



PRAKTIKER-REPORT (PR)

Monatsschrift für den praktisch tätigen Juristen

35. Jahrg.

September 2010

Heft 09

Aus dem Inhalt:

- | | |
|---------------------|--|
| BGH: | Opfergrenze bei Kostenvorschuss für Mängelbeseitigung |
| EuGH: | Zusendekosten bei Widerruf des Fernabsatzvertrages |
| VGH München: | Papst-Beleidigung durch Karikatur |
| VGH München: | Rechtsweg bei ehrverletzenden Äußerungen |
| BAG: | Aussetzung wegen Vorabentscheidung in Parallelsache |
| OVG Hamburg: | Umgehung von Beteiligungsrechten bei Plangenehmigung |
| VGH München: | Fortsetzungsfeststellungsklage bei Grundrechtseingriff |



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 Gerichtsverfassungsgesetzes.....	1
Änderung des Wertpapierhandelsgesetzes.....	1

Brandaktuell

BGH: Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör (Fehlen eines Hinweises auf Auslegung des Klageantrags).....	3
---	---

Entscheidungen materielles Recht

Zivilrecht

BGH: Kostenvorschuss für Mängelbeseitigung (Anspruchsvoraussetzungen und Obergrenze).....	4
EuGH: Widerruf des Fernabsatzvertrages (keine Belastung des Verbrauchers mit Zusendekosten).....	7

Strafrecht

OLG München: Volksverhetzung (Text-Bild-Kombination auf NPD-Wahlplakat).....	10
VGH München: Papst-Beleidigung (nicht durch Darstellung mit homosexuellen Attributen).....	12

öffentl. Recht

VGH München: polizeiliche Maßnahmen gegen Versammlung (Verdacht einer Straftat nicht ausreichend).....	15
VGH München: Unterlassen ehrverletzender Äußerungen (Abgrenzung zwischen öffentlichem und privaten Recht).....	18

Kurzauslese I

BGH: Rücktrittsrecht (Erlöschen nach Mangelbehebung).....	20
BGH : Beschaffenheitsvereinbarung (keine Toleranzspanne bei „ca.-Angabe“ zur Wohnfläche).....	20
BGH: Kauf-/Werkvertrag (Abgrenzung).....	20
LG München I: Abgrenzung Tatsachenbehauptung/Meinungsäußerung (Vorwurf der Manipulation, Lüge, Vertuschung, Vetternwirtschaft).....	21
BGH: Kündigungsschutz (GmbH-Geschäftsführer).....	21
BAG: Diskriminierung (Kenntnis der dt. Schriftsprache).....	22
BGH: Urkundenfälschung (Telefax und Ausdruck einer Computerdatei sind keine Urkunden).....	23
OLG Celle: umweltgefährdende Abfallbeseitigung (durch Verschenken eines nicht mehr fahrbereiten Altfahrzeugs).....	23
OLG Bremen: Drohung mit Körperverletzung (nicht bei Verwünschungen, Beschimpfungen und Prahlereien).....	24
OVG Münster: Überprüfung einer Prüfungsentscheidung (unverzögliche Einleitung des Kontrollverfahrens).....	25
BGH: Zustandsstörer (Beseitigungspflicht).....	25
BayVerfGH: passives Kommunalwahlrecht (maßgeblicher Wohnsitz).....	25

Entscheidungen Verfahrensrecht

Zivilrecht

BAG:	Aussetzung des Verfahrens analog § 148 ZPO (wegen Vorabentscheidungsverfahren vor EuGH in Parallelsache).....	26
BGH :	Mangel des Titels in der Immobilienversteigerung (Heilung nur bis Zuschlagserteilung möglich).....	28

Strafrecht

BGH:	Anwesenheitsrecht des Angeklagten (Ausschluss von der Entlassungsverhandlung).....	32
------	---	----

öffentl. Recht

OVG Hamburg:	Umgehung von Beteiligungsrechten (Klagebefugnis im Plangenehmigungsverfahren)	35
VGH München:	Fortsetzungsfeststellungsklage (Zulässigkeit bei Grundrechtseingriff)	39

Kurzauslese II

BGH:	Erledigung der Hauptsache (nachträglich erhobene Verjährungseinrede)	42
BGH:	Berufung in WEG-Sache (Einlegung beim sachlich unzuständigen Gericht).....	43
BGH:	Kronzeugenregelung (Opfer einer Katalogtat)	44
LG Lüneburg:	selbstverschuldete Verhandlungsunfähigkeit (Nichtbehandlung einer Erkrankung).....	44
VGH München:	Verwaltungsakt (verschärfter Verweis durch Schulleiter).....	44
VGH Mannheim:	Feststellungsklage (Zulässigkeit)	45
VGH München:	Normenkontrollantrag (Antragsfrist ist eine Ausschlussfrist).....	45
VGH Kassel:	gerichtl. Begründungsfrist (Nichtabhilfeentscheidung).....	45
OVG Münster:	Prüfungsbescheid (Umfang der Bestandskraft).....	46

Speziell für Rechtsanwälte und Notare

Gebühren und Kosten

LG Berlin:	Freistellungsanspruch (vorgerichtliche Anwaltskosten).....	47
OLG Köln:	Rahmengebühren (bindende Ermessensausübung durch Rechnungsstellung).....	47
OLG Brandenburg:	Terminsgebühr (Streitgenossen)	47
BGH:	Mehrvertretungszuschlag (bei Vertretung von Streithelfern)	48
BGH:	Geschäftsgebühr (Anrechnung auf nachfolgende Verfahrensgebühr)	48
BGH:	Terminsgebühr (Verfahrensverbindung).....	48
OLG Stuttgart:	Erledigungsgebühr (erforderliche anwaltliche Mitwirkung).....	49

Inhaltsverzeichnis

KG:	Gebührenstreitwert (unbezahlter Schmerzensgeldantrag).....	50
BGH:	Prozesskostenhilfe (für Beitritt der Kindsmutter im Vaterschaftsanfechtungsverfahren).....	51
BVerfG:	Prozesskostenhilfe (nachehelicher Altersunterhalt).....	52
Aus der Praxis		
LG Nürnberg-Fürth:	Homepage eines Rechtsanwalts (keine direkte Verlinkung auf Berufsregeln erforderlich).....	53
OLG Nürnberg:	Wettbewerbsverstoß (unzulässige Verwendung der Bezeichnung „zertifizierter Testamentsvollstrecker“).....	53
OLG Hamm:	Partnerschaftsgesellschaft (persönliche Haftung)	54
OLG Celle:	Anwaltsregress (Vorliegen eines eingeschränkten Mandats)	54
AGH Sachsen:	Widerruf der Anwaltszulassung (Wegfall der Postulationsfähigkeit)	55
VGH Mannheim:	Zwangsmitgliedschaft (Versorgungswerk der Rechtsanwälte/Befreiungsanspruch)	55
AG Aachen:	Rechtsschutzversicherung (kein Auskunftsanspruch gegenüber Rechtsanwalt)	56
OLG Hamm:	Scheidungsantrag (notwendiger Inhalt)	56
VGH Mannheim:	Gutachtensanordnung (inhaltliche Anforderungen)	57
Steuern		
BVerfG:	häusliches Arbeitszimmer (steuerliche Berücksichtigungsfähigkeit)	58
FG Münster:	Schenkungen in einer „Schenkpyramide“ (als „sonstige Einkünfte“ steuerpflichtig).....	60
Weitere Schriftumsnachweise		61
Mandantenbrief		65

Aus der Gesetzgebung

A. Änderung des Gerichtsverfassungsgesetzes

4. Gesetz zur Änderung des Gerichtsverfassungsgesetzes vom 24.07.2010 – In-Kraft-Treten am 30.07.2010 (BGBl. I, S. 976)

I. Die Änderungen des Schöffenamtes, § 33 GVG

Das **Schöffenamnt** konnte bisher von jedem erwachsenen deutschen Staatsangehörigen ausgeübt werden. Da die Schöffen bei der Entscheidungsfindung des Gerichts als **gesetzliche Richter i. S. des GG** mitwirken, können sie nur auf der Grundlage einer ausdrücklichen gesetzlichen Regelung vom Schöffenamnt ausgeschlossen werden. Die Streichung eines bereits ernannten Schöffen von der Schöffenliste war bisher nur in wenigen Fällen vorgesehen. Bei Fällen, in denen Schöffen der Hauptverhandlung mangels hinreichender Sprachkenntnisse nicht folgen konnten, war eine Streichung des Schöffen bislang nicht möglich. Danach dürfen das Schöffenamnt **zukünftig nur noch Personen** ausüben, **die die deutsche Sprache ausreichend beherrschen und damit der Hauptverhandlung folgen können**.

II. Die Divergenzvorlage, § 121 II GVG

Außerdem wird mit dem Änderungsgesetz durch die **Einführung der sog. „Divergenzvorlage“** mehr Rechtssicherheit und Rechtsklarheit im rechtspolitisch sensiblen Bereich der Sicherungsverwahrung geschaffen, indem das **Verfahren bei Beschwerden gegen Beschlüsse neu geregelt** wurde, die sich mit der Frage befassen, ob eine weitere Unterbringung in der Sicherungsverwahrung oder in einem psychiatrischen Krankenhaus erforderlich ist.

Mit der Divergenzvorlage sollen vor allem die Fälle rasch geklärt werden, in denen die zuständigen Gerichte das Urteil des EuGH für Menschenrechte (Fünfte Sektion) vom 17.12.2009 berücksichtigen müssen.

Der EGMR hatte festgestellt, dass die rückwirkende Verlängerung einer zunächst auf zehn Jahre begrenzten Sicherungsverwahrung auf unbestimmte Zeit gegen die Europäische Menschenrechtskonvention verstößt.

Unter den OLG hat sich eine uneinheitliche Linie hinsichtlich der Rechtsfrage abgezeichnet, ob das Urteil des EGMR zwingend berücksichtigt werden muss. Künftig muss ein OLG, das in dieser Frage von einer anderen OLG -Entscheidung, die nach dem 01.01.2010 (Stichtag) ergangen ist, abweichen will, die Sache dem BGH zur Entscheidung vorlegen. In der Praxis bedeutet dies, dass der erste Fall, mit dem ein OLG nach Inkrafttreten der Regel befasst ist, vom BGH verbindlich entschieden wird. **Ziel** ist es, eine **unterschiedliche Rechtspraxis bei gleichgelagerten Fällen zu vermeiden**.

B. Änderung des Wertpapierhandelsgesetzes

Gesetz zur Vorbeugung gegen missbräuchliche Wertpapier- und Derivategeschäfte vom 21.07.2010 – In-Kraft-Treten am 27.07.2010 (BGBl. I, S. 945)

I. Allgemeines

Mit dem „Gesetz zur Neuregelung der Rechtsverhältnisse bei Schuldverschreibungen aus Gesamtemissionen und zur verbesserten Durchsetzbarkeit von Ansprüchen von Anlegern aus Falschberatung“ (BR-Drucksache 180/09 vom 20.02.09) wurde u. a. auch das Wertpapierhandelsgesetz (WpHG) geändert.

II. Die Neuregelungen im Überblick

1. In **§ 34 WpHG** werden die Abs. 2a) und 2b) neu eingefügt.

Nach Abs. 2a) sind **Wertpapierdienstleistungsunternehmen** nunmehr **dazu verpflichtet, über jede Anlageberatung ein schriftliches Protokoll anzufertigen**, das von

demjenigen, der die Anlageberatung durchgeführt hat, zu unterzeichnen ist. Zudem ist vor einem auf die Beratung beruhenden Geschäftsschluss dem Kunden das Protokoll auf einem dauerhaften Datenträger zur Verfügung zu stellen.

Bei **Fernabsatzgeschäften** kann der Geschäftsabschluss auf ausdrücklichen Wunsch des Kunden auch vor Erhalt des Protokolls erfolgen. Voraussetzung hierfür ist allerdings, dass die Beratung mit Zustimmung des Kunden technisch aufgezeichnet worden ist oder der Kunde ausdrücklich auf eine solche Aufzeichnung verzichtet hat.

Der **Inhalt des** nach § 34 Abs. 2a) WpHG **zu erstellenden Protokolls** ergibt sich aus der **Wertpapierdienstleistungs-Verhaltens- und Organisationsverordnung (WpDVe-rOV)**, die ebenfalls geändert wurde.

Wer das Protokoll nicht, nicht richtig, nicht vollständig oder nicht rechtzeitig anfertigt, begeht eine Ordnungswidrigkeit, Gleiches gilt, wenn dem Kunden eine Ausfertigung des Protokolls nicht, nicht vollständig, nicht in der vorgeschriebenen Weise oder nicht rechtzeitig zur Verfügung gestellt wird. Die Ordnungswidrigkeiten können mit einer Geldbuße bis zu 50.000 Euro geahndet werden.

2. Ferner wird **§ 37a WpHG**, in dem die **Verjährungsfrist für Ansprüche von Kunden gegen Wertpapierdienstleistungsunternehmen auf Schadensersatz** wegen Verletzung der Pflicht zur Information und wegen fehlerhafter Beratung im Zusammenhang mit einer Wertpapierdienstleistung geregelt ist, gestrichen.

Damit **gelten künftig die allgemeinen Verjährungsregeln**, wonach die Verjährung nicht mehr mit der Anspruchsentstehung, d. h. mit Datum des Geschäftsabschlusses, sondern erst mit dem Schluss des Jahres, in dem das Geschäft getätigt worden ist, beginnt. Ohne Kenntnis der anspruchsbegründenden Tatsachen kann sich die Verjährungsfrist von 3 auf 10 Jahre verlängern.

Brandaktuell

ZPO
§ 139

Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör Fehlen eines Hinweises auf Auslegung des Klageantrags

ZPO

(BGH in jurisAnwaltsLetter Nr. 16, 24.08.2010 – Beschluss vom 06.07.2010 –VI ZR 177/09)

Fall: Die Kl. hat gegen die Bekl. materielle und immaterielle Schadensersatzansprüche sowie Feststellung der Ersatzpflicht für weitere Schäden geltend gemacht, die ihr aufgrund von ärztlichen Fehlern anlässlich einer Hysterektomie entstanden sind. Das Landgericht hat die Klage abgewiesen. Auf die Berufung der Kl. hat das Oberlandesgericht in Abänderung des erstinstanzlichen Urteils die Leistungsklage wegen festgestellter Aufklärungsfehler dem Grunde nach für gerechtfertigt erklärt, jedoch den Feststellungsantrag mit der Begründung abgewiesen, dieser beziehe sich entsprechend seinem Wortlaut nur auf (reine) Behandlungsfehler. Da es gegen sein Urteil die Revision nicht zugelassen hat, möchte die Kl. mit ihrer vorliegenden Nichtzulassungsbeschwerde eine Zulassung der Revision durch das Revisionsgericht erreichen, um ihren Feststellungsantrag weiter zu verfolgen.

Die Nichtzulassungsbeschwerde hat Erfolg und führt gemäß § 544 VII ZPO zur Aufhebung des angegriffenen Urteils und zur Zurückverweisung des Rechtsstreits an das Berufungsgericht. Das Berufungsgericht hat den **Anspruch** der Kl.in **auf rechtliches Gehör aus Art. 103 I GG** in entscheidungserheblicher Weise **verletzt**, indem es - **ohne** der Kl.in zuvor einen **Hinweis nach § 139 ZPO** auf die beabsichtigte Auslegung ihres **Feststellungsantrags** zu geben - diesen **überraschend** mit der formalen Begründung abgewiesen hat, er **beziehe sich nur auf - nicht vorliegende - Behandlungsfehler im engeren Sinne und nicht auch auf - vorliegende - Aufklärungsfehler**.

Gerichtliche Hinweispflichten dienen der **Vermeidung von Überraschungsentscheidungen** und konkretisieren den Anspruch der Parteien auf rechtliches Gehör (BVerfGE 84, 188, 189 f.). Das Gericht hat nach § 139 I 2 ZPO insbesondere dahin zu wirken, dass die Parteien sachdienliche Anträge stellen.

*„Das rechtliche Gehör vor Gericht zum Streitgegenstand einer Klage bezieht sich danach **nicht allein auf den Sachverhalt und seinen Vortrag, sondern ebenso auf die sachdienliche Fassung der Klageanträge**, mit denen eine Partei vor Gericht verhandelt (vgl. BGH, Beschluss vom 23. April 2009 - IX ZR 95/06 - NJW-RR 2010, 70). Will das Berufungsgericht einem solchen Antrag **abweichend von einer nahe liegenden Auslegung eine engere Bedeutung** beimessen, die zur Klageabweisung führt, so muss es die Partei auf die beabsichtigte Auslegung ihres Klageantrages **hinweisen**. Die betroffene Partei muss Gelegenheit erhalten, ihren Sachantrag klarzustellen und gegebenenfalls den Bedenken des erkennenden Gerichts anzupassen.*

*Der Klage- und Berufungsantrag der Kl.in unterliegt der uneingeschränkten Auslegung durch das Revisionsgericht. Danach konnte der Antrag der Kl.in **ohne weiteres dahingehend verstanden** werden, dass sie mit **"Behandlungsfehlern" allgemein eine fehlerhafte Behandlung** meinte, sei es nun aufgrund eines **Behandlungsfehlers im engeren Sinne** oder aufgrund einer fehlerhaften, weil **rechtswidrigen Behandlung infolge eines Aufklärungsfehlers**. Eine derartige Auslegung lag auch deshalb nahe, weil die Klage von vornherein sowohl auf Behandlungsfehler als auch auf Aufklärungsfehler gestützt war.*

*Unter diesen Umständen war es **überraschend** und verletzte den Anspruch der Kl.in auf rechtliches Gehör aus Art. 103 I GG, indem das Berufungsgericht den **Feststellungsantrag** mit der formalen Begründung abgewiesen hat, er beziehe sich nur auf - nicht vorliegende - **Behandlungsfehler im engeren Sinne**, ohne der Kl.in zuvor einen - zwingend erforderlichen - Hinweis nach § 139 ZPO auf die beabsichtigte Auslegung zu geben. Dann - so macht die Nichtzulassungsbeschwerde geltend - hätte die Kl.in (selbstverständlich) klargestellt, dass sich ihr Feststellungsbegehren generell auf eine Haftung der Bekl. erstrecken soll, sei es nun aufgrund eines Behandlungsfehlers oder aufgrund eines Aufklärungsfehlers.“ (BGH aaO)*

Entscheidungen materielles Recht

BGB
§§ 536a, 275 II

Kostenvorschuss für Mängelbeseitigung Anspruchsvoraussetzungen und Opfergrenze

MietR

(BGH in NJW 2010, 2050; Urteil vom 21.04.2010 – VIII ZR 131/09)

1. Hat der Mieter einen Anspruch auf Ersatz von Aufwendungen zur Mängelbeseitigung nach § 536a II BGB, so kann er eine Vorauszahlung der Kosten verlangen.
2. Dies bezieht sich jedoch nur auf solche **Kosten**, die **nach vernünftiger wirtschaftlicher Betrachtungsweise nötig und zweckmäßig** sind und für Maßnahmen anfallen, die **voraussichtlich zur Mängelbeseitigung geeignet** sind.
3. **Die Verpflichtung des Vermieters** zur Beseitigung eines Mangels endet dort, wo der dazu erforderliche Aufwand die „**Opfergrenze**“ **überschreitet**. Er kann sich dann nach § 275 II BGB auf die Unzumutbarkeit berufen. Dies ist insbesondere der Fall bei einem krassen Missverhältnis zwischen dem Sanierungsaufwand und dem Verkehrswert des Hauses bzw. den zu erwirtschaftenden Mieteinnahmen. Erforderlich ist neben einer rein mathematischen Gegenüberstellung eine **Würdigung aller Umstände**.
5. Die **Berufung auf die Unzumutbarkeit** der Mängelbeseitigung nach § 275 II BGB kann nach Treu und Glauben **gem. § 242 BGB ausgeschlossen** sein.

Fall: Die Kl. verlangt von der Bekl. die Zahlung eines Vorschusses zur Mängelbeseitigung an einem Reihnhaus in Dresden. Sie mietete das Haus 1988 von dem VEB Gebäudewirtschaft Dresden, dem Rechtsvorgänger der Bekl. Die Grundmiete beträgt seit dem 01.01.1997 monatlich 351,87 Euro. Mit Schreiben vom 23.06. 2006 verzichtete die Bekl. gegenüber der Kl. im Zusammenhang mit der Privatisierung des Wohnungsbestands der Stadt Dresden im Rahmen der „Dresdner Sozialcharta“ auf das Recht zur ordentlichen Kündigung des Mietverhältnisses wegen Eigenbedarfs und wegen Hinderung an einer angemessenen wirtschaftlichen Verwertung des Mietobjekts. Das etwa in den Jahren 1965 bis 1975 errichtete Haus weist an den Innen- und Außenwänden erhebliche Risse auf. Damit zusammen hängen Schäden am Schornstein und am Dach sowie an Fenstern und Türen. Die Bekl. hat seit August 1995 Kenntnis von diesen Mängeln. Bereits seit 1990 bemühte sich die Kl. um einen Ankauf der Immobilie. Die Bekl. lehnte das Angebot ab.

Die Kl. verlangte mit Schreiben vom 07.09.2001 erstmals die Beseitigung der Mängel. In den folgenden Jahren wiederholte sie die Aufforderungen. Nachdem es im Jahr 2002 zu Wassereintrüben gekommen war, ließ die Bekl. am 10.03.2004 das Haus von einem Sachverständigen besichtigen. Die Kl. legte der Bekl. mit Schreiben vom 25.09.2007 ein Gutachten vor und drohte an, Klage zu erheben, wenn die Bekl. nicht innerhalb von zehn Tagen anerkenne, dass die Schäden zu beseitigen seien, und entsprechende Vorschläge unterbreite würden.

Der Gutachter, der auftragsgemäß keine Untersuchung der Ursache für die festgestellten Schäden durchgeführt hatte, bezifferte die Kosten für eine Beseitigung der Risse mit Kunstharzmasse und die Reparatur der übrigen Schäden einschließlich der erforderlichen Vor- und Nacharbeiten auf 47.546 Euro, wies aber darauf hin, dass es vor Beginn dieser Arbeiten notwendig sei, die Ursache für die protokollierten Rissbilder im Gebäude festzustellen und nach Möglichkeit zu beseitigen. Die Bekl. antwortete mit Schreiben vom 02.10.2007, dass eine Rissanierung ohne dauerhaften Erfolg wäre, wenn weitere Setzungserscheinungen aufträten. Sie werde bis zum 28.02.2008 ein Gutachten über die Ursachen in Auftrag gegeben. Erst wenn dieses Ergebnis vorliege, könnten Art und Umfang der notwendigen Arbeiten eingeschätzt werden.

Nachdem die Bekl. mit Schreiben der Kl. vom 14.04.2008 vergeblich aufgefordert worden war, das Ergebnis der Auswertung mitzuteilen, hat die Kl., die die Rissbildung für abgeschlossen hält, Klage auf Zahlung von 47.576 Euro erhoben, um mit diesem Betrag die im Gutachten des Architekturbüros vorgesehenen Arbeiten durchführen zu lassen.

Die Bekl., die die Maßnahmen für zwecklos hält, bezieht sich insoweit auf das Gutachten des Ingenieurbüros S vom 02.05.2007, demzufolge die Risse weiterhin in Bewegung sind. In dem Gutachten werden Mängel in der Standfestigkeit des Baugrundes als vorrangige Ursache für die Risse gesehen. Auf dieser Grundlage schätzt die Bekl. die möglichen Sanierungskosten auf mindestens das Doppelte des von der Kl. geltend gemachten Betrags, im ungünstigsten Fall auf etwa 170.000 Euro; den Verkehrswert des Hausgrundstücks gibt sie mit 28.000 Euro an. Hat die Kl. einen Anspruch auf den eingeklagten Kostenvorschuss?

Die Kl. könnte gegen die Bekl. einen Anspruch auf den eingeklagten Kostenvorschuss nach § 536a BGB haben. Nach § 536a II Nr. 1 BGB kann der Mieter den Mangel der Mietsache selbst beseitigen (lassen) und Ersatz der erforderlichen Aufwendungen verlangen, wenn der Vermieter mit der Beseitigung des Mangels in Verzug ist.

„Zu diesem Zweck kann der Mieter vom Vermieter die Zahlung eines Vorschusses in Höhe der voraussichtlich erforderlichen Beseitigungskosten verlangen (BGH, NJW 2008, 2432 = NZM 2008, NZM 607 Rn 8; BGHZ 56, 136 [141] = NJW 1971, 1450).“ (BGH aaO)

Ein Anspruch auf Zahlung eines Kostenvorschusses für eine vom Mieter zu veranlassende Mängelbeseitigung besteht nach § 536a II Nr. BGB daher nur, wenn die Voraussetzungen für eine eigene Mängelbeseitigung des Mieters vorliegen. Es muss daher ein Mietmangel vorliegen, die angestrebten Aufwendungen müssen zur Beseitigung des Mangels erforderlich sein und der Vermieter muss mit der Mängelbeseitigung in Verzug sein.

I. Vorliegen eines Mietmangels

Ein Sachmangel der Mietsache nach § 536 I BGB liegt vor, wenn die Mietsache zur Zeit der Überlassung an den Mieter einen Mangel hat, der ihre Tauglichkeit zum vertragsgemäßen Gebrauch aufhebt oder während der Mietzeit ein solcher Mangel entsteht.

Ein **Sachmangel im Sinne des § 536 I BGB** ist ein Fehler, welcher der Mietsache in ihrer Substanz anhaftet. Es muss nicht schon nach außen hervorgetreten sein, wenn nur seine Ursachen schon vorhanden sind. Der Fehler kann auch in einem tatsächlichen bzw. rechtlichen Verhältnis bestehen, das nach den allgemeinen Verkehrsanschauungen für einen Mieter die Sache und deren **Gebrauchswert unmittelbar beeinträchtigt**. Stets muss die Tauglichkeit zu dem von den Vertragsparteien konkret vorausgesetzten vertragsgemäßen Gebrauch ganz aufgehoben oder gemindert sein (subjektiver Fehlerbegriff). Dies ist bei den Rissen an den Innen- und Außenwänden des Hauses und den damit zusammenhängenden weiteren Schäden am Schornstein und am Dach unstreitig der Fall.

II. Erforderlichkeit der Aufwendungen für die Mängelbeseitigung

Der Mieter hat einen Anspruch auf einen Kostenvorschuss gem. § 536a II BGB für Maßnahmen, mit denen er die Mängel selbst beseitigen lassen will, wenn die als Vorschuss verlangten Beseitigungskosten zur Mängelbeseitigung erforderlich sind (vgl. BGH NJW 2008, 3421).

1. Maßstab für Erforderlichkeit

*„Die Ersatzpflicht des Vermieters beschränkt sich danach auf die Aufwendungen, die der Mieter bei Anwendung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt für angemessen halten darf; darunter fallen lediglich solche **Kosten**, die **nach vernünftiger wirtschaftlicher Betrachtungsweise nötig und zweckmäßig** sind (Staudinger/Emmerich, BGB, Neubearb. 2006, § 536a Rn 32; vgl. zum Werkvertragsrecht BGH, NJW-RR 1989, 86 [unter II 3c]; NJW-RR 1991, 789 [unter II 2]). Erforderlich in diesem Sinn können Beseitigungskosten nur sein, wenn die **Maßnahmen**, die der Mieter mit dem verlangten Vorschuss durchzuführen beabsichtigt, **voraussichtlich zur Mängelbeseitigung geeignet** sind.“ (BGH aaO)*

2. Anwendung auf den Fall

*„Die Revision rügt insoweit mit Recht, dass das BerGer. den Vortrag der Bekl. übergangen hat, wonach die Rissbildung noch nicht abgeschlossen sei und aus diesem Grund das in dem von der Kl. in Auftrag gegebenen Gutachten als Sanierungsmaßnahme vorgesehene **Verschließen der Risse mit Kunstharzmasse jedenfalls derzeit zwecklos** sei. Dies wird auch in dem Gutachten selbst angedeutet, wenn es dort einschränkend heißt, es vor Beginn der nachfolgend beschriebenen Arbeiten notwendig sei, die Ursache für die protokollierten Rissbilder im Gebäude festzustellen und nach Möglichkeit zu beseitigen. Übereinstimmend damit wird in dem von der Bekl. eingeholten Gutachten des Ingenieurbüros vom 02.05.2007 darauf hingewiesen, dass **vorab Untersuchungen zu den Rissursachen** unbedingt notwendig seien, um Klarheit insbesondere hinsichtlich der Art und des Umfangs der Sanierung des Gebäudes zu erhalten; zur Behebung der Rissursache seien **mit großer Sicherheit Sanierungsmaßnahmen im Baugrund** erforderlich. Aus beiden Gutachten ergibt sich somit, dass es mit dem im Gutachten beschriebenen Verschließen der Risse mit Kunstharzmasse nicht getan ist, wenn die Rissbildung, wie die Bekl. behauptet, noch nicht abgeschlossen ist. Daher müssen zunächst die Ursachen der Rissbildung geklärt und – wenn möglich – beseitigt werden. Ohne vorherige Klärung der Frage, ob die Rissbildung noch fortschreitet und worauf dies gegebenenfalls beruht, sind die im Gutachten vorgesehenen Maßnahmen zur nachhaltigen Mängelbeseitigung nach dem gegenwärtigen Erkenntnisstand ungeeignet, weil mit ihnen der zweite Schritt vor dem ersten getan würde.“ (BGH aaO)*

Die Tatbestandsvoraussetzungen für den Anspruch aus §536a II BGB sind derzeit nicht erfüllt sind. Obwohl es daher nicht darauf ankommt, ob der Einwand der Unzumutbarkeit der Mängelbeseitigung (§ 275 II BGB) durchgreift, hat der BGH zu dieser Frage Stellung genommen.

III. Unzumutbarkeit der Mängelbeseitigung

Der Bekl. könnte auf die Unzumutbarkeit der Mängelbeseitigung nach § 275 II BGB berufen.

1. Maßstab für Unzumutbarkeit

*„Der Senat hat entschieden, dass die **Verpflichtung des Vermieters** zur Beseitigung eines Mangels dort endet, wo der dazu erforderliche Aufwand die **„Opfergrenze“ überschreitet**. Wann diese Zumutbarkeitsgrenze überschritten ist, muss von Fall zu Fall unter Berücksichtigung der beiderseitigen Parteiinteressen wertend ermittelt werden. Doch darf **kein krasses Missverhältnis** entstehen zwischen dem **Reparaturaufwand** einer- und dem Nutzen der Reparatur für den Mieter sowie dem **Wert des Mietobjekts** und den aus ihm zu ziehenden Einnah-*

men andererseits (BGH, NJW 2005, 3284 = NZM 2005, 820 [unter II 2] m.w.N.; so bereits OLG Karlsruhe, NJW-RR 1995, 849 [850]; vgl. auch OLG Hamburg, NZM 2002, 343 [344]; LG Dresden, NZM 2008, 165).

Danach lässt sich eine Überschreitung der „Opfergrenze“ **nicht** aus einer **bloßen Gegenüberstellung** zwischen **Sanierungskosten** und **Verkehrswert** herleiten; erforderlich ist eine **Würdigung aller Umstände**. Bei der Bestimmung der dem Schuldner zuzumutenden Anstrengungen ist auch ein etwaiges Verschulden des Schuldners zu berücksichtigen (§ 275 II 2 BGB); dies war bereits vor der Schuldrechtsmodernisierung in der Rechtsprechung des BGH anerkannt (NJW 1988, 699 [unter III 2b]; vgl. auch OLG Hamburg, NZM 2002, 343).“

Je ungünstiger sich das Verhältnis zwischen Sanierungskosten und Verkehrswert darstellt, desto gewichtiger müssen die entgegenstehenden **Umstände** sein, die es dem Vermieter trotz bestehendem Missverhältnis zwischen Sanierungskosten und Verkehrswert verwehren sollen, sich auf den Einwand der wirtschaftlichen Unzumutbarkeit (§ 275 II BGB) zu berufen. Ein **auffälliges Missverhältnis indiziert eine Überschreitung der Zumutbarkeitsgrenze**. Im Extremfall kann dieses Indiz so stark sein, dass schwer vorstellbar erscheint, welche weiteren Umstände zu einer anderen Abwägung sollten führen können.“ (BGH aaO)

2. Anwendung auf den Fall

Es ist berücksichtigen, dass einem aktuellen Verkehrswert von 28.000 Euro Sanierungskosten mindestens in der doppelten Höhe des von der Kl. geltend gemachten Vorschusses, das heißt in Höhe von etwa 95.000 Euro, ungünstigstenfalls sogar in Höhe von etwa 170.000 Euro, gegenüberstünden. Hieraus ergibt sich rein rechnerisch ein krasses Missverhältnis. Fraglich ist jedoch, ob die Berücksichtigung besonderer Umstände des Falles dem Bekl. gleichwohl nach Treu und Glauben die Berufung auf die Unzumutbarkeit nach § 275 II BGB verwehrt.

a) Treuwidrigkeit wegen Reparaturstau

„Das BerGer. meint, die Kl. könne sich auf den Einwand aus § 275 II BGB schon deshalb nicht berufen, weil sie es zu einem „Reparaturstau“ habe kommen lassen und deshalb die Höhe der Sanierungskosten zu vertreten habe (vgl. dazu Eisenschmid, in: Schmidt-Futterer, MietR, 9. Aufl., § 536 Rn 504). Dieser Vorwurf ist nach dem revisionsrechtlich zu Grunde zu legenden Sachverhalt nicht gerechtfertigt.

Die Revision rügt mit Recht, dass es bereits an **Feststellungen** dazu **fehlt**, dass der **Sanierungsaufwand** und die damit verbundenen Kosten **zu einem früheren Zeitpunkt wesentlich niedriger** gewesen wären. Davon ist auch nicht ohne Weiteres auszugehen, wenn die vom BerGer. unterstellte Behauptung der Bekl. zutrifft, dass die Risse, wie in dem Gutachten ausgeführt, weiterhin in Bewegung sind und die wesentliche Ursache dafür in der mangelnden Tragfähigkeit des Baugrundes und in Konstruktionsmängeln des Gebäudes zu suchen ist. Denn dann bestanden die für die Rissbildung verantwortlichen Mängel, deren Beseitigung nur mit hohen Kosten möglich ist, schon seit der Errichtung des Gebäudes.“ (BGH aaO)

b) Treuwidrigkeit wegen Schaffung eines Vertrauenstatbestandes

„Auch verhält sich die Bekl. nicht deshalb treuwidrig, weil sie, wie das BerGer. meint, durch die von ihr **in Auftrag gegebene Begutachtung einen Vertrauenstatbestand geschaffen** und der Kl. im Schreiben vom 8. 10. 2007 eine **Sanierung „dem Grunde nach“ zugesagt** hätte, wodurch die Kl. davon **abgehalten worden sei, Mangelbeseitigung zu verlangen**. Dem kann schon deshalb nicht gefolgt werden, weil eine solche Zusage dem Schreiben vom 08.10.2007 nicht zu entnehmen ist. Davon abgesehen ist die Kl. weder durch die Begutachtung noch durch das Schreiben davon abgehalten worden, Mangelbeseitigung zu verlangen. Bereits seit dem Jahr 2001 verlangte die Kl. Mangelbeseitigung. Dieses Verlangen führte gerade dazu, dass die Bekl. das Gutachten S in Auftrag gab.“ (BGH aaO)

c) Treuwidrigkeit wegen Verweigerung des Ankaufes des Hauses

„Ebenso wenig lässt sich ein dem Einwand aus § 275 II BGB entgegenstehender Verstoß der Kl. gegen Treu und Glauben daraus herleiten, dass sich die **Kl. bis zum Jahr 2001 erfolglos um einen Ankauf des Hauses bemüht** hat. Das BerGer. legt nicht nachvollziehbar dar, auf Grund welcher Umstände die Kl. bis zum Jahr 2001, als die Bekl. das Kaufangebot der Kl. ablehnte, darauf hätte vertrauen dürfen, die Immobilie zu erwerben, und aus welchen Gründen ein insoweit vor dem Jahr 2001 etwa bestehender Vertrauenstatbestand auf Seiten der Kl. dazu führen soll, der Bekl. die Berufung auf den Einwand aus § 275 II BGB zu versagen. Einen Zusammenhang, der eine solche „Sanktion“ rechtfertigen würde, vermag der Senat nicht zu erkennen.“ (BGH aaO)

d) Treuwidrigkeit wegen Kündigungsschutz

„Schließlich ist auch nicht nachzuvollziehen, inwiefern der Umstand, dass die Kl. der Bekl. im Jahr 2006 im Rahmen der Dresdner Sozialcharta **umfassenden Kündigungsschutz** gewährt hat, dem Einwand aus § 275 II BGB entgegenstehen soll. Soweit das BerGer. in diesem Zusammenhang meint, dass die Bekl. die **Mangelbeseitigung unterlasse**, um die **Kl. zum Auszug zu drängen**, setzt die Berechtigung eines solchen Vorwurfs voraus, dass die Bekl. zur **Mangelbeseitigung verpflichtet** ist. Das Bestehen einer solchen Verpflichtung hängt aber davon ab, ob der Einwand aus § 275 II BGB durchgreift, darf also bei der Prüfung dieses Einwands nicht vorausgesetzt werden.“ (BGH aaO)

IV. Ergebnis: Die Voraussetzungen für ein Recht der Kl. auf Selbstvornahme der Mangelbeseitigung und für einen Anspruch auf Kostenvorauszahlung nach § 536a II Nr. 1 BGB liegen damit nicht vor, so dass die Klage keinen Erfolg hat.

Widerruf des Fernabsatzvertrages
keine Belastung des Verbrauchers mit Zusendekosten
 (EuGH in MMR 2010, 396; Urteil vom 15.04.2010 – C-511/08)

Art. 6 Abs. 1 Unterabs. 1 S. 2 und Abs. 2 der Richtlinie 97/7/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 20.05.1997 über den Verbraucherschutz bei Vertragsabschlüssen im Fernabsatz ist dahin auszulegen, dass er einer **nationalen Regelung entgegensteht**, nach der der Lieferer in einem im Fernabsatz abgeschlossenen Vertrag dem **Verbraucher die Kosten der Zusendung der Ware** auferlegen darf, **wenn dieser sein Widerrufsrecht ausübt**.

Fall: Das Vorabentscheidungsersuchen betrifft die Auslegung von Art. 6 I Unterabs. 1 S. 2 und II der RL 97/7/EG des Europäischen Parlaments und des Rates v. 20.05.1997 über den Verbraucherschutz bei Vertragsabschlüssen im Fernabsatz (ABl. EG Nr. L 144, S. 19).

Die Handelsgesellschaft H ist eine im Versandhandel tätige Gesellschaft. Ihre AGB sehen vor, dass der Verbraucher einen pauschalen Versandkostenanteil von 4,95 € trägt. Diesen Betrag hat das Versandunternehmen im Fall eines Widerrufs nicht zu erstatten. Die Verbraucherzentrale Nordrhein-Westfalen erhob Klage auf Unterlassung, den Verbrauchern im Fall des Widerrufs die Kosten der Zusendung der Waren aufzuerlegen. Auf die hiergegen eingelegte Revision der Handelsgesellschaft H stellte der BGH fest, dass das deutsche Recht dem Verbraucher nicht ausdrücklich einen Anspruch auf Erstattung der Kosten der Zusendung der bestellten Ware gewähre. Wenn aber die RL 97/7 dahin auszulegen sei, dass sie der Belastung des Verbrauchers, der sein Widerrufsrecht ausübe, mit den Kosten der Zusendung der Waren entgegenstehe, müssten die einschlägigen Bestimmungen des BGB richtlinienkonform dahin ausgelegt werden, dass diese Kosten dem Verbraucher zu erstatten seien. Nach Meinung des vorlegenden Gerichts lässt sich jedoch nicht mit der gebotenen Eindeutigkeit feststellen, wie diese RL, insb. ihr Art. 6 Abs. 1 und Abs. 2, auszulegen ist.

Dem Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften wird folgende Frage zur Auslegung des Gemeinschaftsrechts gem. Art. 234 EG zur Vorabentscheidung vorgelegt:

Sind die Bestimmungen des Art. 6 Abs. 1 Satz 2 und Abs. 2 der RL 97/7/EG des Europäischen Parlaments und des Rates v. 20.05.1997 über den Verbraucherschutz bei Vertragsabschlüssen im Fernabsatz dahin auszulegen, dass sie einer nationalen Regelung entgegenstehen, nach der die Kosten der Zusendung der Waren auch dann dem Verbraucher auferlegt werden können, wenn er den Vertrag widerrufen hat?

Nach Auffassung der deutschen Regierung sind die Bestimmungen des Art. 6 I Unterabs. 1 S. 2 und II der Richtlinie 97/7/EG dahin auszulegen, dass sie einer nationalen Regelung nicht entgegenstehen, wonach die Kosten der Zusendung der Waren dem Verbraucher auch dann auferlegt werden können, wenn er den Vertrag widerrufen hat. Sie macht im Wesentlichen geltend, die Richtlinie 97/7/EG habe zur Frage der Erhebung von Zusendungskosten nach Widerruf des Vertrags durch den Verbraucher keine Regelung getroffen. Daher gehöre die Erhebung dieser Kosten zu den „weitere[n] Bedingungen und Einzelheiten für den Fall der Ausübung des Widerrufsrechts“, deren Festlegung, wie im 14. Erwägungsgrund dieser Richtlinie vorgesehen, Sache der Mitgliedstaaten sei.

I. zur nationalen Rechtslage

Nach wirksamer Ausübung eines Rücktrittsrechts hat der zurücktretende Käufer nach § 346 I BGB einen **Anspruch auf Rückgewähr der empfangenen Leistungen**. Hat er den Kaufpreis also schon vorab entrichtet, hat er einen entsprechenden Erstattungsanspruch. Fraglich ist jedoch, ob er bei einer Bestellung nach dem Fernabsatzgesetz auch die Erstattung der Versandkosten verlangen kann, die für die Übermittlung der Ware vom Verkäufer an ihn entstanden sind.

1. Anspruch auf Rückgewähr nach § 346 I BGB

a) Anspruch auf Rückgewähr der Zusendekosten von § 346 I BGB nicht erfasst

Der BGH ist der Auffassung, dass - wie dies teils auch in der Lit. vertreten wird (MüKo-BGB/Gaier, 5. Aufl., § 346 Rn 19; Palandt/Grüneberg, BGB, 67. Aufl., § 346 Rn 5; Pfeiffer, ZGS 2008, 48 [49]; Jansen/Latta, JuS 2007, 550, 552 f.), ein Anspruch des Käufers auf Erstattung der **Kosten der Zusendung** nach Ausübung des Rückgaberechts gem. §§ 312d I 2, 356 I, 357 I 1, 346 BGB ausscheidet, weil sie **nicht von der Rückgewährpflicht nach § 346 I BGB erfasst** werden. Es handelt sich hierbei um Vertragskosten, die als Schadensposition i.R.d. Rückabwicklung nicht ausgeglichen werden können (vgl. BGH NJW 1985, 2697, unter B.II; BGH NJW 2009, 66; Soergel/Huber, BGB, 12. Aufl., § 467 Rn 13, 103 ff.).

Vor Inkrafttreten des Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes waren die Zusendekosten gem. § 467 S. 2 BGB a.F. im Falle der Wandelung vom Verkäufer zu ersetzen. Diese Vorschrift wurde allerdings nicht in das neue Recht übernommen, sodass eine Erstat-

tung nunmehr nur noch im Rahmen eines Schadens- oder Aufwendungsersatzanspruchs erfolgen kann (vgl. BT-Drs. 14/6040, S. 225; BGH NJW 2009, 66; MüKo-BGB/Gaier, aaO).

b) Anspruch auf Rückgewähr der Zusendekosten von § 346 I BGB erfasst

„Soweit demgegenüber jedoch auch vertreten wird, dass die Kosten der Zusendung, die der Käufer dem Verkäufer gezahlt hat, unter die Rückgewährpflicht des Verkäufers gem. § 346 I BGB fallen (OLG Frankfurt/M. CR 2002, 638, 642; Braun, ZGS 2008, 129, 133 f.; Brönneke, MMR 2004, 127, 129; Kaestner/Tews, WRP 2005, 1335, 1339 f.; Kazemi, MMR 2006, 246), führt das zu keinem anderen Ergebnis. Wenn ein **Rückgewähranspruch des Käufers** im Hinblick auf das **für die Zusendung geleistete Entgelt** bejaht wird, dann ist auch ein **Rückgewähranspruch des Verkäufers** für die von ihm erbrachte **Transportleistung** anzunehmen. Dies entspricht dem gesetzlichen Leitbild des § 448 BGB, demzufolge der Käufer bei **Schickschulden** die **Kosten der Versendung** zu tragen hat (vgl. Kaestner/Tews, aaO, S. 1340). Die Transportleistung des Verkäufers kann zwar ihrer Natur nach nicht herausgegeben werden, es bestünde aber ein **Wertersatzanspruch des Verkäufers** nach § 346 II 1 Nr. 1 BGB, der dem Anspruch des Käufers auf Rückzahlung der von ihm übernommenen Kosten der Zusendung gegenüberstehen würde (MüKo-BGB/Masuch, aaO, § 357 Rn 24; Föhlisch, in: Hoeren/Sieber, Hdb. Multimedia-Recht, Stand August 2006, 13.4 Rn 287; Becker/Föhlisch, NJW 2005, 3377, 3380; Braun, aaO, S. 131 f.; Schirnbacher, CR 2002, 642, 643).“ (BGH NJW 2009, 66 = Vorlageentscheidung)

Somit ist davon auszugehen, dass nach der nationalen Regelung ein Anspruch des Käufers auf Rückgewähr der Zusendekosten sich nicht aus § 346 I BGB ergibt.

II. richtlinienkonforme Auslegung

„Nach einer **verbreiteten Auffassung in der Lit.** hat der Unternehmer im Fall des Widerrufs eines Fernabsatzvertrags auf Grund einer richtlinienkonformen Auslegung des deutschen nationalen Rechts die Kosten der Zusendung zu tragen (Erman/Saenger, BGB, 12. Aufl., § 357 Rn 2; Braun, aaO, S. 132 f.; Brönneke, aaO; Eichelberger, VuR 2008, 167, 168 f.; Hansen, ZGS 2006, 14, 18; Jansen/Latta, aaO, S. 553 f.; Junker, in: jurisPK-BGB, 3. Aufl., § 312f BGB Rn 28.1 ff.; Kaestner/Tews, aaO; Kazemi, aaO; Würdinger/Ringshandl, MMR 2008, 49 f.). Dabei wird teils darauf abgestellt, dass im Fall des Widerrufs einerseits nach Art. 6 Abs. 2 Satz 1 FARL dem Verbraucher die von ihm geleisteten Zahlungen zu erstatten sind und es andererseits in Art. 6 Abs. 1 S. 2 und Abs. 2 S. 2 heißt, dass die **einzigsten Kosten**, die dem Verbraucher **infolge des Widerrufs auferlegt** werden können, die **unmittelbaren Kosten der Rücksendung** der Ware sind, weshalb kein Raum für die Belastung des Verbrauchers mit den Kosten der Zusendung verbleibe (Brönneke, aaO., S. 129). Teils wird allein der Erwägungsgrund 14 der FARL für eine entsprechende richtlinienkonforme Auslegung herangezogen, wonach im Fall der Ausübung des Widerrufsrechts die Kosten, wenn überhaupt, dem Verbraucher nur insoweit aufzuerlegen sind, als sie die **unmittelbaren Kosten der Rücksendung** der Waren betreffen (Würdinger/Ringshandl, aaO, S. 50).“ (BGH NJW 2009, 66)

Nach Auffassung des vorliegenden BGH (NJW 2009, 66) ist jedoch nicht mit der gebotenen Eindeutigkeit festzustellen, ob die FARL in dieser Weise auszulegen ist.

III. Entscheidung des EuGH

Art. 6 Abs. 1 Unterabs. 1 S. 1 RL 97/7 gibt dem Verbraucher ein Widerrufsrecht, das er innerhalb einer bestimmten Frist ohne Strafzahlung und ohne Angabe von Gründen ausüben kann. Zu den Rechtsfolgen des Widerrufs sieht Art. 6 Abs. 2 S. 1 und 2 der RL 97/7 vor, dass „der Lieferer die **vom Verbraucher geleisteten Zahlungen kostenlos zu erstatten** [hat]. Die einzigen Kosten, die dem **Verbraucher** infolge der Ausübung seines Widerrufsrechts **auferlegt** werden können, sind die **unmittelbaren Kosten der Rücksendung** der Waren.

„Aus dem 14. Erwägungsgrund dieser RL ergibt sich jedoch, dass die Rechtsfolgen des Widerrufs nicht vollständig harmonisiert sind und es daher Sache der Mitgliedstaaten ist, „weitere Bedingungen und Einzelheiten für den Fall der Ausübung des Widerrufsrechts festzulegen“. (EuGH aaO)

Hierzu ist festzustellen, dass der Wortlaut des Art. 6 Abs. 2 S. 1 der RL 97/7 dem **Lieferer** im Fall des Widerrufs des Verbrauchers eine **allgemeine Erstattungspflicht** auferlegt, die sich auf **sämtliche** vom Verbraucher anlässlich des Vertrags **geleisteten Zahlungen** unabhängig von deren Grund bezieht. Fraglich ist daher, ob die Zusendekosten auch unter den Begriff der „geleisteten Zahlungen“ fallen.

1. Zur Auslegung der Wendung „vom Verbraucher geleistete Zahlungen“

„Gem. Art. 4 der RL 97/7 unterscheidet diese **nur im Hinblick** auf die dem Verbraucher vor Vertragsabschluss vom Lieferer zur **Verfügung zu stellenden Informationen** zwischen dem **Preis der Ware** und den **Lieferkosten**. Im Hinblick auf die **Rechtsfolgen des Widerrufs** trifft die RL dagegen **keine derartige Unterscheidung**, sondern bezieht sich auf **sämtliche** vom Verbraucher an den Lieferer geleisteten Zahlungen.

Diese Auslegung wird auch durch die in Art. 6 Abs. 2 Satz 2 der RL zur Bezeichnung der „**unmittelbaren Kosten der Rücksendung der Waren**“ gebrauchte Wendung „[d]ie einzigen Kosten, die dem Verbraucher ... auferlegt

werden können“ bestätigt. Wie der Generalanwalt in Nr. 32 seiner Schlussanträge ausgeführt hat, verlangt der Ausdruck „die **einzigsten Kosten**“ eine **enge Auslegung** und macht diese Ausnahme zur einzigen. (EuGH aaO)

Der Ausdruck „geleistete Zahlungen“ in Art. 6 Abs. 2 Satz 1 der RL 97/7 erfasst vorbehaltlich der Auslegung des Art. 6 Abs. 2 Satz 2 dieser RL alle vom Verbraucher im Zusammenhang mit dem Vertrag geleisteten Zahlungen.

2. Zur Auslegung der Wendung „infolge der Ausübung seines Widerrufsrechts“ ...

a) Wortlautauslegung

„Vorab ist festzustellen, dass der Wortlaut des Art. 6 Abs. 1 Unterabs. 1 Satz 2 und Abs. 2 Satz 2 der RL 97/7 in **bestimmten Sprachfassungen** entweder dahin ausgelegt werden kann, dass er sich **nur** auf die durch den Widerruf verursachten **Folgekosten** bezieht, oder dahin, dass er **sämtliche Kosten** im Zusammenhang mit dem Abschluss, der Durchführung oder der Beendigung des Vertrags erfasst, die im Fall des Widerrufs zu Lasten des Verbrauchers gehen können.

Selbst wenn die **deutsche**, die **englische** und die **französische Fassung** der RL 97/7 die Begriffe „infolge“, „because of“ und „en raison de“ verwenden, enthalten, wie der Generalanwalt in Nr. 41 seiner Schlussanträge ausgeführt hat, andere Sprachfassungen der RL, vor allem die **italienische** und die **spanische**, keine entsprechende Wendung, sondern beziehen sich einfach auf den Verbraucher, der sein Widerrufsrecht ausübt.

Nach st. Rspr. darf der Text einer Bestimmung wegen der Notwendigkeit einer einheitlichen Auslegung der Gemeinschaftsrichtlinien **im Zweifelsfall nicht isoliert betrachtet** werden, sondern muss unter **Berücksichtigung der Fassungen in den anderen Amtssprachen** ausgelegt werden (vgl. in diesem Sinne U. v. 2.4.1998 – Rs. C-296/95 – EMU Tabac u.a., Slg.1998 I, 1605, Rn 36; U. v. 17.6.1998 – Rs. C-321/96 – Mecklenburg, Slg.1998 I 3809, Rn 29; U. v. 20.11.2008 – Rs. C-375/07 – Heuschen & Schrouff Oriental Foods Trading, Slg.2008 I 8691, Rn 46, und U. v. 10.09.2009 – Rs. C-199/08 – Eschig, Rn 54). **Weichen i.Ü.** die verschiedenen **Sprachfassungen** eines Unionstextes **voneinander ab**, muss die fragliche Vorschrift nach der **allg. Systematik** und dem **Zweck der Regelung** ausgelegt werden, zu der sie gehört (vgl. U. v. 9.3.2000 – Rs. C-437/97 – EKW und Wein & Co, Slg.2000 I 1157, Rn 42; U. v. 04.10.2007 – Rs. C-457/05 – Schutzverband der Spirituosen-Industrie, Slg.2007 I 8075, Rn 18, und U. v. 09.10.2008 – Rs. C-239/07 – Sabatauskas u.a., Slg.2008 I 7523, Rn 39).“ (EuGH aaO)

b) Systematik und Teleologie

Die Auslegung von Art. 6 Abs. 1 Unterabs. 1 Satz 2 und Abs. 2 Satz 2 der RL 97/7, wonach diese Bestimmungen sämtliche Kosten im Zusammenhang mit dem Abschluss, der Durchführung oder der Beendigung des Vertrags erfassen, die im Fall des Widerrufs zu Lasten des Verbrauchers gehen können, entspricht der allg. **Systematik** und dem **Zweck** dieser RL.

„Für diese Auslegung spricht nämlich zum einen die Tatsache, dass im 14. Erwägungsgrund der RL 97/7 selbst in den Sprachfassungen, die in Art. 6 den Ausdruck „infolge“ oder eine ähnliche Formulierung verwenden, die Kosten genannt werden, die vom Verbraucher „im Fall der Ausübung des Widerrufsrechts“ getragen werden. Entgegen dem Vorbringen der deutschen Regierung bezieht sich Art. 6 Abs. 1 Unterabs. 1 Satz 2 und Abs. 2 Satz 2 dieser RL daher auf **sämtliche i.R.d. Vertrags angefallenen Kosten** und **nicht nur auf die durch den Widerruf verursachten Folgekosten**.

