand** hat (nach derzeit noch h.M.) **kein „Recht“ und auch keinen „Anspruch“ auf Informationen**; er ist nicht zu Aktionen befugt, die die gesetzlich und rechtlich postulierte Unbefangenheit des Zeugen beeinträchtigen – von der Wahrnehmung der gesetzlichen Zeugenrechte (§§ 55 StPO) abgesehen. - Ob die **Möglichkeit der Ausschließung des Rechtsbeistandes von der Hauptverhandlung** (§ 68b I 4 Nr. 3 StPO) eine **wirksame Prävention gegen die „Kontaminierung“ des Zeugen durch unbefugt erlangte Informationen** darstellt, kann dahinstehen, denn Umgehungen sind denkbar. - Als strafrechtliche Sanktion können für den Zeugenbeistand – je nach Fallgestaltung – vor allem Anstiftung (§ 26 StGB) oder Beihilfe (§ 27 StGB) zur Strafvereitelung (§ 258 StGB) und/oder zur Falschaussage (§ 153 StGB) des Zeugen in Betracht kommen; dies gilt natürlich nur dann, wenn der Zeuge auf der Basis der „unbefugt“ erlangten Informationen bewusst eine unrichtige Aussage macht und sein Rechtsbeistand davon Kenntnis hat. - Sagt der Zeuge wahrheitsgemäß aus, bleibt die unbefugte Beschaffung der Informationen straflos – sofern nicht eine Beteiligung an einem Vergehen nach § 203 I Nr. 3 StGB vorliegt; auch eine **berufliche Sanktion des anwaltlichen Zeugenbeistandes** dürfte nicht in Betracht kommen, insbes. das „Sachlichkeitsgebot“ des § 43a BRAO wird nicht tangiert. - **Strafrechtliche Probleme** dürften dagegen **primär bei den anwaltlichen „Informationsgebern“** entstehen: Die Überlassung von Aktenbestandteilen oder mündliche Informationen über den Inhalt der Akten stehen unter der Sanktionsandrohung der **Verletzung der beruflichen Schweigepflicht** bzw. der **Verletzung von Privatgeheimnissen gem. § 203 I Nr. 3 StGB**; die Schweigepflicht wird nur dann nicht verletzt, wenn außer dem jeweiligen Mandanten auch alle anderen Betroffenen i.S.v. § 203 I 1 StGB („private Geheimnisse“) den Verteidiger oder den anwaltlichen Zeugenbeistand wirksam von der Schweigepflicht entbunden haben; als Tathandlung des Rechtsbeistandes i.S.d. § 26 StGB könnte ggf. schon der nachdrückliche Appell an die „Kollegialität“ der Verteidiger oder die Beschwörung „gemeinsamer Verfahrensziele“ genügen.

4. **Trück:** Die revisionsrechtliche Einordnung der Rüge rechtsfehlerhafter Anwendung des Richtervorbehalts bei Durchsuchung und Blutprobenentnahme (NStZ 2011, 202)

Der **Richtervorbehalt** gem. §§ 105 I 1, 841a II StPO **und das aus einem Verstoß evt. folgende Verwertungsverbot** sind **nicht dem sachlichen Recht zuzuordnen**; die Beanstandung von Rechtsfehlern mit der Revision hat daher im Wege der Verfahrensrüge zu erfolgen; im Hinblick auf die Tendenz der Rspr., entsprechende Verstöße auch auf die Sachrüge hin zu überprüfen, empfiehlt sich indes die Erhebung einer kombinierten Sach- und Verfahrensrüge. - Zudem wird damit dem Revisionsgericht die Möglichkeit eröffnet, diesbzgl. Ausführungen in den Urteilsgründen zur Begründung der **Verfahrensrüge** (ergänzend) heranzuziehen; die Widerspruchslösung ist auch in diesem Bereich anzuwenden; bei einer Blutprobenentnahme sind die fehlende Einwilligung und der entsprechende Vortrag hierzu zu beachten.

III. öffentliches Recht

1. **Moench:** Keine Zustimmungsbedürftigkeit einer gesetzlichen Verlängerung der Laufzeiten der Kernkraftwerke (DÖV 2011, 354)

Die **Verlängerung der Laufzeiten der Kernkraftwerke** durch das 11. Gesetz zur Änderung des Atomgesetzes **ändert weder unmittelbar Normen über die Anordnung der Auftragsverwaltung** i. S. d. Art. 87c GG **noch die Einrichtung der Länderbehörden** gem. Art. 85 I GG. - Die Frage der Zustimmungsbedürftigkeit dieser materiell-rechtlichen Gesetzesänderung beurteilt sich anhand der durch das BVerfG entwickelten Grundsätze zu späteren Novellierungen; maßgeblich ist hierbei, ob „ein Änderungsgesetz die früher mit Zustimmung des Bundesrates in Bundesauftragsverwaltung überführte Verwaltungsaufgabe so umgestaltet oder erweitert, dass dies einer neuen Übertragung von Ausführungszuständigkeiten gleichkommt“; entscheidend ist mithin der Vergleich der Verwaltungsaufgabe nach der Gesetzesänderung gegenüber der von der Zustimmung des Bundesrates umfassten Ausgestaltung der Aufgabe; neue Verwaltungsaufgaben – nicht die Quantität des Vollzugs, sondern qualitativ neue Zuständigkeiten oder Aufgaben – führen infolge der Fachaufsicht zu neuen Ingerenzen des Bundes und nur dies löst die Zustimmungspflicht aus. - Gem. seiner jüngsten Fortentwicklung stellt das BVerfG hierbei zunächst auf einen formalen Aspekt ab: Die **Ausgestaltung der übertragenen Aufgabe wird durch den einfachen Gesetzgeber definiert**, der diese eng und „kleinteilig“ bestimmen oder weit fassen kann; aus dem Vergleich zwischen „alt“ und „neu“ beurteilt sich zunächst, ob eine zustimmungspflichtige Übertragung einer neuen Aufgabe anzunehmen ist; soweit Änderungsgesetze eine früher erfolgte Aufgabenzuweisung lediglich wiederholen, konkretisieren oder ausgestalten, wird der Zustimmungsvorbehalt zugunsten des Bundesrates nicht ausgelöst. - Nur in **Ausnahmefällen** kann die bloße Ausgestaltung einer übertragenen Aufgabe eine Zustimmungsbe-

dürftigkeit begründen; dafür muss dieser Aufgabe ein neuer Inhalt und eine wesentliche andere Bedeutung und Tragweite verliehen werden, die einer föderativen Systemverschiebung gleichkommt und von der früher erteilten Zustimmung nicht mehr umfasst wird. Eine quantitative Erhöhung der Vollzugslasten, durch die die übertragene Aufgabe weder strukturell noch in anderer Weise schwerwiegend verändert wird, löst das Zustimmungserfordernis hingegen nicht aus.

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

Das BVerfG hat in seiner **neueren Rspr.** vielfach den Begriff des „absolut geschützten und unantastbaren Kernbereichs“ benutzt und dabei regelmäßig auf eigene ältere Entscheidungen verwiesen, in denen die Intimsphäre im Rahmen der Sphärentheorie einen „unantastbaren Bereich privater Lebensgestaltung“ gewährleistete; nicht immer differenziert das Gericht sprachlich klar zwischen beiden Begriffen, teilweise setzt es diese sogar gleich; **sowohl die „Intimsphäre“ als auch der „Kernbereich“ gelten als „ein unantastbarer Bereich privater Lebensgestaltung“**, der einen Innenraum privater Lebensgestaltung bestimmen soll, in dem der Mensch sich selbst besitzt und sich dorthin ohne Zutrittsmöglichkeit der Umwelt, insbes. der öffentlichen Gewalt, zurückziehen kann. – Bei den Begriffen „Intimsphäre“ und „Kernbereich“ handelt es sich nicht um zwei Bezeichnungen für denselben Begriff, sondern um **zwei voneinander zu unterscheidende Konzepte**: Sie verfolgen den gleichen Zweck, nämlich den Schutz des „unantastbaren Bereichs privater Lebensgestaltung“ zu gewährleisten; dennoch sind sie nicht gleichzusetzen, sondern zwei voneinander zu unterscheidende Konzepte des BVerfG, die aus unterschiedlichen Normen des Grundgesetzes hergeleitet werden und sich in der Reichweite und Intensität ihres Schutzes unterscheiden; eine Gleichsetzung ignoriert die geschichtliche Entwicklung, die die Rspr. des BVerfG genommen hat; daher ist zwischen Intimsphäre und Kernbereich auch sprachlich zu differenzieren.

3. Gaier: Verfassungsrechtliche Vorgaben für die Zulassung der Berufung im Verwaltungsstreitverfahren (NVwZ 2011, 385)

In der VwGO ist nur noch die Zulassungsberufung vorgesehen; anders als z.B. im Zivilprozess, aber abweichend auch von sozialgerichtlichen Streitigkeiten steht hiernach die zweite Tatsacheninstanz im Verwaltungsstreitverfahren immer erst dann offen, wenn die Berufung von dem VG oder von dem OVG zugelassen worden ist; diese frühzeitige Restriktion bei Anfechtung schon der erstinstanzlichen Entscheidung führt nahezu zwangsläufig zu besonderen verfassungsrechtlichen Fragestellungen und einer vergleichsweise häufigen Anrufung des BVerfG. - **Probleme** ergeben sich **insbes. bei der Rechtsanwendung**: Auch dann, wenn das Verfahrensrecht – wie hier durch §§ 124, 124a VwGO – die Möglichkeit gibt, die Zulassung eines Rechtsmittels zu erstreiten, gilt der Grundsatz, dass durch die Auslegung und Anwendung der einschlägigen gesetzlichen Bestimmungen der grds. eröffnete Zugang zur Berufungsinstanz nicht in unzumutbarer, aus Sachgründen nicht mehr zu rechtfertigender Weise erschwert werden darf. - In verfassungsrechtlicher Hinsicht kommt dem Zulassungsgrund „ernstlicher Zweifel an der Richtigkeit“ des erstinstanzlichen Urteils (§ 124 II Nr. 1 VwGO) besondere Bedeutung zu: Schon auf gesetzesrechtlicher Grundlage ist die Auslegung dieses Tatbestandsmerkmals hoch umstritten; insbes. entzündet sich der Streit an der Frage, welches Maß die Erfolgsaussichten erreichen müssen, um die nötigen „ernstlichen Zweifel“ an der Richtigkeit des erstinstanzlichen Urteils zu begründen. - Die **Richtigkeit des erstinstanzlichen Urteils kann durch einen Angriff gegen eine erhebliche Tatsachenfeststellung in Frage gestellt werden**: Die Zulassung der Berufung darf nicht erst erfolgen, wenn die Rügen hinsichtlich der getroffenen Tatsachenfeststellungen überwiegend wahrscheinlich sind; denn die Rspr. des BVerfG bezieht sich nicht nur auf Angriffe gegen die Rechtsauslegung und Rechtsanwendung des erstinstanzlichen Gerichts; demgemäß kann auch im Zulassungsverfahren die Darlegung einer hinreichenden Wahrscheinlichkeit nicht verlangt werden, sondern es reicht aus, wenn der Ast. ein ihm günstiges Beweisergebnis als möglich dartun kann. - Die verfassungsrechtlichen Vorgaben für die materielle Prüfung des Zulassungsgrundes stehen im **engen Zusammenhang mit den Anforderungen an die Begründung eines Zulassungsantrags**; denn das **Gebot effektiven Rechtsschutzes** lässt sich auch dadurch missachten, dass die Darlegungsanforderungen überspannt werden: Nach § 124a IV 4 VwGO sind innerhalb von zwei Monaten nach Urteilszustellung die Gründe darzulegen, aus denen die Berufung zuzulassen ist; die Gefahr, dass gerade für die Darlegung der ernstlichen Zweifel zu viel verlangt wird, liegt nahe, weil zur Beanstandung der Richtigkeit des erstinstanzlichen Urteils auch schon dessen Überprüfung erfolgen muss; auch hier darf aber nicht aus dem Blick geraten, dass das Zulassungsverfahren das Berufungsverfahren nur vorbereiten, nicht jedoch ersetzen soll, sodass an die Begründung des Zulassungsantrags nicht dieselben Anforderungen gestellt werden dürfen wie an eine Berufungsbegründung: der **Zweck der Darlegungspflicht** geht lediglich dahin, **dem Berufungsgericht ohne weitere Ermittlungen die Prüfung zu ermöglichen, ob der geltend gemachte Zulassungsgrund vorliegt**; lässt sich indessen auch durch eine Auslegung nicht ermitteln, auf welchen Zulassungsgrund der Antrag gestützt wird, so stellt es keine unzumutbare Erschwerung des Zugangs zur Rechtsmittelinstanz dar, wenn der Antrag als unzulässig verworfen wird; dies gilt namentlich dann, wenn die Darlegungen überhaupt nicht auf die Zulassungsgründe des § 124 II VwGO ausgerichtet sind, sondern sich völlig im Unbestimmten verlieren. - Der **Zulassungsgrund besonderer rechtlicher oder tatsächlicher Schwierigkeiten der Rechtssache** (§ 124 II Nr. 2 VwGO) hat in der Rspr. des BVerfG ebenfalls Bedeutung erlangt: Das BVerfG hat schon vor mehr als zehn Jahren klargestellt, dass das Berufungsgericht keine Darlegungen über das in vergleichbaren Streitverfahren übliche Maß an Komplexität verlangen kann, zumal gerade für Fachsenate die Gefahr besteht, die Schwierigkeiten einer Streitsache desto weniger wahrzunehmen, je mehr sie selbst für den betreffenden Bereich spezialisiert sind. - Bedeutung hat in der bisherigen Rspr. des BVerfG schließlich auch der **Zulassungsgrund der grundsätzlichen Bedeutung der Rechtssache** (§ 124 II Nr. 3 VwGO) erlangt: Hier hat das Gericht keine verfassungsrechtlichen Einwände gegen die Formel erhoben, wonach eine grds. Bedeutung dann vorliegt, wenn es maßgebend auf eine konkrete, über den Einzelfall hinausgehende Rechtsfrage ankommt, deren Klärung im Interesse der Einheit oder der Fortbildung des Rechts oder seiner einheitlichen Auslegung und Anwendung geboten erscheint.