Zum anderen ergibt sich aus dem 14. Erwägungsgrund der RL 97/7 in Bezug auf die Zielsetzung von Art. 6, dass mit dem **Verbot**, dem Verbraucher im Fall seines Widerrufs die durch den Vertrag entstandenen **Kosten aufzuerlegen**, **gewährleistet** werden soll, dass das in dieser RL festgelegte **Widerrufsrecht „mehr als ein bloß formales Recht“** ist (vgl. dazu U. v. 3.9.2009 – Rs. C-489/07 [= MMR 2009, 744 m. Anm. Damm] – Messner, Rn 19). Da mit Art. 6 daher eindeutig das **Ziel verfolgt** wird, den Verbraucher **nicht von der Ausübung seines Widerrufsrechts abzuhalten**, liefe eine Auslegung, nach der es den Mitgliedstaaten erlaubt wäre, eine Regelung vorzusehen, die dem Verbraucher im Fall eines solchen Widerrufs die Kosten der Zusendung in Rechnung stellt, diesem Ziel zuwider.

Wie bereits dargelegt, gestattet es Art. 6 Abs. 1 Unterabs. 1 Satz 2 und Abs. 2 Satz 2 dieser RL dem Lieferer nur, dem **Verbraucher** im Fall des Widerrufs die **unmittelbaren Kosten der Rücksendung** der Waren **aufzuerlegen**. Sollten dem Verbraucher auch die Kosten der Zusendung in Rechnung gestellt werden, liefe eine solche Belastung, die zwangsläufig geeignet ist, ihn von der Ausübung des Widerrufsrechts abzuhalten, der Zielsetzung von Art. 6 der RL zuwider, auf die bereits vorstehend hingewiesen worden ist. I.Ü. stünde eine solche Belastung einer ausgewogenen Risikoverteilung bei Vertragsabschlüssen im Fernabsatz entgegen, indem dem Verbraucher sämtliche im Zusammenhang mit der Beförderung der Waren stehenden **Kosten auferlegt** würden.“ (EuGH aaO)

Nach alledem ist auf die Vorlagefrage zu antworten, dass Art. 6 Abs. 1 Unterabs. 1 Satz 2 und Abs. 2 der RL 97/7 dahin auszulegen ist, dass er einer nationalen Regelung entgegensteht, nach der der Lieferer in einem im Fernabsatz abgeschlossenen Vertrag dem Verbraucher die Kosten der Zusendung der Ware auferlegen darf, wenn dieser sein Widerrufsrecht ausübt.

StGB

Volksverhetzung

StGB

§ 130 II Nr. 1b

Text-Bild-Kombination auf NPD-Wahlplakat

(OLG München in NJW 2010, 2150; Beschluss vom 09.02.2010 – 5 St RR (II) 9/10)

Der Inhalt des Wahlplakats der NPD für die Wahl zum Bayerischen Landtag am 28.09.2008, auf dem unter der Überschrift „Guten Heimflug!“ ausländische Mitbürger auf einem „fliegenden Teppich“ abgebildet waren, ist nicht als Volksverhetzung strafbar.

Fall: Der Angekl. ist als Vorsitzender des Kreisverbands für den Bereich der Region 10 der NPD und dort für die Wahlwerbung verantwortlich. Am 16. und 17.08.2008 wurden in I. etwa 60 Werbeplakate der NPD für die Wahl des Bayerischen Landtags an Straßenlaternen befestigt. Sie waren für vorbeikommende Autofahrer gut erkennbar. Etwa ein Drittel der Plakate zeigte auf rotem Grund drei Personen, die auf einem „fliegenden Teppich“ sitzen. Dabei handelt es sich um ein türkisch oder kurdisch aussehendes Paar, der Mann mit langem Oberlippenbart und turbanähnlicher Kopfbedeckung, die Frau mit orientalisch gebundenem Kopftuch und einem langen, „sackähnlich geschnittenen“ Kleid sowie um einen „Schwarzen“. Auf dem Teppich liegen drei Säcke, die möglicherweise mit Gepäck gefüllt sind. Die türkisch oder kurdisch aussehenden Personen haben lange, gebogene Nasen, die „eher Vogelschnäbeln als Nasen ähneln“; der Oberlippenbart des Mannes ist ebenfalls vergrößert dargestellt; er reicht bis auf Kinnhöhe. Der „Schwarze“ hat „überzeichnete wulstige“ Lippen, krauses Haar und abstehende Ohren. Alle drei schauen „mit weit geöffneten Augen und sowohl ängstlichem als auch dummen Gesichtsausdruck“ nach vorne. Über der Darstellung steht in großer Schrift: „Guten Heimflug!“, darunter das Kürzel „NPD“ und die Worte „Die Nationalen“ sowie ein Wahlkreuzchen und die Internetadresse der NPD.

Zu prüfen ist, ob der Inhalt der Wahlplakate den Tatbestand des § 130 II Nr. 1b StGB in der Variante des **böswilligen Verächtlichmachens** erfüllt.

I. Nach § 130 II Nr. 1b StGB macht sich strafbar, wer die **Menschenwürde anderer dadurch angreift, dass er** Teile der Bevölkerung oder eine nationale, rassische, religiöse oder durch ihr Volkstum bestimmte Gruppe **beschimpft, böswillig verächtlich macht oder verleumdet**.

1. Ein **Angriff gegen die Menschenwürde anderer** setzt voraus, dass sich die **feindselige Handlung nicht nur gegen einzelne Persönlichkeitsrechte** wie etwa die Ehre richtet, **sondern den Menschen im Kern seiner Persönlichkeit trifft**, indem er unter Missachtung des Gleichheitssatzes als minderwertig dargestellt und ihm das Lebensrecht als gleichwertige Persönlichkeit in der staatlichen Gemeinschaft bestritten wird.

BVerfG NJW 2001, 61 = NStZ 2001, 26; BGHSt 36, 83 = NJW 1989, 1365 = NStZ 1989, 361; Schönke/Schröder, StGB, 26. Aufl., § 130 Rn 6 m.w.N.

Wird ein solcher Angriff in dem Gebrauch eines Grundrechts (hier: Art. 5 I 1 GG) gesehen, bedarf es einer sehr sorgfältigen Begründung, da die Grundrechte insgesamt Konkretisierungen des Prinzips der Menschenwürde sind.

BVerfGE 93, 266 = NJW 1995, 3303 = NStZ 1996, 127; BVerfGE 107, 275 = NJW 2003, 1303

2. Die **feindselige Handlung der Text- und Bildkombination auf den Wahlplakaten** mit dem politischen Ziel, die zeichnerisch dargestellten Teile der Bevölkerung mögen in ihre Heimatländer zurückkehren, stellt jedoch ungeachtet ihres möglichen ehrverletzenden Gehalts noch **ein vom Schutzbereich des Art. 5 I 1 GG erfasstes Werturteil** dar.

„Dieser gibt jedem das Recht, seine Meinung in Wort, Schrift und Bild frei zu äußern und zu verbreiten (BVerfGE 93, 266 = NJW 1995, 3303 = NStZ 1996, 127) und insbes. im politischen Meinungskampf auch in überspitzter und polemischer Form Kritik zu äußern (BVerfG NJW 1992, 2750). Dass eine Aussage scharf und übersteigert formuliert ist, entzieht sie nicht schon deshalb dem Schutzbereich dieses Grundrechts (BVerfGE 61, 1 = NJW 1983, 1415; BVerfGE 93, 266 = NJW 1995, 3303 = NStZ 1996, 127). Dies gilt auch für Aussageinhalte zeichnerischer Darstellungen.“ (OLG München aaO)

3. **Voraussetzung** jeder rechtlichen Würdigung von Äußerungen ist, dass ihr **objektiver Sinn**, also der Sinn, den sie nach dem Verständnis eines unvoreingenommenen und verständigen Publikums objektiv haben (BVerfGE 93, 266 = NJW 1995, 3303 = NStZ 1996, 127), **zutreffend erfasst** worden ist (BVerfGE 94, 1 = NJW 1996, 1529).

Der objektive Sinn wird nicht nur vom **Wortlaut der Äußerung**, sondern insbes. dann, wenn die betreffende Formulierung – wie hier – ersichtlich ein Anliegen nur in **schlagwortartiger Form** zusammenfasst (vgl. BVerfG BeckRS 2009, 37173), auch **vom Kontext und den Begleitumständen der Äußerung bestimmt**, soweit diese für den Rezipienten erkennbar sind (BVerfGE 93, 266 = NJW 1995, 3303 = NStZ 1996, 127). **Bei mehrdeutigen Äußerungen**

müssen **andere Auslegungsvarianten**, die nicht zu einer strafrechtlichen Sanktion führen würden, mit nachvollziehbaren und tragfähigen Gründen **ausgeschlossen werden können**.

BVerfGE 85, 1 = NJW 1992, 1439; BVerfGE 93, 266 = NJW 1995, 3303 = NSTz 1996, 127; BVerfGE 94, 1 = NJW 1996, 1529; BVerfGE 114, 339 = NJW 2006, 207; st. Rspr.

*„Die mit dem Satz „Guten Heimflug!“ geäußerte Meinung, die bildlich dargestellten Bevölkerungsgruppen, also z.B. die der Muslime, Türken, Kurden, Farbigen oder generell die in Deutschland lebenden Ausländer, mögen die Bundesrepublik Deutschland verlassen und in ihre Heimatländer zurückkehren, mag ein für diese Gruppen nicht erwünschtes politisches Ziel der NPD zum Ausdruck bringen; allerdings ist hieraus allein noch **nicht erkennbar, dass damit den Ausländern ein ungeschmäleretes Lebensrecht als gleichwertigen Persönlichkeiten in der staatlichen Gemeinschaft bestritten und ihre Menschenwürde in Frage gestellt oder gar angegriffen wird.** Das alleinige Bestreiten des Aufenthaltsrechts der Ausländer an sich genügt hierfür nicht (Schönke/Schröder, § 130 Rn 7).*

*Auch die **Art der Darstellung der Personen stellt keinen Angriff auf die Menschenwürde** dar: Die Zeichnung arbeitet mit einem bewussten Hervorheben der für bestimmte Bevölkerungsgruppen angeblich typischen körperlichen Merkmale, die diese individualisierbar machen sollen und verwendet mit dem „fliegenden Teppich“ ein mythisches Fortbewegungsmittel, das in Europa vor allem mit orientalischen Märchen in Verbindung gebracht wird.“ (OLG München aaO)*

- II. Nach § 130 II Nr. 1 b StGB macht sich auch strafbar, wer **zum Hass gegen Teile der Bevölkerung oder gegen eine nationale, rassische, religiöse oder durch ihr Volkstum bestimmte Gruppe aufstachelt oder zu Gewalt- oder Willkürmaßnahmen gegen sie auffordert**, ohne dass es eines Angriffs auf die Menschenwürde bedarf.

„Soweit das LG die Zeichnung auf den Wahlplakaten mit den Darstellungen jüdischer Mitbürger im Dritten Reich vergleicht, spielt es offensichtlich auf die nationalsozialistische Wochenzeitung „Der Stürmer“ an. Dieser brachte seinen radikalen Antisemitismus zeichnerisch durch Karikaturen von geldgierigen Juden mit langer Hakennase zum Ausdruck.

*Zwar kann in der Bekundung von Ablehnung gegenüber ausländischen Bevölkerungsteilen eine strafbare Volksverhetzung auch dann liegen, wenn für das angesprochene Publikum durch Hinzufügen des Hakenkreuzsymbols zu der Parole „Juden raus“ eine Befürwortung der nationalsozialistischen Judenverfolgung oder vergleichbarer Gewalt- oder Willkürmaßnahmen zum Ausdruck kommt (BGHSt 32, 310 = NJW 1984, 1631 = NSTz 1984, 310). Die Parolen „Juden raus“, „Ausländer raus“ und „Türken raus“ enthalten – ebenso wie der Satz „Guten Heimflug!“ – nach ihrem Wortlaut jedoch keine Aufforderung an andere, gegen die genannten Personengruppen bestimmte Maßnahmen zu ergreifen. Die Art der zeichnerischen Ausführung im vorliegenden Fall verdeutlicht nicht, dass eine nicht verfassungs- und gesetzmäßige gewaltsame Vertreibung der in der Bundesrepublik Deutschland lebenden Ausländer angestrebt wird. Eine solche Auslegung mag vor dem geschichtlichen Hintergrund der nationalsozialistischen Judenverfolgung denkbar sein, wenn die Zeichnung Mitbürger jüdischen Glaubens betroffen hätte; sie ist aber nicht ohne Weiteres auf andere Bevölkerungsgruppen übertragbar. Bei diesen fehlen allgemein bekannte geschichtliche Erfahrungen, die solche Parolen ohne Weiteres als – i.S. des § 130 Nr. 2 StGB strafbare – Aufforderungen zu Gewalt- oder Willkürmaßnahmen erscheinen lassen (BGHSt 32, 310 = NJW 1984, 1631 = NSTz 1984, 310). Allein die **bloße Ähnlichkeit in der Ausführung der Karikaturen enthält daher nicht die Aussage, dass Ausländer, wie von der Wochenzeitung „Der Stürmer“ für die jüdische Bevölkerung propagiert, unterwertig oder nicht lebenswert sind und deshalb der physischen Vernichtung zugeführt werden müssen.** Plakatiertes Ziel ist lediglich die Ausreise.*

Soweit bei den abgebildeten Personen tatsächlich ein missmutiger, überraschter, dümmlicher oder unsicherer Gesichtsausdruck abzulesen sein sollte, kommt der Abbildung über eine – in der Tat gegebene – gewisse Abwertung dieser Bevölkerungsgruppen hinaus jedenfalls kein strafrechtlich relevantes, unfriedliches Gepräge zu.“ (OLG München aaO)

StGB

Papst-Beleidigung

StGB

§§ 185, 103, 166

nicht durch Darstellung mit homosexuellen Attributen

(VGH München in BeckRS 2010, 46974; Urteil vom 08.03.2010 – 10 B 09.1102 u. 10 B 09.1837)

Die **Darstellung des Papstes mit homosexuellen Attributen tastet weder seine Menschenwürde an**, weil sie über sexuelle Praktiken der Person keine Aussage trifft, **noch** enthält diese Darstellung eine **Formalbeleidigung oder Schmähung des Papstes**.

Fall: Im Jahre 2006 fand in M. der jährliche Christopher Street Day - CSD - unter dem Motto „Wir sind füreinander da“ statt. Beginnend mit einer öffentlichen Kundgebung und Veranstaltung auf dem M-Platz sollte ab 11.00 Uhr ein großer politischer Umzug mit mehr als 30 Wagen und Fußgruppen durch die Innenstadt durchgeführt werden. Der Christopher Street Day ist ein Fest-, Gedenk- und Demonstrationstag der Lesben, Schwulen, Bisexuellen, Transgender und deren Unterstützer. Gefeierte und demonstriert werden sollte für die Rechte dieser Gruppen sowie gegen Diskriminierung und Ausgrenzung. Veranstaltet wurde der Christopher Street Day 2006 von vier Vereinen, die zur Durchführung des jährlichen CSD eine GmbH gegründet haben, die die Kundgebung und die Parade vorbereitet, koordiniert und insgesamt als politische Demonstration bei der Stadt M. angemeldet hat.

An dem Aufzug sollte der streitgegenständliche Wagen der Angekl., ein kleinerer Lkw, teilnehmen. Diesen hatten die Angekl. zunächst gemeinsam geschmückt; später dekorierte der Angekl. zu 1) allein weiter. Die Anmeldung des Wagens bei der GmbH war durch den Angekl. zu 2), den Lebenspartner des Angekl. zu 1), und eine dritte Person vorgenommen worden. Diese warben auf dem Wagen auch für ihre Gaststätte bzw. ihre Zeitschrift und haben sich dem Veranstalter gegenüber verpflichtet, dessen Sicherheitsauflagen nachzukommen. Auf dem Wagen befand sich beim Eintreffen der von einem katholischen Priester alarmierten Polizei gegen 10.20 Uhr über der Fahrerkabine ein größeres Schild mit der Aufschrift „PAPAMOBIL Wir sind Papst??“. An den offenen Seiten des Lkw waren jeweils zwei ca. 120 x 80 cm große Plakate mit Abbildungen des Papstes Benedikt XVI. angebracht. Auf allen durch Fotomontage hergestellten Porträts war der Papst, dem auf zwei Plakaten eine Aids-Schleife an die weiße Soutane angeheftet war, mit einem dem kleinen Finger der rechten Hand übergezogenen grünen bzw. gelben Kondom zu sehen. Auf zwei Plakaten waren darüber hinaus Mund und Augen des Papstes geschminkt sowie die unter dem Pileolus hervorragenden Haare teilweise gefärbt. Auf diesen beiden Bildern hielt der Papst zusätzlich ein weiteres Kondom zwischen Daumen und Zeigefinger der rechten Hand. Unter den Plakaten waren Schriftzüge angebracht, die wie folgt lauteten:

Homosexuelle Beziehungen sind „zutiefst unmoralisch“

„Homosexualität ist eine schwere Sünde!“

Homosexuellen ist „mit Achtung, Mitleid und Takt zu begegnen!“

Homosexuelle sind „gerufen, ein keusches Leben zu führen“.

Auf der Ladefläche des Lkw befand sich eine sitzende Puppe, die mit einem Messgewand bekleidet war und offensichtlich den Papst darstellen sollte. Sie trug eine violette Stola, auf der eine Vielzahl von Ansteckern angebracht war, darunter auch deutlich das doppelte Zeichen für „männlich“.

Die Angekl. könnten sich sowohl durch das **Vorzeigen der Papstdarstellungen auf ihrem Wagen** als auch durch die **Präsentation der Papstpuppe** strafbar gemacht haben wegen **Beleidigung nach § 185 StGB bzw. § 103 StGB** sowie wegen **Beschimpfung von Bekenntnissen, Religionsgesellschaften und Weltanschauungsvereinigungen nach § 166 StGB**.

I. Dann müsste das **Vorzeigen der Papstplakate und der Papstpuppe** eine Beleidigung i. S. des § 185 StGB darstellen.

1. Unter **Beleidigung** ist nach **Definition der Rspr.** der Angriff auf die Ehre eines anderen durch die Kundgabe von Nicht-, Gering- oder Missachtung zu verstehen (Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, 27. Aufl. 2006, § 185 Rn 1).

- **Rechtsgut** der §§ 185 ff. StGB ist nach h. M. **ausschließlich die Ehre** in dem Sinn, dass Schutzobjekt einer Beleidigung der auf die Personenwürde gegründete, einem Menschen berechtigterweise zustehende Geltungswert ist bzw. der aus diesem folgende Anspruch, nicht unverdient herabgesetzt zu werden, (Leckner aaO, Vorbem. zu §§ 185 ff. Rn 1). Damit erfordert die Beleidigung eine Äußerung von Missachtung oder Nichtachtung in dem spezifischen Sinn, dass dem Betroffenen der sittliche, personale oder soziale Geltungswert abgesprochen wird.
- Bei der Anwendung des § 185 StGB verlangt allerdings Art. 5 I 1 GG eine **Abwägung zwischen dem Ehrenschatz des Betroffenen und der Meinungsfreiheit des Äußernden** (vgl. BVerfGE 93, 266). Im Hinblick darauf ist eine Interpretation von § 185

StGB mit Art. 5 I GG unvereinbar, wenn der Begriff der Beleidigung so weit ausgedehnt wird, dass er die Erfordernisse des Ehrenschatzes überschreitet oder für die Berücksichtigung der Meinungsfreiheit keinen Raum mehr lässt. Desgleichen verbietet Art. 5 I 1 GG eine Auslegung der §§ 185 ff. StGB, von der ein **abschreckender Effekt auf den Gebrauch des Grundrechts** ausgeht, der dazu führt, dass aus Furcht vor Sanktionen auch zulässige Kritik unterbleibt.

2. Die **Darstellung des Papstes mit homosexuellen Attributen tastet weder seine Menschenwürde an**, weil sie über sexuelle Praktiken der Person keine Aussage trifft (vgl. BVerfGE 75, 369), **noch** enthält die Darstellung eine **Formalbeleidigung oder Schmähung des Papstes**.

*„Die Auffassung, die Darstellungen würden suggerieren, dass es sich beim Papst um eine homosexuelle Person handele und damit eine „Entweihung der für den christlichen Glauben schlechthin zentralen weltlichen Person“ stattdie mit der Folge der Tatbestandsverwirklichung einer Beleidigung, wird dem **objektiven Sinn der Äußerung**, wie sie sich dem **Verständnis eines unvoreingenommenen und verständigen Publikums** erschließt, nicht gerecht:*

*Da der Aufzug, an dem der Wagen der Angekl. teilnehmen sollte, sich **gegen die Ausgrenzung und Diskriminierung homosexueller Personen** richtete, **scheidet** die Annahme einer **persönlichen Verunglimpfung des Papstes wegen dessen (vermeintlicher) sexueller Ausrichtung von vornherein aus**. Auch wenn man die Darstellung des Papstes als überzogen oder ausfallend ansieht, steht wegen der mit der bildlichen Darstellung verbundenen Texte nicht die Diffamierung der Person, sondern die Auseinandersetzung mit der Sache im Vordergrund (vgl. BVerfGE 82, 272). Mit der Teilnahme des Wagens der Angekl. an dem im Rahmen des Christopher Street Days von Homosexuellen und Bisexuellen veranstalteten Aufzug wurde auf die sehr kritische und ablehnende, von den Angekl. und auch von Teilen der Bevölkerung als diskriminierend und diffamierend empfundene Haltung des Papstes und der katholischen Kirche gegenüber Homosexuellen aufmerksam gemacht. Dass sich die Kritik auf den derzeitigen Papst konzentriert, hängt zum einen damit zusammen, dass der Papst das Oberhaupt der katholischen Kirche ist, zum anderen, dass Benedikt XVI. in seiner Eigenschaft als Präfekt der Glaubenskongregation bereits vor seiner Wahl zum Papst für die Verlautbarungen des Apostolischen Stuhls, die sich ganz entschieden gegen homosexuelle Neigungen und Lebensgemeinschaften gewandt haben, verantwortlich war. Da es sich bei der umstrittenen Darstellung um einen Beitrag zur öffentlichen Meinungsbildung handelt, spricht nach der st. Rspr. des BVerfG eine **Vermutung zugunsten der Meinungsfreiheit**, ohne dass es darauf ankommt, ob die Kritik berechtigt ist (vgl. BVerfGE 7, 198; BVerfGE 68, 226).*

*Die **Verfremdung der Papstbilder** und die **Aufmachung der Papstpuppe**, die im übrigen **Papst Benedikt XVI. in keiner Weise ähnlich** sieht, sind vielmehr eindeutig als **Meinungsäußerungen in Form von Satire bzw. Karikatur** anzusehen, denen bei der Abwägung zwischen der Ehrverletzung und der Meinungsfreiheit eine **Sonderstellung** zukommt, weshalb hier ein **größeres Maß an Gestaltungsfreiheit** zugestanden werden muss (vgl. BVerfGE 75, 369). Bereits das RG (RGSt 62, 183) hat auf die Sonderstellung dieser Formen der Meinungsäußerung hingewiesen und ausgeführt, dass es der Satire wesenseigen sei, dass sie mehr oder weniger stark übertreibe, also mit Übertreibungen, Verzerrungen und Verfremdungen arbeite. Bei einer Satire ist zudem zu beachten, dass ihr immer dann, wenn sie ohne Schwierigkeiten als Satire erkennbar ist, ein weiterer Freiraum gestattet ist als einer „normalen“ Meinungsäußerung. Die Rspr. des BVerfG zur rechtlichen Beurteilung satirischer Darstellungen will jedoch den Persönlichkeitsschutz in solchen Situationen nicht grds. beschränken oder gar ausschalten. Sie will lediglich sichern, dass etwas nicht deshalb von vornherein aus dem Schutz der mit dem Ehrenschatz kollidierenden Meinungsfreiheit herausfällt, weil es satirisch - also übertrieben, verzerrt oder verfremdet - dargestellt ist. Eine rechtliche Beurteilung erfordert - wegen der satirischen Einkleidung - zunächst die Entkleidung des in „Wort und Bild gewählten satirischen Gewandes“ (RG aaO), um ihren eigentlichen Inhalt zu ermitteln. Dieser Aussagekern und seine Einkleidung sind sodann gesondert daraufhin zu überprüfen, ob sie eine Kundgabe der Missachtung gegenüber der karikierten Person enthalten. Dabei muss beachtet werden, dass die Maßstäbe für die Beurteilung der Einkleidung anders und im Regelfall weniger streng sind, als die für die Bewertung des Aussagekerns; denn ihr ist die Verfremdung wesenseigen (vgl. BVerfG aaO).“ (VGH München aaO)*

3. In der **Präsentation des Wagens** der Angekl. liegt daher **keine Beleidigung des Papstes**.

*„Wie bereits dargelegt, sollte der dekorierte Wagen im Rahmen eines Umzugs am Christopher Street Day gezeigt werden. Mit seinem **Aussagekern**, nämlich der **Kritik an der Einstellung der katholischen Kirche zur Homosexualität**, wurde er dem Motto des Tages gerecht. Der Aussagekern lässt sich von einem unbefangenen Betrachter ohne weiteres ermitteln. Die Hinweise auf den Papst („Papamobil“, Papstpuppe, Papstabbildungen und Texte) lassen im **Zusammenhang mit der Bedeutung des Christopher Street Days** erkennen, dass hier die katholische Kirche kritisiert werden soll. Gerade der krasse Unterschied zwischen den auf den Untertiteln zu den verfremdeten Papstabbildungen in Originalzitaten wiedergegebenen Aussagen der katholischen Kirche zu Homosexuellen und den dazu in Kontrast stehenden verfremdeten Abbildungen des Papstes lassen für jeden verständigen Betrachter erkennen, dass nach Auffassung der Angekl. die Einstellung der katholischen Kirche zur Homosexualität ebenso wenig zutreffend sei wie eine durch die bildliche Darstellung nahegelegte Affinität des Papstes zur homosexuellen Lebensweise. Der Aussagekern des Wagens ist damit **eindeutig ausschließlich als kritische Meinungsäußerung anzusehen und stellt keine Beleidigung dar**.“ (VGH München aaO)*

4. Aber auch die **karikative und satirische Form der Meinungsäußerung**, die sog. Einkleidung, **enthält keine beleidigenden Elemente**, wobei hier ein größeres Maß an Gestaltungsfreiheit zugestanden werden muss.

„Nimmt man zunächst die Papstpuppe in den Blick, so ergeben sich aus deren Darstellung keinerlei Anhaltspunkte dafür, dass mit ihr Papst Benedikt XVI. beleidigt werden sollte: Die **Puppe weist bereits keinerlei Ähnlichkeit mit dem jetzigen oder einem früheren Papst auf**. Schon die langen Haare der Puppe und der Goldschmuck sowie das unorthodoxe Gewand mit den zahlreichen Ansteckern lassen, auch im Hinblick auf die an das Gewand gehefteten Zeichen „für männlich“, eher an ein Faschingsgewand denken als an die Darstellung des Oberhauptes der katholischen Kirche. Nicht von der Hand zu weisen ist die Charakterisierung durch die Staatsanwaltschaft, die von einer „als - geschmackloser - Scherz gedachten Puppe“ spricht. I. Ü. haben die Angekl. zu Recht auf die zahlreichen Souvenirartikel hingewiesen, in denen der Papst ebenfalls in einer Art und Weise dargestellt wird, die von gutem Geschmack weit entfernt ist (Papst-Bär, Schildkrötenpuppe als Papst, Kerzen mit Papst-Aufdruck), die aber gleichwohl nicht als beleidigend angesehen werden.“ (VGH München aaO)

5. Die Papstplakate enthalten durch ihre karikative Form **keine Kundgabe der Missachtung einer Person und verletzen auch nicht auf andere Weise das Persönlichkeitsrecht des Papstes**.

„Wie bereits dargelegt, ist die **satirische Einkleidung als Übertreibung sofort durchschaubar**. Jedermann kennt Portraits von Papst Benedikt XVI. Niemand kommt auf die Idee, dass er mit gefärbten Haaren, einer Aids-schleife - einem allgemein bekannten Symbol für den Kampf gegen Aids - oder Kondomen am Finger oder in der Hand für eine homosexuelle Lebensweise eintritt. Die Angekl. haben die gewählte Dekoration erläutert und sowohl für die Darstellung der Kondome als auch der Aids-schleifen im Detail dargelegt, dass es sich insoweit um Hinweise auf das Kondomverbot der katholischen Kirche und das Kondomverbot insbes. in Afrika handeln sollte. Die Papstabbildungen sind darüber hinaus nicht derart manipuliert worden, dass dieser Teil der grafischen Umsetzung eine eigenständige Persönlichkeitsrelevanz hätte. Wie weit ein Eingriff im **Kontext mit einer satirischen Darstellung** hinzunehmen ist, hängt nämlich auch davon ab, ob der Betrachter der Abbildung die manipulative Veränderung erkennen und deswegen gar nicht zu der irrigen Einschätzung kommen kann, der Abgebildete sähe in Wirklichkeit so aus (vgl. BVerfG NJW 2005, 3271); insbes. darf sein **Abbild nicht entstellt** sein. Die Meinungsfreiheit des Manipulierenden ist dann nicht mehr geschützt, wenn die Manipulation für den Betrachter nicht erkennbar ist. So liegt es hier jedoch nicht. Der Papst und die an seinem Bild vorgenommenen Veränderungen sind für jeden sofort erkennbar. Die **Fotomontagen dienen allein der Verdeutlichung der Kernaussage und überschreiten nicht die Grenze des Zumutbaren**. Dies betrifft insbes. auch die Verfremdung des Papstes dadurch, dass er auf den Plakaten geschminkt und mit gefärbten Haaren dargestellt wird. Auch dies führt eher zur Belustigung und regt die Betrachter zum Lachen an, ohne dass damit irgendeine Abwertung des Papstes persönlich verbunden wäre. Schließlich gilt dasselbe für die durch Fotomontage erfolgte Einfügung der Kondome auf dem kleinen Finger und zwischen Daumen und Zeigefinger des Papstes. Auch dies hat nichts mit der persönlichen Einstellung des Papstes zu tun, insbes. ist der schutzwürdige Kern seines Intimlebens in keiner Weise entwertet, denn auch die Kondome verdeutlichen nur die Einstellung der katholischen Kirche zur Homosexualität und haben keinerlei persönliche Beziehung zum Papst.“ (VGH München aaO)

- II. Zu prüfen ist weiter, ob der Straftatbestand der **Beleidigung eines ausländischen Staatsoberhauptes** nach § 103 StGB erfüllt ist.

„Die **Tathandlung** in § 103 StGB **entspricht jedoch der der Beleidigung nach § 185 StGB**. Eine solche liegt aber, wie zuvor bereits ausgeführt wurde, durch das Vorzeigen der Papstplakate und der Papstpuppe nicht vor.“ (VGH München aaO)

- III. Schließlich könnten die Angekl. mit ihrem **dekorierten „Papamobil“** den Tatbestand des **§ 166 StGB** erfüllt haben.

Danach wird bestraft, wer öffentlich den Inhalt des religiösen oder weltanschaulichen Bekenntnisses anderer (§ 166 I StGB) oder öffentlich eine im Inland bestehende Kirche oder andere Religionsgemeinschaft (§ 166 II StGB) in einer Weise beschimpft, die geeignet ist, den öffentlichen Frieden zu stören.

„Abgesehen davon, dass es wohl bereits **an einem „Beschimpfen“ fehlt**, weil die katholische Kirche lediglich kritisiert, nicht aber verächtlich gemacht werden sollte, **fehlt es jedenfalls an der Eignung des „Papamobils“, den öffentlichen Frieden zu stören**. Eine Meinungsäußerung ist nur dann geeignet, den öffentlichen Frieden zu stören, wenn sie ihrem Inhalt nach erkennbar auf rechtsgutgefährdende Handlungen hin angelegt ist, d. h. den Übergang zu Aggression oder Rechtsbruch markiert (vgl. BVerfG aaO). An derartigen „auf rechtsgutgefährdende Handlungen“ hin angelegten Meinungsäußerungen der Angekl. fehlt es hier jedoch. Aufgrund der glaubhaften Aussage der Angekl., sie wollten durch die Papstdarstellungen und die Papstpuppe lediglich ihre Kritik an der Lehre der katholischen Kirche bezüglich der Homosexualität zum Ausdruck bringen sowie der oben geschilderten Art und Weise der satirischen Umsetzung ihrer Kritik, steht zur Überzeugung des Senats fest, dass diese Kritik in der Form ihrer satirischen Ausgestaltung eher den **bunten, fröhlichen Charakter des Christopher Street Days widerspiegelt, aber kein Kennzeichen von Aggression** trägt, geschweige denn einen „Rechtsbruch“ markiert. Die Aufrechterhaltung des friedlichen Miteinanders wird durch die in ihre satirische Form gekleidete Meinungsäußerung der Angekl. nicht beeinträchtigt. Weder wollten sie dadurch die Zuschauer beim Christopher Street Day emotionalisieren, deren Hemmschwelle herabsetzen und schon gar nicht Dritte unmittelbar einschüchtern. Aus diesen Gründen liegt auch der Straftatbestand des § 166 StGB nicht vor.“ (VGH München aaO)

(VGH München in DÖV 2010, 616; Beschluss vom 08.03.2010 – 10 B 09.1102)

1. Wird die Polizei im **Vorfeld einer Versammlung** tätig, um Straftaten zu verhüten, so muss das verhinderte Verhalten rechtswidrig den **Tatbestand eines Strafgesetzes** verwirklichen.
2. **Schwierigkeiten** bei der Beurteilung der Frage, ob tatsächlich eine **Straftat vorliegt**, gehen **zu Lasten der Polizei**. Sie kann dann entscheiden, entweder die Maßnahme anzuordnen, dies sich dann ggf. als rechtswidrig herausstellt oder von ihr absehen.
3. Wurden die **Tatsachen richtig erkannt**, jedoch aufgrund einer **fehlerhaften juristischen Einschätzung** eine Straftat angenommen, so liegt keine Anscheinsgefahr vor, welche die ergriffene Maßnahme rechtfertigen könnte.

Fall: Am Samstag, den 12. August 2006 fand in M. der jährliche Christopher Street Day - CSD - unter dem Motto „Wir sind füreinander da“ statt (vgl. hierzu die Sachverhaltsschilderung auf S. 12).

Auf der Ladefläche des Lkw befand sich zudem eine sitzende Puppe, die mit einem Messgewand bekleidet war und offensichtlich den Papst darstellen sollte. Sie trug eine violette Stola, auf der eine Vielzahl von Ansteckern angebracht war, darunter auch deutlich das doppelte Zeichen für „männlich“.

Wegen des Anfangsverdacht der Begehung einer Straftat der Beleidigung von Organen und Vertretern ausländischer Staaten nach § 103 StGB forderte der Einsatzleiter der Polizei den zu diesem Zeitpunkt allein anwesenden Kl. zu 1 auf, die Abbildungen des Papstes sowie die Papstpuppe zu entfernen, andernfalls dürfe der Wagen an der Parade nicht teilnehmen. Der Kl. zu 1) kam der Aufforderung nach und entfernte die Papstabbildungen von den darunter befindlichen Texten, die er ebenso wie das Plakat auf dem Fahrerhaus am Wagen belassen durfte. Die Puppe brachte er in ein nahegelegenes Gebäude. Eine Sicherstellung der beanstandeten Plakate und der Puppe erfolgte nicht. Ein gegen den Kl. zu 1 eingeleitetes Ermittlungsverfahren wegen Beleidigung von Organen und Vertretern ausländischer Staaten (§ 103 StGB) ist mit Verfügung der Staatsanwaltschaft München I am 20. Oktober 2006 gemäß § 170 Abs. 2 Strafprozessordnung eingestellt worden, da ein Strafverlangen der ausländischen Regierung nicht vorlag. Eine Beschimpfung von Bekenntnissen gemäß § 166 StGB sei ebenfalls nicht gegeben, da die angezeigte Handlung angesichts des fröhlichen Charakters der Veranstaltung und der als - geschmackloser - Scherz gedachten Puppe nicht geeignet sei, den öffentlichen Frieden zu stören.

Hiergegen haben die Kl. mit dem Antrag geklagt, festzustellen, dass die polizeiliche Anordnung, die Abbildungen des Papstes auf den Plakaten und die sog. Papstpuppe zu entfernen, rechtswidrig war. Werden die Klagen Erfolg haben?

Die Klagen werden Erfolg haben, wenn sie zulässig und begründet sind.

I. Zulässigkeit der Klagen

Die Klagen sind als Fortsetzungsfeststellungsklage analog § 113 I 4 VwGO zulässig.

Vgl. Besprechung in diesem Heft S. 47 ff. insbesondere zum Fortsetzungsfeststellungsinteresse

II. Begründetheit der Klagen

Die Klagen sind begründet, wenn die von der Polizei getroffene Anordnung rechtswidrig war und die Kl. in ihren Rechten verletzt hat.

1. Ermächtigungsgrundlage

*„Als Rechtsgrundlage für die streitgegenständliche Anordnung kommt allein Art. 11 I, II 1, 2 BayPAG in der Fassung der Bekanntmachung vom 14.9.1990 (GVBl S. 397) in Betracht, da die Polizeibeamten im **Vorfeld der Versammlung** tätig geworden sind und das im Jahr 2006 geltende **Versammlungsgesetz** des Bundes für solche Anordnungen gegen Teilnehmer der Versammlung **keine spezielle Regelung** aufwies (vgl. BVerwG vom 25.07.2007 BVerwGE 129, 142; Meßmann, Das Zusammenspiel von Versammlungsgesetz und allgemeinem Polizeirecht, JuS 2007, 524).“* (VGH München aaO)

vgl. §§ 1, 3 BWPoIG; § 17 I BlnASOG; § 10 I BbgPoIG; § 10 BremPoIG; § 11 NdsSOG; § 3 HbgSOG; § 11 HessSOG; § 13 MVSOIG; § 8 NwPoIG; § 9 RhPfPOG; § 8 I SaarlPoIG; § 3 I SachsPoIG; §§ 1, 13 SachsAnhSOG; § 174 SchlHVwG; § 12 I ThürPAG

2. formelle Rechtswidrigkeit

Die Polizei war zum Treffen der Maßnahmen nach dem Polizeigesetz zuständig. Eine Anhörung war nach § 28 I Nr. 1 BayVwVfG (vgl. gleichlautende Vorschriften in den anderen Bundesländern) wegen Gefahr in Verzug entbehrlich und eine Schriftform ist für Polizeiverfügungen nicht vorgesehen. Die Maßnahme war daher formell rechtmäßig.

3. materielle Rechtswidrigkeit

Nach Art. 11 I BayPAG kann die Polizei die notwendigen Maßnahmen treffen, um eine im einzelnen Fall bestehende **Gefahr für die öffentliche Sicherheit oder Ordnung** (Gefahr) abzuwehren. Art. 11 II 1 Nr. 1 PAG bestimmt, dass die Polizei eine Maßnahme im Sinne des Absatzes 1 insbesondere dann treffen kann, wenn sie notwendig ist, um **Straftaten zu verhüten** oder zu unterbinden. Straftaten im Sinn dieses Gesetzes sind rechtswidrige Taten, die den Tatbestand eines Strafgesetzes verwirklichen (Art. 11 II 2 BayPAG).

a) Verwirklichung eines Straftatbestandes

In Betracht kommt hier eine Strafbarkeit gem. § 185 StGB wegen Beleidigung, gem. § 103 StGB wegen Beleidigung von Organen und Vertretern ausländischer Staaten und gem. § 166 StGB wegen Beschimpfung von Bekenntnissen, Religionsgesellschaften und Weltanschauungsvereinigungen.

aa) Strafbarkeit nach § 185 StGB

„Weder das Vorzeigen der Papstplakate noch der Papstpuppe stellen eine Beleidigung im Sinne des § 185 StGB dar. [wird ausgeführt]“ (VGH München aaO; vgl. Besprechung in diesem Heft, S.12 ff.)

bb) Strafbarkeit nach § 103 StGB

„Die Anordnung vom 12.08.2006 konnte auch nicht auf die Verwirklichung des Straftatbestandes der Beleidigung eines ausländischen Staatsoberhauptes nach § 103 StGB gestützt werden. Die Tathandlung in § 103 StGB entspricht der der Beleidigung nach § 185 StGB. Eine solche liegt jedoch, wie ausgeführt wurde, durch das Vorzeigen der Papstplakate und der Papstpuppe nicht vor.“ (VGH München aaO)

cc) Strafbarkeit nach § 166 StGB

„Schließlich haben die Kl. mit ihrem dekorierten „Papamobil“ auch nicht den Tatbestand des § 166 StGB erfüllt. [wird ausgeführt]“ (VGH München aaO; vgl. Besprechung in diesem Heft, S. 12 ff.)

Die Kl. haben daher keinen Straftatbestand verwirklicht.

b) Berücksichtigung von Beurteilungsschwierigkeiten

Möglicherweise muss jedoch bei der Beurteilung der Rechtswidrigkeit der Anordnung berücksichtigt werden, dass es womöglich im Zeitpunkt der Entscheidung der Polizei schwierig zu beurteilen war, ob tatsächlich ein Straftatbestand zur Verwirklichung anstand.

*„Art. 11 II 1 Nr. 1 BayPAG bestimmt seinem Wortlaut nach eindeutig, dass sich die **Befugnisse der Polizei** nur auf die **Verhütung von Straftaten** erstrecken, nicht auf die Verhütung von Handlungen, die nicht eindeutig als Straftaten erkennbar sind. Der **Begriff der Straftat** ist nämlich in Art. 11 II 2 PAG eigens **definiert**. Danach sind Straftaten rechtswidrige Taten, die den **Tatbestand eines Strafgesetzes verwirklichen**. Ist im Einzelfall **nicht hinreichend geklärt**, ob die zu verhütende Handlung die Tatbestandsmerkmale einer Straftat erfüllt, bleiben der Polizei **zwei Möglichkeiten**.*

- Entweder sie ergreift Maßnahmen zur Verhütung dieser Handlung mit der Folge, dass sich bei fehlerhafter Subsumtion die Maßnahme als rechtswidrig erweist, oder
- sie nimmt von Maßnahmen Abstand.

*Diese **Entscheidung zu treffen**, mag im Einzelfall **schwierig** sein, rechtfertigt aber nicht das Ergreifen von Maßnahmen gegen Handlungen, bei denen zweifelhaft erscheint, ob es sich um Straftaten handelt und die sich tatsächlich nicht als Straftaten erweisen. **Ansonsten** würde man der Polizei die **Befugnis** zusprechen, **alle möglichen Handlungen verhüten oder unterbinden** zu können und dies damit zu rechtfertigen, man habe nicht genau gewusst, ob es sich tatsächlich um Straftaten handelt. **Anders** läge der Fall, wenn **nicht die Abwehr einer bestehenden Gefahr** wie in Art. 11 I BayPAG Voraussetzung für das Ergreifen einer Maßnahme durch die Polizei wäre, sondern bereits der **Verdacht einer Gefahr ausreichen würde**, wie dies etwa bei der Feststellung der Identität nach § 163b StPO der Fall ist. Danach können Maßnahmen zur Identitätsfeststellung bereits dann getroffen werden, wenn jemand einer Straftat verdächtig ist. Ein solcher Fall liegt hier aber nicht vor.“ (VGH München aaO)*

c) Vorliegen einer Anscheinsgefahr

Eine Anscheinsgefahr ist immer dann gegeben, wenn bei objektiver Betrachtung zur Zeit der polizeilichen Maßnahme Tatsachen auf eine drohende Gefahr hindeuten, sie aber in Wirklichkeit nicht vorliegt. Beispiel hierfür ist der Fall, in dem jemand mit einer Spielzeugpistole bewaffnet ist, die Polizei diese aber für eine echte Pistole halten muss.

„Im vorliegenden Fall waren dagegen die Tatsachen in vollem Umfang geklärt. Die **Polizei** hat sich lediglich **bei der juristischen Bewertung geirrt**. Ein solcher Irrtum in der Wertung von Tatsachen stellt **keine Anscheinsgefahr** dar, die als Anlass für ein rechtmäßiges Einschreiten der Polizei genommen werden könnte.“ (VGH München aaO)

Es lag daher im Zeitpunkt der Anordnung auch keine Anscheinsgefahr vor, die ein Einschreiten der Polizei hätte rechtfertigen können.

III. Ergebnis:

Es fehlte an der Gefahr der Begehung einer Straftat, so dass keine Gefahr für die öffentliche Sicherheit vorlag, die die Polizei hätte abwehren müssen. Die Anordnung war daher rechtswidrig. Weder haben die Kl. durch das Vorzeigen der Papstdarstellungen auf ihrem Wagen noch durch die Präsentation der Papstpuppe Straftaten begangen, die es zu verhüten galt. Vielmehr war ihr Handeln durch das Grundrecht auf Meinungsfreiheit aus Art. 5 I GG gedeckt.

Die Klage ist zulässig und begründet.

Unterlassen ehrverletzender Äußerungen
Abgrenzung zwischen öffentlichem und privaten Recht

(VGH München in BayVBl. 2010, 442; Beschluss vom 13.10.2009 – 4 C 09.2144)

1. Die **Rechtswegfrage** beurteilt sich dabei nach dem **Streitgegenstand**.
2. Der Streitgegenstand ist der **prozessuale Anspruch**, der durch den zur Begründung vorgetragenen **Lebenssachverhalt** näher bestimmt wird.
3. Welcher Rechtsnatur die Rechtsstreitigkeit ist, richtet sich nach der **Rechtsnatur der materiellrechtlichen Normen** (Anspruchsgrundlagen), nach denen **zu beurteilen** ist, ob das **Klagebegehren** nach dem unterbreiteten Lebenssachverhalt **begründet ist oder nicht**.
4. Für die **Zuordnung** eines Begehrens zum öffentlichen oder zum privaten Recht ist entscheidend, ob die streitgegenständlichen Äußerungen in einem **funktionalen Zusammenhang mit den hoheitlichen Aufgaben des Äußernden** stehen und daher der Gemeinde zuzurechnen sind oder ob sie in einen Lebensbereich fallen, der durch **bürgerlich-rechtliche Gleichordnung** geprägt ist und in dem sich die Rechtsbeziehungen nach zivilrechtlichen Normen richten

Fall: Gegenstand des Klageverfahrens ist das Begehren der Kl., die Bekl. zur Unterlassung und zum Widerruf von Äußerungen zu verurteilen, die der erste Bürgermeister in einem „Bürgerinformationsbrief“ getätigt hat.

Ende September 2008 hatte der erste Bürgermeister einen „Bürgerinformationsbrief“ mit dem Titel „Die Wahrheit muss auf den Tisch. Es reicht!“ als Postwurfsendung an alle Bürger verteilen lassen und diesen zugleich der lokalen Presse zugeleitet. In dem Informationsbrief kritisiert er das Verhalten der Kl. im Stadtrat, die diesem als Stadträte angehören; der Kl. zu 1 bekleidet zudem das Amt des zweiten Bürgermeisters

Nachdem zwischen den Beteiligten die Zulässigkeit des beschrittenen Rechtsweg streitig ist, entschied das Verwaltungsgericht mit Beschluss vom 03.08.2009, dass der Verwaltungsrechtsweg gegeben sei (§ 17a III GVG). Bei der Bewertung der im Bürgerinformationsbrief enthaltenen Äußerungen sei auf den Empfängerhorizont abzustellen. Zwar sei der Brief nicht auf amtlichem Papier der Gemeinde geschrieben, jedoch deute die Bezeichnung als „Bürgerinformationsbrief“ einen amtlichen Charakter an. Der Verfasser beziehe ausdrücklich „als erster Bürgermeister“ Position und verweise immer wieder auf seine amtliche Tätigkeit und die Probleme im Stadtrat und der Stadtverwaltung, die durch die Kl. verursacht würden. Objektiv betrachtet lägen damit Äußerungen vor, die der Verfasser in amtlicher Eigenschaft und nicht nur als persönliche Meinungsäußerung bei Gelegenheit seiner amtlichen Tätigkeit getan habe. Bei dieser Gesamtbetrachtung sei es unerheblich, wenn der Bürgermeister nach seiner Einlassung den Informationsbrief privat finanziert habe.

Gegen den Beschluss richtet sich die Beschwerde der Bekl. mit dem Ziel, unter Abänderung des Beschlusses vom 03.08.2009 die Streitigkeit auf den ordentlichen Rechtsweg zu verweisen. Der Zivilrechtsweg sei schon deshalb gegeben, weil die denkbare Anspruchsgrundlage (§ 1004 BGB) im Zivilrecht wurzele. Darüber hinaus habe der erste Bürgermeister nur seine private Meinung geäußert. Er habe kein amtliches Briefpapier verwendet und habe die Kosten persönlich getragen. Die Überschrift als „Bürgerinformationsbrief“ lasse nicht per se auf einen amtlichen Charakter schließen. Das Verwaltungsgericht verkenne, dass auch ein Bürgermeister im Rahmen der grundrechtlich garantierten Meinungsfreiheit Äußerungen tätigen könne, ohne dass dies sofort seiner amtlichen Funktion zugeordnet werde. Die angegriffenen Aussagen habe er im Rahmen der politischen Auseinandersetzung mit anderen politischen Kräften im Stadtrat getroffen; sie seien nur bei Gelegenheit seiner Amtstätigkeit gefallen. Es handele sich um eine rein persönliche Meinungsäußerung, die auch jeder andere hätte tätigen können. Die Verwendung der Amtsbezeichnung sei kein Indiz für das Handeln in amtlicher Funktion. Der Bürgermeister habe die Amtsbezeichnung nur zur Individualisierung verwendet, da er einen sehr häufigen Familiennamen trage. Der in dem Brief angesprochene Schutz des Amtes und der Stadt könne nicht vom Schutz der eigenen Person getrennt werden; mit seinem Brief habe der erste Bürgermeister schwerpunktmäßig auch seine eigene Person schützen wollen. Wird die Beschwerde Erfolg haben?

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

I. Zulässigkeit der Beschwerde

Die Beschwerde ist nach § 17a IV 3 GVG i.V.m. §§ 146 f. VwGO zulässig.

II. Begründetheit der Beschwerde

Die Beschwerde ist begründet, wenn die rechtliche Fehleinschätzung hinsichtlich der Eröffnung des Verwaltungsrechtswegs nach § 40 I 1 VwGO vorliegt.

Nach § 40 I 1 VwGO ist der Verwaltungsrechtsweg in allen öffentlichrechtlichen Streitigkeiten nicht verfassungsrechtlicher Art gegeben. Für vermögensrechtliche Ansprüche aus Aufopferung für das gemeine Wohl und aus öffentlichrechtlicher Verwahrung sowie für Schadensersatzansprüche aus der Verletzung öffentlich-rechtlicher Pflichten, die nicht auf einem öffentlichrechtlichen Vertrag beruhen, ist der ordentliche Rechtsweg gegeben (§ 40 II 1 1. HS. VwGO).

„Die **Rechtswegfrage** beurteilt sich dabei nach dem **Streitgegenstand** (GmS-OGB vom 29.10.1987 BGHZ 102, 280 [283]; Kopp/Schenke, VwGO, 15. Aufl. 2007, Rn 7 zu § 90). Der Streitgegenstand ist der **prozessuale Anspruch**, der durch den zur Begründung vorgetragenen **Lebenssachverhalt** näher bestimmt wird. Welcher Rechtsnatur die Rechtsstreitigkeit ist, richtet sich nach der **Rechtsnatur der materiellrechtlichen Normen** (Anspruchsgrundlagen), nach denen zu **beurteilen** ist, ob das **Klagebegehren** nach dem unterbreiteten Lebenssachverhalt **begründet ist oder nicht**.“ (BayVGH aaO)

Die Kl. begehren die Unterlassung und den Widerruf von verschiedenen Äußerungen, die in dem vom ersten Bürgermeister der Bekl. herausgegebenen „Bürgerinformationsbrief“ enthalten sind und die sie als ehrverletzend empfinden und als unwahr einstufen.

„Für die **Zuordnung** dieses Begehrens zum öffentlichen oder zum privaten Recht ist entscheidend, ob die streitgegenständlichen Äußerungen in einem **funktionalen Zusammenhang mit den hoheitlichen Aufgaben des ersten Bürgermeisters** stehen und daher der Bekl. zuzurechnen sind oder ob sie in einen Lebensbereich fallen, der durch **bürgerlich-rechtliche Gleichordnung** geprägt ist und in dem sich die Rechtsbeziehungen nach zivilrechtlichen Normen richten (Sodan/Ziekow, VwGO, 2. Aufl. 2006, Rn 421 zu § 40 m.w.N.).“ (BayVGH aaO)

Die Zuordnung der Streitigkeit zum Zivilrecht könnte sich insofern bereits daraus ergeben, dass Rechtsgrundlage für die angestrebte Unterlassung und den Widerruf § 1004 BGB ist.

„Insoweit wird verkannt, dass die **Anwendbarkeit** des § 1004 I 1 BGB **nicht auf das Zivilrecht beschränkt** ist, sondern diese Vorschrift **analog** auch bei ehrverletzenden Äußerungen, die ein **öffentlich-rechtliches Verhältnis** betreffen, heranzuziehen ist (vgl. BayVGH vom 24.5.2006 Fst. 206/326; vom 31.7.1997 - 4 B 96.1291 m.w.N.; vom 25.10.1995 4 B 94.4010).“ (BayVGH aaO)

Ob die vom ersten Bürgermeister der Bekl. in dem „Bürgerinformationsbrief“ getätigten Äußerungen im **Zusammenhang mit seinem Amt** als erster Bürgermeister stehen oder als rein **persönliche Meinungsäußerung** seiner Privatsphäre zuzuordnen sind, beurteilt sich nach den **gesamten Umständen des Einzelfalles**.

Eine Einordnung als private Meinungsäußerung könnte sich daraus ergeben, dass auch einem Amtsträger das durch Art. 5 I GG garantierte Recht auf freie Meinungsäußerung zusteht.

„Dies ist für die Frage, ob der Verwaltungsrechtsweg oder der Zivilrechtsweg gegeben ist, vorliegend **nicht zielführend**. Es unterliegt keinem Zweifel, dass auch einem **Amtsträger** das **Grundrecht auf freie Meinungsäußerung** zusteht und nicht jede Äußerung zu Angelegenheiten, die die Öffentlichkeit betrifft, ohne Differenzierung automatisch der Amtsführung zugerechnet wird. Eine solche Konsequenz führte nach Auffassung des Bayerischen Verfassungsgerichtshofs zu einer unzulässigen Einengung des Grundrechts auf Meinungsäußerungsfreiheit (BayVerfGH vom 19.1.1994 VfGH 47, 1/20). Pressegespräche, Leserbriefe, Anzeigen, Flugblätter oder Postwurfsendungen von Bürgermeistern oder Landräten zählen hiernach auch deshalb dann nicht zu Handlungen in amtlicher Funktion, wenn sie Hinweise auf das Amt enthalten.“

Auch bei Zugrundelegung dieses Maßstabs und unter Berücksichtigung des Umstandes, dass es sich bei dem „**Bürgerinformationsbrief**“ nicht um eine **amtliche Publikation** der Bekl. handelt und die der Amtsträger nach seinem Bekunden **aus eigenen Mitteln finanziert** hat, sind vorliegend gleichwohl die angegriffenen Äußerungen des ersten Bürgermeisters dem amtlichen Bereich zuzuordnen.