4. **Austermann:** Die rechtlichen Grenzen des Bundesverfassungsgerichts im Verhältnis zum Gesetzgeber (DÖV 2011, 267)

Im Verhältnis zum Gesetzgeber sind die Grenzen der Befugnisse des BVerfG oftmals unklar: Zwar besteht weitgehend Einigkeit darüber, dass die Kompetenzen der Verfassungsgerichtsbarkeit nicht unbegrenzt sind, wo und wie sie einzuhegen sind, ist aber größtenteils unklar; es erscheint daher dringend geboten, sie genauer zu bestimmen. - Die Kritik an verfassungsgerichtlichen Entscheidungen, die immer wieder aus dem juristischen Schrifttum und von den am politischen Prozess Beteiligten erhoben wird, weist deutlich auf die **Gefahren und negativen Auswirkungen einer zu weit ausgreifenden Verfassungsrechtsprechung** hin: Hierbei geht es vorwiegend um die „Verrechtlichung“ und „Entpolitisierung“ von Problemen bei gleichzeitiger Verengung der politischen Alternativen für den Gesetzgeber, die wiederum zu einer Minderung des Werts der Wahlentscheidung führen; auch droht die Gefahr, dass der Gesetzgeber, statt selbst zu entscheiden, ein Problem (durch eigene Untätigkeit) letztlich der Verfassungsgerichtsbarkeit „überlässt“; andererseits hat die Verfassungsgerichtsbarkeit klare rechtliche Kontrollaufträge, die sie nicht vernachlässigen kann und darf; es geht folglich um die **gleichzeitige Wahrung der Kompetenzen des Bundesverfassungsgerichts und des Gesetzgebers**. - Zur **Kompetenzabgrenzung** zwischen dem BVerfG und dem Gesetzgeber werden drei Wege diskutiert: Vorgeschlagen wird die Heranziehung allgemein gehaltener Prinzipien wie die (verfassungs)richterliche Selbstbeschränkung oder Zurückhaltung in politischen Fragen, eine Abgrenzung über die Auslegung der jeweils einschlägigen materiell-rechtlichen Normen oder eine Einhegung der verfassungsgerichtlichen Befugnisse mithilfe funktionell-rechtlicher Erwägungen.

5. **Schmidt:** Das System der verwaltungsgerichtlichen Klagearten (DÖV 2011, 169)

Die VwGO kennt eine Vielzahl von Klagearten, die den Rechtsschutz des Bürgers gewährleisten sollen; dabei **fehlt** es jedoch an **einer allgemeinen, umfassenden Regelung der Klageformen**, was umso mehr erstaunt, da die VwGO für die vorgelagerte Frage der Eröffnung des Verwaltungsrechtsweges in § 40 I VwGO eine solche Generalklausel parat hält. - Rechtspolitisch ist die Frage aufzuwerfen, ob in einem verwaltungsprozessualen Gesetz überhaupt eine namentliche Auflistung einzelner Klagearten erfolgen sollte; stattdessen könnte der Gesetzgeber auch darauf abzielen, die generelle Zulässigkeit von Feststellungs-, Leistungs- und Gestaltungsklagen anzuordnen, wie dies noch im Entwurf der VwGO und sodann erneut im Projekt der Verwaltungsprozessordnung jeweils mit der Formulierung: „Rechtsschutz kann mit Gestaltungs-, Feststellungs- und Leistungsklagen begehrt werden.“ vorgesehen war; dies wird durch die Betrachtung des **Systems des einstweiligen Rechtsschutzes** unterstrichen, der in Form der einstweiligen Anordnung gem. § 47 VI VwGO und § 123 VwGO und der Anträge nach § 80 V VwGO und § 80a III VwGO mit wesentlich weniger Antragsarten auskommt als das Hauptsacheverfahren mit seiner Vielzahl an Klageformen.