Bei dem „Bürgerinformationsbrief“ handelt es sich **nicht** um eine **Äußerung im politischen Meinungskampf**, die den **bloßen Hinweis auf die Amtsstellung** des Verfassers enthält, sondern um eine **öffentliche Kritik** des Bürgermeisters **am Verhalten und der Tätigkeit der Kl. in ihrer Eigenschaft als Mitglieder des Stadtrats**. Im Einleitungssatz hebt der Verfasser hervor, dass die Vorkommnisse in den letzten Monaten ihn **„als Bürgermeister“** veranlassen, Position zu beziehen und Klarstellungen vorzunehmen. Hiermit bringt der Verfasser eindeutig zum Ausdruck, dass er **gerade als Bürgermeister und nicht als Privatperson** bestimmte Ausführungen machen will. Dies geht deutlich über den bloßen Hinweis auf seine Amtsstellung hinaus. Er **macht diese Äußerungen** nicht unabhängig davon, dass er zufällig auch Bürgermeister ist, sondern **gerade weil er Bürgermeister** ist. Dies wird weiter durch die Kritik unterstrichen, dass die Kl. aus seiner Sicht im Stadtrat **massiv gegen ihn bei seiner Amtsausübung arbeiteten**. Weiter könne von der früher versprochenen Zusammenarbeit mit dem Bürgermeister keine Rede sein. Durch ihr Verhalten werde nicht nur der Bürgermeister, sondern vor allem die Stadt selbst geschwächt. Die von ihnen verbreiteten Halbwahrheiten usw. blockierten die Arbeit des Bürgermeisters und der Stadtverwaltung. Darüber hinaus hätten die Kl. in den letzten sechs Monaten nicht einen sachlichen Beitrag zum Vorteil der Stadt im Stadtrat eingebracht. Der „Bürgerinformationsbrief“ endet mit dem Appell an die Bürger, mit ihm gemeinsam für die Zukunft der Stadt zu arbeiten.

Aus der **Zusammenschau dieser Äußerungen**, die speziell die Zusammenarbeit der genannten Stadträte mit dem Bürgermeister und der Stadtverwaltung betreffen, ergibt sich zur Überzeugung des Senats, dass diese vom **Verfasser gerade in amtlicher Funktion** getätigt worden sind und hiervon nicht getrennt werden können. Selbst wenn man dem Vorbringen der Bekl. folgt, dass der „Bürgerinformationsbrief“ auch den Schutz der eigenen Person des Amtsträgers bezwecke, überwiegt **der Zusammenhang mit dem Amt so stark**, dass dieser die Zulässigkeit des Verwaltungsrechtswegs nach § 40 I VwGO begründet.“ (BayVGH aaO)

III. **Ergebnis:** Der Beschluss über die Eröffnung des Verwaltungsrechtsweges ist daher nicht fehlerhaft, so dass die Beschwerde keinen Erfolg hat.

Kurzauslese I

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

BGB

§§ 437 Nr. 2, 232

Rücktrittsrecht Erlöschen nach Mangelbehebung

BGB

(BGH in NJW 2010, 1805; Urteil vom 12.03.2009 – V ZR 147/09)

Wird der **Mangel der Kaufsache innerhalb** einer hierzu von dem Käufer **gesetzten Frist** zur Nacherfüllung **behooben**, **erlischt das Recht des Käufers zum Rücktritt vom Vertrag**. Dies gilt auch dann, wenn es wegen eines arglistigen Verhaltens des Verkäufers im Hinblick auf den Mangel des erfolglosen Ablaufs einer Frist zur Nacherfüllung als Voraussetzung für einen Rücktritt vom Vertrag nicht bedurft hätte.

„Der Käufer kann wegen eines Sachmangels der verkauften Sache grds. nur dann von dem Kaufvertrag zurücktreten, wenn er dem Verkäufer fruchtlos Frist zur Nacherfüllung gesetzt hat, §§ 437 Nr. 2, 323 I BGB. Dieser Grundsatz gilt nicht ausnahmslos: Eine Ausnahme greift namentlich dann ein, wenn besondere Umstände vorliegen, die unter Abwägung der beiderseitigen Interessen die sofortige Ausübung des Rücktrittsrechts rechtfertigen, § 323 II Nr. 3 BGB. So kann es sich insbes. verhalten, wenn der Verkäufer bei Abschluss des Vertrags eine Täuschungshandlung begangen hat. Eine solche Handlung ist grds. geeignet, das Vertrauen des Käufers in die Ordnungsmäßigkeit der Nacherfüllung zu zerstören, und lässt aus diesem Grund das Verlangen der Nacherfüllung für den Käufer in der Regel unzumutbar sein (BGH NJW 2007, 835; BGH NJW 2008, 1371; Palandt/Grüneberg, BGB, 69. Aufl., § 323 Rn 22).

So liegt es indessen nicht, wenn der Käufer dem Verkäufer nach Entdeckung des verschwiegenen Mangels eine Frist zu dessen Behebung setzt. Damit gibt er zu erkennen, dass sein Vertrauen in die Bereitschaft zur ordnungsgemäßen Nacherfüllung trotz des arglistigen Verhaltens des Verkäufers weiterhin besteht. Kommt der Verkäufer innerhalb der Frist dem Verlangen des Käufers nach und wird der Mangel behoben, scheidet der Rücktritt des Käufers vom Vertrag aus, weil die verkaufte Sache – nunmehr – vertragsgerecht ist.“ (BGH aaO)

BGB

§ 536

Beschaffenheitsvereinbarung keine Toleranzspanne bei „ca.-Angabe“ zur Wohnfläche

BGB

(BGH in NZM 2010, 313 = ZMR 2010, 522; Urteil vom 10.03.2010 – VIII ZR 144/09)

Auch wenn die als Beschaffenheit **vereinbarte Wohnfläche mit einer „ca.“-Angabe versehen ist, liegt ein zur Mietminderung berechtigender Sachmangel dann vor, wenn die tatsächliche Fläche mehr als 10% unter der vereinbarten Quadratmeterzahl liegt**. Bei der Beurteilung der Erheblichkeit des Mangels ist **keine zusätzliche Toleranzspanne** anzusetzen.

„Die Angabe einer Wohnfläche von „ca. 100 m²“ ist als Beschaffenheitsvereinbarung anzusehen, die bei einer Abweichung von mehr als 10% zum Nachteil des Mieters einen zur Minderung berechtigenden Sachmangel (§ 536 I 1 BGB) der Mietsache darstellt (vgl. BGH NZM 2004, 453 = NJW 2004, 1947; BGH NZM 2004, 454 = NJW 2004, 2230; NZM 2004, 456 = WuM 2004, 268; BGH NZM 2005, 861 = WuM 2005, 712; NZM 2007, 595 = NJW 2007, 2624; BGH NZM 2007, 594 = NJW 2007, 2626; NZM 2009, 814 = NJW 2009, 3421; BGH NZM 2010, 36 = NJW 2010, 292; BGH NZM 2010, 196 = NJW 2010, 1064; jew. m.w.N.).

Die Erheblichkeitsgrenze von 10% gilt auch dann, wenn der Mietvertrag zur Größe der Wohnung nur eine „ca.“-Angabe enthält (BGH NZM 2004, 456; NZM 2009, 477 = NJW 2009, 2295 = WuM 2009, 344; BGH NZM 2009, 659 = NJW 2009, 2880). Der Zusatz „ca.“ lässt zwar erkennen, dass Toleranzen hingenommen werden sollen. Auch für solche Toleranzen ist jedoch die Grenze dort zu ziehen, wo die Un-erheblichkeit einer Tauglichkeitsminderung der Mietsache (§ 536 I BGB) endet. Diese Grenze ist im Interesse der Praktikabilität und der Rechtssicherheit bei 10% anzusetzen; eine zusätzliche Toleranz ist dann nicht mehr gerechtfertigt (vgl. BGH NZM 2004, 456).“ (BGH aaO)

BGB

§ 651

Kauf-/Werkvertrag Abgrenzung

BGB

(BGH in BB 2010, 1561; Urteil vom 09.02.2010 – X ZR 82/07)

Nach § 651 S. 1 BGB finden auf einen Vertrag, der die Lieferung herzustellender oder zu erzeugender beweglicher Sachen zum Gegenstand hat, die Vorschriften über den Kauf Anwendung. **Werkvertragsrechtliche Bestimmungen treten nur ergänzend, und nicht verdrängend neben das Kaufrecht**, wenn der Vertrag die Lieferung einer nicht vertretbaren Sache zum Gegenstand hat, § 651 S. 3 BGB. **Kaufrecht ist mithin auf sämtliche Verträge mit einer Verpflichtung zur Lieferung herzustellender oder zu erzeugender beweglicher Sachen anzuwenden**.

„Unerheblich für die vertragsrechtliche Einordnung ist deshalb, dass [die Ware] nach den konkreten Vorstellungen und Vorgaben der Kl. hergestellt werden sollen. Das mag die Annahme rechtfertigen, der Vertrag habe die Lieferung einer nicht vertretbaren Sache zum Gegenstand gehabt. Dies ändert ausweislich der gesetzlichen Regelung in § 651 S. 3 BGB aber nichts an der grds. Anwendbarkeit von Kaufrecht.“ (BGH aaO)

Der **Vorwurf der Manipulation, Lüge, Täuschung, Vertuschung, Vetterwirtschaft** etc. ist in **Ermangelung konkret greifbarer Substanz nicht als Tatsachenbehauptung**, sondern als Meinungsäußerung anzusehen, die **bis zur Grenze der Schmähkritik zulässig** ist.

I. Bei **Beurteilung der Widerrechtlichkeit einer das Persönlichkeitsrecht verletzenden Handlung** ist, soweit diese in einer Tatsachenbehauptung, einem Werturteil oder einer Meinungsäußerung besteht, das ebenfalls grundgesetzlich geschützte **Recht auf freie Meinungsäußerung** aus Art. 5 I GG zu **berücksichtigen**, dem allerdings Schranken gesetzt sind, Art. 5 II GG.

II. Insofern gilt es zu **differenzieren**:

- Bei **Werturteilen** wird in der Regel die **Meinungsfreiheit vorgehen**, es sei denn, die Äußerung stellt sich als Angriff auf die Menschenwürde, als Schmähkritik oder als Formalbeleidigung dar (BVerfG NJW 1999, 1322; Bay-ObLG ZWE 2001, 319). Ob die Äußerung wertvoll oder wertlos, richtig oder falsch, emotional oder rational begründet ist, ist unerheblich (BVerfG NJW 1983, 1415).
- Für **Tatsachenbehauptungen** gilt dies indes nicht in gleicher Weise: **Bewusst unwahre Tatsachen** oder solche, deren Unwahrheit im Zeitpunkt der Äußerung zweifelsfrei feststeht, **fallen nicht unter Art. 5 GG**, da die **unrichtige Information** unter dem Blickwinkel der Meinungsfreiheit **kein schützenswertes Gut** darstellt.

Dabei unterscheiden sich Tatsachenbehauptungen von Werturteilen dadurch, dass bei diesen die subjektive Beziehung zwischen der Äußerung und der Wirklichkeit im Vordergrund steht, während für jene die objektive Beziehung des sich Äußernden zum Inhalt seiner Äußerung charakteristisch ist. Für die Einstufung als Tatsachenbehauptung kommt es wesentlich darauf an, ob die Aussage einer Überprüfung auf ihre Richtigkeit mit den Mitteln des Beweises zugänglich ist (BGH NJW 2005, 279, 281). Die beanstandete Äußerung ist in dem Gesamtkontext, in dem sie gefallen ist, zu beurteilen und darf nicht aus dem betreffenden Zusammenhang herausgelöst einer rein isolierten Betrachtung zugeführt werden (BGH NJW 2009, 1872; BGH NJW 2005, 279).

III. Eine **substanzarme Äußerung mit dem pauschalen Vorwurf** der Lüge, Täuschung, Vertuschung, Vetterwirtschaft ist nicht als Tatsachenbehauptung, sondern vielmehr als **reine Meinungsäußerung** zu bewerten.

„Der Vorwurf, der Kl. habe zwei Gerichtsverfahren - massiv manipuliert, stellt lediglich eine pauschale subjektive Bewertung durch den Bekl. dar (so z.B. auch bei Vorwurf der Lüge, Täuschung, Vertuschung, Vetterwirtschaft etc. BGH NJW 2009, 1872). Ein hinreichend konkret greifbarer Tatsachekern, hinsichtlich dessen sich die Frage der Richtigkeit stellen könnte und der einer Beweisaufnahme zugänglich wäre, lässt sich dem nicht entnehmen. Die Äußerung beschreibt keinen bestimmten Vorgang, hinsichtlich dessen der Wahrheitsbeweis angetreten werden könnte, sondern beurteilt diesen aus der Sicht des Bekl. Insgesamt ist und bleibt die Äußerung sehr pauschal gehalten und stellt sich als eng verwoben mit stark wertenden Gesichtspunkten dar, indem sie die persönliche Sichtweise des Bekl. wiedergibt. I. Ü. würde selbst dann, wenn man aus dem beanstandeten Satz Elemente des Tatsächlichen heraushören wollte, das wertende Element überwiegen. Ein etwaiger tatsächlicher Gehalt der in dieser Form nach wie vor recht substanzarmen Äußerung tritt gegenüber der Wertung zurück, so dass sich insgesamt an dem Charakter der Äußerung als subjektive Bewertung nichts ändert.

Die Grenze zur Schmähkritik ist hier nicht überschritten (wird ausgeführt).“ (LG München I aaO)

Grds. kann in dem Anstellungsvertrag eines GmbH-Geschäftsführers **vereinbart werden, dass** die materiellen Regeln des **Kündigungsschutzgesetzes zu Gunsten des Organmitglieds gelten sollen**.

I. Der **Anstellungsvertrag des Geschäftsführers einer GmbH** ist ein auf die Geschäftsbesorgung durch Ausübung des Geschäftsführeramtes gerichteter **freier Dienstvertrag** (vgl. BGH NJW 2000, 1864 = NZG 2000, 654 = ZIP 2000, 508; Lutter/Hommelhoff, GmbHG, 17. Aufl., Anh. zu § 6 Rn 3), der **nachrangig zum gesellschaftsrechtlichen Organverhältnis** (BGH NJW 1989, 2683 = ZIP 1989, 1190 zur AG) diejenigen Rechtsbeziehungen zwischen dem Geschäftsführer und der Gesellschaft regelt, welche nicht bereits durch die organschaftliche Stellung des Geschäftsführers vorgegeben sind.

Mangels Vorliegens eines Arbeitsverhältnisses finden die **Vorschriften des Kündigungsschutzgesetzes keine Anwendung**. Dies wird durch die gesetzliche Regelung in § 14 I Nr. 1 KSchG bestätigt, welche im Wege einer negativen Fiktion die Unanwendbarkeit der allgemeinen Kündigungsschutzbestimmungen im ersten Abschnitt des Kündigungsschutzgesetzes für Organvertreter einer juristischen Person unabhängig von der konkreten Ausgestaltung des Anstellungsverhältnisses im Einzelfall anordnet (BGH NJW-RR 2007, 1632; BGH NJW 2000, 1864 = NZG 2000, 654).

II. Durch die rechtliche Einstufung des Geschäftsführeranstellungsvertrags als freier Dienstvertrag wird aber **nicht ausgeschlossen, dass die Parteien in Ausübung ihrer privatautonomen Gestaltungsfreiheit** die entsprechende **Geltung arbeitsrechtlicher Normen vereinbaren** und auf diese Weise deren Regelungsgehalt zum Vertragsinhalt machen.

„Wegen der Nachrangigkeit des Anstellungsverhältnisses gegenüber der Organstellung dürfen solche dienstverträgl. Abreden allerdings nicht in die gesetzl. oder statutarische Ausgestaltung des Organverhältnisses eingreifen. Der vertragl. Gestaltungs-

spielraum der Parteien wird daher durch die zwingenden Anforderungen begrenzt, welche sich im Interesse einer Gewährleistung der Funktionstüchtigkeit der Gesellschaft aus dem Organverhältnis ergeben. Diese Grenze privatautonomer Gestaltung wird durch die Vereinbarung über die entsprechende Geltung der materiellen Vorschriften des Kündigungsschutzgesetzes nicht überschritten.

Da Organ- und Anstellungsverhältnis nach dem der Regelung des § 38 I GmbHG zu entnehmenden **Trennungsgrundsatz** in ihrem Bestand unabhängig voneinander sind (BGH NJW 1995, 2850 = ZIP 1995, 1334), wird die Bestellungs- und Abberufungsfreiheit der Gesellschafterversammlung durch die Einschränkung der Möglichkeit einer ordentlichen Kündigung des Anstellungsvertrags nur mittelbar berührt. Die wirtschaftlichen Belastungen, welche für die Gesellschaft daraus erwachsen können, dass bei frei widerruflicher Bestellung des Geschäftsführers das Anstellungsverhältnis wegen fehlender Rechtfertigung der ordentlichen Kündigung nach Maßgabe des entsprechend anwendbaren § 1 KSchG nicht aufgelöst werden kann, sind zwar geeignet, die Gesellschafterversammlung in ihrer Abberufungsentscheidung zu beeinflussen. Diese mittelbare Auswirkung wird aber, wie der in § 38 I GmbHG ausdrücklich geregelte Vorbehalt zu Gunsten der sich aus bestehenden Verträgen ergebenden Entschädigungsansprüche zeigt, vom Gesetz grundsätzlich hingenommen.

Hinzu kommt, dass § 38 II GmbHG es zulässt, die Abberufbarkeit des Geschäftsführers durch statutarische Regelungen bis zur Grenze wichtiger Gründe einzuschränken. In einer von der Gesellschafterversammlung für die Gesellschaft privatautonom vereinbarten Gestaltung des Anstellungsvertrags, welche bei frei widerruflicher Bestellung des Geschäftsführers die Auflösung des Anstellungsverhältnisses durch ordentliche Kündigung von einer Rechtfertigung durch einen Kündigungsgrund i.S. des entsprechend geltenden § 1 KSchG abhängig macht, kann vor diesem Hintergrund schon wegen der Möglichkeit der fristlosen Kündigung nach § 626 I BGB bei Vorliegen eines wichtigen Grundes kein Eingriff in die organisationsrechtliche Binnenstruktur der Gesellschaft gesehen werden, welcher deren Funktionstüchtigkeit beeinträchtigt und es deshalb rechtfertigen könnte, einer entsprechenden Parteivereinbarung die Anerkennung zu versagen. Dass die Maßstäbe für das Vorliegen eines wichtigen Grundes nach § 38 II GmbHG und § 626 I BGB wegen des unterschiedlichen Bezugspunkts für die Zumutbarkeitserwägungen nicht völlig deckungsgleich sind (Ulmer/Paefgen, GmbHG, § 38 Rn 41), führt zu keiner anderen Bewertung.

Sähe man in der Vereinbarung einer Einschränkung der Möglichkeit zur ordentlichen Kündigung des Anstellungsvertrags eine Beeinträchtigung der Funktionsfähigkeit der Gesellschaft, wäre schließlich auch die Zulässigkeit von auf längere Dauer befristet oder auflösend bedingt geschlossenen Anstellungsverträgen in Frage gestellt, deren Wirksamkeit – soweit ersichtlich – bislang allgemein anerkannt wird. Für die Rechtsanwendung ergäbe sich hieraus die weitere Notwendigkeit, die zeitliche Grenze zu bestimmen, bis zu welcher ein Anstellungsverhältnis durch Parteivereinbarung befristet werden kann. Anders als das Aktienrecht in § 84 I 5 AktG enthält das GmbH-Gesetz aber gerade keine gesetzliche Regelung der maximalen Laufzeit des Geschäftsführeranstellungsvertrags.“ (BGH aaO)

- III. Der Wirksamkeit einer Vereinbarung über die entsprechende Geltung der materiellen Kündigungsschutzregelungen **stehen schließlich auch keine Vorschriften des Kündigungsschutzgesetzes entgegen.**

„Bei der Bestimmung des § 1 KSchG handelt es sich um **einseitig zwingendes Recht**, von welchem zum Nachteil der begünstigten Arbeitnehmer nicht abgewichen werden kann (Ascheid, KündigungsR, § 1 KSchG Rn 5f.; v. Hoyningen-Huene/Linck, KSchG, 14. Aufl., § 1 Rn 9ff.). Eine **Ausdehnung des Kündigungsschutzes auf vertraglicher Grundlage ist aber zulässig**, so dass sich aus dem Kündigungsschutzgesetz keine Bedenken gegen die Wirksamkeit einer Vereinbarung ergeben, die auf eine entsprechende Anwendung des allgemeinen Kündigungsschutzes über dessen gesetzlich geregelten Geltungsbereich hinaus abzielt (Preis NZA 1997, 1256). Auch die Vorschrift des § 14 I Nr. 1 KSchG bietet keinen Anhalt dafür, dass mit der dort getroffenen Abgrenzung des gesetzlichen Anwendungsbereichs des Kündigungsschutzgesetzes zugleich die Möglichkeit einer abweichenden vertraglichen Abrede zu Gunsten des Geschäftsführers (v. Hoyningen-Huene/Linck, KSchG, § 14 Rn 12) ausgeschlossen werden sollte (a.A. Bauer/Arnold ZIP 2010, 709).“ (BGH aaO)

AGG
§§ 1, 3

Diskriminierung Kenntnis der dt. Schriftsprache

öffR

(BAG in BB 2010, 1733 = NZA 2010, 625; Urteil vom 28.01.2010 – 2 AZR 764/08)

- I. Die **Anforderung eines Arbeitgebers** an die Arbeitnehmer, die **deutsche Schriftsprache zu beherrschen**, knüpft nicht an eines der in § 1 AGG genannten Merkmale an und stellt daher **keine Diskriminierung** dar.

1. Eine **unmittelbare Benachteiligung** i.S. des § 3 I 1 AGG i. V. m. § 1 AGG **liegt nicht vor.**

„Die Anforderung, die deutsche Schriftsprache in dem verlangten Umfang zu beherrschen, knüpft nicht an eines der in § 1 AGG genannten Merkmale an. Die **deutsche Schriftsprache kann unabhängig von der Zugehörigkeit zu einer Ethnie beherrscht werden**, gleichgültig, wie man den Begriff der Ethnie im Einzelnen abgrenzt.“ (BAG aaO)

2. Es liegt auch **keine mittelbare Benachteiligung** i.S. des § 3 II AGG vor.

„Selbst wenn, was angenommen werden mag, die Anforderung deutscher Sprachkenntnisse spanische Arbeitnehmer – im Vergleich zu deutschen Arbeitnehmern – i.S. des § 3 II 1 AGG in besonderer Weise benachteiligen kann (vgl. Bissels/Lützel BB 2009, 833; a.A. offenbar Hunold NZA-RR 2009, 13; vgl. auch ArbG Berlin AuR 2008, 112; dazu krit.: Maier AuR 2008, 112; Greßlin BB 2008, 115; vgl. auch ArbG Berlin NZA-RR 2010, 16, so war doch die **Anforderung hier durch ein rechtmäßiges Ziel sachlich gerechtfertigt** und waren auch die Mittel zur Erreichung dieses Ziels angemessen und erforderlich.“ (BAG aaO)

- II. Wenn ein Arbeitgeber **Arbeitsanweisungen** erteilt, deren Befolgung **Kenntnisse der deutschen Schriftsprache verlangt**, um die optimale Erledigung der im Betrieb anfallenden Arbeit zu sichern, so ist eine **damit verbundene Benachteiligung nicht ausreichend sprachkundiger Arbeitnehmer** nach § 3 II AGG **gerechtfertigt.**

„**Rechtmäßige Ziele** i.S. des § 3 II AGG **können alle nicht ihrerseits diskriminierenden** (vgl. EuGH NJW 1981, 2639) **und auch sonst legalen Ziele** sein. Dazu gehören auch privatautonom bestimmte Ziele des Arbeitgebers, z.B. **betriebliche Notwendigkeiten** und Anforderungen an persönliche Fähigkeiten des Arbeitnehmers (vgl. Schleusener/Suckow/Voigt, AGG, 2. Aufl., § 3 Rn 74f.; Bauer/Göpfert/Krieger, AGG, 2. Aufl., § 3 Rn 32f.; ErfK/Schlachter, 10. Aufl., § 3 AGG Rn 8, 9; Roloff, BeckOK-ArbR, AGG, § 3 Rn 20; Lingemann/Müller BB 2007, 2006; Hunold NZA-RR 2009, 13; Herbert/Oberrath DB 2009, 2434). Das Ziel ist im Wortlaut des Gesetzes nicht weiter eingeschränkt als durch die Bestimmung, dass es rechtmäßig sein muss. In der Gesetzesbegründung findet sich le

diglich der Hinweis, es müsse ein sachlicher Grund gegeben sein (BR-Dr 329/06 v. 18. 5. 2006, S. 34). Damit ist auf die bis dahin bestehende Rechtslage zu § 611a BGB verwiesen, nach der jedes rechtmäßige, seinerseits nicht diskriminierende Ziel ausreichend war.

Das von der [bekl. Arbeitgeberin] mit der Forderung ausreichender Kenntnisse der deutschen Schriftsprache verfolgte Ziel bestand in der **Erfüllung der Norm ISO/TS 16949**. Aus dieser Norm ergibt sich die berufliche Anforderung der Kenntnis der deutschen Schriftsprache für die von der Schuldnerin im Spritzguss beschäftigten Werker. Der Bekl. hat unwidersprochen vorgetragen, dass die Erfüllung dieser Norm deshalb von Bedeutung ist, weil andernfalls keine Aufträge mehr akquiriert werden können. Damit liegt ein Ziel vor, das nicht diskriminierend und auch sonst rechtmäßig ist. Sieht man als Ziel des Verlangens nach deutscher Schriftsprache i.S. des § 3 II AGG nicht die Erfüllung der ISO-Norm als solche, sondern – unabhängig von deren Vorgaben – die **möglichst optimale Erledigung der anfallenden Arbeit**, so ist auch dieses Ziel rechtmäßig (wird ausgeführt).

Das **Mittel zur Erreichung dieses legitimen Ziels** – die Forderung ausreichender Kenntnisse der deutschen Schriftsprache – war **erforderlich i.S. des § 3 II AGG**. Erforderlich ist ein Mittel zur Erreichung eines Ziels, wenn das Ziel ohne das Mittel nicht erreicht werden kann. So liegt es hier: Die Schuldnerin konnte die Erfüllung der Norm ISO/TS 16949 nicht nachweisen bzw. ihr unternehmerisches Ziel nicht erreichen, wenn die als Werker beschäftigten Arbeitnehmer die schriftlichen Arbeitsanweisungen und Prüfaufträge nicht lesen und verstehen und deshalb ihre Aufgaben nicht wie vorgesehen erfüllen können.

Das Mittel zur Erreichung des Ziels ist auch **angemessen**. Ein **weniger belastendes Mittel ist nicht ersichtlich**. Die Vorstellung, die Tätigkeit des Kl. müsse im Interesse der Diskriminierungsfreiheit gewissermaßen aufgespalten werden in solche Bestandteile, die er ohne deutsche Sprachkenntnisse erledigen kann, und solche, bei denen er Deutsch lesen können muss, ist nicht richtig, macht aber besonders deutlich, dass die Forderung von Deutschkenntnissen unumgänglich ist: Wäre es anders, so müsste der Schuldnerin nicht zugemutet werden, – offenbar zweisprachiges – Personal für die Übersetzung und mündliche Erläuterung von Arbeitsanweisungen vorzuhalten und weitere Kräfte für an sich von ihm zu erbringende Teiltätigkeiten (Messen) einzusetzen. Das Gesetz verlangt vom Arbeitgeber derart weitgehende organisatorische Umgestaltungen nicht.“ (BAG aaO)

StGB
§ 267

Urkundenfälschung

StGB

Telefax und Ausdruck einer Computerdatei sind keine Urkunden

(BGH in StV 2010, 364; Beschluss vom 27.01.2010 – 5 StR 488/09)

Weder ein Telefax noch der Ausdruck einer Computerdatei ist eine **Urkunde i.S. des § 267 StGB**.

- I. Der **bloße Ausdruck einer Computerdatei** des manipulierten Schriftstücks **erfüllt den Urkundenbegriff** nach § 267 I StGB **nicht**.

„Urkunden i. S. des Strafrechts sind verkörperte Erklärungen, die ihrem gedanklichen Inhalt nach geeignet und bestimmt sind, für ein Rechtsverhältnis Beweis zu erbringen, und die ihren Aussteller erkennen lassen (st. Rspr.; vgl. etwa BGHSt 4, 60; 24, 140; Fischer, § 267 Rn 2 m.w.N.). Zwar kann im Wege computertechnischer Maßnahmen wie der Veränderung eingescannter Dokumente grds. eine (unechte) Urkunde hergestellt werden (vgl. BGHR StGB § 267 Abs. 1 Urkunde 5). Dafür muss die Reproduktion jedoch den **Anschein einer von einem bestimmten Aussteller herrührenden Gedankenäußerung vermitteln**, also einer Originalurkunde so ähnlich sein, dass die **Möglichkeit einer Verwechslung nicht ausgeschlossen** werden kann (BayObLG NJW 1989, 2553; Fischer, § 267 Rn 12d).

Daran fehlt es hier: Der **bloße Ausdruck der Computerdatei weist nicht die typischen Authentizitätsmerkmale auf**, die einen notariellen Kaufvertrag bzw. die Ausfertigung eines solchen prägen. Er **spiegelt** für den Betrachter erkennbar **lediglich ein Abbild eines anderen Schriftstücks wider**. Damit **steht er einer bloßen Fotokopie gleich**, der, sofern als Reproduktion erscheinend, mangels Beweiseignung sowie Erkennbarkeit des Ausstellers ebenfalls kein Urkundencharakter beizumessen ist (vgl. BGHSt 20, 17; 24, 140 m.w.N.; BGH wistra 1993, 225).“ (BGH aaO)

- II. Auch mit **Übermittlung eines manipulierten Schriftstücks per Telekopie** und dessen Ausdruck auf dem Empfängergerät wird **keine Urkunde hergestellt**.

„Nicht anders als bei einer („gewöhnlichen“) Fotokopie enthält die beim Empfänger ankommende Telekopie eines existenten Schriftstücks – für den Adressaten und jeden Außenstehenden offensichtlich – **nur die bildliche Wiedergabe der in jenem Schriftstück verkörperten Erklärung** (vgl. OLG Zweibrücken NJW 1998, 2918; OLG Oldenburg NSTZ 2009, 391; MüKo-StGB/Erb, § 267 Rn 89; Zieschang, LK, 12. Aufl., § 267 Rn 125; Fischer, § 267 Rn 12d; Beckemper JuS 2000, 123). Eine **Beweisbedeutung** kann ihr demgemäß **mangels Erkennbarkeit eines Ausstellers** und damit verbundener eigener Garantiefunktion für die Richtigkeit des Inhalts (vgl. BGH wistra 1993, 341) jedenfalls unter den hier gegebenen Umständen (zu den in Betracht kommenden Fallgestaltungen Beckemper aaO) **nicht beigemessen** werden.

Anderes ergibt sich auch nicht dann, wenn durch das Gerät des Empfängers auf der Telekopie die übliche Kurzbezeichnung des Absenders aufgedruckt gewesen ist. Ein solcher **Aufdruck ist entgegen einer im Schrifttum vertretenen Auffassung (Schönke/Schröder, StGB, 27. Aufl., § 267 Rn 43 m.w.N.) nicht etwa einer Beglaubigung gleichzusetzen**. Der Rechtsverkehr misst ihm eine solche Bedeutung ersichtlich nicht zu. Ferner bestätigt der Empfängeraufdruck nicht die inhaltliche Richtigkeit des versandten Schriftstücks (zur Lage bei der Beglaubigung BGHR StGB § 267 Abs. 1 Gebrauchmachen 4), sondern allenfalls, dass die eingegangene Telekopie vom Absender gemäß Aufdruck in das Telekopiergerät eingelegt und versandt worden ist. Insofern gibt er aber das Geschehene zutreffend wieder.“ (BGH aaO)

StGB
§ 326 I Nr.4a

umweltgefährdende Abfallbeseitigung

StGB

durch Verschenken eines nicht mehr fahrbereiten Altfahrzeugs

(OLG Celle in ZAP 2010, 693; Urteil vom 15.10.2009 – 32 Ss 113/09)

Das **Verschenken eines nicht mehr fahrbereiten Altfahrzeugs an eine Privatperson** zum Zweck des Ausschlachtens **erfüllt den objektiven Tatbestand des § 326 I Nr. 4 a StGB**.

- I. Bei einem **Altfahrzeug** kann es sich **grds. um Abfall i. S. des § 326 I 1 StGB** handeln. Der **strafrechtliche Abfallbegriff** ist **an den verwaltungsrechtlichen Abfallbegriff angelehnt** und umfasst gem. § 3 I i. V. m. Anhang 1 KrW-/AbfG **alle beweglichen Sachen, die vom Besitzer nicht oder nicht mehr verwendet werden und deren sich der Besitzer entledigt, entledigen will** (subjektiver Abfallbegriff, gewillkürter Abfall) **oder entledigen muss** (objektiver Abfallbegriff, Zwangsabfall).

„Der Pkw Audi 80 der Angekl. wurde mit einem Restwert von 20 € bewertet und als Wrack eingeordnet. Das Fahrzeug war zur Zeit der Übergabe zumindest gewillkürter Abfall, dessen sich die Angekl. möglichst kostengünstig entledigen wollte. Demnach ging sie nicht von der Wiederherstellung der Fahrtüchtigkeit aus. Nach ihrer Einschätzung hatte das Fahrzeug keinen Gebrauchswert mehr. Damit war das Fahrzeug Abfall im Sinne des subjektiven Abfallbegriffs.“

Dieser Einordnung steht nicht entgegen, dass Bestandteile des Fahrzeugs ggf. noch wiederverwendet oder weiterverwertet werden konnten. Denn das **Ausschlachten stellt keinen Gebrauch eines Fahrzeugs zu seinem ursprünglichen Verwendungszweck** dar (vgl. hierzu MüKo-StGB/Alt, § 326 Rn 19, 59; BayObLG VRS 89, 238 ff.). Zudem hat die Angekl. dem Abnehmer das Fahrzeug unentgeltlich mitgegeben, und damit deutlich gemacht, dass das Fahrzeug für sie keinen relevanten Gebrauchswert mehr hatte.“ (OLG Celle aaO)

- II. Das **Fahrzeug** war nach seiner Beschaffenheit auch dazu **geeignet, nachhaltig ein Gewässer oder den Boden zu verunreinigen**.

„Die Frage, ob § 326 I Nr. 4 StGB als **abstraktes Gefährungsdelikt** jede theoretische Möglichkeit einer Verunreinigung ausreichen lässt oder dies der Einschränkung bedarf (vgl. hierzu OLG Braunschweig NSTZ-RR 2001, 42 f.; MüKo-StGB/Alt, § 326 Rn 60; OLG Schleswig NSTZ 1997, 546 ff.; LG Stuttgart NSTZ 2006, 291 ff.), kann hier dahinstehen: Denn eine **Gefährungseignung** wird selbst bei einschränkender Auslegung im Falle eines nicht mehr fahrtüchtigen Altfahrzeugs **auch dann** vorliegen, **wenn eine reale und gegenwärtige Gefahr eines unkontrollierten Austretens von umweltschädlichen Betriebsflüssigkeiten besteht** (vgl. hierzu OLG Celle NSTZ 1996, 191 f.; OLG Braunschweig NSTZ-RR 2001, 42 f. unter Aufgabe der bisherigen Rspr., dass ein noch ausschaltbares Wrack ein Wirtschaftsgut darstellt; LG Stuttgart NSTZ 2006, 291 f.; einschränkend, im Ergebnis aber offen gelassen OLG Schleswig NSTZ 1997, 546).“

Nach den Feststellungen des angefochtenen Urteils waren in dem Fahrzeug noch die Betriebsflüssigkeiten und andere Schadstoffe vorhanden, also jedenfalls Altöl und andere Schmierstoffe, Brems- und Batterieflüssigkeit. Solche Stoffe sind geeignet, Gewässer und Boden zu verunreinigen. Das Fahrzeug war zudem bei Übergabe an den Abnehmer nicht mehr fahrbereit und sollte ausgeschlachtet werden. **Beim unkontrollierten Ausschachten muss** wegen des zwangsweise damit einhergehenden Lösens von Verbindungen und Verschlüssen, sowie wegen des unsorgfältigen Ablegens von Aggregaten während des Ausbaus anderer Teile **mit dem Austreten von Betriebsflüssigkeiten gerechnet werden**. Von dem Fahrzeug ging somit nach seiner Beschaffenheit auch bei einschränkender Auslegung eine Umweltgefährdung i. S. des § 326 I Nr. 4a StGB aus.“ (OLG Celle aaO)

- III. Durch das **Verschenken eines Altfahrzeugs** wird dieses unter **wesentlicher Abweichung von einem vorgeschriebenen Verfahren** „sonst beseitigt“ i. S. von § 326 I Nr. 4a StGB.

„Gem. § 4 Altfahrzeugverordnung ist jeder, der sich eines Fahrzeugs entledigen will, verpflichtet, dieses nur einer anerkannten Annahmestelle, einer anerkannten Rücknahmestelle oder einem anerkannten **Demontagebetrieb** zu überlassen. Dieser Verpflichtung ist die Angekl. nicht nachgekommen. Es gibt keine Hinweise dafür, dass der unbekannt gebliebene Abnehmer einen solchen Betrieb führte. Durch die Übergabe ihres Fahrzeuges zum Ausschachten an diesen Abnehmer hat die Angekl. das nicht mehr fahrbereite Altfahrzeug der vorgeschriebenen Abfallentsorgung entzogen und es „sonst beseitigt“. Dadurch entstand die **konkrete Gefahr eines unkontrollierten Freisetzens der umweltgefährdenden Stoffe**, die sich noch in dem Fahrzeug befanden. Die Vorwerfbarkeit ihres Verhaltens liegt nicht in einem Unterlassen geeigneter Feststellungen zur Identität des Interessenten und seiner Zuverlässigkeit für eine ordnungsgemäße Entsorgung des Fahrzeugs, sondern in der aktiven Übergabe des nicht mehr fahrbereiten Altfahrzeugs an den offensichtlich als Privatmann auftretenden Abnehmer zum Zweck des Ausschachtens. Darin liegt ein Beseitigen von Abfall unter wesentlicher Abweichung von einem vorgeschriebenen Verfahren gem. § 326 I Nr. 4a StGB.“ (OLG Celle aaO)

GewSchG
§ 1 II 1 Nr. 1

Drohung mit Körperverletzung
nicht bei Verwünschungen, Beschimpfungen und Prahlerien
(OLG Bremen in MDR 2010, 746; Beschluss vom 25.02.2010 – 4 UF 9/10)

GewSchG

Der **Tatbestand der Drohung mit einer Körperverletzung** i.S.d. § 1 II 1 Nr. 1 GewSchG **erfordert eine ernsthafte Drohung** und ist **bei bloßen situationsbedingten Verwünschungen, Beschimpfungen und Prahlerien nicht erfüllt**.

„Zwar muss eine **Drohung** in diesem Sinne nicht ausdrücklich erklärt werden, sondern kann **auch konkludent** zum Ausdruck kommen (vgl. zum identischen Begriff der Drohung im Strafrecht: Träger/Schluckebier, KL/StGB, 11. Aufl., § 241 Rn 7). **Tatbestandsmäßig sind jedoch nur ernsthafte Drohungen** i.S.d. §§ 240, 241 StGB. Bloße Verwünschungen, Beschimpfungen oder Prahlerien reichen nicht aus (Hoppenz/Müller, Familiensachen, 9. Aufl., § 1 GewSchG Rn 31; Palandt/Brudermüller, BGB, 68. Aufl., § 1 GewSchG Rn 9; OLG Schleswig MDR 2004, 155 = NJW-RR 2004, 156). Für die Abgrenzung kommt es darauf an, ob der Drohende unter Würdigung der Gesamtumstände den **Eindruck der Ernstlichkeit** erweckt bzw. ob die Ankündigung gewalttätigen Verhaltens aus der Sicht des objektiven Durchschnittsmenschen ernst zu nehmen war (Träger/Schluckebier aaO, 11. Aufl., § 241 Rn 10; MüKo-StGB/Gropp/Sinn, § 241 Rn 5).“

Unter **Berücksichtigung der Gesamtumstände** des vorliegenden Falls ist das seitens des Ast. behauptete Verhalten des Ag. nicht als ernsthafte Drohung mit einer Körperverletzung, sondern als bloße – wenn auch beleidigende und damit Strafbare – Verwünschung einzuordnen: Zwar stellt der Ast. den Ag. als jähzornig und aggressiv sowie körperlich überlegen dar. Es ist aber zu berücksichtigen, dass zwischen den Bet. seit längerem Streit herrscht, ohne dass es bislang zu körperlichen Auseinandersetzungen gekommen ist. Der Einsatz der Drohgebärde und einer Beleidigung im Moment des Hinausgehens, also zu einem Zeitpunkt, als dem Ag. klar sein musste, dass er sich in diesem Termin nicht durchsetzen können und im Sinne einer Niederlage unverrichteter Dinge das Büro des Ast. zu verlassen hatte, spricht jedoch deutlich dafür, dass es sich letztlich nicht um eine ernst gemeinte Drohung handelte, sondern um eine situationsbedingte Verwünschung als letzte verzweifelte **Unmutsbekundung im Zustand höchster Erregung**. Aus der Sicht eines objektiven Durchschnittsmenschen ist eine solche Geste, jedenfalls solange es sich um ein einmaliges Fehlverhalten handelt, nicht als Ankündigung einer Körperverletzung bzw. gewalttätiger Handlungen zu verstehen.“ (OLG Bremen aaO)

**Überprüfung einer Prüfungsentscheidung
unverzögliche Einleitung des Kontrollverfahrens**

(OVG Münster in NWVBI 2010, 328; Beschluss vom 08.01.2010 – 19 B 1004/09)

Die ordnungsgemäße Durchführung des verwaltungsinternen Kontrollverfahrens setzt voraus, dass die Prüfungsbehörde **substantiierte Einwände des Prüflings unverzüglich den Prüfern** zum Zwecke des Überdenkens ihrer Bewertung **zuleitet** und die Prüfer die **gerügten Bewertungen gleichermaßen unverzüglich überdenken**.

Bei mündlichen Prüfungen kann der **Zweck des verwaltungsinternen Kontrollverfahrens** dann nicht mehr erreicht werden, wenn die Prüfer sich aufgrund des Zeitablaufs nicht mehr verlässlich an die mündliche Prüfung erinnern können.

„Eine unverzügliche Einleitung des verwaltungsinternen Kontrollverfahrens liegt nur dann vor, wenn der Zweck des Kontrollverfahrens, ein Überdenken der Bewertung durch die Prüfer unter Berücksichtigung der substantiierten Einwände des Prüflings noch erreicht werden kann. Dieser Zweck ist hier nicht gewahrt. Die Prüfer waren aufgrund des Zeitablaufs (hier: 9 Monate) nicht mehr in der Lage, ihre Bewertung der mündlichen Prüfung hinreichend zu überdenken.“

Die angesichts der **fehlenden hinreichenden Erinnerung der Prüfer unmöglich gewordene ordnungsgemäße Durchführung des verwaltungsinternen Kontrollverfahrens geht zu Lasten des Ag**. Eine erhebliche Verletzung der prüfungsrechtlichen Mitwirkungspflichten der Ast. liegt nicht vor.“ (OVG Münster aaO)

**Zustandsstörer
Beseitigungspflicht**

(BGH in ZMR 2010, 622; Beschluss vom 04.03.2010 – V ZB 130/09)

Auch der **Zustandsstörer kann zur Beseitigung einer Störung** (und nicht nur zur Duldung der Störungsbeseitigung) **verpflichtet** sein.

„Dies setzt allerdings voraus, dass er nicht nur **tatsächlich und rechtlich in der Lage ist, die Störung zu beseitigen**, sondern zudem, dass die **Störung bei der gebotenen wertenden Betrachtung durch seinen maßgebenden Willen zumindest aufrechterhalten** wird (vgl. BGH NZM 2007, 130 = NJW 2007, 432). Daran fehlt es etwa, wenn der Mieter einer Wohnung auf Beseitigung eines das Eigentum eines Dritten beeinträchtigenden Zustands in Anspruch genommen wird, der auf das Handeln des Wohnungseigentümers zurückzuführen ist. Der Mieter ist in einem solchen Fall lediglich verpflichtet, die Beseitigung der Störung zu dulden (vgl. BGH NZM 2007, 130 = NJW 2007, 432), nicht aber ist er gehalten, diese durch einen Eingriff in das Eigentum seines Vermieters zu beseitigen. Die Störung zu beseitigen, bleibt in solchen Fällen Sache des Eigentümers.“

Vorliegend befindet sich die Ag. nicht in einer Situation, die der des Mieters im Beispielfall vergleichbar wäre. Der entscheidende Unterschied besteht darin, dass die Aufrechterhaltung der von der Hecke ausgehenden Störung hier allein auf dem maßgebenden Willen der Ag. beruht und diese nicht nur tatsächlich, sondern auch rechtlich zur Beseitigung der Störung in der Lage ist.“ (BGH aaO)

**passives Kommunalwahlrecht
maßgeblicher Wohnsitz**

(BayVerfGH in BayVBI 2010, 432 = NVwZ-RR 2010, 297; Beschluss vom 11.01.2010 – Vf. 79-VI-09)

Die in Art. 21 I Nr. 3 i.V.m. Art. 1 III 1 BayGLKrWahlG geregelte **Koppelung des passiven Wahlrechts** zum Mitglied eines Gemeinderats **an die Hauptwohnung im Wahlgebiet ist verfassungsgemäß**.

I. § 1 S. 1 HS 1 BayGLKrWahlO bestimmt die **vorwiegend benutzte Wohnung der Familie** nur für den Regelfall als den **Schwerpunkt der Lebensbeziehungen** (Art. 21 I Nr. 3 BayGLKrWahlO) **eines Verheirateten**.

„Eine unmodifizierte Übernahme der das Melderecht prägenden schlechthin zwingenden Festlegung der Hauptwohnung eines Verheirateten für die Regelung des passiven Wahlrechts ist unter dem Blickwinkel des Schutzes von Ehe und Familie und vom Regelfall abweichender Gestaltung des Familienlebens verfassungsrechtlich beanstandet worden (ThürVerfGH NJW 1998, 525 ff. = NVwZ 1998, 388; dazu krit.: Schreiber NJW 1998, 492; offen gelassen: VGH Kassel NVwZ-RR 2009, 572).“

Derartige Fragen wirft § 1 S. 1 BayGLKrWahlO aber nicht auf. Die Norm lässt als bloße **Regelfallvorschrift Raum für abweichende familiäre Lebensentwürfe** und bewegt sich – unabhängig von der sachlichen Rechtfertigung der genannten verfassungsrechtlichen Bedenken – deshalb innerhalb des von der BayVerf. gesteckten Rahmens, die Wählbarkeit in der Weise mit äußeren Sachverhalten zu verbinden, weil dabei Grundentscheidungen der Bayerischen Verfassung, insbesondere die Grundrechte, mit den Grundsätzen des Wahlrechts in Einklang gebracht sind (vgl. auch: BayVerfGHE 19, 105).

Auch zu Art. 118 I BayVerf steht § 1 S. 1 BayGLKrWahlO nicht in Widerspruch: Eine sachlich nicht zu rechtfertigende Differenzierung zwischen Eheleuten ohne Kinder und solchen mit Kindern ergibt sich schon deshalb nicht, weil die Norm das Verständnis ermöglicht und wegen ihrer Nähe zum Melderecht sogar nahelegt, dass „Familie“ auch die eheliche Lebensgemeinschaft ohne Kinder ist (vgl. Büchner, KommunalwahlR in Bayern, § 1 BayGLKrWahlO, Rn 2; BVerwGE 107, 75 = NJW 1999, 2688 = NVwZ 1999, 1114 – zu § 12 II 2 MRRG).“ (BayVerfGH aaO)

II. Mit dieser Auslegung wird auch der **Grundsatz der Allgemeinheit der Wahl nicht verletzt**.

„Die in Art. 21 I Nr. 3 i.V.m. Art. 1 III 1 BayGLKrWahlG geregelte Koppelung des passiven Wahlrechts zum Mitglied eines Gemeinderats an die Hauptwohnung im Wahlgebiet ist in Art. 7 III BayVerf angelegt (vgl. ferner: BayVerfGHE 19, 105; VGH München, VGH n.F. 38, 4/7). Mit der getroffenen Regelung stellt das BayGemeinde- und LandkreiswahlG die **Verbindung zwischen den persönlichen Lebensumständen des Kandidaten und den mit dem Amt des Gemeinderatsmitglieds verbundenen, auf den gemeindlichen Wirkungskreis beschränkten Aufgaben her**.“ (BayVerfGH aaO)

Entscheidungen Verfahrensrecht

ZPO
§ 148

Aussetzung des Verfahrens analog § 148 ZPO wegen Vorabentscheidungsverfahren vor EuGH in Parallelsache

ZPO

(BAG in juris AnwaltsLetter Nr. 13, 06.07.010; Urteil vom 20.05.2010 – 6 AZR 481/09)

Die Aussetzung des Verfahrens ist in **entsprechender Anwendung von § 148 ZPO** auch ohne gleichzeitiges Vorabentscheidungsersuchen an den Gerichtshof der Europäischen Union grundsätzlich zulässig, wenn die Entscheidung des Rechtsstreits von der **Beantwortung derselben Frage** abhängt, die bereits **in einem anderen Rechtsstreit** dem Gerichtshof der Europäischen Union zur **Vorabentscheidung** nach Art. 267 AEUV vorgelegt wurde.

Fall: Die Parteien streiten u.a. darüber, ob die Bemessung der Grundvergütung nach Lebensaltersstufen im Vergütungssystem des BAT gegen das Verbot der Diskriminierung wegen des Alters verstößt und dem im Januar 1976 geborenen Kl. für die Monate August 2007 bis Dezember 2008 Grundvergütung der Vergütungsgruppe II a BAT nach der Lebensaltersstufe „nach vollendetem 45. Lebensjahr“ zusteht.

Der Kl. war vom 01.08.2005 bis zum 31.12.2008 beim bekl. Land an der Universität Ma als Angestellter tätig, zuletzt aufgrund eines schriftlichen Arbeitsvertrags vom 27.06.2007. In diesem ist u.a. vereinbart, dass der Kl. ab dem 01.08.2007 bis zum 31.12.2008 als wissenschaftlicher Mitarbeiter mit der Hälfte der regelmäßigen Arbeitszeit eines vollbeschäftigten Angestellten weiterbeschäftigt wird, das Arbeitsverhältnis sich nach dem Bundes-Angestelltentarifvertrag (BAT) und den sonstigen einschlägigen Tarifverträgen für den Bereich der Tarifgemeinschaft deutscher Länder (TdL) bestimmt, soweit keine abweichenden Vereinbarungen getroffen sind, und der Kl. in der Vergütungsgruppe II a BAT eingruppiert ist. Das Bekl. Land war mit Ablauf des 31.03.2004 aus der TdL ausgetreten.

Der Kl. hat gemeint, die Bemessung der tariflichen Grundvergütung nach Lebensaltersstufen verstoße gegen das Verbot der Diskriminierung wegen des Alters. Ihm stehe Grundvergütung der höchsten Lebensaltersstufe der Vergütungsgruppe II a BAT zu. Das Bekl. Land ist der Ansicht, der Kl. habe nur Anspruch auf Grundvergütung der seinem Alter entsprechenden Lebensaltersstufe.

Das BAG hat das Ruhen des Verfahrens im Hinblick auf ein beim EuGH in einer anderen Sache anhängiges Vorabentscheidungsverfahren angeordnet, in welchem es um dieselbe Auslegungsfrage geht. Zu Recht?

Das Gericht kann, wenn die Entscheidung des Rechtsstreits ganz oder zum Teil von dem Bestehen oder Nichtbestehen eines Rechtsverhältnisses abhängt, das den Gegenstand eines anderen anhängigen Rechtsstreits bildet nach § 148 ZPO anordnen, dass die Verhandlung bis zur Erledigung des anderen Rechtsstreits oder bis zur Entscheidung der Verwaltungsbehörde auszusetzen sei. Dies gilt auch, wenn das Gericht in der gegenständlichen Sache ein Vorabentscheidungsverfahren vor dem EuGH nach § 267 AEUV einleiten möchte.

I. Aussetzung auch wegen Vorabentscheidungsverfahren in anderer Sache

§ 148 ZPO regelt die Aussetzung der Verhandlung bei Voregreiflichkeit. In entsprechender Anwendung könnte nach dieser Vorschrift eine Aussetzung der Verhandlung auch bis zur Erledigung eines Vorabentscheidungsverfahrens nach Art. 267 AEUV in einem anderen Rechtsstreit möglich sein.

Hält ein Gericht eine Norm für verfassungswidrig, auf die es bei der Entscheidung ankommt, so muss es die Verhandlung nach Art. 100 GG aussetzen und die Entscheidung des zuständigen Verfassungsgerichts einholen. Ohne Vorlage an das Verfassungsgericht aussetzen darf ein Gericht in analoger Anwendung von § 148 ZPO dann, wenn es die Norm, wegen der bereits ein Kontrollverfahren beim Verfassungsgericht anhängig ist, nicht für verfassungswidrig hält (BGH NJW 1998, 1957). Dies könnte auch für das Vorabentscheidungsverfahren gelten.

*„Die Aussetzung wegen **Verfassungswidrigkeit einer Norm unterscheidet sich** von der Aussetzung zur **Auslegung einer Norm durch den EuGH nicht grundlegend**. In beiden Fällen geht es nicht um die Frage des Bestehens oder Nichtbestehens eines Rechtsverhältnisses, das den Gegenstand eines anderen anhängigen Rechtsstreits bildet oder von einer Verwaltungsbehörde festzustellen ist. Ein **Rechtsverhältnis** im Sinne des § 148 ZPO ist eine bestimmte, rechtlich **geregelter Beziehung einer Person zu anderen Personen oder zu Gegenständen** (BGH NJW 1998, 1957).*

*Die **Verfassungsmäßigkeit eines Gesetzes** ist ebenso wie die **Wirksamkeit einer Tarifvorschrift kein Rechtsverhältnis** in diesem Sinne, sondern eine **Rechtsfrage**. Die Rechtsfrage, ob eine **Regelung anzuwenden** ist oder nicht, stellt sich nicht nur bei einer möglichen Verfassungswidrigkeit einer Vorschrift, sondern auch bei einem möglichen **Verstoß gegen das primärrechtliche Verbot der Ungleichbehandlung wegen des Alters**.*

*Die **entsprechende Anwendung** des § 148 ZPO ist deshalb durch eine gleichartige Interessenlage gerechtfertigt. Die Vorschrift will nach einhelliger Auffassung eine **doppelte Prüfung derselben Frage in mehreren Verfahren verhin-***

dem. Das dient der Prozesswirtschaftlichkeit und der Vermeidung sich widersprechender Entscheidungen. Wegen dieser Vorteile nimmt das Gesetz den zeitweiligen Stillstand und die hierdurch bewirkte Verzögerung des Verfahrens in Kauf. Dieser **Gesetzeszweck kommt gleichermaßen zum Tragen**, wenn die Frage eines **Verstoßes gegen ein Diskriminierungsverbot bereits Gegenstand eines Vorabentscheidungsersuchens** an den EuGH oder zur Frage der Verfassungswidrigkeit einer Norm bereits ein Kontrollverfahren beim zuständigen Verfassungsgericht anhängig ist.

Ein **weiteres Vorabentscheidungsverfahren** mit derselben Vorlagefrage würde entgegen der Ansicht des Kl. **nicht zu einer Verbreiterung der Entscheidungsgrundlage** für den EuGH führen. Der Senat hat die Argumente und Erwägungen des Kl., die dieser für den von ihm angenommenen Verstoß gegen das Diskriminierungsverbot wegen des Alters vorgebracht hat, bei dem Vorlagebeschluss berücksichtigt. Für die Aussetzung spricht auch, dass das **Verfahren dadurch nicht verzögert** wird. Es fehlt jeder Anhaltspunkt dafür, **dass zwei Vorabentscheidungsverfahren mit derselben Vorlagefrage deren Beantwortung durch den EuGH beschleunigen** würden.

Für die Entscheidung des Senats, den EuGH nicht im vorliegenden, sondern im Revisionsverfahren Land Berlin ./ M (- 6 AZR 148/09 -) um die Beantwortung der Vorlagefrage zu ersuchen, war maßgebend, dass die Parteien bei Abschluss des Arbeitsvertrags vom 27.06.2007 nicht tarifgebunden waren. Demgegenüber war das Land Berlin an den Tarifvertrag zur Anwendung von Tarifverträgen des öffentlichen Dienstes vom 31.07.2003 gebunden. Dieser Tarifvertrag regelte u.a., dass sich die Arbeitsverhältnisse der Angestellten mit bestimmten Maßgaben nach den Vorschriften des BAT in der Fassung vom 31.01.2003 und den Anlagen zum Vergütungstarifvertrag Nr. 35 zum BAT für den Bereich des Bundes und der TdL richten. Da sich die Vorlagefrage auch zum primärrechtlich gewährleisteten Recht der Tarifvertragsparteien auf Kollektivverhandlungen (Art. 28 GRC) verhält, hat der Senat mangels Tarifbindung der Parteien bei Abschluss des Arbeitsvertrags vom 27.06.2007 von einem Vorabentscheidungsersuchen im vorliegenden Revisionsverfahren abgesehen und den EuGH im Revisionsverfahren Land Berlin ./ M (- 6 AZR 148/09 -) um die Beantwortung der Vorlagefrage ersucht.“ (BAG aaO)

§ 148 ZPO ist daher analog auch dann anwendbar, wenn nicht im auszusetzenden Rechtsstreit ein Vorabentscheidungsverfahren vor dem EuGH geführt werden soll, sondern auf die Entscheidung in einem anderen Vorabentscheidungsverfahren gewartet werden soll, in welchem es um dieselben, entscheidungsrelevanten Auslegungsfragen geht.

II. Vorliegen der Voraussetzungen für die Aussetzung analog § 148 ZPO

„Die Entscheidung des Rechtsstreits hängt ebenso wie die Entscheidung im Revisionsverfahren Land Berlin ./ M (- 6 AZR 148/09 -) von der vom Gerichtshof der Europäischen Union (EuGH) zu treffenden Beurteilung ab, ob die in § 27 Abschn. A BAT angeordnete Bemessung der Grundvergütungen in den Vergütungsgruppen des BAT nach Lebensaltersstufen gegen das primärrechtliche Verbot der Ungleichbehandlung wegen des Alters verstößt und eine unmittelbare Diskriminierung wegen des Alters im Sinne von Art. 2 Abs. 2 Buchst. a der Richtlinie des Rates zur Festlegung eines allgemeinen Rahmens für die Verwirklichung der Gleichbehandlung in Beschäftigung und Beruf (RL 2000/78/EG) vom 27. November 2000 (ABl. EG Nr. L 303 vom 2. Dezember 2000 S. 16) darstellt. Der Senat hat mit Beschluss vom 20. Mai 2010 in dem vorgenannten Revisionsverfahren dem EuGH gemäß Art. 267 AEUV folgende Frage vorgelegt:

Verstößt eine tarifliche Entgeltregelung für die Angestellten im öffentlichen Dienst, die wie § 27 Bundes-Angestelltentarifvertrag (BAT) in Verbindung mit dem Vergütungstarifvertrag Nr. 35 zum BAT die Grundvergütungen in den einzelnen Vergütungsgruppen nach Lebensaltersstufen bemisst, auch unter Berücksichtigung des primärrechtlich gewährleisteten Rechts der Tarifvertragsparteien auf Kollektivverhandlungen (jetzt Art. 28 GRC) gegen das primärrechtliche Verbot der Diskriminierung wegen des Alters (jetzt Art. 21 Abs. 1 GRC) in seiner Konkretisierung durch die Richtlinie 2000/78/EG?

Mit der Beantwortung dieser Vorlagefrage durch den EuGH wird auch für den vorliegenden Rechtsstreit geklärt, ob die Bemessung der Grundvergütungen nach Lebensaltersstufen im Vergütungstarifvertrag Nr. 35 zum BAT wegen Verstoßes gegen das Diskriminierungsverbot wegen des Alters unwirksam ist.“ (BAG aaO)

Die Verhandlung konnte daher in entsprechender Anwendung von § 148 ZPO bis zur Erledigung des Vorabentscheidungsverfahrens nach Art. 267 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union(AEU)(ABl. EU Nr. C 115 vom 9. Mai 2008 S. 47) im Revisionsverfahren Land Berlin ./ M (- 6 AZR 148/09 -) ausgesetzt werden.

ZVG

Mangel des Titels in der Immobilienversteigerung

ZPO

§§ 83 Nr. 6, 16 II

Heilung nur bis Zuschlagserteilung

(BGH in NJW-RR 2010,1100; Beschluss vom 18.03.2010 – V ZB 124/09)

1. Die **Ausfertigung des Vollstreckungstitels** muss **bei der Versteigerung** und bei der **Erteilung des Zuschlags** vorliegen. Ein Verstoß gegen dieses Verfahrensgebot kann auch noch im Verfahren der sofortigen Beschwerde geheilt werden.
2. Im Verfahren der sofortigen Beschwerde nicht mehr heilbar ist dagegen ein **Mangel des Titels** (hier: fehlende Erteilung und Zustellung der Rechtsnachfolgeklausel). Dieser kann nur bis zur Erteilung des Zuschlags geheilt werden.

Fall: Das Anwesen der Schuldner besteht aus zwei Grundstücken, die eine wirtschaftliche Einheit bilden und an unterschiedlicher Rangstelle mit vollstreckbaren Grundschulden zu Gunsten der Gläubigerin belastet sind. Auf Antrag der Gläubigerin ordnete das AG mit Beschluss vom 17.09.2004 die Zwangsversteigerung des auf Blatt 7366 des Grundbuchs von L. gebuchten Grundstücks an. Auf Antrag der Stadt L., die an dem Verfahren nicht mehr beteiligt ist, ordnete es mit Beschlüssen vom 20.10.2005 die Zwangsversteigerung auch des auf Blatt 8353 des Grundbuchs von L. gebuchten Grundstücks und die Verbindung beider Verfahren zur gemeinsamen Versteigerung an. Mit Beschluss vom 16.11.2007 ließ es den Beitritt der Gläubigerin in dem Verfahren zur Versteigerung des auf Blatt 8353 gebuchten Grundstücks zu. Mit Beschluss vom 18.01.2007 setzte es den Verkehrswert beider Grundstücke auf insgesamt 114.000 Euro fest. Nach dem ersten Versteigerungstermin am 25.10.2007 versagte es dem mit einem Gebot von 60.500 Euro Meistbietenden mit Beschluss vom 08.11.2007 den Zuschlag, weil die Gläubigerin zwischenzeitlich die einstweilige Einstellung der Zwangsversteigerung bewilligt hatte. Im zweiten Termin am 08.07.2008 wurde kein Gebot abgegeben. Im dritten Termin am 18.02.2009, in dem der Schuldner zu 1 in Person erschienen und die Schuldnerin zu 2 durch ihren Verfahrensbevollmächtigten erster Instanz vertreten war, erteilte es den Erstehern, die mit einem Gebot von 68.400 Euro Meistbietende geblieben waren, in einem mit einer Rechtsmittelbelehrung versehenen Beschluss den Zuschlag.

Die auf Verkürzung der Bietzeit, Unzulässigkeit des Meistgebots und Verschleuderung gestützte sofortige Beschwerde der Schuldner gegen den Zuschlagsbeschluss vom 04.03.2009 ging bei dem LG in Schriftform am 05.03.2009 und in Textform (als Telefax) am 12.03.2009 ein. Das Telefax war versehentlich an die Telefax-Nummer der – im selben Gebäude untergebrachten – Staatsanwaltschaft gesandt worden. Im Beschwerdeverfahren bemerkte die Gläubigerin bei der Beantragung einer weiteren Titelausfertigung, dass die vorgelegte Ausfertigung noch auf die im Wege der Aufnahme nach dem brandenburgischen Sparkassengesetz in der Gläubigerin aufgegangene Kreissparkasse L. lautete und nicht mit einer Rechtsnachfolgeklausel versehen war. Sie holte dies nach und ließ den Titel mit der Nachfolgeklausel zustellen. Das AG hat die Beschwerde für zulässig gehalten und ihr aus Sachgründen nicht abgeholfen. Das LG hat die Schuldner auf die Versäumung der Beschwerdefrist hingewiesen. In ihrem Wiedereinsetzungsantrag haben die Schuldner unter anderem geltend gemacht, die Bürovorsteherin habe bei Versenden des Telefax bemerkt, dass auf der Beschwerdeschrift eine falsche Telefax-Nummer angegeben gewesen sei, und die richtige Telefax-Nummer herausgesucht. Dabei sei ihr ein nicht näher aufklärbares Versehen unterlaufen. Das LG hat den Schuldner Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gegen die Versäumung der Beschwerdefrist verweigert, ihre sofortige Beschwerde als unzulässig verworfen und hilfsweise ausgeführt, sie sei auch unbegründet. Dagegen richtete sich die von dem LG – ohne Vorliegen von Zulassungsgründen – zugelassene Rechtsbeschwerde der Schuldner. Wird diese Erfolg haben?

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

I. Zulässigkeit der Rechtsbeschwerde, § 574 ff. ZPO**1. Statthaftigkeit**

Die Rechtsbeschwerde ist nach § 574 ZPO statthaft gegen Beschlüsse, wenn dies gesetzlich so vorgesehen ist oder sie zugelassen wurde. Hier wurde sie durch Beschluss des LG zugelassen. Unerheblich ist hierbei, ob Zulassungsgründe nach § 574 II ZPO nicht vorlagen, da gem. § 574 III 2 ZPO das Beschwerdegericht gleichwohl an die Zulassung gebunden ist. Die Rechtsbeschwerde ist daher statthaft.

2. Beschwerdebefugnis

Eine Beschwerdebefugnis besteht ohne weiteres bei Vorliegen einer **formellen Beschwerde**. Der Beschwerdeführer ist **formell beschwert**, wenn das Gericht sofortige Beschwerde zurückweist. Dies ist geschehen, so dass die Schuldner beschwerdebefugt sind.

3. Form und Frist

Die Rechtsbeschwerde ist nach § 575 ZPO binnen einer Notfrist von einem Monat ab Zustellung des Beschlusses durch Einreichung einer Beschwerdeschrift beim Beschwerdegericht einzulegen. Diese Frist wurde eingehalten.

II. Begründetheit der Rechtsbeschwerde

Die Rechtsbeschwerde kann nur darauf gestützt werden, dass die Entscheidung auf der Verletzung des Bundesrechts oder einer Vorschrift beruht, deren Geltungsbereich sich über den Bezirk eines Oberlandesgerichts hinaus erstreckt. Sie ist begründet, wenn die sofortige Beschwerde unzulässig oder unbegründet war.

1. Zulässigkeit der sofortigen Beschwerde

a) Statthaftigkeit

Nach § 95 ZVG ist gegen den Zuschlagsbeschluss die sofortige Beschwerde statthaft.

b) Beschwerdebefugnis

Die Schuldner sind als Beteiligte nach § 97 I ZVG beschwerdebefugt

c) Form und Frist

Auf die Beschwerde gegen die Entscheidung über den Zuschlag finden nach § 96 ZPO vorbehaltlich von Regelung in den §§ 97 – 100 ZPO die Vorschriften der ZPO über die Beschwerde Anwendung. Die Beschwerde kann entweder schriftlich oder aber zur Niederschrift der Geschäftsstelle beim Amtsgericht, welches entschieden hat (sog. **iudex a quo**) oder aber beim Beschwerdegericht (sog. **iudex ad quem**) innerhalb einer **Notfrist von zwei Wochen** ab Verkündung des Beschlusses über den Zuschlag erhoben werden (vgl. § 569 I ZPO i.V.m. § 98 ZVG).

aa) Nichteinhaltung der Beschwerdefrist

Der Zuschlag ist in dem Versteigerungstermin am 18.02.2009 erteilt worden. In diesem Termin war der Schuldner zu 1 persönlich anwesend. Die Schuldnerin zu 2 war durch den Verfahrensbevollmächtigten der ersten Instanz vertreten.

„Die Frist begann nach § 222 I ZPO i.V.m. § 187 I BGB mit dem auf die Verkündung des Zuschlags folgenden Tag, dem 19.02.2009, und endete nach § 222 I ZPO i.V.m. § 188 II BGB mit dem Ablauf des 04.03.2009. Eingegangen ist die sofortige Beschwerde aber in Schriftform erst am 05.03.2009 und in Textform (als Telefax) am 12.03.2009.“ (BGH aaO)

Damit war die Beschwerde verfristet.

bb) Wiedereinsetzung in den vorigen Stand

Die Schuldner hatten jedoch die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand beantragt, welche vom Beschwerdegericht abgelehnt wurde.

(1) Statthaftigkeit des Wiedereinsetzungsantrags

Der Antrag kann nach § 233 ZPO u.a. bei Versäumung einer Notfrist gestellt werden. Die Beschwerdefrist ist nach § 569 I 1 ZPO eine solche Notfrist.

(2) ordnungsgemäße Antragstellung

Der Wiedereinsetzungsantrag muss nach § 236 I ZPO in der **Form** gestellt werden, welche **für die versäumte Prozesshandlung vorgeschrieben** ist. Er muss nach § 236 II 1 ZPO die Angabe der die Wiedereinsetzung begründenden Tatsachen enthalten. Dies ist geschehen.

Auch die Wiedereinsetzungsfrist des § 234 II ZPO von 2 Wochen nach Wegfall des Hindernisses wurde eingehalten.

*„Das Hindernis bestand hier darin, dass der **verspätete Eingang** der Beschwerdeschrift **zunächst keinem Beteiligten aufgefallen** war. Das AG hat die sofortige Beschwerde in seinem Nichtabhilfebeschluss vom 08.04.2009 im Gegenteil als zulässig bezeichnet. Hinweise darauf, dass das nicht zutreffen könnte, ergaben sich erst aus dem Schreiben der Berichterstatterin der Beschwerdekammer des LG vom 11. 6. 2009. Ob dieser Hinweis ohne die erst später übersandte Kopie des Deckblatts des an die Staatsanwaltschaft gelangten Telefax das Hindernis beseitigte, ist zweifelhaft, bedarf aber keiner Entscheidung. Die Wiedereinsetzungsfrist wäre mit dem am 29.06.2009 eingegangenen Wiedereinsetzungsantrag unabhängig hiervon nur versäumt worden, wenn das Schreiben der Berichterstatterin dem damals noch nicht anwaltlich vertretenen Schuldner zu 1 und dem Verfahrensbevollmächtigten der Schuldnerin zu 2 bereits am Freitag, dem 12.06.2009, zugegangen sein sollte. Das ist nicht festzustellen.“ (BGH aaO)*

Einer Nachholung der Beschwerdeeinlegung als versäumter Prozesshandlung bedurfte es nicht, da dies bereits geschehen war.

(3) Begründetheit des Wiedereinsetzungsantrags

Der Wiedereinsetzungsantrag ist begründet, wenn die Partei **ohne ihr Verschulden gehindert** war, die **Prozesshandlung rechtzeitig vorzunehmen** und dies auch glaubhaft macht. Verschuldet ist das Fristversäumnis jedoch nicht nur bei Vorsatz und grober Fahrlässigkeit, auch normale Fahrlässigkeit spricht gegen eine Wiedereinsetzung.

*„Zweifelhaft ist schon, ob dem **Verfahrensbevollmächtigten** der Schuldner ein **Fehler unterlaufen** ist, den sich diese nach § 85 II ZPO zurechnen lassen müssen. Auf der von ihm erstellten **Beschwerdeschrift** war zwar die **Telefax-Nummer** des LG Potsdam **falsch angegeben**. Das müssen sich die Schuldner aber nach § 85 II ZPO nur zurechnen lassen, wenn dieser Fehler dem Verfahrensbevollmächtigten der Schuldner **selbst unterlaufen** ist. Anders liegt es dagegen, wenn er die Ermittlung der Telefax-Nummer des BeschwGer. seiner Bürovorsteherin überlassen haben sollte. Diese **Hilfstätigkeit** darf der Rechtsanwalt **delegieren**; er muss diese Angabe dann auch **nicht überprüfen** (BGH, NJW-RR 1990, 1149 [1150]; NJW 2000, 82; NJW 2009, 1750 [1751]; Musielak/Grandel, ZPO, 6. Aufl., § 233 Rn. 48). Ob es sich hier so verhielt, bedarf keiner Prüfung. Dieser Fehler wäre nämlich jedenfalls **nicht ursächlich** für die Versäumung der Beschwerdefrist.*

*Zwar wäre die Beschwerdeschrift bei Angabe der richtigen Telefax-Nummer noch am 04.03.2009 bei dem LG und damit rechtzeitig eingegangen. Das Verschulden einer Partei oder ihres Prozessbevollmächtigten schließt die Wiedereinsetzung aber dann nicht aus, wenn es seine rechtliche Erheblichkeit durch ein späteres, der Partei oder ihrem Vertreter nicht zuzurechnendes Ereignis verliert (**sog. überholende Kausalität**, BGH, NJW-RR 2004, 1217 [1218]; Zöller/Greger, ZPO, 28. Aufl., § 233 Rn.22a). So liegt es hier.*

*Die Beschwerdeschrift ist nicht an die falsche Telefax-Nummer gesendet worden, die auf der Beschwerdeschrift angegeben war. Die **Bürovorsteherin** des Verfahrensbevollmächtigten der Schuldner hat nämlich **bemerkt**, dass diese **nicht mehr gültig** war, nach der **gültigen Telefax-Nummer gesucht** und den Schriftsatz an die vermeintlich richtige Telefax-Nummer gesendet. Hätte sie dabei **nicht versehentlich** die **Telefax-Nummer der StA Potsdam gewählt**, wäre der Schriftsatz fristgerecht bei dem LG eingegangen. Selbst dieser Fehler hätte nicht zur Versäumung der Frist geführt, wäre nicht auch der **StA Potsdam ein Fehler unterlaufen**. Die Schuldner haben, von dem BeschwGer. nicht beanstandet, vorgetragen, die **im selben Gebäude** untergebrachte StA Potsdam leite für das LG Potsdam bestimmte Telefaxsendungen unverzüglich weiter. Die Posteingangsstelle der Staatsanwaltschaft sei bei Eingang des Telefax mit der Beschwerdeschrift am 04.03.2009 um 15.43 Uhr auch **noch besetzt gewesen**. Diese Weiterleitung ist hier daran gescheitert, dass die Posteingangsstelle der StA Potsdam die eindeutig und klar erkennbar für das LG Potsdam bestimmte Telefax-Sendung als solche nicht erkannt und nicht an das LG weitergeleitet hat. Aus dem Fehlen eines Eingangsstempels und der Anbringung einer Paginierung, die nicht von dem BeschwGer. stammen kann, ergibt sich mit hinreichender Sicherheit, dass das Telefax unter einen Eingang für die Staatsanwaltschaft gerutscht, mit diesem zu einer Akte der Staatsanwaltschaft gelangt und erst nach etwa einer Woche als Irrläufer erkannt worden ist.“ (BGH aaO)*

Die Versäumung der Frist war unverschuldet, so dass Wiedereinsetzung in den vorigen Stand zu gewähren war. Die sofortige Beschwerde war daher zulässig.

2. Begründetheit

Die Begründetheit der sofortigen Beschwerde hängt von der Fehlerhaftigkeit des Zuschlagsbeschlusses ab, wobei sie nach § 100 ZVG nur darauf gestützt werden kann, dass eine der Vorschriften der §§ 81, 83 bis 85a ZVG verletzt oder dass der Zuschlag unter anderen als den der Versteigerung zugrunde gelegten Bedingungen erteilt ist.

Da das Vollstreckungsgericht in der Lage sein muss zu prüfen, ob die Vollstreckungsvoraussetzungen auch bei der Versteigerung und der Zuschlagserteilung noch gegeben sind, muss die **Titelausfertigung nebst Zustellungsnachweis** aber **bei der Versteigerung** und bei der **Erteilung des Zuschlags vorliegen** (Jaeckel/Güthe, §§ 15, 16 Rn 37a; ähnl. Stöber, § 16 Anm. 4.3; Dassler/Schiffhauer/Hintzen/Engels/Rellermeyer, § 16 Rn 25: spätestens bei dem Versteigerungstermin), selbst wenn der Vollstreckungstitel zwischenzeitlich an den Gläubiger zurückgegeben wurde. Dies war aber nicht Fall.

„Liegt die Ausfertigung des Vollstreckungstitels zu diesen Zeitpunkten nicht vor, liegt darin ein Versagungsgrund i.S. von § 83 Nr. 6 ZVG (BGH, NJW-RR 2004, 1366 [1367]; NJOZ 2004, 1211).

Dieser Fehler kann allerdings geheilt werden, indem der Titel nachträglich vorgelegt und der Nachweis geführt wird, dass die Vollstreckungsvoraussetzungen während des gesamten Verfahrens vorgelegen haben. Das kann auch noch im Beschwerdeverfahren geschehen (BGH, NJW-RR 2004, 1366 [1367]; NJOZ 2004, 1211).“ (BGH aaO)

Der Zuschlag erfolgte aber zunächst auf der Grundlage eines Titels, welche die Gläubigerin gar nicht als solche auswies, weil sie es versäumt hatte, die wegen der Rechtsnachfolge nötige Titelum-schreibung vornehmen zu lassen. Dies ist erst im Beschwerdeverfahren gesehen.

„Nach §§ 750, 727 ZPO durfte die Zwangsversteigerung des Grundstücks auf Blatt 7366 nur angeordnet und der Beitritt der Gläubigerin zu dem Verfahren zur Zwangsversteigerung des Grundstücks auf Blatt 8353 nur zugelassen werden, wenn der Gläubigerin für beide Grundschulden **eine Ausfertigung als Rechtsnachfolgerin erteilt** und diese Ausfertigungen nebst den Rechtsnachfolgeklauseln **den Schuldnern zugestellt** worden waren. Das war **bei Erteilung des Zuschlags nicht geschehen**.“ (BGH aaO)

Auf Grund eines fehlerhaften Titels darf der Zuschlag nach § 83 Nr. 6 ZVG nicht erfolgen.

„Das ist bei einem ordnungsgemäßen Titel, der besteht und (im Versteigerungstermin und) bei der Erteilung des Zuschlags bloß nicht vorliegt, anders. Hier darf der Zuschlag in der Sache erteilt werden. Der Verfahrensfehler des Vollstreckungsgerichts liegt allein darin, dass das Vorliegen der Vollstreckungsvoraussetzungen bei Bedarf mangels Vorliegens des Titels nicht geprüft werden kann. Nicht anders liegt es bei dem fehlerhaften Titel, der bei Erteilung des Zuschlags fehlerfrei ist. Dann nämlich darf der Zuschlag erteilt werden, weil das Hindernis beseitigt ist.“ (BGH aaO)

Dieser Mangel könnte aber durch die Erlangung der Titelum-schreibung und Vorlage im Beschwerdeverfahren **geheilt** worden sein.

„Ein Verfahrensfehler, der nach § 83 Nr. 6 ZVG zur Versagung des Zuschlags führt, kann allerdings durch Nachholung der unterbliebenen Förmlichkeit geheilt werden, wenn **Rechte von Beteiligten nicht beeinträchtigt** werden. Das trifft nach der Rechtsprechung des Senats in der Regel für **Mängel bei der Titelumstellung** wie die unterbliebene **Zustellung der Vollmacht** für eine Vollstreckungsunterwerfung zu (NJW-RR 2008, 1018 [1019]). Für die nachträgliche Erteilung und Zustellung einer Rechtsnachfolgeklausel würde im Ansatz nichts anderes gelten.

Hier liegt aber die **Besonderheit** vor, dass der **Mangel bei der Erteilung des Zuschlags noch vorlag** und, wenn überhaupt vollständig, dann **erst im Beschwerdeverfahren** vor dem LG **beseitigt** worden ist. Eine Heilung noch in diesem Stadium des Verfahrens hat der BGH bislang nur für den Fall zugelassen, dass der ordnungsgemäße Titel während des gesamten Verfahrens auch Bestand hatte und zwar bei der Anordnung der Zwangsversteigerung, aber weder in dem Versteigerungstermin noch bei der Erteilung des Zuschlags vorlag (BGH, NJW-RR 2004, 1366 [1367]; NJOZ 2004, 1211).

Für einen **fehlerhaften Titel** hat der Senat dagegen bislang eine **Heilung nur anerkannt**, wenn der **Mangel bei der Erteilung des Zuschlags nicht mehr vorlag** und dessen Erteilung nicht hinderte (NJW-RR 2008, 1018). Eine Heilung solcher Fehler im Beschwerdeverfahren wird bislang, soweit ersichtlich, abgelehnt (OLG Hamm, Rpfleger2000, 171 [172] = BeckRS 1999, 10581 für fehlende Rechtsnachfolgeklausel; KG, JW 1932, 1980 [1981] u. OLG Köln, JW 1938, 2225 für fehlende devisa-rechtliche Genehmigung der Zuschlagserteilung früheren Rechts). Selbst die Genehmigung nach § 84 I ZVG (dazu Senat, NJW 2010, 2217 = WM 2010, 424 [425]) soll nur bis zur Erteilung des Zuschlags erklärt werden können (OLG Hamm, Rpfleger2000, 171 [172] = BeckRS 1999, 10581; OLG Königsberg, JW 1930, 657 [658] m.abl. Anm. Stillschweig; Böttcher, ZVG, 4. Aufl., § 84 Rn 3 a.E.; Stöber, § 84 Anm. 3.2; Steiner/Storz, ZVG, 9. Aufl., § 84 Rn 16). Dem folgt der Senat für den hier vorliegenden Fall der Heilung eines fehlerhaften Titels. Sie nach Erteilung des Zuschlags zuzulassen, ist in der Sache nicht gerechtfertigt und würde den Schuldner auch in seinen Rechten gegenüber den anderen Beteiligten ohne sachlichen Grund benachteiligen.

Wäre es möglich, einen Fehler des Titels auch im Beschwerdeverfahren noch zu heilen, führte das zu einer einseitigen, sachlich **nicht gerechtfertigten Schlechterstellung des Schuldners**. Er selbst kann die Zuschlagsbeschwerde nach § 100 ZVG, von den Besonderheiten des Schutzes von Leben und Gesundheit abgesehen, nicht auf neue Tatsachen oder Beweise stützen (BGH, NJW 2006, 505 [506]; Dassler/Schiffhauer/Hintzen/Engels/Reltermeyer, § 100 Rn 6). Ließe man eine Heilung fehlerhafter Titel im Beschwerdeverfahren zu, ließe das darauf hinaus, dem **Gläubiger, anders als dem Schuldner, die Einführung neuer Tatsachen zu gestatten**. Diese Ungleichbehandlung ist schon an sich nicht zu rechtfertigen.

Hinzu kommt, dass ein solches Vorgehen den **Zweck der Zustellung von Titel und (Rechtsnachfolge-)Klausel zu unterlaufen droht**. Die Zustellung dieser Unterlagen hat den Zweck, dem Schuldner unmissverständlich klar zu machen, dass der Gläubiger die titulierte Forderung zwangsweise durchsetzen wird, ihn letztmals vor der zwangsweisen Durchsetzung des titulierten Anspruchs zu warnen, ihn über die förmlichen Grundlagen der Zwangsvollstreckung zu unterrichten und ihm Gelegenheit zu geben, die Zulässigkeit der Zwangsvollstreckung zu prüfen und Einwendungen gegen die Vollstreckung geltend zu machen (BGH, NJW-RR 2007, 358 [359]; NJW-RR 2008, 1018 [1020]). Diese Möglichkeit würde erschwert, wenn der an sich unzulässige Zuschlagsbeschluss infolge nachträglicher Heilung des fehlerhaften Titels im Beschwerdeverfahren bestehen bliebe.“ (BGH aaO)

III. Ergebnis: Der angegriffene Beschluss ist fehlerhaft und die Rechtsbeschwerde daher begründet.

(BGH in StV 2010, 467; Beschluss vom 21.04.2010 – GSST 1/09)

1. Die **Verhandlung über die Entlassung eines Zeugen ist kein Teil der Vernehmung** i. S. von § 247 StPO.
 2. Die **fortdauernde Abwesenheit eines nach § 247 StPO während einer Zeugenvernehmung entfernten Angekl. bei der Verhandlung über die Entlassung des Zeugen begründet** regelmäßig den **absoluten Revisionsgrund** des § 338 Nr. 5 StPO.
- I. Grds. stellt die **Abwesenheit** des gem. § 247 StPO für die Dauer der Vernehmung eines Zeugen **ausgeschlossenen Angekl. während** der anschließenden **Verhandlung über die Entlassung des Zeugen** eine **Verletzung seines Anwesenheitsrechts** dar.
1. Der **Anwesenheit des Angekl.** kommt **im deutschen Strafprozess ein hoher Stellenwert** zu. Seine Anwesenheit während der gesamten Hauptverhandlung, namentlich während der Beweisaufnahme, ist nicht nur für die **Wahrheitsfindung**, sondern ebenso **für den Angekl. und seine Verteidigung von erheblicher Bedeutung** (BGHSt 3, 187; 26, 84; Frister, SK-StPO, § 247 Rn 2; Bung HRRS 2010, 50). Das Anwesenheitsrecht soll dem Angekl. vor allem die **Möglichkeit allseitiger und uneingeschränkter Verteidigung sichern** und sein **rechtliches Gehör** im wichtigsten Abschnitt des Verfahrens **gewährleisten**.
Deshalb bestimmt § 230 I StPO, dass gegen einen ausgebliebenen Angekl. keine Hauptverhandlung stattfindet. Der Angekl. hat nicht nur das Recht, sondern – wie sich aus §§ 230 II, 231 I StPO ergibt – auch die **Pflicht zur Anwesenheit** (BGH NSTZ 1991, 246; Löwe/Rosenberg, StPO, 26. Aufl., § 230 Rn 1; Meyer-Goßner, StPO, 52. Aufl., § 230 Rn 3). Seine ununterbrochene Präsenz während der Hauptverhandlung wird wegen ihrer **zentralen Bedeutung für das Verfahren** rechtlich durch den absoluten Revisionsgrund des § 338 Nr. 5 StPO gesichert.
 2. Das **Anwesenheitsrecht** des Angekl. kann daher **nur in eng begrenzten Ausnahmefällen**, in denen andere gewichtige Belange entgegenstehen und eine Einschränkung seiner grds. zu gewährleistenden Anwesenheit verlangen, **durchbrochen** werden.
 - a) Solche **Ausnahmen** enthält **§ 247 StPO**: Diese Vorschrift gestattet in S. 1 eine Entfernung des Angekl. aus dem Sitzungszimmer während der Vernehmung eines Zeugen, wenn zu befürchten ist, der Zeuge werde bei seiner Vernehmung in Gegenwart des Angeklagten die Wahrheit nicht sagen. Gleiches gilt nach § 247 S. 2 StPO im Interesse unmittelbaren Zeugenschutzes bei gesundheitlicher Gefährdung durch Vernehmung in Gegenwart des Angeklagten.
 - b) **Welche Verfahrensvorgänge** vom Begriff der Vernehmung i. S. d. § 247 S. 1 u. 2 StPO **erfasst werden**, wird **vom Gesetz nicht näher bestimmt**. Aus der Entstehungsgeschichte und den Gesetzesmaterialien ergeben sich keine konkreten Hinweise zur Reichweite und Auslegung des Vernehmungsbegriffs in § 247 StPO.
Hahn, Die gesamten Materialien zu den ReichsJustizgesetzen, Bd. 3 Abt. 1, 2. Aufl., S. 192 f., 852 ff.; 1583 f.; BT-Drs. 7/649 S. 3; BT-Drs. 10/6124 S. 13 f.; BT-Drs. 16/12098 S. 40 f., zu § 247 Satz 3 StPO: BT-Drs. 1/3713 S. 52
 3. Die **Verhandlung über die Entlassung des Zeugen** wird **vom Begriff der Vernehmung** i. S. d. § 247 S. 1 u. 2 StPO **nicht erfasst**.
 - a) Dieser **Begriff ist im Regelungszusammenhang der §§ 247 und 248 StPO** aufgrund der hohen Bedeutung der Anwesenheit des Angekl. in der Hauptverhandlung, die als Anspruch auf rechtliches Gehör und angemessene Verteidigung in Art. 103 I GG sowie durch Art. 6 IIIc EMRK garantiert wird, **restriktiv auszulegen**.
BGHSt 15, 194; BGHSt 22, 18, 20; BGH NJW 1957, 1161; BGH NJW 1976, 1108; so auch schon RGSt 29, 30; Becker aaO, § 247 Rn 6; Diemer, KK StPO, 6. Aufl., § 247 Rn 2; Frister aaO, § 247 Rn 3

- b) Das Anwesenheitsrecht des Angekl. ist mit den **Interessen der Allgemeinheit an einer vollständigen und wahrheitsgemäßen Aufklärung des Sachverhalts**, die durch die möglicherweise nicht wahrheitsgemäße Aussage eines sich vor dem Angekl. fürchtenden Zeugen gefährdet werden (§ 247 S. 1 StPO), sowie mit dem **Schutz der Zeugen selbst** (§ 247 S. 2 StPO) in einen angemessenen Ausgleich zu bringen (BGHSt 26, 218; Diemer aaO, § 247 Rn 1; Pfeiffer, StPO, 5. Aufl., § 247 Rn 1).

*„Aus Gründen der **Verhältnismäßigkeit** ist der mit einem Ausschluss zwangsläufig verbundene Eingriff in die Autonomie des Angekl. (Hassmer JuS 1986, 25, 28) auf solche Verfahrenshandlungen zu beschränken, bei denen der jeweilige Schutzzweck den Ausschluss unbedingt erfordert (BGHSt 3, 384; Frister aaO, § 247 Rn 11; Paulus, KMR, § 247 Rn 2; Meyer-Goßner in FS Pfeiffer [1988], S. 311; Gollwitzer in FS Tröndle [1989], S. 456; Eisenberg/Schlüter JR 2001, 341; vgl. auch EGMR NJW 2003, 2893). Die Erstreckung des Ausschlusses auf die Verhandlung über die Entlassung des Zeugen ist mit Rücksicht auf den **Normzweck des § 247 S. 1 u. 2 StPO** nicht geboten. Ein Ausschluss des Angekl. von der Entlassungsverhandlung ist weder aus Gründen der Wahrheitserforschung (§ 247 S. 1 StPO) erforderlich, noch zum Schutz des Zeugen (§ 247 S. 2 StPO) stets unerlässlich.“ (BGH aaO)*

- c) Auch **Gründe des Zeugen- und Opferschutzes** gebieten keine Erstreckung des Vernehmungsbegriffs auf die Verhandlung über die Entlassung eines Zeugen.

*„Zwar stünde ein solches weites Verständnis mit den Belangen des Zeugenschutzes durchaus im Einklang. **§ 247 S. 2 StPO dient aber nicht allein dem Schutz gefährdeter Zeugen, sondern eben auch dem Ausgleich zwischen den Interessen gefährdeter Zeugen und dem u. a. durch Art. 6 Abs. 3 lit. c EMRK garantierten Verteidigungsrecht des Angekl.** § 247 Satz 2 StPO sichert somit letztlich die Grundsätze eines fairen Verfahrens (vgl. EGMR NJW 2003, 2893, 2894).*

Den Belangen des Zeugen- und Opferschutzes kann auch in den Grenzen der bisherigen Auslegung des Vernehmungsbegriffs in § 247 StPO hinreichend Rechnung getragen werden: Es ist nicht notwendig, den Angekl. auch während der Verhandlung über die Entlassung des Zeugen auszuschließen, um jede Begegnung zwischen Angekl. und Zeugen zu vermeiden. Stattdessen kann das Gericht dem Zeugen erlauben, sich aus dem Sitzungssaal zu entfernen, solange der Angekl. über die Zeugenaussage unterrichtet und über die Entlassung des Zeugen verhandelt wird. Während der Mitteilung der Entlassungsverfügung an den wieder im Sitzungssaal anwesenden Zeugen bzw. während dessen weiterer Befragung kann der Angekl. erneut aus dem Sitzungssaal fern gehalten werden (BGHSt 22, 2889; zur Vereidigung: BGH NJW 2004, 1187; einschränkend: BGH NStZ 1986, 133). Die mit einem Prozedieren in wechselseitiger Abwesenheit zwangsläufig verbundenen Umständlichkeiten sind vor dem Hintergrund der in Ausgleich zu bringenden Schutzgüter hinzunehmen (BGH NStZ 2000, 440; Hanack JR 1989, 255; Meyer-Goßner in FS Pfeiffer [1988], S. 311; Frister aaO, § 247 Rn 77) und können zudem in den Fällen des § 247 S. 2 StPO durch eine Verfahrensweise nach § 247a StPO begrenzt werden (Frister aaO, § 247 Rn 46).“ (BGH aaO)

- II. Die **Verhandlung über die Entlassung eines in Abwesenheit des Angekl. vernommenen Zeugen** ist grds. ein **wesentlicher Teil der Hauptverhandlung** (vgl. BGHSt 26, 84; BGH NJW 1986, 267). Die währenddessen fortdauernde Abwesenheit des nach § 247 S. 1 oder 2 StPO entfernten Angekl. ist deshalb i.d.R. geeignet, den absoluten Revisionsgrund des § 338 Nr. 5 StPO zu begründen.

1. Hierfür spricht bereits **§ 248 S. 2 StPO**: Diese Vorschrift regelt ausdrücklich die Pflicht des Vorsitzenden, die Staatsanwaltschaft und den Angekl. vor der Entlassung der vernommenen Sachverständigen und Zeugen zu hören. Schon diese Hervorhebung in einer eigenen Vorschrift belegt, dass das Gesetz der Verhandlung über die Entlassung und dem Entlassungsvorgang besondere Bedeutung – auch für das weitere Verfahren – beimisst.
2. I. Ü. bestimmt sich die Frage, ob ein Verfahrensteil als wesentlich einzuordnen ist, nach dem Zweck der jeweils betroffenen Vorschriften sowie danach, in welchem Umfang ihre **sachliche Bedeutung** betroffen sein kann (BGHSt 15, 263; Frister aaO, § 247 Rn 83; Frisch, SK-StPO, § 338 Rn 104).

*„Nach dem Zweck der betroffenen Vorschriften ist die **Entlassungsverhandlung in Anwesenheit des Angekl. grds. als wesentlich** einzuordnen. Die das Anwesenheitsrecht und die Anwesenheitspflicht des Angekl. betreffenden Vorschriften bezwecken auch, dem Angekl. eine **allseitige und uneingeschränkte Verteidigung** zu ermöglichen, insbesondere durch Vornahme von Verfahrenshandlungen auf Grund des von ihm selbst wahrgenommenen Verlaufs der Hauptverhandlung (RGSt 49, 40; BGHSt 3, 187; 15, 194 und 263, 264; BGH NStZ 2007, 352 f.; Strate NJW 1979, 909). Das wird dem Angekl. durch seinen Ausschluss von der Verhandlung über die Entlassung des Zeugen erschwert, weil er in unmittelbarem Anschluss an die Zeugenvernehmung keine Fragen oder Anträge stellen kann, die den Ausgang des Verfahrens beeinflussen können.“ (BGH aaO)*

3. Auch der Einwand, bei der **Verhandlung über die Entlassung eines Zeugen** handele es sich um einen **Vorgang von eher organisatorischem bzw. rein formalem Charakter**, der

nicht unmittelbar der Urteilsfindung diene (so BGHR StPO § 247 Abwesenheit 20), **steht ihrer Einordnung als wesentlicher Verfahrensteil nicht entgegen.**

„Die Zeugenentlassung hat nicht unerhebliche Auswirkungen für den Angekl. und die Wahrnehmung seiner Mitwirkungsrechte in der Hauptverhandlung (Frister aaO, § 247 Rn 86; Pfeiffer aaO, § 247 Rn 1). Denn mit der Entlassung endet das Fragerecht der Verfahrensbeteiligten nach § 240 II 1 StPO (Schneider, KK, 6. Aufl., § 240 Rn 10; Meyer-Goßner, StPO, 52. Aufl., § 240 Rn 8; Frister aaO, § 248 Rn 4). Als Konsequenz hieraus muss das Gericht einem Antrag des Angekl. auf erneute bzw. ergänzende Vernehmung des Zeugen zum selben Beweisthema nur nach Maßgabe seiner Aufklärungspflicht (§ 244 II StPO) nachkommen, ohne an die Ablehnungsgründe des § 244 III StPO gebunden zu sein (BGHR StPO § 244 Abs. 6 Beweisantrag 32; Fischer, KK, 6. Aufl., § 244 Rn 7; jeweils m. w. N.).“ (BGH aaO)

4. Zwischen der Annahme eines absoluten Revisionsgrundes im Falle der verfahrenswidrigen Abwesenheit des Angekl. während der Entlassungsverhandlung und der Einordnung eines Verstoßes gegen die Unterrichtungsvorschrift des § 247 S. 4 StPO als (lediglich) relativen Revisionsgrund (BGH NStZ 1995, 557; siehe auch BVerfG NJW 2002, 814) besteht kein **Wertungswiderspruch.**

„Beim Verstoß gegen die (rechtzeitige) Unterrichtungspflicht des § 247 S. 4 StPO handelt es sich nicht um eine Verletzung der durch § 338 Nr. 5 StPO gesicherten Anwesenheitsrechte und -pflichten des Angekl., sondern um einen nur gelegentlich oder mittelbar als Folge des Ausschlusses unterlaufenen Verfahrensfehler. Dieser Fehler betrifft zwar ebenfalls das Informations- und Fragerecht des Angekl., nicht aber sein nach § 230 I StPO vorgeschriebenes und während der gesamten Hauptverhandlung geltendes Anwesenheitsrecht.“ (BGH aaO)

5. Schließlich kann nach Ansicht des BGH aaO der mit einem fortgesetzten Ausschluss des Angekl. während der Entlassungsverhandlung regelmäßig verbundene **Eingriff in seine Verteidigungsrechte** auch **nicht dadurch kompensiert** werden, **dass** auf sein Verlangen der **verfahrensfehlerhaft entlassene Zeuge erneut vorzuladen** und eine Verweigerung der erneuten Vorladung über den relativen Revisionsgrund der Verletzung des Fragerechts zu rügen **ist.**

BGH aaO weist allerdings darauf hin, dass ein **Verstoß gegen das Anwesenheitsrecht** des Angekl. bei der Verhandlung über die Entlassung mit der Folge, dass der absolute Revisionsgrund des § 338 Nr. 5 StPO entfällt, **geheilt werden kann.**

*„Eine Heilung liegt etwa bereits darin, dass der Angekl. bei seiner Unterrichtung nach § 247 S. 4 StPO mitteilt, keine Fragen mehr an den Zeugen stellen zu wollen (BGHR StPO Abwesenheit 18, 19; BGH NStZ 2000, 440; BGH StV 2000, 240). Das Gleiche gilt, wenn er auf Befragen die entsprechende Erklärung abgibt, nachdem die zu frühe Entlassung des Zeugen bemerkt wurde. Wenn jedoch der Angekl. in dieser Situation den Zeugen weiter zu befragen wünscht, so ist eine **Heilung durch Ladung des Zeugen und ergänzende Befragung** möglich (vgl. BGHSt 30, 74; 48, 221; Frister aaO, § 247 Rn 60). Bleibt der Fehler allerdings unbemerkt oder konnte der Zeuge nicht mehr herbeigeschafft werden, muss der absolute Revisionsgrund des § 338 Nr. 5 StPO bei entsprechender Verfahrensrüge durchgreifen.“ (BGH aaO)*

Umgehung von Beteiligungsrechten
Klagebefugnis im Plangenehmigungsverfahren
 (OVG Hamburg in DÖV 2010, 617; Urteil vom 24.02.2010 – 5 Bs 24/10)

1. Wird anstelle eines erforderlichen Planfeststellungsverfahrens nach § 20 I UVPG ein Plangenehmigungsverfahren nach § 20 II UVPG durchgeführt hat der zu Beteiligende hat **Klagerecht wegen der Verletzung seiner Beteiligungsrechte**, die ihm im **Planfeststellungsverfahren** zugestanden hätten (sog. **Umgehungsrechtsprechung**).
2. Dies muss **jedenfalls für solche Fälle** gelten, in denen **keine Möglichkeit** besteht, die Verletzung von Beteiligungsrechten **im Rahmen einer (altruistischen) Verbands- bzw. Verbandsklage** nach § 61 BNatSchG oder nach §§ 2, 4 URG geltend zu machen.
3. Bei der Vorprüfung hinsichtlich des Erfordernisses einer UVP im Rahmen von § 20 I UVPG hat die Behörde eine Einschätzungsprärogative. Das Gericht kann daher nur prüfen,
 - ob eine **Vorprüfung überhaupt stattgefunden** hat, und ob
 - zweitens das Ergebnis der Vorprüfung **Rechtsfehler** aufweist, die seine **Nachvollziehbarkeit ausschließen**.

Fall: Die Beigeladene beantragte im Juni 2007 die Erteilung einer Plangenehmigung für ein Vorhaben, mit dem als Ersatz für die derzeit aus dem Heizkraftwerk W. gelieferte Fernwärme Warmwasser im Umfang von etwa 450 MW in das Fernwärmenetz der Bekl. nördlich der Elbe eingespeist werden soll. Die Leitungen sollen unter der Süderelbe, der Rethel und der Norderelbe in einem begehbaren Tunnel, im Übrigen auf der Südseite der Elbe vor allem als oberirdische Sockel- oder Ständerleitung und auf der Nordseite der Elbe im Wesentlichen unter der Erde verlaufen.

Die Planungen für die Heizwasserleitung wurden bereits von der Rechtsvorgängerin der Beigeladenen betrieben; schon im Jahre 2005 wurde eine UVP-Vorprüfung (sog. Screening) durchgeführt, die seinerzeit zu dem Ergebnis kam, dass eine Umweltverträglichkeitsprüfung für das Vorhaben nicht erforderlich sei. Während des Plangenehmigungsverfahrens kam es zu insgesamt 8 Änderungsplanungen, die überwiegend das Ziel hatten, die zu erwartenden Verkehrsbeeinträchtigungen auf der H.-Straße und der K.-Straße während der Bauphase zu verringern, indem die Trasse teilweise durch die parallel verlaufenden Grünzüge geführt wird. Am 24.06.2009 erließ die Bekl. die hier streitige Plangenehmigung auf der Grundlage von § 20 II UVPG (veröffentlicht im Amtlichen Anzeiger S. 1516). In der Begründung der Genehmigung heißt es, die Umweltauswirkungen lägen unter der Schwelle der Erheblichkeit, weil sie „von begrenztem Ausmaß, geringer Dauer und Häufigkeit und überwiegend reversibel“ seien. Dabei wurde auf die als Anlage der Plangenehmigung beigefügte Darstellung der UVP-Vorprüfung vom 14.05.2009 Bezug genommen, in der sich die Ausführungen der Vorprüfung aus dem Jahr 2005 weitgehend wiederfinden.

Der Kl., ein anerkannter Naturschutzverein, zu dessen satzungsmäßigen Aufgaben der Schutz von Natur und Landschaft gehört, hat vorgetragen, seine Beteiligungsrechte seien verletzt: Für das Vorhaben hätte eine Umweltverträglichkeitsprüfung durchgeführt werden müssen mit der Folge, dass über das Vorhaben in einem Planfeststellungsverfahren und nicht durch Plangenehmigung hätte entschieden werden müssen. Unterlassen einer Umweltverträglichkeitsprüfung und Nichtdurchführung eines Planfeststellungsverfahrens seien auch nicht unbeachtlich, da sowohl eine andere Trassenführung als auch eine andere Bauausführung in Betracht kämen, die eine geringere Umweltbelastung zur Folge hätten. Wird die Klage Erfolg haben?

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

I. Zulässigkeit der Klage

1. Eröffnung des Verwaltungsrechtswegs, § 40 I 1 VwGO

Es geht um die Plangenehmigung nach dem UVPG, das Träger öffentlicher Gewalt berechtigt/verpflichtet, gestritten wird daher um öffentliches Recht. Für diese nichtverfassungsrechtliche Streitigkeit ist der Verwaltungsrechtsweg gem. § 40 I 1 VwGO eröffnet.

2. statthafte Klageart

Bei der Plangenehmigung handelt es sich um einen begünstigenden Verwaltungsakt, gegen den der Kl. als Nichtadressat vorgehen möchte. Es liegt daher ein Fall einer Anfechtungsklage nach § 42 I 1. Var. VwGO vor.

3. Klagebefugnis, § 42 II VwGO

Zum Ausschluss von Popularklage sieht § 42 II VwGO eine Klagemöglichkeit im Rahmen der Anfechtungsklage grundsätzlich nur vor, wenn der Kl. geltend machen kann, in seinen Rechten verletzt zu sein. Dies setzt nach der bei einer Drittanfechtungsklage allein anwendbaren Möglichkeitstheorie voraus, dass eine Verletzung des Kl. nicht von vornherein und nach je-

der Betrachtungsweise ausgeschlossen erscheint. Genau dies im bei der hier vorliegenden Verbandsklage jedoch ausgesprochen fraglich.

Die Klagebefugnis ist daher nur gegeben, wenn der Kl. die Verletzung von Beteiligungsrechten rügen könnte oder die Voraussetzungen einer Vereins- bzw. Verbandsklage nach § 61 BNatSchG oder nach §§ 2, 4 URG vorliegen.

Eine Klagebefugnis könnte hier daraus ergeben, dass Beteiligungsrechte des Kl. verletzt wurden. Zwar sind **Beteiligungsrechte im Plangenehmigungsverfahren nicht vorgesehen**, sondern **lediglich im Planfeststellungsverfahren**. Ein solches wurde jedoch nicht durchgeführt. Eine mögliche Rechtsverletzung könnte sich jedoch daraus ergeben, dass ein Planfeststellungsverfahren mit der dann notwendigen Beteiligung des Kl. hätte durchgeführt werden müssen.

*„Die Rspr. hat für Fälle, in denen die gesetzlich vorgeschriebene Beteiligung eines anerkannten Naturschutzvereins an einem Planfeststellungsverfahren deshalb unterblieben ist, weil anstelle dieses Verfahrens rechtswidrig lediglich ein Plangenehmigungsverfahren durchgeführt worden ist, dem Naturschutzverein ein **Klagerecht wegen der Verletzung seiner Beteiligungsrechte** zuerkannt, die ihm im **Planfeststellungsverfahren** zugestanden hätten (sog. **Umgehungsrechtsprechung**, vgl. BVerwG, Urt. v. 31.10.1990, BVerwGE 87, 62; Urt. v. 14.5.1997, BVerwGE 104, 367, 372). Zuletzt hat das Bundesverwaltungsgericht mit Urteil vom 07.12.2006 (BVerwGE 127, 208) entschieden, dass das **Recht** eines anerkannten Naturschutzvereins **auf Beteiligung** in Planfeststellungsverfahren **verletzt** werde, wenn die zuständige Behörde ein Vorhaben **nicht im Wege eines Planfeststellungsverfahrens**, sondern in Form einer **nicht mitwirkungsbedürftigen Plangenehmigung** zulässt, weil sie die rechtlichen und naturschutzfachlichen Voraussetzungen, unter denen nach einer Vorprüfung des Einzelfalls von einer Umweltverträglichkeitsprüfung und damit von einem Planfeststellungsverfahren abgesehen werden darf, verkannt hat.*

*Diese Rspr. muss **jedenfalls für solche Fälle** gelten, in denen **keine Möglichkeit** besteht, die Verletzung von Beteiligungsrechten **im Rahmen einer (altruistischen) Verbands- bzw. Vereinsklage** nach § 61 BNatSchG oder nach §§ 2, 4 URG geltend zu machen. Anderenfalls würden die gesetzlichen Beteiligungsrechte anerkannter Naturschutzvereine von der zuständigen Behörde durch rechtswidriges Unterlassen des gebotenen Verfahrens missachtet und unterlaufen werden können. Deshalb hat diese sog. Partizipationserzwingungsklage auch in der Literatur weitgehend Anerkennung gefunden. Ob im vorliegenden Fall eine Klagemöglichkeit nach § 61 BNatSchG oder nach §§ 2, 4 URG eröffnet wäre, bedarf keiner Klärung, weil die vom Kl. erhobene Klage im Falle der Verletzung von Beteiligungsrechten **jedenfalls als Partizipationserzwingungsklage zulässig** wäre.“ (OVG Hamburg aaO)*

Die Klagebefugnis des Kl. hängt demnach davon ab, ob ein Planfeststellungsverfahren nach § 20 I UVPG mit den entsprechenden Beteiligungsrechten hätte durchgeführt werden müssen.

a) Beurteilung des Vorhabens nach UVPG

*„Bei dem genehmigten Vorhaben handelt es sich um die **Errichtung** und den **Betrieb** einer Rohrleitungsanlage zum Befördern von Warmwasser aus einer Anlage nach der Nummer 1 der Anlage 1 zum UVPG, die den Bereich des Werksgeländes überschreitet (Warmwasserpipeline), mit einer **Länge von mehr als 5 km außerhalb des Werksgeländes** und damit um ein Vorhaben, das unter Nummer 19.7.1 der Anlage 1 zum UVPG fällt.“ (OVG Hamburg aaO)*

b) Abgrenzung von Planfeststellung und Plangenehmigung

In Betracht kommt damit grundsätzlich entweder eine Genehmigung des Vorhabens durch Plangenehmigung oder durch Planfeststellung

*„Ein solches Vorhaben bedarf einer **Planfeststellung**, sofern dafür nach den §§ 3b bis 3f UVPG eine **Verpflichtung zur Durchführung einer Umweltverträglichkeitsprüfung** besteht.*

*Eine **Plangenehmigung** kommt dementsprechend nach § 20 II 1 UVPG nur in Betracht, wenn **keine Verpflichtung zur Durchführung einer Umweltverträglichkeitsprüfung** besteht. Nach Spalte 2 der Anlage 1 zum UVPG ist für Vorhaben der hier in Rede stehenden Art eine allgemeine Vorprüfung des Einzelfalls vorgeschrieben. Nach § 3c S. 1 UVPG bedeutet dies, dass eine **Umweltverträglichkeitsprüfung durchzuführen** ist, wenn das Vorhaben nach Einschätzung der zuständigen Behörde aufgrund überschlägiger Prüfung unter Berücksichtigung der in der Anlage 2 aufgeführten Kriterien **erhebliche nachteilige Umweltauswirkungen** haben kann, die nach § 12 UVPG zu berücksichtigen wären. Bei der hier durchzuführenden allgemeinen Vorprüfung ist einerseits nach § 3c S. 3 UVPG zu „berücksichtigen, inwieweit **Umweltauswirkungen** durch die vom Träger des Vorhabens vorgesehenen Vermeidungs- und Verminderungsmaßnahmen **offensichtlich ausgeschlossen** werden“, andererseits nach § 3c S. 4 UVPG, inwieweit „Prüfwerte für Größe und Leistung, die die Vorprüfung eröffnen, überschritten werden“. (OVG Hamburg aaO)*

c) Vorprüfung durch die Bekl.