IV. Richter / Staatsanwälte / Rechtsanwälte / Notare

1. **Zuck:** Praxishinweise zur zivilprozessualen Anhörungsrüge (MDR 2011, 399)

2. **Huff:** Der Auskunftsanspruch des Mandanten nach § 51 VI BRAO – Gibt es ihn wirklich nur in den Fällen des § 115 VVG? (Brak-Mitt. 2011, 56)

Rechtsanwälte müssen, so schreibt es § 51 BRAO vor, eine **Vermögensschadenhaftpflichtversicherung unterhalten**; dies ist eine **Pflichtversicherung**, die insbes. dem Schutz der Mandanten dient, aber auch für den Rechtsanwalt schon aus Eigeninteresse unverzichtbar ist. - Anders als z.B. bei der Kfz-Haftpflichtversicherung ist bei der Berufshaftpflichtversicherung **kein direkter Auskunftsanspruch des Mandanten** vorgesehen; **Ausnahmen** davon finden sich nur in **§ 115 VVG** für die Fälle, in denen der Rechtsanwalt insolvent oder unbekannt Aufenthaltsort hat; der Mandant kann dann Schadensersatzansprüche, die er nicht mehr gegen den Rechtsanwalt durchsetzen kann, direkt gegenüber dem Versicherer geltend machen; ansonsten ist er mit seinen Ansprüchen darauf angewiesen, den Rechtsanwalt zu verklagen, der im Innenverhältnis dann einen Freistellungsanspruch gegen seine Versicherung hat.

3. **Gülden-zoph:** Existiert ein Akteneinsichtsrecht für den Beschwerdeführer in berufsauaussichtsrechtlichen Beschwerdeverfahren bei den Rechtsanwaltskammern? (BRAK-Mitt. 2011, 4)

Aus den gesetzlichen Vorgaben lässt sich **für den Bf. in berufsrechtlichen Beschwerdeverfahren** bei den Rechtsanwaltskammern **kein Akteneinsicht** entnehmen. - In einer Entscheidung des AGH Hamburg wird deutlich, dass es sich bei einem berufsrechtlichen Beschwerdeverfahren vor der Rechtsanwaltskammer nicht um eine Verwaltungsrechtliche Anwaltssache i. S. der §§ 112a ff. BRAO handelt; diese Entscheidung stellt die grds. unterschiedlichen Rechtswege der verwaltungsgerichtlichen (Disziplinar-) Verfahren deutlich heraus. - Die **Informationsfreiheitsgesetze** der Länder und das Gesetz zur Regelung des Zugangs zu Informationen des Bundes **eröffnen ebenfalls kein Akteneinsichtsrecht** für den Bf. in berufsrechtlichen Beschwerdeverfahren bei den Rechtsanwaltskammern.

4. **Schons:** Die Vergütungsklage des Rechtsanwalts – gewusst wie (AnwBI 2011, 281)

5. **Quaas:** Die Rechtsprechung des Senats für Anwaltssachen des BGH im Jahre 2010 (BRAK-Mitt. 2011, 46)

Überreicht durch:

Mandantenbrief

- neueste Informationen -

Aus Gesetzgebung, Rechtsprechung und Praxis

Mai 2011

A. Aus der Gesetzgebung

Änderung des § 130 StGB

Gesetz zur Umsetzung des Rahmenbeschlusses 2008/913/JI des Rates vom 28.11.2008 zur strafrechtlichen Bekämpfung bestimmter Formen und Ausdrucksweisen von Rassismus und Fremdenfeindlichkeit und zur Umsetzung des Zusatzprotokolls vom 28.01.2003 zum Übereinkommen des Europarats vom 23.12.2001 über Computerkriminalität betreffend die Kriminalisierung mittels Computersystemen begangener Handlungen rassistischer und fremdenfeindlicher Art v. 21.03.2011, In-Kraft-Treten am 22.03.2011 (BGBl I, S. 418)

I. Allgemeines

Vergleicht man die Rechtslage in den europäischen Staaten, so unterscheiden sich die einschlägigen Strafvorschriften gegen fremdenfeindliche Hetze und die Leugnung von Völkermord teilweise erheblich. Am 22.03.2011 ist daher ein Gesetz zur Änderung der deutschen Strafvorschrift gegen Volksverhetzung (§ 130 StGB) in Kraft getreten, mit dem **zwei internationale Rechtsinstrumente umgesetzt** werden, die Vorgaben für die strafrechtliche Verfolgung der Verbreitung von rassistischer und fremdenfeindlicher Hetze sowie der Leugnung von Völkermord, Verbrechen gegen die Menschlichkeit und Kriegsverbrechen enthalten. Es handelt sich dabei um den **Rahmenbeschluss der EU zur strafrechtlichen Bekämpfung bestimmter Formen von Rassismus und Fremdenfeindlichkeit** und ein Zusatzprotokoll des Europarats zum Übereinkommen über Computerkriminalität.

Der Gesetzgeber hat sich bei der Umsetzung der internationalen Vorgaben auf das Notwendige beschränkt und lässt § 130 StGB in seiner **Grundstruktur unverändert**, sodass die Anwendung des geänderten § 130 StGB in der Praxis kaum zu Problemen führen dürfte.

II. Die wichtigsten Neuregelungen im Überblick

1. **Abgrenzungsfragen** könnten sich zukünftig **zum Tatbestand der Beleidigung** ergeben, da der Anwendungsbereich des § 130 I u. II StGB nun ausdrücklich auf bestimmte Fälle der Hetze gegen Einzelpersonen erstreckt wird.