Die Bekl. hat eine Vorprüfung im Hinblick auf die Erforderlichkeit einer Umweltverträglichkeitsprüfung tatsächlich durchgeführt.

*„Dass die **Vorprüfung Teil der Plangenehmigung** geworden ist, dem eigentlichen Plangenehmigungsverfahren also **zeitlich nicht vorausging**, ist jedenfalls im Ergebnis **unschädlich**. Zwar liegen Sinn und Zweck der UVP-Vorprüfung an sich gerade darin, eine Entscheidung darüber zu treffen, ob ein Planfeststellungs- oder ein Plangenehmigungsverfahren durchgeführt werden soll, was bedeutet, dass sie **sinnvoller Weise vor der Entscheidung über die Verfahrenswahl** oder jedenfalls am Anfang des Verfahrens getroffen werden sollte.*

*Gerade dieser frühe Zeitpunkt ist es, der es rechtfertigt, dass über die Frage der UVP-Pflicht nach einer nur überschlägigen Prüfung der Umweltauswirkungen entschieden werden darf. Gleichwohl entspricht es der **derzeitigen Rechtsprechung**, dass die **UVP-Vorprüfung auch zu einem späteren Zeitpunkt** durchgeführt und sogar noch während des laufenden gerichtlichen Verfahrens nachgeholt werden kann (BVerwG, Urt. v. 20.08.2008, BVerwGE 131, 352, 359). Auch der Umstand, dass dem Vorprüfungspapier vom 14.05.2009, das dem Plangenehmigungsbescheid als Anlage beigelegt wurde, seinerseits im Wesentlichen eine **Vorprüfung aus dem Jahre 2005** zugrunde liegt, welche sich auf eine **deutlich abweichende Trassenführung** der Fernwärmeleitungen bezog, dürfte letztlich nichts daran ändern, dass die vorliegende **Prüfung als solche i.S.d. § 3c Satz 1 UVPG anzusehen** ist. Tatsächlich bedarf dies allerdings keiner Vertiefung, weil sich die UVP-Pflicht des Vorhabens aus anderen Gründen ergibt.“ (OVG Hamburg aaO)*

aa) gerichtlicher Prüfungsumfang bezüglich der Vorprüfung

*„Ohne Rechtsverstoß ist das Verwaltungsgericht davon ausgegangen, dass der zuständigen Behörde bei der „überschlägigen Prüfung“ nach § 3c S. 1 UVPG ein **Einschätzungsspielraum** zukommt. Dies folgt bereits aus den Worten „nach Einschätzung der zuständigen Behörde“ und ist in der aktuellen Fassung des § 3a S. 4 UVPG ausdrücklich festgelegt. Danach ist „die Einschätzung ... in einem **gerichtlichen Verfahren** betreffend die **Entscheidung** über die Zulässigkeit des Vorhabens **nur darauf zu überprüfen**, ob die **Vorprüfung entsprechend den Vorgaben von § 3c** durchgeführt worden ist und ob das **Ergebnis nachvollziehbar** ist.“ (OVG Hamburg aaO)*

Das Gericht hat somit zu prüfen,

- ob eine **Vorprüfung überhaupt stattgefunden** hat und
- ob das Ergebnis der Vorprüfung Rechtsfehler aufweist, die seine Nachvollziehbarkeit ausschließen.

„Letzteres ist anzunehmen, wenn die Vorprüfung entweder Ermittlungsfehler aufweist, die so schwer wiegen, dass sie auf die Nachvollziehbarkeit des Ergebnisses durchschlagen, oder wenn das Ergebnis außerhalb des Rahmens zulässiger Einschätzungen liegt.“ (OVG Hamburg aaO)

bb) Maßstab für die Erheblichkeit der nachteiligen Umweltauswirkungen

*„Zutreffend nimmt das Verwaltungsgericht weiter an, dass die Frage der **Erheblichkeit der nachteiligen Umweltauswirkungen** des Vorhabens materiell zu beantworten ist. Die in der Anlage 2 genannten Kriterien, die nach **§ 3c Satz 1 UVPG** bei der Prüfung zu berücksichtigen sind, enthalten keinen Maßstab für die „Erheblichkeit“ der Umweltauswirkungen, sondern geben als **Beurteilungsdirektive** lediglich an, welche Aspekte bei der Entscheidung über die Erheblichkeit zur Vermeidung eines Beurteilungsdefizits zu berücksichtigen sind.*

*Ein **materieller Anhaltspunkt** ergibt sich demgegenüber aus § 3c S. 4 UVPG, wonach zu berücksichtigen ist, „inwieweit **Prüfwerte für Größe oder Leistung**, die die Vorprüfung eröffnen, **überschritten werden**“. Die Orientierung an den Prüfwerten für Größe, Leistung und Eingriff, die nach der Anlage 1 zum UVPG eine obligatorische Umweltverträglichkeitsprüfung auslösen, ist dagegen **als Kriterium für die „Erheblichkeit“** der Umweltauswirkungen **regelmäßig nicht geeignet**, weil diese Werte so bemessen sind, dass sie ohne Rücksicht auf die konkreten Auswirkungen eines Vorhabens im Einzelfall eine Umweltverträglichkeitsprüfung auslösen sollen. Dabei ist vor allem die Zweckbestimmung der Umweltverträglichkeitsprüfung in den Blick zu nehmen, deren Ziel es ist, eine qualifizierte Grundlage für die fachplanerische Abwägungsentscheidung in einem Planfeststellungsverfahren zu liefern. Dies zeigt sich besonders im vorliegenden Fall, in dem nach § 20 I UVPG die **Planfeststellungsbedürftigkeit** des Vorhabens allein von der **Notwendigkeit einer Umweltverträglichkeitsprüfung** abhängig gemacht wird, weshalb es im Übrigen nicht darauf ankommt, ob Rechte Dritter von dem Vorhaben berührt werden oder nicht.“ (OVG Hamburg aaO)*

Da **umweltrechtliche Belange** grundsätzlich **auch in einem Plangenehmigungsverfahren** erhoben, zusammengestellt, bewertet und abgewogen werden können, unterscheiden sich Planfeststellung und Plangenehmigung jedenfalls für Vorhaben der vorliegenden Art vor allem durch die im Planfeststellungsverfahren und der damit verbundenen Umweltverträglichkeitsprüfung vorgesehenen **Beteiligung der be-**

troffenen Öffentlichkeit einschließlich der anerkannten Umweltvereine nach § 9 I i.V.m. § 2 IV S. 2 UVPG.

*„Sinn und Zweck dieser Beteiligungserfordernisse ist es unter anderem, bei Vorhaben mit nicht nur unwesentlichen nachteiligen Umweltauswirkungen einerseits **zusätzliche Informationen über die Umweltauswirkungen**, andererseits eine **zusätzliche Kontrolle des Verfahrens** zu erreichen. Auf diese Funktionen der Öffentlichkeitsbeteiligung darf nicht verzichtet werden, wenn das Vorhaben erhebliche nachteilige Umweltauswirkungen hervorrufen kann. Dies ist im vorliegenden Fall im Hinblick auf die Kriterien der Anlage 2 zum UVPG nach Art und Umfang der zu erwartenden Auswirkungen anzunehmen.*

*Auf der Grundlage der oben dargestellten Kriterien und Gesichtspunkte ist der Senat entgegen der Auffassung des Verwaltungsgerichts zu der Überzeugung gelangt, dass das Vorhaben **derart vielfältige und teilweise gravierende nachteilige Umweltauswirkungen** zur Folge hat, dass es **nicht mehr im Rahmen zulässiger Beurteilung** liegt, diese Auswirkungen des Vorhabens **insgesamt als nicht erheblich einzustufen**. [wird ausgeführt].“ (OVG Hamburg aaO)*

Es hätte daher ein Planfeststellungsverfahren mit der entsprechenden Beteiligung des Kl. durchgeführt werden müssen, so dass die Klage als Partizipationserzwingungsklage zulässig ist.

4. Zwischenergebnis: Die Klage ist zulässig.

II. Begründetheit der Klage

„Da für das Vorhaben eine Umweltverträglichkeitsprüfung hätte durchgeführt werden müssen, ist die Plangenehmigung wegen Verstoßes gegen § 20 II 1 UVPG rechtswidrig und verletzt den Ast. in seinen Rechten auf Beteiligung im Rahmen des an sich erforderlichen Planfeststellungsverfahrens.“ (OVG Hamburg aaO)

VwGO
§ 113 I 4 analog

Fortsetzungsfeststellungsklage Zulässigkeit bei Grundrechtseingriff

VwGO

(VGH München in DÖV 2010, 616; Beschluss vom 08.03.2010 – 10 B 09.1102)

1. Die Fortsetzungsfeststellungsklage kann auch erheben, wer zwar nicht Adressat der belastenden Anordnung war, jedoch in seiner persönlichen **Rechtssphäre berührt** ist, ohne dass es sich lediglich um **reflexartige Wirkungen** handelt.
2. Für ein Fortsetzungsfeststellungsinteresse genügt **jedes nach vernünftigen Erwägungen** nach Lage des Falles **anzuerkennende** schutzwürdige **Interesse rechtlicher, wirtschaftlicher oder auch ideeller Art**.
3. Das **Grundrecht auf effektiven Rechtsschutz** gebietet es, dass in Fällen **tiefgreifender**, tatsächlich jedoch **nicht fortwirkender Grundrechtseingriffe** eine gerichtliche Klärung der Rechtmäßigkeit des Eingriffs auch dann ermöglicht wird, wenn die **direkte Belastung** durch den angegriffenen Hoheitsakt sich nach dem **typischen Verfahrensablauf** auf eine **Zeitspanne beschränkt**, innerhalb derer eine gerichtliche Klärung nicht herbeigeführt werden kann.

Fall: Anlässlich des Christopher Street Day in M. im Jahr 2006 dekorierten die Kl. ihren Wagen mit einer satirischen Darstellung des Papstes und seiner Haltung zur Homosexualität. Wegen des vermeintlichen Anfangsverdachts einer Straftat nach § 103 StGB ergriff die Polizei Maßnahmen, wonach die Papstpuppe abgebaut und die Texte entfernt werden musste. Wegen der Einzelheiten des Sachverhaltes vgl. Besprechung auf S. 12 ff. und 15 ff. dieser Ausgabe). Ist die Klage zulässig?

I. Eröffnung des Verwaltungsrechtsweges, § 40 I 1 VwGO

Es müsste eine **öffentlich-rechtliche Streitigkeit nichtverfassungsrechtlicher** Art vorliegen. Streitentscheidend sind hier Normen des Polizei- und Versammlungsrechts, die ausschließlich Träger öffentlicher Gewalt berechtigen und verpflichten, so dass sie nach der modifizierten Subjektstheorie als öffentliches Recht anzusehen sind. Da zudem keine Verfassungsorgane um Verfassungsrecht streiten, ist der Verwaltungsrechtsweg nach § 40 I 1 VwGO eröffnet.

II. statthafte Klageart

Die Klage müsste auch statthaft sein.

*„Die angefochtene Maßnahme stellt einen **Verwaltungsakt** im Sinne des Art. 35 S.1 BayVwVfG dar, der sich bereits vor Klageerhebung dadurch **erledigt** hat, dass die polizeiliche Anordnung, die Plakate mit den Papstabbildungen sowie die Papstpuppe auf dem für den Christopher Street Day geschmückten Wagen der Kl. zu entfernen, sich in ihren rechtlichen Auswirkungen mit ihrer Vollziehung erschöpft hat, **ohne** dass eine **Rückgängigmachung dieser Vollziehung noch möglich** wäre (vgl. Kopp/Schenke, VwGO, 16. Aufl. 2009, Rn 103 zu § 113 VwGO).“* (VGH München aaO)

Ist ein belastender Verwaltungsakt aber erledigt, so kommt eine Aufhebung im Rahmen der Anfechtungsklage nach § 113 I 1 VwGO nicht mehr in Betracht. Allerdings ist bei Erledigung eines belastenden Verwaltungsakts vor Klageerhebung grundsätzlich eine Fortsetzungsfeststellungsklage nach **§ 113 I 4 VwGO analog** statthaft, die darauf gerichtet ist gerichtlich festzustellen, dass der **erledigte Verwaltungsakt rechtswidrig gewesen ist**.

III. Klagebefugnis, § 42 II VwGO

Wie bei der Anfechtungs- und Verpflichtungsklage ist das Bestehen einer Klagebefugnis gemäß § 42 II VwGO Sachurteilsvoraussetzung der Fortsetzungsfeststellungsklage (vgl. Kopp/Schenke, VwGO, Rn 125 zu § 113 VwGO).

1. Klagebefugnis des Kl. zu 1)

„Die Klagebefugnis beim Kl. zu 1 ergibt sich bereits daraus, dass er **Adressat des streitgegenständlichen Verwaltungsaktes** war, mit dem ihm die Entfernung der Papstplakate und der Papstpuppe auferlegt worden war und er sich dadurch in seinen Rechten verletzt fühlte.“ (VGH München aaO)

2. Klagebefugnis des Kl. zu 2)

Der Kl. zu 2) war hingegen nicht Adressat der polizeilichen Anordnung. Seine Klagebefugnis könnte sich jedoch daraus ergeben, dass der streitgegenständliche Verwaltungsakt auch für ihn eine Grundrechtsbeeinträchtigung darstellt.

„Hierfür ist erforderlich, dass der **Verwaltungsakt materiell eine Regelung trifft**, welche die persönliche **Rechtssphäre des Kl. berührt** (Happ in Eyermann, VwGO, 12. Aufl. 2006, Rn 101 zu § 42 VwGO). Es darf sich **nicht um lediglich reflexartige Wirkungen** des Verwaltungsakts handeln, sondern die durch den Verwaltungsakt getroffene Regelung muss für den Betroffenen **rechtliche Bindungswirkung auslösen**. Dies ist vorliegend der Fall.

Der Kl. zu 2) hat das von der Polizei **beanstandete Fahrzeug gemeinsam mit anderen** für den Einsatz am Christopher Street Day **vorbereitet**. Er hat dieses Fahrzeug zum Teil hergerichtet und war auch für die **Anmeldung** und die **Sicherheit** des Fahrzeugs gegenüber der Organisation des Christopher Street Days **verantwortlich**. Mit der auf dem Fahrzeug angebrachten und von der Polizei beanstandeten Dekoration wollte auch der **Kl. zu 2 seine Kritik an den Äußerungen der katholischen Kirche zur Homosexualität** zum Ausdruck bringen. Dies bestätigte er auch durch den Hinweis auf sein Hotel und Restaurant, der am unteren Rand des Plakats mit der Aufschrift „Papamobil“ angebracht war. Nach Entfernung der Plakate und der Papstpuppe aufgrund der streitgegenständlichen polizeilichen Anordnung war es **dem Kl. zu 2 nicht mehr möglich**, mit diesem Fahrzeug **seine Meinung zu den Äußerungen des Papstes kundzutun**. Sein Recht auf freie Meinungsäußerung nach Art. 5 I GG war unmittelbar durch den erlassenen Verwaltungsakt beeinträchtigt. Aufgrund der Tatsache, dass es **nur ein Fahrzeug gab, das zur Äußerung dieser Meinung vorbereitet und geeignet war**, ergibt sich unmittelbar die rechtliche Bindungswirkung für den Kl. zu 2. Der Senat hält aus diesen Gründen eine Klagebefugnis des Kl. zu 2 für gegeben.“ (VGH München aaO)

Die Klagebefugnis liegt daher nicht nur beim Kl. zu 1), sondern auch beim Kl. zu 2) vor.

IV. Fortsetzungsfeststellungsinteresse

Die Kl. müssten auch ein berechtigtes Interesse daran, dass Gericht trotz Erledigung des Verwaltungsaktes noch mit der Sache zu befassen, obwohl keine Rechtswirkungen mehr von diesem ausgehen.

„Nach st. Rspr. (vgl. Kopp/Schenke, VwGO, Rn 129 zu § 113 VwGO) genügt dafür **jedes nach vernünftigen Erwägungen nach Lage des Falles anzuerkennende schutzwürdige Interesse rechtlicher, wirtschaftlicher oder auch ideeller Art**. Neben dem Interesse an der Geltendmachung von Schadensersatz- oder Entschädigungsansprüchen wird ein Feststellungsinteresse auch anerkannt, wenn die begehrte **Feststellung**, dass der Verwaltungsakt rechtswidrig war, **zur Rehabilitation erforderlich ist**, weil der Verwaltungsakt **diskriminierenden Charakter** hatte oder wegen der konkreten Gefahr der **Wiederholung gleichartiger Verwaltungsakte**.“ (VGH München aaO)

1. Rehabilitationsinteresse

Die begehrte Feststellung der Rechtswidrigkeit könnte zur Rehabilitation der Kl. erforderlich sein.

a) Interesse auch ohne Fortdauer der Herabsetzung des Ansehens

„Nach st. Rspr. des BVerwG kann ein **ideelles Feststellungsinteresse** auch in Betracht kommen, wenn noch im Zeitpunkt der Entscheidung des Gerichts die in Frage stehende Maßnahme den Kl. **objektiv in seinem grundrechtlich geschützten Bereich beeinträchtigt** (vgl. BVerwG vom 23.3.1999 NVwZ 1999, 991). Hierzu zählen namentlich **Feststellungsbegehren, die polizeiliche Maßnahmen zum Gegenstand haben** (vgl. BVerwG vom 29.4.1997 NJW 1997, 2534). Nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts ist es zwar mit dem Gebot, effektiven Rechtsschutz zu gewährleisten, **grundsätzlich vereinbar**, wenn die Gerichte ein **Rechtsschutzinteresse nur so lange als gegeben ansehen**, als ein gerichtliches Verfahren dazu dienen kann,

- eine gegenwärtige Beschwerde auszuräumen,
- einer Wiederholungsgefahr zu begegnen oder
- eine **fortwirkende Beeinträchtigung** durch einen an sich beendeten Eingriff zu beseitigen.

Das **Grundrecht auf effektiven Rechtsschutz** gebietet es aber, dass der Betroffene Gelegenheit erhält, in Fällen **tiefgreifender, tatsächlich jedoch nicht fortwirkender Grundrechtseingriffe** auch dann die **Rechtsmäßigkeit des Eingriffs gerichtlich klären zu lassen**, wenn die **direkte Belastung** durch den angegriffenen Hoheitsakt sich nach dem **typischen Verfahrensablauf auf eine Zeitspanne beschränkt**, in welcher der Betroffene die **gerichtliche Entscheidung kaum erlangen kann**. Der verwaltungsgerichtliche Rechtsschutz darf **nicht von der weiteren Voraussetzung abhängig gemacht werden, dass an dem Betroffenen ein Exempel statuiert oder sein Ansehen in der Öffentlichkeit herabgesetzt wurde** (vgl. BVerwG vom 7.12.1998 NVwZ 1999, 290).“ (VGH München aaO)

b) Anwendung auf den Fall

Die Kl. haben sich auf die Verletzung ihres Grundrechts aus Art. 5 I GG berufen.

*„Im Hinblick auf das **Spannungsfeld** zwischen dem **Recht auf freie Meinungsäußerung** der Kl. und dem **polizeilichen Auftrag der Unterbindung von Straftaten** haben die Kl. ein berechtigtes Interesse an der Klärung, ob die von ihnen durch die verfremdeten Papstdarstellungen und die Papstpuppe geäußerte Kritik an der Lehre der Katholischen Kirche zu Fragen der Homosexualität **Straftaten** darstellen **oder** ob ihre **Meinungsäußerung in Form der Satire geschützt** ist. Diese Frage hat Bedeutung für die weitere kritische **Auseinandersetzung** von Homosexuellen mit **kirchlichen Lehrmeinungen**. Es würde der Bedeutung des grundrechtlich geschützten Rechts auf Meinungsfreiheit nach Art. 5 I GG nicht entsprechen, wenn die Möglichkeit der gerichtlichen Klärung der streitgegenständlichen Rechtsfragen entfiel. Hinzu kommt, dass die **angefochtene polizeiliche Maßnahme** auch in der **Öffentlichkeit bekannt** wurde und die Kl. sich nicht damit abfinden müssen, mit dem Vorwurf der Beleidigung des Papstes überzogen zu werden.“ (VGH München aaO)*

Es besteht daher wegen der erheblichen Grundrechtsrelevanz der Maßnahme ein Rehabilitationsinteresse der Kl.

2. Wiederholungsgefahr

Das Feststellungsinteresse wäre darüber hinaus wohl auch wegen der bestehenden Wiederholungsgefahr zu bejahen.

„Die Kl. haben in der mündlichen Verhandlung ausdrücklich darauf hingewiesen, dass sie mit dem Wagen in den nächsten Jahren wieder am Christopher Street Day teilnehmen und dabei die beanstandeten Papstbilder und die Papstpuppe zeigen wollen.“ (VGH München aaO)

Für ihr Klagebegehren haben die Kl. daher auch ein berechtigtes Feststellungsinteresse i. S. des § 113 I 4 VwGO

V. **Ergebnis:** Die vorliegenden Klagen sind als Fortsetzungsfeststellungsklagen analog § 113 I 4 VwGO zulässig.

Kurzauslese II

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

ZPO
§§ 91a, 93

Erledigung der Hauptsache nachträglich erhobene Verjährungseinrede (BGH in ZMR 2010, 591; Urteil vom 27.01.2010 – VIII ZR 58/09)

ZPO

Die **erstmalige Erhebung der Einrede der Verjährung im Laufe des Rechtsstreits** stellt auch dann ein **erledigendes Ereignis** dar, wenn die Verjährung bereits vor Rechtshängigkeit eingetreten ist.

- I. Zu der Frage, ob die Erhebung der Einrede der Verjährung auch gegenüber einer bei Klageerhebung bereits verjährten Forderung ein erledigendes Ereignis darstellt, werden sowohl **in der Rspr. als auch in der Lit. unterschiedliche Auffassungen** vertreten.
 1. Nach der **überwiegenden Auffassung der Instanzgerichte und der Lit.** stellt die Erhebung der Einrede der Verjährung ein erledigendes Ereignis dar.

Für die Frage, ob eine Erledigung der Hauptsache vorliege, sei es grds. ohne Bedeutung, auf welchen Umständen die nachträglich eingetretene Unzulässigkeit oder Unbegründetheit der Klage beruhe. Eine Erledigung der Hauptsache könne auch dann eintreten, wenn die Klage aus Gründen unzulässig oder unbegründet werde, die allein im Verantwortungsbereich des Kl. lägen. Daher könne auch die Verjährung der Klageforderung zur Erledigung des Rechtsstreits führen, obwohl es der Kl. selbst in der Hand gehabt hätte, den Eintritt der Verjährung zu vermeiden.

vgl. OLG Frankfurt a. M. GRUR-RR 2002, 18 = MDR 2002, 778; WRP 1982, 422 u. WRP 1979, 799; OLG Karlsruhe GRUR 1985, 454 = WRP 1985, 288; OLG Hamburg MD 1985, 951; OLG München WRP 1987, 267; OLG Düsseldorf WRP 1980, 701; OLG Stuttgart NJW-RR 1996, 1520; OLG Nürnberg WRP 1980, 232; OLG Celle WRP 1983, 96 und GRUR 1987, 716; Stein/Jonas/Bork, ZPO, 22. Aufl., § 91a Rn 6; Prütting/Gehrlein/Hausherr, ZPO, § 91a Rn 8 u. 11; Thomas/Putzo/Hüßtege, ZPO, 30. Aufl., § 91a Rn 5; Saenger/Gierl, Hk-ZPO, 3. Aufl., § 91a Rn 7; Baumbach/Lauterbach/Hartmann, ZPO, 67. Aufl., § 91a Rn 59 – „Verjährung“; Rosenberg/Schwab/Gottwald, ZivilprozessR, 16. Aufl., § 130 Rn 2; El-Gayar MDR 1998, 698; Meller-Hannich JZ 2005, 656; Peters NJW 2001, 2289; Wernecke JA 2004, 331; Thesen WRP 1981, 304

Eine Erledigung der Hauptsache trete deshalb auch dann ein, wenn die Verjährungsfrist für den Klageanspruch bereits bei Erhebung der Klage abgelaufen gewesen sei, sich der Bekl. jedoch erstmals im Prozess auf die Verjährung berufe.

OLG Frankfurt a. M. MDR 2002, 778; WRP 1982, 422; WRP 1979, 799; Prütting/Gehrlein/Hausherr, § 91a Rn 11; Peters NJW 2001, 2289; Meller-Hannich JZ 2005, 656; offengelassen: OLG Nürnberg WRP 1980, 232

Gründe, die Kosten des Rechtsstreits trotz Eintritts eines erledigenden Ereignisses dem Kl. – in den Fällen der übereinstimmenden Erledigungserklärung – aus Billigkeitserwägungen aufzuerlegen, können nach dieser Auffassung etwa dann gegeben sein, wenn der Kl. einen bereits verjährten Anspruch rechtshängig gemacht hat, ohne dass der Bekl. Gelegenheit gehabt hatte, die Verjährung zu prüfen und bereits vorprozessual geltend zu machen.

OLG Frankfurt a. M. MDR 2002, 778; WRP 1982, 422; WRP 1979, 799; vgl. auch Meller-Hannich JZ 2005, 6556; a.A. Peters NJW 2001, 2289

2. Nach **a.A.** handelt es sich bei der Erhebung der Einrede der Verjährung nicht um ein erledigendes Ereignis. Umstände, deren Eintritt der Kl. beeinflussen könne, insbes. solche, die auf einem Verhalten des Kl. selbst beruhen und deren Eintritt er hätte verhindern können, müssten als Erledigungsereignisse außer Betracht bleiben. Bei der Verjährung liege es alleine an dem Gläubiger, der den geltend gemachten Anspruch habe verjährten lassen, dass letzterer infolge der Verjährungseinrede unbegründet geworden sei. Es bestehe kein überzeugender Grund, den Kl. vor den Folgen seines Verhaltens zu schützen. Eine Klage werde zwar erst dann unbegründet, wenn der Bekl. eine begründete Verjährungseinrede erhebe. Voraussetzung sei allerdings, dass die Verjährungsfrist auch abgelaufen sei, der Kl. also die Verjährung nicht durch die im Gesetz vorgesehenen Maßnahmen unterbrochen habe.

OLG Koblenz WRP 1982, 657; OLG Schleswig NJW-RR 1986, 38; OLG Hamm WRP 1977, 199; OLG Hamburg WRP 1982, 161; MüKo-ZPO/Lindacher, 3. Aufl., § 91a Rn 152; Wicczorek/Schütze/Steiner, ZPO, 3. Aufl., § 91a Rn 33; Ulrich WRP 1990, 651; Bork WRP 1987, 8

Begründet wird diese Auffassung auch damit, dass die Geltendmachung der Einrede im Prozess auf den Zeitpunkt des Verjährungseintritts zurückwirke. Die Verjährungseinrede führe deshalb dazu, dass die ab Verjährungseintritt bestehende Undurchsetzbarkeit des Anspruchs beachtlich werde und die Klage damit ab dem Zeitpunkt des Verjährungseintritts als unbegründet anzusehen sei. Werde ein bereits verjährter Anspruch eingeklagt und erhebe der Bekl. danach erstmals die Verjährungseinrede, so werde die Klage dadurch nicht unbegründet, vielmehr sei sie dies auf Grund der genannten Rückwirkung bereits vor Klageerhebung gewesen (vgl. Zöller/Vollkommer, § 91a Rn 58 – „Verjährung“; El-Gayar MDR 1998, 699).

Auch unter kostenrechtlichen Gesichtspunkten sei es nicht sachgerecht, den Kl. für eine nachlässige Prozessführung zu begünstigen. Sinn und Zweck sowohl des § 91a ZPO als auch der Erledigungsentscheidung bei einseitig-

ger Erledigungserklärung sei es, den Kl. vor ungerechtfertigten Nachteilen zu bewahren, wenn eine ursprünglich zulässige und begründete Klage ohne sein Zutun unzulässig oder unbegründet werde.

vgl. OLG Schleswig NJW-RR 1986, 38; OLG Koblenz WRP 1982, 657; vgl. auch MüKo-ZPO/Lindacher, § 91a Rn 152

3. Eine **weitere Auffassung** unterscheidet danach, ob der Eintritt der Verjährung vor oder nach Erhebung der Klage oder der Beantragung einer einstweiligen Verfügung erfolgt ist. Nach dieser Auffassung stellt die Einrede der Verjährung gegenüber einer bereits vor Verfahrensbeginn verjährten Forderung kein erledigendes Ereignis dar, während ein solches im Falle des erst während des laufenden Verfahrens erfolgenden Verjährungseintritts bejaht wird.

Zöller/Vollkommer, § 91a Rn 5 u. 58– „Verjährung“; El-Gayar MDR 1998, 698; Hase WRP 1985, 254

4. Der **BGH hat die Frage**, ob die Erhebung der Einrede der Verjährung auch gegenüber einer bei Klageerhebung bereits verjährten Forderung ein erledigendes Ereignis darstellt, **noch nicht entschieden** (BGHZ 155, 392 = NJW 2003, 3134; BGH NJW-RR 1993, 1319).

- II. **BGH aaO** hält die unter I 1) dargestellte überwiegende **Auffassung für zutreffend, wonach die erstmalige Erhebung der Einrede der Verjährung im Laufe des Verfahrens ein erledigendes Ereignis** darstellt. Dies soll auch dann gelten, wenn die **Verjährung des geltend gemachten Anspruchs bereits vor Rechtshängigkeit** eingetreten ist.

„Der Eintritt der Verjährung hat für sich genommen weder Auswirkungen auf das Bestehen noch auf die Durchsetzbarkeit des Anspruchs (vgl. BGHZ 156, 269 = NJW 2004, 164; MüKo-BGB/Grothe, 5. Aufl., vor § 194 Rn 5 u. § 214 Rn 1; Palandt/Ellenberger, BGB, 69. Aufl., § 214 Rn 1,2). Der Schuldner ist ab dem Verjährungseintritt lediglich berechtigt, dauerhaft die Leistung zu verweigern (§ 214 I BGB; BGH NJW-RR 2005, 241 = WM 2004, 2443; Palandt/Ellenberger, § 214 Rn 1, 2), was dem Anspruch die Durchsetzbarkeit nimmt (BGH NJW 2008, 1312 = BauR 2008, 666; Meller-Hannich JZ 2005, 656). Die Verjährung berührt nach der Konzeption des BGB mithin weder den anspruchsbegründenden Tatbestand noch das Bestehen des Rechts des Gläubigers; im Rechtsstreit hat deshalb, selbst wenn die verjährungsbegründenden Umstände als solche vom Kl. selbst vorgetragen werden, auf Antrag Versäumnisurteil gegen den ausgebliebenen Bekl. zu ergehen (BGHZ 156, 269 = NJW 2004, 164). An dieser Konzeption hat der Gesetzgeber bei der Novellierung des Verjährungsrechts durch das Schuldrechtsmodernisierungsgesetz festgehalten (BGHZ 156, 269 = NJW 2004, 164).

Ob der Schuldner von der ihm nach Verjährungseintritt zustehenden Einrede der Verjährung Gebrauch macht, steht in seinem freien Belieben (MüKo-BGB/Grothe, § 194 Rn 5 und § 214 Rn 1). Erhebt der Bekl. erstmals während des Prozesses die Einrede der Verjährung, so wird hierdurch für den Kl. ein Hindernis geschaffen, den geltend gemachten Anspruch erfolgreich durchzusetzen. Seine ursprünglich zulässige und begründete Klage wird durch die Erhebung der Einrede unbegründet. Erst Letztere und nicht bereits der Eintritt der Verjährung führt zur sachlichen Erledigung des Rechtsstreits in der Hauptsache (vgl. BGHZ 155, 392 = NJW 2003, 3134, zur Aufrechnungserklärung).

Dass die **Verjährungseinrede materiell-rechtlich** – etwa hinsichtlich des Verzugs (vgl. hierzu BGHZ 104, 6 = NJW 1988, 1778; BGHZ 48, 249 = NJW 1967, 1808 – auch auf den Zeitpunkt des Verjährungseintritts zurückwirkt (Meller-Hannich JZ 2005, 656; El-Gayar MDR 1998, 698), ändert hieran nichts (ebenso Stein/Jonas/Bork, § 91a Rn 6, hinsichtlich der materiell-rechtlichen Rückwirkung bei der Aufrechnungserklärung) und hat insbes. nicht zur Folge, dass die Klage im Falle der Einredeerhebung als von Anfang an unbegründet zu gelten hat (Meller-Hannich JZ 2005, 656; a.A. El-Gayar MDR 1998, 698). Wie der BGH (BGHZ 155, 392 = NJW 2003, 3134) hinsichtlich der im Prozess erfolgten Aufrechnungserklärung bereits entschieden hat, tritt die materiell-rechtliche Rückwirkung erst durch die Aufrechnungserklärung ein. Letzterer kommt mithin die Bedeutung des erledigenden Ereignisses im Prozess zu. Es besteht kein sachlicher Grund, dies bei der Einrede der Verjährung anders zu behandeln. In beiden Fällen ist es alleine dem Schuldner überlassen, ob er von der genannten Möglichkeit der Anspruchsabwehr Gebrauch macht.

Zudem weist die **Verjährungseinrede eine Ähnlichkeit mit der Aufrechnungserklärung** insoweit auf, als sie ebenfalls die materielle Rechtslage – mit der entsprechenden Folge für die Begründetheit der Klage – ändert und einen rechtsgeschäftsähnlichen Charakter (vgl. hierzu BGHZ 156, 269 = NJW 2004, 164) hat (vgl. Meller-Hannich JZ 2005, 656; El-Gayar MDR 1998, 698, letzterer allerdings mit entgegengesetzter Schlussfolgerung).“ (BGH aaO)

GVG
§ 72 II 1

Berufung in WEG-Sache Einlegung beim sachlich unzuständigen Gericht

GVG

(BGH in MDR 2010, 887; Beschluss vom 12.04.2010 – V ZB 224/09)

Die **Berufung in einer WEG-Sache** kann auch dann **nur bei dem sachlich zuständigen Landgericht fristwährend eingelegt werden, wenn in dem betreffenden OLG-Bezirk auf Grund einer Rechtsverordnung nach § 72 II 2 und 3 GVG** nicht das für den Sitz des OLG zuständige LG, sondern **ein anderes LG** für diese Berufungen **zuständig ist**.

Die **Versäumung der Berufungsfrist** ist in einem solchen Fall daher dann **nicht unverschuldet**, wenn sie darauf beruht, dass das Vorhandensein einer abweichenden Zuständigkeitsregelung und ihr Inhalt nicht geprüft wurden.

„In der Rspr. des BGH ist anerkannt, dass der Rechtsanwalt die Berufungsschrift auf ihre Richtigkeit überprüfen muss (BGH NJW-RR 1988, 1528; BGH NJW-RR 1993, 254; BGH NJW 2009, 1750; Musielak/Grandel, ZPO, 6. Aufl., § 233 Rn 45). Dazu gehört neben der Bezeichnung der Parteien (BGH VersR 1982, 191) auch die Bezeichnung des zuständigen Gerichts (BGH VersR 1988, 251; BGH VersR 1993, 1381; BGH NJW 2009, 1750). Die dafür erforderliche rechtliche Prüfung der Zuständigkeit ist ein - zudem nicht delegierbarer - Kernbestandteil der Berufungsschrift, die der Rechtsanwalt in jedem Fall vor Einreichung der Berufungsschrift und auch selbst vornehmen muss. Dazu gehört bei einer bundesrechtlichen Zuständigkeitsregelung, die abweichende Regelungen durch das Landesrecht zulässt, auch die Prüfung, ob das betreffende Land hiervon Gebrauch gemacht hat.

Diese Prüfung haben die Prozessbevollmächtigten der Bekl. nicht, jedenfalls nicht mit der gebotenen Sorgfalt vorgenommen. Sie haben ihre Prüfung bei § 72 II 1 GVG abgebrochen und es versäumt zu prüfen, ob die Landesregierung oder die Landesjustizverwaltung des Landes Niedersachsen von ihrer Kompetenz nach § 72 II 2 u. 3 GVG Gebrauch gemacht hat, die Zuständigkeit für die Berufung in Wohnungseigentumssachen auf ein anderes LG im Bezirk des OLG zu übertragen. Diese Prüfung drängte sich schon nach dem Text der Vorschrift auf (zu diesem Gesichtspunkt: BGH NJW 1979, 1414). Sie war, wie aufgezeigt, auch ohne weiteres möglich.“ (BGH aaO)

StGB
§ 46b

**Kronzeugenregelung
Opfer einer Katalogtat**

StGB

(BGH in StV 2010, 480; Beschluss vom 19.05.2010 – 5 StR 182/10)

§ 46b StGB ist auch auf das Opfer einer in § 46b I 1 Nr. 1 StGB i.V.m. § 100a II StPO bezeichneten Tat anwendbar, denn die Kronzeugenregelung setzt keinen Zusammenhang zwischen der Tat des Kronzeugen und der Tat, zu dem der Aufklärungsbeitrag geleistet wird, voraus.

„Nach der vom Gesetzgeber bewusst überaus weit ausgestalteten Tatbestandsfassung des § 46b I 1 Nr. 1 StGB ist nicht erforderlich, dass es sich bei dem „Kronzeugen“ um einen Tatbeteiligten handelt (RegE, BT-Dr 16/6268, S. 10, 12; Fischer, 57. Aufl., § 46b Rn 13a). Der „Kronzeuge“ muss lediglich Aufklärungshilfe zu „einer“ der in § 100a II StPO aufgeführten Taten leisten. Ein Zusammenhang mit den von ihm verübten Taten ist nicht vorausgesetzt.

Die vom LG in diesem Zusammenhang zitierte Vorschrift des § 46b I 3 StGB enthält keine Eingrenzung auf Tatbeteiligte, sondern statuiert für den Tatbeteiligten das zusätzliche Erfordernis einer Aufklärung über den eigenen Tatbeitrag hinaus. Hieraus ergibt sich im Gegen-schluss, dass der „Kronzeuge“ ansonsten lediglich Wissen über irgendeine Katalogtat offenbaren muss.“ (BGH aaO)

StPO
§ 231a I 1

**selbstverschuldete Verhandlungsunfähigkeit
Nichtbehandlung einer Erkrankung**

StPO

(LG Lüneburg in NSTz-RR 2010, 211; Beschluss vom 25.01.2010 – 26 Qs 306/09)

Eine **vorsätzlich und schuldhaft herbeigeführte Verhandlungsunfähigkeit** i.S. des § 231a I 1 StPO kann auch darin zu sehen sein, dass der Angekl. eine nicht von ihm hervorgerufene **Erkrankung**, die die Verhandlungsunfähigkeit begründet, **nicht ärztlich behandeln lässt, obwohl ihm dies nach Abwägung aller Umstände des Einzelfalles zumutbar wäre.**

„[Es] ist anerkannt, dass für die Anwendung des § 231a I 1 StPO keine absolute Verhandlungsunfähigkeit vorauszusetzen ist. Vielmehr reicht es aus, wenn der Angekl. nur für kürzere Zeitspannen, die zur Erledigung des Verfahrens in vernünftiger Frist nicht ausreichen, an der Verhandlung teilnehmen kann (vgl. Meyer-Goßner, StPO, 52. Aufl., § 231a Rn 5 m.w.N.).

[Es] entspricht verbreiteter Ansicht in der obergerichtlichen Rspr., der sich die Kammer anschließt, dass § 231a StPO grds. auch auf jene Fälle angewandt werden kann, in denen der Angekl. die Verhandlungsunfähigkeit nicht durch eigenes Tun oder Unterlassen bewirkt hat, sondern eine zur Beseitigung der nicht von ihm herbeigeführten Verhandlungsunfähigkeit notwendige ärztliche Behandlung nicht in Anspruch nimmt (vgl. OLG Nürnberg NJW 2000, 1804; OLG Düsseldorf NSTz-RR 2001, 274; OLG Hamm NJW 1977, 1739).

In den vorliegenden Zustand seiner Verhandlungsunfähigkeit hat sich der Angekl. auch vorsätzlich und schuldhaft versetzt, wie es für die Durchführung einer Hauptverhandlung ohne seine Anwesenheit gem. § 231a I 1 StPO erforderlich ist. Soweit der Verteidiger des Angekl. dagegen vorbringt, dass sich ein verhandlungsunfähiger Angekl. nicht ärztlich behandeln lassen müsse, um seine Verhandlungsfähigkeit wieder herzustellen (so etwa auch LG Nürnberg-Fürth NJW 1999, 1125; Meyer/Goßner, § 231a StPO Rn 7 sowie Löwe/Rosenberg, StPO, 26. Aufl., § 231a StPO Rn 6), so vermag die Kammer dem in dieser Allgemeinheit nicht zu folgen. Eine solche generalisierende Betrachtungsweise erkennt, dass die **staatliche Gewalt verfassungsrechtlich verpflichtet ist, das Strafverfahren vor Manipulationen von Seiten des Angekl. zu bewahren** und auf diesem Wege den Rechtsfrieden in Gestalt einer funktionierenden Strafrechtspflege zu sichern. In diesem Sinne hat das BVerfG in st. Rspr. das **Interesse der Allgemeinheit an einer effektiven Strafrechtspflege** betont, ohne die Gerechtigkeit nicht durchgesetzt werden kann. Der Grundsatz der Rechtsstaatlichkeit, die Aufgabe des Staatswesens, das Vertrauen der Allgemeinheit in die Funktionsfähigkeit der Strafrechtspflege zu schützen, und die Gleichbehandlung aller Angekl. im Strafverfahren verlangen daher nach einer effektiven Durchsetzung des staatlichen Strafanspruchs. Dies bedeutet, die Einleitung und Durchführung des Strafverfahrens zu gewährleisten und diese Entscheidungen nicht von der Kooperationsbereitschaft des Angekl. abhängig zu machen. Diesem darf aus den genannten Erwägungen daher nicht die Möglichkeit eröffnet werden, sich durch eine willentliche und vorwerfbare Herbeiführung seiner Verhandlungsunfähigkeit – sei es durch Rauschgift- oder Medikamentenmissbrauch, Hungerstreik, andere selbstschädigende Handlungen oder eben die Nichtinanspruchnahme ärztlicher Behandlungsmöglichkeiten – dem Verfahren zu entziehen und eine Feststellung seiner Schuld sowie eine etwaige Bestrafung zu vereiteln (vgl. ausführlich OLG Nürnberg NJW 2000, 1804 sowie BVerfG NJW 1979, 2349).“ (LG Lüneburg aaO)

VwVfG
§ 35 S. 1

**Verwaltungsakt
verschärfter Verweis durch Schulleiter**

VwVfG

(VGH München in NJOZ 2010, 1592; Urteil vom 10.03.2010 – 7 B 09.1906)

Ein **verschärfter Verweis durch den Schulleiter** ist mangels Regelung **kein Verwaltungsakt** und daher **nur im Wege einer allgemeinen Feststellungsklage gerichtlich angreifbar.**

„Verwaltungsakt im (prozessrechtlichen) Sinne ist jede Verfügung, Entscheidung oder andere hoheitliche Maßnahme, die eine Behörde zur Regelung eines Einzelfalls auf dem Gebiet des öffentlichen Rechts trifft und die auf unmittelbare Rechtswirkung nach außen gerichtet ist (vgl. § 35 S.1 VwVfG bzw. Art. 35 S. 1 BayVwVfG). Einem **verschärften Verweis** nach Art. 86 II 1 Nr. 2 BayEUG dürfte zwar – anders als einer mündlichen Rüge oder einem Klassenbucheintrag – **unmittelbare Außenrechtswirkung** zukommen, da die vom zuständigen Schulleiter außerhalb des laufenden Unterrichtsbetriebs vorgenommene disziplinarische Ahndung in Form einer „Schulstrafe“ den Vorwurf eines erheblichen schuldhaften Fehlverhaltens impliziert, so dass damit jedenfalls in das von Art. 2 I GG i. V. mit Art. 1 I GG geschützte Persönlichkeitsrecht des Schülers eingegriffen wird (vgl. OVG Lüneburg DVBl 1973, 280; Niehues/Rux, Schul- und PrüfungsR, Bd. 1, 4. Aufl. 2006, Rn 382; offengelassen in VGH München NVwZ-RR 1990, 608).

Dennoch liegt **kein Verwaltungsakt** vor, **weil sich der Verweis** im Unterschied zu den in Art. 86 II 1 Nr. 3 – 10 BayEUG vorgesehenen Ordnungsmaßnahmen (Versetzung in eine Parallelklasse, Ausschluss vom Unterricht, Zuweisung an eine andere Schule, Entlassung von der Schule oder Androhung derselben, Ausschluss von allen Schulen) **auf eine erzieherische Bewertung beschränkt** und eine solche **bloße Missbilligung eines ordnungswidrigen Verhaltens keine Einzelfallregelung** darstellt. Eine „Regelung“ ist nur anzunehmen, wenn die behördliche Maßnahme auf eine verbindliche Rechtsfolge gerichtet ist, d. h. wenn Rechte des Betroffenen unmittelbar begründet, geändert, aufgehoben, mit bindender Wirkung festgestellt oder verneint werden (BVerwGE 77, 268 = NJW 1988, 87 m. w. Nachw.; zuletzt

BVerwG NVwZ 2010, 133). Der verschärfte Verweis löst in diesem Sinne keine unmittelbaren Rechtsfolgen aus. Er soll dem betreffenden Schüler nur nach Art einer Abmahnung eindringlich vor Augen führen, dass die Schule ein bestimmtes Handeln nicht (mehr) hinnimmt (vgl. Niehues/Rux, Rn 392; Kiesl/Stahl, Das Schulrecht in Bayern, Art. 86 BayEUG Erl. 6, 7; s. allg. Stelkens/Bonk/Sachs, VwVfG, 7. Aufl. 2008, § 35 Rn 84).

Dass die Ordnungsmaßnahme auf der „Feststellung“ eines sanktionswürdigen Sachverhalts durch den Schulleiter beruht, deutet nicht auf einen **Regelungsgehalt** hin, da auch für Realakte rechtliche Vorgaben gelten und die Notwendigkeit einer vorherigen Prüfung der Rechtslage daher noch nichts über die Handlungsform aussagt (BVerwGE 77, 268 = NJW 1988, 87). In der bloßen Erteilung eines verschärften Verweises liegt weder die verbindliche (und damit bestandskräftfähige) Feststellung, Begründung, Änderung, Aufhebung oder Verneinung von Rechten des betroffenen Schülers noch die bescheidsmäßig konkretisierte (und daher ggf. vollstreckbare) Anordnung, das gerügte Verhalten künftig zu unterlassen. Die in dem Verweis enthaltene Beanstandung ist nach geltendem Recht auch keine zwingende Voraussetzung dafür, dass das Fehlverhalten dem Schüler noch in späteren Zeugnissen oder Ordnungsverfahren vorgehalten werden kann (zu einer solchen gesetzlichen Verknüpfung BVerwGE 114, 160 = NVwZ 2001, 1399).“ (VGH München aaO)

VwGO
§ 43 I

Feststellungsklage Zulässigkeit

VwGO

(VGH Mannheim in VBIBW 2010, 325; Urteil vom 11.02.2010 – 9 S 1130/08)

Die **Feststellungsklage** vor den Verwaltungsgerichten ist eine **zulässige und „fachspezifische“ Rechtsschutzform, um verwaltungsrechtliche Zweifelsfragen zu klären, über die ein Straf- oder OWiG-Verfahren droht.**

„Der **verwaltungsgerichtliche Rechtsschutz** ist grds. **nicht vorbeugend konzipiert**. Um den Grundsatz der Gewaltenteilung und das der Verwaltung zugewiesene Handlungsfeld nicht übermäßig und „anlasslos“ zu beeinträchtigen, setzt die den Gerichten übertragene Kontrollfunktion gegen regulierende Maßnahmen der Behörden grundsätzlich erst nachgelagert ein. Die Inanspruchnahme gerichtlichen Rechtsschutzes gegen behördliche Regulierungen setzt daher regelmäßig den Erlass eines Verwaltungsaktes voraus, der nachfolgend Gegenstand gerichtlicher Überprüfung ist. Vorbeugender Rechtsschutz gegen erwartete oder befürchtete Anordnungen der Verwaltung ist daher grundsätzlich unzulässig.

Etwas **anderes gilt** indes dann, **wenn dem Bürger ein weiteres Zuwarten, ob und wie die Behörde tätig werden wird, nicht zugemutet werden kann** und daher ein **schutzwürdiges Interesse an einer alsbaldigen gerichtlichen Klärung** besteht. Eine derartige **Ausnahmekonstellation** liegt hier vor: Die Kl. hat ein schutzwürdiges Interesse an der alsbaldigen Feststellung der streitigen Fragen. Dies folgt zunächst bereits daraus, dass sie auf gesicherte Rechtsverhältnisse angewiesen ist, um ihre wirtschaftlichen Dispositionen entsprechend einstellen zu können. Insbesondere aber verstieße es gegen die Garantie wirkungsvollen Rechtsschutzes aus Art. 19 IV GG, die Kl. auf die ihr zur Verfügung stehenden Rechtsmittel im eingeleiteten Straf- oder Bußgeldverfahren zu verweisen. Denn es ist **der Kl. nicht zuzumuten, die Klärung verwaltungsrechtlicher Zweifelsfragen „von der Anklagebank herab“ führen zu müssen**. Sie hat vielmehr ein als schutzwürdig anzuerkennendes Interesse daran, den Verwaltungsrechtsweg als sachnähere und „fachspezifischere“ Rechtsschutzform einzuschlagen, wenn ihr wegen verwaltungsrechtlicher Fragen ein Straf- oder Ordnungswidrigkeitenverfahren droht (vgl. dazu auch BVerfG NVwZ 2003, 856). Es ist weder sinnvoll noch zumutbar, dem Bürger in einem derartigen Schwebezustand die Möglichkeit der verbindlichen Klärung streitiger Fragen des öffentlichen Rechts zu verwehren. Dies gilt umso mehr, als Kern und Anlass der Auseinandersetzung im öffentlichen Recht wurzeln und ein Verweis auf die Rechtsschutzmöglichkeiten der ordentlichen Gerichtsbarkeit gegen etwaige Ermittlungsmaßnahmen daher auch nicht sachdienlich erscheint.“ (VGH Mannheim aaO)

VwGO
§ 47 II 1

Normenkontrollantrag Antragsfrist ist eine Ausschlussfrist

VwGO

(VGH München in BayVBl 2010, 440; Urteil vom 17.11.2009 – 1 N 08.2796)

Bei der **Frist des § 47 II 1 VwGO** handelt es sich um eine **Ausschlussfrist**, sodass eine Wiedereinsetzung in den vorigen Stand (§ 60 VwGO) nicht in Frage kommt.

„Für diese Auffassung spricht ausschlaggebend der mit der Befristung von Normenkontrollanträgen verfolgte **Zweck, relative Rechtssicherheit zu schaffen**. Das Wiedereinsetzung gewährende Urteil des BVerwG (BVerwGE 109, 148) steht dem nicht entgegen: Es ist nicht zur Zwei- bzw. Einjahresfrist des § 47 II 1 VwGO ergangen, sondern zur Dreimonatsfrist gem. Nr. 1 des Gesetzes zur Beschränkung von Rechtsmitteln in der Verwaltungsgerichtsbarkeit - RMBeschrG -, das als Art. 13 des Investitionserleichterungs- und Wohnbaulandgesetzes vom 22. April 1993 (BGBl I S. 466, 487) am 1. Mai 1993 in Kraft getreten war.

Die Einstufung der Frist des § 47 II 1 VwGO als Ausschlussfrist und der damit einhergehende Ausschluss einer Wiedereinsetzung in den vorigen Stand erscheint auch nicht im Hinblick auf das aus Art. 19 IV GG folgende Gebot der **Gewährleistung eines effizienten Rechtsschutzes gegen Akte öffentlicher Gewalt** bedenklich: Bedenken bestünden allenfalls dann, wenn ein Betroffener nach Ablauf der Ausschlussfrist keine Möglichkeit mehr hätte, sich gegen eine Rechtsverletzung durch die oder aufgrund der Norm zur Wehr zu setzen (vgl. BVerfG NJW 1997, 650). Dies ist jedoch nicht der Fall. Die Normenkontrolle gem. § 47 VwGO ist verfassungsrechtlich nicht geboten. Bei Bebauungsplänen (und anderen städtebaulichen Satzungen) kann sich der Betroffene auch gegen die den Bebauungsplan umsetzenden Maßnahmen zur Wehr setzen und (im Anfechtungsprozess gegen die Baugenehmigung oder im Verpflichtungsprozess auf bauaufsichtliches Einschreiten gegen ein verfahrensfreies Vorhaben) geltend machen, dass der Bebauungsplan unwirksam sei und damit eine nicht an eine Frist gebundene inzidente Prüfung der Wirksamkeit der Norm erreichen (vgl. Schoch/Schmidt-Aßmann/Pietzner, VwGO, Stand Juli 2003, § 47 Rn 10). Bei den für die Verfahren des sog. Individualrechtsschutzes geltenden Rechtsmittelfristen kommt im Übrigen auch eine Wiedereinsetzung in Betracht.“ (VGH München aaO)

VwGO
§ 148

gerichtl. Begründungspflicht Nichtabhilfeentscheidung

VwGO

(VGH Kassel in NVwZ-RR 2010, 501; Beschluss vom 26.11.2009 – 7 B 2994/09)

Aus der verfassungsrechtlichen Garantie des rechtlichen Gehörs in Art. 103 I GG folgt eine **Pflicht des Verwaltungsgerichts zur Begründung seiner Entscheidung**, einer Beschwerde nicht abzuwehren, grds. nur dann, wenn der mit der Be-

schwerde angegriffene Beschluss gesetzwidrig selbst nicht begründet gewesen oder aber das Festhalten des Verwaltungsgerichts an seiner für die angegriffene Entscheidung konkret gegebenen Begründung auf Grund des Beschwerdevorbringens schlechterdings rechtlich nicht mehr vertretbar ist.

„Einfachgesetzlich ist das **Erfordernis einer Begründung in § 148 VwGO nicht vorgesehen**. Aus der **verfassungsrechtlichen Garantie rechtlichen Gehörs** in Art. 103 I GG folgt eine **Pflicht des VG zur Begründung seiner Entscheidung**, der Beschwerde nicht abzuweichen, grds. **nur**, wenn der mit der Beschwerde angegriffene Beschluss gesetzwidrig selbst nicht begründet gewesen oder aber das Festhalten des VG an seiner für die angegriffene Entscheidung konkret gegebenen Begründung auf Grund des Beschwerdevorbringens schlechterdings rechtlich nicht mehr vertretbar ist. In diesen Sonderfällen resultiert aus dem gehörsrechtlichen Gebot, **wesentliches Beteiligtenvorbringen zu berücksichtigen**, ausnahmsweise eine – einfachgesetzlich nicht ausdrücklich vorgesehene – **Begründungspflicht** (vgl. zu Vorstehendem: Eyermann, VwGO, 12. Aufl. 2006, § 148 Rn 7; Kopp/Schenke, VwGO, 16. Aufl. 2009, § 148 Rn 4, jew. m.w.N.).“ (VGH Kassel aaO)

JAG
§§ 14 II, 15 I-III

Prüfungsbescheid
Umfang der Bestandskraft

PrüfR

(OVG Münster in NWVBl. 2010, 238; Urteil vom 27.08.2009 – 14 A 313/09)

Ein **Prüfungsbescheid** wird **nicht nur hinsichtlich der Feststellung**, eine juristische **Prüfung sei nicht bestanden, bestandskräftig, sondern auch hinsichtlich der festgelegten Punktzahl** einschließlich der dieser zugrunde liegenden Einzelbewertungen. Es besteht daher in diesen Fällen **kein Anspruch auf Neubewertung** einer bei einem erneuten Prüfungsversuch angerechneten Prüfungsleistung.

„Der Rspr. des erkennenden Gerichts (vgl. OVG NRW in NWVBl. 1998, 403) [ist nicht] zu entnehmen, dass in Verfahren der vorliegenden Art die Bestandskraft einer Prüfungsentscheidung durchbrochen und die - mögliche - Verpflichtung zur Neubewertung allenfalls im Fall einer prozessualen Verwirkung des Klagerechts ausgeschlossen wird. Denn der der genannten Entscheidung zugrunde liegende Sachverhalt betraf eine Prüfungsentscheidung über ein „Blockversagen“, so dass es auf die einzelne Note zum Erreichen einer Punktzahl als Bestehensgrenze nicht ankam, weil eine Gesamtnote nicht zu errechnen war. Nur für diesen Fall hatte OVG Münster aaO die Möglichkeit angesprochen, eine Einzelbewertung im Weg der allgemeinen Leistungsklage überprüfen zu lassen. Dementsprechend lag dem diese Entscheidung bestätigenden Beschluss des BVerwG auch nur diese Konstellation zugrunde.“ (OVG Münster aaO)

Speziell für Rechtsanwälte und Notare

Gebühren und Kosten

RVG
§ 10

Freistellungsanspruch vorgerichtliche Anwaltskosten

RVG

(LG Berlin in ZMR 2010, 527; Urteil vom 23.11.2009 – 67 S 111/09)

Auch wenn der Mandant/Kl. eine Gebührenrechnung seines Rechtsanwalts nicht vorlegt, besteht bereits ein Freistellungsanspruch gegen den Gegner/Bekl.

„Der Begründetheit des Freistellungsanspruchs steht auch nicht der Umgang entgegen, dass die Kl. eine Gebührenrechnung ihrer Prozessbevollmächtigten bisher nicht vorgelegt hat. Denn die Erstellung einer Rechnung i. S. des § 10 RVG ist nicht Voraussetzung eines Schadensersatzanspruchs gegenüber einem Dritten. Die Vorschrift regelt, dass der Rechtsanwalt die Vergütung nur aufgrund einer von ihm unterzeichneten und den Auftraggeber mitgeteilten Berechnung einfordern kann. Der hier geltend gemachte Schadensersatzanspruch richtet sich jedoch nicht gegen den Auftraggeber.

Der Kl. steht [aber] der geltend gemachte und auf Zahlung gerichtete Schadensersatzanspruch nicht zu: Denn die Kl. trägt den Eintritt eines erstattungsfähigen Schadens i. S. des § 280 I BGB nicht vor. Sie behauptet selbst nicht, die als Schadensersatz geltend gemachten Kosten bereits beglichen zu haben. Erst nach Ausgleich der vorgerichtlichen Rechtsanwaltskosten durch den Auftraggeber ist der Verzugsschuldner zur Zahlung dieses Betrages und nicht nur zur Freistellung von diesen Kosten zu verurteilen.“ (LG Berlin aaO)

RVG
§ 14

Rahmengebühren

RVG

bindende Ermessensausübung durch Rechnungsstellung
(OLG Köln in ZAP 2010, 120; Beschluss vom 12.10.2009 – 5 U 59/09)

Durch die Abrechnung der Anwaltsgebühren übt ein Rechtsanwalt das ihm gem. § 14 RVG zustehende Ermessen in Bezug auf die Höhe des Gebührensatzes aus. Diese Ermessensausübung ist nicht nur für den Mandanten, sondern auch für den Rechtsanwalt selbst **bindend**.

*„Ein Abrücken von dieser Festlegung käme dann in Betracht, wenn der Kl. einen **Gebührentatbestand versehentlich übersehen** hätte (BGH NJW 1987, 3203; Hartmann aaO, § 14 RVG Rn 12), was hier ersichtlich nicht der Fall ist, oder wenn sich **nachträglich wesentliche Änderungen hinsichtlich der für die Bestimmung des Gebührensatzes maßgeblichen Umstände** ergeben hätten, die bei Rechnungsstellung noch nicht bekannt gewesen sind. Auch von dem zuletzt genannten Fall kann hier ersichtlich nicht ausgegangen werden. Denn zum einen hat der Kl. zwischen der Rechnungsstellung und der Beendigung des Mandats keine Handlungen mehr im Rahmen des umstrittenen Mandats vorgenommen, die Einfluss auf die Bemessung des Gebührensatzes hätten haben können. Und zum anderen ergibt sich aus den vorprozessualen Schreiben des Kl. und insbes. aus seinem Schreiben an die Rechtsschutzversicherung der Bekl., dass er zu diesem Zeitpunkt einen Gebührensatz von 2,0 nicht aufgrund nachträglicher Umstände, sondern im Hinblick auf die Umstände der Tätigkeiten für angemessen hielt.*

Abgesehen von den eben genannten Umständen wäre ein Abrücken des Kl. von der Ermessensausübung hinsichtlich des Gebührensatzes in der Rechnung allenfalls dann denkbar, wenn er sich in der Rechnung ausdrücklich und eindeutig erkennbar vorbehalten hätte, den Gebührensatz nachträglich anders zu bestimmen. Ob ein solcher Vorbehalt überhaupt zulässig wäre, was zweifelhaft erscheint, weil es sich bei der Ausübung des Ermessens um ein Gestaltungsrecht handelt, bedarf im vorliegenden Streitfall keiner Klärung. Denn von einem solchen Vorbehalt kann hier nicht ausgegangen werden (wird ausgeführt).“ (OLG Köln aaO)

RVG
§§ 15, 17

Terminsgebühr Streitgenossen

RVG

(OLG Brandenburg in MDR 2010, 898; Beschluss vom 10.12.2009 – 10 WF 199/09)

Ein **Prozessbevollmächtigter**, der im Termin nicht nur die eigene Partei, sondern **in Untervollmacht auch deren Streitgenossen vertritt**, kann die **Terminsgebühr** nicht zweimal, sondern **nur einmal liquidieren**.

*„Die **zusätzliche Vertretung** der Bekl. zu 1) und 2) im Termin zur mündlichen Verhandlung, in dem er auch für die Bekl. zu 3) und 4) aufgetreten ist, **löst keine zweite Terminsgebühr aus**. Dem steht **§ 15 II 1 RVG** entgegen, wonach der Rechtsanwalt die **Gebühren in derselben Angelegenheit nur einmal fordern** kann. Die vom Prozessbevollmächtigten der Bekl. zu 3) und 4) im Termin zur mündlichen Verhandlung für alle vier Bekl. entfaltete Tätigkeit stellte für ihn insgesamt dieselbe Angelegenheit dar.*

*Unter einer **Angelegenheit im gebührenrechtlichen Sinne** ist **das gesamte Geschäft** zu verstehen, das der Rechtsanwalt zu besorgen hat. Der Begriff der Angelegenheit schließt eine Vielzahl anwaltlicher Tätigkeiten zu einer gebührenrechtlichen Einheit zusammen und grenzt bei mehreren Auftraggebern die Tätigkeiten, für die eine Gesamtvergütung zu berechnen ist, von den Tätigkeiten ab, für die der Rechtsanwalt getrennte Gebühren verlangen kann. Dabei ist die Angelegenheit weder an den Auftrag noch an die Person des Auftraggebers gebunden.*

Das RVG geht - wie die BRAGO - von der Vorstellung aus, dass die Angelegenheit bei der Tätigkeit in einem gerichtlichen Verfahren im Allgemeinen mit diesem Verfahren identisch ist. Die Vorschrift des § 15 II 2 RVG, nach der die Gebühren in jedem Rechtszug gefordert werden können, stellt deshalb eigens klar, dass nicht das gesamte Verfahren als eine Angelegenheit, sondern jeder Rechtszug als besondere Angelegenheit zu behandeln ist. Daraus ergibt sich der **Umkehrschluss**, dass **innerhalb desselben prozessualen Rechtszugs nur dann mehrere Angelegenheiten vorliegen, wenn dies ausdrücklich bestimmt ist**. Der Fall der zusätzlichen Vertretung weiterer Bekl., nachdem bereits eine Prozessvollmacht von anderen Bekl. erteilt worden ist, fällt nicht unter einen der in den §§ 17 und 18 RVG geregelten Zweifels- und Ausnahmefälle, genauso wenig wie die Tätigkeit eines Anwalts nach einem Parteiwechsel im selben Rechtsstreit (vgl. BGH NJW 2007, 769).

Nichts anderes kann im vorliegenden Fall gelten, in dem dem anwaltlichen Vertreter der Bekl. zu 3) und 4) nicht eine Prozessvollmacht für die Bekl. zu 1) und 2) erteilt worden ist, sondern lediglich eine Vollmacht zu deren Vertretung im Termin. Der Anwalt, der zwei Bekl. in Prozessvollmacht vertritt und zwei weitere Bekl. in Terminsvollmacht, kann nicht höhere Gebühren verdienen als der Anwalt, der von allen Bekl. Prozessvollmacht erhalten hat.“ (OLG Brandenburg aaO)

VV RVG
Nr. 1008

Mehrvertretungszuschlag bei Vertretung von Streithelfern

RVG

(BGH in BRAK-Mitt. 2010, 183; Beschluss vom 19.01.2010 – VI ZB 36/08)

Wird ein Rechtsanwalt für eine im Wege des Direktanspruchs mitverklagte Partei und zugleich für diese als Streithelferin einer anderen Partei tätig, steht ihm **keine Gebührrhöhung nach Nr. 1008 VV RVG zu**.

„In diesem Fall steht dem Prozessbevollmächtigten keine erhöhte Gebühr nach Nr. 1008 VV RVG zu, weil er **nicht für verschiedene Personen i.S. dieser Vorschrift tätig geworden ist**.

Der **Nebenintervenient ist nicht Vertreter der von ihm unterstützten Partei**. Er beteiligt sich vielmehr nur an einem fremden Prozess und handelt insoweit **neben der Hauptpartei**. Der Nebenintervenient handelt mithin stets in eigenem Namen und kraft eigenen Rechts (vgl. Musielak/Weth, ZPO, 7. Aufl., § 67 Rn 2; PG/Gehrlein, ZPO, § 67 Rn 1; Zöller/Vollkommer, 27. Aufl., ZPO, § 67 Rn jew. m.w.N.).

Im Hinblick darauf wird zu Recht ein Anspruch auf eine erhöhte Gebühr nach Nr. 1008 VV RVG (früher: § 6 I 2 BRAGO) verneint, wenn ein Rechtsanwalt in einem Prozess eine Partei und zugleich diese als Streithelfer eines Dritten vertritt (vgl. OLG Braunschweig OLGR 2001, 181; OLG Koblenz JurBüro 2004, 484; OLG München OLGR 1993, 171). Nach dem **Sinn und Zweck der Nr. 1008 VV RVG** soll mit der Erhöhung dem mit dem Vorhandensein mehrerer Beteiligter typischerweise verbundenen Mehr an Arbeit und Aufwand, insbes. durch die laufende Informationsaufnahme und Unterrichtung durch den Rechtsanwalt, in genereller Weise Rechnung getragen werden. Zudem wird die Erhöhung in solchen Fällen mit dem für den Prozessbevollmächtigten bestehenden höheren Haftungsrisiko begründet (vgl. BGH NJW 1987, 2240; OLG München OLGR 1993, 171; Gerold/Schmidt/Müller-Rabe, RVG, 18. Aufl., Nr. 1008 VV RVG Rn 37; BT-Dr 7/2016, S. 99; BT-Dr 15/1971, S. 205). Nach diesem Sinn und Zweck ist es zwar grds. möglich, dass der Rechtsanwalt eine erhöhte Gebühr erhält, wenn er eine Partei und zugleich einen Streithelfer vertritt, weil es unerheblich ist, in welcher Rolle die mehreren Auftraggeber an einer Angelegenheit beteiligt sind (vgl. Gerold/Schmidt/Müller-Rabe, Nr. 1008 VV RVG Rn 40). Der Anwalt muss aber für mehrere Personen tätig werden. Dies ist nicht der Fall, wenn er **einen Auftraggeber vertritt, der in verschiedenen Rollen am Verfahren teilnimmt**, wie hier die Bekl. zu 3) als Partei und zugleich als Nebenintervenient (vgl. Gerold/Schmidt/Müller-Rabe, Nr. 1008 VV RVG Rn 48). In einem solchen Fall liegt eine andere Situation vor als in den Verfahren, in denen der Rechtsanwalt den Nebenintervenienten und die von diesem unterstützte Partei vertritt (vgl. OLG Hamburg JurBüro 1984, 702) oder eine Person gleichzeitig als Partei kraft Amtes und als natürliche Person gesamt-schuldnerisch in Anspruch genommen wird (vgl. OLG Köln OLGR 2009, 64).“ (BGH aaO)

VV RVG
Nr. 3100

Geschäftsgebühr Anrechnung auf nachfolgende Verfahrensgebühr

RVG

(BGH in FamRZ 2010, 1248; Beschluss vom 29.04.2010 – V ZB 38/10)

Die **Geschäftsgebühr** ist nur im Innenverhältnis zum eigenen Mandanten auf die nachfolgende **Verfahrensgebühr** anzurechnen.

„Die **Vorschrift über die Anrechnung der Geschäftsgebühr betrifft das Innenverhältnis zwischen dem Rechtsanwalt und seinem Mandanten und wirkt sich im Verhältnis zu Dritten, also insbes. im Kostenfestsetzungsverfahren, grds. nicht aus** (BGH NJW 2009, 3101; BGH FamRZ 2010, 456). Die Anrechnung ist bei der Kostenerstattung nur dahingehend zu berücksichtigen, dass der Gegner nicht mehr zu zahlen hat, als die siegreiche Partei ihrem Rechtsanwalt aus dem Mandatsverhältnis schuldet. Die Anrechnung findet daher im Rahmen der Kostenfestsetzung nur in den Fällen statt, die nunmehr in § 15a II RVG gesetzlich geregelt worden sind.“ (BGH aaO)

RVG
Nr. 3104

Terminsgebühr Verfahrensverbindung

RVG

(BGH in Rpfleger 2010, 446; Beschluss vom 14.04.2010 – IV ZB 6/09)

Wird in einem Verfahren mündlich verhandelt und dieses Verfahren sodann mit einem anderen Verfahren verbunden, in dem bisher noch nicht mündlich verhandelt wurde, so ist die **bereits entstandene Terminsgebühr auf die nach Verbindung aus dem Gesamtstreitwert zu ermittelnde Terminsgebühr (Nr. 3104 VV RVG) anzurechnen**.

- I. Die **Frage**, welche Terminsgebühren anfallen, wenn zunächst in einem Rechtsstreit mündlich verhandelt worden ist und zu einem späteren Zeitpunkt eine Verbindung mit einem anderen Verfahren erfolgt, in dem bis zur Verbindung nicht mündlich verhandelt wurde, wird **in Rspr. und Lit. unterschiedlich beantwortet**.
 1. Die **überwiegend vertretene Auffassung** geht davon aus, dass die bereits entstandene Terminsgebühr auf die nach Verbindung aus dem Gesamtstreitwert zu ermittelnde Terminsgebühr anzurechnen ist.

OLG Köln JurBüro 1987, 380; OLG München JurBüro 1986, 556; OLG Bamberg JurBüro 1986, 219; OLG Stuttgart JurBüro 1982, 1670; OLG Zweibrücken JurBüro 1981, 699; KG Rpfleger 1973, 441; Nds. FG EFG 2008, 242; VGH BadenWürttemberg NVwZ-RR 2006, 855; VG Hamburg NVwZ-RR 2008, 741; Gerold/Schmidt, RVG, 18. Aufl., VV 3100 Rn 86 u. 88; Göttlich/Mümmeler, RVG, 3. Aufl., "Verbindung" 2.2 S. 1053 f.; Riedel/Sußbauer, RVG 9. Aufl. § 7 Rn 21, § 15 Rn 29; Riedel/Sußbauer aaO, VV RVG Teil 3 Vorbem. 3 Rn 36; Enders JurBüro 2007, 169

2. **Andere** nehmen an, dass neben der bereits angefallenen Terminsgebühr eine weitere aus dem höheren Streitwert nach der Verbindung zu errechnen und diese in dem Verhältnis zu kürzen ist, das dem Anteil der schon verhandelten Sache am Gesamtstreitwert nach Verbindung entspricht.

Nur diese Berechnung werde dem Grundsatz gerecht, dass einer Prozessverbindung gebührenrechtlich keine rückwirkende Kraft zukomme und dass durch sie - anders als bei einer nachträglichen Klageerweiterung oder Widerklage - keine Gebührennachteile entstehen sollen. Die Verbindung der Verfahren dürfe sich insbesondere deswegen nicht nachteilig auswirken, weil die Parteien in aller Regel keinen Einfluss auf die Vornahme der Verbindung durch das Gericht hätten.

OLG Düsseldorf Rpfleger 1995, 477; 1978, 427; OLG Frankfurt NJW 1958, 554; AnwK-RVG/Onderka/N. Schneider, 5. Aufl., VV RVG Vorbem. 3 Rn 208 f.; Göttlich/Mümmeler aaO, "Terminsgebühr des Teils 3" 9.2 S. 986; Hartmann, Kostengesetze, 39. Aufl., § 2 RVG Rn 5

3. Das **OLG Koblenz** (JurBüro 1986, 1523) geht vom Entstehen zweier Gebühren aus, die sich aus den jeweiligen Streitwerten der verbundenen Verfahren errechnen. Gebührenrechtlich handele es sich bei dem verbundenen Verfahren um eine besondere Angelegenheit. Dabei sollen die Gebühren aus dem Streitwert vor Verbindung sowie aus einem Teilstreitwert errechnet werden, der sich aus der Differenz des Gesamtstreitwerts nach Verbindung und dem Streitwert vor Verbindung ergibt.

- II. Nach **BGH aaO** sind zwei einzelne Verfahren bis zu ihrer Verbindung gesonderte gebührenrechtliche Angelegenheiten (§ 15 I RVG); mit der Verbindung liegt jedoch nur noch eine gebührenrechtliche Angelegenheit vor. Die Gegenstandswerte sind dann zu addieren und aus dieser Summe sind diejenigen Gebühren zu errechnen, deren Tatbestand nach der Verbindung erfüllt wird, § 15 II 1 RVG

vgl. auch KG KGR Berlin 2008, 486; OLG Koblenz MDR 2005, 1017; OLG Stuttgart OLGR Stuttgart 2001, 270; Göttlich/Mümmeler aaO, "Verbindung" 2.2 S. 1053 f.

Die **Verbindung zeitigt gebührenrechtlich allerdings keine Rückwirkung**: Die aus den Einzelstreitwerten vor der Verbindung bereits entstandenen Gebühren bleiben nach dem Grundgedanken des § 15 IV RVG bestehen. Daher bleibt die schon angefallene Terminsgebühr erhalten, wird jedoch auf diejenige, die aus dem höheren Gegenstandswert nach Verbindung zu ermitteln ist, in vollem Umfang angerechnet.

„Der aus der Verbindung entstandene Rechtsstreit ist für die Berechnung der Terminsgebühr so zu behandeln, als ob eine Klagenhäufung oder Klageerweiterung bestanden bzw. eine Widerklage vorgelegen hätte (vgl. mit Blick auf Rechtsmittelsumme BGH NJW 1957, 183). Wie im Falle der Verbindung ist auch dort die gemeinsame Verhandlung - zumindest einer Partei - aufgezungen. Differenzierte man insoweit, würde der Anfall der Gebühren von Zufälligkeiten des Prozessverlaufs und des Verhaltens der Prozessbeteiligten abhängen. Es besteht insofern aber kein sachlich gerechtfertigter Grund, den Rechtsanwalt im Falle der Verbindung von Verfahren besser zu stellen als bei einer Klageerweiterung oder einer Widerklage (vgl. OLG München aaO; OLG Stuttgart JurBüro 1982 aaO; OLG Zweibrücken aaO; KG Rpfleger 1973 aaO; Müller-Rabe aaO, Rn 88; Keller aaO). In diesen Fällen ist anerkannt, dass die bereits verdiente Gebühr in vollem Umfang auf die Gebühr aus dem Gesamtstreitwert anzurechnen und jeweils nur der höchste Wert der anwaltlichen Tätigkeit maßgeblich ist (vgl. nur Müller-Rabe, Rn 88, 119, 131). Diese Gleichbehandlung von Verbindung einerseits und Klagerhöhung bzw. Widerklage andererseits steht im Einklang damit, dass es einem Rechtsanwalt nicht gestattet ist, anstehende Verfahren seines Auftraggebers nur im eigenen Gebühreninteresse zu vereinzeln, statt sie in ihrer objektiven Zusammengehörigkeit gebührenrechtlich als eine Angelegenheit zu behandeln und damit zu einer geringeren Kostenbelastung beizutragen (vgl. BGH NJW 2004, 1043; Hartmann aaO, § 15 RVG Rn 16). Auch hier ist kein Grund ersichtlich, warum der Ast bezüglich der Terminsgebühr im verbundenen Verfahren besser stehen soll, als er stünde, wenn er nach Einklagen einer der beiden Forderungen und mündlicher Verhandlung die Klage um die weitere Forderung erhöht und es dann eine weitere Verhandlung über die im Wege der Klageerweiterung geltend gemachte Gesamtforderung gegeben hätte.

Die Regelung des § 15 IV RVG steht dem nicht entgegen: Diese verbietet keine Anrechnung einer bereits verdienten Gebühr, sondern schließt nur deren Reduzierung aus. Ein darüber hinausgehender Vorteil, der - so der Ansatz bei OLG Koblenz JurBüro 1986, 1523 - auf eine Freistellung von dem in § 13 RVG niedergelegten Prinzip der Gebührendegression bei höheren Streitwerten hinausläufe, soll dadurch nicht gewährt werden (vgl. OLG Köln aaO; OLG München aaO; OLG Stuttgart JurBüro 1982 aaO; OLG Zweibrücken aaO; KG Rpfleger 1973 aaO; VG Hamburg aaO; Müller-Rabe aaO Rn 88). Die durch das Gesetz vorgeschriebene Gebührendegression darf nicht dadurch unterlaufen werden, dass bei der Gebührenberechnung ganz oder teilweise so getan wird, als habe es die Verbindung nicht gegeben.“ (BGH aaO)

VV RVG
Nr. 4141 I Nr. 1

Erledigungsgebühr erforderliche anwaltliche Mitwirkung

RVG

(OLG Stuttgart in Rpfleger 2010, 443; Beschluss vom 08.03.2010 – 2 Ws 29/10)

Für die anwaltliche Mitwirkung i. S. der Nr. 4141 I Nr. 1 VV RVG genügt jede auf die Förderung des Verfahrens gerichtete Tätigkeit, die objektiv geeignet ist, das Verfahren im Hinblick auf eine Verfahrensbeendigung außerhalb der Hauptverhandlung zu fördern. Weitergehende Anforderung an die Quantität oder Qualität der Mitwirkung, insbesondere i. S. einer intensiven und zeitaufwändigen anwaltlichen Mitwirkung bestehen nicht.

- I. Dem **Wortlaut** nach entsteht die Gebühr, wenn die Hauptverhandlung „durch die anwaltliche Mitwirkung“ entbehrlich wird, weil (Abs. 1 Nr. 1) das Verfahren nicht nur vorläufig eingestellt wird. Es entspricht der h. M., dass auch die Ein-

stellung gem. § 154 II StPO eine nicht nur vorläufige Einstellung i. S. der Norm ist, da der Fortführung des Verfahrens gem. § 154 IV u. V StPO erhebliche Hindernisse entgegenstehen.

Burhoff, VV RVG Nr. 4141 Rn 14; Hartmann, Kostengesetze, 39. Auflage 2009, Rn 4; Schneider/Wolf, VV RVG Nr. 4141, Rn 28; Gerold/Schmidt, RVG, 18. Auflage 2008, VV 4141 Rn 15

Gesetzsystematisch spricht - wie schon bei dem früher geltenden § 84 II BRAGO - eine Vermutung für eine Verfahrensförderung i. S. von Nr. 4141 VV RVG durch den Rechtsanwalt, wenn dieser für den Angeklagten tätig wird und das Verfahren ohne Durchführung einer Hauptverhandlung abgeschlossen wird.

OLG Düsseldorf NSTz-RR 2003, 31; Burhoff aaO, VV RVG Nr. 4141 Rn 10; Gerold/Schmidt aaO, VV RVG Nr. 4141 Rn 12; Hartung/Römermann/Schons, RVG, 2. Auflage 2006, VV RVG Nr. 4141, Rn 30; Hartmann aaO, VV RVG Nr. 4141 Rn 9

Nach dem **Ausschlusstatbestand des Nr. 4141 II VV RVG** entsteht die Gebühr nur dann nicht, wenn „eine auf die Förderung gerichtete Tätigkeit nicht ersichtlich ist.“ Daher trägt die Staatskasse die Beweislast für das Nichtentstehen der Gebühr.

„Nr. 4141 VV RVG kann keine weitergehende Anforderung an die Quantität oder Qualität des anwaltlichen Mitwirkungsbeitrags entnommen werden. Der Grad der anwaltlichen Mitwirkung ist daher unerheblich, entscheidend ist vielmehr, dass überhaupt „eine auf die Förderung gerichtete Tätigkeit“ ersichtlich ist. Nach dem Wortlaut („gerichtete“) genügt eine bloße Förderungsabsicht der Mitwirkungshandlung (Hartmann aaO, VV RVG Nr. 4141 Rn 8 u. 9). Mit dem Ausschlusstatbestand der Nr. 4141 II VV RVG sollen offensichtlich nur sachfremde Eingaben und sich in keiner erkennbaren Weise auf die Sache selbst beziehende Tätigkeiten des Rechtsanwalts ausgeschlossen werden (OLG Düsseldorf aaO). Für die Beurteilung kommt es daher einzig darauf an, ob ein Beitrag des Verteidigers vorliegt, der objektiv geeignet ist, das Verfahren in formeller und/oder materieller Hinsicht im Hinblick auf eine Verfahrensbeendigung außerhalb der Hauptverhandlung zu fördern (zu den denkbaren Mitwirkungshandlungen siehe: Burhoff aaO, VV RVG Nr. 4141 Rn 7; Schneider/Wolf aaO, VV RVG Nr. 4141 Rn 31; Gerold/Schmidt aaO, VV RVG Nr. 4141 Rn 6 u. 7; Bischof/Jungbauer/Bräuer/Curkovic/Mathias/Uher, RVG, 2. Auflage 2007, VV RVG Nr. 4141-4142 Rn 124).“ (OLG Stuttgart aaO)

- II. Mit der **h. M. in Lit. und Rspr.** muss die auf Förderung „gerichtete“ Mitwirkungshandlung für die Entscheidung des Gerichts insbes. weder ursächlich noch mitursächlich sein (Burhoff aaO, VV RVG Nr. 4141 Rn 11; Gerold/Schmidt aaO, VV RVG Nr. 4141 Rn 10; Hartmann aaO, VV RVG Nr. 4141 Rn 8; Schneider/Wolf aaO, VV RVG Nr. 4141 Rn 30; a. A.: AG Betzdorf JurBüro 2008, 589; Mayer/Kroiß, RVG, 4. Auflage 2009, VV RVG Nr. 4141 Rn 12). Im Rahmen des Kostenfestsetzungsverfahrens sollen damit nachträglich nicht die subjektiven Erwägungen und Vorstellungen der entscheidenden Richter ermittelt werden müssen und als Maßstab für die Bewertung zugrunde gelegt werden.

„Nichts anderes folgt im Hinblick auf die **Quantität der anwaltliche Mitwirkung** aus der **Intention des Gesetzgebers**, mit Schaffung von Nr. 4141 VV RVG den **Grundgedanken des § 84 II BRAGO zu übernehmen**, der „intensive und zeitaufwendige Tätigkeiten des Verteidigers, die zu einer Vermeidung der Hauptverhandlung und damit beim Verteidiger zum Verlust der Hauptverhandlungsgebühr führen, gebührenrechtlich“ honorieren wollte (Entwurf eines Gesetzes zur Modernisierung des Kostenrechts (Kostenrechtsmodernisierungsgesetz - KostRMOg), BT-Druck 15/1971, S. 227).

Die Begründung zeigt nur, weshalb der Gesetzgeber diesen Gebührentatbestand geschaffen hat. Angesichts des Gesetz gewordenen Wortlauts selbst kann hieraus aber keine einschränkende Auslegung im dem Sinn vorgenommen werden, dass unter anwaltlicher Mitwirkung nur intensive und zeitaufwändige Tätigkeiten zu verstehen wären. Die gebotene Auslegung des Gesetzes hat den in der Gesetzesbestimmung zum Ausdruck kommenden objektivierten **Willen des Gesetzgebers** zu erfassen, wie er sich aus dem Wortlaut der Gesetzesbestimmung und dessen Sinnzusammenhang ergibt. Die Materialien zur Entstehungsgeschichte dürfen dabei nicht mit dem objektiven Gesetzesinhalt gleichgesetzt werden, sondern sind nur unterstützend heranzuziehen. Die Begrifflichkeit „anwaltliche Mitwirkung“ der Nr. 4141 VV RVG ist daher unter Berücksichtigung des in Abs. 2 ausformulierten Ausschlusstatbestandes in dem Sinn auszulegen, dass der Verteidiger durch seine Tätigkeit die endgültige Einstellung des Verfahrens zumindest gefördert, „eine auf die Förderung gerichtete Tätigkeit“ entfaltet haben muss.

Dieses Auslegungsergebnis entspricht der **Rspr. des BGH** zum Begriff der anwaltlichen Mitwirkung in Bußgeldsachen vor der Verwaltungsbehörde nach Nr. 5115 I Nr. 1 VV RVG, dessen Wortlaut Nr. 4141 I Nr. 1 VV RVG entspricht. Auch dort **genügt jede Tätigkeit, die zur Förderung der Verfahrenserledigung geeignet ist**. Nach der zutreffenden Begründung des BGH lässt sich der strengere Maßstab für die Erledigungsgebühr der Nr. 1002 VV RVG, der eine besondere, nicht nur unwesentliche und gerade auf die außgerichtliche Erledigung gerichtete Tätigkeit verlangt (siehe hierzu etwa Schneider/Wolf aaO, VV RVG Nr. 1002 Rn 18 ff.; Gerold/Schmidt aaO, VV RVG Nr. 1002 Rn 38 ff.) nicht auf Nr. 5115 VV RVG übertragen, da die Vorschrift u. a. nicht vergleichbare Verwaltungsstreitigkeiten betrifft. Nichts anderes gilt nach Ansicht des Senats auch für die Nr. 4141 VV RVG.

Negativ abzugrenzen ist im Fall der Nr. 4141 VV RVG die bloße Akteneinsicht oder die Verteidigerbestellung, die als solche noch nicht als auf „die Förderung gerichtete Tätigkeit“ wahrgenommen werden können (h. M., vgl. Burhoff aaO, VV RVG Nr. 4141 Rn 8, Gerold/Schmidt aaO, VV RVG Nr. 4141 Rn 9; AG Hannover JurBüro 2006, 79).“ (OLG Stuttgart aaO)

ZPO
§ 3

Gebührenstreitwert
unbezahlter Schmerzensgeldantrag

ZPO

(KG in MDR 2010, 888; Beschluss vom 15.03.2010 – 12 W /09)

Der **Gebührenstreitwert eines unbezahlten Schmerzensgeldantrags mit Angabe eines Mindestbetrages** ist der Betrag, der aufgrund des klagebegründenden Sachvortrags zuzusprechen wäre, wenn sich dieser als richtig erweist. Dabei ist der festzusetzende Wert **nicht geringer als der vom Kl. angegebene Mindestbetrag**.

Maßgeblicher Zeitpunkt dieser Beurteilung ist der **Eingang der Klagebegründung bei Gericht**.

„Auch bei unbezahlten Ermessensanträgen nach § 3 ZPO [ist] der **Wert des Streitgegenstandes zu schätzen**, wobei dabei die **klägerische Sachdarstellung zu Grund zu legen** ist.

Der Streitwert ist also der Betrag, der auf Grund des Sachvortrags des Kl. zuzusprechen wäre, wenn die Klage begründet ist (allgemeine Meinung, vgl. nur Thomas/Putzo, ZPO, 30. Aufl., 2009, § 3 Rn 63).

In der Regel ist aber der Wert auch bei der erforderlichen **objektiven Würdigung** nicht geringer als derjenige Betrag, den der Kl. mindestens begehrt (OLG Hamm AnwBl 1984, 202; OLG München VersR 1995, 1117; LG Hamburg JurBüro 1992, 699; Baumbach, ZPO, Anh § 3 Rn 99, 100; Hartmann, Kostengesetze, 40. Aufl. 2010, GKG Anh I § 48, Rn 99, 100; vgl. auch Zöller/Herget, ZPO, § 3 Rn 16 "Unbezifferte Klageanträge", der sich lediglich dagegen wendet, die vom Kl. angegebene Größenordnung des Betrages als verbindliche Mindestgrenze zu behandeln).

Die erforderliche "Schlüssigkeitsprüfung in der Klägerstation" (Zöller aaO) muss aber **auf den Zeitpunkt der Klagebegründung abstellen** (vgl. § 40 GKG) und kann nicht am Ergebnis einer Beweisaufnahme über die klägerischen Behauptungen orientiert werden." (KG aaO)

ZPO
§ 114

Prozesskostenhilfe
für Beitritt der Kindsmutter im Vaterschaftsanfechtungsverfahren
(BGH in FamRZ 2010, 1243; Beschluss vom 02.06.2010 – XII ZB 60/09)

ZPO

Wenn die **Kindesmutter einem Verfahren auf Anfechtung der Vaterschaft** zur Wahrung ihrer eigenen Rechte auf Seiten des Kindes **beitritt, ist** ihr auf einen entsprechenden Antrag hin **Verfahrenskostenhilfe zu bewilligen**. Insbesondere ist die **Rechtsverfolgung hier regelmäßig nicht als mutwillig** i. S. der für Altverfahren noch anwendbaren Vorschrift des § 114 S. 1 ZPO anzusehen; dies gilt auch dann, wenn sie keine weiteren Beiträge zur Prozessförderung leisten kann.

- I. Einem **Nebenintervenienten** kann nach seinem Beitritt - ebenso wie einer Prozesspartei - Prozesskostenhilfe bewilligt werden. Dabei ist das Gericht auf der Grundlage der persönlichen Verhältnisse des Streithelfers an die gesetzlichen Voraussetzungen für die Bewilligung der Prozesskostenhilfe nach den §§ 114, 115 ZPO und für die Beordnung eines Rechtsanwalts nach § 121 ZPO gebunden (BGH NJW 1966, 597).

Das gilt auch für einen Nebenintervenienten in einer Kindschaftssache (jetzt Abstammungssache).

„Da die Mutter in dem Prozess des Vaters auf Anfechtung der Vaterschaft nach § 640 e ZPO a.F. zwingend zu beteiligen ist, unterscheidet sich ihre Stellung nach ihrem Beitritt zum Prozess insoweit nicht von derjenigen einer Partei des Rechtsstreits. Ihr ist deswegen wie einer Partei des Rechtsstreits und unter denselben Voraussetzungen Prozesskostenhilfe zu bewilligen. Das gilt auch für Verfahren mit Amtsermittlungsgrundsatz. Auch in solchen Verfahren darf eine mittellose Partei nicht schlechter gestellt werden als eine Partei, die die Kosten des Rechtsstreits selbst aufbringen kann (BVerfG FamRZ 2002, 531). Einem Nebenintervenienten im Vaterschaftsanfechtungsverfahren kann die begehrte Prozesskostenhilfe aber versagt werden, wenn die beabsichtigte Rechtsverfolgung bzw. Rechtsverteidigung keine hinreichende Aussicht auf Erfolg bietet oder mutwillig ist (§ 114 ZPO). Eine Verletzung des rechtlichen Gehörs (Art. 103 I GG) liegt dann nicht vor (BVerfGE 9, 256; Staudinger/Rauscher, BGB, 2004, § 1600 e Rn 103).“ (BGH aaO)

- II. **Strittig ist allerdings, ob der Beitritt** der Mutter in einem Verfahren des Vaters auf Anfechtung der Vaterschaft **mutwillig ist, wenn keine konkrete Unterstützung der Prozesspartei möglich oder beabsichtigt ist**.

1. **Teilweise** wird die Auffassung vertreten, die durch den Beitritt der Mutter erfolgte Prozessführung sei mutwillig, wenn die Abstammung des Kindes nur durch ein Gutachten zu klären sei und die Nebenintervenientin keinen Einfluss auf den Prozess habe (OLG Karlsruhe FamRZ 1998, 485; OLG Düsseldorf DAVorm 1982, 478).

Die Prozessführung durch den Nebenintervenienten sei auch dann mutwillig, wenn das Kind im Rahmen einer Ergänzungspflegschaft durch das sachkundige Jugendamt vertreten werde und deswegen eine zusätzliche Rechtsverfolgung durch die Mutter zur Wahrung der Rechte des Kindes nicht erforderlich sei (OLG Celle DAVorm 1993, 589; OLG Hamm DAVorm 1991, 772). Der Mutter sei Prozesskostenhilfe stets zu versagen, wenn sie einem der Sache nach "unstreitigen" Ehelichkeitsanfechtungsprozess beitreten wolle, aber weder eigene Interessen oder Interessen der unterstützten Partei wahren noch selbständige Beiträge zur Prozessförderung leisten könne (OLG Düsseldorf FamRZ 1995, 1506 f.).

2. Nach **anderer Auffassung** ist entscheidend darauf abzustellen, dass die dem Anfechtungsprozess beitretende Mutter wie eine Partei des Anfechtungsprozesses zu behandeln ist. Ihr sei deswegen auf Antrag regelmäßig Prozesskostenhilfe zu bewilligen (OLG Düsseldorf FamRZ 2001, 1467; OLG Koblenz FamRZ 1986, 1233; OLG Frankfurt FamRZ 1984, 1041; OLG Stuttgart DAVorm 1984, 610; OLG Bremen AnwBl. 1981, 71).

Im Rahmen der zu bewilligenden Prozesskostenhilfe sei der Mutter ein Rechtsanwalt beizuordnen, wenn die Vertretung durch einen Anwalt erforderlich scheine oder auch der Gegner durch einen Anwalt vertreten sei (OLG Hamm FamRZ 1991, 347). Der Grundsatz der Waffengleichheit sei nicht bereits dadurch gewahrt, dass die Partei, die der Streithelfer unterstütze, anwaltlich oder sachkundig vertreten werde (OLG Köln FamRZ 2002, 1198).

3. **BGH aaO** schließt sich für das bis August 2009 geltende Recht der zuletzt genannten Auffassung an.

- a) Nach **§ 1599 I BGB** kann eine gem. § 1592 Nr. 1 und 2 BGB bestehende Vaterschaft gerichtlich angefochten werden; anfechtungsberechtigt sind nach § 1600 I BGB u.a. der Mann, dessen Vaterschaft nach §§ 1592 Nr. 1 und 2, 1593 BGB besteht, die Mutter und das Kind.

Dabei handelte es sich nach dem hier noch anwendbaren früheren Recht um eine Kindschaftssache (§ 640 II Nr. 1 ZPO a.F.; jetzt Abstammungssache nach § 169 Nr. 1 FamFG), in der das Urteil, sofern es bei Lebzeiten der Parteien rechtskräftig wird, für und gegen alle wirkt (§ 640 h I 1 ZPO a.F. jetzt § 184 II 1 FamFG; vgl. insoweit BGH FamRZ 2007, 3062). Die Entscheidung wirkt also auch für und gegen die an dem Rechtsstreit nicht als Partei beteiligte Mutter des bekl. Kindes, auf deren Rechtsstellung sie dadurch mittelbar einwirkt.

„Nach Art. 103 I GG hat die Mutter deshalb auch im Anfechtungsverfahren des Vaters Anspruch auf rechtliches Gehör (BVerfGE 21, 132 m.w.N.). Dem trägt § 640 e ZPO a.F. Rechnung (vgl. jetzt §§ 27, 34 I, 172 I Nr. 2 FamFG). Danach ist in einer Kindschaftssache ein Elternteil, der an dem Rechtsstreit nicht als Partei beteiligt ist, zwingend am Verfahren zu beteiligen und unter Mitteilung der Klage zum Termin zur mündlichen Verhandlung zu laden. Der Elternteil kann der einen oder anderen Partei zu ihrer Unterstützung beitreten (§ 640 e I 2 ZPO a.F.; jetzt § 27 FamFG).“ (BGH aaO)

- b) Zwar setzt die Nebenintervention nach § 66 I ZPO grds. ein **rechtliches Interesse am Ausgang des Rechtsstreits** voraus. Weil die Anfechtung der Vaterschaft nach § 640 h I 1 ZPO a.F. (jetzt § 184 II FamFG) aber für und gegen alle wirkt, greift die Entscheidung mittelbar auch in die Rechte der Mutter ein (vgl. Scholz/Stein/Eckebrecht, Praxishandbuch Familienrecht, Stand Oktober 2009, Q Rn 77).

„Deswegen verzichtet § 640 e I 2 ZPO a.F. auf diese zusätzliche Voraussetzung und erlaubt den Beitritt in jedem Fall. Als selbständige Streithelferin des Kindes (§ 69 ZPO) kann die Mutter frei von den für gewöhnliche Nebenintervenienten geltenden Beschränkungen (§ 67 ZPO) Prozesshandlungen auch im Widerspruch zu der von ihr unterstützten Partei vornehmen und dadurch selbständig, auch durch Einlegung eines Rechtsmittels, auf eine nach ihrer Ansicht richtige Entscheidung hinwirken (BGHZ 180, 51 = FamRZ 2009, 861; BGHZ 89, 121 = FamRZ 1984, 164).“ (BGH aaO)

- c) Wegen der aus materiellen Gründen gebotenen zwingenden Beteiligung der Mutter, ihres daraus folgenden Rechts zum Beitritt und der **besonderen Stellung als streitgenössische Nebenintervenientin** kann die Bewilligung der Prozesskostenhilfe und die Beordnung eines Rechtsanwalts keinen strengeren Anforderungen unterliegen, als sie für die Parteien des Anfechtungsprozesses gelten.

*„Die Parteien eines Anfechtungsprozesses sind wegen der **Geltung der Entscheidung für und gegen alle** also grds. nicht anders zu behandeln als die Parteien in einem Vaterschaftsfeststellungsverfahren. Diesen ist nach der Rspr. des Senats wegen der Bedeutung der Statusfeststellung im Falle der Bedürftigkeit regelmäßig sogleich - und nicht erst nach Eingang eines die Vaterschaft bejahenden Abstammungsgutachtens - Prozesskostenhilfe zu bewilligen und ein Rechtsanwalt beizuordnen (BGH FamRZ 2007, 1968).*

*Zwar können in Verfahren der Vaterschaftsanfechtung nach §§ 640 I, 616 I ZPO a.F. (vgl. jetzt § 26 FamFG) Beweise auch von Amts wegen erhoben werden. Trotz dieser Amtsermittlungspflicht muss den Parteien des Rechtsstreits aber die **Möglichkeit verbleiben, das Verfahren in eigenem Interesse zu betreiben** und zu begleiten. Auch in Verfahren mit Amtsermittlung darf eine mittellose Partei insoweit nicht schlechter gestellt werden als eine Partei, die die Kosten des Rechtsstreits selbst aufbringen kann (BVerfG FamRZ 2002, 531).“ (BGH aaO)*

BGB
§ 1578b

**Prozesskostenhilfe
nachehelicher Altersunterhalt**

BGB

(BVerfG in NJW 2010, 1657; Beschluss vom 11.03.2010 – 1 BvR 365/09)

Die **Frage, wie die Voraussetzungen des § 1578b BGB** bei der Beurteilung der Befristung bzw. Begrenzung nachehelichen Altersunterhalts **inhaltlich auszulegen und zu gewichten sind, stellt gegenwärtig weder eine einfache noch eine eindeutig zu entscheidende Frage dar**, die geeignet wäre, ohne Vorwegnahme der Hauptsache im summarischen Prozesskostenhilfverfahren entschieden zu werden. Einem Ast. Ist daher **für ein solches Verfahren** bei Vorliegen der wirtschaftlichen Voraussetzungen **Prozesskostenhilfe zu bewilligen**.

„Die Voraussetzungen der Befristung und Begrenzung nachehelichen Altersunterhalts gem. § 1578b BGB sind höchstrichterlich noch nicht geklärt. Die maßgebliche Fragestellung, wie die Voraussetzungen des § 1578b BGB bei der Beurteilung der Befristung bzw. Begrenzung nachehelichen Altersunterhalts inhaltlich auszulegen und zu gewichten sind, stellt jedoch weder eine einfache noch eine eindeutig zu entscheidende Frage dar, die geeignet wäre, ohne Vorwegnahme der Hauptsache im summarischen Prozesskostenhilfverfahren entschieden zu werden.

Soweit die Gerichte des Ausgangsverfahrens ihre Entscheidungen hinsichtlich der sich nach der Unterhaltsreform erstmals in dieser Form stellenden, ungeklärten und entscheidungserheblichen Frage der Befristung und Begrenzung nachehelichen Unterhalts bei fehlenden ehebedingten Nachteilen auf die Argumente des BGH (NJW 1982, 929) gestützt haben, haben sie unberücksichtigt gelassen, dass das dem Urteil des BGH damals zu Grunde liegende Unterhaltsrecht von dem inzwischen geltenden Recht in erheblichem Maße abweicht.

Während der BGH in seiner damaligen Entscheidung unter Bezugnahme auf die Gesetzesmaterialien des anzuwendenden Rechts davon ausging, dass die Gewährung nachehelichen (Alters-)Unterhalts nicht vom Bestehen einer ehebedingten Bedürfnislage abhängt (BGH NJW 1982, 929), gilt seit der am 01.01.2008 in Kraft getretenen Unterhaltsrechtsreform § 1587b BGB, der die Herabsetzung und zeitliche Begrenzung jeglichen nachehelichen Unterhaltsanspruchs nach seinem Abs. 1 S. 2 u. 3 insbes. davon abhängig macht, inwieweit dem Anspruchsberechtigten durch die Ehe Nachteile im Hinblick auf die Möglichkeit entstanden sind, für den eigenen Unterhalt zu sorgen. Dabei kann sich nach § 1578 I 3 BGB ein solcher Nachteil aus der Dauer der Ehe ergeben. Liegt jedoch ein Nachteil nicht vor, stellt sich die Frage, ob ein unbegrenzter Unterhaltsanspruch allein auf die Dauer der Ehe gestützt werden kann. Dies haben die Gerichte weder berücksichtigt noch ist diese Rechtsfrage vorab im summarischen Prozesskostenhilfverfahren zu klären.

Die Gerichte haben insofern, indem sie die Erfolgsaussicht der in Aussicht genommenen Rechtsverteidigung verneint und Prozesskostenhilfe versagt haben, dem Gebot der Rechtsschutzgleichheit nicht Genüge geleistet.“ (BVerfG aaO)

Aus der Praxis

TMG
§§ 2, 5

Homepage eines Rechtsanwalts
keine direkte Verlinkung auf Berufsregeln erforderlich
(LG Nürnberg-Fürth in BRAK-Mitt. 2010, 186 = NJW-Spezial 2010, 415;
Urteil vom 25.03.2010 – 3 HK O 9663/09)

RA/Nt

Ein **Rechtsanwalt** ist nicht dazu verpflichtet, auf seiner geschäftlichen Internetseite unmittelbar auf die für ihn einschlägigen **berufsrechtlichen Vorschriften zu verlinken**.

- I. Nach den **gesetzlichen Vorgaben des § 5 I Nr. 5c TMG** hat ein Diensteanbieter die Bezeichnung der berufsrechtlichen Regelungen anzugeben sowie auch, wie diese zugänglich sind.

„Nach dem ausdrücklichen Wortlaut dieser Vorschrift ist es somit nicht erforderlich, dass ein Diensteanbieter auf seiner eigenen Website diese berufsrechtlichen Regelungen wiedergeben muss. Es ist vielmehr nur vorgeschrieben, dass er die Bezeichnung der berufsrechtlichen Regelungen anzugeben hat. Weiterhin hat er anzugeben, wie diese für einen Nutzer zugänglich sind.

Auf der Website des Bekl. geschieht dies dadurch, dass (hervorgehoben durch Unterstreichen) auf die Website der Bundesrechtsanwaltskammer hingewiesen wird. Durch Anklicken dieser auch als mögliche Internetverlinkung eindeutig hervorgehobenen Adresse gelangt man auf die Startseite der Bundesrechtsanwaltskammer, von der dann wiederum durch einen weiteren Klick der Zugriff auf diese Landesregeln möglich ist.

Durch diese Art der Verlinkung ist sichergestellt, dass ein Nutzer, soweit er vom Inhalt dieser Landesregeln Kenntnis nehmen will, durch nur wenige Links zu diesen Regeln geführt wird.“ (LG Nürnberg-Fürth aaO)

- II. Nach dem **Wortlaut der genannten Vorschrift** ist ein Diensteanbieter nur **verpflichtet mitzuteilen, wie diese zu benennenden berufsrechtlichen Regelungen zugänglich sind**; dass ein Diensteanbieter auf seiner Website selbst unmittelbar für eine Verlinkung zu diesen berufsrechtlichen Regelungen sorgen muss, ist im Gesetz so nicht geregelt.

„Zwar hat der Kl. schriftsätzlich auf die zugrundeliegende Bundestagsdrucksache hingewiesen, aus der sich die Verpflichtung ergeben soll, eine unmittelbare Verlinkung herstellen zu müssen. Wenn der Gesetzgeber dies so gewollt hätte, hätte er auch dies in das dann verabschiedete Gesetz eindeutig hineinschreiben müssen. Die Formulierung im Gesetz ist auch nicht zweideutig in dem Sinne, dass zum Verständnis der gesetzlichen Regelung über die vom Diensteanbieter einzuhaltenden Pflichten im Wege einer vorzunehmenden Auslegung auf andere Unterlagen als den Gesetzestext zurückgegriffen werden muss. Diese Regelung ist in Verbindung mit § 4 Nr. 1 UWG immerhin mit der Möglichkeit versehen, dass wegen eines Verstoßes Ordnungsmaßnahmen bis hin zu Ordnungshaft verhängt werden können. Die Möglichkeit zivilrechtlicher Sanktionen erlaubt es daher nur in ganz engem und begrenztem Umfang, eine vom Wortlaut her eindeutige Regelung auf dann verbindliche Handlungen auszudehnen, die sich so nicht zwingend aus dem eigentlichen Wortlaut ableiten lassen.“ (LG Nürnberg-Fürth aaO)

- III. Soweit insbes. im Zusammenhang mit **Fernabsatzverträgen**, die auf elektronischem Wege zustande kommen, von der Rechtsprechung besondere Vorgaben für die dann zu machenden Pflichtangaben gemacht worden sind, **unterscheidet sich dieses Fallgebiet erheblich von dem hier vorliegenden**.

„In diesem Bereich ist bereits höchstrichterlich bestätigt, dass Verbraucher, die auf elektronischem Wege einen Vertrag schließen wollen, über ihre Rechte und Pflichten intensiv zu belehren sind. Die Hinweise sind hierbei in einer Art und Weise zu gestalten, dass ohne größeres Suchen auf der Website des potentiellen Partners der Verbraucher hiervon Kenntnis nehmen kann. Diese von der Rspr. aufgestellten Erfordernisse eines Zugriffs über nur wenige Links rechtfertigen sich deshalb, weil bei Abschluss eines Vertrages ein Verbraucher sich rechtlich bindet mit den sich dann daraus auch für ihn unter Umständen ergebenden negativen Folgen. Aus diesen Gründen ist es erforderlich, dass er eine Belehrung über seine Rechte und Pflichten vollständig und umfänglich vor Vertragsabschluss und ohne größere Schwierigkeiten für ihn bei Bedienung des Computers erhalten kann.