§ 130 I u. II StGB lautet nunmehr wie folgt:

- (1) *Wer in einer Weise, die geeignet ist, den öffentlichen Frieden zu stören*

1. *gegen eine nationale, rassische, religiöse oder durch ihre ethnische Herkunft bestimmte Gruppe, gegen Teile der Bevölkerung oder gegen einen Einzelnen wegen seiner Zugehörigkeit zu einer vorbezeichneten Gruppe oder zu einem Teil der Bevölkerung zum Hass aufstachelt, zu Gewalt- oder Willkürmaßnahmen auffordert oder*
2. *die Menschenwürde anderer dadurch angreift, dass er eine vorbezeichnete Gruppe, Teile der Bevölkerung oder einen Einzelnen wegen seiner Zugehörigkeit zu einer vorbezeichneten Gruppe oder zu einem Teil der Bevölkerung beschimpft, böswillig verächtlich macht oder verleumdet,*

wird mit Freiheitsstrafe von drei Monaten bis zu fünf Jahren bestraft.

- (2) *Mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder mit Geldstrafe wird bestraft, wer*

1. *Schriften (§ 11 Abs. 3), die zum Hass gegen eine vorbezeichnete Gruppe, Teile der Bevölkerung oder gegen einen Einzelnen wegen seiner Zugehörigkeit zu einer vorbezeichneten Gruppe oder zu einem Teil der Bevölkerung aufstacheln, zu Gewalt- oder Willkürmaßnahmen gegen sie auffordern oder ihre Menschenwürde dadurch angreifen, dass sie beschimpft, böswillig verächtlich gemacht oder verleumdet werden,*

- a) verbreitet,
 - b) öffentlich ausstellt, anschlägt, vorführt oder sonst zugänglich macht,
 - c) einer Person unter achtzehn Jahren anbietet, überlässt oder zugänglich macht oder
 - d) herstellt, bezieht, liefert, vorrätig hält, anbietet, ankündigt, anpreist, einzuführen oder auszuführen unternimmt, um sie oder aus ihnen gewonnene Stücke im Sinne der Buchstaben a bis c zu verwenden oder einem anderen eine solche Verwendung zu ermöglichen, oder
2. eine Darbietung des in Nummer 1 bezeichneten Inhalts durch Rundfunk, Medien- oder Teledienste verbreitet.

Die erforderliche Abgrenzung wird sich neben der Frage nach der Intensität der Rechtsgutsverletzung danach richten müssen, wo der **Schwerpunkt einer Äußerung** liegt: in der Schmähung einer Einzelperson oder in dem Angriff auf eine Gruppe, für die der Einzelne nur stellvertretend steht.

2. **Unverändert geblieben ist der Straftatbestand der Holocaustleugnung in § 130 III StGB**, der nicht auf die Leugnung anderer Völkermorde erweitert wird.

Die Sonderstellung, die dem Holocaust damit gegenüber anderen völkerstrafrechtlichen Verbrechen eingeräumt wird, rechtfertigt sich aus der „gegenbildlich identitätsstiftenden Bedeutung“ der nationalsozialistischen Verbrechen für die Verfassungsordnung der BRD und das Selbstverständnis Nachkriegsdeutschlands. Eine Erweiterung des § 130 III StGB zu einer allgemeinen Strafvorschrift gegen die öffentliche Billigung, Leugnung oder grobe Verharmlosung von Völkermord, Verbrechen gegen die Menschlichkeit und Kriegsverbrechen hätte nicht nur zu schwierigen rechtlichen und rechtspolitischen Abgrenzungsfragen geführt, sondern vor allem auch zu einer erheblichen Ausweitung der Strafbarkeit.

B. Aus der Rechtsprechung

BGB
§§ 559 I, 559a, 554

**Modernisierungsmieterhöhung
zulässig trotz Ankündigungsfehlers**
(BGH in MDR 2011, 475; Urteil vom 09.12.2010 – 10 U 66/10)

BGB

Die **Mieterhöhung wegen einer tatsächlich durchgeführten Modernisierung ist nicht schon deshalb unzulässig, weil** der Vermieter die **Modernisierungsmaßnahme nicht gem. § 554 III BGB angekündigt hat**.

„Die Mieterhöhung wegen einer bereits durchgeführten Modernisierung setzt nicht voraus, dass dem Mieter vor Durchführung der Arbeiten eine Modernisierungsankündigung gem. § 554 III BGB zugegangen ist. Dies ergibt sich im **Umkehrschluss aus der gesetzlichen Regelung in § 559 b II 2 BGB**; darin ist (lediglich) vorgesehen, dass sich die Frist, zu der die Mieterhöhung wirksam wird, um sechs Monate verlängert, wenn der Vermieter die zu erwartende Erhöhung der Miete nicht nach § 554 III 1 BGB mitgeteilt hat oder

die tatsächliche Mieterhöhung mehr als 10% höher ist als zunächst mitgeteilt. Die **Mitteilungspflicht** nach § 554 III 1 BGB **dient dem Schutz des Mieters bei der Durchführung von Modernisierungsmaßnahmen**. Zum einen soll ihm ein gewisser Zeitraum zugebilligt werden, sich auf die zu erwartenden Baumaßnahmen in seiner Wohnung einzustellen; zum anderen wird er durch das Sonderkündigungsrecht in die Lage versetzt, das Mietverhältnis gegebenenfalls vor Beginn etwaiger Arbeiten und dem Wirksamwerden einer Mieterhöhung zu beenden.

Wie das BerGer. zutreffend ausführt, kann der Vermieter **ohne ordnungsgemäße Ankündigung** nach § 554 III 1 BGB **Modernisierungsarbeiten in der Wohnung des Mieters gegen dessen Willen nicht durchsetzen**, weil eine entsprechende Duldungsklage abzuweisen wäre.