Beide Parteien unterhalten ihre Website im Internet jedoch nur deshalb, um auf ihre Tätigkeit als Anwalt hinzuweisen. Potentielle Interessenten sollen nur auf sie aufmerksam gemacht werden, damit ggf. eine Mandatierung zu einem späteren Zeitpunkt erfolgt. Dass beide Parteien unmittelbar über das Internet Verträge mit Mandanten eingehen, ist für die Kammer nicht ersichtlich geworden. Der Schutz eines Internetnutzers ist daher nicht in dem Umfang erforderlich, wie dies beim Abschluss eines Fernabsatzvertrages der Fall ist.“ (LG Nürnberg-Fürth aaO)

BRAO
§ 43b

Wettbewerbsverstoß
unzulässige Verwendung der Bezeichnung „zertifizierter Testamentsvollstrecker“
(OLG Nürnberg in BRAK-Mitt. 2010, 184; Urteil vom 28.05.2010 – 3 U 318/10)

RA/Nt

Als „**Testamentsvollstrecker**“ oder „**Zertifizierter Testamentsvollstrecker**“ darf sich **nur bezeichnen, wer regelmäßig als solcher tätig wird**; eine höchstens zweimalige entsprechende Tätigkeit ist nicht als regelmäßig anzusehen.

„Wenn sich der Bekl. als „zertifizierter Testamentsvollstrecker (AGT)“ bezeichnet, dann wird der so angesprochene Referenzverbraucher die Zertifizierung ohne nähere Erläuterung nicht dahingehend verstehen, dass hier ein Zertifikat jemanden erteilt worden ist, der bisher - so die Richtlinien der AGT - als Rechtsanwalt noch keine einzige Testamentsvollstreckung tatsächlich durchgeführt hat. Der Verbraucher wird vielmehr den Eindruck gewinnen, dass sich hier der Bekl. als zusätzlich, nämlich durch eine Zertifizierung, qualifizierter Testamentsvollstrecker in dem oben definierten Sinn präsentieren will, d. h. als jemand, der regelmäßig Testamentsvollstreckungen durchführt und dessen Tätigkeit dann noch einer besonderen Prüfung mit positivem Ergebnis unterzogen worden ist.

Der Argumentation des Bekl., dass die ihm erteilte Zertifizierung durch die AGT gerade keine praktische Tätigkeit als Testamentsvollstrecker voraussetze und er folglich sich zutreffender als zertifizierter Testamentsvollstrecker (AGT) bezeichnen dürfe, kann nicht gefolgt werden: Denn Konsequenz aus diesem Verständnis wäre, dass das Adjektiv „zertifiziert“ die Anforderungen an einen Testamentvollstrecker, so

wie ihn sich der Verbraucher vorgestellt, sogar vermindert nämlich dahingehend, das Testamentsvollstrecker auch der sein kann, der keinerlei praktische Tätigkeit als solcher vorweisen kann. Dieses einschränkende Verständnis des zweifellos positiv belegten Adjektivs „zertifiziert“ ist abzulehnen.

Soweit der Senat für Anwaltssachen des BGH für die zulässige Verwendung der Bezeichnung als „Mediator“ im Briefkopf eines Anwalts es für ausreichend erachtete, dass jemand durch eine geregelte Ausbildung nachweisen kann, die Grundsätze der Mediation zu beherrschen (BGH NJW 2002, 2948), steht dies der hier vertretenen Auffassung nicht entgegen: Es fehlt nämlich bereits an der Vergleichbarkeit der jeweils streitgegenständlichen Sachverhalte. Die Mediation ist kein Rechtsgebiet, sie stellt vielmehr eine alternative Methode der Konfliktlösung dar. Dementsprechend ist es erforderlich aber auch ausreichend, wenn jemand durch eine geregelte Ausbildung nachweisen kann, die Grundsätze der Mediation zu beherrschen. Demgegenüber sehen die erbrechtlichen Vorschriften des BGB in den §§ 2197 ff für einen Testamentsvollstrecker keine eine besondere Ausbildung erfordernde Qualifikation vor (vgl. auch BGH GRUR 2005, 353 - Testamentsvollstreckung durch Banken). Verwendet ein Rechtsanwalt in seinem Briefkopf und in Schreiben die hier angegriffene Bezeichnung, so wird der angesprochene Referenzverbraucher deshalb darin nicht den bloßen Hinweis auf eine nicht erforderliche Ausbildungsqualifikation sehen, sondern die Bezeichnung in dem bereits dargelegten Verständnis des Senats auffassen.

Da der Bekl. bisher nur zwei Testamentsvollstreckungen und damit keineswegs regelmäßig Testamentsvollstreckungen durchgeführt hat, kann er sich weder als „Testamentsvollstrecker“ nach als „zertifizierter Testamentsvollstrecker“ bezeichnen.“ (OLG Nürnberg aaO)

PartGG
§ 8 II

Partnerschaftsgesellschaft persönliche Haftung

PartGG

(OLG Hamm in MDR 2010, 900; Urteil vom 14.02.2010 – 28 U 151/09)

Der **Partner einer Partnerschaftsgesellschaft**, der einen Auftrag nicht selbst bearbeitet und von dem sachbearbeitenden Partner auch nicht hinzugezogen worden ist, obwohl dies nach der internen Zuständigkeitsverteilung geboten gewesen wäre, ist **mit der Bearbeitung des Auftrags nicht befasst**, sodass seine **persönliche Haftung nicht gegeben** ist.

- I. Waren nur einzelne Partner mit der Bearbeitung eines Auftrags befasst, so haften nur sie gem. **§ 8 I PartGG** für berufliche Fehler neben der Partnerschaft. Der Begriff der Befassung enthält **drei Fallgruppen**; Befassung bedeutet, dass der **Partner den Auftrag selbst bearbeitet** oder seine **Bearbeitung überwacht** hat oder dies **nach der internen Zuständigkeitsverteilung hätte tun müssen**. Das entspricht - auch im Hinblick auf die Fallgruppe des intern zuständigen Rechtsanwalts - einer im Schrifttum verbreiteten Auffassung.

Zugehör/Fischer/Sieg/Schlee, Handbuch der Anwaltshaftung, 2. Aufl., Rn 386; Meilicke/Graf von Westphalen/Hoffmann/Lenz, Partnerschaftsgesellschaftsgesetz, 2. Aufl., § 8 Rn 57; Feuerich/Weyland, BRAO, 7. Aufl., § 8 PartGG Rn 12; Jawansky DB 2001, 2281; Langenkamp/Jaeger NJW 2005, 3238; Römermann NZG 1998, 675

„Die vorgenannten Fallgruppen der Befassung liegen hier nicht vor:

Der Bekl. hat die Angelegenheit nicht bearbeitet und auch nicht bearbeiten lassen (wird ausgeführt).

Der Bekl. hat das Mandat nicht überwacht und hätte es auch nicht überwachen müssen (wird ausgeführt).

Der Bekl. musste seinen Partner nicht überwachen. Der Bekl. war grds. nicht gehalten, Anstrengungen zu unternehmen, um einen Verstoß seines Partners gegen die interne Zuständigkeitsabsprache zu verhindern. Es gab keine konkreten Anzeichen, dass der Bekl. damit rechnen musste; dies zeigt der Kl. nicht auf und ist auch nicht ersichtlich.

Dass der Bekl. häufig nicht in der Kanzlei anwesend war, mag seinem Tätigkeitsschwerpunkt als Steuerstrafverteidiger geschuldet sein und begründet **kein Überwachungsverschulden**.“ (OLG Hamm aaO)

- II. Allerdings hätte der Bekl. nach der **gesellschaftsinternen Zuständigkeitsverteilung** zugezogen werden müssen; freilich ergibt sich aus diesem Gesichtspunkt nichts zugunsten des Mandanten.

„Die vom BGH angeführten **Gesetzesmaterialien**, die davon ausgehen, dass auch derjenige Partner mit der Sache befasst ist, der intern hätte zugezogen werden müssen, haben eine andere als die hier maßgebliche Fallgestaltung im Blick: Sie betreffen den Fall, dass kein Partner mit der Sache befasst ist. Eine solche Situation kann eintreten, wenn die Sache nur durch Angestellte bearbeitet wird. In diesem Fall haftet auch der derjenige Partner, der die Sache nach der internen Zuständigkeitsverteilung hätte bearbeiten müssen. Pflichtwidrige Untätigkeit befreit nicht von der gesetzlichen Handelndenhaftung (Feuerich/Weyland aaO, § 8 PartGG Rn 12). Wenn mindestens ein Partner mit der Sache befasst ist und diese bearbeitet, ist der Regelung des § 8 II PartGG jedoch Genüge getan.

Davon geht auch die **Begründung des Regierungsentwurfs** aus; dort heißt es: „Die Regelung setzt die Befassung und damit persönliche Haftung zumindest eines Partners voraus“ (BT-Drucks. 13/9820, Seite 21). So liegt es hier, weil außer der Gesellschaft der handelnde Partner haftet. Ein nicht handelnder Partner haftet deshalb nur dann, wenn die Angelegenheit von keinem Partner bearbeitet wurde, sondern nur von Angestellten (Henssler/Prütting, Bundesrechtsanwaltsordnung, 2. Aufl., § 8 PartGG Rn 21 f.). Das ist hier nicht der Fall.“ (OLG Hamm aaO)

BGB
§§ 280, 675

Anwaltsregress Vorliegen eines eingeschränkten Mandats

BGB

(OLG Celle in BRAK-Mitt. 2010, 166; Urteil vom 24.03.2010 – 3 U 222/09)

Trägt der Mandant dem Rechtsanwalt einen **einheitlichen Lebenssachverhalt** vor, der **unterschiedliche Ansprüche** betrifft (hier: Haftpflicht und Kaskoschaden nach Verkehrsunfall), ist **grds.** von einem **umfassenden Auftrag** auszugehen. Nur in Ausnahmefällen kann von der Erteilung eines nur eingeschränkten Mandats ausgegangen werden, was der Anwalt darzulegen und zu beweisen hat.

„Vorliegend ist der Bekl. hinsichtlich des behaupteten eingeschränkten Mandats, nämlich die Kl. nur mit Blick auf den Haftpflichtprozess und das gegen sie gerichtete OWiG-Verfahren beauftragt gewesen zu sein, beweisfällig geblieben, weil er Beweis für seine Behauptung nicht angetreten hat.

Vielmehr hat das LG aufgrund der durchgeführten Beweisaufnahme zutreffend das Gegenteil festgestellt, nämlich dass dem Bekl. ein umfassender Auftrag erteilt worden ist. Der Zeuge S. hat in seiner Vernehmung bestätigt, dass es bei der Mandatserteilung auch um den **Kaskoschaden** gegangen sei, den der Anwalt gegenüber der K. habe geltend machen sollen, weil man ja vollkaskoversichert gewesen sei. Dies hat das LG zu Recht als glaubhaft angesehen, zumal bereits die **Lebenserfahrung** dafür spricht, dass ein Mandant, der einen Verkehrsunfall verursacht hat, wenn er einen Rechtsanwalt aufsucht, von diesem umfassend sowohl mit Blick auf den Haftpflichtschaden als auch auf den gegenüber der Versicherung geltend zu machenden Kaskoschaden vertreten werden will. Dies gilt hier erst Recht, weil auch nach den Angaben des Bekl. in seiner Anhörung vor dem Landgericht bei der Mandatserteilung das Schreiben der K., mit dem Kaskoleistungen abgelehnt wurden, Gegenstand der Erörterungen war. Dass hier innerhalb der Sechsmonatsfrist Klage erhoben werden musste, wenn sich die Kaskoversicherung nicht zwischenzeitlich zu einer abweichenden Beurteilung würde durchringen können, lag auf der Hand und wurde von den Parteien auch erörtert. Vor diesem Hintergrund erschiene es lebensfremd, wenn man annähme, die Kl. habe sich gleichwohl darauf beschränken wollen, nur mit Blick auf den Haftpflichtschaden und das **OWiG-Verfahren** ein Mandat zu erteilen.

Überdies spricht vieles dafür, dass die mit dem vorgelegten Schreiben erfolgte Ablehnung der Kaskoversicherung der eigentliche Anlass der Beauftragung des Bekl. war. Denn wie sich aus dem Beiaktenverfahren ergibt, war zu diesem Zeitpunkt (29. August 2005) die Klage im Haftpflichtprozess der Kl. noch gar nicht zugestellt worden. Aufgrund des Ergebnisses der schriftlichen Befragung der Zeugin S. (Bl. 157 ff. d. A.) steht überdies fest, dass die Kl. bei Meldung des Verkehrsunfalls noch am Unfalltag neben dem Haftpflichtschaden auch den Kaskoschaden der K. Versicherung gemeldet hat. Auch dies spricht dafür, dass sie den Bekl. auch insoweit beauftragen wollte.“ (OLG Celle aaO)

BRAO
§§ 14 IV, 155 II

Widerruf der Anwaltszulassung Wegfall der Postulationsfähigkeit

RA/Nt

(AGH Sachsen in BRAK-Mitt. 2010, 173; Gerichtsbescheid vom 12.05.2010 – AGH 1/10)

Nach Widerruf der Anwaltszulassung ist ein **Rechtsanwalt nicht mehr berechtigt, im Verfahren** wegen des Widerrufs seiner Zulassung zur Rechtsanwaltschaft **vor dem Anwaltsgerichtshof aufzutreten** und sich selbst zu vertreten.

I. Nach dem zum 01.09.2009 in Kraft getretenen 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) gelten für gerichtliche Verfahren in verwaltungsrechtlichen Anwaltssachen die Vorschriften der VwGO entsprechend; der AnwGH steht dabei einem OVG gleich, § 112 c I BRAO.

§ 67 IV 1 VwGO sieht für Verfahren vor einem OVG die **Vertretung durch einen Rechtsanwalt** vor. Die Befugnis, als Rechtsanwalt aufzutreten, verliert ein Rechtsanwalt jedoch infolge der Anordnung des Sofortvollzuges des Widerrufs seiner Zulassung zur Rechtsanwaltschaft, § 14 IV BRAO i. V. m. § 155 II BRAO.

II. Aus **§ 155 IV BRAO** kann die Berechtigung, im Verfahren wegen des Widerrufs ihrer Zulassung zur Rechtsanwaltschaft vor dem Anwaltsgerichtshof aufzutreten, nicht hergeleitet werden.

„Diese Bestimmung nämlich gestattet dem Rechtsanwalt die **Wahrnehmung seiner eigenen Interessen nur**, „soweit nicht eine **Vertretung durch Anwälte geboten ist**“. Im Anwaltsprozess darf sich daher der Rechtsanwalt, dessen Zulassung zur Rechtsanwaltschaft widerrufen worden ist, nicht mehr selbst vertreten (h. M., vgl. etwa: Feuerich/Weyland, BRAO, 7. Aufl., § 155 Rn 8; Henssler/Prütting, Dittmann, BRAO, 3. Aufl., § 155 Rn 6; Gaier/Wolf/Göcken, Anwaltliches Berufsrecht, Aufl. 2010, § 155 Rn 7; Jahnig/Kirchberg BRAK-Mitt 2009, 214; Quaas/Dahns NJW 2009, 2705).“ (AGH Sachsen aaO)

III. Auch eine **entsprechende Anwendung des § 155 V 1 BRAO scheidet aus**.

„Zwar bestimmt diese Regelung im Interesse der Rechtssicherheit, dass **Rechtshandlungen, die der Rechtsanwalt nach Widerruf seiner Zulassung vornimmt, gleichwohl wirksam** sind. Wenn jedoch der Rechtsanwalt in Kenntnis der ergangenen Widerrufsverfügung vor der Anwaltsgerichtsbarkeit auftritt, dann rechtfertigt das **öffentliche Bedürfnis nach Rechtssicherheit** nicht die Wirksamkeit solcher verbotswidrig vorgenommener Rechtshandlungen, die allein den Rechtsanwalt selbst betreffen (ebenso: Gaier/Wolf/Göcken aaO, § 155 BRAO Rn 11). Denn der **Anwendungsbereich des § 155 BRAO ist dann eingeschränkt, wenn durch das verbotswidrige Handeln des Rechtsanwalts schutzwürdige Interessen Dritter oder die Rechtssicherheit nicht oder nur unerheblich tangiert** werden (ebenso: Feuerich/Weyland aaO, § 155 Rn 15-17; ähnlich: Henssler/Prütting aaO, § 155 Rn 7).

Die **neuere Rspr. des BGH** (DB 2010, 783), wonach **Rechtshandlungen eines Rechtsanwalts** wegen des eindeutigen, einer Auslegung nicht zugänglichen Wortlauts des § 155 V 1 BRAO und des darin zum Ausdruck kommenden Willens des Gesetzgebers auch dann als wirksam zu behandeln sind, wenn der Rechtsanwalt damit einem ihm gegenüber verhängten Berufsverbot zuwider handelt, gebietet für den hier zur Entscheidung stehenden Fall der entsprechenden Anwendung der §§ 155, 156 BRAO gem. §16 IV BRAO keine abweichende Beurteilung. So soll zwar nach dem Willen des Gesetzgebers zur Wahrung der Rechtssicherheit der Rechtsverkehr nicht mit der Prüfung belastet werden, ob gegen den Rechtsanwalt ein Berufs- oder Vertretungsverbot besteht. Im Streit um die Wirksamkeit eines Widerrufs der Zulassung zur Rechtsanwaltschaft ist jedoch diese Prüfung gerade Gegenstand des Verfahrens. Dann aber gebieten es auch Gesichtspunkte der Rechtssicherheit nicht, die Wirksamkeit von Rechtshandlungen selbst dann noch von einer gesonderten Entscheidung i. S. von § 156 II BRAO abhängig zu machen, wenn ein Antrag auf Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung der gegen den Widerrufsbescheid gerichteten Klage zurückgewiesen, mithin die Befugnis des Rechtsanwalts, vor dem Anwaltsgerichtshof aufzutreten, bereits einer Prüfung unterzogen worden ist.“ (AGH Sachsen aaO)

BW RAVwS
§§ 11, 13 I

Zwangsmitgliedschaft

RA/Nt

Versorgungswerk der Rechtsanwälte/Befreiungsanspruch
(VGH Mannheim in NJW 2010, 2375; Urteil vom 19.11.2009 – 9 S 2931/08)

Beamte auf Zeit, die den Beruf des Rechtsanwalts nur als Nebentätigkeit ausüben, **können von der Mitgliedschaft im Versorgungswerk der Rechtsanwälte** in Baden-Württemberg **befreit werden**.

„**Sinn und Zweck der Befreiungsvorschriften** erlauben es, den Befreiungstatbestand des § 6 Nr. 2 BW RAVwS analog auf die Situation eines Beamten auf Zeit zu erstrecken, der – wie der Kl. als zum Beamten auf Zeit berufener Professor – einen „Anspruch oder Anwartschaft auf lebenslanges Ruhegeld und Hinterbliebenenversorgung nach beamtenrechtlichen Grundsätzen“ nicht erwirbt.

Der Senat hat bereits klargestellt, dass das Rechtsanwaltsversorgungsgesetz von dem **Grundgedanken** ausgeht, dass **nur solchen Personen eine Befreiung gewährt werden kann, für die anderweitig eine der gesetzlichen Rentenversicherung gleichwertige Absiche-**

ung gewährleistet ist (vgl. VGH Mannheim NJW 1991, 1193). § 5 IIIb BW RAVG räumt demgemäß eine Befreiungsmöglichkeit „bei Bestehen einer anderen gleichwertigen auf Gesetz beruhenden Versorgung“ ein. Diesem Modell folgt ersichtlich auch die Satzung des Bekl. mit der Ausgestaltung der einzelnen Befreiungstatbestände in § 6 BW RAVwS. Danach wird von der Mitgliedschaft befreit, wer entsprechende Beiträge in eine Versorgungseinrichtung einer anderen Berufsgruppe oder in einem anderen EU-Mitgliedstaat entrichtet, wer als Altanwalt seine Mitgliedschaft in der gesetzlichen Rentenversicherung behalten hat oder wer auf Grund eines öffentlichen Dienstverhältnisses oder Mandats abgesichert ist.

Diesen Fallgruppen entspricht die **Situation des Beamten auf Zeit** in einer Weise, die eine analoge Erstreckung der Norm auf ihn gebietet. Dies ergibt sich zunächst bereits daraus, dass auch hier die Entstehung einer Versicherungslücke ausgeschlossen ist (vgl. hierzu VGH Mannheim NJW 1991, 1193). Denn wenn das Beamtenverhältnis nach Ablauf der festgelegten Zeit endet, ohne dass ein Versorgungsanspruch nach beamtenrechtlichen Grundsätzen erworben wurde, steht dem ehemaligen Beamten ein gesetzlich gesicherter Anspruch auf Nachversicherung zu, so dass in jedem Falle eine gleichwertige und auf Gesetz beruhende Versorgung i.S. des § 5 IIIb BW RAVG gegeben ist (vgl. zur Berücksichtigung anderweitiger Vorsorge im System der Satzung auch § 12 I BW RAVwS).

Insbesondere aber tritt mit einer Verlängerung des Zeitverhältnisses oder der Umwandlung in ein Dienstverhältnis auf Lebenszeit die unmittelbar von § 6 Nr. 2 BW RAVwS geregelte Situation ein: Zwar ist das Zeitbeamtenverhältnis auf eine derartige Statusänderung grds. nicht unmittelbar angelegt, atypisch ist eine entsprechende Verlängerung oder Entfristung aber sicher nicht. Dies gilt in besonderer Weise für den hier vorliegenden Fall des Hochschulprofessors. Denn gem. § 132 I BGG erfolgt die Einstellung hier stets nur im Status des Zeitbeamten und kann frühestens nach drei Jahren in ein Lebenszeitverhältnis umgewandelt werden. Diese Betätigung an einer Hochschule dürfte auch einen typischen Fall des Zeitbeamten mit rechtsanwaltlicher Nebenbeschäftigung darstellen. Denn in anderen Fällen eines Zeitbeamtenverhältnisses wird regelmäßig eine Interessenkollision zu befürchten sein, so dass die weitere Ausübung des Rechtsanwaltsberufs nach § 47 I 2 BRAO nicht gestattet werden kann. Für das nachträglich zum Lebenszeitbeamten ernannte Mitglied führt die Nichtanwendung der Befreiungsmöglichkeit aus § 6 Nr. 2 BW RAVwS aber zu unangemessenen Nachteilen. Denn eine Rückerstattung geleisteter Beiträge findet gem. § 18 BW RAVwS vor Ablauf von 60 Monaten nur in Höhe von 60%, ohne Zinsen und ohne Nachversicherungsbeiträge statt.

Insgesamt erscheint die **Erstreckung der Befreiungsmöglichkeit auf den Zeitbeamten daher sachgerecht.**“ (VGH Mannheim aaO)

ARB
§ 17

Rechtsschutzversicherung
kein Auskunftsanspruch gegenüber Rechtsanwalt
(AG Aachen in BRAK-Mitt. 2010, 188; Urteil vom 01.04.2010 – 112 C 182/09)

RA/Nt

Eine **Rechtsschutzversicherung hat keinen Auskunftsanspruch gegenüber dem Rechtsanwalt** ihres Versicherungsnehmers.

„**Mangels Vertragsverhältnisses** zwischen den Parteien **scheidet ein vertraglicher Auskunftsanspruch aus**. Ein solches bestand nur zwischen dem Kl. und seinem Mandanten, dem Versicherungsnehmer der Bekl.

Der Auskunftsanspruch ergibt sich auch nicht auf der Grundlage der §§ 666, 675 I 1 BGB, § 11 BORA, 67 I 1 VVG a. F., § 17 VIII 1 ARB 2004, §§ 401, 402 BGB analog: Auch wenn aufgrund der Zahlung eines Vorschusses durch die Bekl. der Anspruch auf Rückerstattung etwaig überzahlter Beträge nach § 67 VVG a. F. auf sie übergegangen ist und diesem Anspruch der **Auskunftsanspruch als Nebenrecht** gem. §§ 401, 402 BGB gefolgt sein mag, **steht** der Erteilung der Auskunft die dem Kl. gem. § 43a II BRAO obliegende **Verschwiegenheitspflicht im Verhältnis zu seinem Mandanten entgegen** (vgl. auch AG Bonn NJW-RR 2007, 355). Diese Pflicht bezieht sich auf alles, was ihm in Ausübung seines Berufes bekannt geworden ist. Der Kl. war damit auch gehindert, der Bekl. Auskünfte zu erteilen. An einer hierfür erforderlichen Schweigepflichtentbindungserklärung des Versicherungsnehmers fehlt es. Soweit dieser den Kl. mit der Einholung einer Deckungszusage bei der Bekl. beauftragt hat, vermag dies eine konkludente Entbindung von der Schweigepflicht nicht zu begründen: Das **Mandatsverhältnis ist ein Vertrauensverhältnis**, das bei der Annahme eines konkludenten Verzichts auf ein grundlegendes Wesensmerkmal dieser Verbindung gefährdet würde. Dem kann nicht entgegen gehalten werden, dass der Versicherungsnehmer im Verhältnis zu seinem Versicherer selbst zur Auskunft verpflichtet sei. Dies führt allein dazu, dass der Versicherer sich an diesen wenden muss, um die begehrte Auskunft zu erlangen. Im Übrigen steht es dem Versicherer frei, seinen Versicherungsnehmer aufzufordern, eine Schweigepflichtentbindungserklärung abzugeben.“ (AG Aachen aaO)

FamFG
§ 133 I Nr. 2

Scheidungsantrag
notwendiger Inhalt
(OLG Hamm in MDR 2010, 875; Beschluss vom 02.03.2010 – 2 WF 27/10)

FamFG

Der **Antragsschriftsatz muss** zum maßgeblichen Zeitpunkt der Anhängigkeit des Ehescheidungsverfahrens **den Anforderungen des § 133 I Nr. 2 FamFG genügen**. Die **Einhaltung der Formvorschrift** zählt zu den **zwingenden Zulässigkeitsvoraussetzungen für das Ehescheidungsverfahren**. Die Formulierung, "die Beteiligten hätten sich bis auf den Versorgungsausgleich über die Folgesachen geeinigt bzw. würden sich bis zur mündlichen Verhandlung geeinigt haben", ist dabei nicht ausreichend.

„Der Ast. Hat sich darüber zu erklären, ob die Ehegatten eine Regelung über die elterliche Sorge, den Umgang und die Unterhaltspflicht gegenüber den gemeinschaftlichen minderjährigen Kindern sowie die durch die Ehe begründete gesetzliche Unterhaltspflicht, die Rechtsverhältnisse an der Ehwohnung und an den Haushaltsgegenständen getroffen haben.

Sinn und Zweck dieses Erfordernisses liegen darin, dem Familiengericht bereits zu Beginn des Ehescheidungsverfahrens eine **Feststellung darüber zu ermöglichen, ob und in welchem Ausmaß** zwischen den Bet. **Streit über die genannten Punkte besteht**. Hierdurch soll das Gericht in die Lage versetzt werden, den Bet. **gezielte Hinweise auf entsprechende Beratungsmöglichkeiten** zu erteilen und auf diese Weise zu einer möglichst ausgewogenen Scheidungsfolgenregelung im **Kindesinteresse** und im **Interesse eines wirtschaftlich schwächeren Ehegatten** beizutragen (vgl. Keidel-Weber, FamFG, 16. Auflage, § 133, Rn 6).

Die Erklärung des Ast., wonach in sämtlichen Folgesachen mit Ausnahme des Versorgungsausgleiches Einigkeit zwischen den Ehegatten bereits erzielt worden sei oder bis zum Verhandlungstermin noch erzielt werde, ermöglicht eine derartige Hilfestellung durch das Familiengericht gerade nicht. Denn sie lässt zum maßgeblichen Zeitpunkt der Anhängigkeit des Ehescheidungsverfahrens eine Feststellung über die konkreten Streitpunkte zwischen den Beteiligten nicht zu. Gezielte Hinweise können unter diesen Umständen nicht erteilt werden.

Zutreffend geht das AG davon aus, dass die Einhaltung der Formvorschrift in § 133 I Nr. 2 FamFG zu den zwingenden Zulässigkeitsvoraussetzungen für das Ehescheidungsverfahren gehört. Wird sie verletzt, ist der Antrag als unzulässig zurückzuweisen (vgl. Keidel-Weber, FamFG, 16. Auflage, § 133 Rn 8; Bassenge/Roth-Walter, FamFG, 12. Auflage, § 133 Rn 5).“ (OLG Hamm aaO)

FeV
§ 11 VI

Gutachtensanordnung inhaltliche Anforderungen

VerwR

(VGH Mannheim in VBIBW 2010, 323; Beschluss vom 20.04.2010 – 10 S 319/10)

Eine **Gutachtensanordnung** muss **aus sich heraus verständlich und bestimmt** sein. Lässt sich der Gutachtensanordnung nach einem weiteren Schriftwechsel im Widerspruchsverfahren nicht mehr zweifelsfrei entnehmen, welche Eignungszweifel auf welche Weise geklärt werden sollen, ist die Anordnung keine rechtmäßige Grundlage für den Schluss auf die Nichteignung des Betroffenen nach § 11 VIII 1 FeV.

- I. Nach **§ 11 VI FeV** legt die Fahrerlaubnisbehörde unter Berücksichtigung der Besonderheiten des Einzelfalles in der Anordnung zur Beibringung des Gutachtens fest, welche Fragen im Hinblick auf die Eignung des Betroffenen zum Führen von Kraftfahrzeugen zu klären sind (S. 1). Die Behörde teilt dem Betroffenen unter Darlegung der Gründe für die Zweifel an der Eignung und unter Angabe der für die Untersuchung in Betracht kommenden Stellen mit, dass er sich innerhalb einer von ihr festgelegten Frist auf seine Kosten der Untersuchung zu unterziehen und das Gutachten beizubringen hat; sie teilt ihm außerdem mit, dass er die zu übersendenden Unterlagen einsehen kann (S. 2).
- II. Aus dem **Wortlaut und dem Sinn und Zweck der Regelung** folgt, dass schon in der Gutachtensanordnung die **Konkretisierung des Untersuchungsthemas** zu erfolgen hat.

„Denn die Fragestellung ist nach dem Willen des Ordnungsgebers „in der Anordnung“ festzulegen und hat zudem die Besonderheiten des Einzelfalles zu berücksichtigen. Damit wird der zuständigen Behörde die Pflicht auferlegt, bereits in der Anordnung der Gutachtensbeibringung festzulegen, welche konkreten Fragen im Hinblick auf die Eignung des Betroffenen zu untersuchen sind. Wird hingegen in der Gutachtensanforderung lediglich das Ziel genannt, die Fahreignung des Betroffenen zu klären, erschöpft sie sich in der Wiederholung des Gesetzestextes und lässt nicht erkennen, dass die Besonderheiten des Einzelfalles berücksichtigt worden sind. Hat die Entscheidung, was Gegenstand der Begutachtung sein soll, aber bereits im Rahmen der an den Betroffenen gerichteten Anordnung zu fallen, folgt hieraus auch, dass die zuständige Behörde dem Betroffenen die jeweilige Fragestellung des § 11 VI 1 FeV in der Anordnung mitzuteilen hat.“

Dies ergibt sich zwar nicht aus dem Wortlaut des § 11 Abs. 6 FeV, der eine Mitteilungspflicht erst gegenüber der untersuchenden Stelle in § 11 VI 4 FeV erwähnt, wohl aber aus Sinn und Zweck der Regelung. Erst die Offenlegung gegenüber dem Betroffenen führt zu einer verbindlichen Fragestellung, an die sich der Gutachter zu halten hat (vgl. Nr. 1.a der Anlage 15 zur FeV). Vor allem ist die Mitteilung der Fragestellung aber im Hinblick auf die gravierenden Rechtsfolgen des § 11 VIII 1 FeV bei einer Verweigerung der Begutachtung geboten, zumal die Anordnung nicht selbstständig anfechtbar ist. Denn nur die Mitteilung der konkreten Fragestellung versetzt den Betroffenen in die Lage, sich innerhalb der nach § 11 VI 2 FeV gesetzten Frist ein Urteil darüber zu bilden, ob die Aufforderung rechtmäßig, insbes. anlassbezogen und verhältnismäßig ist, oder ob er sich ihr verweigern darf, ohne befürchten zu müssen, dass ihm die Fahrerlaubnisbehörde die Fahrerlaubnis unter Berufung auf § 11 VIII 1 FeV wegen Nichteignung entzieht. Nur bei genauer Kenntnis der Fragestellung kann sich der Betroffene auch darüber schlüssig werden, ob er sich - unbeschadet der Rechtmäßigkeit der Anordnung - der Untersuchung seiner Persönlichkeit und ggf. den körperlichen Eingriffen aussetzen will, die mit der Eignungsbegutachtung einhergehen können. Schließlich ist die Mitteilung der Fragestellung an den Betroffenen geboten, um diesem die Prüfung zu ermöglichen, ob sich die Begutachtungsstelle an die Fragestellung der Behörde hält und ob die ihm und dem Gutachter mitgeteilten Fragen identisch sind.“ (VGH Mannheim aaO)

Steuerrecht

ESTG
§ 4 V 1 Nr. 6b

häusliches Arbeitszimmer steuerliche Berücksichtigungsfähigkeit

SteuerR

(BVerfG in DB 2010, 1674; Beschluss vom 06.07.2010 – 2 BvL 13/09)

Aufwendungen für ein häusliches Arbeitszimmer sind steuerlich dann zu berücksichtigen, wenn für die betriebliche oder berufliche Tätigkeit kein anderer Arbeitsplatz zur Verfügung steht.

Die Regelung des § 4 V 1 Nr. 6b EStG in der seit Inkrafttreten des Steueränderungsgesetzes 2007 geltenden Fassung **verstößt gegen Art. 3 I GG**, soweit Aufwendungen für ein ausschließlich betrieblich oder beruflich genutztes häusliches Arbeitszimmer auch dann von der steuerlichen Berücksichtigung ausgeschlossen sind, wenn für die betriebliche oder berufliche Tätigkeit kein anderer Arbeitsplatz zur Verfügung steht.

- I. Der **allgemeine Gleichheitssatz** (Art. 3 I GG) gebietet dem Gesetzgeber, wesentlich Gleiches gleich und wesentlich Ungleiches ungleich zu behandeln (vgl. BVerfGE 116, 164; 122, 210; st. Rspr.). Aus dem allgemeinen Gleichheitssatz ergeben sich je nach Regelungsgegenstand und Differenzierungsmerkmalen unterschiedliche Grenzen für den Gesetzgeber, die vom bloßen **Willkürverbot** bis zu einer strengen **Bindung an Verhältnismäßigkeitserfordernisse** reichen (st. Rspr.; vgl. BVerfGE 110, 274; 112, 164; 116, 164; 122, 210). Für die Anforderungen an Rechtfertigungsgründe für gesetzliche Differenzierungen kommt es wesentlich darauf an, in welchem Maß sich die Ungleichbehandlung von Personen oder Sachverhalten auf die Ausübung grundrechtlich geschützter Freiheiten auswirken kann (st. Rspr.; vgl. BVerfGE 112, 164; 122, 210). Genauere Maßstäbe und Kriterien dafür, unter welchen Voraussetzungen der Gesetzgeber den Gleichheitssatz verletzt, lassen sich nicht abstrakt und allgemein, sondern nur in Bezug auf die jeweils betroffenen unterschiedlichen Sach- und Regelungsbereiche bestimmen (st. Rspr.; vgl. BVerfGE 105, 73; 107, 27; 112, 268; 122, 210).

Im Bereich des Steuerrechts hat der **Gesetzgeber** bei der Auswahl des Steuergegenstandes und bei der Bestimmung des Steuersatzes einen **weitreichenden Entscheidungsspielraum** (vgl. BVerfGE 93, 121; 107, 27; 117, 1; 122, 210). Die grds. Freiheit des Gesetzgebers, diejenigen Sachverhalte zu bestimmen, an die das Gesetz dieselben Rechtsfolgen knüpft und die es so als rechtlich gleich qualifiziert, wird hier, insbes. im Bereich des Einkommensteuerrechts, vor allem durch zwei eng miteinander verbundene Leitlinien begrenzt:

- durch das **Gebot der Ausrichtung der Steuerlast am Prinzip der finanziellen Leistungsfähigkeit** und
- durch das **Gebot der Folgerichtigkeit** (vgl. BVerfGE 105, 73; 107, 27; 116, 164; 117, 1; 122, 210).

Danach muss im Interesse verfassungsrechtlich gebotener steuerlicher Lastengleichheit (vgl. BVerfGE 84, 239) darauf abgezielt werden, Steuerpflichtige bei gleicher Leistungsfähigkeit auch gleich hoch zu besteuern (horizontale Steuererleichterung), während (in vertikaler Richtung) die Besteuerung höherer Einkommen im Vergleich mit der Steuerbelastung niedrigerer Einkommen angemessen sein muss (vgl. BVerfGE 82, 60; 99, 246; 107, 27; 116, 164; 122, 210). Bei der Ausgestaltung des steuerrechtlichen Ausgangstatbestands muss die einmal getroffene Belastungsentscheidung folgerichtig i. S. der Belastungsgleichheit umgesetzt werden. Ausnahmen von einer solchen folgerichtigen Umsetzung bedürfen eines besonderen sachlichen Grundes (vgl. BVerfGE 99, 88; 99, 280; 105, 73; 107, 27; 116, 164; 117, 1; 122, 210).

1. Als **besondere sachliche Gründe für Ausnahmen** von einer folgerichtigen Umsetzung und Konkretisierung steuergesetzlicher Belastungsentscheidungen hat das BVerfG in seiner bisherigen Rspr. (vgl. BVerfGE 122, 210) vor allem **außerfiskalische Förderungs- und Lenkungszwecke** sowie **Typisierungs- und Vereinfachungserfordernisse** anerkannt, nicht jedoch den rein fiskalischen Zweck staatlicher Einnahmenerhöhung.
2. Insbes. ist die **Befugnis des Gesetzgebers zur Vereinfachung und Typisierung** zu beachten: Jede gesetzliche Regelung muss verallgemeinern. Bei der Ordnung von Massenerscheinungen ist der Gesetzgeber berechtigt, die Vielzahl der Einzelfälle in dem Gesamtbild zu erfassen, das nach den ihm vorliegenden Erfahrungen die regelungsbedürftigen Sachverhalte zutreffend wiedergibt (vgl. BVerfGE 11, 245; 78, 214; 84, 348; 122, 210).

Auf dieser Grundlage darf er grds. generalisierende, typisierende und pauschalierende Regelungen treffen, ohne allein schon wegen der damit unvermeidlich verbundenen Härten gegen den allgemeinen Gleichheitssatz zu verstoßen (vgl. BVerfGE 84, 348; 113, 167; st. Rspr.).

Der **Gesetzgeber darf sich grds. am Regelfall orientieren** und ist nicht gehalten, allen Besonderheiten jeweils durch Sonderregelungen Rechnung zu tragen (vgl. BVerfGE 82, 159; 96, 1). Die gesetzlichen Verallgemeinerungen müssen allerdings von einer möglichst breiten, alle betroffenen Gruppen und Regelungsgegenstände einschließenden Beobachtung ausgehen (vgl. BVerfGE 84, 348; 87, 234; 96, 1). Insbes. darf der Gesetzgeber für eine gesetzliche Typisierung keinen atypischen Fall als Leitbild wählen, sondern muss realitätsgerecht den typischen Fall als Maßstab zugrunde legen (BVerfGE 116, 164; 122, 210; st. Rspr.).

3. Die für die **Lastengleichheit im Einkommensteuerrecht** maßgebliche finanzielle Leistungsfähigkeit bemisst der einfache Gesetzgeber nach dem **objektiven und dem subjektiven Nettoprinzip**. Im Rahmen des objektiven Nettoprinzips hat der Gesetzgeber des Einkommensteuergesetzes die Zuordnung von Aufwendungen zum betrieblichen bzw. beruflichen Bereich, deretwegen diese Aufwendungen von den Einnahmen grundsätzlich abzuziehen sind, danach vorgenommen, ob eine betriebliche bzw. berufliche Veranlassung besteht (vgl. §§ 4 IV, 9 I 1 EStG). Dagegen mindern Aufwendungen für die Lebensführung außerhalb des Rahmens von Sonderausgaben

und außergewöhnlichen Belastungen gem. § 12 Nr. 1 EStG nicht die einkommenssteuerliche Bemessungsgrundlage.

- II. Das **BVerfG** hat **bisher offen gelassen, ob** das **objektive Nettoprinzip**, wie es in § 2 II EStG zum Ausdruck kommt, **Verfassungsrang hat**; jedenfalls aber kann der Gesetzgeber dieses Prinzip beim Vorliegen gewichtiger Gründe durchbrechen und sich dabei generalisierender, typisierender und pauschalierender Regelungen bedienen (vgl. BVerfGE 81, 228; 107, 27 m.w.N.).

Hiernach entfaltet schon das einfachrechtliche objektive Nettoprinzip **Bedeutung vor allem im Zusammenhang mit den Anforderungen an hinreichende Folgerichtigkeit bei der näheren Ausgestaltung der gesetzgeberischen Grundentscheidungen**. Die Beschränkung des steuerlichen Zugriffs nach Maßgabe des objektiven Nettoprinzips als Ausgangstatbestand der Einkommensteuer gehört zu diesen Grundentscheidungen, so dass Ausnahmen von der folgerichtigen Umsetzung der mit dem objektiven Nettoprinzip getroffenen Belastungsentscheidung eines besonderen, sachlich rechtfertigenden Grundes bedürfen (vgl. BVerfGE 99, 280; 107, 27; 122, 210). Auf dieser Grundlage kann die Frage nach dem Verfassungsrang des objektiven Nettoprinzips auch hier offen bleiben.

- III. Nach den dargelegten Maßstäben **verstößt § 4 V 1 Nr. 6b EStG** in der Fassung des Steueränderungsgesetzes 2007 **gegen den allgemeinen Gleichheitssatz des Art. 3 I GG**.

1. § 4 V 1 Nr. 6b EStG **weicht** mit der **Begrenzung abzugsfähigen Aufwandes für ein ausschließlich betrieblich oder beruflich genutztes häusliches Arbeitszimmer von dem** das Einkommensteuerrecht prägenden objektiven **Nettoprinzip ab**, nach dem betrieblich oder beruflich veranlasste Aufwendungen als Betriebsausgaben nach § 4 IV EStG oder als Werbungskosten nach § 9 I EStG von der Bemessungsgrundlage abziehbar sind.

„Ein ausschließlich beruflich genutztes Arbeitszimmer führt jedenfalls dem Grunde nach zu beruflich veranlasstem Aufwand, der als „typischer“ Erwerbsaufwand nach dem objektiven Nettoprinzip grds. von der Bemessungsgrundlage abzuziehen ist und nicht dem Abzugsverbot des § 12 Nr. 1 S. 2 EStG unterfällt (vgl. bereits BVerfGE 101, 297). Als eine benachteiligende Ausnahme von einer Belastungsgrundentscheidung des Einkommensteuergesetzgebers bedarf diese Regelung deshalb eines besonderen sachlichen Grundes, um den Anforderungen des allgemeinen Gleichheitssatzes zu genügen.“ (BVerfG aaO)

2. Mit dem weitgehenden Ausschluss abzugsfähiger Aufwendungen für ein häusliches Arbeitszimmer als Betriebsausgaben oder Werbungskosten beabsichtigte der Gesetzgeber erkennbar **keinen grds. Systemwechsel bei der Abgrenzung solcher Ausgaben**, so dass insoweit die Möglichkeit eines besonders weiten gesetzgeberischen Gestaltungsraums von vornherein ausscheidet (vgl. BVerfGE 122, 210). Es handelt sich bei der Neuregelung vielmehr um eine **Sonderbestimmung für einen Teilbereich von Aufwendungen**, der wegen der notwendigen Abgrenzung zwischen Privatsphäre und Berufssphäre im Verwaltungsvollzug als besonders problematisch bewertet wurde.

3. Die im Gesetzgebungsverfahren angeführten **fiskalischen Gründe** (vgl. BTDrucks 16/1545, S. 1, 8, 12) sind **nicht geeignet, die Neuregelung** vor dem allgemeinen Gleichheitssatz **zu rechtfertigen**.

„Das Ziel der Einnahmenvermehrung stellt für sich genommen keinen hinreichenden sachlichen Grund für Ausnahmen von einer folgerichtigen Ausgestaltung einkommensteuerrechtlicher Belastungsentscheidungen dar. Dem Ziel der Einnahmenvermehrung dient jede, auch eine willkürliche steuerliche Mehrbelastung. Für die verfassungsgerechte Verteilung von Mehrbelastungen der Steuerpflichtigen nach dem Maßstab der finanziellen Leistungsfähigkeit enthält der Einnahmierzweck kein Richtmaß (vgl. BVerfGE 122, 210).“ (BVerfG aaO)

4. **Förderungs- und Lenkungszwecke kommen als mögliche Grundlage sachlicher Rechtfertigung hier nicht in Betracht**.

*„Es fehlt insoweit an der für eine rechtfertigende Wirkung von steuerrechtlichen Lenkungszwecken erforderlichen **erkennbaren gesetzgeberischen Entscheidung** (st. Rspr., vgl. BVerfGE 122, 210 m.w.N.). Der Umstand, dass im Gesetzgebungsverfahren als gesetzgeberisches Ziel auch der Abbau steuerlicher Subventionierung genannt worden ist (BTDrucks 16/2028, S. 9), führt zu keiner abweichenden Qualifikation.“ (BVerfG aaO)*

5. Soweit die Neuregelung die steuerliche Berücksichtigung von Aufwendungen für ein häusliches Arbeitszimmer auch dann ausschließt, wenn für die betriebliche oder berufliche Tätigkeit kein anderer Arbeitsplatz zur Verfügung steht, findet die Abweichung vom objektiven Nettoprinzip auch **keine hinreichende sachliche Legitimation in der Typisierungskompetenz des Gesetzgebers**, denn sie genügt nicht den verfassungsrechtlichen Anforderungen an typisierende Regelungen.

„Zwar besteht in Bezug auf eine sachgerechte Begrenzung der Abzugsfähigkeit von Aufwendungen für ein häusliches Arbeitszimmer ein erheblicher Gestaltungsraum des Gesetzgebers sowohl dem Grunde als auch der Höhe nach, da eine effektive Kontrolle der tatsächlichen Nutzung häuslicher Arbeitszimmer wegen des engen Zusammenhangs zur Sphäre der privaten Lebensführung und des Schutzes durch Art. 13 GG wesentlich eingeschränkt oder gar unmöglich ist (BVerfGE 101, 297). Individuell gestaltete Besonderheiten dürfen hier mit der Festsetzung einer typisierenden Höchstgrenze unberücksichtigt bleiben (vgl. BVerfGE 101, 297, im Anschluss an BVerfGE 96, 1). Angesichts der möglichen vielfältigen Faktoren, von denen die Entscheidungen der Steuerpflichtigen über Lage, Größe und Qualität ihrer Wohnung einschließlich eines Arbeitszimmers abhängen, ist insbesondere der Ansatz einer grob pauschalierenden Höchstgrenze, wie sie etwa nach der Vorgängerregelung bestimmt war, verfassungsrechtlich unbedenklich (vgl. BVerfGE 101, 297). Dem Gesetzgeber bleibt es auch unbenommen, bei der Bestimmung des Höchstbetrages die objektiv gegebene, staatlich jedoch nicht beobachtbare Möglichkeit privater Mitbenutzung des häuslichen Arbeitszimmers pauschal zu berücksichtigen.“

*Die Neuregelung **verfehlt jedoch das Gebot einer hinreichend realitätsgerechten Typisierung**, soweit sie die Berücksichtigung von Aufwendungen für das häusliche Arbeitszimmer auch dann ausschließt, wenn für die betriebliche oder berufliche Tätigkeit kein anderer Arbeitsplatz zur Verfügung steht. Bei dieser Fallgruppe handelt es sich um solche Fälle, in denen die Erforderlichkeit eines häuslichen Arbeitsplatzes durch objektive Merkmale bestimmt ist. Zwar ist die Erforderlichkeit keine allgemeine Voraussetzung für die Qualifikation von Erwerbsaufwendungen, und zwar ausweislich der Angemessenheitsregel des § 4 V Nr. 7 EStG auch dann nicht, wenn solche Aufwendungen die Lebensführung des Steuerpflichtigen berühren. Die erkennbar gege-*

bene Erforderlichkeit fungiert in diesem Fall aber als legitimes Hilfsmittel einer typisierenden Abgrenzung von Erwerbs- und Privatsphäre (vgl. BVerfGE 101, 297). Der Mangel eines alternativen Arbeitsplatzes liefert die leicht nachprüfbare Tatsachenbasis für die Feststellung der tatsächlich betrieblichen oder beruflichen Nutzung. Gemessen an den Zielen des Gesetzes - Vereinfachung, Streitvermeidung und Gleichmäßigkeit der Besteuerung (BTDrucks 16/1545, S. 1, 8, 12) - verfehlt deshalb das Abzugsverbot für Aufwendungen für ein häusliches Arbeitszimmer für die Fallgruppe „kein anderes Arbeitszimmer“ das Gebot hinreichend realitätsgerechter Typisierung.

Abgesehen von dem Umstand, dass jedes beliebige Verbot des Abzugs von Aufwendungen von der Bemessungsgrundlage zu einer Vereinfachung des Gesetzesvollzugs insofern führt, als ein Prüfungspunkt bei der Kontrolle der Steuererklärung entfällt, ist es zudem zweifelhaft, ob die Neufassung des § 4 V 1 Nr. 6b EStG objektiv am Ziel der Vereinfachung orientiert ist. Einerseits ist die Ermittlung und Bestimmung der unbeschränkt abzugsfähigen Kosten eines Arbeitszimmers, das den „qualitativen“ „Mittelpunkt“ der gesamten betrieblichen oder beruflichen Tätigkeit bildet (vgl. etwa BFHE 201, 106; BFHE 201, 93; BFHE 201, 100; BFHE 208, 263; BFHE 210, 493), offenkundig aufwendig und streitanfällig. Andererseits sind aber der Nachweis und die Kontrolle eines mangelnden alternativen Arbeitsplatzes durch Vorlage einer Bescheinigung des Arbeitgebers unkompliziert, und der Gesetzgeber verfügt zudem über weitere Vereinfachungsmöglichkeiten wie eine Pauschalierung der Aufwendungen oder ein Höchstbetrag, wie etwa der früher geltende Betrag, der in vielen Fällen unter den tatsächlichen Kosten eines angemessenen Arbeitsraums lag.“ (BVerfG aaO)

6. Soweit die berufliche Veranlassung allein durch die Nutzung des Arbeitszimmers von mehr als 50 % der gesamten betrieblichen oder beruflichen Tätigkeit indiziert wird, verstößt die Erweiterung des Abzugsverbots durch das Steueränderungsgesetz 2007 nicht gegen Art. 3 I GG.

„Bei einer typisierenden Betrachtung ist der Ausschluss dieser Fallgruppe vertretbar, da der Umfang der Nutzung des Arbeitszimmers allenfalls ein schwaches Indiz für dessen Notwendigkeit ist, soweit dem Steuerpflichtigen von seinem Arbeitgeber ein weiterer Arbeitsplatz zur Verfügung gestellt wird. Es fehlt zudem an leicht nachprüfbaren objektiven Anhaltspunkten für die Kontrolle der Angaben des Steuerpflichtigen zum Umfang der zeitlichen Nutzung des Arbeitszimmers.“ (BVerfG aaO)

ESTG
§ 22 Nr. 3

**Schenkungen in einer „Schenkpyramide“
als „sonstige Einkünfte“ steuerpflichtig**
(FG Münster in DB 2010, 1042; Urteil vom 18.01.2010 – 5 K 1986/06)

SteuerR

Fall: Der Kl. beteiligte sich im Internet an einem Schenkkreis, der in Form von Tafelrunden pyramidenförmig aufgebaut war. An einer dieser Tafelrunden stand er als „König“ an der Spitze. Die darunter befindlichen 15 Ebenen nannten sich Edelmänner, Ritter und Knappen. Neue Mitspieler stiegen stets als Knappen ein und mussten aufgrund eines „Schenkungsvertrags“ an den König der jeweiligen Tafel ohne Rückforderungsrecht einen Betrag von 2.500 DM bzw. 5.000 DM zahlen. Sobald alle Positionen einer Tafel besetzt waren, wurde die Tafel geteilt. Der König schied aus und alle anderen Teilnehmer stiegen in einer der neuen Tafeln jeweils um eine Ebene auf.

Der Kl. erhielt im Streitjahr aufgrund derartiger „Schenkungen“ 210.000 DM bei einem Einsatz von 15.000 DM. Das FA erfasste den Überschuss von 195.000 DM als sonstige Einkünfte gem. § 22 Nr. 3 EStG.

Einnahmen aus der Teilnahme an einem sog. „Schenkkreis“ stellen steuerpflichtige Einkünfte aus Leistungen i. S. von § 22 Nr. 3 S. 1 EStG dar, denn die Einnahmen sind Entgelte für das Anwerben neuer Teilnehmer für den Schenkkreis.

- I. Eine **Leistung i. S. des § 22 Nr. 3 S.1 EStG** ist **jedes Tun, Dulden oder Unterlassen, das Gegenstand eines entgeltlichen Vertrages sein kann und eine Gegenleistung auslöst** (BFH BStBl. II 2008, 469).

Entscheidend ist, dass die Gegenleistung durch das Verhalten des Steuerpflichtigen veranlasst ist, es ist hingegen nicht erforderlich, dass der Leistende bereits beim Erbringen seiner Leistung eine Gegenleistung erwartet. Das Verhalten selbst kann zunächst steuerlich indifferent sein. Ausreichend ist vielmehr, dass er eine im wirtschaftlichen Zusammenhang mit seinem Tun, Dulden und Unterlassen gewährte Gegenleistung als solche annimmt (BFH BStBl. II 2005, 44). Leistungsempfänger und Zahlender müssen nicht identisch sein (BFH BStBl. II 1986, 890 und BStBl. II 2005, 44).

- II. **Einnahmen aus einem reinen Glücksspiel sind nicht steuerbar, weil sie kein Entgelt für eine Leistung des Spielers sind.**

Dieser setzt nur einen Geldbetrag ein und erhält dadurch eine Gewinnchance, die keine Teilnahme am Wirtschaftsleben darstellt (BFH BFH/NV 1996, 743). Wird dagegen ein Entgelt für die Anwerbung neuer Interessenten zur Teilnahme an Informationsveranstaltungen gezahlt, liegt kein reines Glücksspiel, sondern eine steuerpflichtige Leistung vor (BFH BFH/NV 1996, 743 und BFH/NV 1997, 658).

„Nach der Beweisaufnahme steht zur Überzeugung des Senats fest, dass der Kl. neue Interessenten für die Teilnahme am Schenkkreis angeworben hat. Nach der Aussage des Zeugen G hat der Kl. nicht nur ihn auf die Tafelrunde aufmerksam gemacht und ihn mehrfach angesprochen, sondern auch andere Personen, die dem Zeugen von der Anwerbung durch den Kl. berichtet haben. Diese Aussage wird durch die Aussage des Zeugen T bestätigt, wonach der Kl. „sehr aktiv“ war und viele Personen angesprochen hat. Auch der Zeuge H bestätigt diese Aussagen.