Zweck des Ankündigungserfordernisses ist hingegen nicht die Einschränkung der Befugnis des Vermieters, die Kosten einer tatsächlich durchgeführten Modernisierung im Rahmen des § 559 BGB auf den Mieter umzulegen. Diese Bestimmung soll dem Vermieter – wie schon die Vorgängervorschrift des § 3 MHRG – im **Interesse der allgemeinen Verbesserung der Wohnverhältnisse einen finanziellen Anreiz zur Modernisierung** geben (BGH NJW 2007, 3565 = NZM 2007, 882). Die Interessen des Mieters werden ausreichend dadurch gewahrt, dass bei unterbliebener Ankündigung die Mieterhöhung nach § 559 BGB erst sechs Monate später wirksam wird.“ (BGH aaO)

StGB
§ 253

**Erpressung
mit rechtswidrig erlangten Kontounterlagen**
(BGH in NSTz-RR 2011, 143; Urteil vom 10.06.2010 – 4 StR 474/09)

StGB

Fall: Der Angekl. gelangte in den Besitz von etwa 2.400 Kontobelegen der Landesbank AG (im Folgenden: L), die ein rechtskräftig verurteilter ehemaliger Mitarbeiter der L zuvor entwendet hatte. Die Belege betrafen die Anlage von Vermögenswerten nahezu ausschließlich in Deutschland wohnhafter Kunden der L, die die daraus erzielten Einkünfte, im Wesentlichen Zinserträge und Anlagegewinne, nicht ordnungsgemäß in Deutschland versteuerten und dies auch in Zukunft nicht zu tun beabsichtigten.

Der Angekl. nahm sodann Kontakt zu den betroffenen Kunden der L auf, und forderte diese dazu auf, zur Vermeidung der Weitergabe der Kontobelege an das Finanzamt einen Geldbetrag an ihn zu zahlen.

Die seitens des Angekl. ausgesprochene **Drohung**, die **Kontodaten** den deutschen Finanzbehörden **zu offenbaren, erfüllt den Tatbestand des § 253 II StGB**.

- I. Entsprechend ihrem **Zweck**, nicht strafwürdig erscheinende Verhaltensweisen aus dem Anwendungsbereich des § 253 StGB auszunehmen, sind die Voraussetzungen der Verwerflichkeitsklausel erfüllt, wenn unter Berücksichtigung sämtlicher Umstände des Einzelfalles ein erhöhter Grad der sozialetischen Missbilligung der für den erstrebten Zweck angewandten Mittel festzustellen ist. Hierbei ist das rechtlich Verwerfliche nicht einseitig in dem angewandten Mittel oder in dem erstrebten Zweck zu suchen, sondern in der Beziehung beider zueinander (BGHSt 5, 254; BGHSt 17, 328; BGHSt 31, 195; BGHSt 2, 194; BGHSt 17, 328).

Die **Abgrenzung einer strafwürdigen Nötigung von einer nicht zu missbilligenden Willensbeeinflussung** hat der BGH etwa im Fall der Drohung mit einer Strafanzeige danach vorgenommen, ob der Sachverhalt, aus dem sich das Recht zur Strafanzeige herleitet, mit dem durch die Drohung verfolgten Zweck in einer inneren Beziehung steht oder beides willkürlich miteinander verknüpft wird (BGHSt 5, 254). Auch der an sich erlaubte Zweck rechtfertigt nur die Anwendung sozial hinnehmbarer Mittel (BayObLG wistra 2005, 235; LK-Träger/Altwater, 11. Aufl., § 240 Rn 69, 88).

- II. Dabei kann offen bleiben, ob Verwerflichkeit – auch bei rechtlicher Zulässigkeit der Drohung – regelmäßig schon dann anzunehmen ist, wenn die erstrebte Bereicherung mit dem eingesetzten Nötigungsmittel in keinem Zusammenhang steht und die Entscheidungsfreiheit des Bedrohten durch Forderung eines sog. **inkonnexen Vorteils** beschnitten wird (so MüKo-StGB/Sander, § 253 Rn 37; SSW-StGB-Kudlich, § 253 Rn 33; Fischer, § 253 Rn 21; SK-StGB-Günter, § 253 Rn 38). Jedenfalls bei einer **sachlich nicht gerechtfertigten, willkürlichen Verknüpfung von angewandtem Mittel und erstrebtem Zweck liegt Verwerflichkeit i.S.d. § 253 II StGB vor** (BGHSt 5, 254; ebenso OLG Düsseldorf NSTZ-RR 1996, 5).

„So verhält es sich hier: Die vom Angekl. erstrebte Bereicherung stand mit dem eingesetzten Nötigungsmittel, der angedrohten Weitergabe vertraulicher, einer Bank entwendeter Kontodaten einer großen Zahl von Kunden an die deutschen Finanzbehörden, in keinem nachvollziehbaren, sozialetisch zu billigenden Zusammenhang. **Weder verfolgte der Angekl. rechtlich geschützte eigene Interessen** (vgl. dazu OLG Karlsruhe NSTZ-RR 1996, 296), **noch handelte er in einem übergeordneten, billigungswerten Interesse** (vgl. dazu BayObLG aaO)...

StGB
§ 316

absolute Fahruntüchtigkeit
Grenzwert für Rollstuhlfahrer

StGB

(OLG Nürnberg in NSTZ-RR 2011, 153; Beschluss vom 13.12.2010 – 2 St OLG Ss 230/10)

Der **Grenzwert für die absolute Fahruntüchtigkeit von Fahrern motorisierter Krankenfahrräder** (§ 4 I 2 Nr. 2 FeV), die nach dem Pflichtversicherungsgesetz zu versichern und mit einem Versicherungskennzeichen zu versehen sind, **beträgt 1,1‰**.

„Nach der **Grundsatzentscheidung des BGH** (BGHSt 37, 89 = NJW 1990, 2393 = NSTZ 1990, 491) sind alle Führer von Kfz, folglich auch solche von motorisierten Krankenfahrrädern, bei einem Blutalkoholgehalt von 1,1‰ absolut fahruntüchtig.

Der BGH hatte seine frühere Rspr. zu einem Grenzwert zur absoluten Fahruntüchtigkeit von 1,3‰ unter Berücksichtigung neuerer medizinisch-naturwissenschaftlicher Erkenntnisse sowie der Bewertung statistischer Ergebnisse aufgegeben und den Grenzwert bei 1,0‰ mit einem Sicherheitszuschlag von 0,1‰ auf insgesamt 1,1‰ angesetzt. Zwar hatte er damals über die Trunkenheitsfahrt eines Pkw-Fahrers zu befinden, jedoch stellte der BGH (BGHSt 37, 89 = NJW 1990 = NSTZ 1990, 491 unter Hinweis auf BGHSt 22, 352 = NJW 1969, 1578 [Kraftstofffahrer], BGHSt 30, 355 = NJW 1982, 1109 [Fahrrad mit Hilfsmotor sog. Mofa]) klar, dass dieser Grenzwert generell für Führer von Kfz gilt.“ (OLG Nürnberg aaO)

BGB

§§ 823 I, 859, 862

Abschleppmaßnahme
Ersatzfähigkeit der Vorbereitungskosten

öfFR

(AG Berlin-Mitte in NJW-RR 2011, 380; Urteil vom 10.11.2010 – 7 C 246/10)

Wer verbotswidrig auf einem Privatgrundstück parkt, muss den durch die Beseitigung der Besitzstörung **entstandenen Schaden ersetzen**. Neben den **reinen Abschleppkosten** umfasst der Schadensersatzanspruch **auch die Vorbereitungskosten**; dabei handelt es sich nicht um Kosten der sog. eigenen Mühewaltung.

„Durch die Besitzstörung entstand der Zedentin ein Schaden in Form der geltend gemachten Kosten. Dieser liegt in ihrer Verpflichtung gegenüber der Bekl., die in der Rahmenvereinbarung verabredeten Kosten – auch für die Vorbereitung der Abschleppmaßnahme – zu zahlen (s. auch AG Berlin-Pankow/Weißensee BeckRS 2011, 2087).

Die neben den reinen Abschleppkosten veranschlagten Kosten stellen sich auch **nicht als Kosten der sog. Mühewaltung** dar. Hiermit wird der Arbeits- und Zeitaufwand des Geschädigten bei der Schadensermittlung und außergerichtlichen Abwicklung des Schadensersatzanspruchs bezeichnet (BGH NJW 1969, 1109). Der Verkehr rechnet eine Mühewaltung, die bei Feststellung der Ursachen und bei der Abwicklung eines Schadensfalls anfällt, mag er auch durch einen Dritten herbeigeführt sein, zum eigenen Pflichtenkreis des Geschädigten (BGH NJW 1969, 1109). Ein solcher Aufwand ist jedoch nicht streitgegenständlich, vielmehr geht es um **Tätigkeiten im Zusammenhang mit der Beseitigung der Besitzstörung**, die letztlich auf das Abschleppen hinielen. Hierzu gehören nicht nur die Zuordnung des Pkw in eine Fahrzeugkategorie und dessen technische Sichtung, um ein geeignetes Abschleppmittel anzufordern, sondern auch die Prüfung des Pkw auf eine etwaige Sicherung gegen unbefugte Benutzung, weil dies für den Abschleppvorgang von Bedeutung ist. Dass zudem eine Tätigkeit abgerechnet wird, die dem Auffinden von Hinweisen auf den Fahrer dient, ist nicht zu beanstanden, denn sollten derartige Hinweise vorhanden sein, wäre möglicherweise ein Abschleppen gar nicht erforderlich. Maßnahmen, die zur Verhinderung eines finanziellen Schadens im Zusammenhang mit der Besitzstörung dienen, kann die Zedentin allemal ersetzt verlangen.“ (AG Berlin-Mitte aaO)

SächsBestG
§§ 10, 18 I 1**Bestattungspflicht**

öffR

keine Einschränkung durch Verletzung einer zivilrechtlichen Unterhaltspflicht

(VG Chemnitz in LKV 2011, 187; Urteil vom 28.01.2011 – 1 K 900/05)

Weder die öffentlich-rechtliche Bestattungspflicht noch die Kostentragungspflicht nach dem Sächsischen Bestattungsgesetz wird durch die Verletzung einer zivilrechtlichen Unterhaltspflicht eingeschränkt.

„Der Einwand der Kl., ihr [verstorbenen] Vater habe in der Vergangenheit keine Unterhaltszahlungen an sie geleistet und daher sei sie selbst diesem gegenüber auch nicht unterhaltspflichtig, sodass sie auch nicht bestattungspflichtig sein könne, greift nicht durch: Dabei muss hier der Frage, ob und inwieweit der Verstorbene überhaupt leistungspflichtig und auch leistungsfähig gewesen ist, nicht weiter nachgegangen werden. Denn ebenso wie die **zivilrechtliche Erbenstellung** und eine **etwaige Ausschlagung der Erbschaft auf die öffentlich-rechtliche Bestattungspflicht** nach § 10 SächsBestG **keinen Einfluss** hat (siehe hierzu Stelkens/Seifert DVBl 2008, 1537 m. w. N.; Repkewitz VBIBW 2010, 228), spielt die **ausschließlich zivilrechtliche Frage** der Unterhaltspflicht in diesem Zusammenhang keine Rolle (VGH München BayVBl 2009, 537. Damit **kommt es nicht darauf an, ob** hier tatsächlich eine **Unterhaltspflicht bestanden hat**. Eine **Einschränkung des Anwendungsbereichs des § 10 SächsBestG lässt sich dem eindeutigen Wortlaut** der Norm **nicht entnehmen** und wäre mit ihrem Charakter als Vorschrift der Gefahrenabwehr (...) so auch nicht vereinbar.