Durch das Anwerben neuer Teilnehmer hat der Kl. Leistungen an diese neuen Teilnehmer erbracht, da er ihnen die Möglichkeit eröffnet hat, an der Tafelrunde teilzunehmen. Zugleich hat er Leistungen an andere Mitglieder der Tafel erbracht, da sie durch die Teilnahme neuer Knappen deren Chancen auf den Erhalt von „Geschenken“ erhöht hat. Die von ihm vereinnahmten Geldbeträge stellen Gegenleistungen dar, da sie in einem wirtschaftlichen Zusammenhang mit den Anwerbungsleistungen des Kl. stehen (vgl. auch FG Münster EFG 2009, 1190).

Dabei ist es unerheblich, ob der Kl. die Zahlungen unmittelbar von den von ihm angeworbenen Teilnehmern oder von Dritten erhalten hat. Ebenso unbeachtlich ist, dass der Kl. zum Zeitpunkt der Erbringung seiner Leistungen keinen konkreten Anspruch auf den Erhalt von Zahlungen erworben hat. Da bereits der wirtschaftliche Zusammenhang ausreicht, braucht die zwischen den Beteiligten streitige Frage der zivilrechtlichen Auslegung der „Schenkungsurkunden“ nicht entschieden zu werden.“ (FG Münster aaO)

Weitere Schrifttumsnachweise

I. Zivilrecht

1. **Wagner:** Die Rspr. des BGH zu Schönheitsreparaturklauseln seit 2006 (NZM 2010, 543)
2. **Harsdorf-Gebhardt:** Die Rspr. des BGH zum Versicherungsrecht - Regress in der Sachversicherung (r + s 2010, 309)
3. **Kappus:** Abgrenzung von Individual- und Formularverträgen - Möglichkeiten und Grenzen der Mietvertragsgestaltung (NZM 2010, 529)

Die sich zunehmend ausfächernde Entwicklung zur **Einbeziehungs- und Inhaltskontrolle von AGB**, speziell Miet-AGB, die Lit. und Rspr. vorantreiben, macht es Kautelarjuristen wie Verbänden **praktisch unmöglich, rechtssichere Vertragsmuster zu erstellen**; der **Vermieter als AGB-Verwender macht sich schadensersatzpflichtig nach § 280 I BGB**, wenn er seinen Mieter – einerlei ob im laufenden oder im zu Ende gehenden Mietverhältnis – nicht auf eine von ihm erkannte respektive zu kennende (s. § 122 II BGB) Unwirksamkeit der bzw. auf ernstliche Bedenken gegen die im Mietvertrag vereinbarten AGB hinweist, den Mieter also nicht gleichsam „in die richtige Spur setzt“ und ihn etwa von einer Eigendekoration abhält. - Vermieter sind gut beraten, ihren spezifischen Regelungsbedarf, und zwar völlig unabhängig von vorfindbaren Mustern, zu definieren, also festzulegen, welche konkreten Regelungen in Miet-AGB ihnen besonders wichtig erscheinen. - Als eine weitere – zentrale – „Stellschraube“ bei der Betrachtung von Miet-AGB muss § 305 I 1 BGB – hier das Merkmal des „Stellens“ – mitbedacht werden; für den Pkw-Gebrauchtwagenkauf hat der BGH jenes Merkmal verneint, wenn die Einbeziehung auf einer freien Entscheidung des Verwendungsgegners beruht; auf das Dauerschuldverhältnis Miete übertragen gäbe diese Rspr. viel „Vermieterpotenzial“ her; das ist zu überdenken.

II. Strafrecht

1. **Fischer:** Konfliktverteidigung, Missbrauch von Verteidigungsrechten und das Beweisantragsrecht (StV 2010, 423)
2. **Wohlers:** Das Strafverfahren in den Zeiten der „Eilkrankheit“ (NJW 2010, 2470)

Gemeinsamer Anknüpfungspunkt aller Bemühungen um eine Beschleunigung des Strafverfahrens ist der Umstand, dass die **Strafjustiz stark belastet und** zumindest aus der Sicht der betroffenen Staatsanwälte und Strafrichter auch **überlastet** ist; als mögliche Ursachen der Überlastung werden diskutiert: eine Überdehnung des materiellen Strafrechts, eine bezogen auf die Zunahme der zu bearbeitenden Fälle unzureichende Personalausstattung sowie – last but not least – das auf Verzögerung und Obstruktion ausgerichtete Verhalten des Beschuldigten und der Verteidigung in der Hauptverhandlung; im Gutachten wird der letztgenannte Gesichtspunkt nur am Rande gestreift, wenn es im zusammenfassenden Fazit heißt: „Der Grund für diese Betonung der Verfahrensbeschleunigung durch den Gesetzgeber und insbes. durch die Gerichte dürfte allenfalls zum Teil als Reaktion auf ein verändertes Verteidigerverhalten zu verstehen sein.“ - Die Lösung des Problems soll durch eine **Beschleunigung der Strafverfahren** erreicht werden, wobei die Beschleunigung durch eine **Straffung des Hauptverfahrens** und durch **Beschränkungen im Rechtsmittelverfahren** erreicht werden soll; die Straffung soll wiederum im Wesentlichen dadurch erreicht werden, dass **Verfahrensrechte des Beschuldigten beschnitten** werden und/oder vom streitigen Verfahren in ein zunächst praeter bzw. contra legem entwickeltes und nun durch das Verständigungsgesetz kodifiziertes konsensuales Verfahren ausgewichen wird.

3. **Gola/Klug:** Die Entwicklung des Datenschutzrechts in den Jahren 2009/2010 (NJW 2010, 2483)
4. **Harnisch/Pohlmann:** Bild- und Videoaufzeichnungen im Bereich der polizeilichen Verkehrskontrolle (NZV 2010, 380)

Ob ein bildgebendes Messverfahren verdachtsunabhängig oder verdachtsabhängig erfolgt, ist **anhand der Umstände des Einzelfalls zu beurteilen**. - **Bild- und Videoaufzeichnungen aus Anlass von Verkehrsverstößen** dienen der **Beweisgewinnung** und stellen **keine präventive Maßnahme** dar. - Die Feststellung eines Verstoßes gegen Verkehrsvorschriften – auch durch technisches Gerät – begründet bereits objektiv zureichende Anhaltspunkte für ein ordnungswidriges Verhalten. - Im Rahmen einer **polizeilichen Verkehrsüberwachung** können **Bildaufnahmen auf § 100h StPO gestützt** werden; die Vorschriften der §§ 81b, 163b StPO, deren Maßnahmen dem Betroffenen gegenüber stets offen durchzuführen sind, stellen hingegen keine taugliche Rechtsgrundlage dar. - **Verdachtsunabhängige Maßnahmen entbehren einer gesetzlichen Grundlage**; das daraus resultierende **Beweiserhebungsverbot zieht ein Beweisverwertungsverbot nach sich**.

III. öffentliches Recht

1. **Reimer:** Zur Dogmatik des Abänderungsverfahrens nach § 80 VII VwGO (DÖV 2010, 688)

Mit dem **Antrag nach § 80 V VwGO** geht die **Zuständigkeit für die Entscheidung über die Vollziehung eines Verwaltungsakts** auf das **Gericht der Hauptsache** über; wegen der in diesem Verfahren nur anzustellenden summarischen Prüfung räumt § 80 VII VwGO dem Gericht die Möglichkeit einer Änderung seines Beschlusses ein. - Das **System des vorläufigen Rechtsschutzes in den öffentlich-rechtlichen Gerichtsbarkeiten** ist **zweispurig**, indem es neben der einstweiligen Anordnung ein besonderes Verfahren vorsieht, soweit Verwaltungsakte betroffen sind; zentraler Begriff ist hierbei die aufschiebende Wirkung eines Rechtsbehelfs (so § 80 VwGO) oder als deren Kehrseite die Vollziehbarkeit eines Verwaltungsakts (so § 69 FGO), die ausgesetzt oder angeordnet werden kann. - Die Entscheidung hierüber ist anders als in einem Hauptsacheverfahren auf der Grundlage einer Interessenabwägung der Beteiligten zu treffen, in die vor allem die **summarisch zu prüfenden Erfolgsaussichten der Hauptsache** einzubeziehen sind; auch nach einer gerichtlichen Entscheidung können sich die Gewichte der betroffenen Interessen noch verschieben, sodass die getroffene Entscheidung sich später als unangemessen darstellen und ihrem Zweck, im Lichte des Art. 19 IV GG effektiven Rechtsschutz auch schon im Laufe eines langwierigen Hauptsacheverfahrens zu gewähren, nicht mehr gerecht werden kann; damit die Gerichte derartiges prozessuales Unrecht abstellen können, sieht **§ 80 VII VwGO** die **Möglichkeit vor, Beschlüsse über Anträge nach § 80 V VwGO jederzeit zu ändern oder aufzuheben**. - Das **Abänderungsverfahren im vorläufigen Rechtsschutz gegen Verwaltungsakte dient der Gewährleistung effektiven Rechtsschutzes** auch schon im Vorfeld einer Hauptsacheentscheidung; sind die Voraussetzungen für eine Abänderung grds. gegeben, ist in der Sache erneut über den ursprünglichen Antrag nach § 80 V VwGO zu entscheiden; die Beteiligtenrollen sollten dabei begrifflich nicht geändert werden; für eine Entscheidung im Sinne desjenigen, der nach § 80 V VwGO die aufschiebende Wirkung erstrebt, muss sein ursprünglicher Antrag auch nach der veränderten Sach- und Rechtslage sowohl zulässig als auch begründet sein; die gleichen Maßstäbe gelten auch für § 86 I 4 SGG und § 69 VI FGO.

2. **Kramer:** Problematik der Wiedergestattung eines Gewerbes nach erfolgter Gewerbeuntersagung (GewA 2010, 273)

Problemstellung: Im Zusammenhang mit einer erfolgten Gewerbeuntersagung stellt sich in der Folge häufig die Frage, ab wann die Gründe hierfür bzw. die Unzuverlässigkeit ausgeräumt sind und eine erneute Zulassung zu einem Gewerbe möglich ist; da eine Gewerbeuntersagung eine einschneidende Maßnahme darstellt, die für die Meisten den Entzug der Existenzgrundlage und oftmals Arbeitslosigkeit zur Folge hat, sind die Betroffenen i. d. R. sehr an einem Weg zurück in ihre frühere selbständige Tätigkeit interessiert; das gesetzliche Mittel hierfür besteht in der **Wiedergestattung nach § 35 VI GewO**, dessen Anwendung jedoch zahlreiche rechtliche Probleme aufwirft, die eine besondere Betrachtung erforderlich machen; zusätzlich leben klassische Fragestellungen aus dem Bereich der Gewerbeuntersagung wieder auf. - Die Wiedergestattung der Gewerbeausübung nach § 35 VI GewO **beseitigt die Folgen der zuvor erlassenen Untersagung** und öffnet dem Betroffenen einen **erneuten Zugang zum Betrieb eines Gewerbes**, womit sie das Korrelat zur Gewerbeuntersagung ist; sie verwirklicht den aus der **Berufsfreiheit** (Art. 12 I GG) abgeleiteten und grundrechtlich gebotenen Wertgedanken, dass niemand länger von einem Beruf fern gehalten werden darf, als dies durch überwiegende Interessen der Allgemeinheit geboten ist; zuvor **müssen** jedoch die **Gründe, die die Gewerbeuntersagung stützten, entfallen** sein. - Von den zahlreichen, zu berücksichtigenden Aspekten stellt die **Zuverlässigkeit des Gewerbetreibenden** die **wichtigste Voraussetzung** und den **Kern der Prüfung** dar: Die **Wiedergestattung wird nur auf Antrag und i. d. R. nur nach Ablauf eines Jahres seit der Durchführung der Gewerbeuntersagung** erteilt; diese Frist kann bei Vorliegen besonderer Gründe verkürzt werden; die Wiedergestattung kann bereits vor der endgültigen Bestandskraft der Gewerbeuntersagung beantragt und erteilt werden; soweit die Voraussetzungen vorliegen besteht ein entsprechender Rechtsanspruch; die Aufnahme von Nebenbestimmungen ist generell nicht zulässig; ebenso kann eine Wiedergestattung nicht aufgehoben werden, sondern nur durch eine erneute Gewerbeuntersagung revidiert werden.

3. **Kaufmann:** Für immer und ewig beschuldigt? Verdachtsberichterstattung im Internet und Onlinearchive (MMR 2010, 520)

Maßgebliche Voraussetzung für die Verdachtsberichterstattung ist das **berechtigte Informationsinteresse der Bevölkerung**, das sich am Kriterium des möglichen Strafausspruchs manifestiert. - Die **volle Namensnennung ist in Fällen der Schwerekriminalität zulässig**, zu denen alle Delikte gehören, die in § 112 III StPO und in § 74 GVG aufgeführt sind, sowie alle Delikte der Organisierten Kriminalität und die Straftat der schweren räuberischen Erpressung. - **Fälle der mittleren Kriminalität** liegen grds. bei der strafgerichtlichen Zuständigkeitskompetenz der Amtsgerichte vor; die **Nennung des Klarnamens eines Besch. ist somit unzulässig**; davon **ausgenommen sind Deliktswürfe, die einen Amtsträger betreffen**. - Liegt der voraussichtliche Strafausspruch in seinem Grundtatbestand unterhalb von zwei Jahren Freiheitsstrafe, so handelt es sich um einen Fall der Kleinkriminalität; eine Publikation des vollen Namens ist in solchen Fällen rechtswidrig; gleiches gilt, soweit es sich bei dem Beschuldigten um einen Jugendlichen oder Heranwachsenden handelt.

4. **Roller:** Drittschutz im Atom- und Immissionsschutzrecht - Bestandsaufnahme und aktuelle Entwicklung der Rspr. (NVwZ 2010, 990)

5. **Donhauser:** Neue Akzentuierungen bei der Vergabe von Standplätzen auf gemeindlichen Volksfesten und Märkten (NVwZ 2010, 931)

Die **rechtlichen Anforderungen an die Durchführung kommunaler Volksfeste und Märkte sind vielfältig**: Das Kommunalverfassungsrecht verpflichtet die veranstaltenden Kommunen dazu, die Zulassungsentscheidung durch ihre eigenen Organe zu treffen; auch die vollständige, materielle Privatisierung von Volksfest- und Marktveranstaltungen

sieht das **BVerwG** neuerdings kritisch und hat aus der Garantie der kommunalen Selbstverwaltung ein **Privatisierungsverbot für kommunale Einrichtungen mit sozialem, kulturellem und traditionsreichem Hintergrund** abgeleitet. - Diese Rspr. begegnet erheblichen rechtlichen Bedenken und kollidiert mit vielfältigen Bemühungen zur Haushaltskonsolidierung, denn sie **schränkt die Entscheidungsfreiheit der Kommunen bei Privatisierungsbemühungen erheblich ein**. - Auch wenn das **europäische Vergaberecht** nicht direkt anwendbar ist, fordert das europäische Primärrecht bei Binnenmarktrelevanz von der Auswahl- und Zulassungsentscheidung die Beachtung von Transparenz- und Gleichbehandlungspflichten; die Vergabe muss dann ausreichend bekannt gemacht werden; die Auswahl hat anhand vorher festgelegter, sachlich gerechtfertigter Auswahlkriterien zu erfolgen; ein **besonderes Problem** ist dabei die **Bevorzugung Ortsansässiger**: die europarechtliche Rechtfertigung hierfür ist nicht einfach zu begründen; insgesamt wird jedoch deutlich, dass sich die bisher aus dem Kommunalrecht abgeleiteten Anforderungen nahtlos mit vergaberechtlichen Vorgaben in Einklang bringen lassen.

6. **Kettler**: Beginn der Widerspruchsfrist bei Verkehrszeichen (SVR 2010, 293)

Verkehrszeichen sind jedenfalls dann **belastende Verwaltungsakte, wenn sie Gebote oder Verbote enthalten**. - Als Gegenstand von Klagen finden sich in der Rspr. u. a. Tempolimits, Überholverbote, Ampeln, Busspuren, Fußgängerzonen, Fußwege, Radwegebenutzungspflichten, Einbahnstraßenregelungen, Bewohnerzonen, Parkzeitbegrenzungen, Markierungen, Verkehrseinrichtungen wie feste Poller und auch automatisch auf- und abfahrende Poller. - Materiellrechtlich geht es regelmäßig um die Frage, ob die jeweiligen Gebote, Verbote oder Verkehrseinrichtungen in **§ 45 I-IX StVO** eine **Ermächtigungsgrundlage** finden und **mit § 45 IX StVO und Art. 2, 12 und 14 GG vereinbar** sind; es stellt sich daher immer wieder die **Frage der Rechtsschutzmöglichkeiten** und dabei die **Fristfrage**. - Da Verkehrszeichen keine Rechtsmittelbelehrung enthalten, **gilt für die Anfechtung die Einjahresfrist; umstritten ist jedoch, wann die Jahresfrist beginnt**: Nimmt man die st. Rspr. des BVerwG ernst, dass das Verkehrszeichen "gleichsam die Stelle von Polizeivollzugsbeamten" vertritt und es eine "wechselseitige Vertauschbarkeit einer Verkehrsregelung durch Verkehrszeichen einerseits und durch Polizeibeamte andererseits" gibt, kommt es bei Anfechtungsklagen nicht einmal auf das erstmalige Betroffensein des jeweiligen Kl. an, sondern auf das von ihm zum Klagegegenstand ausgewählte Betroffensein; bei Ampeln, Verkehrsbeeinflussungsanlagen und automatischen Pollern ist es augenscheinlich, dass der Verkehrsteilnehmer nicht (mehr) das gleiche Ge- oder Verbot gezeigt bekommt, das noch vor Minuten, Stunden oder am Vortag zur gleichen Uhrzeit angezeigt wurde; aber auch das Blechschild zeigt dem Verkehrsteilnehmer bei jeder neuen Betroffenheit ein neues Ge- oder Verbot, wie es der Verkehrspolizist täte; wenn mit Neuzugezogenen und jungen Verkehrsteilnehmern sowieso immer wieder neue Klagebefugte heranwachsen, ist auch nicht ersichtlich, welche Funktion die Fiktion einer "Bestandskraft" von Verkehrszeichen noch haben soll; es gibt auch **kein Bedürfnis für die Unanfechtbarkeit von Verkehrszeichen**: Dass man als Adressat eines belastenden Verwaltungsakts weniger (Anfechtungs-) Rechte haben soll als ein anderer, jüngerer oder zugezogener, nur weil man vor mehr als einem Jahr schon mal einem ähnlichen Verwaltungsakt ausgesetzt war, ist rechtlich nicht vorgesehen; für eine solche Ungleichbehandlung zweier Verkehrsteilnehmer ist auch kein sachlicher Grund ersichtlich.

IV. Richter / Staatsanwälte / Rechtsanwälte / Notare

1. **Höhler-Heun**: Abänderung eines Prozessvergleichs über nahehelichen Unterhalt wegen Unterhaltsbefristung (FamFR 2010, 337)
2. **Sterzinger**: Durchsuchung von Büro- und Kanzleiräumen durch die Steuerfahndung (NJOZ 2010, 1766)

Regelmäßig werden im Strafverfahren auch die **Büro- und Kanzleiräume des steuerlichen Beraters bzw. Rechtsanwalts durchsucht**, wenn Anhaltspunkte dafür bestehen, dass sich dort Unterlagen befinden, die den bestehenden Verdacht einer Steuerstraftat des Mandanten manifestieren könnten. - Der **zur Verschwiegenheit verpflichtete Steuerberater oder Rechtsanwalt** muss **sorgfältig abwägen, welche Informationen er offenbart**, um sich nicht selbst der Gefahr berufsrechtlicher und strafrechtlicher Sanktionen auszusetzen; gleichzeitig hat er aber auch ein Interesse daran, dass die Büroorganisation durch die Maßnahme nicht nachhaltig beeinträchtigt wird und die Steuerfahndung so schnell und so unauffällig wie möglich die Örtlichkeiten wieder verlässt. - Die **Stärke der Steuerfahndung** liegt in der **Schockwirkung einer Durchsuchung**, die gezielt eingesetzt wird; aus diesem Grunde sollten Betroffene immer – selbst wenn dies im Einzelfall nur schwer umsetzbar ist – besonnen und kontrolliert agieren; empfehlenswert ist, zu Beginn der Maßnahme im Beisein des Durchsuchungsleiters Kontakt mit dem Mandanten aufzunehmen, um z. B. abzuklären, ob er sich mit einer freiwilligen **Herausgabe der Unterlagen** einverstanden erklärt. - Eine **richterlich angeordnete Durchsuchung** kann **nur im Ausnahmefall unterbunden** werden; ein Durchsuchungsleiter kann aber vorgelegene Beanstandungen zum Anlass nehmen, diese noch während der Durchsuchung zu beseitigen; schaltet er den Ermittlungsrichter ein, der fernmündlich eine Korrektur vornimmt, führt eine Beschwerde im Ergebnis dazu, dass etwaige Fehler bei der Durchsuchung sanktionslos geheilt werden. - Der Durchsuchungstag gehört der Steuerfahndung; die Beamten sollten durch Vorlage der gesuchten Unterlagen unterstützt werden, wenn dadurch die Maßnahme abkürzt oder die Durchsuchung der gesamten Kanzlei verhindert werden kann; es empfiehlt sich, die Fahndungsbeamten zum Aufbewahrungsort derjenigen Unterlagen zu führen, nach denen gesucht wird; dadurch kann eine Einsichtnahme weiterer Räume oder auch Unterlagen aber nicht vermieden werden, weil für die Fahndungsbeamten erst dann erkennbar ist, ob sonstige Unterlagen Beweiswert haben können und ob das beschlagnahmte Material vollständig ist. - **Aussagen oder Antworten auf Fragen zum Tatvorwurf sind zu vermeiden**, denn es ist vermutlich noch kein Ermittlungsverfahren auf Grund von Erklärungen während einer laufenden Durchsuchung eingestellt worden; die Erfahrung zeigt zwar, dass in der „Stresssituation“ der Durchsuchung der Betroffene häufig das Bedürfnis hat, sich zu den Vorwürfen der Ermittlungsbehörden zu äußern, einerseits besteht aber die Gefahr, dass die Beamten das Gesagte ungenau oder unzu-

treffend protokollieren und andererseits dürfen Auskünfte ohnehin nur auf der Grundlage einer Schweigepflichtsentbindung des Mandanten erteilt werden. - Eine häufig beabsichtigte **Vernehmung** ist **nicht Teil der Durchsuchung** und sollte erst später stattfinden, wenn Rücksprache mit dem Mandanten erfolgt ist und die gefundenen Unterlagen zumindest teilweise ausgewertet sind; darüber hinaus kann und sollte sich der Betroffene auf sein Zeugnisverweigerungsrecht berufen; die **Fahndungsbeamten sind als „Steuerpolizisten“ tätig**, so dass **ihnen gegenüber nicht zur Sache ausgesagt werden muss**; ein anwesender Bediensteter der Straf- und Bußgeldsachenstelle ist zwar als „Steuerstaatsanwalt“ zur Vernehmung befugt; ihm gegenüber ist klarzustellen, dass (zunächst) keine Aussagen gemacht werden, was auch für „informativische“ Befragungen gilt, die formell keine Vernehmung darstellen.

3. **Weiß: Unfallschadenmanagement durch Kfz-Sachverständige – Grenzen vor dem Hintergrund des RDG (NZV 2010, 386)**

Unfallschadenregulierung ist Rechtsdienstleistung und als solche **der Anwaltschaft vorbehalten**; soweit sie in Teilbereichen durch Sachverständigenorganisationen zulässig ist, findet sie ihre Grenzen dort, wo Einfluss auf die Disposition des Geschädigten genommen wird; von Seiten der Sachverständigenorganisationen wird versucht werden, diese Grenze und den rechtlichen Rahmen des RDG weit auszudehnen. - Bedacht werden sollte von **Werkstätten und Sachverständigenorganisationen** jedoch, dass sich dadurch **versicherungsrechtliche Probleme** ergeben können: Bei Geltendmachung von Schadenersatzansprüchen wegen falscher Beratung anhand des RDG greift der Schutz der Berufshaftpflichtversicherung nicht. - Die rechtlichen Möglichkeiten, sich gegen einen Verstoß gegen das RDG durch das Handeln der Sachverständigen zu wehren, sind begrenzt; festzuhalten ist aber, dass **bei Verstößen gegen gesetzliche Verbote die jeweils geschlossenen Verträge gem. § 134 BGB i. V. m. § 3 RDG nichtig** sind. - In Betracht kommt auch ein Verstoß gegen §§ 3, 4 Nr. 11 UWG aufgrund der Vergabe von eventuellen Gutschriften/Rabatten von Sachverständigenorganisationen sowie wegen unlauterer Akquisemethoden, so dass gem. **§§ 8, 9 UWG Unterlassungs- oder Schadenersatzansprüche** geltend gemacht werden können; zudem könnten die Sachverständigenorganisationen gegen § 8 der Richtlinien für Sachverständige verstoßen. - Rechtsanwälte könnten durch ihr Handeln gegen Berufsrecht aus §§ 1, 2 BRAO (ggf. Unfallhilfe wegen Stapelvollmachten) und § 43a BRAO (Verbot widerstreitender Interessen) verstoßen haben; des Weiteren könnte die Vollmachtserteilung an Rechtsanwälte wegen der verwendeten „Stapelvollmachten“ unwirksam sein, mit der Folge, dass der gesamte Geschäftsbesorgungsvertrag nichtig sein könnte.

Überreicht durch:

Mandantenbrief

- neueste Informationen -

Aus Gesetzgebung, Rechtsprechung und Praxis

September 2010

A. Aus der Gesetzgebung

Änderung des Wertpapierhandelsgesetzes

Gesetz zur Vorbeugung gegen missbräuchliche Wertpapier- und Derivategeschäfte vom 21.07.2010 – Inkraft-Treten am 27.07.2010 (BGBl. I, S. 945)

I. Allgemeines

Mit dem „Gesetz zur Neuregelung der Rechtsverhältnisse bei Schuldverschreibungen aus Gesamtemissionen und zur verbesserten Durchsetzbarkeit von Ansprüchen von Anlegern aus Falschberatung“ (BR-Drucksache 180/09 vom 20.02.09) wurde u. a. auch das Wertpapierhandelsgesetz (WpHG) geändert.

II. Die Neuregelungen im Überblick

3. In **§ 34 WpHG** werden die Abs. 2a) und 2b) neu eingefügt.

Nach Abs. 2a) sind **Wertpapierdienstleistungsunternehmen** nunmehr **dazu verpflichtet, über jede Anlageberatung ein schriftliches Protokoll anzufertigen**, das von demjenigen, der die Anlageberatung durchgeführt hat, zu unterzeichnen ist. Zudem ist vor einem auf die Beratung beruhenden Geschäftsschluss dem Kunden das Protokoll auf einem dauerhaften Datenträger zur Verfügung zu stellen.

Bei **Fernabsatzgeschäften** kann der Geschäftsabschluss auf ausdrücklichen Wunsch des Kunden auch vor Erhalt des Protokolls erfolgen. Voraussetzung hierfür ist allerdings, dass die Beratung mit Zustimmung des Kunden technisch aufgezeichnet worden ist oder der Kunde ausdrücklich auf eine solche Aufzeichnung verzichtet hat.

Der **Inhalt des** nach § 34 Abs. 2a) WpHG **zu erstellenden Protokolls** ergibt sich aus der **Wertpapierdienstleistungs-Verhaltens- und Organisationsverordnung (WpDVe-ROV)**, die ebenfalls geändert wurde.

Wer das Protokoll nicht, nicht richtig, nicht vollständig oder nicht rechtzeitig anfertigt, begeht eine Ordnungswidrigkeit, Gleiches gilt, wenn dem Kunden eine Ausfertigung des Protokolls nicht, nicht vollständig, nicht in der vorgeschriebenen Weise oder nicht rechtzeitig zur Verfügung gestellt wird. Die Ordnungswidrigkeiten können mit einer Geldbuße bis zu 50.000 Euro geahndet werden.

4. Ferner wird **§ 37a WpHG**, in dem die **Verjährungsfrist für Ansprüche von Kunden gegen Wertpapierdienstleistungsunternehmen auf Schadensersatz** wegen Verletzung der Pflicht zur Information und wegen fehlerhafter Beratung im Zusammenhang mit einer Wertpapierdienstleistung geregelt ist, gestrichen.

Damit **gelten künftig die allgemeinen Verjährungsregeln**, wonach die Verjährung nicht mehr mit der Anspruchsentstehung, d. h. mit Datum des Geschäftsabschlusses, sondern erst mit dem Schluss des Jahres, in dem das Geschäft getätigt worden ist, beginnt. Ohne Kenntnis der anspruchsbegründenden Tatsachen kann sich die Verjährungsfrist von 3 auf 10 Jahre verlängern.

B. Aus der Rechtsprechung

BGB
§§ 437 Nr. 2, 232

Rücktrittsrecht
Erlöschen nach Mangelbehebung
(BGH in NJW 2010, 1805; Urteil vom 12.03.2009 – V ZR 147/09)

BGB

Wird der **Mangel der Kaufsache innerhalb** einer hierzu von dem Käufer **gesetzten Frist** zur Nacherfüllung **behoben, erlischt das Recht des Käufers zum Rücktritt vom Vertrag**. Dies gilt auch dann, wenn es wegen eines arglistigen Verhal-

tens des Verkäufers im Hinblick auf den Mangel des erfolglosen Ablaufs einer Frist zur Nacherfüllung als Voraussetzung für einen Rücktritt vom Vertrag nicht bedurft hätte.

„Der Käufer kann wegen eines Sachmangels der verkauften Sache grds. nur dann von dem Kaufvertrag zurücktreten, wenn er dem Verkäufer fruchtlos Frist zur Nacherfüllung gesetzt hat, §§ 437 Nr. 2, 323 I BGB. Dieser Grundsatz gilt nicht ausnahmslos: Eine Ausnahme greift namentlich dann ein, wenn besondere Umstände vorliegen, die unter Abwägung der beiderseitigen Interessen die sofortige Ausübung des Rücktrittsrechts rechtfertigen, § 323 II Nr. 3 BGB. So kann es sich insbes. verhalten, wenn der Verkäufer bei Abschluss des Vertrags eine Täuschungshandlung begangen hat. Eine solche Handlung ist grds. geeignet, das Vertrauen des Käufers in die Ordnungsmäßigkeit der Nacherfüllung zu zerstören, und lässt aus diesem Grund das Verlangen der Nacherfüllung für den Käufer in der Regel unzumutbar sein (BGH NJW 2007, 835; BGH NJW 2008, 1371; Palandt/Grüneberg, BGB, 69. Aufl., § 323 Rn 22).

So liegt es indessen nicht, wenn der Käufer dem Verkäufer nach Entdeckung des verschwiegenen Mangels eine Frist zu dessen Behebung setzt. Damit gibt er zu erkennen, dass sein Vertrauen in die Bereitschaft zur ordnungsgemäßen Nacherfüllung trotz des arglistigen Verhaltens des Verkäufers weiterhin besteht. Kommt der Verkäufer innerhalb der Frist dem Verlangen des Käufers nach und wird der Mangel behoben, scheidet der Rücktritt des Käufers vom Vertrag aus, weil die verkaufte Sache – nunmehr – vertragsgerecht ist.“ (BGH aaO)

BGB
§ 536

Beschaffenheitsvereinbarung
keine Toleranzspanne bei „ca.-Angabe“ zur Wohnfläche
(BGH in NZM 2010, 313 = ZMR 2010, 522; Urteil vom 10.03.2010 – VIII ZR 144/09)

BGB

Auch wenn die als Beschaffenheit vereinbarte Wohnfläche mit einer „ca.“-Angabe versehen ist, liegt ein zur Mietminderung berechtigender Sachmangel dann vor, wenn die tatsächliche Fläche mehr als 10% unter der vereinbarten Quadratmeterzahl liegt. Bei der Beurteilung der Erheblichkeit des Mangels ist keine zusätzliche Toleranzspanne anzusetzen.

„Die Angabe einer Wohnfläche von „ca. 100 m²“ ist als Beschaffenheitsvereinbarung anzusehen, die bei einer Abweichung von mehr als 10% zum Nachteil des Mieters einen zur Minderung berechtigenden Sachmangel (§ 536 I 1 BGB) der Mietsache darstellt (vgl. BGH NZM 2004, 453 = NJW 2004, 1947; BGH NZM 2004, 454 = NJW 2004, 2230; NZM 2004, 456 = WuM 2004, 268; BGH NZM 2005, 861 = WuM 2005, 712; NZM 2007, 595 = NJW 2007, 2624; BGH NZM 2007, 594 = NJW 2007, 2626; NZM 2009, 814 = NJW 2009, 3421; BGH NZM 2010, 36 = NJW 2010, 292; BGH NZM 2010, 196 = NJW 2010, 1064; jew. m.w.N.).

Die Erheblichkeitsgrenze von 10% gilt auch dann, wenn der Mietvertrag zur Größe der Wohnung nur eine „ca.“-Angabe enthält (BGH NZM 2004, 456; NZM 2009, 477 = NJW 2009, 2295 = WuM 2009, 344; BGH NZM 2009, 659 = NJW 2009, 2880). Der Zusatz „ca.“ lässt zwar erkennen, dass Toleranzen hingenommen werden sollen. Auch für solche Toleranzen ist jedoch die Grenze dort zu ziehen, wo die Un-erheblichkeit einer Tauglichkeitsminderung der Mietsache (§ 536 I BGB) endet. Diese Grenze ist im Interesse der Praktikabilität und der Rechtssicherheit bei 10% anzusetzen; eine zusätzliche Toleranz ist dann nicht mehr gerechtfertigt (vgl. BGH NZM 2004, 456).“ (BGH aaO)

StGB
§ 326 I Nr.4a

umweltgefährdende Abfallbeseitigung
durch Verschenken eines nicht mehr fahrbereiten Altfahrzeugs
(OLG Celle in ZAP 2010, 693; Urteil vom 15.10.2009 – 32 Ss 113/09)

StGB

Das Verschenken eines nicht mehr fahrbereiten Altfahrzeugs an eine Privatperson zum Zweck des Ausschachtens erfüllt den objektiven Tatbestand des § 326 I Nr. 4 a StGB.

- I. Bei einem Altfahrzeug kann es sich grds. um Abfall i. S. des § 326 I 1 StGB handeln. Der strafrechtliche Abfallbegriff ist an den verwaltungsrechtlichen Abfallbegriff angelehnt und umfasst gem. § 3 I i. V. m. Anhang 1 KrW-/AbfG alle beweglichen Sachen, die vom Besitzer nicht oder nicht mehr verwendet werden und deren sich der Besitzer entledigt, entledigen will (subjektiver Abfallbegriff, gewillkürter Abfall) oder entledigen muss (objektiver Abfallbegriff, Zwangsabfall).

„Der Pkw Audi 80 der Angekl. wurde mit einem Restwert von 20 € bewertet und als Wrack eingeordnet. Das Fahrzeug war zur Zeit der Übergabe zumindest gewillkürter Abfall, dessen sich die Angekl. möglichst kostengünstig entledigen wollte. Demnach ging sie nicht von der Wiederherstellung der Fahrtüchtigkeit aus. Nach ihrer Einschätzung hatte das Fahrzeug keinen Gebrauchswert mehr. Damit war das Fahrzeug Abfall im Sinne des subjektiven Abfallbegriffs.

Dieser Einordnung steht nicht entgegen, dass Bestandteile des Fahrzeugs ggf. noch wiederverwendet oder weiterverwertet werden konnten. Denn das Ausschachten stellt keinen Gebrauch eines Fahrzeugs zu seinem ursprünglichen Verwendungszweck dar (vgl. hierzu MüKo-StGB/Alt, § 326 Rn 19, 59; BayObLG VRS 89, 238 ff.). Zudem hat die Angekl. dem Abnehmer das Fahrzeug unentgeltlich mitgegeben, und damit deutlich gemacht, dass das Fahrzeug für sie keinen relevanten Gebrauchswert mehr hatte.“ (OLG Celle aaO)

- II. Das Fahrzeug war nach seiner Beschaffenheit auch dazu geeignet, nachhaltig ein Gewässer oder den Boden zu verunreinigen.

„Die Frage, ob § 326 I Nr. 4 StGB als abstraktes Gefährdungsdelikt jede theoretische Möglichkeit einer Verunreinigung ausreichen lässt oder dies der Einschränkung bedarf (vgl. hierzu OLG Braunschweig NSTZ-RR 2001, 42 f.; MüKo-StGB/Alt, § 326 Rn 60; OLG Schleswig NSTz 1997, 546 ff.; LG Stuttgart NSTz 2006, 291 ff.), kann hier dahinstehen: Denn eine Gefährdungsseignung wird selbst bei einschränkender Auslegung im Falle eines nicht mehr fahrtüchtigen Altfahrzeugs auch dann vorliegen, wenn eine reale und gegenwärtige Gefahr eines unkontrollierten Austretens von umweltschädlichen Betriebsflüssigkeiten besteht (vgl. hierzu OLG Celle NSTz 1996, 191 f.; OLG Braunschweig NSTZ-RR 2001, 42 f. unter Aufgabe der bisherigen Rspr., dass ein noch ausschaltbares Wrack ein Wirtschaftsgut darstellt; LG Stuttgart NSTz 2006, 291 f.; einschränkend, im Ergebnis aber offen gelassen OLG Schleswig NSTz 1997, 546).

Nach den Feststellungen des angefochtenen Urteils waren in dem Fahrzeug noch die Betriebsflüssigkeiten und andere Schadstoffe vorhanden, also jedenfalls Altöl und andere Schmierstoffe, Brems- und Batterieflüssigkeit. Solche Stoffe sind geeignet, Gewässer und Boden zu verunreinigen. Das Fahrzeug war zudem bei Übergabe an den Abnehmer nicht mehr fahrbereit und sollte ausgeschlachtet werden. Beim unkontrollierten Ausschachten muss wegen des zwangsweise damit einhergehenden Lösens von Verbindungen und Verschlüssen, sowie wegen des unsorgfältigen Ablegens von Aggregaten während des Ausbaus anderer Teile mit dem Austre-

ten von Betriebsflüssigkeiten gerechnet werden. Von dem Fahrzeug ging somit nach seiner Beschaffenheit auch bei einschränkender Auslegung eine Umweltgefährdung i. S. des § 326 I Nr. 4a StGB aus.“ (OLG Celle aaO)

- III. Durch das **Verschenken eines Altfahrzeugs** wird dieses unter **wesentlicher Abweichung von einem vorgeschriebenen Verfahren** „sonst beseitigt“ i. S. von § 326 I Nr. 4a StGB.

„Gem. § 4 Altfahrzeugverordnung ist jeder, der sich eines Fahrzeugs entledigen will, verpflichtet, dieses nur einer anerkannten Annehmestelle, einer anerkannten Rücknehmestelle oder einem anerkannten **Demontagebetrieb** zu überlassen. Dieser Verpflichtung ist die Angekl. nicht nachgekommen. Es gibt keine Hinweise dafür, dass der unbekannt gebliebene Abnehmer einen solchen Betrieb führte. Durch die Übergabe ihres Fahrzeuges zum Ausschachten an diesen Abnehmer hat die Angekl. das nicht mehr fahrbereite Altfahrzeug der vorgeschriebenen Abfallentsorgung entzogen und es „sonst beseitigt“. Dadurch entstand die **konkrete Gefahr eines unkontrollierten Freisetzens der umweltgefährdenden Stoffe**, die sich noch in dem Fahrzeug befanden. Die Vorwerfbarkeit ihres Verhaltens liegt nicht in einem Unterlassen geeigneter Feststellungen zur Identität des Interessenten und seiner Zuverlässigkeit für eine ordnungsgemäße Entsorgung des Fahrzeugs, sondern in der aktiven Übergabe des nicht mehr fahrbereiten Altfahrzeugs an den offensichtlich als Privatmann auftretenden Abnehmer zum Zweck des Ausschachtens. Darin liegt ein Beseitigen von Abfall unter wesentlicher Abweichung von einem vorgeschriebenen Verfahren gem. § 326 I Nr. 4a StGB.“ (OLG Celle aaO)

GewSchG
§ 1 II 1 Nr. 1

Drohung mit Körperverletzung
nicht bei Verwünschungen, Beschimpfungen und Prahlerien
(OLG Bremen in MDR 2010, 746; Beschluss vom 25.02.2010 – 4 UF 9/10)

GewSchG

Der **Tatbestand der Drohung mit einer Körperverletzung** i.S.d. § 1 II 1 Nr. 1 GewSchG erfordert eine **ernsthafte Drohung** und ist bei **bloßen situationsbedingten Verwünschungen, Beschimpfungen und Prahlerien nicht erfüllt**.

„Zwar muss eine **Drohung** in diesem Sinne nicht ausdrücklich erklärt werden, sondern kann **auch konkludent** zum Ausdruck kommen (vgl. zum identischen Begriff der Drohung im Strafrecht: Träger/Schluckebier, KL/StGB, 11. Aufl., § 241 Rn 7). **Tatbestandsmäßig sind jedoch nur ernsthafte Drohungen** i.S.d. §§ 240, 241 StGB. Bloße Verwünschungen, Beschimpfungen oder Prahlerien reichen nicht aus (Hoppenz/Müller, Familiensachen, 9. Aufl., § 1 GewSchG Rn 31; Palandt/Brudermüller, BGB, 68. Aufl., § 1 GewSchG Rn 9; OLG Schleswig MDR 2004, 155 = NJW-RR 2004, 156). Für die Abgrenzung kommt es darauf an, ob der Drohende unter Würdigung der Gesamtumstände den **Eindruck der Ernstlichkeit** erweckt bzw. ob die Ankündigung gewalttätigen Verhaltens aus der Sicht des objektiven Durchschnittsmenschen ernst zu nehmen war (Träger/Schluckebier aaO, 11. Aufl., § 241 Rn 10; MüKo-StGB/Gropp/Sinn, § 241 Rn 5).

Unter **Berücksichtigung der Gesamtumstände** des vorliegenden Falls ist das seitens des Ast. behauptete Verhalten des Ag. nicht als ernsthafte Drohung mit einer Körperverletzung, sondern als bloße – wenn auch beleidigende und damit Strafbare – Verwünschung einzuordnen: Zwar stellt der Ast. den Ag. als jähzornig und aggressiv sowie körperlich überlegen dar. Es ist aber zu berücksichtigen, dass zwischen den Bet. seit längerem Streit herrscht, ohne dass es bislang zu körperlichen Auseinandersetzungen gekommen ist. Der Einsatz der Drohgebärde und einer Beleidigung im Moment des Hinausgehens, also zu einem Zeitpunkt, als dem Ag. klar sein musste, dass er sich in diesem Termin nicht hat durchsetzen können und im Sinne einer Niederlage unverrichteter Dinge das Büro des Ast. zu verlassen hatte, spricht jedoch deutlich dafür, dass es sich letztlich nicht um eine ernst gemeinte Drohung handelte, sondern um eine situationsbedingte Verwünschung als letzte verzweifelte **Unmutsbekundung im Zustand höchster Erregung**. Aus der Sicht eines objektiven Durchschnittsmenschen ist eine solche Geste, jedenfalls solange es sich um ein einmaliges Fehlverhalten handelt, nicht als Ankündigung einer Körperverletzung bzw. gewalttätiger Handlungen zu verstehen.“ (OLG Bremen aaO)

ARB
§ 17

Rechtsschutzversicherung
kein Auskunftsanspruch gegenüber Rechtsanwalt
(AG Aachen in BRAK-Mitt. 2010, 188; Urteil vom 01.04.2010 – 112 C 182/09)

RA/Nt

Eine **Rechtsschutzversicherung** hat **keinen Auskunftsanspruch gegenüber dem Rechtsanwalt** ihres Versicherungsnehmers.

„**Mangels Vertragsverhältnisses** zwischen den Parteien **scheidet ein vertraglicher Auskunftsanspruch aus**. Ein solches bestand nur zwischen dem Kl. und seinem Mandanten, dem Versicherungsnehmer der Bekl.

Der Auskunftsanspruch ergibt sich auch nicht auf der Grundlage der §§ 666, 675 I 1 BGB, § 11 BORA, 67 I 1 VVG a. F., § 17 VIII 1 ARB 2004, §§ 401, 402 BGB analog: Auch wenn aufgrund der Zahlung eines Vorschusses durch die Bekl. der Anspruch auf Rückerstattung etwaig überzahlter Beträge nach § 67 VVG a. F. auf sie übergegangen ist und diesem Anspruch der **Auskunftsanspruch als Nebenrecht** gem. §§ 401, 402 BGB gefolgt sein mag, steht der Erteilung der Auskunft die dem Kl. gem. § 43a II BRAO obliegende **Verschwiegenheitspflicht** im Verhältnis zu seinem Mandanten entgegen (vgl. auch AG Bonn NJW-RR 2007, 355). Diese Pflicht bezieht sich auf alles, was ihm in Ausübung seines Berufes bekannt geworden ist. Der Kl. war damit auch gehindert, der Bekl. Auskünfte zu erteilen. An einer hierfür erforderlichen Schweigepflichtentbindungserklärung des Versicherungsnehmers fehlt es. Soweit dieser den Kl. mit der Einholung einer Deckungszusage bei der Bekl. beauftragt hat, vermag dies eine konkludente Entbindung von der Schweigepflicht nicht zu begründen: Das **Mandatsverhältnis ist ein Vertrauensverhältnis**, das bei der Annahme eines konkludenten Verzichts auf ein grundlegendes Wesensmerkmal dieser Verbindung gefährdet würde. Dem kann nicht entgegen gehalten werden, dass der Versicherungsnehmer im Verhältnis zu seinem Versicherer selbst zur Auskunft verpflichtet sei. Dies führt allein dazu, dass der Versicherer sich an diesen wenden muss, um die begehrte Auskunft zu erlangen. Im Übrigen steht es dem Versicherer frei, seinen Versicherungsnehmer aufzufordern, eine Schweigepflichtentbindungserklärung abzugeben.“ (AG Aachen aaO)

EStG
§ 4 V 1 Nr. 6b

häusliches Arbeitszimmer
steuerliche Berücksichtigungsfähigkeit
(BVerfG in DB 2010, 1674; Beschluss vom 06.07.2010 – 2 BvL 13/09)

SteuerR

Aufwendungen für ein häusliches Arbeitszimmer sind **steuerlich dann zu berücksichtigen, wenn** für die betriebliche oder berufliche Tätigkeit **kein anderer Arbeitsplatz zur Verfügung steht**.

Die Regelung **des § 4 V 1 Nr. 6b EStG** in der seit Inkrafttreten des Steueränderungsgesetzes 2007 geltenden Fassung **verstößt gegen Art. 3 I GG**, soweit Aufwendungen für ein ausschließlich betrieblich oder beruflich genutztes häusliches

Arbeitszimmer auch dann von der steuerlichen Berücksichtigung ausgeschlossen sind, wenn für die betriebliche oder berufliche Tätigkeit kein anderer Arbeitsplatz zur Verfügung steht.

- I. Die **Regelung des § 4 V 1 Nr. 6b EStG weicht** mit der Begrenzung abzugsfähigen Aufwandes für ein ausschließlich betrieblich oder beruflich genutztes häusliches Arbeitszimmer **von dem das Einkommensteuerrecht prägenden objektiven Nettoprinzip ab**, nach dem betrieblich oder beruflich veranlasste Aufwendungen als Betriebsausgaben nach § 4 IV EStG oder als Werbungskosten nach § 9 I EStG von der Bemessungsgrundlage abziehbar sind.

„Ein ausschließlich beruflich genutztes Arbeitszimmer führt jedenfalls dem Grunde nach zu beruflich veranlasstem Aufwand, der als „typischer“ Erwerbsaufwand nach dem objektiven Nettoprinzip grds. von der Bemessungsgrundlage abzuziehen ist und nicht dem Abzugsverbot des § 12 Nr. 1 S. 2 EStG unterfällt (vgl. bereits BVerfGE 101, 297). Als eine benachteiligende Ausnahme von einer Belastungsgrundentscheidung des Einkommensteuergesetzgebers bedarf diese Regelung deshalb eines besonderen sachlichen Grundes, um den Anforderungen des allgemeinen Gleichheitssatzes zu genügen.“ (BVerfG aaO)

- II. Die im Gesetzgebungsverfahren angeführten **fiskalischen Gründe** (vgl. BTDrucks 16/1545, S. 1, 8, 12) **sind nicht geeignet, die Neuregelung vor dem allgemeinen Gleichheitssatz zu rechtfertigen.**

„Das Ziel der Einnahmenvermehrung stellt für sich genommen keinen hinreichenden sachlichen Grund für Ausnahmen von einer folgerichtigen Ausgestaltung einkommensteuerrechtlicher Belastungsentscheidungen dar. Dem Ziel der Einnahmenvermehrung dient jede, auch eine willkürliche steuerliche Mehrbelastung. Für die verfassungsgerechte Verteilung von Mehrbelastungen der Steuerpflichtigen nach dem Maßstab der finanziellen Leistungsfähigkeit enthält der Einnahmenerzielungszweck kein Richtmaß (vgl. BVerfGE 122, 210).“ (BVerfG aaO)

- III. **Förderungs- und Lenkungszwecke kommen als Grundlage sachlicher Rechtfertigung hier nicht in Betracht.**

„Es fehlt insoweit an der für eine rechtfertigende Wirkung von steuerrechtlichen Lenkungszwecken **erforderlichen erkennbaren gesetzgeberischen Entscheidung** (st. Rspr., vgl. BVerfGE 122, 210 m.w.N.). Der Umstand, dass im Gesetzgebungsverfahren als gesetzgeberisches Ziel auch der Abbau steuerlicher Subventionierung genannt worden ist (BTDrucks 16/2028, S. 9), führt zu keiner abweichenden Qualifikation.“ (BVerfG aaO)

- IV. Soweit die Neuregelung die steuerliche Berücksichtigung von Aufwendungen für ein häusliches Arbeitszimmer auch dann ausschließt, wenn für die betriebliche oder berufliche Tätigkeit kein anderer Arbeitsplatz zur Verfügung steht, findet die **Abweichung vom objektiven Nettoprinzip auch keine hinreichende sachliche Legitimation in der Typisierungskompetenz des Gesetzgebers**, denn sie genügt nicht den verfassungsrechtlichen Anforderungen an typisierende Regelungen.

„Die **Neuregelung verfehlt das Gebot einer hinreichend realitätsgerechten Typisierung**, soweit sie die Berücksichtigung von Aufwendungen für das häusliche Arbeitszimmer auch dann ausschließt, wenn für die betriebliche oder berufliche Tätigkeit kein anderer Arbeitsplatz zur Verfügung steht. Bei dieser Fallgruppe handelt es sich um solche Fälle, in denen die Erforderlichkeit eines häuslichen Arbeitsplatzes durch objektive Merkmale bestimmt ist. Zwar ist die Erforderlichkeit keine allgemeine Voraussetzung für die Qualifikation von Erwerbsaufwendungen, und zwar ausweislich der Angemessenheitsregel des § 4 V Nr. 7 EStG auch dann nicht, wenn solche Aufwendungen die Lebensführung des Steuerpflichtigen berühren. Die erkennbar gegebene **Erforderlichkeit** fungiert in diesem Fall aber als **legitimes Hilfsmittel einer typisierenden Abgrenzung von Erwerbs- und Privatsphäre** (vgl. BVerfGE 101, 297). Der Mangel eines alternativen Arbeitsplatzes liefert die leicht nachprüfbarbare Tatsachenbasis für die Feststellung der tatsächlich betrieblichen oder beruflichen Nutzung. Gemessen an den Zielen des Gesetzes - Vereinfachung, Streitvermeidung und Gleichmäßigkeit der Besteuerung (BTDrucks 16/1545, S. 1, 8, 12) - verfehlt deshalb das Abzugsverbot für Aufwendungen für ein häusliches Arbeitszimmer für die Fallgruppe „kein anderes Arbeitszimmer“ das Gebot hinreichend realitätsgerechter Typisierung.“ (BVerfG aaO)

EStG
§ 22 Nr. 3

**Schenkungen in einer „Schenkpyramide“
als „sonstige Einkünfte“ steuerpflichtig**
(FG Münster in DB 2010, 1042; Urteil vom 18.01.2010 – 5 K 1986/06)

SteuerR

Einnahmen aus der Teilnahme an einem sog. „Schenkkreis“ stellen steuerpflichtige Einkünfte aus Leistungen i. S. von § 22 Nr. 3 S. 1 EStG dar, denn die Einnahmen sind Entgelte für das Anwerben neuer Teilnehmer für den Schenkkreis.

- I. Eine **Leistung i. S. des § 22 Nr. 3 S.1 EStG ist jedes Tun, Dulden oder Unterlassen, das Gegenstand eines entgeltlichen Vertrages sein kann und eine Gegenleistung auslöst** (BFH BStBl. II 2008, 469).
- II. **Einnahmen aus einem reinen Glücksspiel sind nicht steuerbar**, weil sie kein Entgelt für eine Leistung des Spielers sind (BFH BFH/NV 1996, 743). Wird dagegen ein **Entgelt für die Anwerbung neuer Interessenten** zur Teilnahme an Informationsveranstaltungen gezahlt, liegt **kein reines Glücksspiel, sondern eine steuerpflichtige Leistung** vor (BFH BFH/NV 1996, 743 und BFH/NV 1997, 658).

„Nach der Beweisaufnahme steht zur Überzeugung des Senats fest, dass der Kl. **neue Interessenten für die Teilnahme am Schenkkreis angeworben hat**. Nach der Aussage des Zeugen G hat der Kl. nicht nur ihn auf die Tafelrunde aufmerksam gemacht und ihn mehrfach angesprochen, sondern auch andere Personen, die dem Zeugen von der Anwerbung durch den Kl. berichtet haben. Diese Aussage wird durch die Aussage des Zeugen T bestätigt, wonach der Kl. „sehr aktiv“ war und viele Personen angesprochen hat. Auch der Zeuge H bestätigt diese Aussagen.

Durch das Anwerben neuer Teilnehmer hat der Kl. **Leistungen an diese neuen Teilnehmer erbracht**, da er ihnen die **Möglichkeit eröffnet hat, an der Tafelrunde teilzunehmen**. **Zugleich hat er Leistungen an andere Mitglieder der Tafel erbracht**, da sie durch die Teilnahme neuer Knappen deren Chancen auf den Erhalt von „Geschenken“ erhöht hat. Die von ihm vereinnahmten Geldbeträge stellen Gegenleistungen dar, da sie in einem wirtschaftlichen Zusammenhang mit den Anwerbungsleistungen des Kl. stehen (vgl. auch FG Münster EFG 2009, 1190).

Dabei ist es **unerheblich, ob der Kl. die Zahlungen unmittelbar von den von ihm angeworbenen Teilnehmern oder von Dritten erhalten hat**. Ebenso unbeachtlich ist, dass der Kl. zum Zeitpunkt der Erbringung seiner Leistungen keinen konkreten Anspruch auf den Erhalt von Zahlungen erworben hat. Da bereits der wirtschaftliche Zusammenhang ausreicht, braucht die zwischen den Beteiligten streitige Frage der zivilrechtlichen Auslegung der „Schenkungsurkunden“ nicht entschieden zu werden.“ (FG 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