Diese **von dem Bestehen eines (zivilrechtlichen) Unterhaltsanspruchs unabhängige (öffentlich-rechtliche) Bestattungspflicht** ist entgegen der Auffassung der Kl. auch **nicht verfassungswidrig**: Die Begründung der Kl., die nach § 10 SächsBestG ohne Berücksichtigung des Bestehens eines Unterhaltsanspruchs des Verstorbenen gegenüber der Kl. bestehende Bestattungspflicht sei verfassungswidrig, weil damit durch eine Vorschrift zulasten Dritter eine mit den sonstigen Gesetzesvorschriften nicht übereinstimmende Verpflichtung auferlegt würde, greift nicht durch. Denn wie oben ausgeführt handelt es sich bei dem zivilrechtlichen Unterhaltsanspruch und der öffentlich-rechtlichen Bestattungspflicht um zwei völlig unterschiedliche Rechtskreise, die auch von Verfassung wegen nicht zwingend zu übereinstimmenden Ergebnissen führen müssen (siehe dazu BVerwG NVwZ-RR 1995, 283). Es ist in der verwaltungsgerichtlichen Rspr. geklärt, dass die sich aus dem öffentlichen Recht, nämlich dem jeweiligen Landesrecht ergebende Verpflichtung, für die Bestattung eines verstorbenen Angehörigen zu sorgen, mit der zivilrechtlichen Pflicht, die Bestattungskosten zu tragen, nicht identisch ist.“ (VG Chemnitz aaO)

AO 1977

§§ 150 IV 1, 152 I 1

**Verspätungszuschlag
mängelbehaftete Steuererklärung**

SteuerR

(OVG Münster in NVwZ-RR 2011, 249; Urteil vom 26.10.2010 – 14 A 1409/08)

Eine **innerhalb der Steuerklärungsfrist abgegebene mängelbehaftete Erklärung bleibt** ungeachtet der Mängel eine **Steuererklärung i. S. § 150 I AO 1977**. Es besteht daher **kein Raum für die Verhängung eines Verspätungszuschlags**.

- I. Die **Verspätung der Abgabe der einer Steuererklärung beizufügenden Unterlagen** i. S. des § 150 IV 1 AO 1977 **rechtfertigt nach ganz h. M. nicht die Festsetzung eines Verspätungszuschlages**, weil die beizufügenden Unterlagen nicht „Steuererklärung“ sind (vgl. Klein, AO 1977, 10. Aufl., § 152 Rn 5; Tipke/Kruse, AO 1977, Loseblslg., Stand: Juni 2010, § 152 Rn 10, jew. m. w. Nachw.).
- II. Nach einer **Mindermeinung** sind die unter § 150 IV 1 AO 1977 fallenden Unterlagen zwar Teil der Steuererklärung, so dass die Nichtbeifügung von Unterlagen die Festsetzung eines Verspätungszuschlages nach § 152 I 1 AO 1977 rechtfertigen kann (vgl. Hübschmann/Hepp/Spitaler: AO 1977/FGO, Loseblslg. Stand: Sept. 2010, § 152 AO 1977, Rn 11).

„Aber auch nach dieser Auffassung ist hier die Festsetzung eines Verspätungszuschlages nicht gerechtfertigt. Danach ist das Fehlen von Unterlagen im Rahmen der Bewertung der Vollständigkeit bzw. Lückenhaftigkeit der Erklärung zu berücksichtigen. Nach st. Rspr. **des BFH bleibt eine innerhalb der Steuerklärungsfrist eingebrachte mängelbehaftete Erklärung ungeachtet der Mängel eine Steuererklärung i. S. des § 150 I AO 1977**. Es besteht dann kein Raum für die Verhängung eines Verspätungszuschlages. Sind wichtige Fragen nicht beantwortet oder sind in der Steuererklärung gemachte Angaben falsch, dann greift die **Erforschungspflicht des Finanzamtes** ein. **Zweck des Zuschlages** ist es, **das ordnungsgemäße Veranlagungsverfahren in Gang zu bringen**. Dazu ist auch eine lückenhafte oder falsche Steuererklärung geeignet. Nur die Einreichung einer völlig unzureichenden Steuererklärung, die es unmöglich macht, das ordnungsgemäße Veranlagungsverfahren in Gang zu setzen, kann der Nichteinreichung der Steuererklärung gleichstehen (vgl. BFHE 97, 405).

In ähnlicher Weise äußert sich auch die genannte **Mindermeinung**: Auch danach **kommt es auf den Grad der Lücken für die Beurteilung an, ob überhaupt eine Steuererklärung vorliegt** mit der Folge, dass die Einreichung einer neuen Erklärung verlangt und ein Verspätungszuschlag erhoben werden kann, oder ob es sich um eine wirksame Erklärung handelt, zu deren Ergänzung die Finanzbehörde aufzufordern hat. Entscheidend ist auch nach dieser Auffassung, ob die **Steuererklärung in der eingereichten Form überhaupt eine geeignete Arbeitsgrundlage ist**. Nach den hier eingereichten Steueranmeldungen konnte das Steuerfestsetzungsverfahren ohne Weiteres in Gang gesetzt werden und ist von der Bkl. auch eingeleitet und weiter geführt worden. Nach Einreichung der die Erklärung verifizierenden Belege sind die von der Kl. gemachten Angaben auch bis auf allenfalls kleinere Differenzierungen übernommen worden.

Der Senat teilt die Auffassung, dass die Festsetzung eines Verspätungszuschlages bei Nichteinreichung oder verspäteter Einreichung von Unterlagen, die der Steuererklärung beizufügen sind, allenfalls dann in Betracht kommt, wenn ohne diese Unterlagen praktisch überhaupt keine bearbeitungsfähige Steuererklärung vorliegt. Nur diese Auslegung entspricht dem **Wortlaut und wird dem Zweck der Vorschrift gerecht**, die Abgabe der Steuererklärung als solcher sicherzustellen, nicht aber bloß weitere Ermittlungen oder Überprüfungen der Steuerbehörde zu vermeiden.“ (OVG Münster aaO)

Protokolle für die mündliche Prüfung

Warum Prüfungsprotokolle?

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

Wie läuft das ab?

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

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

Was können Sie sonst noch tun?

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

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

Was kostet das?

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

Zahlung nur im Voraus oder bei Abholung

